

(Varmeforsyning)

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 E.ON Produktion Danmark A/S
OVER Energitilsynets afgørelse af 24. februar 2011
OM prisaftaler i forsyningsområdet Egebjergskolen

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML –EKN

NÆVNETS Nævnnsformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
I SAGEN Direktør, cand.oecon. Niels Jørgen Ravn Sørensen
Fhv. direktør, cand.polyt. H. C. Mortensen

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 24. februar 2011 ophæves, og sa-
AFGØRELSE gen hjemvises til Energitilsynet til fornyet behandling.

Ved brev af 11. marts 2011 har E.ON Produktion Danmark A/S (herefter E.ON Produktion) klaget til Energiklagenævnet over Energitilsynets afgørelse af 24. februar 2011. Energitilsynet fandt ved afgørelsen, at det underskud/underdækning på 700.000 kr., som hidrørte fra NES A/S' (herefter NES) – nu E.ON Produktion – prisaftaler i forsyningsområdet Egebjergskolen ikke kan indregnes i varmepriserne i henhold til varmemforsyningslovens¹ § 20, stk. 1 og 2, da der er tale om et aftalebetinget underskud.

Sagens baggrund

E.ON Danmark A/S, E.ON Produktion og E.ON Varme er koncernforbundne selskaber. E.ON Danmark A/S er moderselskabet, mens E.ON Produktion driver en række varmeproduktionsvirksomheder, som leverer varme til distributionsselskabet E.ON Varme. E.ON Varme distribuerer herefter varmen videre til forbrugerne i det pågældende forsyningsområde. I efteråret 2008 indledte Energitilsynet en generel tilsynssag vedrørende prisfastsættelsen på

¹ Lovbekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005 om varmemforsyning med senere ændringer.

fjernvarme fra E.ON-ejede værker. Energitilsynet fremkom den 22. juni 2008 med en tilkendegivelse som led i tilsynssagen. Energitilsynet tilkendegav bl.a. at undersøge samtlige underdækninger i de værker, som E.ON overtog fra NESAs, med henblik på at vurdere, om underdækningerne kan indregnes i fjernvarmepriserne.

E.ON Produktion ejer det lokale kraftvarmeanlæg, som er beliggende på Egebjergskolen. Kraftvarmeanlægget leverer varme til selve skolen samt til det omkringliggende område ved Egebjergskolen. E.ON Produktion og E.ON Varme har begge indgået aftaler med forbrugerne i forsyningsområdet Egebjergskolen om levering af varme fra kraftvarmeanlægget på Egebjergskolen.

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML –EKN

Denne sag drejer sig om den underdækning på 700.000 kr., som hidrører fra NESAs (nu E.ON Produktion) prisaftaler i forsyningsområdet Egebjergskolen.

Side 2 af 10

Den påklagede afgørelse

Af Energitilsynets afgørelse af 24. februar 2011 fremgår bl.a. følgende:

”[...]

Afgørelse

Det er Energitilsynets sekretariats vurdering efter varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2, jf. § 21, stk. 4, at varmemforsyningsloven ikke er til hinder for, at E.ON Produktion Danmark A/S indgår privatretlige aftaler med fjernvarmeforbrugerne om prisen for den leverede fjernvarme, så længe den aftalte pris ligger under den omkostningsbestemte pris.

Giver den aftalte pris ikke dækning for de nødvendige omkostninger opgjort efter varmemforsyningsloven, er der efter Energitilsynets sekretariats vurdering ikke tale om underdækning i varmemforsyningslovens forstand, men om et underskud, der er fjernvarmepriserne uvedkommende, jf. varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2.

§ 2, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 394 af 25. maj 2009 om anmeldelse af priser m.v., forudsætter en årlig opgørelse efter varmemforsyningsloven af forskellen mellem indtægter og omkostninger fra fjernvarmeleveringen. Årets underskud fra den privatretlige aftale er fjernvarmeprisen uvedkommende, mens årets indtægter, der overstiger årets nødvendige omkostninger opgjort efter varmemforsyningsloven (overdækning), skal tilbageføres til fjernvarmeforbrugerne, jf. varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2.

Det er Energitilsynets sekretariats vurdering efter varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2, at aftalen mellem NESA A/S (nu E.ON Produktion Danmark A/S) og Ballerup Kommune af 10. september 1991, og aftalen af 5. februar 2008 mellem E.ON Produktion Danmark A/S og Ballerup Kommune indeholder en prisberegning, som ikke er omkostningsbestemt, fordi den hverken anviser hvorledes årets overdækning bliver tilbageført til fjernvarmeforbrugerne, eller hvorledes årets underdækning bliver opkrævet hos forbrugerne. Efter sekretariatets vurdering er der tale om en privatretlig aftalt pris, der reguleres ved indeksering af en aftalt grundpris.

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML -EKN

E.ON Produktion Danmark A/S havde fra før år 2006 et samlet underskud på 700 t.kr. vedrørende fjernvarmeleveringen til forsyningsområdet Egebjergskolen. Underskuddet er indregnet i den akkumulerede overdækning i år 2008. Underskuddet på 700 t.kr. er den offentligretligt regulerede fjernvarmepris uvedkommende, jf. varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2. E.ON Produktion Danmark A/S havde i perioden 2006-2008 en samlet overdækning på 1.791 t.kr. Overdækningen på i alt 1.791 t.kr. skal tilbageføres til fjernvarmeforbrugerne i forsyningsområdet Egebjergskolen, jf. varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2. Energitilsynets sekretariat skal anmode om, at E.ON Produktion Danmark A/S oplyser, hvorledes overdækningen kommer tilbage til fjernvarmeforbrugerne.

Side 3 af 10

For fremtiden skal E.ON Produktion Danmark A/S årligt anmelde prisetervisning, hvor årets underskud anmeldes til 0 kr., mens årets overdækning opgjort efter varmemforsyningsloven fortsat skal anmeldes.

Prisetervisninger for år, hvor der er overdækning, skal ledsages af en meddelelse fra E.ON Produktion Danmark A/S om, hvorledes årets overdækning kommer tilbage til fjernvarmeforbrugerne.

Regnskabsmæssige disponeringer på årsafslutningstidspunktet i den hensigt at nedbringe et forventet underskud eller en forventet overdækning er i strid med varmemforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2.

Energitilsynet er ikke senere afskåret fra på baggrund af en klage eller på eget initiativ at foretage en fornyet bedømmelse af aftalens prismæssige konsekvenser.

[...]"

Afgørelsen vedlægges i sin helhed som bilag 1.

E.ON Produktions synspunkter og bemærkninger

Det er bl.a. E.ON Produktions opfattelse, at Energitilsynet ikke har kompetence til at fortolke civile retlige aftaler. Energitilsynets afgørelse af 24. februar 2011 bør derfor ophæves. Til støtte herfor har E.ON Produktion navnlig anført følgende:

- Grundlæggende drejer sagen sig om, hvorvidt Energitilsynet under henvisning til varmeforsyningslovens regler om urimelighed kan fortolke og håndhæve parternes civile retlige aftaler ud fra, at disse skulle indeholde et afkald på at få den fulde omkostningsbestemte pris, som varmeforsyningsloven ellers tillader. Hvor der ikke foreligger en substitutionspris, er der imidlertid intet urimeligt i, at varmeleverandøren kan få den fulde omkostningsbestemte pris betalt for sine leverancer. Hvorvidt varmeleverandøren lader sig nøje med mindre på civilretligt grundlag kan udelukkende bedømmes civilretligt og af de myndigheder, der har kompetencen hertil. Forholdet ligger i enhver henseende uden for Energitilsynets kompetence. Der er ikke retligt grundlag for, at man ved at indgå en aftale parterne imellem giver afkald på den omkostningsbestemte pris, og at Energitilsynet herefter kan påberåbe sig, at der er givet afkald herpå. Man kan heller ikke efter varmeforsyningsloven og de bagvedliggende hensyn og formål statuere noget urimeligt i, at varmeleverandøren for den leverede varme får den omkostningsbestemte pris, med mindre der måtte være statueret en lavere substitutionspris.
- Det eventuelle tab eller den gevinst, som opstår i forbindelse med varmeproduktionen, kan og bør indregnes i varmeprisen som henholdsvis over- eller underdækning. Hvile i sig selv princippet indebærer, at varmeforsyningsvirksomheders økonomi skal hvile i sig selv, hvilket betyder, at der hverken kan være overskud eller underskud i virksomheden. På denne baggrund skal varmeforsyningsvirksomheders varmepriser fastsættes i henhold til de omkostninger, der er ved at levere varmen. Der kan derfor ikke aftales en lavere pris med den konsekvens, at et eventuelt underskud, som opstår herved, ikke senere kan indregnes i varmepriserne som en underdækning.
- Energitilsynet er af den opfattelse, at hvis parterne har aftalt en lavere pris end den omkostningsbestemte pris, kan differencen op til den omkostningsbestemte pris ikke overføres til senere års omkostningsbestemte priser. Det ligger imidlertid klart, at Energitilsynet anerkender, at parterne godt i de enkelte år kan aftale en lavere pris end den

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML –EKN

Side 4 af 10

omkostningsbestemte pris og samtidig aftale, at differencen skal overføres til næste års omkostningsbestemte pris, og at fremførsel i så fald ikke er afskåret.

- Varmeleverandøren skal til stadighed overholde varmforsyningslovens regler, hvilket indebærer at der ikke må tages mere end den omkostningsbestemte pris, og at over- og underdækning overføres til senere år. Dette er en offentligretlig regulering, der påses af Energitilsynet. Ved siden heraf er det normalt, at der indgås en aftale om leverancen, hvorved sælger forpligter sig til at levere varmen, og køber forpligter sig til at aftage denne. Det er på ingen måde usædvanligt, at man aftaler noget om prisen, og at aftalen konkret kan gå ud på noget andet end det enkelte års omkostningsbestemte pris. Parterne har som anført på normal måde aftalefrihed til at aftale, hvad de måtte ønske om leverancen, så længe aftalen ikke strider mod varmforsyningsloven. Parterne kan derfor aftale, at over- og underdækning efter varmforsyningsloven overføres til senere år, eller at underdækning ikke overføres til senere år. En sådan aftale er en civilretlig binding mellem parterne. Parterne kan frit ændre aftalen, når de er enige herom. Om aftalen overholdes, er noget parterne kan drøfte i tilfælde af uenighed. Tvister afgøres af domstolene eller voldgiftsretten. Domstolene/voldgiftsretten er den kompetente myndighed til at fortolke aftalen og til, når parterne kræver det, at påse, at aftalen overholdes, f.eks. med hensyn til, hvilken pris der opkræves, eller hvilke mængder der skal leveres osv.

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML –EKN

Side 5 af 10

E.ON Varmes synspunkter og bemærkninger

E.ON Varme henholder sig i det hele til det af E.ON Produktion anførte.

Energitilsynets udtalelse til sagen

Energitilsynet har anmodet om, at sagen hjemvises til Energitilsynet til fornyet behandling under henvisning til, at Energiklagenævnet i nævnets sag, j.nr. 1021-10-36, har taget stilling til den i nærværende sag omhandlede problemstilling.

Retsgrundlag

Varmeforsyningslovens § 20, stk. 1, regulerer, hvilke omkostninger kollektive varmforsyningsanlæg m.v. kan indregne i varmeprisen. Af varmforsyningslovens § 20, stk. 1, fremgår følgende:

”[...]

§ 20. Inden for de i § 20 a nævnte indtægtsrammer kan kollektive varmforsyningsanlæg, industrivirksomheder, kraftvarmeværker med en eleffekt over 25 MW samt geotermiske anlæg m.v.

i priserne for levering til det indenlandske marked af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas indregne nødvendige udgifter til energi, lønninger og andre driftsomkostninger, efterforskning, administration og salg, omkostninger som følge af pålagte offentlige forpligtelser samt finansieringsudgifter ved fremmedkapital og underskud fra tidligere perioder opstået i forbindelse med etablering og væsentlig udbygning af forsyningssystemerne, jf. dog stk. 7-11, § 20 a, stk. 7, og § 20 b.
[...]"

Følgende fremgår videre af varmemforsyningslovens § 20, stk. 5, om kollektive varmemforsyningsanlægs prisfastsættelse:

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML -EKN

Side 6 af 10

"[...]

Stk. 5. De kollektive varmemforsyningsanlæg kan fastsætte forskellige priser til enkelte forbrugere, grupper af forbrugere og geografiske områder. Økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte regler om priser i forbindelse med tilslutning af ejendomme til et kollektivt varmemforsyningsanlæg.

[...]"

Varmeforsyningslovens § 21, stk. 1, og stk. 3, foreskriver, at tariffer skal anmeldes til Energitilsynet efter regler fastsat af tilsynet, og at tariffer, der ikke er anmeldt som foreskrevet, er ugyldige. Varmeforsyningslovens § 21, stk. 4, giver endvidere Energitilsynet mulighed for at pålægge kollektive varmemforsyningsanlæg m.v. at bringe et urimeligt forhold til ophør, såfremt forholdet ikke bringes til ophør ved forhandling. Følgende fremgår af lovens § 21:

"[...]

§ 21. Tariffer, omkostningsfordeling og andre betingelser for de af § 20 og § 20 b omfattede ydelser skal med angivelse af grundlaget herfor anmeldes til et af transport- og energiministeren nedsat tilsyn (Energitilsynet) efter regler fastsat af tilsynet.

Stk. 2. Transport- og energiministeren kan bestemme, at visse sager ikke skal anmeldes.

Stk. 3. Tariffer, omkostningsfordeling og andre betingelser, der ikke er anmeldt som foreskrevet efter stk. 1, er ugyldige.

Stk. 4. Finder Energitilsynet, at tariffer, omkostningsfordeling eller andre betingelser er urimelige eller i strid med bestemmelserne i §§ 20, 20 a eller 20 b eller regler udstedt i henhold til loven, giver tilsynet, såfremt forholdet ikke gennem forhandling kan bringes til ophør, pålæg om ændring af tariffer, omkostningsfordeling eller betingelser.

[...]"

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Kollektive varmemforsyningsanlægs prisfastsættelse er reguleret i varmemforsyningslovens prisbestemmelser, herunder varmemforsyningslovens § 20, stk. 1. Bestemmelsen foreskriver, hvilke omkostninger et kollektivt varmemforsyningsanlæg kan indregne i varmeprisen. Det fremgår heraf, at der i varmeprisen kan indregnes nødvendige udgifter til bl.a. energi, lønninger og andre driftsomkostninger. Kollektive varmemforsyningsanlæg kan endvidere fastsætte forskellige priser til enkelte forbrugere, grupper af forbrugere og geografiske områder, jf. varmemforsyningslovens § 20, stk. 5, samt fastsætte varmeprisen ved aftale. Kollektive varmemforsyningsanlæg kan ikke vilkårligt yde enkelte forbrugere, grupper af forbrugere og geografiske områder økonomiske fordele.

5. september 2011
J.nr 1021-11-12-20
TML –EKN

Kollektive varmemforsyningsanlægs udgifter og indtægter skal over en årrække balancere (hvile i sig selv-princippet). Da varmeprisen – på baggrund af varmemforsyningslovens anmeldelsesregler – er fastsat på baggrund af budgetterede priser, vil der som følge heraf normalt kunne opstå henholdsvis overdækning eller underdækning, når udgifterne og indtægter for et reguleringsår gøres op. En eventuel overdækning eller underdækning reguleres efter praksis herefter som udgangspunkt i det kommende års priser.

Side 7 af 10

Det er således en grundlæggende forudsætning, at kollektive varmemforsyningsanlæg kan indregne nødvendige omkostninger i priserne, og at anlæggene skal hvile i sig selv, det vil sige, at der over en årrække hverken må være over- eller underdækning. Energiklagenævnet finder, at indgåelse af en aftale om varmeprisen som udgangspunkt ikke indskrænker varmemforsyningsanlæggenes ret til indregning af underdækning. På denne baggrund er det Energiklagenævnets opfattelse, at der i relation til spørgsmålet om indregning af eventuel underdækning ikke er forskel på, om underdækningen er opstået som følge af en aftalt pris eller en af det kollektive varmemforsyningsanlæg fastsat pris (tarif). Dette medfører, at såfremt der er indgået en aftale om prisen, hvor den aftalte pris er lavere end den omkostningsbestemte pris, vil dette ikke i sig selv afskære det kollektive varmemforsyningsanlæg fra at indregne en eventuel underdækning som følge heraf. Klager har anført, at Energitilsynet ikke har kompetence til at fortolke civile aftaler. Energiklagenævnet bemærker hertil, at Energitilsynets kompetence omkring dette spørgsmål er reguleret i elforsyningslovens § 78, stk. 1.

Tariffer, omkostningsfordeling eller andre betingelser for levering af varme må imidlertid ikke være urimelige eller i strid med varmemforsyningslovens §§ 20, 20 a og 20 b eller regler udstedt i medfør af loven. Såfremt dette er tilfældet, kan Energitilsynet give pålæg om ændring af tariffer m.v., jf. varmemforsyningslovens § 21, stk. 4.

Spørgsmålet om, hvorvidt en eventuel underdækning, som hidrører fra en aftalt pris, kan indregnes, beror efter Energiklagenævnets opfattelse på en konkret vurdering af, om underdækningen kan anses for en nødvendig omkostning i medfør af varmemforsyningslovens § 20, stk. 1. Underdækning, som f.eks. skyldes usagligt eller vilkårligt fastsatte priser, kan som udgangspunkt og efter en formålsfortolkning ikke anses for en nødvendig omkostning. I denne vurdering kan bl.a. indgå, hvorvidt aftalen afviger fra tilsvarende aftaler om varmeleverancer, og i givet fald i hvilket omfang den afviger herfra. I den forbindelse vil det have betydning, om prisfastsættelsen er usædvanlig lav, og/eller om der i øvrigt måtte være forhold, som viser, at der bevidst er kalkuleret med underdækning, f.eks. af konkurrencemæssige årsager. Det kan i den forbindelse tages i betragtning, om der er tale om uafhængige aftaleparter med et naturligt interessemæssigt modsætningsforhold, eller om der er tale om koncernforbundne selskaber, der ikke nødvendigvis har et sådant naturligt modsætningsforhold.

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML –EKN

Side 8 af 10

Indregning af en underdækning i varmeprisen må nok antages at skulle ske i forholdsvis nær tidsmæssig tilknytning til det regnskabsår, den er opstået i. Det kan ikke udelukkes, at der er grænser for, hvor længe efter en underdæknings opståen, at den fortsat kan anses for at afspejle en nødvendig omkostning. Det må efter Energiklagenævnets opfattelse kræve gode grunde at anse en underdækning, som ikke er indregnet i det første eller i hvert fald det næstfølgende regnskabsår efter opgørelsen, for fortsat at afspejle en nødvendig omkostning.

Energiklagenævnet er på denne baggrund ikke enig i Energitilsynets vurdering af, at en underdækning, som hidrører fra en aftalt pris, der er lavere end den omkostningsbestemte pris, generelt afskærer et kollektivt varmemforsyningsanlæg fra at indregne underdækningen. Adgangen hertil beror som anført efter Energiklagenævnets opfattelse på en konkret vurdering i forhold til varmemforsyningslovens § 20, stk. 1.

Energitilsynet ses ikke at have foretaget en konkret vurdering af, om E.ON Produktion i nærværende sag i henhold til varmemforsyningslovens § 20, stk. 1, kan indregne den underdækning, som hidrører fra den aftalte prisfastsættelse.

Energiklagenævnet finder det rettest, at Energitilsynet som førsteinstans tager stilling hertil på baggrund af de ovenfor nævnte retningslinjer og andre relevante forhold. Nævnet hjemviser derfor sagen til fornyet behandling med henblik på, at Energitilsynet foretager denne vurdering.

Det fremgår af Energitilsynets afgørelse, at tilsynet ikke har taget stilling til E.ON Produktions prisansmeldelser i forsyningsområdet Egebjergskolen.

Energiklagenævnet bemærker, at et kollektivt varmemforsyningsanlægs tariffer, omkostningsfordeling og andre betingelser i henhold til varmemforsyningslovens § 21, stk. 1, skal anmeldes til Energitilsynet. Det fremgår videre af lovens § 21, stk. 3, at tariffer mv., der ikke er anmeldt som foreskrevet i bestemmelsen i stk. 1, er ugyldige.

Energiklagenævnet har bl.a. i nævnets afgørelse af 21. december 2010 (j.nr. 1021-10-10) udtalt sig nærmere om, hvilken retsvirkning det bør have, at tariffer m.v. er ugyldige, herunder hvilke omstændigheder der kan tillægges vægt ved vurderingen af, i hvilket omfang prisers ugyldighed skal medføre, at priserne ikke kan opkræves. Energiklagenævnet afgørelse af 21. december 2010 er offentliggjort på nævnets hjemmeside: www.ekn.dk, under menu-punktet "Afgørelser".

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML -EKN

Side 9 af 10

Energitilsynet bør ved sagens fornyede vurdering endvidere foretage en nærmere vurdering af, hvilken betydning E.ON Produktions manglende prisansmeldelser bør have.

E.ON Produktion og E.ON Varme har begge indgået prisaftaler med forbrugere i forsyningsområdet Egebjergskolen, herunder bl.a. med Egebjergskolen (Ballerup Kommune). Energitilsynet bør ved sagens fornyede behandling overveje, hvorvidt en eller flere af forbrugerne, herunder navnlig Ballerup Kommune, er parter i sagen og dermed eventuelt bør inddrages i sagsbehandlingen.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 24. februar 2011 ophæves, og sagen hjemvises til Energitilsynet til fornyet behandling

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 5. september 2011.

Afgørelsen er truffet i henhold til varmemforsyningslovens § 26.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter varmemforsyningsloven eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 4.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P.N.V.

Poul K. Egan
Nævnnsformand

5. september 2011

J.nr 1021-11-12-20

TML -EKN

Side 10 af 10

/Tina Maria Alander Lindfors
Fuldmægtig, cand.jur.