

Til sagens parter

Odense Kraftvarmeværk A/S
Fjernvarme Fyn A/S
Odense Renovationsselskab A/S m.fl.

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. august 2011 over prisen for affaldsvarmen fra Odense Kraftvarmeværk A/S – opsættende virkning

9. december 2011

J.nr 1021-11-33-77

SSH –EKN

Energitilsynet har ved afgørelse af 22. august 2011 pålagt det affaldsforbrændende Odense Kraftvarmeværk A/S (herefter kraftvarmeværket) at tilbageføre ca. 251 mio. kr. til Fjernvarme Fyn A/S.

Energitilsynets afgørelse er ved e-mail af 16. september 2011 blevet indbragt for Energiklagenævnet af Odense Kraftvarmeværk v/advokaterne Per Hemmer og Agnete Nordentoft, Bech-Bruun Advokatfirma (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-41).

Energitilsynets afgørelse er endvidere ved e-mail af 7. september 2011 blevet indbragt for Energiklagenævnet af advokat Pernille Aagaard Truelsen, Energi & Miljø, Advokatfirma på vegne af kraftvarmeværkets affaldsleverandører:

- Odense Renovationsselskab A/S (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-33)
- Affald Plus (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-34)
- KARA/Novoren I/S (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-35)
- Nyborg Forsyning og Service A/S (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-36)
- Kerteminde Forsyning A/S (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-37) og
- Affaldssamarbejdet FAKS (Energiklagenævnets j.nr. 1021-11-38).

Både kraftvarmeværket og affaldsleverandørerne har anmodet om, at klagerne tillægges opsættende virkning. Fjernvarme Fyn finder, at anmodningerne om opsættende virkning ikke skal imødekommes. Energiklagenævnet tager i denne afgørelse samlet stilling til, om anmodningerne om opsættende virkning kan imødekommes.

Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet imødekommer anmodningerne om opsættende virkning. Sagens baggrund og en nærmere begrundelse for Energiklagenævnets afgørelse fremgår nedenfor.

Sagens baggrund

Odense Kommunale Fjernvarme, nu Fjernvarme Fyn A/S (herefter Fjernvarme Fyn), og A/S Fynsværket indgik den 5. juni 2000 en aftale om prisfastsættelsen af varmeprisen fra kraftvarmeværket. Aftalen havde virkning fra 1. januar 2000 og udløb den 1. januar 2010. Fjernvarme Fyn aftager varme fra kraftvarmeværket, og kraftvarmeværket blev udskilt fra Fynsværket i år 2000. Fjernvarme Fyn klagede den 8. september 2008 til Energitilsynet over prisen på fjernvarme fra kraftvarmeværket. På baggrund af klagen tilkendegav Energitilsynet den 28. marts 2011 bl.a. følgende:

”[...]

Tilkendegivelse

Energitilsynet tilkendegiver over for Fjernvarme Fyn A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S:

at Energitilsynet i varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, har beføjelse til at bedømme omkostningsfordelingen mellem affalds- og varmesiden hos Odense Kraftvarmeværk A/S i perioden 2000 - 2008,

at Energitilsynet i henhold til varmemforsyningslovens § 20, stk. 1, finder, at en omkostningsfordeling mellem varme- og affaldssiden på 75/25 af fællesomkostningerne hos Odense Kraftvarmeværk A/S i perioden 2000-2008, som er resultatet af parternes aftale, ikke kan betragtes som rimelig og derfor ikke ligger inden for rammerne af varmemforsyningsloven, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3,

at Energitilsynet i medfør af varmemforsyningslovens § 20, stk. 1, og da parterne har indbragt spørgsmålet om omkostningsfordelingen for tilsynet med henblik på at der træffes afgørelse, finder, at fællesomkostningerne i den konkrete sag omkostningsfordeles med 50/50 til henholdsvis varme- og affaldssiden.

Endvidere bemyndiger Energitilsynet på baggrund af ovenstående tilkendegivelse sekretariatet til:

at foretage en bedømmelse af omkostningsfordelingen hos Odense Kraftvarmeværk A/S for år 2009 og år 2010 efter de retningslinjer, som Energitilsynet giver med denne tilkendegivelse, og

9. december 2011
J.nr 1021-11-33-77
SSH -EKN

Side 2 af 13

at såfremt der på baggrund af den endelige bedømmelse fortsat kan konstateres en overdækning - indlede forhandlinger med Odense Kraftvarmeværk A/S om en fremtidig fordeling af fællesomkostningerne, som i priserne for varmen tilgodeser en tilbageførsel af varmesidens akkumulerede overdækning.
[...].”

På baggrund af Energitilsynets tilkendegivelse af 28. marts 2011 traf tilsynet den 22. august 2011 den påklagede afgørelse, hvoraf bl.a. fremgår følgende:

”[...]

Afgørelse

Odense Kraftvarmeværk A/S pålægges i medfør af varmforsyningslovens § 21, stk. 4, at tilbageføre 251.201.161 kr. til fjernvarmeforbrugerne i akkumuleret overdækning i perioden 2000 - 30. juni 2011 inkl. compensation til varmesiden for mistet elproduktionstilskud fra 1. januar 2010, over en periode på 3½ år fra juli 2011 som angivet i kraftvarmeværkets bilag til e-mail af 6. maj 2011 fra værkets advokat til Energitilsynet, med supplerende beregning i brev af 15. juni 2011.

Afgørelsen skal følges, selv om den indbringes for Energiklagenævnet, med mindre Energiklagenævnet bestemmer andet.
[...].”

Affaldsleverandørerne finder, at Energitilsynets afgørelse af 22. august 2011 skal ophæves. Til støtte for anmodningen om opsættende virkning har affaldsleverandørerne navnlig anført følgende:

- Energitilsynets afgørelse er principiel, da Energitilsynet tillægger afgørelsen af 22. august 2011 tilbagevirkende kraft og fastlægger en ny model for omkostningsfordeling på affaldsbaserede kraftvarmeværker. Den foreliggende praksis om afvikling af overdækning over varmeprisen knytter sig i det hele til de tilfælde, hvor der er opstået en overdækning som følge af, at den kollektive varmforsyningsvirksomhed ikke har fulgt reglerne om varmeprisfastsættelsen i varmforsyningsloven¹ og afskrivningsbekendtgørelsen². I den aktuelle sag skyldes den konstaterede overdækning, at Energitilsynet har pålagt parterne at ændre den oprindeligt aftalte omkostningsfordeling i overensstemmel-

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

² Bekendtgørelse nr. 175 af 18. marts 1991 om driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og forrentning af indskudskapital i følge lov om varmforsyning med senere ændringer.

se med det skøn, som Energitilsynet har udøvet med hensyn til, hvad der er en rimelig omkostningsfordeling på kraftvarmeværket. Energitilsynet fastslår omkostningsfordelingsnøglen ud fra, at der er tale om et effektivt drevet anlæg og ikke ud fra, om den fremkomne varmepris ligger nær substitutionsprisen og realisable affaldsbehandlingspriser. Energiklagenævnet har ved afgørelse af 13. oktober 2009, j.nr. 1021-234³, tillagt en klage opsættende virkning med henvisning til, at Energitilsynets afgørelse var principiel.

- Både Energiklagenævnet og Energitilsynet har tidligere taget stilling til spørgsmålet om fordelingsnøglen for fællesomkostninger mellem affalds- og varmesiden. Hverken tilsynet eller nævnet har tidligere i sådanne afgørelser tillagt afgørelsen tilbagevirkende kraft fra et tidspunkt før klagens indgivelse. Energitilsynets afgørelse vil kunne føre til, at der på andre affaldsforbrændingsanlæg vil blive indgivet klager om ændring af omkostningsfordelingsnøglen med virkning fra det tidspunkt, hvor oprindelig aftale blev indgået.
- Håndhævelsen af Energitilsynets afgørelse vil økonomisk og administrativt være yderst byrdefuld for affaldsleverandørerne. Affaldsleverandørerne håndterer dels affald fra husholdninger og affald fra erhvervsvirksomheder. Ved affaldssektorloven⁴ og affaldsbekendtgørelsen⁵ er der fastsat nye regler for forbrændingsegnet erhvervsaffald. De nye regler giver muligheder for, at erhvervsvirksomheder kan vælge at bortskaffe det forbrændingsegnete affald til udenlandske forbrændingsanlæg. De nye affaldsregler indeholder endvidere et udtrykkeligt forbud mod krydssubsidiering, hvorved forstås et forbud mod, at f.eks. husholdningerne finansierer en billig affaldsbortskaffelse for erhvervsvirksomhederne, jf. miljøbeskyttelseslovens⁶ § 48. Hver affaldsordning skal således økonomisk opgøres for sig. Energitilsynets afgørelse indebærer et økonomisk krav fra kraftvarmeværket til affaldssiden om forhøjede tipafgifter (affaldsforbrændingspriser). Affaldsleverandørerne kan imidlertid ikke opkræve den forhøjede tipafgift over affaldsprisen hos erhvervsaffaldskunderne, idet disse efter de nugældende regler har mulighed for at vælge et andet affaldsforbrændingsanlæg. Liberaliseringen af det forbrændingsegnete erhvervsaffald gør det i praksis umuligt for kommunerne at sikre, at der via taksten for forbrænding af erhvervsaffald opkræves en manglende betaling for perioden 2000-2010 hos erhvervsaffaldskunderne. Det vil desuden være overordent-

9. december 2011

J.nr 1021-11-33-77

SSH –EKN

Side 4 af 13

³ Energiklagenævnets afgørelse er offentliggjort på nævnets hjemmeside: www.ekn.dk under menuen "Afgørelser".

⁴ Lov nr. 513 af 12. juni 2009 om ændring af lov om miljøbeskyttelse og andre love (Ny organisering af affaldssektoren) med senere ændringer.

⁵ Bekendtgørelse nr. 224 af 7. marts 2011 om affald med omtryk d. 25. marts 2011.

⁶ Lovbekendtgørelse nr. 879 af 26. juni 2010 med senere ændringer.

ligt administrativt vanskeligt for affaldsleverandørerne at fastslå, hvor store affaldsmængder hver enkel erhvervsvirksomhed i perioden 2000-2010 har tilført kraftvarmeværket. Når kommuner og affaldsselskaber ikke umiddelbart kan opkræve de forhøjede tipafgifter hos husholdningerne og erhvervsvirksomhederne, skal disse finansieres af kommunens kassekredit. De regler, der gælder for kommunal lånevirksomhed, og som også gælder for de kommunalt ejede selskaber, indeholder imidlertid regler, der begrænser kommunernes mulighed for at optage lån, herunder ved kassekredit. Hvis Energiklagenævnet senere ophæver eller ændrer Energitilsynets afgørelse, vil det indebære, at tipafgiften igen skal nedsættes, herunder også med den del, der er opkrævet efter Energitilsynets påbud. De nedsatte tipafgifter vil medføre, at der igen tilføres forholdsmæssigt mere erhvervsaffald til kraftvarmeværket, som herved får en større andel end husholdningsaffaldet ved en nedsættelse af tipafgiften. En opfyldelse af Energitilsynets påbud vil dermed få administrative og økonomiske konsekvenser for affaldsleverandørerne, som vanskeligt lader sig genoprette efterfølgende, hvis Energiklagenævnet ophæver eller ændrer Energitilsynets afgørelse.

9. december 2011

J.nr 1021-11-33-77

SSH –EKN

Side 5 af 13

- Energiklagenævnet har ved afgørelsen af 13. oktober 2009, j.nr. 1021-234⁷, vedrørende Energitilsynets påbud til E.ON Varme Danmark ApS om ændring af selskabets standardleveringsbetingelser tillagt klagen opsættende virkning med henvisning til bl.a., at håndhævelsen af Energitilsynets afgørelse ville være økonomisk og administrativt byrdefuldt for klager. Energiklagenævnet har endvidere ved afgørelse af 21. september 2009, j.nr. 1031-7⁸, tillagt en klage opsættende virkning med henvisning til, at den økonomiske risiko ved at tillægge klagen opsættende virkning ikke oversteg hensynet til modpartens interesse i at håndhæve påbuddet straks. Energiklagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, idet nævnet vurderede, at pålægget ville være yderst byrdefuldt for selskabet. Det blev bl.a. anført, at der ville blive tale om en indtægtsnedgang på 10-11 mio. kr., og det ville have yderst negativ indvirkning på påvirkning af årsresultat, balancen, kapitalstrukturen samt egenkapitalen. Der var derfor stor sandsynlighed for, at følgerne af effektueringen ville være tæt på uoprettelige.

Kraftvarmeværket finder, at afgørelsen af 22. august 2011 skal annulleres, og at anmodningen om opsættende virkning skal imødekommes. Til støtte for anmodningen om opsættende virkning har kraftvarmeværket navnlig anført følgende:

⁷ Se fodnote nr. 3.

⁸ Se fodnote nr. 3.

- Konsekvensen af Energitilsynets afgørelse er, at varmepriserne med virkning fra den 1. juli 2011 reduceres til -7,90 kr./GJ (fra og med august 2011 ændret til - 7,53 kr./GJ) og affaldsbehandlingsprisen er 260 kr./ton ekskl. afgifter. Affaldssidens overdækning indregnes fuldt ud i affaldsbehandlingsprisen fra 2011. Den høje affaldsbehandlingspris har allerede medført, at affaldsmængderne til kraftvarmeværket er faldet væsentligt – fra 245.000 ton i et normalår til 109.000 ton i den senest udarbejdede affaldsprognose for andet halvår 2011 og til 204.000 ton pr. år i 2012-2014. De faldende affaldsmængder indebærer, at affaldssidens andel af fællesomkostningerne skal fordeles på et mindre antal ton, og dermed bliver affaldsbehandlingsprisen endnu højere. Den budgetterede affaldsbehandlingspris i 2012 er på den baggrund 742 kr./ton ekskl. afgifter, og det er denne affaldsbehandlingspris, der vil blive opkrævet, mens klagesagen verserer.

9. december 2011

J.nr 1021-11-33-77

SSH –EKN

Side 6 af 13

- Det affald, der pga. den højere pris, som er foranlediget af Energitilsynets afgørelse, fortrænges til andre anlæg, herunder til udlandet, kan ikke efterleveres, når Energiklagenævnets afgørelse foreligger, idet affaldsforbrændingskapaciteten skal udnyttes kontinuerligt. Dermed kommer de tilbageværende affaldsleverandører til at betale en højere pris under klagesagens behandling, end hvis klagen tillægges opsættende virkning, også hvis kraftvarmeværket får medhold i klagen, og der efterfølgende sker en regulering af priserne. Affaldsleverandørerne lider således et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.
- Kraftvarmeværket har ikke mulighed for at finansiere tilbageførslen af den af Energitilsynet etablerede overdækning på ca. 251 mio. kr. på anden måde end over affaldsbehandlingspriserne. Kraftvarmeværket skal både i henhold til elforsyningslovens § 75, stk. 3, og i henhold til Ramme- og Samarbejdsaftalen med affaldsleverandørerne økonomisk hvile i sig selv. Kraftvarmeværket kan derfor ikke oparbejde et stort lånefinansieret underskud ved at nedsætte varmepriserne til -7,53 kr./GJ uden at forhøje affaldsbehandlingspriserne tilsvarende. En sådan fremgangsmåde indebærer således, at de, der leverer affald efter Energiklagenævnets afgørelse, hvis denne stadfæster Energitilsynets afgørelse, skal finansiere et evt. underskud, som bevidst er etableret under klagesagens behandling. Dette er der ikke hjemmel til, hvorfor klagen er begæret tillagt opsættende virkning. Dertil kommer, at det er særdeles tvivlsomt, om en långiver vil bevilge et lån til dette formål.
- Tre af affaldsleverandørerne har afvist at betale den forhøjede affaldsbehandlingspris. Selv om den manglende betaling er en misligholdelse af Ramme- og Samarbejdsaftalen med affaldsleverandørerne, kan den

manglende betaling medføre, at kraftvarmeværket må anmelde betalingsstandsning. Kraftvarmeværket har således ikke likviditet til at afvikle overdækningen overfor varmesiden, hvis denne ikke modsvares af indtægter fra affaldsbehandlingspriserne.

- Hvis Energitilsynets afgørelse annulleres af Energiklagenævnet kan kraftvarmeværket med en vis administrativ byrde tilbagebetale den for høje affaldsbehandlingspris, der opkræves, mens klagesagen verserer. Kraftvarmeværket kan imidlertid ikke sikre, at leverandørerne af erhvervsaffald, som primært er store indsamlingsvirksomheder, tilbagebetaler det for meget opkrævede hos de virksomheder, der har produceret affaldet, og som har betalt indsamlingsvirksomhederne for at bortskaffe affaldet. Prisen mellem virksomhederne og affaldsindsamlerne er således ikke reguleret og er ikke et anliggende for kraftvarmeværket. Klageadgangen bliver delvist illusorisk, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet bl.a. kraftvarmeværket, affaldsleverandørerne og affaldsproducenterne lider uoprettelige tab.
- Energitilsynets afgørelse mister ikke sin betydning, hvis tilbagebetalingen først påbegyndes, når Energiklagenævnet har truffet afgørelse i sagen. Fjernvarme Fyn vil heller ikke lide noget tab ved, at klagen tillægges opsættende virkning, heller ikke hvis Energiklagenævnet måtte stadfæste Energitilsynets afgørelse. En afvejning af hensynet til kraftvarmeværket og affaldsleverandørerne på den ene side og Fjernvarme Fyn på den anden side fører til, at klagen bør tillægges opsættende virkning.
- Når klagen realitetsbehandles, forekommer det overvejende sandsynligt, at klagerne får medhold ud fra betragtningerne om, at det er i strid med el- og varmeforsyningsloven og med Energitilsynets og Energiklagenævnets praksis, at Energitilsynet ændrer kraftvarmeværkets omkostningsfordeling med tilbagevirkende kraft for perioden 2000 – 30. juni 2011, at Energitilsynet har overskredet sin kompetence og ageret i strid med Energitilsynets og Energiklagenævnets praksis ved at tilsidesætte kraftvarmeværkets omkostningsfordeling som urimelig, at en mangeårig og fast praksis er bindende for Energitilsynet, og at der ikke er hjemmel til eller grundlag for, at Energitilsynet tilsidesætter den aftalte omkostningsfordeling, idet den resulterer i en varmepris, der er væsentligt lavere end substitutionsprisen og rimelige affaldsbehandlingspriser.

Fjernvarme Fyn finder, at Energitilsynets afgørelse skal stadfæstes, og at anmodningen om opsættende virkning ikke skal imødekommes. Til støtte herfor har Fjernvarme Fyn navnlig anført følgende:

9. december 2011
J.nr 1021-11-33-77
SSH –EKN

Side 7 af 13

- Energitilsynets afgørelse er allerede påbegyndt fuldbyrdet med virkning fra 1. juli 2011.
- Der er ikke grundlag for at tillægge en afgørelse opsættende virkning, fordi afgørelsen i sig selv vil være byrdefuld for en af parterne. Dette vil i sagens natur være tilfældet i alle sager. Det afgørende er, om det forhold, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil kunne få nogle administrativt og økonomisk set byrdefulde følger, som vanskeligt lader sig genoprette, såfremt Energitilsynets afgørelse bliver ændret i henhold til de nedlagte påstande.
- Affaldsleverandørerne vil fremadrettet være i stand til at opkræve en forhøjet tipafgift. Affaldsleverandørerne vil under alle omstændigheder blive nødsaget hertil, såfremt afgørelsen af 22. august 2011 stadfæstes.
- Affaldsleverandørerne har selv valgt ikke at opkræve den reelle tipafgift hos deres kunder ved i stedet at anvende tilbageværende akkumulerede regnskabsmæssig overdækning i kraftvarmeværket til dækning af affaldsleverandørernes andel af fællesomkostningerne. Den akkumulerede overdækning kunne i stedet have været anvendt til efterregulering i den periode, hvor sagen verserer ved Energiklagenævnet. Overdækningen tilhører varmeaftagerne og skal benyttes til en hurtigere gennemførelse af efterreguleringen. I stedet for at bevare den akkumulerede overdækning til brug for efterregulering, valgte kraftvarmeværket i samarbejde med affaldsleverandørerne at udnytte overdækningen til betaling af differencen op til den reelle affaldsforbrændingspris i 2010 og første halvår af 2011. I sagen er der ikke tale om en overførsel af midler fra affaldsprisregnskabet til varmeprisregnskabet, men der er derimod tale om, at de regnskabsmæssigt posterede beløb i affaldsprisregnskabet anvendes til dækning af affaldsleverandørernes forpligtelser til at betale en affaldsforbrændingspris, der modsvarer affaldssidens særømkostninger og andele af fællesomkostninger tillige med efterreguleringsbeløbet. Kraftvarmeværker er derfor ikke alene berettiget til at anvende de midler, der er opsparet i selskabet til sikring af, at selskabet opfylder sine forpligtelser overfor varmesiden, men er tillige forpligtet til at sikre, at de opsparede midler ikke udbetales til affaldssiden, da der derved opstår en risiko for, at affaldssiden ikke kan eller ikke vil opfylde sine betalingsforpligtelser over for selskabet med den følge, at selskabet ikke kan opfylde sine efterreguleringsforpligtelser over for varmesiden.

9. december 2011
J.nr 1021-11-33-77
SSH -EKN

Side 8 af 13

- I Energiklagenævnets afgørelse af 13. oktober 2009, j.nr. 1021-234⁹, skulle E.ON Varme Danmark ApS ændre sin leveringsbetingelser i forhold til samtlige af værkets varmeaftagere. Affaldsleverandørerne er i den aktuelle sag ikke retlig forpligtet til at opkræve efterreguleringen overfor sine kunder. Leverandørerne kan vente med at opkræve det fulde efterreguleringsbeløb hos deres kunder og selv afholde omkostningen, indtil Energiklagenævnets afgørelse foreligger. Udsættelsen af efterreguleringen vil påføre varmeaftagerne yderligere økonomiske tab, da forbrugerne ikke har fået og heller ikke får forrentning af efterreguleringsbeløbet. Hertil kommer, at det som følge af den politiske aftale om mere konkurrence på affaldsforbrændingsområdet, hvorefter hvile-i-sig-selv princippet på affaldsforbrændingsområdet skal ophæves, og affaldsforbrændingen liberalisere, må vurderes at være en risiko for, at varmemeforbrugerne ikke får opfyldt deres krav om efterregulering, så fremt reguleringsperioden udskydes yderligere.

9. december 2011

J.nr 1021-11-33-77

SSH –EKN

Side 9 af 13

- Afgørelsen af 22. august 2011 er en udmøntning af gældende ret, jf. varmemeforsyningslovens § 20, stk. 1, og elforsyningslovens § 75, stk. 3. Afgørelsen tillægges ikke tilbagevirkende kraft, og det har ikke været administrativ praksis, at en omkostningsfordeling var rimelig, blot den førte til en varmepris, der lå nær substitutionsprisen uden foretagelsen af en individuel vurdering. Varmeprisen skal være omkostningsbestemt. Kraftvarmeværket har ikke taget udgangspunkt i en omkostningsbestemt pris, og har ikke foretaget nogen form for konkret vurdering af eller fastlæggelse af, hvorledes fællesomkostningerne skulle fordeles imellem varmesiden og affaldssiden. Energitilsynet har derfor i sin afgørelse konkret fastsat en omkostningsfordeling mellem affaldssiden og varmesiden baseret på, at der ikke er grundlag for en skævdeling af fællesomkostningerne på et effektivt anlæg som kraftvarmeværket. Såfremt energiprismyndighederne alene skulle kunne fastlægge en rimelig omkostningsfordeling, og dermed en omkostningsbestemt pris, med virkning for fremtiden, ville dette indebære, at energiprismyndighederne ikke har mulighed for at gribe ind overfor en prisfastsættelse i strid med varmemeforsyningsloven på trods af, at det af energiprismyndighederne kan konstateres, at prisen har været ulovligt fastsat i en årrække. I denne sag kan det, på samme måde som i de tilfælde, hvor det kan konstateres, at der er opkrævet en ulovlig varmepris i strid med varmemeforsyningslovens § 20, herunder afskrivningsreglerne, konstateres, at der er opkrævet en for høj varmepris med henvisning til, at kraftvarmeværket ikke har fastsat varmeprisen ud fra omkostningerne, og i øvrigt i visse år over varmeprisen har opkrævet samtlige fællesomkostninger og en andel af affaldssidens sæ-

⁹ Se fodnote nr. 3.

romkostninger. Ved Energitilsynets afgørelse er der således alene tale om en fremadrettet efterregulering af en konstateret for høj betalt varmepris i en årrække. Der er derfor ikke tale om en principiel afgørelse.

- Det forhold, at efterreguleringen først påbegyndes medio 2011, set i lyset af, at Fjernvarme Fyn fremsatte sit krav om en omkostningsbestemt varmepris og forhandlede med affaldsleverandørerne i 2002-2004 og klagede til Energitilsynet den 8. september 2008, bør føre til, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Hensynet til fuldbyrdelsen af afgørelsen vejer tungere end affaldsleverandørernes behov for opsættende virkning.
- Undtagelsen til omkostningsprincippet i varmemforsyningslovens § 20, stk. 13 og 14 kan ikke tages til indtægt for, at der skulle være en adgang til, at aftale en varmepris i strid med omkostningsprincippet, ud over de helt snævre rammer herfor, der er konkret begrundet og konkret beskrevet direkte i varmemforsyningslovens § 20, stk. 13 og 14, og forarbejderne til disse bestemmelser.
- Forhøjelsen af affaldsforbrændingsprisen fra 135 kr. til 260 kr. pr. ton eksklusiv afgifter svarer alene til den pris, som affaldsleverandørerne hele året skulle betale ved en 65/35 fordeling af omkostningerne. Affaldsforbrændingsprisen er fortsat en af de laveste i Danmark. En eventuel faldende affaldsmængde kan ikke henføres konkret til en fuldbyrdelse af afgørelsen af 22. august 2011. Kraftvarmeværket og affaldsleverandørerne har ikke nogen forpligtelse til at forhøje affaldsforbrændingsprisen og kan fortsat indrette sig således, at afgørelsen ikke får afgørende virkninger for prisen under Energiklagenævnets behandling af sagen. Prisen er endvidere alene hævet svarende til en fordeling af fællesomkostningerne på 65/35 og er ikke hævet som følge af afgørelsen. Allerede i 2010 var der faldende affaldsmængder som følge af den økonomiske krise.
- Det forhold, at tre affaldsleverandører vælger at afvise at betale en forhøjelse af affaldsforbrændingsprisen, samtidig med at forhøjelsen af prisen fortsat fører til en affaldsbehandlingspris, der er en af de billigste i landet, kan ikke udgøre et grundlag for opsættende virkning. Opsigelserne kan heller ikke føre til, at kraftvarmeværket går i betalingsstandsning, da værket fortsat har en resterende akkumuleret overdækning, som der kan udøves tilbageholdelsesret i eller laves en om-disponering på baggrund af, ligesom værket må have andre finansieringsmuligheder svarende til dækning i perioden for Energiklagenævnets behandling af sagen. De tre affaldsleverandører har alene mang-

9. december 2011
J.nr 1021-11-33-77
SSH -EKN

Side 10 af 13

lende betalingsvilje og ikke manglende betalingsevne, hvorfor kraftvarmeværket har mulighed for at få inddrevet de skyldige beløb.

Energitilsynet har ikke haft bemærkninger til anmodningen om opsættende virkning.

Retsgrundlaget

Bestemmelsen i varmemforsyningslovens § 26, der angår klageadgangen til Energiklagenævnet over afgørelser truffet af bl.a. Energitilsynet, 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. læses nærmere herom i bogen "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 kan endvidere læses nærmere i bogen "Forvaltningsret, Almindelige emner" af Jens Garde m.fl., 5. udgave, 1. oplag, 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 323 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 fuldbgyrdelse af et påbud eller forbud vil have følger, som vanskeligt lader sig genoprette, hvis rekursorganet senere afgør sagen efter klagerens øn-

9. december 2011
J.nr 1021-11-33-77
SSH –EKN

Side 11 af 13

ske, 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.

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Udgangspunktet efter de almindelige forvaltningsretlige regler om opsættende virkning er, at en klage ikke tillægges opsættende virkning. En fravigelse af dette udgangspunkt kræver således, at der foreligger ganske særlige omstændigheder.

9. december 2011
J.nr 1021-11-33-77
SSH -EKN

Side 12 af 13

Affaldsleverandørerne og kraftvarmeværket har til støtte for anmodningen om opsættende virkning bl.a. anført, at en efterlevelse af Energitilsynets afgørelse af 22. august 2011 vil føre til en højere tipafgift med et lavere affaldsgrundlag til følge. Affaldsleverandørerne skal således betale mere for at komme af med affaldet, mens kraftvarmeværket muligvis vil modtage mindre affald til forbrænding. Affaldsleverandørerne og kraftvarmeværket anfører, at dette vil påføre dem økonomiske og administrative skadesvirkninger, der vanskeligt lader sig genoprette, såfremt Energiklagenævnet senere omgør Energitilsynets afgørelse af 22. august 2011.

Fjernvarme Fyn har til støtte for, at anmodningen om opsættende virkning ikke skal imødekommes anført, at opsættende virkning af klagerne vil medføre, at Fjernvarme Fyns forbrugere først vil opleve en nedgang i varmeprisen, når Energiklagenævnet har truffet afgørelse i sagen, og såfremt nævnet i den forbindelse stadfæster Energitilsynets afgørelse. Forbrugerne vil endvidere blive påført et økonomisk tab, da de ikke får eller vil få forrentning af efterreguleringsbeløbet, såfremt nævnet senere stadfæster afgørelsen.

Energiklagenævnet imødekommer efter en konkret vurdering af sagens omstændigheder anmodningen om opsættende virkning. Energiklagenævnet har ved vurderingen bl.a. lagt vægt på, at sagens genstand vedrører tilbageføringen af et betydeligt beløb på ca. 251 mio. kr. Energiklagenævnet finder det af de af affaldsleverandørerne og kraftvarmeværket anførte grunde sandsynliggjort, at en efterlevelse af Energitilsynets afgørelse vil påføre affaldsleverandørerne og kraftvarmeværket væsentlige økonomiske skadesvirkninger, som vanskeligt lader sig genoprette, såfremt parterne senere får medhold i deres klager.

Efter en afvejning af hensynet til betydningen af varmemeforbrugernes interesse i en hurtig tilbageføring af den akkumulerede overdækning og hensynet til af-

faldsleverandørernes og kraftvarmeværkets økonomiske situation, finder nævnet, at hensynet til affaldsleverandørerne og kraftvarmeværkets interesser i det konkrete tilfælde vejer tungere end hensynet til Fjernvarme Fyns og dette selskabs varmekunders interesser. Nævnet har i den forbindelse endvidere lagt vægt på, at nævnet på nuværende tidspunkt forventer at træffe afgørelse i klagesagen i løbet af første kvartal af 2012, således at en endelig afgørelse af sagen forventes at foreligge inden for kortere tid.

Energiklagenævnet bemærker i øvrigt, at Energitilsynet ikke har ønsket at kommenteret spørgsmålet om opsættende virkning. Tilsynet har således ikke udtalt sig imod, at anmodningen om opsættende virkning imødekommes.

9. december 2011

J.nr 1021-11-33-77

SSH -EKN

Energiklagenævnet imødekommer på denne baggrund anmodningen om opsættende virkning.

Side 13 af 13

Afgørelsen er truffet efter varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.

Afgørelsen er truffet af Energiklagenævnets formand efter § 6, stk. 3, i Energiklagenævnets forretningsorden (Bekendtgørelse nr. 664 af 19. juni 2006). Forretningsordenen er offentliggjort på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

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

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

Med venlig hilsen

for Poul K. Egan
Nævnnsformand

og i dennes fravær og efter bemyndigelse underskrevet af

Henrik Chieu
Sekretariatschef