

(Elforsyning)

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 ESV Net A/S
OVER Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2011
OM reduktion af elnetselskabernes indtægtsrammer for 2012

7. maj 2012

J.nr. 1011-11-77-11

TML-EKN

NÆVNETS Nævnformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
I SAGEN Konsulent, civilingeniør Knut Berge
 Direktør, cand.polyt. Poul Sachmann

NÆVNETS For så vidt angår spørgsmålet om fristen for fremsendelse af
AFGØRELSE oplysninger til Energitilsynet ophæves tilsynets afgørelse af
31. oktober 2011, og denne del af sagen hjemvises til Energi-
tilsynet til fornyet behandling.

Dansk Energi har ved e-mail af 1. december 2011 på vegne af ESV Net A/S (herefter klager) klaget til Energiklagenævnet over Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2011. Ved afgørelsen udmeldte Energitilsynet elnetselskabernes indtægtsrammer for 2012. Klager har klaget over tilsynets afgørelse af 31. oktober 2011 for så vidt angår det forhold, at klagers oplysninger om ekstraordinære omkostninger ikke indgår i grundlaget for benchmarkingen, da de er fremsendt til Energitilsynet efter en af tilsynet fastsat frist, der var den 1. juni 2011 kl. 12.

Dansk Energi har endvidere på vegne af 58 elnetselskaber, herunder klager, klaget over skærpelsen af tidshorisonten til indhentning af effektiviseringspotentialerne, den i 2009 fastsatte tidshorisont til indhentning af effektiviseringspotentialerne samt ændringen af beregningsmetoden til fastsættelse af benchmarkingbasis. Disse forhold behandles og afgøres samlet i en særskilt afgørelse under j.nr. 1011-11-26.

NOE Net A/S (j.nr. 1011-11-81), Thy-Mors Energi Elnet A/S (j.nr. 1011-11-82) og RAH Net A/S (j.nr. 1011-11-84) har endvidere ved særskilt klage klaget over Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2011 for så vidt angår fordyrende rammevilkår på Danmarks Vestkyst. Klagerne over dette forhold er behandlet særskilt af Energiklagenævnet under journalnummer 1011-11-81.

Sagens baggrund

Energitilsynet udmelder årligt individuelle krav til reduktion af elnetselskabernes indtægtsrammer, jf. elforsyningslovens¹ § 70, stk. 9, og indtægtsrammebekendtgørelsens² §§ 26 og 27. Udmeldingen sker på baggrund af en benchmarking af elnetselskabernes økonomiske effektivitet samt selskabernes kvalitet i levering af elektricitet. Energitilsynet udmeldte den 31. oktober 2011 kravene til reduktion af elnetselskabernes indtægtsrammer for 2012.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 2 af 15

Ved benchmarking af elnetselskaberne anvender Energitilsynet netvolumenmodellen. Modellen er nærmere beskrevet i Energiklagenævnets afgørelse af 20. april 2009 samt i Energiklagenævnets afgørelse af 18. maj 2010. Begge afgørelser er offentliggjort på nævnets hjemmeside: www.ekn.dk under menu-punktet "Afgørelser" → "Kronologisk liste" → "Lov om elforsyning", og for en nærmere beskrivelse af netvolumenmodellen henvises således hertil.

I forbindelse med Energitilsynets udmelding af elnetselskabernes indtægtsrammer for 2012 fremsendte tilsynet den 2. maj 2011 en e-mail til elnetselskaberne med oplysning om, at fristen for fremsendelse af oplysninger til tilsynet om selskabernes ekstraordinære omkostninger var den 1. juni 2011 kl. 12.00. Energitilsynet fremsendte endvidere ved e-mail af 25. maj 2011 en påmindelse om denne frist til selskaberne. På baggrund af de modtagne data udarbejdede Energitilsynet herefter et udkast til afgørelse om elnetselskabernes indtægtsrammer for 2012, som blev sendt i høring hos selskaberne den 14. juli 2011 med en fastsat frist for selskabernes bemærkninger til den 26. august 2011. På baggrund af de indkomne høringssvar ændrede Energitilsynet bagatelgrænsen for ekstraordinære omkostninger til – foruden en procentvis grænse på 0,5 % af selskabernes netvolumen – til også at indeholde en beløbsgrænse på 2 mio. kr. Energitilsynet gav i denne forbindelse de selskaber, der havde ekstraordinære omkostninger af den pågældende størrelse, mulighed for at indsende oplysninger herom, og oplysningerne blev herefter medtaget i benchmarkingen ved en genberegning af selskabernes individuelle effektiviseringskrav. Uanset denne særlige genberegning i forbindelse med ændring af bagatelgrænsen, fastholdt Energitilsynet den allerede fastsatte tidsfrist for så vidt angik indberetning af alle øvrige ekstraordinære omkostninger.

¹ Lovbekendtgørelse nr. 279 af 21. marts 2012 om elforsyning.

² Bekendtgørelse nr. 335 af 15. april 2011 om indtægtsrammer for netvirksomheder og regionale transmissionsvirksomheder omfattet af elforsyningsloven.

Energitilsynet traf den 31. oktober 2011 den endelige afgørelse om reduktion af elnetselskabernes indtægtsrammer for 2012.

Klager fremsendte den 30. maj 2011 sine oplysninger om netkomponenter og ekstraordinære omkostninger til Energitilsynet. Ved en fejl havde klager ikke medtaget ekstraordinære omkostninger vedrørende fjernaflæste målere i indberetningen den 30. maj 2011. I forbindelse med, at Energitilsynet sendte udkastet til afgørelsen i høring hos selskaberne blev klager opmærksom på fejlen. Klager fremsendte herefter den 2. august 2011 et korrigeret indberetningsskema, hvor både fjernaflæste målere og drift- og vedligeholdelse af netkomponenter fremgik, og samtidig var antal målere korrigeret. Energitilsynet havde i første omgang ikke medtaget nogen af oplysninger i afgørelsen af 31. oktober 2011, men har efterfølgende oplyst klager om, at oplysningerne, der blev fremsendt den 30. maj 2011 ville blive medtaget, da de var fremsendt inden for fristen. Energitilsynet korrigerede herefter benchmarkingen for så vidt angik det korrigerede antal målere, men ikke de ekstraordinære omkostninger samt driftsomkostningerne, selvom driftsomkostningerne var indsendt den 30. maj 2011. Det betyder, at klager har fået et for højt effektiviseringskrav og en for lav indtægtsramme. For klagers vedkommende betyder det, at indtægtsrammen for 2012 er reduceret med ca. 1 mio. kr.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 3 af 15

Energitilsynets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2011 vedlægges som bilag 1.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Det er klagers opfattelse, at Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2011 bør ændres således, at effektiviseringskravet for 2012 reduceres efter Energiklagenævnets skøn og med en deraf følgende forhøjelse af indtægtsrammen til følge. Alternativt bør Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2012 ophæves og hjemvises til fornyet behandling ved Energitilsynet. Til støtte herfor har klager navnlig anført følgende:

- Det er i strid med officialprincippet, at Energitilsynet ser bort fra oplysninger, som bør ligge til grund for sagens afgørelse. Konsekvensen af ikke at benytte de indsendte data er, at der træffes en materielt forkert afgørelse. Når det handler om rangering af et stort antal elnetselskaber i forhold til hinanden, er det vigtigt, at de anvendte data er korrekte og afspejler det enkelte elnetselskabs reelle effektivitet. Officialprincippet suppleres endvidere af forvaltningslovens § 21, hvorefter en part har ret til at forlange, at en sag udsættes, indtil parten har afgivet udtalelse til sagen. Efter praksis kan et sådan krav fremsættes helt indtil det tidspunkt, hvor afgørelsen træffes. Heri ligger også, at man indenfor forvaltningsretten accepterer, at en part kan komme

med relevante oplysninger til sagen frem til det tidspunkt, hvor endelig afgørelse træffes. Det følger endvidere heraf, at oplysninger skal tages med i myndighedens behandling af sagen.

- Konsekvensen af ikke at indsende oplysningerne til Energitilsynet inden for den af tilsynet fastsatte frist er indgribende og har potentielt store økonomiske følger. Hvis det har været ønsket at fravige et grundlæggende princip som officialprincippet bør det fremgå direkte af lovgivningen. Det fremgår både af elforsyningslovens § 70, stk. 9, og af indtægtsrammen § 26, stk. 3, at Energitilsynet er berettiget til at anvende foreløbige værdier, hvis et netselskab ikke indsender anvendelige oplysninger inden en fastsat tidsfrist. Det fremgår dog også, at de foreløbige værdier skal erstattes af selskabets egne tal, når disse er fremsendt til Energitilsynet med behørig dokumentation. I henhold til lovbemærkningerne er begrundelsen for bestemmelsen, at manglende data forsinker hele processen, og at tilsynet derfor skal have mulighed for at anvende foreløbige data. Heri ligger efter klagers vurdering en pligt for Energitilsynet til at anvende netselskabernes data, når de foreligger og er tilstrækkeligt dokumenteret. Dokumenteret data, der kommer frem helt indtil det tidspunkt, hvor den endelige afgørelse træffes, bør uden ophold medtages i den endelige afgørelse. Det modsatte får den virkning, at myndigheden sender et udkast til afgørelse i høring, hvor det allerede er for sent at komme med korrektioner. Formålet med høringen går dermed tabt. Bestemmelserne i elforsyningslovens § 70, stk. 9, 5. punktum, og indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3, omhandler begge en eventuel efterfølgende justering af indtægtsrammen, som følge af de for sent indsendte oplysninger. Efter klagers opfattelse vedrører denne del af bestemmelserne den situation, hvor den endelige afgørelse er truffet, når de nye oplysninger indsendes. I de situationer er der behov for at fastslå, fra hvilket tidspunkt de nye data får virkning. Det kan ikke have været hensigten – når det ikke er eksplicit nævnt – at bestemmelserne skulle anvendes, inden myndigheden overhovedet har truffet sin afgørelse. Det ville sætte det helt grundlæggende forvaltningsretlige officialprincip ud af kraft.
- I relation til Energitilsynets bemærkninger vedrørende hensynet til at sikre lighed for loven bemærkes, at det i elforsyningslovens § 70, stk. 9, og indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3, er fastsat, at Energitilsynet skal tage for sent indsendte, dokumenterede data i betragtning ved benchmarkingen, blot disse data indsendes så betids, at det praktisk er muligt at tage oplysningerne i betragtning, inden den endelige afgørelse træffes. Med bestemmelserne er der således sikret lighed for loven, idet alle berørte selskaber selvsagt har krav på, at for sent indrapporterede data tages i betragtning på de anførte vilkår.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 4 af 15

Energitilsynet var således forpligtet til at tage indberetninger af ekstraordinære omkostninger i betragtning, både for så vidt angår indberetning som fremkom i perioden mellem den 1. juni 2011 og frem til tidspunktet for genberegningen af selskabernes effektiviseringskrav og for så vidt angår indberetninger, der måtte være indkommet efter dette tidspunkt, men så betids, at det var praktisk muligt at tage oplysningerne i betragtning, inden den endelige afgørelse blev truffet.

- Klager er ikke enig med Energitilsynet i, at Energiklagenævnet i nævnets afgørelse af 5. september 2011 (j. nr. 1011-10-8) skulle have fastslået, at Energitilsynet har hjemmel til at se bort fra for sent indsendte oplysninger i forhold til årets benchmarkingafgørelse og dermed først inddrage disse i næstfølgende reguleringsår. I Energiklagenævnets afgørelse af 5. september 2011 var situationen en anden. Netselskabet havde på tidspunktet for nævnets afgørelse slet ikke anmeldt den omhandlede ekstraordinære omkostning til Energitilsynet. Energitilsynet havde derfor ikke kendskab til, at der var oplysninger, som ikke var fremsendt til tilsynet, før der blev indgivet klage til Energiklagenævnet den 8. juni 2011, hvilket var mere end 7 måneder efter Energitilsynet traf sin afgørelse den 25. oktober 2010. Det er netop den situation, som indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3, er møntet på, og Energiklagenævnets afgørelse af 5. september 2011 er således helt i overensstemmelse med bestemmelserne i elforsyningslovens § 70, stk. 9, samt forarbejderne hertil og indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3. Energiklagenævnet har derfor ikke i afgørelsen taget stilling til problemstillingen i nærværende klage vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Energitilsynet ved årets benchmarkingafgørelse skal tage korrektioner i betragtning, som fremsendes i perioden fra den af Energitilsynets fastsatte frist den 1. juni kl. 12 og til den endelige afgørelse træffes den 31. oktober 2011.
- Hvis Energiklagenævnet måtte finde, at der er hjemmel i loven til at se bort fra oplysninger, der er fremsendt efter den af Energitilsynet fastsatte frist, vil det være en praksisændring i forhold til Energitilsynets benchmarking af selskaberne i de tidligere år. Tidligere har det været muligt at få korrigeret fremsendte tal, selvom der var fastsat en frist. De to e-mails af 2. maj og 25. maj 2011 har ikke været opfattet som en meddelelse om praksisændring. Det er heller ikke fremhævet særligt i de to e-mails, at overskridelser ikke ville blive accepteret. Heller ikke på Energitilsynets hjemmeside kan man finde besked om, at der er tale om en praksisændring. Det fremgår endvidere ikke af hjemmesiden, at fristen skulle betragtes som ultimativ. De to e-mails er det eneste fremsendte herom. Energitilsynet fremsendte også i 2010 en e-mail med oplysning om årets frist. Den 29. april 2010 udsendte Energitil-

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 5 af 15

synet således en e-mail om årets frist for indberetning af ekstraordinære omkostninger. Heri fremgik også, at indberetninger efter den 1. juni 2010 ikke ville blive korrigeret i den endelige model. Ikke desto mindre er det efter klagers oplysninger først i 2011, at Energitilsynet har valgt at håndhæve deres egen frist som ultimativ. Som følge af god forvaltningsskik burde Energitilsynet have gjort opmærksom på praksisændringen.

Energitilsynets udtalelse

Det er Energitilsynets opfattelse, at tilsynets afgørelse af 31. oktober 2011 bør stadfæstes. Til støtte herfor har Energitilsynet navnlig anført følgende:

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 6 af 15

- Energitilsynet har givet netselskaberne tilstrækkelig orientering om tidsfristen for indsendelse af oplysninger til årets benchmarking og om konsekvenserne ved eventuel overskridelse af fristen. I modsætning til tidligere års praksis ville oplysninger om ekstraordinære omkostninger indsendt efter den 1. juni 2011 ikke blive taget i betragtning. Derfor gjorde Energitilsynet særskilt opmærksom på fristens håndhævelse ved e-mails af henholdsvis 2. maj 2011 og 25. maj 2011. De informationer, der på Energitilsynets hjemmeside konkret vedrører benchmarking, angiver endvidere klart, at tidsfristen for indsendelse af oplysninger var den 1. juni 2011 kl. 12.00.
- Elforsyningslovens § 70 og indtægtsrammebekendtgørelsens §§ 26 og 27 giver hjemmel til at se bort fra oplysninger indsendt efter den af Energitilsynet fastsatte tidsfrist i forhold til indeværende års benchmarkingafgørelse. I elforsyningslovens § 70, stk. 9, anerkendes det, at rettidig indberetning er en nødvendig forudsætning for den procedure, der finder sted i Energitilsynet i forbindelse med beregningen af effektiviseringskrav. Der er i bestemmelsen givet hjemmel til, at Energitilsynet kan fastsætte foreløbige værdier. Lovforarbejderne til bestemmelsen understøtter endvidere dette. Både lovteksten og forarbejderne indeholder hjemmel til at afskære for sent indsendte oplysninger vedrørende indeværende års benchmarking. Ligeledes er der i indtægtsrammebekendtgørelsen taget stilling til konsekvenserne af for sent indsendte oplysninger angående benchmarkingen i § 26, stk. 3, og § 27, stk. 3, hvorefter disse oplysninger først vil få virkning for næstfølgende regnskabsår.
- Klagers fortolkning af elforsyningslovens § 70, stk. 9, og indtægtsrammebekendtgørelsens §§ 26 og 27, hvorefter kun oplysninger indsendt efter udmeldingen af effektiviseringskrav vil kunne afvises, vil medføre en udhuling af bestemmelserne, og Energitilsynet er derfor ikke enig i fortolkningen. En sådan forståelse af bestemmelserne vil i

princippet kunne udsætte en benchmarkingafgørelse uendeligt, så fremt Energitilsynet var forpligtet til at modtage oplysninger indsendt efter den af Energitilsynet fastsatte frist. Energiklagenævnet har ligeledes fastslået, at Energitilsynet har hjemmel til at se bort fra for sent indsendte oplysninger i forhold til årets benchmarkingafgørelse, og dermed først inddrage disse i næstfølgende reguleringsår, jf. Energiklagenævnets afgørelse af 5. september 2011 (Energiklagenævnets j.nr. 1011-10-8).

- Hvis oplysninger modtages efter fristens udløb, må det vurderes, om der er særlige forhold, som gør sig gældende i det konkrete tilfælde. Energitilsynet har ikke fundet, at der var forhold, der talte herfor i klagers tilfælde.
- Fastholdelse af tidsfristen skyldes hovedsageligt, at benchmarkingen ellers kan trække ud i det uendelige. Da Energitilsynet alligevel skulle lave genberegning i forbindelse med justeringen af bagatelgrænsen for indberetninger af ekstraordinære omkostninger, kunne man have overvejet at modtage de indberetninger af ekstraordinære omkostninger, som var (for sent) indsendt i perioden mellem den 1. juni 2011 kl. 12 og frem til tidspunktet for den omtalte genberegning af selskabernes effektiviseringskrav. Dette ville dog efter Energitilsynets opfattelse betyde, at tilsynet også ville have været nødt til at modtage øvrige indberetninger, der måtte indkomme senere. I modsat fald havde der ikke været lighed for loven. Det kunne endvidere overvejes, hvorvidt genberegningen i forbindelse med ændringen af bagatelgrænsen gav anledning til at udmelde en ny frist til alle selskaberne. Henset til den korte sagsbehandlingstid mellem genberegningen og fristen for udmelding af de endelige effektiviseringskrav ville det imidlertid ikke være muligt for Energitilsynet at afvente eventuelle nye indberetninger og efterfølgende behandle alle oplysninger indsendt efter den oprindelige frist. En fornyet frist for indsendelse af oplysninger om ekstraordinære omkostninger var derfor ikke mulig.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 7 af 15

Retsgrundlaget

Priser for net- og transmissionsvirksomheders ydelser er reguleret i elforsyninglovens § 70. Af bestemmelsen fremgår bl.a. følgende om fastsættelse af indtægtsrammer for virksomhederne:

”[...]

§ 70. Priser for netvirksomhedernes og de regionale transmissionsvirksomheders ydelser fastsættes i overensstemmelse med de i stk. 2 nævnte indtægtsrammer. Rammerne fastsættes med

henblik på dækning af de i § 69 nævnte omkostninger ved en effektiv drift af virksomheden.

Stk. 2. Klima- og energiministeren fastsætter regler om indtægtsrammer for alle berørte virksomheder for et nærmere angivet antal år. Som led i denne regulering sikres det, at tarifferne i faste priser regnet som et gennemsnit ikke stiger i forhold til tarifferne pr. 1. januar 2004, idet kapital, der finansierer nødvendige nyinvesteringer, dog fortsat skal kunne forrentes og afskrives. Indtægtsrammen vil blive hævet med et beløb svarende til forrentning og afskrivning af den kapital, der finansierer nyinvesteringen, opgjort efter reglerne i årsregnskabsloven, eventuelt med modregning af tilslutningsbidrag. Såfremt den nødvendige nyinvestering erstatter et eksisterende anlæg, vil indtægtsrammen blive forhøjet med et beløb, der dækker forrentning, afskrivning samt drift og vedligeholdelse af nyinvesteringen. Virksomheden kan vælge, at beregningen sker som en varig eller en midlertidig forhøjelse af indtægtsrammen. Såfremt forhøjelsen beregnes som en annuitet, vil forhøjelsen være varig. Såfremt forhøjelsen sker, således at den afspejler et serielån, bortfalder forhøjelsen ved udløbet af den forventede levetid, og ved fremtidige investeringer i anlægget vil der ske en fornyet beregning af indtægtsrammen. Uanset om forhøjelsen sker, så den afspejler en annuitet eller et serielån, indregnes endvidere omkostninger til nedtagning af det erstattede anlæg og efterlevelse af myndighedskrav i forbindelse hermed. Ved beregningen af forhøjelsen skal der ske modregning af et beløb, der dækker kassationsværdien af det erstattede anlæg. Der skal endvidere ske modregning af et beløb, der dækker de omkostninger, som netvirksomheden eller den regionale transmissionsvirksomhed ville have haft til drift, vedligeholdelse og fornyelse af det erstattede anlæg, såfremt det erstattede anlæg fortsat skulle have været drevet med uændret funktionalitet. Over- og underdækning for perioden fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2003 påvirker ikke det i 2. pkt. nævnte loft. Afvikling af denne underdækning skal være afsluttet senest ved udgangen af 2010.

...

Stk. 9. Inden for de i stk. 2 nævnte rammer fastsætter Energitilsynet årligt en indtægtsramme for hver af de berørte virksomheder under hensyntagen til den enkelte virksomheds effektiviseringspotentiale. Såfremt en netvirksomhed eller regional transmissionsvirksomhed ikke overholder fristen for indsendelse af de nødvendige oplysninger eller afgiver mangelfulde eller fejlagtige oplysninger til brug for Energitilsynets fastlæggelse af indtægtsrammen og opgørelse af effektiviteten, kan Energitilsynet foreløbigt fastsætte indtægtsrammen og effektiviteten. Energitilsynet

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 8 af 15

kan for virksomhedens regning anvende uafhængig ekstern bistand til løsning af denne opgave. Den foreløbige værdifastsættelse bortfalder, når de nødvendige oplysninger er fremsendt og dokumenteret. En eventuel efterfølgende justering af indtægtsrammen som følge af de indsendte oplysninger vil ske for det næstfølgende regnskabsår. Klima- og energiministeren kan fastsætte regler om, at der ved opgørelse af effektiviseringspotentialer skal tages hensyn til kvaliteten af den transport af elektricitet med tilhørende ydelser, som virksomheden skal gennemføre som bevilningshaver, jf. § 20, stk. 1.
[...]"

Af lovforslag nr. 3 om ændring af lov om elforsyning og naturgasforsyning som fremsat den 8. oktober 2008 fremgår bl.a. følgende af bemærkningerne til de enkelte bestemmelser i elforsyningslovens § 70, stk. 9:

"[...]
...

Som led i fastsættelsen af virksomhedernes indtægtsrammer gennemfører Energitilsynet årligt en benchmarking af netvirksomhedernes og de regionale transmissionsvirksomheders effektivitet, og udmelder effektiviseringskrav til de mindre effektive virksomheder. Effektiviseringskravene udmeldes som procentvise reduktioner af virksomhedernes indtægtsrammer. For sent indsendte oplysninger fra enkelte virksomheder forsinkes hele processen, ligesom mangelfulde eller fejlbehæftede oplysninger fra en virksomhed kan give et uretvisende billede af virksomhedens effektivitet. Det er derfor nødvendigt, at oplysningerne indsendes til Energi styrelsen uden unødigt forsinkelse i forhold til de udmeldte frister. Energitilsynet får med bestemmelsen hjemmel til at foretage en foreløbig fastlæggelse af de relevante værdier for virksomheder, der enten ikke indsender oplysningerne til tiden eller indsender mangelfulde eller fejlbehæftede oplysninger. Energitilsynet vil, for virksomhedens regning, kunne anvende uafhængig bistand eksempelvis fra en revisor til løsning af denne opgave.

Den foreløbige fastsættelse erstattes af virksomhedens egne oplysninger, når disse indsendes med behørig dokumentation. Den foreløbige fastsættelse kan derfor ikke påklages.

Såfremt virksomhedens oplysninger giver anledning til en ændring af den udmeldte indtægtsramme, vil justeringen finde sted i forbindelse med Energitilsynets fastsættelse af virksomhedens indtægtsramme for det næstfølgende regnskabsår.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 9 af 15

[...]"

Den nærmere regulering af indtægtsrammerne er fastsat i indtægtsrammebekendtgørelsen. Af bekendtgørelsens §§ 26 og 27 fremgår følgende:

"[...]

Benchmarking og effektiviseringskrav

§ 26. Energitilsynet benchmarker én gang årligt virksomhederne på deres økonomiske effektivitet og kvalitet i leveringen.

Stk. 2. Benchmarkingen baseres på oplysninger fra virksomhederne, der indsendes til Energitilsynet, efter regler fastsat af Energitilsynet.

Stk. 3. Såfremt en virksomhed indsender mangelfulde eller fejlbehæftede oplysninger, eller indsender oplysningerne efter den fastsatte tidsfrist, kan Energitilsynet fastsætte foreløbige værdier. Energitilsynet kan, for virksomhedens regning, anvende ekstern bistand til værdifastsættelsen. De foreløbige værdier erstattes af virksomhedens egne tal, når disse er fremsendt til Energitilsynet med behørig dokumentation.

Stk. 4. Grundlaget for benchmarkingen tages fra og med regnskabsåret 2007 op til revision mindst hvert fjerde år med henblik på eventuelle justeringer og inddragelse af nye vurderingskriterier.

Stk. 5. Resultaterne af benchmarkingen samt den anvendte metode for benchmarkingen offentliggøres af Energitilsynet.

Stk. 6. Omkostninger til energibesparende aktiviteter, jf. § 16, stk. 3, indgår ikke i benchmarkingen.

§ 27. Fra og med reguleringsåret 2008 udmelder Energitilsynet årligt individuelle effektiviseringskrav baseret på benchmarking af virksomhederne, jf. § 26, stk. 1.

Stk. 2. Effektiviseringskrav, der fremkommer ved benchmarkingen af den økonomiske effektivitet, gennemføres som en procentvis varig reduktion af den enkelte virksomheds reguleringspris eller rådighedsbeløb. Effektiviseringskrav, der fremkommer ved benchmarkingen af kvalitet i leveringen, gennemføres som en procentvis ét-årig reduktion af den enkelte virksomheds reguleringspris eller rådighedsbeløb.

Stk. 3. Såfremt en virksomhed for sent indsendte oplysninger, jf. § 26, stk. 3, ville have givet anledning til en ændring af udmeldte effektiviseringskrav, vil justeringen finde sted i forbindelse med Energitilsynets fastsættelse af virksomhedens indtægtsram-

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 10 af 15

me for det næstfølgende reguleringsår. For sent indsendte oplysninger giver ikke anledning til genberegning af benchmarkingen.
[...]"

Energiklagenævnets praksis

Energiklagenævnet har tidligere ved afgørelse af 18. maj 2010 (j.nr. 1011-346) behandlet spørgsmålet om Energitilsynets tidsfrist for indberetning af ekstraordinære omkostninger til tilsynet, samt hvorvidt for sent indberettede omkostninger skal indgå i benchmarkingen. Klager havde i den konkrete sag ikke i forbindelse med Energitilsynets benchmarking indsendt sine oplysninger om ekstraordinære omkostninger, da klager var af den opfattelse, at Energitilsynet allerede var i besiddelse af oplysningerne i kraft af en tidligere anmeldelse af en aftale til Energitilsynet. Energiklagenævnet udtalte i afgørelsen, at det lå inden for Energitilsynets bemyndigelse efter indtægtsrammebekendtgørelsens § 26, stk. 2, at fastsætte frister for indsendelse af anmeldelser og dokumentation. Energiklagenævnet fandt endvidere, at det var sagligt begrundet at tillægge fristoverskridelser den virkning, at der ikke ved fastsættelsen af effektiviseringskravene for det førstkommende år kunne tages hensyn til ekstraordinære omkostninger, som ikke var anmeldt og dokumenteret rettidigt. Energiklagenævnet fandt endvidere, at Energitilsynet havde den fornødne hjemmel til at pålægge elnetselskaberne at fremlægge dokumentation, uanset om Energitilsynet i forvejen havde et vist kendskab til de pågældende omkostninger.

Energiklagenævnet har endvidere ved afgørelse af 5. september 2011 (j.nr. 1011-10-8) behandlet samme spørgsmål. Klager havde i den konkrete sag ikke indberettet en række omkostninger som ekstraordinære, da klager efter henvendelse til Energitilsynet havde fået den opfattelse, at omkostningerne ikke var omfattet af tilsynets definition af ekstraordinære omkostninger. Energiklagenævnet lagde på baggrund af sagens oplysninger til grund, at klager ikke havde anmeldt omkostningen som en ekstraordinær omkostning inden for den af Energitilsynet fastsatte frist den 1. juni 2010. Energiklagenævnet havde på den baggrund ikke bemærkninger til, at Energitilsynet behandle klagerens omkostning som en almindelig driftsomkostning. Det kunne ligeledes ikke give Energiklagenævnet anledning til bemærkninger, at Energitilsynet, såfremt klager indberettede den ekstraordinære omkostning med behørig dokumentation, ville behandle omkostningen i henhold til indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3, og dermed regulere for driftsomkostningen i det næstfølgende reguleringsår, såfremt betingelserne herfor var opfyldt, og at Energitilsynet ikke havde foretaget en genberegning af benchmarkingen for 2011.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 11 af 15

Afgørelserne er offentliggjorte på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk under menupunktet "Afgørelser" → "Kronologisk liste" → "Lov om elforsyning".

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Energiklagenævnet bemærker indledningsvis, at Energitilsynet burde have inddraget klagers oplysninger, som var fremsendt den 30. maj 2011, og dermed var fremsendt inden for den af Energitilsynet fastsatte frist den 1. juni 2012.

For så vidt angår de øvrige oplysninger bemærker Energiklagenævnet, at Energitilsynet årligt udmelder individuelle krav til reduktion af elnetselskabernes indtægtsrammer i henhold til elforsyningslovens § 70, stk. 9, og indtægtsrammebekendtgørelsens §§ 26 og 27. Energitilsynets afgørelse om udmelding af reduktion af elnetselskabernes indtægtsrammer (benchmarking) er en afgørelse i forvaltningsretlig forstand over for de enkelte elnetselskaber. Det betyder, at almindelige ulovbestemte forvaltningsretlige regler og forvaltningslovens³ regler som udgangspunkt finder anvendelse. Det drejer sig bl.a. om myndighedens pligt til at indhente de fornødne oplysninger, eventuelt ved at anmode sagens parter herom, således at afgørelsen træffes på et tilstrækkeligt oplyst grundlag (officialprincippet), forvaltningslovens regler om parts-høring efter lovens § 19, samt retten til at fremkomme med en udtalelse til sagen efter lovens § 21. Disse regler finder derfor som udgangspunkt anvendelse, når Energitilsynet skal træffe afgørelse om udmeldelse af reduktion af indtægtsrammer over for elnetselskaberne.

Såfremt Energitilsynets forståelse af elforsyningslovens § 70, stk. 9, indhold lægges til grund, vil det betyde, at officialprincippet og partens ret til at fremkomme med en udtalelse efter forvaltningslovens § 21, fraviges. Endvidere vil det forhold, at Energitilsynet generelt ikke medtager oplysninger om bl.a. ekstraordinære omkostninger i forbindelse med høringen, der blev foretaget efter fristens udløb, betyde, at elnetselskabernes ret til partshøring i forvaltningslovens § 19 reelt bliver indholdsløs.

Det er Energiklagenævnets opfattelse, at fravigelse af almindelige forvaltningsretlige principper og forvaltningslovens regler kræver klar lovhjemmel.

Det fremgår af ordlyden af elforsyningslovens § 70, stk. 9, at såfremt selskaberne ikke overholder fristen for indsendelse af de nødvendige oplysninger eller afgiver mangelfulde eller fejlagtige oplysninger til brug for Energitilsynets fastlæggelse af indtægtsrammen og opgørelse af effektiviteten, kan tilsynet foreløbigt fastsætte indtægtsrammen og effektiviteten. Den foreløbige værdifast-

³ Lovbekendtgørelse nr. 1365 af 7. december 2007 om forvaltningsloven med senere ændringer.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 12 af 15

sættelse bortfalder, når de nødvendige oplysninger er fremsendt og dokumenteret. En eventuel efterfølgende justering af indtægtsrammen som følge af de indsendte oplysninger vil ske for det næstfølgende regnskabsår.

Af lovbemærkningerne til elforsyningslovens § 70, stk. 9, fremgår bl.a., at for sent indsendte oplysninger fra enkelte virksomheder forsinker hele processen, ligesom mangelfulde eller fejlbehæftede oplysninger fra en virksomhed kan give et uretvisende billede af virksomhedens effektivitet. Det er derfor nødvendigt, at oplysningerne indsendes til Energitilsynet uden unødigt forsinkelse i forhold til de udmeldte frister. Energitilsynet får med bestemmelsen hjemmel til at foretage en foreløbig fastlæggelse af de relevante værdier for virksomheder, der enten ikke indsender oplysningerne til tiden eller indsender mangelfulde eller fejlbehæftede oplysninger. Den foreløbige fastsættelse erstattes af virksomhedens egne oplysninger, når disse indsendes med behørig dokumentation. Såfremt virksomhedens oplysninger giver anledning til en ændring af den udmeldte indtægtsramme, vil justeringen finde sted i forbindelse med Energitilsynets fastsættelse af virksomhedens indtægtsramme for det næstfølgende regnskabsår.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Side 13 af 15

Det fremgår endvidere af ordlyden af indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3, at såfremt en virksomheds for sent indsendte oplysninger ville have givet anledning til en ændring af udmeldte effektiviseringskrav, vil justeringen finde sted i forbindelse med Energitilsynets fastsættelse af virksomhedens indtægtsramme for det næstfølgende reguleringsår. For sent indsendte oplysninger giver ikke anledning til genberegning af benchmarkingen.

Det er Energiklagenævnets opfattelse, at ordlyden i § 70, stk. 9, giver anledning til tvivl, idet det først angives, at den foreløbige værdiansættelse bortfalder, når de nødvendige oplysninger er fremsendt og dokumenteret, og dernæst angives, at en eventuel justering af indtægtsrammen som følge af de indsendte oplysninger vil ske for det næstfølgende regnskabsår. Disse to sætninger med beskrivelse af fremgangsmåden ved for sent indsendte oplysninger er efter Energiklagenævnets opfattelse umiddelbart modstridende. Af bemærkningerne til § 70, stk. 9, fremgår, at såfremt de indsendte oplysninger giver anledning til en ændring af "den udmeldte" indtægtsramme, vil det ske i det næstfølgende regnskabsår. Udtrykket "udmeldte" og den øvrige formulering fra bemærkningerne til bestemmelsen vedrørende for sent indsendte oplysninger er endvidere anvendt i indtægtsrammebekendtgørelsens § 27, stk. 3.

Energiklagenævnet finder, at udtrykket "den udmeldte" indtægtsramme i elforsyningslovens § 70, stk. 9, skal forstås som Energitilsynets endelige afgørelse over for elnetselskaberne. På den baggrund finder Energiklagenævnet, at Energitilsynets foreløbige værdiansættelse som udgangspunkt skal erstattes

med senere indsendte, dokumenterede oplysninger, når disse er modtaget, inden Energitilsynets endelige afgørelse træffes. Under alle omstændigheder er det Energiklagenævnets opfattelse, at bestemmelsen i elforsyningslovens § 70, stk. 9, samt bemærkningerne hertil, ikke udgør en tilstrækkelig klar lov-hjemmel til at antage, at almindelige ulovbestemte forvaltningsretlige regler og forvaltningslovens regler er fraveget i § 70, stk. 9. Der er således ikke hjemmel til, at Energitilsynet generelt kan undlade at inddrage oplysninger, alene fordi de er modtaget efter den af Energitilsynet fastsatte frist den 1. juni 2011 kl. 12. Det betyder, at bl.a. officialprincippet, forvaltningslovens regler om parts-høring i lovens § 19 samt retten til at fremkomme med en udtalelse efter lo-vens § 21 derfor finder anvendelse ved Energitilsynets udmelding af indtægts-rammer over for elnetselskaberne.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML –EKN

Det fremgår af elforsyningslovens § 70, stk. 9, at Energitilsynet årligt skal udmelde indtægtsrammer over for elnetselskaberne. Der er et ikke ubetydeligt arbejde forbundet med, at Energitilsynet skal udmelde disse indtægtsrammer. Hertil kommer, at for sent indsendte oplysninger i forhold til den af Energitil-synet fastsatte frist forsinker processen. Der vil derfor i praksis være en grænse for, hvor sent oplysninger kan indsendes til Energitilsynet samtidig med, at tilsynet kan overholde kravet om at udmelde indtægtsrammerne år-ligt som beskrevet i § 70, stk. 9. Energiklagenævnet finder derfor, at det på baggrund af en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde må vurderes, om medtagelse af for sent indsendte oplysninger vil medføre, at Energitilsynet ik-ke kan udmelde indtægtsrammerne rettidigt. Energiklagenævnet skal herved også henvise til, at retten til at fremkomme med en udtalelse og pligten til partshøring efter forvaltningslovens § 21, stk. 2, nr. 1, og § 19, stk. 2, nr. 2, begrænses i de tilfælde, hvor udsættelse vil medføre en overskridelse af en lovbestemt frist for sagens afgørelse. Energiklagenævnet bemærker dog, at-sagsbehandlingen i forbindelse med udmeldingen af indtægtsrammer for el-netselskaberne skal tilrettelægges på en sådan måde, at en eventuel anven-delse af undtagelsesbestemmelserne begrænses mest muligt. Energiklage-nævnet bemærker hertil, at Energitilsynet efter det oplyste tidligere har med-taget oplysninger, som er indsendt til tilsynet efter den af tilsynet fastsatte frist, og at Energitilsynet har kunne administrere dette.

Side 14 af 15

For så vidt angår Energiklagenævnets to tidligere afgørelser, som er beskrevet under afsnittet "Energiklagenævnets praksis", bemærkes, at nævnet ikke her-ved har behandlet den foreliggende problemstilling. De konkrete omstændig-heder i de to sager var anderledes, idet selskabernes oplysninger slet ikke var indsendt til Energitilsynet i forbindelse med de pågældende års benchmar-king. Energiklagenævnet har derfor i de to tidligere sager alene taget stilling til, at der i sådanne tilfælde ikke er grundlag for at inddrage oplysningerne i de allerede udmeldte indtægtsrammer, såfremt selskaberne efterfølgende fremsender oplysningerne til Energitilsynet.

Da Energitilsynet ikke har haft hjemmel til generelt at undlade at inddrage oplysninger, alene fordi de er modtaget efter den af Energitilsynet fastsatte frist den 1. juni 2011 kl. 12, ophæves Energitilsynets afgørelse. Sagen hjemvises herefter til Energitilsynet til fornyet behandling, således at tilsynet kan foretage en konkret vurdering af, hvorvidt inddragelse af de indsendte oplysninger i benchmarkingen for 2011 var praktisk mulig set i forhold til, at benchmarkingen skal foretages årligt. Det er Energiklagenævnets opfattelse, at Energitilsynet som den myndighed, der forestår arbejdet med benchmarkingen, er nærmest til at foretage denne vurdering som 1. instans.

Energiklagenævnets afgørelse

For så vidt angår spørgsmålet om fristen for fremsendelse af oplysninger til Energitilsynet ophæves tilsynets afgørelse af 31. oktober 2011, og denne del af sagen hjemvises til Energitilsynet til fornyet behandling.

7. maj 2012

J.nr 1011-11-77-11

TML -EKN

Side 15 af 15

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 7. maj 2012.

Afgørelsen er truffet i henhold til elforsyningslovens § 89.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter elforsyningsloven eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. elforsyningslovens § 89, stk. 6.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

På nævnets vegne

Poul K. Egan
Nævnensformand

/Tina Maria Alander Lindfors
Fuldmægtig, cand.jur.