

(Varmeforsyning)

Frederiksborggade 15
1360 København K

Besøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København K

Tlf 3395 5785
Fax 3395 5799

www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

KLAGE FRA E.ON Danmark A/S
OVER Energitilsynet afgørelse af 26. november 2010
OM pålæg om at tilvejebringe oplysninger

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

NÆVNETS Nævnformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
I SAGEN Professor, cand.jur. & Ph.D. Birgitte Egelund Olsen
Fhv. direktør, cand.polyt. H. C. Mortensen

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010 stadfæstes.
AFGØRELSE

E.ON Danmark A/S (herefter E.ON Danmark) har ved e-mail af 3. december 2010 klaget over Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010. Ved afgørelsen pålagde Energitilsynet E.ON Danmark inden tre uger at tilvejebringe en række nærmere angivne oplysninger i medfør af varmforsyningslovens¹ § 23 b, stk. 6.

E.ON Danmark anmodede i forbindelse med klagen om, at den blev tillagt opsættende virkning. Energiklagenævnet traf den 14. december 2010 afgørelse herom og imødekom anmodningen, således at klagen blev tillagt opsættende virkning. Energiklagenævnets afgørelse er offentliggjort på nævnets hjemmeside: www.ekn.dk under menupunktet "Afgørelser".

Sagens baggrund

E.ON Danmark, E.ON Produktion A/S (herefter E.ON Produktion) og E.ON Varme ApS (herefter E.ON Varme) er koncernforbundne selskaber. E.ON

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

Danmark er moderselskabet, mens E.ON Produktion driver en række varme-produktionsvirksomheder, som leverer varme til distributionsselskabet E.ON Varme. E.ON Varme distribuerer herefter varmen videre til forbrugerne i det pågældende forsyningsområde. E.ON Danmark varetager administrationen af E.ON Produktion og E.ON Varme, herunder bl.a. administrationen vedrørende drift og vedligehold, kundeservice m.m. E.ON Produktion og E.ON Varme køber disse ydelser af E.ON Danmark. I efteråret 2008 indledte Energitilsynet en generel tilsynssag vedrørende prisfastsættelsen på fjernvarme fra E.ON-ejede værker.

E.ON Danmark er, i modsætning til de koncernforbundne selskaber E.ON Produktion og E.ON Varme, ikke omfattet af varmforsyningsloven, og er således bl.a. ikke omfattet af lovens prisbestemmelser. På baggrund af den ver-serende tilsynssag om E.ON-koncernen blev varmforsyningsloven ændret i 2010. Ændringen betyder, at Energitilsynet nu har mulighed for at pålægge en virksomhed, der ikke selv er omfattet af varmforsyningsloven, men som er koncernforbundet med en virksomhed, der er omfattet af loven, at tilvejebrin-ge oplysninger, som er nødvendige til varetagelsen af Energitilsynets opgaver, jf. varmforsyningslovens § 23 b, stk. 5 og 6. Energitilsynet har på denne baggrund ved afgørelsen af 26. november 2010 pålagt E.ON Danmark at tilve-jebringe en række nærmere bestemte oplysninger, som led i Energitilsynets nærmere undersøgelse af E.ON Produktion og E.ON Varmes prisfastsættelsen i henhold til loven. Energitilsynet har i bilag 1 til afgørelsen beskrevet oplys-ningerne nærmere. Det fremgår heraf, at det drejer sig om følgende oplysning-er:

1. Kopi af regnskaber for 2009 for E.ON Danmark:
 - a) Bilag til selvangivelse samt specifikationer til årsrapporten.
 - b) Eventuelle interne regnskaber.
2. Udskrift af fuld bogføringsbalance for 2009 i Excel for E.ON Danmark, inklusiv eventuel underdivisioner/-afdelinger i bogføringen.
3. Kopi af servicekontrakter gældende for 2009 for samhandel mellem E.ON Danmark og E.ON Produktion og E.ON Varme. Energitilsynet har tidligere modtaget kopi af aftaler. Energitilsynet har dog ikke over-blik over, om samtlige aftaler er modtaget.
4. Kopi af fakturaer sendt fra E.ON Danmark til E.ON Produktion og E.ON Varme for levering af serviceydelser i 2009. Såfremt slutfaktura-en indeholder den samlede omkostning for året (fratrullet årets acon-tofaktureringer), kan alene denne fremsendes.

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 2 af 18

5. Detaljeret beskrivelse af beregning af acontofaktureringer og slutfaktureringer (evt. blot slutfaktureringen jf. punkt 4) fra E.ON Danmark for levering af serviceydelser til E.ON Produktion og E.ON Varme i 2009. Beskrivelsen skal være opdelt i de forskellige omkostningstyper (lønninger, administrationsomkostninger m.v.) for de forskellige serviceydelser (operatørforhold, kundeforhold m.v.). Beskrivelsen skal indeholde en detaljeret beskrivelse af de præcise forhold og begrundelser, der ligger til grund for den valgte metode for fordeling af omkostninger, herunder de underliggende drivere.
6. Detaljeret beskrivelse af beregning af acontofaktureringer og slutfaktureringer fra E.ON Danmark for levering af serviceydelser til koncerneksterne kunder i 2009. Beskrivelsen skal være opdelt i de forskellige omkostningstyper (lønninger, administrationsomk. mv.) for de forskellige serviceydelser (operatørforhold, kundeforhold mv.).
7. Opgørelse af indtægter og omkostninger i E.ON Danmark fordelt på de forskellige aktiviteter i selskabet, f.eks. salg af gas, el, koncernterne serviceydelser og koncerneksterne serviceydelser m.v.
8. Detaljeret opgørelse af omkostninger i E.ON Danmark vedrørende de serviceydelser, der viderefaktureres til henholdsvis E.ON Produktion og E.ON Varme for 2009. Opgørelsen skal være opdelt i de forskellige omkostningstyper (lønninger, administrationsomkostninger m.v.) for de forskellige serviceydelser (operatørforhold, kundeforhold m.v.) som det ses af fanebladet "bilag". Opgørelsen skal leveres i Excel og afstemmes til årsrapporterne for 2009.
9. Beskrivelse af forretningsgang for adskillelse af segmentspecifikke omkostninger i E.ON Danmark, herunder både direkte og indirekte segmentspecifikke omkostninger.
10. Oversigt over låneforhold mellem E.ON Danmark, E.ON Produktion og E.ON Varme, herunder:
 - a) Saldi pr. 31. december 2008 og 31. december 2009.
 - b) Rente betalt i 2008 og 2009.
 - c) Rentesats benyttet 2008 og 2009.
11. Kopi af lånedokumenter vedrørende ovenstående punkt (Energitilsynet er kun i besiddelse af kopi af visse lånedokumenter, men har kopi af samtlige amortisationsplaner, dog kun vedrørende tidligere NESAs anlæg).

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 3 af 18

Den påklagede afgørelse

Af Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010 fremgår bl.a. følgende:

”[...]

Afgørelse

E.ON Danmark A/S pålægges i medfør af varmforsyningslovens § 23 b, stk. 6, at tilvejebringe de oplysninger, sekretariatet har vedlagt som bilag 1, og som er vurderet nødvendige for, at Energitilsynet kan bedømme, om E.ON Varme Danmark ApS´ og E.ON Produktion Danmark A/S´ udgifter til ydelser købt i E.ON Danmark A/S har været nødvendige og rimelige.

De efterspurgte oplysninger skal fremsendes inden 3 uger.

[...]”

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML –EKN

Side 4 af 18

Energitilsynets afgørelse er i sin helhed vedlagt som bilag 1.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Det er E.ON Danmarks opfattelse, at Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010 bør ophæves, da tilsynet ikke har den fornødne hjemmel til at pålægge E.ON Danmark at tilvejebringe de pågældende oplysninger. Til støtte herfor har E.ON Danmark navnlig anført følgende:

Tilbagevirkende kraft:

- Energitilsynet har ved afgørelsen af 26. november 2010 tillagt varmforsyningslovens § 23 b, stk. 6, tilbagevirkende kraft. Der er ikke holdpunkter i loven eller i forarbejderne herfor. Det fremgår ikke af bestemmelsen, at den kan anvendes på forhold, der ligger forud for lovens ikrafttræden, herunder regnskaber vedrørende regnskabsåret 2009. Lovgiver har ikke tillagt bestemmelsen tilbagevirkende kraft, hvilket må tages som et udtryk for, at det ikke har været intentionen, at bestemmelsen skulle anvendes med tilbagevirkende kraft.

Energitilsynets pålæg:

- Pålægget hviler grundlæggende på den forudsætning, at oplysningerne skulle være nødvendige for Energitilsynets behandling af de betalte vederlag fra E.ON Produktion og E.ON Varme til E.ON Danmark. Om disse vederlag har været nødvendige, og derfor kan indgå i varmepriserne hos E.ON Produktion og E.ON Varme, beror på, hvorvidt priserne overstiger markedsprisen. Spørgsmålet om markedspris må afgøres efter en normal juridisk-økonomisk undersøgelse af og afgrænsning af

det relevante marked. I forhold til om E.ON Danmarks priser er på markedsniveau, er E.ON Danmarks omkostninger eller avancer ikke relevante, da hverken omkostning eller avance kan bruges til at finde frem til markedsprisen.

- Pålægget vedrører E.ON Danmarks virksomhed i sin helhed og ikke kun den del af virksomheden, der vedrører E.ON Produktion og E.ON Varme. De oplysninger, som Energitilsynet ønsker, kan ikke give indsigt i de omkostninger, der har dannet grundlag for de transaktioner, der er foretaget med varmeproduktions- og distributionsvirksomhederne. Oplysningerne består i særdeleshed af detaljerede oplysninger om selskabets økonomiske resultater indenfor forretningsområder, som ikke er omfattet af varmeforsyningsloven, eksempelvis gassalg, vindenergi m.m. (teknisk drift, administration, kundehåndtering). Oplysningerne vedrører endvidere andre kunder end E.ON Varme og E.ON Produktion samt detaljerede oplysninger om selskabets aftaleforhold med kunder, med hvem der er indgået drifts- og brændsels-håndteringskontrakter på kommercielle vilkår.
- Pålægget vil medføre et urimeligt ressourceforbrug for selskabet. Energitilsynets påbud vedrører 2009, hvor E.ON Danmark ikke var omfattet af varmeforsyningslovens oplysningsbestemmelser. Som følge heraf var selskabets økonomiske struktur og interne styring fokuseret på, hvad der følger af aktieselskabsloven, årsregnskabsloven, bogføringsloven, skattelovgivningen og dansk erhvervslivs praksis og almindelige forretningsgange. Til brug for den interne styring af et selskabs økonomiske forhold fokuserer man på de omkostninger, som har størst betydning for selskabet. Som oplyst i årsrapporten for 2009 for E.ON Danmark udgjorde de direkte produktionsomkostninger, andre eksterne omkostninger samt personaleomkostninger i alt 510.637.000 kr. Heraf udgjorde de direkte produktionsomkostninger 77 %. Da selskabets direkte produktionsomkostninger udgjorde og fortsat udgør den væsentligste del af de samlede omkostninger og samtidig har en direkte relation til slutkunderne, var det naturligt at fokusere sin styring herpå. Selskabet havde, forinden ændringerne af varmeforsyningsloven den 12. juni 2010, derfor ikke fundet behov for i sin interne styring at foretage en detaljeret analyse og fordeling af øvrige omkostninger på enkelte produkter, som Energitilsynets pålæg forudsætter.
- Pålæggets krav om at fordele faste omkostninger på forskellige produkttyper er helt usædvanligt i henhold til praksis inden for økonomistyring af lignende virksomheder i Danmark. En opdeling af omkostningerne for 2009 ville ikke tilføre selskabet nytte og ville kræve et urimeligt stort ressourceforbrug, idet selskabet ville skulle gennemgå

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 5 af 18

samtligte registreringer for 2009 i selskabets økonomisystem for at vurdere, hvordan hver enkelt omkostning skal kategoriseres for at opfylde den af Energitilsynet opstillede oversigt. Hvis omkostningerne ikke er direkte henførbare, ville det være nødvendigt at foretage en vurdering af, hvorledes omkostningen skulle fordeles på forskellige kategorier. En sådan vurdering ville skulle baseres på andre kriterier (eksempelvis timeforbrug). Disse kriterier er ikke opstillet, og analyse og ændringer heraf vil derfor være yderligere ressourcekrævende og tillige forbundet med en betydelig usikkerhed, som følge af den lange periode, der er gået siden omkostningen blev forbrugt. Denne analyse ville derfor næppe være egnet til at belyse faktum. Energitilsynet kræver, at selskabet redegør for, hvilke omkostninger der kan henføres til konkrete fakturaer til kunder, som er omfattet af varmforsyningslovens prisbestemmelser samt for fakturaer til kunder, som ikke er omfattet af varmforsyningsloven. Det er et urimeligt og uegnet krav, idet det ikke er naturligt eller normalt at foretage detaljerede registreringer af enkelte omkostninger til specifikke fakturaer. Fakturerer en virksomhed en solgt ydelse, registrerer den normalt ikke de enkelte konkrete administrative omkostninger ved at have frembragt netop denne ydelse.

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 6 af 18

- I forlængelse af Energitilsynets tilkendegivelse af 22. juni 2009, hvor Energitilsynet kritiserede samhandelsaftalerne mellem selskaberne for at være ugenomsigtige, gav E.ON Danmark tilsagn om, at selskabet ville udarbejde nye aftaler med en ny struktur, som bedre opfyldte Energitilsynets ønske om gennemsigtighed. Dette er gennemført i 2010 med en ikke uvæsentlig ressourcebelastning. Energitilsynets tilkendegivelse var i 2009 baseret på samme faktum som pålægget, selvom de nye aftaler krævede omfattende tilpasninger af registreringssystemer og registreringsforretningssange, og at implementeringen af aftalerne derfor først kunne ske i 2010.
- E.ON Produktion og E.ON Varme skal producere og distribuere varme. De er ikke forpligtede til at varetage øvrige aktiviteter, herunder drift og vedligehold, administration, kundeservice og finansiering, som ikke efter deres karakter er omfattet af varmforsyningsloven. Erhvervelse af en ydelse til markedspris kan ikke være urimelig efter loven. Hverken varmforsyningsloven eller anden lovgivning indeholder et forbud mod eller anden censur af muligheden for at benytte en specialiseret leverandør til at yde drift og vedligehold m.v. E.ON Produktion og E.ON Varme bruger som leverandør E.ON Danmark, der har kompetence indenfor drift og vedligehold, administration m.m. på energiområdet. Det er i øvrigt helt sædvanligt i fjernvarmebranchen, at virksomheder leverer ydelser til varmforsyningsvirksomheder – også selv-

om der herved skabes en avance hos leverandørerne til varmforsyningsvirksomheden. Der er intet, der peger på, at det efter varmforsyningslovgivningen skulle gøre en forskel, om virksomhederne er koncernforbundne med hinanden.

- Det er en forkert antagelse, at der for serviceaftalerne mellem E.ON Danmark og henholdsvis E.ON Produktion og E.ON Varme løbende udarbejdes aconto-fakturaer, som efterfølgende reguleres i op- eller nedadgående retning, med slutfakturaer opgjort på baggrund af medgåede ressourcer (omkostninger, timer m.v.) til levering af de pågældende ydelser. Antagelsen er ikke i overensstemmelse med de faktiske vilkår i samarbejdsforholdet i praksis i 2009 i henhold til serviceaftalerne, idet der er tale om afregning til fast pris. Der faktureres og afregnes månedsvis med 1/12 af prisen for året i henhold til aftalen. Der foretages således ikke en egentlig årsopgørelse eller fordeling af ekstraomkostninger på E.ON Danmark-niveau i forbindelse med fakturering af ydelser.
- E.ON Danmark ønsker ikke at afsløre detaljer om sine fortrolige forretningsmæssige forhold, herunder omkostnings- og avanceforhold, også fordi disse ikke er relevante eller egnede som grundlag for at bedømme priserne hos E.ON Varme og E.ON Produktion. E.ON Danmark er en konkurrenceudsat virksomhed, som – ligesom andre virksomheder – værner om oplysninger om sine interne forhold med respekt for offentlighedsforpligtelser i loven, f.eks. erhvervs- og selskabslovgivningen. E.ON Varme og E.ON Produktion har derimod givet udtryk for at ville stille alle relevante oplysninger til rådighed, der har med E.ON Varmes og E.ON Produktions drift at gøre.
- Energitilsynet har ikke i tilstrækkelig grad begrundet, hvorfor tilvejebringelsen af oplysninger er nødvendig, idet pålæggets begrundelse netop alene synes at være, at det er nødvendigt. En sådan begrundelse lever ikke op til forvaltningsrettens almindelige krav til en begrundelse. Der fremgår heller ingen begrundelse for, hvorfor Energitilsynet mener, at proportionalitetskravet er opfyldt. Denne manglende/mangelfulde begrundelse kan i sig selv føre til ugyldighed.
- Energitilsynet har efterfølgende uddybet forholdet vedrørende pålæggets proportionalitet således, at indgrebet er proportionalt set i forhold til den særlige selskabsstruktur, som E.ON-koncernen har. E.ON-koncernen har en virksomhedsstruktur, som svarer til kommunernes og de store danske energivirksomheders struktur med et holdingsselskab, der ejer driftsvirksomheder, og hvor nogle selskaber, der ikke er omfattet af prisregulering, leverer en række ydelser til andre selska-

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML –EKN

Side 7 af 18

ber, som er omfattet af prisregulering. Der er intet særligt i E.ON-koncernens virksomhedsstruktur. Det er en relativt enkel virksomhedsstruktur med kun tre selskaber.

Energitilsynets udtalelse

Det er Energitilsynets opfattelse, at tilsynets afgørelse af 26. november 2010 bør stadfæstes. Til støtte herfor har Energitilsynet navnlig anført følgende:

Tilbagevirkende kraft:

- Formålet med sekretariatets pålæg til E.ON Danmark i medfør af varmemeforsyningslovens § 23 b, stk. 6, er at få tilvejebragt oplysninger til brug for sekretariatets vurdering af E.ON Produktion og E.ON Varmes aktuelle varmepriser. Begge selskaber er omfattet af varmemeforsyningslovens prisregulering. E.ON Danmark er ikke som virksomhed omfattet af varmemeforsyningslovens prisregulering og er derfor ikke genstand for undersøgelse, men bidrager alene som dokumentationskilde. Dette skyldes, at al ledelse og drift i de regulerede selskaber købes af E.ON Danmark. Der er ikke ansatte i E.ON Produktion og E.ON Varme. Der er ikke tale om, at dispositioner, som er foretaget i 2009 nu er ulovlige, eller at der er tilvejebragt en ny hjemmel til at gribe ind over for sådanne dispositioner.
- Hvis undersøgelsen af det bagvedliggende regnskabsmateriale i E.ON Danmark viser, at de regulerede virksomheder efter sekretariatets vurdering i 2009 har betalt mere for en købt ydelse, end hvad der må betragtes som en nødvendig omkostning, vil dette ikke have nogen konsekvens for E.ON Danmark. Derimod vil kontrollen have afdækket, at de regulerede selskaber i forhold til denne ydelse ikke i 2009 har overholdt varmemeforsyningslovens § 20, stk. 1. De regulerede selskaber har været omfattet af § 20, stk. 1, fra selskabernes etablering. Hvis Energiklagenævnet når frem til, at Energitilsynet ikke med hjemmel i §§ 23 a, og 23 b, stk. 5 og 6, kan få adgang til og indhente regnskabsdata m.v. fra før lovens ikrafttræden, vil dette medføre, at der ikke kan gennemføres en egentlig regnskabs gennemgang før 2-3 år efter 1. regnskabsår efter hjemmelsbestemmelsernes ikrafttræden. Dette ses ikke at være formålet med bestemmelserne.

Energitilsynets pålæg:

- Formålet med bestemmelserne i §§ 23 a, og 23 b, stk. 5 og 6, har ifølge lovbemærkningerne været at give Energitilsynet mulighed for at få indsigt i regnskabsoplysninger, uanset hvordan varmemeforsyningsvirksomhederne er organiseret, således at det sikres, at

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 8 af 18

Energitilsynet kan få de nødvendige oplysninger til at foretage vurderingen af, om varmepriserne fra de regulerede selskaber er rimelige og i overensstemmelse med loven. Det er ikke muligt at få be-lyst omkostningsudviklingen over tid, hvis man ikke har adgang til tidligere års regnskabsoplysninger. Det vejer således tungt i un-der søgelsen, at det i sagen om E.ON-koncernen gælder, at de nu-værende omkostninger, som bliver indregnet i varmepriserne, for en stor dels vedkommende kommer fra tidligere år. Det er derfor ikke tilstrækkeligt blot at lægge et resultat fra tidligere til grund.

- Energitilsynet kan i medfør af varmforsyningslovens § 23 b, stk. 6, pålægge en virksomhed at tilvejebringe oplysninger, herunder tilvejebringe dem i en bestemt form. Det fremgår af lovbemærkningerne, at baggrunden for denne bestemmelse er, at Energitilsynet modtager materiale, der kan anvendes ved analyser af sammenlignelige oplysninger. Virksomhederne har dermed ikke et incitament til at tilrettelægge regnskabsoplysninger på en sådan måde, at sammenligninger besværliggøres. I Energitilsynets sag fra 2008/09 om prisfastsættelsen i E.ON-koncernen viste det sig, at datterselskaberne E.ON Produktion og E.ON Varme ikke havde mulighed for at foretage sammenhængende kontrol af de ydelser, som moderselskabet leverede og betalingen herfor. Det har derfor været nødvendigt at indhente oplysningerne direkte fra moderselskabet for at tilsynet kan vurdere forholdene. Oplysningerne kan godt fremsendes på anden måde end som foreskrevet af Energitilsynet, men tilsynet må konstatere, at E.ON Danmark ikke er fremkommet med alternative muligheder. Påbuddet om tilvejebringelse af oplysninger har således været et nødvendigt indgreb for at muliggøre igangsættelse af den egentlige undersøgelse. Indgrebet står endvidere i rimeligt forhold til formålet med indgrebet grundet den virksomhedsstruktur, som E.ON-koncernen har valgt. Det har ikke været muligt på anden måde at få de nødvendige oplysninger med henblik på at løfte tilsynets opgaver.
- Energitilsynet kan ikke vurdere, om en pris er rimelig og i overensstemmelse med varmforsyningsloven uden at få kendskab til de oplysninger, som E.ON Danmark er blevet pålagt at tilvejebringe. Såfremt prisen i ét år har været urimelig og i strid med varmforsyningsloven, vil dette forhold videreføres i de efterfølgende års prisdannelse. I sager om regnskabsmæssige forhold i regulerede varmforsyningsvirksomheder ser tilsynet således på regnskaber over en periode. Årsagen hertil er, at dette muliggør, at årets regnskaber ses i sammenhæng med tidligere perioder, herunder bl.a. med henlæggelses- og afskrivningsplaner og tidligere over-

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 9 af 18

/underdækninger m.m. Det er Energitilsynets erfaring fra regnskabsager, at der forekommer fejl, som alene vil kunne konstateres ved at se på varmforsyningsvirksomhedernes regnskabsaflægelse over en periode. Har en varmforsyningsvirksomhed eksempelvis haft en overdækning for varmeåret 2009, kan Energitilsynet kun konstatere, om overdækningen med det rigtige beløb bliver tilbageført via priserne, ved at sammenholde prisetervisningen for 2009 med budgettet for 2010.

- Varmeforsyningsloven bygger på et grundlæggende princip om nødvendige omkostninger. Hvad der må betragtes som en nødvendig omkostning, afgøres af Energitilsynet på grundlag af en konkret vurdering af omkostningens størrelse, ydelsens omfang og varmforsyningsvirksomhedens øvrige rammevilkår. Energitilsynet må for at kunne vurdere, om en omkostning er nødvendig for varmforsyningsvirksomheden, have kendskab til det bagvedliggende grundlag. Det er således en afgørende forudsætning for, at Energitilsynet som offentlig myndighed kan føre tilsyn efter varmforsyningslovens § 21, stk. 4, at Energitilsynet kan få en sag tilstrækkeligt belyst.
- Bestemmelsen i varmforsyningsloven § 23 b, stk. 5, giver Energitilsynet mulighed for at få indsigt i de omkostninger, der har dannet grundlag for de transaktioner, som er foretaget med den varmforsyningsvirksomhed, der er omfattet af varmforsyningsloven. Sekretariatet har i afgørelsen af 26. november 2010 redegjort for, at de efterspurgte oplysninger er nødvendige for at kunne vurdere prissætningen af de ydelser, der er faktureret til E.ON Varme og E.ON Produktion. Sekretariatet har herefter redegjort for, hvorfor hver af oplysningerne i sekretariatets bilag 1 er nødvendige. Formålet med oplysningerne er, at give indsigt i de omkostninger, der har dannet grundlag for de transaktioner, der er foretaget med E.ON Varme og E.ON Produktion. Grundlaget for disse transaktioner kan ikke vurderes uden kendskab til det samlede grundlag og den anvendte fordelingsnøgle.
- Markedsprisen er ikke altid udtryk for, at en omkostning er nødvendig, hvis varmforsyningsvirksomheden kunne have opnået samme ydelse ved f.eks. selv at forestå den pågældende opgave. Mellem E.ON Danmark og E.ON Varme og E.ON Produktion eksisterer der ikke et naturligt forrentningsmæssigt modsætningsforhold, eftersom E.ON Danmark varetager alle interesser for E.ON Varme og E.ON Produktion. Energitilsynet skal i medfør af varmforsyningslovens § 21, stk. 4, foretage en vurdering af prisers rime-

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 10 af 18

lighed og overensstemmelse med varmforsyningsloven. De efterspurgte oplysninger understøtter denne tilsynsopgave.

- For så vidt angår det af E.ON Danmark anførte vedrørende Energitilsynets begrundelse henvises til, at tilsynet i afgørelsen af 26. november 2010 har redegjort for, hvorfor oplysningerne er nødvendige og derfor efterspørges. Det fremgår endvidere af afgørelsen, at pålægget er nødvendigt, idet det ikke på anden måde har været muligt at få de nødvendige oplysninger til at løfte tilsynsopgaven, herunder kontrollere varmepriserne i E.ON Produktion og E.ON Varme. Energitilsynets begrundelse er således i overensstemmelse med forvaltningslovens bestemmelser herom.

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Retsgrundlaget

Energitilsynet har i henhold til varmforsyningslovens § 23 a mulighed for at få adgang til lokaler, der benyttes af en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven, og på stedet gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, herunder virksomhedens regnskaber, øvrige regnskabsmaterialer, forretningsbøger og andre forretningspapirer, uanset om disse oplysninger opbevares elektronisk. Ved lov nr. 622 af 11. juni 2010 blev Energitilsynets beføjelse udvidet til også at omfatte selskaber, som er koncernforbundne med selskaber, der er omfattet af varmforsyningsloven. Udvidelsen af bestemmelsen trådte i kraft den 16. juni 2010. Følgende fremgår af varmforsyningslovens § 23 a:

Side 11 af 18

”[...]

§ 23 a. Energitilsynet kan til enhver tid uden retskendelse mod behørig legitimation til brug for tilsynet efter loven få adgang til lokaler, der benyttes af en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven, og på stedet gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, herunder virksomhedens regnskaber, øvrige regnskabsmaterialer, forretningsbøger og andre forretningspapirer, uanset om disse oplysninger opbevares elektronisk. 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse på en virksomhed, der er koncernforbunden med en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven, såfremt der har fundet en eller flere transaktioner sted mellem de nævnte virksomheder.

[...]”

Af lovforslag nr. 154 som fremsat den 4. marts 2010 fremgår bl.a. følgende af bemærkningerne til § 23 a:

”[...]

Udvidelsen af Energitilsynets beføjelse til at få adgang til lokaler er afgrænset til lokaler, der benyttes af virksomheder, der er koncernforbundne med en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven, såfremt der har fundet en eller flere transaktioner sted mellem disse virksomheder. Energitilsynet kan således anvende beføjelsen i forhold til den koncernforbundne virksomhed, også i tilfældet af, at der kun har været én transaktion mellem virksomheden omfattet af loven og den koncernforbundne virksomhed.

Ved »transaktion« forstår en overførsel af ressourcer eller forpligtelser mellem virksomhederne, uanset om der er fastsat en pris herfor. Herved tænkes ikke på transaktioner, som ligger i forholdet mellem koncernforbundne virksomheder, såsom betaling af udbytte fra et datter- til et moderselskab. Der skal være tale om en transaktion, som lige så godt kunnet have fundet sted mellem virksomheden omfattet af loven og en virksomhed, som ikke er koncernforbunden med varmforsyningsvirksomheden.

...

Udøvelsen af beføjelsen efter § 23 a, stk. 1, sker desuden inden for grænserne af [retssikkerhedsloven](#), [lov nr. 442 af 9. juni 2004](#) om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt. Det medfører bl.a., at beføjelsen til at få adgang til lokaler skal udøves proportionelt, dvs. at indgrebet kun må anvendes, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, og hvis indgrebet står i rimeligt forhold til formålet med indgrebet.

[...]”

Energitilsynet har endvidere mulighed for at indhente oplysninger, som er nødvendige til varetagelsen af tilsynets opgaver efter varmforsyningsloven eller efter regler fastsat i medfør af loven, jf. varmforsyningslovens § 23 b, stk. 5. Bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse ved koncernforbundne selskaber i lighed med varmforsyningslovens § 23 a, såfremt der har fundet en eller flere transaktioner sted mellem selskaberne. Lovens § 23 b, stk. 6, giver Energitilsynet mulighed for at give pålæg om at tilvejebringe oplysningerne, herunder at de tilvejebringes i en bestemt form. Af lovens § 23 b, stk. 5 og 6, fremgår således følgende:

”[...]

§ 23 b.

...

Stk. 5. Energitilsynet kan hos en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven, indhente de oplysninger, som er nødvendige til

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 12 af 18

varetagelsen af tilsynets opgaver efter denne lov eller efter regler fastsat i medfør af loven. 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse på en virksomhed, der er koncernforbunden med en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven, såfremt der har fundet en eller flere transaktioner sted mellem de nævnte virksomheder.

Stk. 6. Energitilsynet kan pålægge en virksomhed, der er omfattet af stk. 5, at tilvejebringe de oplysninger, herunder at tilvejebringe dem i en bestemt form, som er nødvendige til varetagelsen af tilsynets opgaver efter denne lov eller efter regler fastsat i medfør af loven. Klima- og energiministeren kan fastsætte regler om tilvejebringelse af oplysninger.

[...]"

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Af lovforslag nr. 154 som fremsat den 4. marts 2010 fremgår bl.a. følgende af bemærkningerne til § 23 b, stk. 6:

Side 13 af 18

"[...]

Det foreslås, at Energitilsynet får beføjelse til at pålægge en virksomhed, som ejer anlæg omfattet af loven samt dens koncernforbundne virksomheder at tilvejebringe oplysninger. Ved »tilvejebringe« forstår fremskaffelse af eksisterende oplysninger, men også tilvejebringelse af oplysninger i en bestemt form. Det giver Energitilsynet mulighed for at få de nødvendige oplysninger i den form, tilsynet har brug for, til varetagelse af Energitilsynets opgaver f.eks. til sammenligning med andre virksomheder.

Et påbud vil f.eks. kunne være relevant i situationer, hvor virksomhedens eget regnskab er funktionsopdelt, således at lønomkostninger er spredt på de enkelte funktioner. I den situation vil Energitilsynet, efter forslaget til § 23 b, stk. 6, kunne pålægge virksomheden at tilvejebringe oplysninger, der viser virksomhedens samlede lønomkostning.

Energitilsynet kan - ligesom det gælder for tilsynets andre beføjelser efter forslaget - anvende beføjelsen i forhold til den koncernforbundne virksomhed, såfremt der har fundet en eller flere transaktioner sted mellem denne virksomhed og virksomheden omfattet af loven.

Også udøvelsen af beføjelsen efter forslaget til ændring af § 23 b, stk. 6, skal ske inden for grænserne af [retssikkerhedsloven](#), [lov nr. 442 af 9. juni 2004](#) om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt. Det medfører bl.a., at beføjelsen til at give påbud om tilvejebringelse af oplysninger

skal udøves proportionelt, dvs. at indgrebet kun må anvendes, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, og hvis indgrebet står i rimeligt forhold til formålet med indgrebet.

Påbuddet om tilvejebringelse af oplysninger skal desuden kunne opfyldes ved en rimelig ressourceindsats. Energitilsynet kan således ikke med hjemmel i den foreslåede § 23 b, stk. 6, give påbud om, at virksomheden skal etablere et helt nyt bogholderisystem og indrette regnskaberne derefter. Påbuddet må desuden alene vedrøre oplysninger, som er nødvendige til varetagelse af tilsynets opgaver. I forhold til en koncernforbunden virksomhed, medfører dette, at Energitilsynet alene kan bede om tilvejebringelse af oplysninger med hensyn til de transaktioner, virksomheden har haft med varmforsyningsvirksomheden.

[...]"

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 14 af 18

Forvaltningsloven regulerer bl.a., hvornår en forvaltningsretlig afgørelse skal være ledsaget af en begrundelse, samt hvilke krav der stilles til begrundelsens indhold. Af forvaltningslovens §§ 22 og 24 fremgår følgende:

"[...]

§ 22. En afgørelse skal, når den meddeles skriftligt, være ledsaget af en begrundelse, medmindre afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold.

...

§ 24. En begrundelse for en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. I det omfang, afgørelsen efter disse regler beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen.

Stk. 2. Begrundelsen skal endvidere om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

[...]"

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Tilbagevirkende kraft

E.ON Danmark har anført, at Energitilsynet i henhold til varmforsyningslovens § 23 b, stk. 5 og 6, ikke kan pålægge selskabet at tilvejebringe oplysninger, der angår forhold, som ligger før bestemmelsens ikrafttræden den 16. juni 2010, herunder regnskabsmæssige forhold, der vedrører regnskabsåret 2009. Det er E.ON Danmarks opfattelse, at Energitilsynet herved har tillagt bestemmelsen tilbagevirkende kraft.

Ved tilbagevirkende kraft forstås i almindelighed, at en lov anvendes på et forhold, der ligger forud for lovens ikrafttræden. Det er den handling, som en lov vedrører, der er relevant i forhold til spørgsmålet om tilbagevirkende kraft. I nærværende sag vil det sige den oplysningspligt, som varmforsyningslovens §§ 23 b, stk. 5 og 6, indeholder, og ikke hvilket regnskabsår, de pågældende oplysninger angår. Efter Energiklagenævnets opfattelse må varmforsyningslovens § 23 b, stk. 5, ud fra en naturlig sproglig forståelse fortolkes således, at de oplysninger, som Energitilsynet kan indhente, ikke er begrænset til en bestemt tidsmæssig periode. Hertil kommer, at formålet med bestemmelsen er at give Energitilsynet de nødvendige redskaber til varetagelse af tilsynets opgaver efter loven, herunder føre tilsyn med kollektive varmforsyningsanlægs priser. Dette formål ville ikke kunne realiseres – eller ville tidligst kunne realiseres flere år efter bestemmelsens ikrafttræden – hvis bestemmelsen kun fandt anvendelse på oplysninger hidrørende fra efter lovens ikrafttræden. Energiklagenævnet bemærker hertil, at der ikke i forarbejderne til bestemmelsen findes holdepunkter, der taler imod en sådan naturlig sproglig forståelse, eller holdepunkter, der indskrænker bestemmelsens almindelige formål.

Energiklagenævnet finder således, at varmforsyningslovens § 23 b, stk. 5 og 6, generelt indeholder hjemmel til at indhente oplysninger, der hidrører fra før lovens ikrafttræden.

Energitilsynets pålæg

Det fremgår af varmforsyningslovens § 23 b, stk. 5, at Energitilsynet kan indhente oplysninger hos en virksomhed, som er koncernforbundet med en virksomhed, der er omfattet af loven, såfremt der har fundet en eller flere transaktioner sted mellem virksomhederne. Energitilsynet kan endvidere give pålæg om, at oplysningerne skal tilvejebringes, herunder at de skal tilvejebringes i en bestemt form, jf. varmforsyningslovens § 23 b, stk. 6. Bestemmelserne trådte i kraft den 16. juni 2010 for så vidt angår det forhold, at de ligeledes finder anvendelse på koncernforbundne selskaber. Det fremgår af § 23 b, stk. 5, at Energitilsynet kan indhente de pågældende oplysninger fra et koncernforbundet selskab, såfremt oplysningerne er nødvendige til varetagelsen af tilsynets opgaver efter loven eller regler udstedt i medfør af loven. Energitilsynets udøvelse af beføjelsen til at meddele pålæg skal ske i overensstemmelse med retssikkerhedslovens bestemmelser om anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt. Dette medfører bl.a., at indgrebet kun må anvendes, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, samt at indgrebet skal stå i rimeligt forhold til formålet med indgrebet (kravet om proportionalitet).

Energitilsynets undersøgelse af prisfastsættelsen hos E.ON Produktion og E.ON Varme sker som led i, at Energitilsynet er tilsynsmyndighed på energi-

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML –EKN

Side 15 af 18

området. Energitilsynets undersøgelse omfatter alle E.ON-ejede værker. For at kunne foretage en vurdering af prisfastsættelsen hos E.ON Produktion og E.ON Varme er det en grundlæggende forudsætning at have adgang til selskabernes regnskaber, herunder specifikationer vedrørende de enkelte poster i regnskaberne samt grundlaget herfor. E.ON Produktion og E.ON Varmes administration varetages af moderselskabet i koncernen, E.ON Danmark. Den regnskabsmæssige dokumentation for de ydelser, som selskaberne køber hos E.ON Danmark, befinder sig således i overvejende grad hos E.ON Danmark. Energiklagenævnet finder på denne baggrund, at det som udgangspunkt er nødvendigt, at Energitilsynet indhenter nærmere oplysninger vedrørende de regnskabsmæssige forhold hos E.ON Danmark for at kunne varetage sin tilsynsforpligtelse i henhold til varmforsyningsloven, herunder vurdere E.ON Produktion og E.ON Varmes prisfastsættelse.

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 16 af 18

Energiklagenævnet finder endvidere efter en samlet vurdering af sagen, herunder en konkret vurdering af de i bilag 1 til Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010 beskrevne oplysninger, at de konkrete oplysninger må anses for nødvendige for, at Energitilsynet kan varetage sin tilsynsforpligtelse i henhold til varmforsyningsloven, jf. lovens § 23 b, stk. 5. Energiklagenævnet har ved vurderingen lagt vægt på, at det er en forudsætning for den nærmere undersøgelse af E.ON Produktion og E.ON Varmes prisfastsættelse at få et bredt kendskab til de regnskabsmæssige forhold i E.ON Danmark. For at kunne vurdere prissætningen for de ydelser, der er faktureret til E.ON Produktion og E.ON Varme, er det nødvendigt at få indsigt i de omkostninger, som har dannet grundlag for transaktionerne mellem selskaberne. Det er endvidere ikke tilstrækkeligt at se på, om priserne er i overensstemmelse med markedsprisen, da det er en vurdering af, om omkostningerne i henhold til varmforsyningslovens § 20, stk. 1, kan anses for nødvendige. Dette er ikke nødvendigvis opfyldt ved, at prisen er i overensstemmelse med markedsprisen. Energiklagenævnet bemærker hertil, at det forhold, at der købes og sælges ydelser inden for samme koncern i mange sammenhænge ikke medfører et naturligt forretningsmæssigt modsætningsforhold.

Energiklagenævnet bemærker endvidere, at Energitilsynets pålæg om tilvejebringelse af oplysninger er givet på baggrund af, at det ikke på anden måde har været muligt at tilvejebringe tilstrækkeligt med oplysninger om E.ON Produktion og E.ON Varmes prisfastsættelse. Energiklagenævnet finder derfor, at tilsynets pålæg om tilvejebringelse af oplysninger ikke er i strid med proportionalitetsprincippet.

For så vidt angår det af E.ON Danmark anførte om, at tilvejebringelsen af oplysningerne vil være ressourcekrævende i forhold til, hvorledes de pågældende regnskabsmæssige oplysninger på nuværende tidspunkt administreres i selskabet, bemærker Energiklagenævnet, at Energitilsynet i henhold til varme-

forsyningslovens § 23 b, stk. 6, kan pålægge selskabet at oplysningerne tilvejebringes i en bestemt form. Det drejer sig i den foreliggende sag om, at E.ON Danmark bl.a. skal specificere en række omkostninger, herunder under forskellige omkostningstyper. Energiklagenævnet finder det hensigtsmæssigt, at oplysningerne tilvejebringes i en form, hvor de umiddelbart vil være anvendelige for Energitilsynet, herunder til sammenligning med andre virksomheder. Energiklagenævnet bemærker hertil, at der ikke er tale om, at E.ON Danmark må indføre et nyt bogholderisystem eller lignende, men at det alene er besværliggjort af, at oplysningerne ikke umiddelbart foreligger i den form, som Energitilsynet anmoder om. Energiklagenævnet finder på denne baggrund, at det ikke kan anses for at medføre en urimelig ressourceindsats at oplysningerne skal tilvejebringes i den af Energitilsynet anførte form. Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på, at E.ON Danmark er en ressourcestærk virksomhed.

7. marts 2011

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Side 17 af 18

For så vidt angår det af E.ON Danmark anførte om, at selskabet ikke ønsker at afsløre detaljer om selskabets forretningsmæssige forhold, herunder omkostnings- og avanceforhold, bemærker Energiklagenævnet, at Energitilsynet som tilsynsmyndighed på energiområdet bl.a. er omfattet af forvaltningslovens § 27 samt straffelovens bestemmelser om tavshedspligt, ligesom reglerne om aktindsigt begrænser adgangen til aktindsigt i bl.a. forretningsforhold, jf. offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2.

For så vidt angår det af E.ON Danmark anførte vedrørende Energitilsynets begrundelse for afgørelsen af 26. november 2010, bemærker Energiklagenævnet, at det følger af forvaltningslovens § 22, at en forvaltningsafgørelse skal være ledsaget af en begrundelse, når den meddeles skriftligt, medmindre afgørelsen giver den pågældende part fuldt ud medhold. Forvaltningsloven fastlægger endvidere i § 24, stk. 1, at begrundelsen for en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. I det omfang afgørelsen beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen. Begrundelsen skal endvidere om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

Det fremgår af Energitilsynets afgørelse, i henhold til hvilke retsregler afgørelsen er truffet. Det fremgår videre af afgørelsen, på hvilken baggrund Energitilsynet finder, at det er nødvendigt, at oplysningerne tilvejebringes. Energitilsynet har endvidere i afgørelsen redegjort for indgrebets proportionalitet, ligesom Energitilsynet har redegjort for sagens faktiske omstændigheder. Energiklagenævnet finder på denne baggrund, at Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010 opfylder forvaltningslovens §§ 22 og 24. Energiklagenævnet bemærker endvidere, at Energitilsynets udkast til afgørelse ved brev af 21. ok-

tober 2010 har været sendt i høring hos E.ON Danmark, og at tilsynet endvidere i denne forbindelse redegjorde nærmere for rækkevidden af varmforsyningslovens §§ 23 a og 23 b.

Energiklagenævnet stadfæster herefter Energitilsynets afgørelse.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 26. november 2010 stadfæstes.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 7. marts 2011.

7. marts 2011

Afgørelsen er truffet i henhold til § 26 i lov om varmforsyning, jf. lovbekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005 med senere ændringer.

J.nr 1021-10-50-23

TML -EKN

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Side 18 af 18

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

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P.N.V.

Poul K. Egan
Nævnensformand

/Tina Maria Alander Lindfors
Fuldmægtig, cand.jur.