

(Elforsyning)

Frederiksborggade 15
1360 København KBesøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København KTlf 3395 5785
Fax 3395 5799www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

KLAGE FRA OVER OM	Energiselskabet Natur-Energi A/S Energistyrelsens afgørelse af 13. juli 2012 afslag på ansøgning om forsyningspligtbevilling	7. maj 2013 J.nr. 1011-12-18-33 SSH-EKN
----------------------------------	--	--

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

NÆVNETS AFGØRELSE	Energistyrelsens afgørelse af 13. juli 2012 <u>stadfæstes.</u>
------------------------------	--

Energiselskabet Natur-Energi A/S repræsenteret af advokat Claude Winther Nielsen, Advokatpartnerselskabet Nielsen Nørager (herefter klager) har ved klage af 10. august 2012 indbragt Energistyrelsens afgørelse af 13. juli 2012 for Energiklagenævnet. Ved afgørelsen meddelte Energistyrelsen afslag på klagers ansøgning om forsyningsbevillingen for netområderne 051 og 085. Ved særskilt afgørelse ligeledes af 13. juli 2012 meddelte Energistyrelsen forsyningspligtbevillingen frem til den 31. december 2012 til Frederikshavn Forsyningspligt A/S (herefter FF). FF er under sagens behandling ved Energiklagenævnet repræsenteret af advokat Jacob Christensen, Lett Advokatfirma.

Sagens baggrund

Energistyrelsen har tidligere tildelt forsyningsbevillingen for netområderne 051 Frederikshavn Elnet A/S og 085 Læsø Elnet A/S til FF. FF's bevilling udløb den 6. juni 2012. Energistyrelsen kontaktede på denne baggrund ved brev af 30. januar 2012 FF vedrørende en fornyelse af bevilling af forsyningspligtvirksomhed. I brevet anførte Energistyrelsen bl.a., at tiden for en eventuel fornyelse af FF's forsyningspligtbevilling var kommet. Brevet var vedlagt et ansøgningsskema. Ansøgningsskemaet blev fremsendt til de virksomheder, der allerede havde bevilling til drift af forsyningspligtig virksomhed. Fristen for at ansøge var den 7. marts 2012.

FF sendte ved e-mail af 9. marts 2012 det udfyldte ansøgningsskema til Energistyrelsen. Af skemaet fremgik bl.a., at der den 2. maj 2012 på FF's generalforsamling blev truffet en beslutning om at lave et kapitalindskud i FF på 10 mio. kr. Dokumentationen herfor blev efter anmodning sendt til Energistyrelsen ved e-mail af 8. maj 2012. Energistyrelsen forlængede herefter ved særskilt afgørelse 13. juli 2012 FF's bevilling midlertidigt frem til den 31. december 2012.

Klager ansøgte ved e-mail af 20. marts 2012 Energistyrelsen om forsyningsbevillingen for de omhandlede netområder.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Klagers ansøgning om forsyningspligtbevilling af 20. marts 2012 var vedlagt et brev dateret 19. marts 2012. Af brevet fremgår bl.a. følgende:

Side 2 af 20

"[...]

Ansøgning om forsyningspligtbevilling.

Energiselskabet Natur-Energi A/S ansøger hermed om bevillingen i netområde 051 Frederikshavn Elnet A/S og 085 Læsø Elnet A/S. Da det ikke er sædvanligt, at mere end et selskab byder på en bevilling, vil vi gerne benytte anledningen til at uddybe med flere informationer end ansøgningsskemaet giver mulighed for.

Regler for tildeling

Natur-Energi har fået undersøgt, om § 97 i elforsyningsloven, som hidtil har styret tildeling af bevillinger, er lovlige. Undersøgelsen er foretaget af Peter L. Vesterdorf, som er en anerkendt ekspert i EU-ret. Det er konklusionen i vedlagte responsum, at tildeling efter § 97 ikke er lovlige. Derfor kan Energistyrelsen ikke tildele med henvisning til denne paragraf, men alene ud fra om det tekniske og finansielle kapacitet er til stede. I det tilfælde, hvor mere end et firma byder på bevillingen, skal selskabet, som tilbyder kunderne de bedste vilkår tildeles bevillingen. Se juridisk vurdering i bilag 1.

Forbrugerne vil spare 11% på markup'en årligt.

Natur-Energi tilbyder at levere til den lovfastsatte markup minus 0,5 ører. Natur-Energi vil følge de beregningsregler for indkøb og markup, som Energitilsynet udstikker, og derefter fratrække de 0,5 ører.

Forbrugerne på forsyningspligten i område 051 og 085 vil spare 11% på markup'en årligt i forhold til et tilbud på bevilling i områderne, som blot følger de tilladte maksimalavancer for markup'en. Derfor vil en tildeling til Natur-Energi være en entydig fordel for

forbrugerne i området. Hensynet til forbrugernes interesser vægter tungt i intentionerne bag forsyningspligten, og vil som nævnt være et tildelingskriterium, jf. den juridiske vurdering i bilag 1.

[...]

Særligt omkring forsyningspligtområdet

Vores ansøgning i netområde 051 Frederikshavn Elnet A/S og 085 Læsø Elnet A/S er særligt relevant, fordi Frederikshavn forsyningspligt A/S efter eget udsagn ikke har tilstrækkelig stor egenkapital til at leve op til kravet om finansiel kapacitet, og at selskabet har et formodentligt ulovligt lån fra moderselskabet på 10 MDK. Dette fremgår af bilag 2, som referat fra ordinært bestyrelsesmøde d. 28. februar 2012.

[...]

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH –EKN

Side 3 af 20

Natur-Energis finansielle kapacitet.

Natur-Energi havde med udgangen af årsregnskabet 2010 en egenkapital på 131.404. Dette fremgår af bilag 4. Selskabet har den 9.2.2012 gennemført en kapitalforhøjelse på 7.556.871 kroner. Dette fremgår af bilag 5. Rent formelt opfylder selskabet dermed kravene til finansiel kapacitet, da egenkapitalen på de seneste offentliggjorte regnskabsoplysninger er 7.688.275. Egenkapitalkravet i bevillingsområdet er ca. 2.200.000 kroner.

[...]

Teknisk kapacitet

Natur-Energi lever op til kravet om at der skal være ansat en direktør, og lever således op til dette tildelingskriterium. Til dette kan tilføjes, at Natur-Energi har den tekniske platform til at kunne varetage afregningen af forsyningspligt-kunderne i netområde 051 Frederikshavn Elnet A/S og 085 Læsø Elnet A/S. Ansvar for kunderne kan overtages til førstkommande månedsskift.

[...]”.

Ved afgørelse af 13. juli 2012 meddelte Energistyrelsen klager afslag på ansøgningen.

Klima-, energi- og bygningsministeren fremsatte den 14. november 2012 lovforslag nr. L 58 om forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning og lov om naturgasforsyning (Udstedelse af forsyningspligtbevillinger). Lovforslaget havde til formål at skabe et nyt grundlag for at udstede bevillinger til forsyningspligtig virksomhed baseret på udbud. Lovforslaget blev vedtaget den 14. december 2012, og lovændringerne trådte i kraft den 1. januar 2013. Ændringerne trådte således i kraft efter, at Energistyrelsen traf den påklagede afgø-

relse. Der kan læses nærmere om lovforslaget og lovændringerne nedenfor under afsnittet "Retsgrundlaget for Energiklagenævnets afgørelse".

På baggrund af lovforslaget anmodede klager ved e-mail af 26. november 2012 Energiklagenævnet om at træffe afgørelse i sagen inden udgangen af 2012. Energiklagenævnet meddelte afslag på anmodningen ved e-mail af 18. december 2012. Energiklagenævnet bemærkede, at nævnet var opmærksomt på problemstillingen i relation til lovforslaget. Som offentlig klageinstans er nævnet dog underlagt officialmaksimen. Nævnet kan derfor ikke træffe afgørelse i en sag, før sagen kan betragtes som tilstrækkeligt oplyst, det vil sige færdigoplyst. Da nævnet vurderede, at sagen ikke på daværende tidspunkt var færdigoplyst, og da Energiklagenævnet ikke havde mulighed for at fremskynde sagsoplysningen, blev anmodningen afvist.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 4 af 20

Den påklagede afgørelse

Af Energistyrelsens afgørelse af 13. juli 2012 fremgår bl.a. følgende:

"[...]

Ansøgning om forsyningspligtbevilling.

Baggrund:

Energiselskabet Natur-Energi A/S har med brev af 19. marts 2012 søgt om forsyningspligtbevillingen for netområderne 051 og 085.

Frederikshavn Forsyningspligt A/S har bevillingen til de ovennævnte områder. Forsyningspligtbevillingen udløb den 6. juni 2012.

Natur-Energi fremfører i ansøgningen, at den eksisterende praksis med tildeling af forsyningspligtbevillinger efter elforsyningslovens § 97 ikke er lovlig, men alene skal tildeles ud fra om virksomheden har den tekniske og finansielle kapacitet. Desuden tilbyder Natur-Energi at kunne levere el til kunderne til priser, som ligger 0,5 øre under den lovfastsatte mark-up. Det fremgår desuden af ansøgningen, at kunderne i området vil få mulighed for at foretage et frit valg på el-markedet, hvis de ikke ønsker at være kunder hos Natur-Energi.

Afgørelse:

Energiselskabet Natur-Energi A/S tildeles ikke forsyningspligten over de pågældende netområder 051 og 085 Frederikshavn Forsyningspligt A/S.

Begrundelse:

Forsyningspligtige virksomheder blev indført ved el-reformen i 1999 med krav om, at sådanne skulle have bevilling. I henhold til elforsyningslovens § 97 blev bevillingerne i første omgang givet til de virksomheder, der allerede varetog elforsyningen inden for et givet geografisk område, forudsat at de opfyldte visse minimums-krav om teknisk og finansiell kapacitet.

Forsyningspligtbevillinger udstedes efter loven for 5 år, og skal herefter fornyes.

Energistyrelsen har siden 2002 med hjemmel i elforsyningslovens § 33 udstedt forsyningspligtbevillinger til de virksomheder, der har søgt herom, og som opfylder lovens krav.

Energistyrelsen anerkender, at den hidtidige praksis med tildeling af forsyningspligtbevillinger ikke kan fortsætte i en situation, hvor der er mere end én ansøger til bevillingen.

Et nyt grundlag for tildelingen af bevillinger kræver imidlertid afklaring af en række juridiske og administrative spørgsmål, som det tager tid at løse. Det drejer sig især om følgende:

- Der er behov for at fastlægge et administrationsgrundlag med vægtede kriterier for valg mellem flere ansøgere. Elforsyningsloven (herefter EFL) indeholder ikke umiddelbart et klart grundlag for at afgøre, om f.eks. Frederikshavn Forsyningspligt eller Natur-Energi skal have bevillingen for ovennævnte områder. Af EFL's § 33 fremgår alene, at bevilling til forsyningspligtig virksomhed kan gives til enhver virksomhed, som opfylder kravene i kapitel 8.
- Når administrationsgrundlaget foreligger skal virksomhederne have mulighed for at ansøge under hensyntagen hertil. Alternativt skal indkomne ansøgninger oplyses under hensyntagen hertil.
- Pris vil givet indgå som et vigtigt kriterium. På hvilken måde det skal indgå, er imidlertid ikke givet. Natur-Energi tilbyder en pris der ligger 0,5 øre under mark-up'en. Mark-up'en fastlægges af Energitilsynet for en 2-årig periode og er et maksimalt balancerings- og administrationsbidrag, som en virksomhed med forsyningspligt kan opkræve. Den kan således opfattes som et udtryk for et maksimalt dækningsbidrag ved salg af el-

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 5 af 20

produkter, som er ens for alle forsyningspligtvirksomheder. Et tilbud om at acceptere en lavere mark-up siger imidlertid ikke nødvendigvis noget om den aktuelle pris for leveret elektricitet. Det er derfor ikke oplagt, at dette er en hensigtsmæssig måde at udmønte priskriteriet på. I den forbindelse bemærkes, at såfremt det besluttet at gennemføre en procedure baseret på konkurrence om mark-up'en, vil håndhævelse af en lavere mark-up for et enkelt selskab formentlig kræve en ændring af EFL.

- Der er ikke fastlagt en proces for indkaldelse og behandling af ansøgninger, herunder for dialogen med ansøgerne efter indgivelsen af ansøgning.
- Konsekvenserne af en bevillingsovergang er heller ikke fastlagt. Det følger bl.a. ikke umiddelbart af EFL, at den tidligere forsyningspligtvirksomhed er forpligtet til at overdrage sit kundekartotek til en ny forsyningspligtvirksomhed, herunder om dette kan ske uden kundernes accept. I praksis må dette forventes at give anledning til konflikter, som EFL ikke umiddelbart anviser nogen løsning på, og som kan vise sig vanskelige at afgøre. Der henvises i den forbindelse til KromanReumerts notat af 25. maj 2012 udarbejdet efter anmodning fra Dansk Energi, som virksomheden har fået aktindsigt i. Advokatfirmaet vurderer bl.a., at et krav om overdragelse af kundekartoteker vil være så indgribende, at det har karakter af ekspropriation.

Kammeradvokaten har i svar af 18. juni 2012 til jeres advokat Claude Winther Nielsen, således anført, at jeres ansøgning giver anledning til en nødvendig afklaring af en lang række uafklarede retlige spørgsmål i EFL, såfremt der er flere ansøgere til en bevilling, og herunder også om, hvordan man overdrager forsyningspligtbevillingen fra en bevillingshaver til en anden, hvis man vælger at konkurrenceudsætte forsyningspligten.

Som bekendt, har regeringen nedsat et udvalg, der skal foretage et eftersyn af reguleringen af den danske elforsyningssektor for at sikre, at reguleringen fremadrettet understøtter energiaftalens målsætninger, og samtidig sikrer realisering af effektiviseringsgevinster i elsektoren.

Som konsekvens af, at den hidtidige praksis ikke kan fortsætte, er det besluttet at fremskynde reguleringseftersynets arbejde med at analysere den fremtidige regulering af forsyningspligten, såle-

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 6 af 20

des at der inden for et år kan fremlægges et forslag om den fremtidige regulering af denne. Dette fremgår af et betækningsbidrag fra ministeren til den netop vedtagne L 176 (Fremme af konkurrencen på el-markedet mv.)

En lovgivgørelse af hidtidig praksis kan imidlertid ikke afvente resultatet af dette arbejde. Klima-, energi- og bygningsministeren vil derfor fremsætte et lovforslag i efteråret 2012, der ved lov midlertidigt forlænger alle de forsyningspligtbevillinger, der udløber inden 2014, til 1. januar 2014, hvor en ny permanent løsning forventes at foreligge.

Det er vurderingen, at det i praksis ikke vil være muligt administrativt at fastlægge et nyt administrationsgrundlag og anvende dette, inden det nævnte lovforslag er vedtaget. For at sikre varetagelsen af forsyningspligten i den mellemliggende periode har Energistyrelsen derfor som det sikreste besluttet foreløbig at forlænge de bevillinger, der i 2012 står foran at skulle forlænges, til udgangen af 2012.

Energistyrelsen vil snarest gøre de eksisterende bevillingshavere opmærksom på den nye situation.

Energistyrelsen ser frem til Natur-Energi's ansøgning om forsyningspligtbevillingen, når et nyt administrationsgrundlag foreligger.
[...].”

Klagers synspunkter og bemærkninger

Klager finder, at Energistirelsens afgørelse af 13. juli 2012 skal ophæves, og at klager skal tildeles den nye 5-årige bevilling for de to netområder fra den 6. juni 2012, hvor de hidtidige bevillinger udløb. Til støtte herfor har klager navnlig anført følgende:

- Energistirelsens forlængelse af de hidtidige bevillinger (herunder den midlertidige forlængelse af FF's bevilling af 13. juli 2012) er i strid med elforsyningslovens¹ § 33, stk. 2, hvoraf fremgår, at en bevilling som forsyningspligtig virksomhed gives for 5 år. Elforsyningsloven indeholder ingen dispensationsmulighed eller mulighed for administrativ forlængelse af bevillingsperioden. Klima-, energi-, og bygningsministeren er opmærksom herpå og vil fremsætte et lovforslag, der midlertidigt forlænger alle de forsyningspligtbevillinger, der udløber inden 2014 til

¹ Lovbekendtgørelse nr. 279 af 21. marts 2012 med senere ændringer.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 7 af 20

1. januar 2014. Indtil dette lovforslag er vedtaget, kan den administrative forlængelse ikke foretages.

- Klager opfylder kriterierne for at få tildelt en bevilling, og klager har haft en berettiget forventning om, at de eksisterende bevillinger ville udløbe efter 5 år. Klager har endvidere en velerhvervet ret til at byde på de pågældende områder i forbindelse med deres udløb og har som forberedelse hertil tilpasset og indrettet sin virksomhed således, at krav til teknisk og finansiel kapacitet er opfyldt. Elforsyningslovens § 97 kan ikke føre til et andet resultat. Bestemmelsen er indsat i lovens kapitel 15, der omhandler ikrafttrædelses-, ophævelses- og overgangsbestemmelser. Bestemmelsen omhandler således alene tildelingen af den første 5-årige bevilling efter, at forsyningspligtsystemet blev indført. Efterfølgende bevillingstildelinger, herunder i forbindelse med udløbet af den oprindelige bevilling efter 5 år, skal således ikke nødvendigvis ske til den virksomhed, som ved lovens ikrafttræden lovlig udøvede virksomheden i det pågældende område.
- FF opfyldte ikke kravene til finansiel kapacitet på ansøgningstidspunktet. Klager burde således have fået tildelt bevillingen, uanset om FF var eksisterende bevillingshaver – også henset til, at klager tilbød de bedste vilkår.
- Det afgørende for vurderingen af, om der er hjemmel til forlængelse af bevillingerne eller ej, må være det lovgrundlag, der bestod på beslutningstidspunktet, det vil sige den 13. juli 2012. På dette tidspunkt var der ikke hjemmel til at foretage en administrativ forlængelse af den 5-årige bevilling. Energistyrelsen havde således ikke hjemmel til på administrativt grundlag at forlænge nogen bevilling. Dette er i strid med lovens krav om 5-årige bevillinger.
- Den bevilling, som FF administrativt har fået forlænget, kan, såfremt lovforslaget vedtages, tillægges en ganske betragtelig økonomisk værdi. Klager lider derfor som følge af den ulovlige administrative forlængelse et betydeligt økonomisk tab. Dette skyldes, at lovforslaget indebærer et princip om, at forsyningspligtindehaveren er berettiget til at overføre forsyningspligt-kunder til kontrakt-kunder hos sig selv, medmindre kunderne protesterer. Dette betyder, at bevillingsindehaveren kan overføre de kunder, der tidligere var underlagt forsyningspligt og prisregulering til kontrakt-kunder, der ikke er underlagt nogen prisregulering. Bevillingsindehaveren opnår herved en ganske betydelig fortjeneste ved at levere el til disse kunder. Denne mulighed ville tilkomme klager, såfremt klager var blevet tildelt bevillingen. Klager forbe-

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH –EKN

Side 8 af 20

holder sig derfor retten til at rejse et erstatningskrav over for Energistyrelsen.

- Under den gældende EU-retlige regulering kan Energistyrelsen ikke administrativt forlænge de eksisterende bevillinger. De eksisterende bevillinger kan endvidere ikke forlænges ved lov, da en forlængelse af eksisterende bevillinger tildelt under en EU-retsstridig lov eller praksis vil være lige så ulovlig som opretholdelsen af en ulovlig praksis i forbindelse med en ny tildeling af bevillinger ved bevillingernes udløb. For den diskriminerede part vil resultatet således blive det samme, nemlig at blive holdt ude af markedet.
- Både Energistylens administrative forlængelse og en eventuel lov-mæssige forlængelse er i strid med artikel 3 i el-direktivet² og artikel 106 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. Artikel 106 i traktaten fastslår, at medlemsstaterne hverken må indføre eller opretholde nogen form for foranstaltning i strid med reglerne indeholdt i traktaterne. Forlængelsen af bevillingerne er netop udtryk for en opretholdelse af sådanne foranstaltninger. Konsekvensen af begge fremgangsmåder er, at de konkurrencebegrænsende tiltag vil blive opretholdt i en længere periode end nødvendigt til fordel for de operatører, der hidtil har haft bevillingerne.
- I den periode, hvor eksisterende bevillinger forlænges, har bevillingshaveren mulighed for at bearbejde deres forsyningspligt kunder i deres respektive områder med henblik på at få dem til at skifte fra forsyningspligt til et andet produkt på kontrakt. Forlængelsen diskriminerer således i sig selv klager og er dermed i strid med el-direktivets artikel 3.1.
- Det er muligt at overholde de generelle ligebehandlingsprincipper i el-direktivet, selvom der ikke er fastsat en eksplicit udbudsprocedure i den danske lovgivning. Princippet medfører, at tildeling skal ske til de operatører, som giver de bedste tilbud, idet et af målene med Energistilsynets konkurrenceregulering er at sikre fri konkurrence og bedst mulig udnyttelse af fællesskabets ressourcer. Klager har givet den bedste pris på 0,5 ører under mark up'en, mens FF havde budt den fastsatte mark up. Det forhold, at Energistyrelsen ikke har gjort sig overvejelser forud for bevillingsudløb omkring andre priskriterier, kan ikke komme klager til skade, når klagers pris er billigst.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 9 af 20

² Europa-Parlamentets og Rådets 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF.

- Det er myndighedernes ansvar, at den nugældende praksis ikke er lovlig, og der har været rigelig med tid til at få foretaget en lovgivningsmæssig ændring heraf. Klager har f.eks. haft møder og korrespondance med Energistyrelsen herom siden den 14. december 2011.

FF's synspunkter og bemærkninger

FF finder, at Energistyrelsens afgørelse af 13. juli 2012 skal stadfæstes. Til støtte herfor har FF navnlig anført følgende:

- FF, som i forbindelse med elreformen i 1999 blevet tildelt forsyningspligtbevillingen, har ifølge den nugældende elforsyningslovs § 97 fortsat et retskrav på at opretholde bevilling til forsyningspligtvirksomhed, hvor de i bestemmelsen nævnte betingelser er opfyldte. På tidspunktet for meddelelsen af forsyningspligtbevillingen til selskabet den 13. juli 2012 opfyldte FF disse betingelser. § 97 er ikke blot at betragte som en overgangsbestemmelse, og Energistyrelsen må som det mindre i det mere være berettiget til at tildele en forlængelse af forsyningspligtbevillingen på mindre end de 5 år, som er udgangspunktet efter elforsyningslovens § 33, stk. 2. Hensynet til andre ansøgere kan ikke føre til et krav om bevillingsudstedelse på 5 år.
- Af elforsyningslovens § 97 fremgår, at virksomheden har krav på at få bevilling til sin virksomhed, når virksomheden opfylder de i denne lov stillede krav for at kunne meddeles bevilling. Af 2. udgaven af den kommenterede elforsyningslov³ fremgår i den forbindelse bl.a. følgende:

”[...]

Efter bestemmelsen i stk. 1 har virksomheder, der ved lovens ikrafttræden drev en efter den nuværende elforsyningslov bevillingspligtig virksomhed som udgangspunkt et retskrav på at få fornyet bevillingen.

[...]”.

FF har således haft et krav på at få bevillingen. Herudover har alle bevillingshaverne efter fast praksis løbende fået fornyet deres bevillinger, når hver enkelt bevillingsperiode er udløbet. Der kan således ikke være tvivl om, at det følger af loven, at FF skal have fornyet bevillingen. Dette gælder uanset, at der måtte være en anden ansøger, der eventuelt samtidig opfylder kravene.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH –EKN

Side 10 af 20

³ ”Elforsyningsloven med kommentarer” af Bent Ole Gram Mortensen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2004, side 524 ff.

- Det er ikke fastslået ved domstolene, at den nugældende regulering af udstedelse af forsyningspligtbevillinger i elforsyningsloven er i strid med EU-retten, men selvom en sådan forudsætning lægges til grund, er der intet grundlag for at antage, at klager i den situation skulle have et krav på et få udstedt forsyningspligtbevillingen i de to netområder.
- Klager har ikke i forbindelse med sin ansøgning oplyst nærmere om sine muligheder for at levere elektricitet i egenskab af forsyningspligtig virksomhed til forbrugerne i området på et lavere prisniveau end FF. Dette forhold indgår heller ikke i ansøgningsproceduren for udstedelsen af forsyningspligtbevillinger efter gældende lovgivning. Der er dog intet belæg for at lægge til grund, at klager skulle være i stand til i en periode efter 13. juli 2012 at levere forsyningspligt-el til kunderne i området til en lavere pris end FF. Klager har derimod til hensigt at justere priserne betragteligt op med henblik på opnåelse af en betydelig fortjeneste i selskabet.
- Klagen relaterer sig udelukkende til en påklage af afslaget af 13. juli 2012 til klager. Dermed er klagefristen i forhold til den midlertidige bevillingsudstedelse til FF af 13. juli 2012 overskredet, hvorfor udstedelsen af den midlertidige forsyningspligtbevilling til FF i øvrigt kun ville kunne tilbagekaldes, såfremt de almindelige betingelser herfor ifølge forvaltningsretten måtte anses for opfyldt, hvilket de ikke kan anses for at være.
- På ansøgningstidspunktet var beslutningen om indskud af 10. mio. kr. i FF truffet af Frederikshavn Forsyning A/S-koncernen. Forinden kapitalindskuddet udgjorde egenkapitalen 3 pct. af den forventede årsomsætning og var dermed under de krævede 5 pct. Efter kapitalindskuddet på 10 mio. kr. var forholdet mellem egenkapital og forventet årsomsætning reetableret langt over det krævede niveau. Hele forløbet med tilførelsen af de yderligere 10 mio. kr. i egenkapital til FF var nøje aftalt og afstemt med Energistyrelsen, og det helt afgørende i denne sammenhæng er, at FF opfyldte kravene til finansiel kapacitet både på tidspunktet for den gamle bevillings udløb og på tidspunktet for tildeling af den midlertidige forlængelse den 13. juli 2012.
- I sin ansøgning anfører klager, at selskabet vil følge beregningsreglerne for indkøb og markup, som bestemt af Energitilsynet, men fratrække 0,5 øre på markup'en, hvilket betyder, at kunderne dermed vil spare 11 pct. på denne markup. Dette forhold tages til indtægt for, at en tildeling af bevillingen til klager, vil være en en-

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 11 af 20

tydig fordel for forbrugerne i området. Dette er ikke dokumentation for, at klager tilbyder den laveste pris. Klager har således ikke dokumenteret, hvordan selskabets samlede pris vil være lavere end FF's samlede pris. Dette skal også ses i lyset af, at det følger af elforsyningslovens § 72, stk. 1, at bevillingshaveren kvartalsvis skal udmelde prisen, og at denne skal modsvare markedets prisniveau for tilsvarende forbrugssegmenter og leveringsvilkår.

Energistyrelsens udtalelse til sagen

Energistyrelsen finder, at afgørelsen af 13. juli 2012 skal stadfæstes. Til støtte herfor har styrelsen bl.a. anført følgende:

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 12 af 20

- Energistyrelsen erkender, at den hidtidige praksis med tildeling af forsyningspligtbevillinger ikke kan fortsætte. Der er imidlertid en række uafklarede administrative og juridiske spørgsmål, som skal løses, inden en ny praksis kan implementeres. Dels skal der findes en afklaring vedrørende kontrol af virksomhedernes overholdelse af alternative tilbud om prisfastsættelsen, som den nugældende model for prisfastsættelse ikke er gearret til at håndtere. Hertil kommer, at elforsyningsloven ikke forholder sig til forbrugernes stilling i tilfælde af, at bevillingen skal overdrages til en anden virksomhed.
- Tildeling af bevilling til en alternativ ansøger til en konkret bevilling, i dette tilfælde klager, vil heller ikke opfylde EU-rettens krav om en gennemsigtig og ikke-diskriminerende tildeling af bevillinger. Disse EU-retlige krav vil alene kunne imødekommes ved et åbent udbud af bevillinger, hvor alle virksomheder der i øvrigt opfylder lovens krav om teknisk og økonomisk kapacitet vil kunne indgive deres bud.
- Da den hidtidige praksis med tildeling af forsyningspligtbevillinger ikke kan fortsætte, har klima-, energi- og bygningsministeren udarbejdet et lovforslag. Efter lovforslaget skal bevilling til forsyningspligtig virksomhed fremover udbydes og tildeles den virksomhed, der tilbyder at levere elektricitet til forbrugerne til den laveste pris. Indtil lovforslaget er trådt i kraft, og nye bevillinger kan udstedes efter et udbud, skal Energistyrelsen sikre, at det i hvert geografisk område er muligt for forbrugerne at blive forsynet fra en virksomhed med bevilling til forsyningspligtig virksomhed. Det fremgår i den forbindelse af EU-Parlamentets og Rådets el-direktiv, at alle privatkunder, og når medlemsstaterne anser det for hensigtsmæssigt også mindre virksomheder, skal omfattes af en forsyningspligt. Det var derfor sikrest foreløbigt at forlænge de bevil-

linger, der vil udløbe, inden en ny ordning kan være på plads. Dette gælder også FF's bevilling, der ved afgørelse af 13. juli 2012 i første omgang blev forlænget til 31. december 2012. På grund af lovforslaget om udbudsordningen, er det ikke længere nødvendigt med et lovforslag, der ved lov midlertidigt forlænger alle bevillinger, der udløber inden 2014, til 1. januar 2014.

- Lovens tidligere krav vedrørende den tekniske og økonomisk kapacitet er ikke egnet til at afgøre, hvilken af to eller flere ansøgere der er bedst, idet der her alene er tale om minimumskrav, der ikke er egnet som konkurrenceparameter. Efter den hidtidige gældende lovgivning var der ved prisreguleringen for forsyningspligtselskaber tale om en maksimalpris, som virksomhederne havde ret til at opkræve. Ved inddragelse af prisen som konkurrenceparameter på baggrund af den gældende prisregulering i form af "markup minus x", vil virksomhederne således blive frataget en rettighed, uden at der er hjemmel hertil i loven.
- FF's bevilling blev udstedt til og med den 6. juni 2012. Den 9. marts 2012 sendte FF en ansøgning om ny bevilling til Energistyrelsen. I ansøgningen meddelte FF, at der var truffet beslutning om et kapitalindskud på 10 mio. kroner i selskabet. Selskabet havde forinden på eget initiativ orienteret Energistyrelsen om, at der ville blive foretaget et kapitalindskud. Kapitalindskuddet var nødvendigt for, at virksomheden kunne opfylde lovens krav om finansiell kapacitet. Beslutningen om kapitalindskud blev endelig vedtaget af generalforsamlingen den 2. maj 2012. Kravet til finansiell kapacitet var dermed opfyldt, inden bevillingen udløb.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 13 af 20

Retsgrundlaget for Energiklagenævnets afgørelse

Folketinget vedtog den 14. december 2012 lovforslag nr. L 58 om forslag til Lov om ændring af lov om elforsyning og lov om naturgasforsyning (Udstedelse af forsyningspligtbevillinger). Lovforslaget havde til formål at skabe et nyt grundlag for at udstede bevillinger til forsyningspligtig virksomhed baseret på udbud. Lovændringerne trådte i kraft den 1. januar 2013, jf. § 3, stk. 1, i lov nr. 1352 af 21. december 2012 om ændring af lov om elforsyning og lov om naturgasforsyning. Ændringerne trådte således i kraft efter Energistyrelsen traf den påklagede afgørelse. Det fremgår i den forbindelse af § 3, stk. 6, i lov nr. 1352 af 21. december 2012, at sagen for Energiklagenævnet skal behandles efter de hidtil gældende regler. Det vil sige, at den foreliggende sag skal behandles efter de regler, der var gældende, da Energistyrelsen traf den påklagede afgørelse af 13. juli 2012.

Af den hidtil gældende elforsyningslov fremgik bl.a. følgende:

”[...]

§ 5. I denne lov forstås ved følgende:

[...]

- 8) Forsyningspligtig virksomhed: Virksomhed med bevilling med pligt til at forsyne forbrugere, som ikke gør brug af muligheden for valg af anden leverandør, med elektricitet.

[...]

Kap. 6. Forsyningspligtig virksomhed

§ 33. Forsyningspligtig virksomhed kan kun udøves efter bevilling, der kan gives til virksomheder, som opfylder kravene i kapitel 8.

Stk. 2. Bevilling, der gives for 5 år, meddeles af klima-, energi- og bygningsministeren for et nærmere afgrænset område.

§ 34. En virksomhed med forsyningspligt skal i bevillingsområdet mod betaling levere elektricitet til forbrugere, som ikke gør brug af muligheden for valg af anden leverandør, eller hvis leveringsaftale med en anden leverandør er ophørt.

...

[...]

Kap. 8. Generelle bestemmelser om bevillinger m.v.

§ 50. Bevillinger til kollektive elforsyningsvirksomheder samt forsyningspligtige virksomheder kan kun meddeles til ansøgere, der skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet.

...

[...]”.

Af forarbejderne til elforsyningslovens § 50 (lovforslag nr. L 236 (FT 2003-2004) om forslag til lov om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmforsyning som fremsat den 21. april 2004 af økonomi- og erhvervsministeren) fremgår bl.a. følgende:

”[...]

Til nr. 55

(§ 50)

Den foreslåede bestemmelse indebærer, at bevillinger til kollektive elforsyningsvirksomheder samt til forsyningspligtige

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 14 af 20

virksomheder kun vil kunne meddeles til ansøgere, der skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet for at kunne udøve virksomheden. En tilsvarende bestemmelse findes for elproduktionsvirksomheder i medfør af den gældende § 10. Bestemmelsen foreslås indsat, fordi den skønnes at kunne blive relevant i relation til økonomi- og erhvervsministerens eventuelle meddelelse af bevilling til nye ansøgere til en bevilling, der er inddraget i medfør af § 54, stk. 1.

[...].”

Kapitel 10 i den hidtil gældende elforsyningslov indeholder regler om priser og betingelser for elektricitet. Lovens § 72 regulerer i den forbindelse prisen for elektricitet leveret fra en virksomhed i dens egenskab af forsyningspligtig virksomhed. Af bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH –EKN

Side 15 af 20

”[...]

§ 72. Prisen for elektricitet leveret fra en virksomhed i dens egenskab af forsyningspligtig virksomhed til ikketimemålte erhvervsdrivende forbrugere og ikkeerhvervsdrivende forbrugere udmeldes kvartalsvis senest 10 hverdage før et kvartalsskifte af den forsyningspligtige virksomhed. Prisen skal modsvare markedets prisniveau for tilsvarende forbrugssegmenter og leveringsvilkår.

...

[...].”

Kapitel 15 i den hidtil gældende elforsyningslov indeholder lovens ikrafttrædelses-, ophævelses- og overgangsbestemmelser. Af lovens § 97 fremgår i den forbindelse følgende:

”[...]

Kapitel 15

Ikrafttrædelses-, ophævelses- og overgangsbestemmelser

[...]

§ 97. En virksomhed, som ved lovens ikrafttræden lovligt udøvede virksomhed og som efter denne lov er bevillingspligtig, har ret til at få bevilling til sin virksomhed, når

- 1) virksomheden erklærer at ville opfylde de forpligtelser, som pålægges denne efter bestemmelserne i loven og i bevillingen,
- 2) virksomhedens vedtægter ikke strider imod bestemmelser i denne lov eller regler udstedt i medfør af loven og kan godkendes af klima-, energi- og bygningsministeren og

- 3) virksomheden opfylder de i denne lov stillede krav for at kunne meddeles bevilling.

[...].”

Af forarbejderne til elforsyningslovens § 97 (lovforslag nr. L 234 (FT 1998-1999) om forslag til lov om elforsyning som fremsat den 18. april 1999 af miljø- og energiministeren) fremgår bl.a. følgende:

”[...]

Til § 97

Denne regel indeholder bestemmelser om de betingelser, hvorunder de hidtidige virksomheder på elområdet har ret til at få bevilling til virksomhed, som efter denne lov er bevillingspligtig. Udgangspunktet er, at virksomheder, der ved lovens ikrafttræden driver virksomhed, herunder virksomhed som i modsætning til tidligere gøres bevillingspligtig, ved lovens ikrafttræden har ret til at få bevilling til virksomheden.

Bestemmelsen tager navnlig sigte på at sikre, at de nuværende distributionsselskaber kan få såvel en netbevilling, som en forsyningspligtbevilling, hvis de ønsker dette og opfylder betingelserne herfor.

[...].”

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH –EKN

Side 16 af 20

Lov nr. 1352 af 21. december 2012 om ændring af lov om elforsyning og lov om naturgasforsyning trådte i kraft den 1. januar 2013. Af loven fremgår bl.a. følgende vedrørende overgangen til udstedelse af bevillinger til forsyningspligtig virksomhed baseret på udbud:

”[...]

§ 3

Stk. 1 Loven træder i kraft den 1. januar 2013.

...

Stk. 6. Verserende klagesager over tildeling af bevilling til forsyningspligtig virksomhed efter lov om elforsyning, der den 1. januar 2013 ikke er færdigbehandlet af Energiklagenævnet, færdigbehandles af Energiklagenævnet efter de hidtil gældende regler i lov om elforsyning.

Stk. 7. Såfremt Energiklagenævnet ved behandling af en klage omfattet af stk. 6 afgør, at sagen skal hjemvises til klima-, energi- og bygningsministeren til fornyet behandling, behandler klima-, energi- og bygningsministeren sagen efter reglerne i denne lov.

[...].”

Begrundelsen for Energiklagenævnets afgørelse

Sagen for Energiklagenævnet drejer sig om, hvorvidt Energistyrelsen med hjemmel i elforsyningsloven kunne meddele afslag på klagers ansøgning om forsyningspligtbevilling, indtil der blev indført nye regler om udstedelse af forsyningspligtbevillinger baseret på udbud, og ved særskilt afgørelse forlænge bevillingen hos den hidtidige forsyningspligtige virksomhed. Som det fremgår ovenfor af afsnittet "Retsgrundlaget for Energiklagenævnets afgørelse" skal sagen afgøres efter de regler, der var gældende, da Energistyrelsen traf afgørelsen af 13. juli 2012.

Energiklagenævnet bemærker indledningsvist, at nævnet forstår klagen således, at der ikke alene klages over Energistyrelsens afslag på at tildele klager forsyningspligtbevillingen, men at der ligeledes klages over Energistyrelsens tildeling af bevillingen til FF. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på den nære tidsmæssige og indholdsmæssige sammenhæng, der er imellem de to afgørelser af 13. juli 2012.

Elforsyningslovens § 97 blev indført ved lov nr. 375 af 2. juni 1999 og trådte i kraft den 30. december 1999. Det fremgår af bestemmelsen, at en virksomhed, som ved lovens ikrafttræden lovligt udøvede virksomhed og som efter loven er bevillingspligtig, har ret til at få bevilling til sin virksomhed, når virksomheden opfylder bestemmelsens øvrige betingelser. Energiklagenævnet finder, at § 97 alene er en overgangsbestemmelse. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på ordlyden af bestemmelsen og bestemmelsens placering i loven i kapitel 15; "Ikrafttrædelses-, ophævelses- og overgangsbestemmelser". Da der er tale om en overgangsbestemmelse, der blev sat ind i loven ved lovens ikrafttrædelse i 1999 med henblik på at regulere overgangen til et elmarked med bevillingskrav, finder Energiklagenævnet, at bestemmelsen ikke længere giver den tidligere bevillingshaver ret til fortsat at få bevillingen. Bestemmelsen giver således ikke FF ret til automatisk, såfremt virksomheden fortsat opfylder betingelserne herfor, at få bevillingen forlænget efter udløbet af den første 5-årige bevillingsperiode efter bestemmelsen ikrafttræden. Energistyrelsen kan således ikke træffe afgørelse om tildeling af en forsyningspligtbevilling i 2012 med hjemmel i elforsyningslovens § 97. Det forhold, at bestemmelsen endnu ikke er ophævet, kan efter Energiklagenævnets vurdering ikke føre til et andet resultat.

Afgørelsen om tildeling af forsyningspligtbevillingen skal herefter træffes efter reglerne i elforsyningslovens §§ 33 og 34, jf. lovens kapitel 8. Det følger i den forbindelse af § 33, stk. 1, at forsyningspligtig virksomhed kun kan udøves efter bevilling, der kan gives til virksomheder, som opfylder kravene i kapitel 8. Hverken § 33 eller § 34 indeholder dog nærmere kriterier for tildelingen af selve bevillingen, herunder kriterier for, hvad der kan lægges vægt på ved valget mellem flere ansøgere.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 17 af 20

Kapitel 8 vedrører generelle bestemmelser om bevillinger m.v. Af § 50, stk. 1, fremgår i den forbindelse, at bevillinger til kollektive elforsyningsvirksomheder samt forsyningspligtige virksomheder kun kan meddeles til ansøgere, der skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet. Hverken bestemmelsen eller dens forarbejder indeholder dog yderligere retningslinjer for denne skønsmæssige vurdering.

Det er Energiklagenævnets vurdering, at hverken elforsyningslovens § 33, § 34 eller lovens kapitel 8 er egnet til at håndtere situationer, hvor flere virksomheder har søgt om forsyningspligtbevilling til det samme område. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at tildelingen af forsyningspligtbevillinger – således som elforsyningsloven var udfærdiget på tidspunktet for Energistyrelsens afgørelse – skulle ske efter disse bestemmelser. Det er på denne baggrund Energiklagenævnets vurdering, at Energistyrelsen i en situation med flere ansøgninger til samme område må vælge den ansøger, der opfylder kriterierne i § 50, stk. 1, og som må anses for at være den bedst egnede til at varetage forsyningspligten.

Det fremgår af oplysningerne i sagen, at FF har den fornødne tekniske og finansielle kapacitet til at varetage forsyningspligten. Det forhold, at FF først fremsendte dokumentation for kapitalindskuddet i virksomheden efter udløbet af ansøgningsfristen, kan efter Energiklagenævnets vurdering ikke føre til et andet resultat. Efter en gennemgang af oplysningerne i sagen, er det endvidere Energiklagenævnets vurdering, at klager ligeledes er i besiddelse af den fornødne tekniske og finansielle kapacitet til at varetage forsyningspligten. Der er således tale om, at der skal vælges mellem to ansøgere, der begge opfylder de lovmæssige krav for at modtage forsyningspligtbevillingen.

For så vidt angår spørgsmålet om leveringspris bemærker Energiklagenævnet, at det ikke fremgår af oplysningerne i sagen, at FF's pris ikke ville modsvare markedets prisniveau for tilsvarende forbrugssegmenter og leveringsvilkår. Det forhold, at klager har tilbudt at levere til den lovfastsatte markup minus 0,5 ører betyder efter Energiklagenævnets opfattelse ikke i sig selv, at klagers samlede pris vil være mindre end den pris, som FF kan levere til. Mark up'en fastlægges af Energitilsynet for en 2-årig periode og er et maksimalt balance-rings- og administrationsbidrag, som en virksomhed med forsyningspligt kan opkræve. Som det fremgår af den påklagede afgørelse, kan mark up'en opfattes som et udtryk for et maksimalt dækningsbidrag ved salg af el-produkter, som er ens for alle forsyningspligtvirksomheder. Energiklagenævnet kan tiltræde Energistyrelsens vurdering af, at et tilbud om en lavere mark-up ikke nødvendigvis siger noget om den aktuelle pris for leveret elektricitet. Det kan derfor ikke lægges til grund, at klagers samlede pris ville være mindre end FF's pris.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 18 af 20

Energiklagenævnet finder herefter og efter en konkret vurdering af oplysningerne i sagen, at Energistyrelsen med hjemmel i elforsyningsloven kunne meddele afslag på klagers ansøgning om forsyningspligtbevilling og ved særskilt afgørelse tildele FF bevillingen. Energiklagenævnet finder således, at det ikke var i strid med elforsyningslovens regler, at Energistyrelsen valgte at tildele FF forsyningspligtbevillingen. Energiklagenævnet har herved bl.a. lagt vægt på, at styrelsen skulle vælge mellem to egnede ansøgere, hvor det ikke med sikkerhed kunne konstateres, at der ville være forskel på den aktuelle pris for leveret elektricitet.

Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på, at Energistyrelsen på tidspunktet for afgørelsen var i færd med at udarbejde en ny form for tildelingsordning, der ville være egnet til at håndtere flere ansøgere til samme bevilling, og at man forventede, at denne ordning ville kunne træde i kraft omkring årsskiftet 2012/2013. Energiklagenævnet finder, at det var hensigtsmæssigt, at bevillingen for denne kortvarige periode derfor blev tildelt den indehavende bevillingshaver (FF), hvorved forsynings sikkerheden for forbrugeren i de to områder sikredes, ligeså vel som hensynet til forbrugerne og administrative forhold efter Energiklagenævnets opfattelse tilsiger, at der ikke skulle skiftes forsyningspligtindehaver, når der var mulighed for, at forsyningspligten efter en kortvarig periode igen skulle overgå til et andet selskab. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at det efter nævnets vurdering ikke er i strid med elforsyningslovens § 33, stk. 2, at Energistyrelsen meddelte en forsyningspligtbevilling for en periode på under fem år. Det er således nævnets vurdering, at styrelsen som det mindre i det mere kunne tildele forsyningspligtbevillinger til FF for en kortere periode.

De nye regler i elforsyningsloven om udbud er trådt i kraft den 1. januar 2013. Når udbudsordningen for de to omhandlede netområder gennemføres vil klager kunne indgive en ny ansøgning. Klager vil således få mulighed for at indgive en ny ansøgning og eventuelt modtage bevillingen på dette tidspunkt.

Med denne begrundelse stadfæstes Energistirelsens afgørelse af 13. juli 2012.

Energiklagenævnets afgørelse

Energistirelsens afgørelse af 13. juli 2012 stadfæstes.

Sagerne har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 7. maj 2013.

Afgørelsen er truffet af Energiklagenævnet i henhold til elforsyningslovens § 89, stk. 1.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

Side 19 af 20

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter elforsyningsloven 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.

7. maj 2013

J.nr 1011-12-18-33

SSH -EKN

På nævnets vegne

Side 20 af 20

Poul K. Egan
Nævnensformand

/Signe Sara Hildebrandt
Fuldmægtig, cand.jur.