

(Varmeforsyning)

Frederiksborggade 15
1360 København K

Besøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København K

Tlf 3395 5785
Fax 3395 5799

www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

28. februar 2014

J.nr. 1021-14-9-27

TML-EKN

KLAGE FRA Næstved Varmeværk A.m.b.A.
OVER Energitilsynets afgørelse af 17. maj 2013
OM Energitilsynets afvisning af at rejse en tilsynssag samt afslag på partsstatus

**NÆVNETS
SAMMEN-
SÆTNING
I SAGEN** Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
Professor, dr.scient.adm. Ole Jess Olsen
Professor, cand.jur. & ph.d. Birgitte Egelund Olsen
Professor, cand.jur. & ph.d. Bent Ole Gram Mortensen
Direktør Per Søndergaard

**NÆVNETS
AFGØRELSE** Energiklagenævnet kan ikke behandle klagen for så vidt angår Energitilsynets besvarelse af 17. maj 2013 om ikke at rejse en tilsynssag. Energiklagenævnet afviser på denne baggrund klagen vedrørende dette punkt. Energiklagenævnet stadfæster Energitilsynets afgørelse af 17. maj 2013 for så vidt angår det forhold, at klager ikke er part i Energitilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005.

Næstved Varmeværk A.m.b.A. (herefter klager) har ved e-mail af 12. juni 2013 klaget til Energiklagenævnet over Energitilsynets afvisning af at rejse en tilsynssag om fastsættelsen af restgælden i DONG Gas Distribution A/S (herefter DONG). Klager har endvidere klaget over, at klager ikke kan anses for part i Energitilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005.

Sagens baggrund

Klager er kunde hos DONG og køber herigennem naturgas til klagers naturgasfyrede centraler i Næstved. Klager anmodede ved e-mail af 20. december

2012 Energitilsynet om at rejse en tilsynssag om fastsættelsen af restgælden i DONG. Baggrunden herfor var, at klager i forbindelse med flere konkrete projektforslag om konvertering af naturgasområder til fjernvarme i Næstved og omegn var blevet opmærksom på, at DONG ønskede kompensationsbetaling. DONG begrundede dette med, at der fortsat var gæld i naturgasdistributionsnettet på ca. 3,5 mia. kr. Klager var imidlertid af den opfattelse, at restgælden burde være betydeligt mindre. Klager ønskede derfor, at Energitilsynet skulle rejse en tilsynssag, hvor gældsopgørelsen blev undersøgt nærmere. Klager henviste til en række oplysninger i forskellige notater, regnskaber m.v., hvor DONGs gæld var opgjort på forskellige måder. Det var klagers opfattelse, at de renter og afdrag på gælden, som blev indregnet i prisen på naturgas fra DONG, var beregnet på et forkert grundlag, og at bl.a. klager som følge heraf betalte en for høj pris for naturgassen.

28. februar 2014

J.nr 1021-14-9-27

TML –EKN

Side 2 af 9

Energitilsynet vurderede sagen på baggrund af de af klager fremsendte oplysninger og foretog i den forbindelse ikke yderligere sagsoplysningsskridt. Energitilsynet besvarede ved brev af 17. maj 2013 klagers henvendelse. Energitilsynet behandlede klagers henvendelse som en anmodning om genoptagelse af Energitilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005, hvor tilsynet godkendte DONGs åbningsbalance. Energitilsynet tog indledningsvist stilling til klagers partsstatus i tilsynets tidligere sag om godkendelse af DONGs åbningsbalance og fandt, at klager ikke var part i sagen. Energitilsynet vurderede endvidere herefter, at der ikke var grundlag for at genoptage den tidligere sag fra 2005. Endelig vurderede Energitilsynet, at klagers henvendelse ikke gav Energitilsynet anledning til at rejse en tilsynssag. Energitilsynet henviste til, at tilsynet alene har pligt til at realitetsbehandle henvendelser i hvilke der rejses en konkret begrundet mistanke om, at der enten foreligger en lovovertrædelse af nogen betydning eller er udvist en ulovlig adfærd. Det var efter Energitilsynets vurdering ikke tilfældet med klagers henvendelse.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Det er klagers opfattelse, at Energitilsynet på baggrund af klagers henvendelse bør rejse en tilsynssag om grundlaget for opgørelsen af DONGs gæld. Klager har i den forbindelse henvist til en række notater m.v. Det har ikke for klager været muligt at få en dokumenteret og sammenhængende forklaring på misforholdet omkring den faktiske gæld i DONG og den af Energitilsynet godkendte gæld. Klager har bl.a. eftervist, at åbningsbalancen pr. 1. januar 2005 ikke er i overensstemmelse med den samme balance pr. 31. december 2004, som er indsendt til Energitilsynet. Der er her en ganske betydelig forskel, som efter klagers opfattelse indikerer, at den samme gæld betales to gange af DONGs kunder.

Energitilsynets udtalelse til sagen

Det er Energitilsynets opfattelse, at der fortsat ikke er grundlag for at rejse en tilsynssag, ligesom tilsynet fastholder, at klager ikke er part i Energitinets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005.

Energitilsynet bemærker bl.a., at DONGs åbningsbalance pr. 1. januar 2005 dækker over selskabets såkaldte regulatoriske gæld, som skal betales af kunderne. DONGs balance pr. 31. december 2004 dækker imidlertid over den faktiske gæld, som på det tidspunkt var indfriet af andre midler. Der er således en forskel på de to balancer, og det betyder ikke, at kunderne betaler gælden to gange. Energitilsynet er fortsat af den opfattelse, at der ikke enten foreligger en lovovertredelse af nogen betydning eller er udvist en ulovlig adfærd.

28. februar 2014

J.nr 1021-14-9-27

TML –EKN

Side 3 af 9

Retsgrundlaget for Energiklagenævnets afgørelse

Elforsyningslovens¹ §§ 78 og 80 beskriver Energitilsynets funktion og nedsættelse. Af lovens § 78 fremgår følgende:

”[...]

Energitilsynet

§ 78. Til varetagelse af tilsyns- og klagefunktion på energiområdet nedsætter transport- og energiministeren et Energitilsyn. Energitilsynet behandler ikke klager vedrørende civilretlige tvister. [...].”

Af lovens § 80 fremgår endvidere:

”[...]

§ 80. Energitilsynet kan behandle og afgøre sager på eget initiativ eller på grundlag af en anmeldelse eller en klage. [...].”

Energiklagenævnets praksis

Energiklagenævnet har i en række sager taget stilling til, om Energitilsynet har pligt til at realitetsbehandle henvendelser og klager, som tilsynet modtager. Der kan bl.a. henvises til Energiklagenævnets afgørelse af 15. december 2008, j.nr. 1021-21. Af denne afgørelse fremgår bl.a. følgende:

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1329 af 25. november 2013 om elforsyning med senere ændringer.

”[...]

Energiklagenævnets bemærkninger

Energitilsynet er nedsat i medfør af elforsyningsloven § 78. Af bestemmelsens stk. 1 fremgår, at der til varetagelse af tilsyns- og klagefunktion på energiområdet nedsættes et Energitilsyn. Det fremgår endvidere af elforsyningslovens § 80, at Energitilsynet kan behandle og afgøre sager på eget initiativ eller på grundlag af en anmeldelse eller en klage.

Varmeforsyningsloven og de øvrige love, som Energitilsynet fører tilsyn med, indeholder ikke på samme måde som elforsyningsloven specifikke bestemmelser om Energitilsynets tilsyns- og klagefunktion. Det er dog Energiklagenævnets opfattelse, at de generelle bestemmelser i elforsyningslovens §§ 78 og 80 om Energitilsynets funktioner og nedsættelse finder anvendelse på Energitilsynet som sådan, uafhængig af, hvilket lovområde Energitilsynet konkret behandler sager efter. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at Energitilsynet blev nedsat med hjemmel i elforsyningsloven, og at det derfor er naturligt, at generelle bestemmelser om Energitilsynets funktioner m.v. findes i elforsyningsloven. Det følger ligeledes af ordlyden af elforsyningslovens § 78, stk. 1, at Energitilsynet varetager tilsyns- og klagefunktioner på *energiområdet*.

Tilsynsmyndigheder har efter almindelig forvaltningsretlig praksis som sådan ikke pligt til at behandle alle klager. Det er fast antaget vedrørende tilsynsordninger, hvor én forvaltningsmyndighed fører tilsyn/kontrol med en anden forvaltningsmyndighed. Det samme må antages at være udgangspunktet i forhold til et lovbestemt tilsyn med en erhvervssektor – som Energitilsynets virksomhed er udtryk for – medmindre en konkret fortolkning af den enkelte tilsynsbestemmelse måtte ændre herved. Dette udgangspunkt, hvorefter en tilsynsmyndighed ikke har pligt til at behandle klager eller andre henvendelser, gælder uanset, om den person, som klager, må anses for at have en væsentlig og individuel interesse i det forhold, der klages over (partsstatus/klageberettiget til Energitilsynet). Der henvises herved til Folketingets Ombudsmands udtalelse i Folketingets Ombudsmands Beretning 1990, side 83 ff. (FOB 1990.83). Udtalelsen findes bl.a. på det fælles statslige retsinformationssystem, www.retsinfo.dk under betegnelsen FOU 1990.83.

For så vidt angår en nærmere fortolkning af de generelle tilsynsbestemmelser i elforsyningslovens § 78, stk. 1, og § 80 finder

28. februar 2014
J.nr 1021-14-9-27
TML –EKN

Side 4 af 9

Energiklagenævnet, at disse ikke pålægger Energitilsynet en pligt til at behandle klagesager. Energiklagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at det af elforsyningslovens § 80 følger, at Energitilsynet bl.a. på baggrund af en klage *kan* tage en sag op. Energiklagenævnet skal i det hele henvise til "Elforsyningsloven med kommentarer" af Bent Ole Gram Mortensen, 2. udgave 2004, Jurist- og Økonomforbundets forlag side 439 ff. Energiklagenævnet finder endvidere, at anvendelsen af udtrykket "klagefunktion" i elforsyningslovens § 78, stk. 1, ikke uden en nærmere præcisering i lovens forarbejder med tilstrækkelig klarhed pålægger Energitilsynet en egentlig pligt til at behandle klager. Energiklagenævnet bemærker hertil, at lovgivningen på det energiretlige område kan indeholde særskilte bestemmelser, som i konkrete tilfælde medfører en pligt for Energitilsynet til at behandle klager (f.eks. varmforsyningslovens § 23 k, stk. 4). En sådan pligt følger dog som anført ovenfor ikke af de generelle tilsynsbestemmelser i elforsyningslovens § 78, stk. 1, og § 80.

...

En tilsynsmyndighed som Energitilsynet har alene pligt til at realitetsbehandle henvendelser/klager, i hvilke der rejses konkret begrundet mistanke om, at der enten foreligger en lovovertrædelse af nogen betydning eller er udvist en ulovlig adfærd. Heraf følger, at en myndighed som minimum må foretage en vurdering af, om en henvendelse/klage rejser en sådan mistanke. Der henvises herved til FOB 1990.83 (se nærmere ovenfor), hvori det i en sag vedrørende Monopoltilsynet og Industriministeriet udtales, at det næppe er muligt at præcisere omfanget af pligten til at behandle konkrete sager nærmere end til, at der på den ene side ikke er pligt til at behandle alle klager eller andre henvendelser, hvor der er påstand om, at loven overtrædes, mens der på den anden side er pligt til at realitetsbehandle henvendelser, hvor der rejses konkret begrundet mistanke om, at der foreligger en lovovertrædelse af nogen betydning.

[...]"

Afgørelsen er offentliggjort i anonymiseret form på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk, under menupunktet afgørelser. Afgørelsen omtaler endvidere en udtalelse fra Folketingets Ombudsmand. Udtalelsen kan bl.a. findes på det fælles statslige retsinformationssystem, www.retsinfo.dk under betegnelsen FOU 1990.83.

28. februar 2014

J.nr 1021-14-9-27

TML –EKN

Side 5 af 9

Begrundelsen for Energiklagenævnets afgørelse

Ad Energitilsynets afvisning af at rejse en tilsynssag

Energiklagenævnet har i flere sager taget stilling til, at Energitilsynet alene har pligt til at realitetsbehandle henvendelser/klager, i hvilke der rejses konkret begrundet mistanke om, at der enten foreligger en lovovertrædelse af nogen betydning eller er udvist en ulovlig adfærd. Heraf følger således, at Energitilsynet som minimum må foretage en vurdering af, om en henvendelse/klage rejser en sådan mistanke. Der kan bl.a. henvises til Energiklagenævnets afgørelser af 15. december 2008, j.nr. 1021-21 og 1021-28². Dette gælder, hvad enten der er tale om en henvendelse eller en klage til Energitilsynet.

28. februar 2014

J.nr 1021-14-9-27

TML –EKN

Energiklagenævnet kan kun behandle klager over afgørelser i forvaltningsretlig forstand, jf. varmemforsyningslovens³ § 26, stk. 1. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at Energitilsynets afslag på at realitetsbehandle klagers henvendelse efter almindelig forvaltningsretlig praksis alene er en afgørelse i forvaltningsretlig forstand, hvis tilsynet har iværksat skridt til at oplyse sagen nærmere, eller i øvrigt har anlagt mere konkrete retlige betragtninger om de spørgsmål, som henvendelsen rejser. Energiklagenævnet kan herved bl.a. henviser til en udtalelse fra Folketingets Ombudsmand, FOU 1994.143⁴.

Side 6 af 9

Energiklagenævnet finder, at Energitilsynets besvarelse for så vidt angår vurderingen af, om der bør rejses en tilsynssag, ikke er en afgørelse i forvaltningsretlig forstand. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at Energitilsynet ikke ses at have iværksat skridt til at oplyse sagen nærmere, eller i øvrigt har anlagt mere konkrete retlige betragtninger om de spørgsmål, som henvendelsen rejser. Energitilsynets besvarelse af henvendelsen er af mere generel og oplysende karakter i forhold til den økonomiske regulering af naturgasdistributionsselskaberne og gældsafviklingen i disse selskaber samt, hvorledes de regnskabsmæssige gældsopgørelser skal forstås.

Da Energitilsynets besvarelse således ikke er en afgørelse, kan Energiklagenævnet ikke behandle klagers klage herover. Klagen afvises derfor, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.

Energiklagenævnet bemærker, at Energitilsynet i tilsynets besvarelse af 17. maj 2013 på klagers henvendelse har omtalt besvarelsen som en afgørelse. Energitilsynet har samtidig givet klagevejledning til Energiklagenævnet. Det er

² Afgørelserne er offentliggjorte på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk under menuen "Afgørelser" → "varmemforsyningsloven".

³ Bekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011 af lov om varmemforsyning med senere ændringer.

⁴ Udtalelsen fra Folketingets Ombudsmand er offentliggjort på hjemmesiden: www.retsinformation.dk.

imidlertid Energiklagenævnet, der som klageinstans vurderer og afgør, om en besvarelse fra Energitilsynet er en afgørelse, der kan indbringes for nævnet. Energiklagenævnet er således ikke bundet af Energitilsynets udmelding herom.

På baggrund af oplysningerne i sagen giver det i øvrigt ikke Energiklagenævnet anledning til bemærkninger, at Energitilsynet ikke har oplyst sagen yderligere med henblik på at vurdere, om der var en konkret begrundet mistanke om, at der foreligger en lovovertrædelse af nogen betydning eller er udvist en ulovlig adfærd. Det er derfor ikke i strid med Energitilsynets tilsynsforpligtelse, at tilsynet ikke har foretaget sig yderligere i anledningen af klagerens henvendelse.

28. februar 2014

J.nr 1021-14-9-27

TML -EKN

Ad Energitilsynets afslag på partsstatus i Energitilsynets sag fra 2005

Side 7 af 9

Energitilsynets afslag på at anse klager som part i tilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005 er en afgørelse i forvaltningsretlig forstand, der kan indbringes for Energiklagenævnet.

Varmeforsyningsloven indeholder ikke regler om, hvem der kan anses for parter i sager, der behandles efter loven eller regler udstedt i medfør af loven. En nærmere fastlæggelse af kredsen af parter må derfor ske ud fra de almindelige forvaltningsretlige regler. Efter de almindelige forvaltningsretlige regler kræves en væsentlig og individuel interesse i en sag og dens udfald, før man kan anses for part i sagen.

Begreberne væsentlig og individuel interesse skal forstås i overensstemmelse med de almindelige forvaltningsretlige regler herom. At interessen skal være væsentlig indebærer, at betydningen af sagen og dens udfald for den pågældende skal være af en vis styrke og intensitet. En moralsk eller mere generel præget interesse er således ikke i sig selv tilstrækkelig. En interesse skal imidlertid – udover at være væsentlig – også være individuel. Det betyder, at den pågældende sags udfald skal være mere indgribende over for den, der vil klage, i forhold til andre personer, som berøres af sagen. Hvis en større kreds af personer berøres på samme måde af en sag, har de enkelte personer således ikke en individuel interesse i sagen⁵.

Energitilsynets afgørelse af 29. august 2005 drejer sig bl.a. om godkendelse af DONGs åbningsbalance pr. 1. januar 2005. Ved afgørelsen fastsatte Energitilsynet indtægtsrammer for naturgasdistributionsselskaberne og godkendte endvidere en regulatorisk åbningsbalance for DONG pr. 1. januar 2005 på 3.970 mio. kr., herunder en egenkapital på 34 mio. kr.

⁵ Der henvises i den forbindelse til bogen "Forvaltningsret", 2. udgave 2002, s. 67 ff. af Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.

Det fremgår af oplysningerne i sagen, at klager er kunde hos DONG og køber naturgas til klagers naturgasfyrede centraler i Næstved. DONG har oplyst, at selskabet i slutningen af 2012 havde 122.500 kunder. DONG havde i maj 2013 79 kunder i samme kundekategori som klager. Det gennemsnitlige forbrug for DONGs kunder var på 6.163 m³ i 2012. I klagers køberkategori var det ca. 2,4 mio. m³ årligt, og klager aftog 998.972 m² naturgas i 2012.

Energiklagenævnet finder efter en konkret vurdering, at klager ikke har en individuel interesse i sagen. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at Energitilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005 berører alle DONGs kunder, herunder kunderne i samme køberkategori som klager. Kredsen af kunder, som sagen har betydning for, er derfor relativt omfattende (79 kunder i samme køberkategori som klager). Det kan på baggrund af sagens oplysninger ikke lægges til grund, at klager er særligt berørt i forhold til de øvrige kunder. Klagers interesse i Energitilsynets sag om DONGs åbningsbalance fra 2005 er således ikke individuel.

Da klager ikke har en individuel interesse i sagen, kan klager ikke anses som part i Energitilsynets sag fra 2005.

Herefter stadfæster Energiklagenævnet Energitilsynets afgørelse af 13. maj 2013 om, at klagerne ikke har partsstatus i tilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005.

Energitilsynet har ved afgørelsen af 17. maj 2013 endvidere givet afslag på at genoptage tilsynets afgørelse af 29. august 2005 om DONGs regulatoriske åbningsbalance pr. 1. januar 2005. Energiklagenævnet bemærker hertil, at en sag, som er afgjort af en forvaltningsmyndighed, alene kan begæres genoptaget af sagens parter. Da klager, som ovenfor anført, ikke er part i Energitilsynets afgørelse af 29. februar 2005, kan Energiklagenævnet under henvisning hertil tilslutte sig Energitilsynets afgørelse om afslag på genoptagelse.

Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet kan ikke behandle klagen for så vidt angår Energitilsynets besvarelse af 17. maj 2013 om ikke at rejse en tilsynssag. Energiklagenævnet afviser på denne baggrund klagen vedrørende dette punkt. Energiklagenævnet stadfæster Energitilsynets afgørelse af 17. maj 2013 for så vidt angår det forhold, at klager ikke er part i Energitilsynets sag om DONGs åbningsbalance fra 2005.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 24. februar 2014.

28. februar 2014

J.nr 1021-14-9-27

TML -EKN

Side 8 af 9

Afgørelsen er truffet i henhold til varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

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.

28. februar 2014
J.nr 1021-14-9-27
TML -EKN

På nævnets vegne

Chr. Hjorth-Andersen
Næstformand

Side 9 af 9

I dennes fravær og efter bemyndigelse underskrevet af

Henrik Chieu
Sekretariatschef

/Tina Alander Lindfors
Specialkonsulent, cand.jur.