

AFGØRELSE

(Elforsyning)

energi

KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA EnergiMidt Forsyning A/S, Silkeborg over
AFGØRELSE FRA Energitilsynet af 14. juli 2004
OM Prisgodkendelse for 2002

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

NÆVNETS Nævnensformand, professor, cand.jur. Christen Boye Jacobsen
SAMMEN- Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, dr.jur. Jens Fejø
I SAGEN Konsulent, civilingeniør Knut Berge
Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
Direktør, cand.polyt. Poul Sachmann

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse stadfæstes
AFGØRELSE

Oversigt

<i>Resumé af sagen</i>	<i>side 2</i>
<i>Den påklagede afgørelse</i>	<i>side 4</i>
<i>Klagen til Energiklagenævnet</i>	<i>side 6</i>
<i>Energitilsynets bemærkninger til klagen</i>	<i>side 12</i>
<i>Parternes yderligere brevveksling</i>	<i>side 24</i>
<i>Supplerende oplysninger om Energitilsynets vejledninger og notater</i>	<i>side 33</i>
<i>Supplerende oplysninger om Energitilsynets og det tidligere elprisudvalgs praksis</i>	<i>side 41</i>
<i>Supplerende oplysninger om EnergiMidt-koncernens selskaber</i>	<i>side 47</i>
<i>Energiklagenævnets praksis</i>	<i>side 48</i>
<i>Retsgrundlag</i>	<i>side 51</i>
<i>Energiklagenævnets bemærkninger</i>	<i>side 54</i>
<i>Energiklagenævnets afgørelse</i>	<i>side 61</i>

Ved brev af 9. august 2004 og efterfølgende endeligt klageskrift af 24. august 2004 har advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af EnergiMidt Forsyning A/S indbragt Energitilsynets afgørelse af 14. juli 2004 for Energiklagenævnet.

Energitilsynets afgørelse var, at EnergiMidt Forsyning A/S ikke fandtes afgørende mere effektiv end tilsvarende virksomheder, og at selskabet ikke kunne dokumentere væsentlige omkostninger og forhold ved et overskud på 6,04 kr./MWh. Derfor skulle selskabets forsyningspligtpris i 2003 og/eller 2004 uafhængigt af den fremtidige prisregulering reduceres med et beløb svarende til kr. 2.000.495.

Energitilsynets bemærkninger af 6. oktober 2004 vedrørende klagen har været forelagt klageren, hvis advokat har svaret ved brev af 19. november 2004. Tilsynet er fremkommet med yderligere bemærkninger af 10. januar 2005, som klagers advokat har svaret på ved brev af 17. februar 2005.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Energitilsynets bemærkninger til klagen har været forelagt klageren, hvis advokat har svaret ved brev af 19. november 2004. Tilsynet er fremkommet med yderligere bemærkninger af 10. januar 2005, som klagers advokat har svaret på ved brev af 17. februar 2005.

Side 2 af 62

Resumé af sagen

I sit svarnotat, fremsendt med brev af 6. oktober 2004, har Energitilsynet givet følgende resumé af sagen:

”For så vidt angår EnergiMidt Forsyning var forløbet, at Energitilsynet den 5. marts 2004 fremsendte en foreløbig - konkret - afgørelse til virksomheden angående prisgodkendelse for 2002 (klagerens bilag 5). I lyset af mødet den 23. februar 2004 havde tilsynet besluttet foreløbig ikke at godkende EnergiMidt Forsynings forsyningspligtpris for 2002, og tilsynet fandt på det foreliggende grundlag, at efterreguleringen for 2002 måtte være på kr. -2.000.495,-.

Tilsynet lagde herved for det første vægt på, at EnergiMidt Forsynings overskud for 2002 før skat var på kr. 3.975.638,- svarende til 6,04 DKK/MWh eller 17,0 procent i egenkapitalforrentning. Dette overskud blev ikke anset for rimeligt i forhold til omsættningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1.

For det andet lagde tilsynet vægt på, at selvom EnergiMidt Forsynings gennemsnitlige salgspris for 2002 på 206,52 DKK/MWh var under referenceprisen (3,68 DKK/MWh under), var den 7,93 DKK/MWh højere end gennemsnitssalgsprisen for Vestdanmark, som fremgik af tilsynets afgørelse af 23. februar 2004, tabel 2. Dermed var EnergiMidt Forsynings salgspris "kun" den 19. bedste ud af 30 i Vestdanmark.

For det tredje tillagde tilsynet det stor betydning, at EnergiMidt Forsynings øvrige omkostninger var på 15,30 DKK/MWh, hvilket var under såvel tilsynets udgangspunkt på 20 DKK/MWh som gennemsnittet i Vestdanmark på 17,71 DKK/MWh. Hertil kom, at

EnergiMidt Forsyning havde udjævnet elindkøb over flere handler og perioder.

Som det fjerde moment blev der lagt vægt på, at samtlige disse elhandler var foretaget gennem et interesseforbundet elhandels-selskab, og at det ikke var dokumenteret, at markedet var afsøgt for alternative leverandører, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1. Således anførte tilsynet, at en bredere afsøgning af markedet burde have kunnet medføre en reduktion af selskabets udgifter til balance- og porteføljemanagement på hhv. 2,779 og 2,394 mio. DKK.

På dette grundlag - og eftersom selskabet var det 15. mest effektive selskab i Vestdanmark målt på omkostninger (jf. tabel 3 i afgørelsen af 23. februar 2004) - vurderede Energitilsynet, at der ikke var grundlag for, at Energitilsynet burde fravige sit udgangspunkt mht. rimeligt overskud i punkt 44 i afgørelsen af 23. februar 2004 (ikke over 3 DKK/MWh eller i gennemsnit 8,7 procent i forrentning af primoegenkapitalen). Et rimeligt overskud for selskabet blev derfor fastsat til 3,00 DKK/MWh svarende til 8,4 procent i egenkapitalforrentning og kr. 1.975.143,-. Efterreguleringen for selskabet var derfor -2.000.495 DKK, med en virkning, at forsyningspligtpriserne i 2003 og/eller 2004 skal reduceres med et beløb svarende hertil.

Selskabet fremkom den 20. april 2004 med sine indsigelser imod Energitilsynets foreløbige afgørelse om efterregulering (klagerens bilag 6).

Selskabets indsigelser var for det første, at den anvendte praksis for beregning af efterreguleringen var en ny praksis i forhold til udgangspunktet om, at der ikke for gennemsnitspriser under referenceprisen skulle ske efterregulering.

For det andet fremførte selskabet, at elhandels-selskabet Dan Energi, der var blevet valgt til at håndtere elhandelsaktiviteter, var ejet 48,79 procent af EnergiMidt.

For det tredje henvistes til, at de øvrige omkostninger efter selskabets opfattelse faktisk havde været særligt lave i 2002 (set i forhold til 2004), og at afregningsprisen for 2002 derfor også havde været for lav.

Og endelig for det fjerde var det selskabets opfattelse, at der burde tages hensyn til, at selskabet i 2001 "kun" havde realiseret en forrentning på 2,3 DKK/MWh .

På baggrund heraf traf Energitilsynet den 27. maj 2004 afgørelse om - på det foreliggende grundlag - at prisregulere EnergiMidt Forsyning i overensstemmelse med den foreløbige afgørelse. Samtidig kommenterede Energitilsynet EnergiMidt Forsynings indvendinger ved for det første at understrege, at det fremgik af såvel bemærkningerne til elforsyningslovens § 72, stk. 1, som af vejledningen pkt. 31-33, 45, 88 m.fl., at Energitilsynet skal anlægge en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet, og at tilsynet ikke kan tillægge referenceprisen absolut betydning.

For det andet redegjorde Energitilsynet for, at der ikke var sket nogen praksisændring, idet det heller ikke for 2001 var blevet lagt til grund, at referenceprisen kunne tillægges absolut betydning,

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 3 af 62

dvs. det var ikke blevet lagt til grund, at der ikke skulle ske en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet. Dertil kom, at Energitilsynets praksis vedrørende prisregulering ikke kunne anses for at være fastlagt på baggrund af reguleringsåret 2001 alene.

Vedrørende spørgsmålet om afsøgning af markedet blev det for det trede anført, at selskabet fortsat ikke havde dokumenteret, at Dan Energi A/S var blevet valgt i konkurrence med andre uafhængige aktører, og at det var tilsynets vurdering, at virksomheder, der havde valgt uafhængig porteføljeformaler, havde opnået priser og vilkår, der var mere konkurrencedygtige end dem, EnergiMidt Forsyning havde opnået, jf. elforsyningslovens § 72.

Med hensyn til indsigelsen om den uudnyttede avance i 2001 anførte tilsynet for det fjerde, bl.a. at EnergiMidt Forsynings indsigelse forudsatte, at prisreferencen var absolut, når salgsprisen lå under prisreferencen, hvilket var en forkert forudsætning. Endvidere henviste tilsynet til, at Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde heller ikke kunne anses for at fastslå, at referenceprisen var absolut ved salgspriser under denne.

Ved afgørelsen fik EnergiMidt Forsyning 4 uger til at gøre indsigelse og anmode om, at særegne forhold blev inddraget i vurderingen. Energitilsynet ville herefter træffe endelig afgørelse.

EnergiMidt Forsyning fremkom med nogle få kommentarer i brev af 23. juni 2004, uden at der herved fremkom egentligt nyt. Energitilsynet fastholdt derfor ved brev af 13. juli 2004 sine tidligere anførte synspunkter - med visse uddybninger - og Energitilsynet traf herefter endelig afgørelse om efterregulering efter elforsyningslovens § 72 i overensstemmelse med de tidligere foreløbige afgørelser.

Denne afgørelse er herefter blevet påklaget til Energiklagenævnet af EnergiMidt Forsyning.”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 4 af 62

Den påklagede afgørelse

Af Energitilsynets afgørelse af 13. juli 2004 fremgår:

”Med henvisning til EnergiMidt Forsyning A/S skrivelse af 23. juni 2004 skal Energitilsynet bemærke sig følgende nedenfor. Svaret skal tillige ses som supplement til Energitilsynets tidligere skrivelser af 5. marts 2004 og 27. maj 2004, idet mange af virksomhedens anbringender i brev af 23. juni 2004 er søgt besvaret i disse skrivelser.

Virksomheden henviser på side 1 nederst til pkt. 82 og 83 i Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2004, men som Energitilsynet har skrevet i brev af 27. maj 2004 til virksomheden, fremgår det af vejledningens pkt. 88, at:

”Energitilsynet skal understøtte, at modellen [herunder også pkt. 82 og 83] er Tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder”

Det fremgår videre af såvel pkt. 88, 45 og 31-33 i vejledningen og af elforsyningslovens § 72, stk. 1, at Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering.

Virksomheden henviser videre til pkt. 31 og 33 i Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003, men som Energitilsynet har skrevet i brev af 27. maj 2004 til virksomheden, fremgår det tillige af afgørelsens pkt. 8, at et tilgodehavende opstår fordi salgsprisen er lavere end referenceprisen og fordi en nærmere konkret vurdering delvist faldt ud til KE Kunde A/S fordel.

Det fremgår tillige af afgørelsens pkt. 6, at *"forsyningspligtselskaberne skal behandles symmetrisk dvs. når Energitilsynet kompenserer selskaber med høje priser så skal Energitilsynet sikre at lave priser, der alene skyldes en i bakspejlet heldig handelsstrategi ikke kan resultere i et tilgodehavende"*.

På baggrund af de af EnergiMidt Forsyning A/S anmeldte elhandlinger vedr. 2002 kan det konstateres, at virksomheden ikke har fulgt Energitilsynets modelportefølje/-indkøb 100% og har videre taget en avance højere end Energitilsynets udgangspunkt.

Det skal dertil bemærkes, at modelporteføljen/-indkøbet næppe kan følges 100% i praksis og at der derfor netop vil forekomme større og mindre afvigelser i forhold til Energitilsynets prisreference.

På side 2 skriver virksomheden, at den savner en nærmere begrundelse for fastsættelsen af et rimeligt overskud.

Den nærmere begrundelse for, at Energitilsynet i udgangspunktet ikke anser et overskud på over 3 DKK/MWh som rimeligt fremgår af Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004, som Energitilsynet har henvist til i skrivelse af såvel 5. marts 2004 som 27. maj 2004.

EnergiMidt Forsyning A/S skriver i brev af 20. april 2004, at "EnergiMidts ejerandel i Dan Energi udgjorde 48,79%". Energitilsynet har tolket EnergiMidt som værende EnergiMidt Forsyning A/S. EnergiMidt Forsyning A/S præciserer i brev af 23. juni 2004, at det er EnergiMidt A/S, der ejer 48,79% af Dan Energi A/S – og ikke EnergiMidt Forsyning A/S.

Dette ændrer imidlertid ikke på, at EnergiMidt Forsyning A/S, efter Energitilsynets vurdering, er koncern-/interesseforbundet med Dan Energi A/S, forstået sådan, at det ikke automatisk kan antages, at EnergiMidt Forsyning A/S og Dan Energi A/S er uafhængige parter og at transaktioner indgået mellem disse parter automatisk kan antages at være indgået på markedsvilkår.

Det er nævnt i Energitilsynets skrivelse af såvel 5. marts 2004 som 27. maj 2004, at virksomheden ikke har dokumenteret at have afsøgt markedet for alternative elleverandører i 2002. I tillæg hertil har Energitilsynet i mails af hhv. 24. juni 2004 og 28. juni 2004 anmodet virksomheden om dokumentation for, at virksomheden har afsøgt markedet for alternative elleverandører.

EnergiMidt Forsyning A/S har i mail af 29. juni 2004 ikke kunne dokumentere at markedet er afsøgt, selvom virksomheden anfører, at det ikke kan tages som udtryk for, at virksomheden ikke har afsøgt markedet. Der kan hertil henvises til Elprisudvalgets afgørelse af 25. oktober 1999 (interessenternes indkøbspriser fra Sjællandske Kraftværker) vedr. afsøgning af markedet og dokumentation herfor.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 5 af 62

EnergiMidt Forsyning A/S spørger videre til, hvordan Energitilsynet ville have efterreguleret EnergiMidt Forsyning A/S, såfremt virksomheden havde haft et større markedsføringsbudget i 2002. Dette vil naturligvis bero på en konkret vurdering. Men såfremt virksomheden øger sine samlede omkostninger vil udgangspunktet være, at virksomhedens effektivitet derved mindskes og at efterreguleringen – alt andet lige – bliver større.

EnergiMidt Forsyning A/S bliver således heller ikke straffet. Virksomhedens salgspris var i 2002 den 19. bedste ud af 30, hvilket er udtryk for, at virksomheden hører til den mindre effektive halvdel af de forsyningspligtige virksomheder i Vestdanmark, og det synes derfor heller ikke rimeligt, at EnergiMidt Forsyning A/S skal have et overskud, der ligger i den bedste del af markedet.

På baggrund af, at Energitilsynet vurderer, at EnergiMidt Forsyning A/S ikke er afgørende mere effektive end andre tilsvarende virksomheder (virksomhedens salgspris var i 2002 den 19. bedste ud af 30), synes det ikke rimeligt, at EnergiMidt Forsyning A/S kan oppebære en avance på 6,04 DKK/MWh, hvilket er væsentligt over Energitilsynets udgangspunkt for et rimeligt overskud, jf. afgørelse af 23. februar 2004. En avance på 3,00 DKK/MWh sikrer tillige EnergiMidt Forsyning A/S en rimelig forrentning af egenkapitalen i overensstemmelse med udgangspunktet i afgørelsen af 23. februar 2004.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 6 af 62

Afgørelse

På det foreliggende grundlag er det derfor Energitilsynets vurdering, at EnergiMidt Forsyning A/S efterregulering for 2002 andrager (minus) 2.000.495 DKK (3.975.638-1.975.143), jf. også Energitilsynets brev af 27. maj 2004 og 5. marts 2004.

EnergiMidt Forsyningspligt A/S forsyningspligtpris i 2003 og/eller 2004 skal således, uafhængigt af den fremtidige prisregulering, reduceres med et beløb svarende til 2.000.495 DKK. Under hensyntagen til denne efterregulering kan Energitilsynet godkende virksomhedens forsyningspligtpris for 2002, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2, hvorefter prisreguleringen for 2002 betragtes som endeligt afsluttet.”

Klagen til Energiklagenævnet

Fra advokat Arndals endelige klageskrift af 24. august 2004 citeres:

”For Energiklagenævnet nedlægges følgende PÅSTANDE:

- Principalt: EnergiMidt Forsyning A/S' priser for 2002 godkendes.
- Subsidiært: Energitilsynets afgørelse af 14. juli 2004 ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

Sagsfremstilling:

Ved vejledning af 27. oktober 2000 har Energitilsynet redegjort for sin opfattelse af rækkevidden af elforsyningslovens § 72 og den praksis, virksomhederne kan forvente vil blive fulgt. Efter § 72 kan forsyningspligtige selskaber i deres priser indregne et

overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger. Vejledningens primære fokus er på omkostningseffektivitet samt opnåelse af lave og rimelige forbrugerpriser, hvilket ses udmøntet i den i vejledningen introducerede referencepris, der udregnes som udgifter til elindkøb tillagt 20 DKK/MWh til dækning af øvrige omkostninger og 5 DKK/MWh til avance. Referencens elindkøbsomkostning fastsættes i henhold til vejledningen ved et modeleret indkøb, hvor 50 % købes på spotprisivilkår og 50 % på fastprisivilkår svarende til prisen for terminskontrakter med levering i det relevante reguleringsår købt i november og december måned før det relevante reguleringsår.

[...]

I overensstemmelse [med vejledningens pkt. 82 og 88] er det i pkt. 31 i Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 (KE Kunde) anført: "Indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have et krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende". Og videre fremgår det af pkt. 33: "Ved at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret". [...].

Vejledningen er med virkning for reguleringsåret 2004 erstattet af vejledning af 28. april 2003.

Den 27. januar 2004 blev et notat om efterregulering af de forsyningspligtige selskaber for 2002 af Energitilsynet sendt i høring hos Dansk Energi.

De ved notatet foreslåede principper for prisregulering brød afgørende med vejledningen af 27. oktober 2000 og Energitilsynets praksis i forbindelse med efterreguleringen for 2001, idet avancen ikke længere fandtes at skulle bedømmes ud fra den fastsatte referencepris. Hvor de forsyningspligtige virksomheder, i overensstemmelse med vejledningen, i 2001 således havde kunnet indregne den fulde forskel mellem virksomhedens salgsindtægter og omkostninger, når blot virksomheden var effektiv, var forslaget nu, at overskuddet under ingen omstændigheder måtte overstige 5 DKK/MWh.

Ved brev af 4. februar 2004 anførte Dansk Energi heroverfor, at efterregulering på grundlag af notatet ville indebære en generel og ikke uvæsentlig praksisændring i forhold til 2000-vejledningen og Energitilsynets regulering af 2001-priserne, som baseredes på netop 2000-vejledningen og at en sådan praksisændring, i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper, alene ville kunne gennemføres under behørig hensyntagen til de forventninger den hidtidige praksis kan have fremkaldt hos borgerne. Således anføres af *Jens Garde m.fl.* i "Forvaltningsret - almindelige emner", 3. udgave, s. 107 samt s. 121:

"Det forekommer derfor nærliggende, at domstolene kan tage stilling til, om reglerne er fulgt, og hvilke konsekvenser det kan få, hvis de ikke er det. Forudsætningen for, at interne regler kan indgå i bedømmelsesgrundlaget for forvaltningsakter er naturligvis, at de ikke er i strid med overordnede regler i lov, anordninger og almindelige retsgrundsætninger (...) Man må dog være opmærksom på, at interne regler ofte ikke foreligger i en så gennemmar-

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 7 af 62

bejdet form som anordninger, ligesom de ofte ikke fastlægger rammer for et skøn på en udtømmende måde, eller det kan være forudsat, at de skal fraviges i særlige tilfælde. Det kan derfor være nærliggende, at der ved fortolkningen lægges større vægt på forvaltningens forståelse af reglerne end ved love og anordninger. Omvendt kan den omstændighed, at interne regler i stigende omfang offentliggøres, medføre, at der ved fortolkningen må tages hensyn til berettigede forventninger om, at reglerne følges, indtil en ændring af reglerne evt. offentliggøres eller varsles.

Synspunktet kommer klart frem i den tidligere omtalte ØLD 11/3 1994, TFS 1994, s. 579, hvor landsretten udtaler, at de offentliggjorte ligningsvejledninger må antages at være udtryk for den praksis, som ligningsmyndighederne følger, og som skatteborgerne derfor som udgangspunkt bør kunne indrette sig i tillid til som værende udtryk for gældende ret på området.”

I overensstemmelse hermed anføres i *Gammeltoft-Hansen m.fl.: "Forvaltningsret"*, 2. udgave, s. 360:

”Forvaltningen har ret til selv at opstille prioriteringsregler blot de holder sig inden for den ramme som følger af lovgivningen og af ulovbestemte retsprincipper for prioritering. Sådanne (interne) prioriteringsregler findes i meget stort tal [...]. Opstillingen af prioriteringsregler vil i praksis have en vis normerende virkning idet det vil stride mod lighedsbetragtninger at fravige reglen i enkeltstående tilfælde medmindre der gør sig særlige forhold gældende der taler for en sådan fravigelse. Dette hindrer dog ikke at en prioriteringsregel ændres med virkning for fremtiden, forudsat at ændringen er sagligt begrundet og gennemføres under behørig hensyntagen til de forventninger reglens eksistens kan have fremkaldt hos borgerne, jf. UfR 1963.679 Ø og UfR 1996.583 Ø.”

Videre bemærkede Dansk Energi, at alene den tidsmæssige faktor taget i betragtning, fandtes en efterregulering for 2002 på grundlag af de i notatet indeholdte væsentligt ændrede principper at være vanskeligt foreneligt med god forvaltningsskik.

Dansk Energi modtog herpå den 9. februar 2004 mundtlig meddelelse fra Energitilsynet om, at sagen havde været forelagt Kammeradvokaten til fornyet overvejelse og at Dansk Energi kunne betragte notatet som trukket tilbage.

På et møde den 23. februar 2004 traf Energitilsynet imidlertid påny afgørelse om reguleringen af de forsyningspligtige selskaber for 2002. Ved afgørelsen er et rimeligt overskud for de forsyningspligtige virksomheder før skat i 2002, samlet set, i udgangspunktet fastsat til ikke over 3 DKK/MWh, svarende til i gennemsnit 8,70 % i forrentning af egenkapitalen primo reguleringsåret, jf. afgørelsens pkt. 11 og 44. [...]. Afgørelsen er forløber for en lang række efterfølgende konkrete afgørelser, der samlet set kun kan tages som udtryk for, at Energitilsynet netop har foretaget en generel praksisændring, der reelt er udtryk for en generel fravigelse af og ændring til 2000-vejledningen, som virksomhederne har disponeret i tillid til ville være gældende også for 2002.

I forlængelse heraf modtog EnergiMidt således ved brev af 5. marts 2004, [...], meddelelse om, at Energitilsynet i lyset af afgørelsen havde foretaget en konkret vurdering af virksomhedens

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 8 af 62

forsyningspris for 2002 og på det foreliggende grundlag fundet, at EnergiMidts overskud i 2002 ikke kunne anses for rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger, uagtet, at selskabets gennemsnitlige salgspris i 2002 lå under den af Energitilsynet fastsatte referencepris. Således var lagt vægt på, (i) at samtlige elhandlere var foretaget gennem et interesseforbundet elhandelsselskab, (ii) at EnergiMidt ikke havde dokumenteret at have afsøgt markederne for alternative leverandører og at (iii) EnergiMidts salgspris i 2002 kun var den 19. bedste ud af 30 i Vestdanmark. Energitilsynet vurderede på den baggrund, at Energi Midt skulle efterreguleres med DKK -2.000.495.

Ved brev af 20. april 2004, [...], bemærkede EnergiMidt hertil, at EnergiMidt for året 2002 havde valgt at gå ind i et samarbejde med andre selskaber for at sikre de bedste betingelser på elhandelsaktiviteterne. Elhandelsselskabet Dan Energi blev valgt til at håndtere elhandelsaktiviteterne, i hvilket selskab EnergiMidts ejerandel udgjorde 48,79%. De øvrige aktionærer havde samme betingelser som EnergiMidt.

I øvrigt gjorde EnergiMidt opmærksom på, at den høje indtjening i 2002 stort set alene skyldtes, at omkostningerne var særligt lave i 2002, da den eksisterende afregningsaftale med EnergiMidt A/S formodedes at være under markedsprisen. Således vurderedes de øvrige omkostninger at have været ca. 2 DKK/MWh for lave. EnergiMidts omkostninger ville dog fortsat have ligget under det vestdanske gennemsnit, såfremt afregningsaftalen havde været opjusteret.

Endelig påpegede EnergiMidt, at Energitilsynets afgørelse var udtryk for en praksisændring, der ville medføre betydelige administrative omkostninger – særligt henset til de el-kunder, der som følge af markedsåbningen havde skiftet selskab.

Ved brev af 27. maj 2004 [...] svarede Energitilsynet: "Prisreguleringen for 2001 tog - ligesom i 2002 - udgangspunkt i Vejledningen [af 27. oktober 2000, min tilføjelse], herunder prisreferencen og konkrete vurderinger. Energitilsynet foretog således tillige konkrete vurderinger i 2001, jf. bl.a. Energitilsynets afgørelser af 28. oktober 2002 vedr. efterregulering af forsyningspligtige el-selskaber for 2001; 25. november 2002 vedr. kapitaltab i ELGAS og 20. januar 2003 vedr. uudnyttet avance for KE Kunde A/S." Energitilsynet henviser til, at afgørelsen af 20. januar 2003 viser, "at det ikke er ny praksis fra Energitilsynets side, at prisreferencen ikke alene tillægges absolut betydning, men at det naturligvis må bero på en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet, jf. pkt. 31-33, 45, 88 m.fl. i Energitilsynets Vejledning og bemærkningerne til elforsyningslovens § 72".

Om EnergiMidts omkostningseffektivitet, replicerede Energitilsynet, at "det er Energitilsynets vurdering, at virksomheder, der har valgt uafhængig porteføljeformaler har opnået priser og vilkår, der er mere konkurrencedygtige end dem virksomheden har opnået". Energitilsynet begrundede ikke yderligere, hvorfor EnergiMidt ikke findes at have handlet omkostningseffektivt.

[...]

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 9 af 62

Anbringender:

Til støtte for de for Energiklagenævnet nedlagte påstande, gøres det gældende:

- at* Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000 fortsat er gældende;
- at* det af vejledningen fremgår, at en forsyningspligtig virksomhed vil opnå et regulatorisk tilgodehavende, såfremt virksomhedens salgspris ligger under den af Energitilsynet fastsatte referencepris, jf. pkt. 83;
- at* det i overensstemmelse hermed i pkt. 31 i Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 (KE Kunde), hvortil Energitilsynet selv henviser, er anført: "Indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have et krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende" og videre i pkt. 33: "Ved at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret";
- at* Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000 må antages at være offentliggjort for at give de forsyningspligtige virksomheder en indikation på, hvilken praksis Energitilsynet ville anlægge, således at virksomhederne ved deres budgetlægning og tilrettelæggelse af driften i øvrigt har kunnet tage højde herfor;
- at* de forsyningspligtige virksomheder, i overensstemmelse med vejledningen, i 2001 kunne indregne den fulde forskel mellem virksomhedens salgsindtægter og omkostninger som avance, når blot virksomheden blev vurderet effektiv ved at holde sig under referenceprisen;
- at* der hverken i Energitilsynets vejledning af 20. juni 2003, pkt. 1, 4. afsnit og pkt. 7, sidste afsnit, eller i Energitilsynets afgørelse af 16. december 2003 ses noget anført, der oplyser eller blot antyder, at Energitilsynet vil introducere en væsentlig praksisændring i prisreguleringen for 2002;
- at* det således er det klare udgangspunkt både efter vejledningen og Energitilsynets praksis, at virksomhederne ikke efterreguleres, såfremt deres salgspriser ligger under referenceprisen, med mindre der foreligger særdeles stærke argumenter og beviser for, at en ændret regulering er påkrævet, jf. vejledningens pkt. 88. Sådanne foreligger ikke i relation til EnergiMidt;
- at* forsyningspligtselskaber med en afsætning under 50.000 MWh i øvrigt bør udelades ved en sammenligning af de forsyningspligtige selskabers salgspriser, idet disse virksomheders driftsforhold antages væsentligt anderledes end større forsyningspligtselskabers. I så fald har EnergiMidt den 10. bedste salgspris ud af 21;
- at* det efter Energitilsynets vejledning fra 2000 er det klare udgangspunkt, at den normale avance vil være 3-5 DKK/MWh, svarende til en egenkapitalforrentning på 10-25 %, hvilket findes rigtigt set i forhold til lovens ordlyd og forarbejder;

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 10 af 62

- at* det i vejledningens pkt. 46-49 og pkt. 53 forudsættes, at der ved høj omkostningseffektivitet kan opnås en højere avance, hvilket med rimelighed må forstås således, at en højere avance end 3-5 DKK/MWh er mulig, såfremt de generelle salgspriser ligger under referenceprisen;
- at* de forsyningspligtige virksomheder i 2001 kunne indregne en højere avance, når blot virksomheden var effektiv;
- at* EnergiMidt har måttet kunne indrette sig i tillid til dette udgangspunkt og særligt i tillid til, at Energitilsynets rimelighedsvurdering ikke ændrer sig markant med tilbagevirkende kraft 2 år efter reguleringsårets begyndelse;
- at* der ingen indikationer har været på, at en så markant og generel praksisændring kunne finde sted eller forventes med virkning for et afsluttet reguleringsår, men at Energitilsynets afgørelse af den 20. januar 2003 og Energitilsynets vejledning af den 20. juni 2003 tværtimod peger i den modsatte retning, nemlig imod en uændret praksis, hvorfor en ændring af 2000-vejledningen med tilbagevirkende kraft på dette centrale punkt må betegnes som forvaltningsretlig tvivlsom;
- at* der i øvrigt savnes en nærmere begrundelse for, hvilke ændringer der er indtruffet siden oktober 2000, hvor vejledningen blev offentliggjort, og til 2002, der kan begrunde, at et rimeligt overskud nu ikke vurderes at kunne overstige 3 DKK/MWh;
- at* det således er urimeligt, når udgangspunktet for et rimeligt overskud i 2002 ved Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 fastsættes til ikke over 3 DKK/MWh, hvilket medfører en reduktion på 40 % i forhold til den højeste del af intervallet for normalavance ved referenceprisen i forhold til 2000-vejledningen;
- at* Energitilsynet ikke på tilfredsstillende vis har redegjort for eller sandsynliggjort, at EnergiMidt ikke har handlet omkostningseffektivt. Således anfører Energitilsynet alene, at det ikke er dokumenteret, at EnergiMidts elleverandør i 2002 er valgt i konkurrence med andre uafhængige elleverandører; Energitilsynet har således ikke til brug for sin afgørelse haft oplysninger om omfanget og indholdet af de ydelser, EnergiMidt modtager fra sin porteføljeforvalter og har end mindre haft grundlag for at sammenligne dette med andre porteføljeforvaltningsaftaler. Der er derfor intet rimeligt faktisk grundlag for at hævde, at EnergiMidt's porteføljeforvaltningsaftale ikke skulle være omkostningseffektiv;
- at* det forhold, at EnergiMidts andel af det daværende Dan Energi A/S alene var 48,79% klart taler imod, at EnergiMidt skulle have en tilskyndelse til eller interesse i at betale for høje priser til Dan Energi A/S;
- at* omkostningseffektiviteten som udgangspunkt er dokumenteret ved, at EnergiMidt har opnået en konkurrencedygtig salgspris; og

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 11 af 62

at forsyningspligtselskaber med en afsætning under 50.000 MWh bør udelades ved en sammenligning af de forsyningspligtige selskabers omkostninger, idet disse virksomheders driftsforhold antages væsentligt anderledes end større forsyningspligtselskabers. I så fald har EnergiMidt den 6. bedste salgspris ud af 21;

Som det er fremgået af nærværende og af det samtidig hermed indsendte supplerende klageskrift vedrørende Energi Fyn, er de påklagede afgørelser efter Dansk Energi's opfattelse udtryk for en generel praksisændring fra Energitilsynets side. Energiklagenævnets afgørelse i sagerne vil derfor kunne have principiel betydning for øvrige afgørelser om prisregulering 2002 truffet af Energitilsynet.

Der begæres på den baggrund mundtlig forhandling for Energiklagenævnet."

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Energitilsynets bemærkninger til klagen

I et notat (herefter "svarnotatet"), som Energitilsynet fremsendte ved brev af 6. oktober 2004, bemærkede Energitilsynet bl.a.:

"Tilsynet har på baggrund af klagen hverken fundet anledning til at genoptage eller ændre den påklagede afgørelse, der derfor fastholdes. Klagen giver i øvrigt anledning til følgende bemærkninger:

Det er Energitilsynets opfattelse, at ovennævnte klage ikke indeholder væsentlige nye argumenter, og at der er derfor heller ikke er fremkommet væsentlige argumenter, som tilsynet ikke allerede har forholdt sig til.

Da klageren har anmodet om, at denne sag forhandles mundtligt, anser tilsynet det imidlertid for hensigtsmæssigt i dette indlæg at give et samlet overblik over det relevante regelgrundlag, over sagens forløb, og over tilsynets argumentation i relation til afgørelsen og sagen.

Indledningsvist bemærkes, at sagen kort sagt drejer sig om, hvorvidt en såkaldt referencepris for forsyningspligtige virksomheder fastsat i en vejledning fra Energitilsynet må anses for at være absolut eller ej. Det er Energitilsynets opfattelse, at referenceprisen i vejledningen ikke kan anses for at være absolut, idet den kun danner udgangspunkt for Energitilsynets prisgodkendelse/-regulering efter elforsyningsloven af de forsyningspligtige virksomheder. EnergiMidt Forsyning er af den modsatte opfattelse.

Indlægget vil være opdelt i 4 punkter: [...]

1) Forsyningspligtige virksomheders indplacering i den forskrevne selskabsstruktur efter elforsyningsloven fra 1999 samt elforsyningslovens prisregulering af forsyningspligtige virksomheder

a) Selskabsstrukturen

Elforsyningsloven fra 1999 (lov nr. 375 af 2. juni 1999 om elforsyning, lovforslag L 234/1999) var en udmøntning af den politisk indgåede El-reformaftale fra 3. marts 1999, som fastlagde rammerne for, hvordan forbrugerbeskyttelse, miljøhensyn og forsynings sikkerhed skal varetages i et liberaliseret el-marked.

Side 12 af 62

På baggrund heraf var et af formålene med loven at skabe klarhed over rollefordelingen i elsektoren, således at der blev sikret en klar adskillelse mellem opgaver vedrørende offentlige forpligtelser og kommercielle aktiviteter, jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5871. Selskabsreguleringen i loven tog derfor sigte på en klar adskillelse mellem monopol- og konkurrenceområder. Produktion og handel med elektricitet skulle efter loven fremover være underlagt konkurrence. Netdrift og systemansvar skulle derimod efter loven fungere som en offentlig infrastruktur, der stilles til rådighed for alle brugere af systemet.

Med henblik på at sikre el-forbrugerne levering af elektricitet foreskrev loven herudover, at der skulle etableres såkaldte forsyningspligtige virksomheder. Disse defineres i lovens § 5 som "*virksomhed med bevilling, der forsyner forbrugere, som ikke har eller ikke gør brug af muligheden for valg af egen leverandør, med elektricitet*". Samtidig indførte loven begrebet "*netvirksomheder*", som er defineret som "*virksomhed med bevilling, der driver distributionsnet*", jf. § 5 i loven.

Disse to nye typer af virksomheder skulle etableres ved, at de hidtidige distributionsselskaber (som havde det grundlæggende ejerskab i elsektoren på daværende tidspunkt) udskilte øvrige aktiviteter i særskilte selskaber, herunder navnlig forsyningspligtig virksomhed, men også handelsvirksomhed, jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5881. De hidtidige distributionsselskaber blev herefter benævnt netvirksomheder.

Ejerstrukturen i elsektoren er herefter overordnet set, at netvirksomhederne - i større eller mindre omfang - er ejere af forsyningspligtig virksomhed, handelsvirksomhed og f.eks. også produktionsvirksomhed. Ofte vil der bestå et egentlig koncernforhold mellem disse virksomheder, således som dette begreb er defineret i aktieselskabsloven.

b) Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder

Reglerne om prisregulering af forsyningspligtige virksomheder - og øvrige kollektive elforsyningsvirksomheder, så som net-, transmissions- og systemansvarlig virksomhed - findes i elforsyningslovens kapitel 10. Efter bestemmelsen i § 69, stk. 1, skal priserne for ydelserne fra de kollektive elforsyningsvirksomheder fastsættes

"under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital".

Efter § 72, stk. 1, kan de forsyningspligtige virksomheder endvidere i priserne nævnt i § 69, stk. 1,

"indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsættningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger".

Prisfastsættelsen skal anmeldes til godkendelse hos Energitilsynet, jf. § 72, stk. 2, § 76, stk. 1, nr. 1 samt § 2, nr. 3, og § 4, stk.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 13 af 62

2, i bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000. Godkendelsen kan ledsages af vilkår.

Af forarbejderne til § 72, stk. 1, fremgår, at prisreguleringen skal sikre, at de forsyningspligtige virksomheder skal kunne agere kommercielt. Endvidere fremgår, at

"[o]verskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes således, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer. Endvidere forudsættes det, at virksomhedens egne omkostninger holdes på et effektivt niveau. Der henvises i øvrigt til de almindelige bemærkninger om priser og betingelser for elektricitet pkt. i)," jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5921 (understreget her).¹

Af de almindelige bemærkninger det nævnte sted fremgår tillige, at der årligt vil blive foretaget en konkret regulering af det forsyningspligtige selskab. Herudover er det understreget, at formålet med prisreguleringen er at beskytte forbrugerne imod, at den forsyningspligtige virksomhed via sin indkøbspolitik fører værdier - betalt af forbrugerne - over i andre selskaber, som ikke er undergivet en prisregulering efter elforsyningsloven. Det er forklaret på følgende måde, jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5883:

"Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Prisreguleringen skal især sikre, at også de små forbrugere får del i gevinsterne ved åbningen af elmarkedet. Der kan ikke på forhånd fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen på el afhænger af markedsf forhold. Den pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den levere de el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Formålet hermed er at tvinge fortjenesten ned, hvis virksomheden opkræver for høje priser og således beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx. et elhandelsselskab eller elproduktionsselskab under samme ejer". (understreget her)²

Elhandelsselskabers og elproduktionsselskabers salg af elektricitet vil efter 1999-elforsyningsloven skulle fastsættes ved aftale, og prissætningen sker derfor også kommercielt og ikke efter elforsyningslovens prisreguleringsregler, jf. herved også Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5882.

En yderligere foranstaltning for at modvirke det incitament, der kan være i en koncern (eller hos interesseforbundne selskaber) mod at begunstige typisk elhandelsselskaber på bekostning af

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 14 af 62

¹ Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.

² Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.

forsyningspligtig virksomhed, fandtes i den i 2002 gældende elforsyningslovs § 46, stk. 4, (lig den nugældende § 46, stk. 1) der havde følgende ordlyd:

"Aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår".

I forarbejderne til 1999-loven er det uddybet, at bestemmelsen navnlig skal hindre, at *"de kollektive elforsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller ved at sælge for billigt overfører midler imellem interesseforbundne virksomheder, hvilket vil stride mod lovens intentioner"*, jf. Folketingstidende 1998-98 [rettelig: 1998-99], Tillæg A, side 5910.

Såfremt bestemmelsen i § 46, stk. 4, ikke blev overholdt, havde Energitilsynet efter elforsyningslovens § 77, stk. 4, mulighed for, at beslutte, at forbrugerpriserne skulle ændres. Bestemmelsen havde følgende ordlyd:

"Energitilsynet kan træffe bestemmelse om, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal ændre forbrugerpriserne, hvis virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende overskud til ændring af priserne."

I relation til de forsyningspligtige virksomheder bør det fremhæves, at såfremt en sådan virksomhed indgår i et koncernforhold med et eller flere elhandelsselskaber (som også sælger elektricitet til forbrugere) og/eller elproduktionsselskaber, vil der være et incitament til, at de el-indkøbsaftaler, der er indgået af elhandels-selskabet på de dårligste vilkår, "placeres" i den forsyningspligtige virksomhed. Tilsvarende vil der være et incitament til, at elproduktionsselskabet sælger elektricitet til den forsyningspligtige virksomhed på dårligere vilkår end til elhandelsselskabet. Incitamentet til en sådan fordeling af aftaler følger dels af elforsyningslovens § 69, stk. 1, hvorefter prisen for forsyningspligtige virksomheders ydelser fastsættes navnlig under hensyntagen til omkostninger til indkøb af energi, dels af det forhold, at der ikke efter elforsyningsloven gælder noget "loft" for det overskud, som et elhandelsselskab og et elproduktionsselskab kan opnå - i modsætning til § 72, der begrænser de forsyningspligtige virksomheders overskud til "kun" at være et rimeligt overskud.

Såfremt Energitilsynet ikke håndhævede navnlig § 72, stk. 2, og påså at overskuddet var rimeligt - set i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger - ville der være stor risiko for, at forbrugernes interesser ikke blev varetaget. Tilsvarende ville være tilfældet ved manglende håndhævelse af lovens § 46, stk. 4, jf. § 77, stk. 4, som nævnt ovenfor.

Endvidere kan henvises til elforsyningslovens § 73, stk. 1, hvorefter

"de kollektive elforsyningsvirksomheders prisfastsættelse af deres ydelser efter §§ 69-72 skal ske efter rimelige, objektive og ikke-diskriminerende kriterier i forhold til, hvilke omkostninger de enkelte køberkategorier giver anledning til".

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 15 af 62

2) *Energitilsynets "praksis" om regulering af forsyningspligtige virksomheder*

a) *Vejledningen af 27. oktober 2000*

Energitilsynet udsendte den 27. oktober 2000 "*Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse*" (herefter vejledningen).

Formålet med vejledningen var at informere dels generelt om elforsyningslovens regler om forsyningspligtige elvirksomheder, dels om tilsynets udgangspunkt og vurderingsgrundlag specifikt i forbindelse med tilsynets godkendelse af de forsyningspligtige virksomheders prisfastsættelse efter lovens § 72, stk. 2, "*herunder også om grundlaget for tilsynets pris- og avanceregulering ved årets slutning*", jf. vejledningen punkt 2 og 3. Det var tilsigtet, at vejledningen skulle gælde frem til 1. januar 2003.

Vejledningen lagde hermed i indledningen - i overensstemmelse med § 72 og dennes forarbejder - op til, at der årligt skulle ske en konkret pris- og avanceregulering af de forsyningspligtige virksomheder. At der skulle foretages en konkret vurdering var også gentaget og uddybet i punkt 31-33, 45, 76 og 88.

Det fremgik af vejledningen, at Energitilsynets effektivitetsvurdering og den heraf følgende pris- og avanceregulering ville basere sig på en referenceprismodel. Effektivitetsvurderingen ville således ske ved, at tilsynet ved sin konkrete vurdering af den enkelte virksomhed ved et års slutning tog udgangspunkt i en beregnet referencepris, jf. punkt 45, og sammenlignede den med den forsyningspligtige virksomheds gennemsnitlige årlige salgspris, jf. f.eks. punkt 76.

Referenceprisen betegnede Energitilsynets forventede elpris for forbrugeren (kWh-pris) ved normal, effektiv drift, jf. punkt 51 og 80.

Referenceprisen bestod af 3 elementer, jf. punkt 40ff.:

1) *Omkostninger til elindkøb*. Det var anført, jf. punkt 89-91, at det forventedes, at disse kunne fastlægges ud fra indkøbsprisen fra Nord Pool med et modelindkøb, hvor halvdelen af årets salg var indkøbt på spotmarkedet uden prissikring, mens den anden halvdel af salget var indkøbt på termin med en prissikring indgået ved årets start - dog beregnet på baggrund af kendte markedsdata ved årets slutning, jf. punkt 89.³

2) *Øvrige omkostninger*. Disse dækkede over virksomhedens drifts- og nettokapitalomkostninger pr. kWh udover omkostningerne ved indkøb af elektricitet, dvs. f.eks. omkostninger til kundeadministration, omkostninger til balanceydelse mv., jf. punkt 40, 62-63. Tilsynet ville ikke i vejledningen på forhånd fastlægge størrelsen heraf eller en tilladt grænse, men anførte, at dets foreløbige forventning var en omkostningsstørrelse på 1-2 øre pr. solgt kWh til øvrige omkostninger, jf. punkt 93.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 16 af 62

³ Der lægges her vægt på gennemsnitspris for november og december året inden reguleringsåret, jf. Energitilsynets afgørelse af 29. oktober 2001, navnlig punkt 26. [*Energitilsynets fodnote*]

3) *Forrentning af virksomhedens egenkapital.* Energitilsynet anførte i vejledningen, jf. punkt 99, at den forventede, at forrentningen som udgangspunkt ville udgøre 0,3-0,5 øre pr. kWh. Fastlæggelsen af forrentningen var dog ikke fast, og ville - som de øvrige elementer af referenceprisen - ske konkret i forbindelse med de årlige pris- og avancereguleringer, jf. punkt 53, 56, 74, 75 og 77 (forudsætningsvis). I forbindelse med fastlæggelsen af forrentningen ville der efter vejledningen blive inddraget erfaringer med forrentningsstørrelser i sammenlignelige brancher, jf. punkt 100 sammenholdt med punkt 71. Energitilsynet forventede (jf. bekendtgørelse nr. 291 af 1. maj 2000 om overførsel af kapital til forsyningspligtige virksomheder), at de forsyningspligtige virksomheders egenkapital udgjorde 2-3 øre pr. omsat kWh i virksomheden.

Det var altså for det første forudsat i vejledningen, jf. navnlig punkt 75 og 76, at Energitilsynet årligt skulle beregne/fastsette en referencepris - samt de elementer, den bestod af.

Og for det andet var det et gennemgående og helt grundlæggende punkt i vejledningen, at referenceprisen kun udgjorde udgangspunktet for Energitilsynets konkrete vurdering af, om der skulle ske efterregulering af en forsyningspligtig virksomheds avance, jf. herved punkt 82 og navnlig punkt 88, der havde følgende ordlyd:

"Energitilsynet skal understrege, at modellen er tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder. Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering over for den enkelte virksomheds effektivitet, især i tilfælde, hvor en virksomhed kan godtgøre, at særlige forhold uden for virksomhedens indflydelse øger omkostningerne" (min understregning).⁴

I det omfang virksomhedens prissætning, som fremgik af virksomhedens anmeldte regnskab, afveg fra den referencepris, Energitilsynet havde beregnet, ville der blive tale om efterregulering i form af ændret avancestørrelse i den efterfølgende periode. Efterreguleringen kunne resultere i en ændring af avancen både i opad- og nedadgående retning, jf. punkt 82.

Som nævnt indledningsvist består EnergiMidt Forsynings hovedindsigelse i sagen kort sagt i, at det er virksomhedens opfattelse, at referenceprisen nævnt i vejledningen - navnlig den forventede forrentning på 0,3-0,5 øre pr. kWh - må anses for at være absolut, dvs. at virksomhederne har krav på denne forrentning, som ikke kan fraviges ved en konkret vurdering. Energitilsynet er som nævnt uenig heri. Der henvises nærmere til punkt 4a nedenfor.

I denne forbindelse skal det dog for en ordens skyld bemærkes, at Dansk Energi og ELFOR blev hørt flere gange i forbindelse udarbejdelse af vejledningen, og Dansk Energi og ELFOR gav her flere gange udtryk for, at referenceprisen ikke var absolut, jf. [...] (uddrag af høringssvar mv.), hvilket også var anført i Dansk Energis medlemscirkulære nr. 85/2000 om Energitilsynets vejledning (jf. navnlig punkt 3, [...]). Tilsvarende gav ELFOR i forbindelse med efterreguleringen af forsyningspligtige elselskaber for 2001 udtryk for, at "*referenceprisen ikke [kan] tillægges absolut betydning*", jf.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 17 af 62

⁴ *Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.*

f.eks. notat af 31. maj 2002 [...]), og at en regulering byggende på brug af en referencepris som absolut godkendelseskriterium var såvel "*uhensigtsmæssig som i strid med gældende regler*", jf. EL-FOR's notat af 4. april 2002 [...]).

Vejledningen af 27. oktober 2000 blev med virkning for reguleringsåret 2004 erstattet af vejledning af 28. april 2003, idet vejledningen var blevet forlænget til også at gælde 2003, jf. Energitilsynets afgørelse af 16. december 2002.

b) Energitilsynets efterregulering i 2001

For året 2001 godkendte Energitilsynet på et møde den 17. juni 2002 en beregnet referencepris på 19,1 øre/kWh for Vestdanmark og 18,8 øre/kWh for Østdanmark. På dette tidspunkt havde 36 ud af 50 forsyningspligtselskaber anmeldt regnskabsoplysninger for 2001. Gennemsnitprisen for de 36 selskaber var 18,6 øre/kWh.

Energitilsynet fastslog, at forsyningspligtselskaber med gennemsnitlige salgspriser under referenceprisen var effektive, og at disse selskaber derfor ikke skulle have efterreguleret deres overskud, jf. bl.a. punkt 6, 13 og 52. Omvendt blev forsyningspligtselskaber med priser over referenceprisen umiddelbart vurderet som værende ineffektive og ville blive efterreguleret, jf. punkt 14 og 53. Samtidig vedtog Energitilsynet at inddrage den enkelte forsyningspligtvirksomheds konkrete handelsstrategi ved vurderingen af selskabets effektivitet, således at selskaberne bl.a. kunne retfærdiggøre forhøjede priser med højere individuelle markedsbase-rede elindkøbsomkostninger end de ved referenceprisen fastsatte. Selskaberne med priser over referenceprisen fik i henhold til afgørelsen en 2-ugers høringsfrist.

Resultatet af høringen var, at Energitilsynet den 28. oktober 2002 traf afgørelse om, at 8 selskaber ville blive mødt med krav om en samlet efterregulering på kr. 2,3 mio. (svarende til en gennemsnitlig prisnedsættelse for 2001 på 2 procent) på grund af for høje priser i 2001. Det skal fremhæves, at Energitilsynet i afgørelsens punkt 11 understregede, at det forhold, at tilsynet på mødet den 17. juni 2002 havde vedtaget at inddrage handelsstrategien ved vurderingen af selskabernes effektivitet netop var udtryk for den konkrete vurdering, som var omtalt i vejledningens punkt 88.

For 2001 efterprøvede Energitilsynet således kun konkret priserne for selskaber med priser over referenceprisen. I den forbindelse traf tilsynet den 25. november 2002 afgørelse vedrørende Elgas, hvis gennemsnitlige priser også var over referenceprisen. Ved denne afgørelse besluttede tilsynet - ud fra en konkret begrundelse - ikke at foretage en regulering af avancen på trods af, at den gennemsnitlige salgspris var over referenceprisen. Begrundelsen var, at tilsynet fandt, at den forhøjede salgspris ikke var udtryk for ineffektiv drift, jf. bl.a. afgørelsens punkt 12.

Tilsynet efterprøvede dog også konkret priserne for ét selskab med en gennemsnitlig salgspris under referenceprisen, jf. afgørelse af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde. Det skyldtes, at dette selskab, KE Kunde, havde rettet henvendelse til Energitilsynet om muligheden for indregning af uudnyttet avance i næste års

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 18 af 62

priser, jf. punkt 7 i afgørelsen. Afgørelsen vedrørte derfor dette spørgsmål.

Klageren har påpeget [...], at Energitilsynet i KE Kundeafgørelsens punkt 31 har anført, at "[i]ndtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende", samt i punkt 33, at "[u]ed at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret".

Klagerens bemærkninger vedrørende afgørelsen vil blive kommenteret nærmere under punkt 4. I denne forbindelse skal det blot fremhæves, at det specifikt i afgørelsen var angivet, at det var af ressourcehensyn, at handelsstrategierne for de effektive selskaber (dvs. de selskaber med priser under referenceprisen) ikke blev efterprøvet konkret, jf. punkt 7 og til dels punkt 40.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, at Energitilsynet kun har behandlet spørgsmålet om forsyningspligtige virksomheders priser på ét andet møde, nemlig den 29. oktober 2001. På mødet skete der en foreløbig godkendelse af priserne pr. 1. juli 2001 for forsyningspligtige virksomheder. Henset til de efterfølgende endelige godkendelser for 2001 er afgørelsen for så vidt uden relevans for sagen.

c) Energitilsynets efterregulering for 2002

Som nævnt af klager sendte Energitilsynet den 27. januar 2004 et notat om efterregulering af de forsyningspligtige selskaber for 2002 i høring hos Dansk Energi. Dansk Energi fremkom med sine kommentarer den 4. februar 2004. Eftersom Energitilsynet den 9. februar 2004 meddelte Dansk Energi, at notatet efter fornyet overvejelse var trukket tilbage, vil det ikke blive omtalt nærmere her.

Energitilsynet traf herefter på et møde den 23. februar 2004 afgørelse om regulering af de forsyningspligtige virksomheder for 2002, i alt 40 virksomheder. Energitilsynet fastsatte ved afgørelsen den generelle referencepris for Vestdanmark og Østdanmark til hhv. 210,2 og 222,7 DKK/MWh for 2002, jf. punkt 27 i afgørelsen. Samtidig fastsatte tilsynet, at udgangspunktet for et rimeligt overskud i 2002 var ikke over 0,3 øre/kWh, dvs. 3 DKK/MWh (svarende til i gennemsnit 8,7 procent i forrentning af egenkapitalen primo reguleringsåret), jf. punkt 8, 11 og 44. Resultatet af prisreguleringen var, at seks virksomheder faldt ud som ikke værende effektive (dvs. salgsprisen var over referenceprisen). Det resultat dannede baggrund for prisreguleringen for 2002, idet det i afgørelsen (punkt 13) var anført, at der ville ske en prisgodkendelse, hvis ikke sekretariatet efterfølgende foretog en konkret vurdering af virksomheden.

Efterfølgende har Energitilsynets sekretariat udsendt konkrete afgørelser angående pris - og avanceregulering. En af afgørelserne angår selskabet EnergiMidt Forsyning. Inden afgørelsen angående denne virksomhed kommenteres nærmere, vil argumentationen for tilsynets afgørelse af 23. februar 2004 kort blive opridset her:

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 19 af 62

I punkt 28 var det refereret, at Energitilsynets forventning til en rimelig avance i henhold til vejledningen var 3-5 DKK/MWh. Det blev dog understreget, at dette kun var et generelt udgangspunkt. I punkt 29 var det nemlig fremhævet, at vejledningen var Energitilsynets generelle udgangspunkt, hvorfor tilsynets sekretariat i tillæg hertil ville foretage en række konkrete vurderinger af enkelte virksomheder. De konkrete vurderinger ville dels omfatte virksomheder, der oppebar en avance, der samlet set var større end Energitilsynets forventning, jf. ovenfor, og dels virksomheder, der af andre årsager ikke kunne anses som værende effektive, f.eks. virksomheder, der evt. havde udvekslet ydelser med interesseforbundne virksomheder på andet end markedsvilkår, jf. § 46, stk. 4, i elforsyningsloven.

Videre var det i punkt 30 anført, at udfaldet af disse konkrete undersøgelser ville - hvis Tilsynet fandt anledning hertil - kunne afstedkomme en nedsættelse af den enkelte virksomheds avance for 2002 og eventuelt også medføre et egentligt underskud.

Ved fastlæggelsen af den avance, som Energitilsynet for 2002 anså for et rimelig overskud (ikke over 3 DKK/MWh) blev der lagt vægt på, at de forsyningspligtige virksomheder havde monopol på kunder med et forbrug under 1 GWh/år, samt størrelsen af afkastet i sammenlignelige brancher med tilsvarende risiko. Elhandelselskaber havde i 2002 før skat en forrentning af egenkapitalen på 2,1 procent, mens pengeinstitutters og realkreditinstitutters forrentning af egenkapitalen i 2002 var 9,4 procent (median-tal). For de forsyningspligtige virksomheder ville en avance på 3-5 DKK/MWh svare til en forrentning af egenkapitalen før skat på 8,7-14,5 procent, hvilket Energitilsynet under hensyntagen til virksomhedernes begrænsede risiko fandt højt sammenlignet med andre brancher. Derfor fastsatte Energitilsynet et rimeligt overskud før skat i 2002 til som udgangspunkt ikke over 3 DKK/MWh eller i gennemsnit 8,7 procent forrentning af primo egenkapitalen, jf. punkt 36-44.”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 20 af 62

Svarnotatet sammenfattede derpå sagen som angivet oven for i resuméafsnittet. Herefter fortsatte svarnotatet:

”3. Klagerens argumenter

Klagerens argumenter falder i to dele:

For det første anfører klageren otte helt generelle indsigelser imod, at Energitilsynet overhovedet har foretaget den pågældende regulering efter elforsyningslovens § 72. [...]

For det andet anfører klageren flere indsigelser imod den konkret foretagne regulering. [...]

4. Energitilsynets bemærkninger

Helt generelt bemærkes, at klagerens påstande om principalt godkendelse af selskabets priser for 2002, subsidiært ophævelse og hjemvisning af Energitilsynets afgørelse af 13. juli 2004 begge forudsætter, at Energitilsynets afgørelse af 13. juli 2004 tilside-sættes som ugyldig. Klageren har imidlertid ikke gjort gældende, at afgørelsen skulle være ugyldig. Klageren har kun gjort gælden-

de, at den ændring af 2000-vejledningen med tilbagevirkende kraft, som klageren mener er sket, skulle være "forvaltningsretlig tvivlsom".

Allerede af denne grund kan klagen ikke føre til det ønskede resultat. Til klagerens to overordnede indvendinger bemærkes endvidere følgende:

a) Klagerens generelle indvendinger

I relation til klagerens generelle indvendinger er det for det første tilsynets opfattelse, at hverken vejledningen eller Energitilsynets praksis kan anses som udtryk for, at der er et (klart) udgangspunkt om, at virksomhederne ikke efterreguleres, såfremt deres salgspriser ligger under referenceprisen. Med andre ord hverken skal eller kan referenceprisen tillægges absolut betydning. Dette fremgår tydeligt af lovens ordlyd, dens forarbejder og vejledningen, hvor det fremgår, at der årligt skal ske en prisregulering ved en konkret vurdering med henblik på at sikre forbrugerne elleverancer til rimelige priser. Der henvises til det ovenfor under punkt 1b anførte, idet herfra navnlig skal fremhæves, at det af de specielle bemærkninger til § 72 fremgår, at "[o]verskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet". Tillige skal fremhæves de almindelige bemærkninger pkt. i), hvor det bl.a. er anført, at "*der ikke på forhånd kan fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen for el afhænger af markedsforhold*". Endelig skal vejledningens punkt 31-33, 45, 76 og 88 fremhæves.

Det er derfor heller ikke – som anført af klager – "det klare udgangspunkt", at den normale avance vil være 3-5 DKK/MWh svarende til en egenkapitalforrentning på 10-25 procent.

Tilsvarende har en virksomhed heller ikke automatisk noget krav på et regulatorisk tilgodehavende, såfremt virksomhedens salgspris ligger under referenceprisen. Et sådant standpunkt ville være i strid med § 72, forarbejderne hertil samt vejledningen, hvoraf følger, at der skal ske en konkret vurdering. Punkt 83 i vejledningen skal læses i overensstemmelse hermed, jf. også navnlig punkt 76 og 88 i vejledningen. Et automatisk krav om et regulatorisk tilgodehavende kan heller ikke udledes af Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde.

Afgørelsen vedrørende KE Kunde var meget konkret begrundet, idet selskabet fik tilsynets godkendelse til at indregne uudnyttet avance for 2001 i priserne for 2002, fordi salgsprisen lå under referenceprisen, og fordi en konkrete afprøvning af KE Kundes elindkøbsstrategi viste, at KE Kunde i et vist omfang havde indkøbt el billigere end den gældende markedspris pga. effektivitet og ikke en heldig handelsstrategi, jf. punkt 5, 6 og 34-35 i afgørelsen. KE Kunde fik heller ikke tilsynets godkendelse til at indregne den fulde forskel mellem prisreferencen og virksomhedens salgspris som uudnyttet avance, men alene den del, som virksomheden kunne dokumentere skyldtes mere effektive/billigere elindkøb end den formodede markedspris, jf. punkt 8, 32-39 (KE Kunde havde anmodet om et regulatorisk tilgodehavende på kr. 25,2

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 21 af 62

mio., mens tilsynet kun godkendte et tilgodehavende på kr. 13,8 mio.)

Energitilsynet har derfor været berettiget og forpligtet til at foretage en konkret vurdering af EnergiMidt Forsynings priser for 2002 med henblik på godkendelse efter elforsyningslovens § 72, stk. 2.

For det andet er Energitilsynet uenig i, at der kan siges at være sket en ændring af administrativ praksis - som hævdede af klager - allerede fordi der ikke har foreligget nogen fast administrativ praksis, som kunne ændres.

Energitilsynet har tidligere redegjort for disse synspunkter i brev af 27. maj 2004 til klageren, hvorfra det skal fremhæves, at 2001 var det første år, hvor Energitilsynet foretog en prisregulering som følge af den nye elforsyningslov. Afgørelserne vedrørende prisreguleringen i 2001 kan derfor ikke siges at udgøre en egentlig administrativ praksis - og endnu mindre en fast administrativ praksis. For at der kan siges at foreligge en fast administrativ praksis, må der være et større antal afgørelser om samme eller beslægtede spørgsmål - som skal være i overensstemmelse med udstedte vejledninger, der også må anses som administrativ praksis, jf. herved *Jens Garde m.fl.*, Almindelige emner, 4. udgave, side 141f. Energitilsynets afgørelse af 28. oktober 2002 om, at tilsynet ikke foretog regulering af avancen for året 2001, såfremt den gennemsnitlige salgspris var under referenceprisen, var en konkret afgørelse baseret på forholdene i 2001, og det er åbenbart, at der for 2002 kunne træffes en ny afgørelse afpasset efter forholdene i 2002.

Hertil kommer for det tredje, at afgørelsen - i hvert fald set i sammenhæng med vejledningen og de øvrige afgørelser vedrørende 2001 nævnt under punkt 2b - ikke kan læses sådan, at der ikke skulle kunne ske efterregulering af gennemsnitlige årlige salgspriser, som ligger under referenceprisen. Således fremgår det f.eks. af afgørelsen af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde i punkt 27-28, at Energitilsynet i 2001 har valgt til fordel for virksomhederne kun at tage hensyn til disse fordyrende elementer i de konkrete vurderinger for 2001, men at tilsynet kunne skærpe effektivitetsvurderingen i forhold til prisreferencen, f.eks. hvis en elhandelsstrategi havde resulteret i billigere elindkøb end forudsat i referenceprisen. Der kan endvidere henvises til punkt 4 og 5 i afgørelsen samt til det ovenfor anførte om, at der skal foretages en konkret vurdering.

Når det samtidig for det fjerde tages i betragtning, at den fulgte fremgangsmåde for i 2001 var begrundet i manglende ressourcer til at foretage en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, jf. navnlig punkt 7 i KE Kunde-afgørelsen, kan det ikke bebrejdes Energitilsynet eller betegnes som "forvaltningsretlig tvivlsomt", at tilsynet har foretaget en mere intensiv prøvelse af de forsyningspligtige virksomheders priser i 2002, og så meget desto mindre kan det resultere i, at tilsynets afgørelse vedrørende klager tilsidettes som ugyldig.

Endelig bemærkes for det femte, at EnergiMidt Forsyning ikke synes at have indrettet sig i tillid til, at en konkret begrundet efterregulering kunne komme på tale. Af årsrapporten for 2002 for

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 22 af 62

selskabet fremgår side 7: "Energitilsynet har givet en foreløbig godkendelse af selskabets priser for 2002. Den endelige prisgodkendelse for år 2002 foreligger ikke på regnskabsafslutningstidspunktet, hvilket indebærer, at der vil kunne forekomme en efterregulering vedr. år 2002 i forhold til årets omsætning" [...]. Et tilsvarende forbehold er taget i årsrapporten fra 2003 for selskabet - også i relation til året 2002, jf. [...].

For det sjette bemærkes til kravet om udeladelse fra benchmarkingen af forsyningspligtige virksomheder med en afsætning under 50.000 MWh, at der er tale om et ubegrundet krav, som hverken har grundlag i elforsyningsloven eller forarbejderne hertil. Ved prisreguleringen i 2001 blev der da heller ikke foretaget en sådan sontring.

b) Klagerens konkrete indsigelser

I relation til klagerens konkrete indsigelser bemærkes for det første, at det ikke følger af elforsyningsloven, at det påhviler Energitilsynet at redegøre for eller sandsynliggøre, at forsyningspligtige virksomheder ikke har handlet omkostningseffektivt, førend tilsynet kan foretage en prisregulering efter elforsyningslovens § 72, stk. 2. Tværtimod følger det af forarbejderne til bestemmelsen, at "[d]et forudsættes..., at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer," (understreget her) jf. ovenfor under punkt 1b. Heraf fremgår klart, at bevisbyrden påhviler virksomheden, hvilket også er det mest naturlige og rimelige.

I den forbindelse henvises tillige til, at Elprisudvalget den 25. oktober 1999 vedrørende interessenters indkøbspriser fra Sjællandske Kraftværker fastslog, at det fandt, at princippet om indregning af nødvendige udgifter (i lov nr. 486 af 12. juni 1996) indebærer, "at distributionsselskaberne må undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til de lavest mulige omkostninger, og over for udvalget godtgøre en sådan undersøgelse samt sandsynliggøre, at omkostningerne herved lán under de alternative tilbud". Det fremgik endvidere, at disse markedsundersøgelser skulle have et vist større omfang.

For det andet bemærkes, at det er tilsynets opfattelse, at tilsynet rent faktisk har redegjort for eller sandsynliggjort, at EnergiMidt Forsyning ikke har handlet omkostningseffektivt. Der henvises her til de momenter, som tilsynet lagde vægt på ved den foreløbige afgørelse den 5. marts 2004, jf. punkt 1c ovenfor, navnlig at EnergiMidt Forsyning havde foretaget alle elindkøb gennem det interesseforbundne selskab Dan Energi A/S uden at dokumentere, at markedet havde været afsøgt. Og at disse elindkøb resulterede i, at virksomhedens gennemsnitssalgspris var 7,93 DKK/MWh højere end gennemsnitssalgsprisen for Vestdanmark, svarende til at virksomheden havde den 19. bedste salgspris ud af 30 selskaber i Vestdanmark.

Det er i øvrigt ikke klart for Energitilsynet, hvilken dokumentation EnergiMidt Forsyning henviser til, når det i klagen anføres, at

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 23 af 62

virksomheden har dokumenteret at have handlet omkostningseffektivt. Energitilsynet finder selvsagt, at der ikke er fremkommet en sådan dokumentation.

For det tredje bemærkes, at Energitilsynet ikke er enig i, at EnergiMidts aktiepost på 48,79 procent klart skulle tale imod, at EnergiMidt skulle have været mindre kritisk ved valget af DanEnergi A/S som leverandør, end EnergiMidt har været ved valg af andre leverandører. Elforsyningsloven bygger - som megen anden lovgivning - på den almindelige erfaring, at der er en nærliggende risiko for, at interesseforbundne selskaber som EnergiMidt og Dan Energi A/S i deres samhandel ikke agerer på markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4, og forarbejderne hertil.

Endelig henvises for det fjerde vedrørende 1 sammenligningen med forsyningspligtige virksomheder med en afsætning under 50.000 MWh til det ovenfor under punkt 4a anførte.”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Parternes yderligere brevveksling

Ved svarskrift af 19. november 2004 bemærkede klagerens advokat:

”Klager har følgende bemærkninger til Svarnotatet:

Energitilsynet anfører i Svarnotatet [...]:

”Sagen drejer sig kort sagt om, hvorvidt en såkaldt referencepris for forsyningspligtige virksomheder fastsat i en vejledning fra Energitilsynet må anses for at være absolut eller ej.”

Denne udlægning er klager ikke enig i. Sagen drejer sig om, at Energitilsynet med tilbagevirkende kraft ændrer praksis i forhold til retningslinjerne i den gældende vejledning og den praksis, der forelå på grundlag heraf på en for virksomhederne uforudsigelig måde.

Klagen tager sit udgangspunkt i en afgørelse truffet af Energitilsynet den 14. juli 2004. [...]

Energitilsynets hjemmel til at vurdere den forsyningspligtige virksomheds prisfastsættelse baseres på elforsyningslovens § 72, jf. lov nr. 375 af 2. juni 1999, der foreskriver, at virksomheden i prisen kan indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

Af loven og forarbejderne fremgår således, at de forsyningspligtige virksomheder er pålagt en prisregulering, der har som formål at sikre rimelige elpriser til forbrugerne, og rimelige overskud til de forsyningspligtige virksomheder. Denne rimelighedsstandard skal vurderes på baggrund af de forsyningspligtige virksomheders effektivitet, herunder deres effektive ageren på markedet. Begreberne "rimelighed" og "effektivitet" er ikke entydige i den juridiske terminologi og kan således ikke tillægges et tilnærmelsesvist fast begrebsindhold. Og slet ikke i forhold til noget så komplekst, som ved fastlæggelsen af elpriser og overskudsgrader.

I forvaltningsretten karakteriseres bestemmelser, hvori ord som "rimelig" er den sproglige beskrivelse af det faktum, der skal være til stede, for at retsfølgen kan indtræde (retsfaktum), som vage og elastiske lovbestemmelser. I det omfang sådanne bestemmelser

Side 24 af 62

lægges til grund for en konkret forvaltningsakt, skal forvaltningen udøve et skøn. [...]

Med henblik på at operationalisere en vag og elastisk lovbestemmelse, kan forvaltningen formulere interne regler, der angiver den skønsudøvende myndigheds opfattelse af, hvilke kriterier, der supplerer det i bestemmelsen angivne retsfaktum:

”Den vigtigste grund er nok behovet for forudseelighed. Jo præcisere en regel er, og jo bedre den kan kommunikeres til den kreds, den angår, jo lettere er det for de retsundergivne at indrette sig efter reglen, og jo lettere er den - alt andet lige - at anvende for forvaltningen”. jf. *Bent Christensen*, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 2. udgave, s. 172.

Forvaltningens anvendelse af interne regler er derfor både begrundet i systemhensyn, herunder hensynet til administrativ konvens, og i retssikkerhedshensyn, herunder lighedsbetragtninger.

Interne regler kan blandt andet gå ud på at begrænse afvejningen, således at afvejningen først begynder, hvis fakta svarende til et eller flere kriterier er til stede. De interne regler kan også gå ud på at tillægge et bestemt kriterium, eller flere i forening, en bestemt prioritet under afvejningen.

I det omfang forvaltningen over for den, der skal være genstand for forvaltningens myndighedsudøvelse, vælger at kommunikere vurderingsgrundlaget ved afgørelser i henhold til en vag og elastisk lovbestemmelse i vejledningsform, er benævnelsen "vejledning", dvs. den formelle ramme, ikke tilstrækkelig til, at forvaltningen kan agere helt ubundet af det i vejledningen angivne. Afgørende må være det materielle indhold af vejledningen. I jo højere grad suppleringen af retsfaktum er præcist og detaljeret beskrevet, jo flere eksemplificerende forhåndsgodkendte "normalscenarier", der opstilles, og jo mere et teknisk kompliceret område den vedrører, i jo højere grad bør den retsundergivne kunne indrette sig i tillid til vejledningen, og jo mere normerende for skønsudøvelsen må den være. Dette indebærer ikke, at vejledningen derved bliver "absolut", eller at et givent resultat "automatisk" følger af det i vejledningen angivne. Men, i takt med, at det regelsystem forvaltningen opstiller, bliver mere og mere finmasket, må retssikkerhedshensyn veje tungere, og rummet til vilkårlig inddragelse af supplerende kriterier må tilsvarende indsnævreres.

Indenfor socialretten er ovennævnte betragtning særlig udtalt:

”I forhold til lov- og bekendtgørelsesteksterne er vejledningerne ofte meget ordrige. Dagtilbudsvejledningen fylder således over 100 sider. Disse vejledninger danner ofte tyngdepunktet i den kommunale administration. Man kan næsten tale om et omvendt retskildeprincip”, jf. *Kirsten Ketscher*, Socialret, Almindelige principper - Retssikkerhed og administration, 1. udgave, s. 134.

En vejledning er normerende for forvaltningens virksomhed, og en forvaltningsmyndighed kan således ikke vilkårligt uden forudgående tilkendegivelse herom - eventuelt ved ændring af vejledningen - fravige væsentligt fra det i vejledningen angivne, jf. *Hen-*

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 25 af 62

rik Zahle, Dansk forfatningsret 1, Institutioner og regulering, 3. udgave, s. 411:

”Hvis en vejledning ikke fortsat ønskes anvendt som norm for administrativ virksomhed, skal og kan den ophæves. Den bortfalder ikke af sig selv som forældet”.

Denne sag vedrører ikke spørgsmålet om, hvorvidt en af forvaltningen udarbejdet vejledning, og dens heri indeholdte beskrivelse af retsfaktum, er absolut eller ej.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Energitilsynet i administrationen af elforsyningslovens § 72 kan træffe afgørelser uafhængigt af det i en af Tilsynet selv udarbejdet materielt detaljeret vejledning om elforsyningslovens § 72 rettet mod de forsyningspligtige elvirksomheder, herunder gennemføre en ændring og ændret vægtning af de i vejledningen beskrevne relevante kriterier, uden forinden at tilkendegive og vejlede de forsyningspligtige elvirksomheder om ændringen.

Henset til sagens principielle betydning for øvrige afgørelser om prisregulering for 2002 truffet af Energitilsynet, skal begæringen om mundtlig forhandling for Energiklagenævnet igen fremsættes.

I det følgende skal jeg forholde mig til konkrete punkter i Energitilsynets Svarnotat. De nedenfor anførte punkter henviser til de tilsvarende punkter i Svarnotatet.

Ad 1 b) - Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder

Side 4 anføres det, at en koncern (eller interesseforbundne virksomheder) kan have et incitament til at begunstige elhandels-selskaber på bekostning af forsyningspligtig virksomhed. Synspunkterne gentages på side 5. Jeg er grundlæggende uenig i, at der generelt kan antages at bestå et sådant incitament, og det består i hvert fald ikke for klager i denne sag.

Klager tilhører en forbrugerejet koncern og har som sådan intet incitament til at begunstige et tilhandels-selskab, som man kun er delejer af. Dels ville den gevinst elhandels-selskabet ville oppebære ved en begunstigelse (der altså ikke foreligger i den konkrete sag) i sidste ende tilfalde forbrugerne som indirekte ejere af klager. Dels ville selskabet afgive begunstigelsen 100 % (fordi EnergiMidt Forsyning A/S er ejet 92 % af EnergiMidt Net A/S), mens selskabet kun ville få godt 48 % igen af begunstigelsen fra elhandels-selskabet Dan Energi A/S. Derfor forekommer det i den foreliggende sag meget fjerntliggende at antage, at der skulle foreligge incitamenter af den beskrevne karakter.

Side 5 henviser i forlængelse heraf til, at Energitilsynets håndhævelse er nødvendig for at varetage forbrugernes interesser. Efter min opfattelse varetages de vel som udgangspunkt bedst af forbrugerne selv, via det forbrugerejede selskab.

Der henvises side 4 endvidere til elforsyningslovens § 46, stk. 4. Bestemmelsen fastslår det i forvejen i dansk ret gældende udgangspunkt, at handel med koncernforbundne virksomheder skal ske på markedsvilkår.

Det anføres, at det i forarbejderne er uddybet, at bestemmelsen navnlig skal hindre at "de kollektive elforsyningsvirksomheder ved

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 26 af 62

at købe for dyrt eller sælge for billigt overfører midler mellem interesseforbundne virksomheder, hvilket vil stride mod lovens intentioner".

Der foreligger i denne sag hverken dokumentation for eller sandsynliggørelse af, at der er overført midler fra EnergiMidt Forsyning A/S til DanEnergi A/S. Det påhviler Energitilsynet som forvaltningsmyndighed underlagt officialmaksimen at tilvejebringe det fornødne faktuelle grundlag herfor, og det foreligger ikke i denne sag.

Ad 2 a) Vejledningen af 27. oktober 2000

Svarnotatet referer s. 5 - 8 forskellige dele af 2000-vejledningen, men undlader at nævne, at det af pkt. 36 - 39 fremgår, at målet for Energitilsynet er "at sikre lave og rimelige forbrugerpriser", og at tilsynet i sine vurderinger vil "fokusere på den kWh-pris, som forbrugeren betaler til den forsyningspligtige virksomhed for den leverede elektricitet". Den pris-model, 2000-vejledningen opererer med, afspejler denne tilgang.

Ved Energitilsynets stillingtagen til 2002-priserne for de forsyningspligtige virksomheder, herunder i denne sag, fokuseres der i modstrid hermed ikke på prisen, men derimod på skønnet effektivitet og på virksomhedens evne til at fremlægge skriftlig dokumentation til afkræftelse af formodninger om effektivitet opstillet af Energitilsynet.

[...] Klagers standpunkt er, at referenceprisen er det klare udgangspunkt, og at en virksomhed med priser under referenceprisen derfor kun kan reguleres, hvis Energitilsynet kan påvise forhold, der klart og utvivlsomt taler herfor. Sådanne forhold er ikke påvist af Energitilsynet i denne sag.

Ad 2 b) Energitilsynets efterregulering i 2001.

[...]

I klagen er endvidere henvist til Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 i den såkaldte KE Kunde sag. Det er heri eksplicit anført, at "indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende" samt at "ved at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret". Disse bemærkninger i en afgørelse truffet efter udløbet af det år, der nu prisreguleres for i direkte modstrid med det i afgørelsen anførte, bestyrker de forsyningspligtige virksomheder i, at der med rimelighed har måttet kunne administreres i henhold til 2000-vejledningen.

Energitilsynet søger at nedtone betydningen heraf ved at bemærke, at det af afgørelsen fremgår, at det alene skyldtes ressourcehensyn, at handelsstrategierne for de effektive selskaber ikke blev efterprøvet. Dette er for så vidt korrekt, men det havde måske været tjenligt, hvis det også var blevet refereret, at det videre anføres: "Et princip kun[ne] her være, at man kun efterprøver handelsstrategier for selskaber, der henvender sig til Energitilsynet med henblik på at indregne tilgodehavender i efterfølgende perio-

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 27 af 62

der (min understregning)". Den efterprøvning Energitilsynet altså afstod fra i forhold til effektive selskaber vedrørte størrelsen af deres regulatoriske tilgodehavende, og ikke om de trods den ved referenceprisen dokumenterede, præsumptive effektivitet alligevel skulle have deres pris reguleret ned.

Ad 2 c) Energitilsynets efterregulering for 2002

[...]

Ved Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 blev det blandt andet besluttet, at tilsynet ville lægge til grund, at et overskud på mere end 3 DKK/MWh ikke ville være rimeligt. Hermed fraviges 2000-vejledningen, hvor udgangspunktet er 3 - 5 DKK/MWh. I Svarnotatet s. 9-10 gentager Energitilsynet begrundelsen herfor, men Energitilsynet har endnu ikke oplyst, hvorved de omstændigheder, der anføres som begrundelse, adskiller sig fra de tilsvarende omstændigheder i 2001 og i 2000. Energitilsynet opfordres til at fremlægge disse oplysninger.

Ligeledes s. 10 i Svarnotatet resumeres de konkrete begrundelser for efterreguleringen af EnergiMidt Forsyning A/S.

Der lægges for det første vægt på, at EnergiMidt Forsyning A/S opnår et overskud før skat på DKK 6,04 pr. MWh, svarende til en egenkapitalforrentning på 17,0 %. Hertil bemærkes, at en forrentning af denne størrelse efter 2000-vejledningen ligger klart indenfor det rimelige interval, og at der fortsat ikke fra Energitilsynet er fremkommet nogen form for begrundelse for, hvilke faktisk ændrede omstændigheder, der er indtruffet siden 2000 og 2001 i forhold til 2002, som kan begrunde denne ændrede rimelighedsvurdering.

Der lægges for det andet vægt på, at selvom klagers pris var under referenceprisen, var den efter Energitilsynets opfattelse "kun" den 19. bedste ud af 30 i Vestdanmark. Dette er et bedømmelsesparameter, som ikke indgår i 2000-vejledningen, men som desuagtet anvendes generelt af Energitilsynet ved 2002-reguleringen. Der er derfor tale om en generel praksisændring i strid med forvaltningsretlige principper, jf. klageskriftet side 2 - 4.

Der lægges for det trede vægt på, at klagers øvrige omkostninger ligger over såvel gennemsnittet i Vestdanmark som tilsynets udgangspunkt, hvilket efter klagers opfattelse netop understreget og dokumenterer effektivitet og dermed, at der er grundlag for en rimelig overskudsdannelse. I 2000-vejledningens pkt. 53 er det således bestemt, at en virksomhed med lave omkostninger kan få tilladt en relativt høj avance.

Endelig lægges for det fjerde vægt på, at elindkøb er foretaget via et interesseforbundet selskab, og at det ikke er dokumenteret, at markedet er afsøgt for alternative leverandører. Energitilsynet anfører blot - helt ubegrundet - at en bredere afsøgning af markedet burde kunne have ført til reducerede omkostninger. Heller ikke dette parameter, som ligeledes anvendes generelt, er fremdraget i 2000-vejledningen, og der er også her tale om en praksisændring. Det forekommer i øvrigt at være en irrelevant betragtning al den stund, at klagers omkostninger jo samlet set er ganske lave. Reelt

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 28 af 62

er Energitilsynets afgørelse således baseret på en spekulativ antagelse om, at en specifik omkostningsart måske kunne have været lavere.

Ad 4) Energitilsynets bemærkninger

Energitilsynet gør gældende, at de i Klageskriftet nedlagte påstande ikke kan føre til det ønskede resultat, idet jeg ikke har gjort gældende, at Energitilsynets afgørelse skal tilsidesættes som ugyldig, jf. Svarnotatet, s. 13. Det er jeg ikke enig i.

Energiklagenævnet har som administrativ klageinstans en vidtgående prøvelsesadgang, og kan derfor også prøve Energitilsynets skønsudøvelse, herunder om grundlaget herfor er tilfredsstillende.

Herudover bemærkes, at det af Klageskriftet klart fremgår, at klager finder, at den påklagede afgørelser på en række punkterer i strid med den administrative praksis, herunder som udtrykt ved 2000-vejledningen og KE Kunde-afgørelsen, der var gældende i 2002. Der er således fuldt tilstrækkeligt grundlag for, at Energiklagenævnet tager enten den principale eller den subsidiære påstand til følge."

11. marts 2005

J.nr.: 11-224
Eksp.nr.: 18722
TAT-EKN

Side 29 af 62

Energitilsynet bemærkede herefter ved brev af 10. januar 2005:

"1. Sagens genstand

Grundlæggende set handler denne sag om, at Energitilsynet ikke har anset det af EnergiMidt Forsyning anmeldte overskud på 17,0 procent (i egenkapitalforrentning) for "*rimeligt i forhold til omsættningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger,*" jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1. Efter denne bestemmelse kan der således kun indkalkuleres et rimeligt overskud i de forsyningspligtige virksomheders priserne.

Hvorvidt et overskud må anses for rimeligt eller urimeligt skal vurderes konkret og efterfølgende, dvs. ved konkret og efterfølgende at sammenholde den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet, jf. forarbejderne til § 72, stk. 1 og punkt 1b i svarnotatet. EnergiMidt Forsyning beskæftiger sig imidlertid ikke i sit indlæg til Energiklagenævnet af 19. november 2004 med, hvilke konkrete forhold der skulle bevirke, at en egenkapitalforrentning på 17,0 procent før skat kan siges at være rimelig.

Det, EnergiMidt Forsyning derimod beskæftiger sig med i sit indlæg, er betydningen af vejledningen fra 27. oktober 2000 [...].

2. Klagerens generelle bemærkninger om forvaltningens skøn og interne reglers betydning (side 1, sidste afsnit - side 4, 2. afsnit)

Klager anfører korrekt side 1-2, at de for denne sag relevante regler i elforsyningsloven overlader Energitilsynet et skøn i og med, at tilsynet i forbindelse med godkendelse af elpriserne for forsyningspligtige virksomheder skal påse effektivitet og rimelighed (navnlig af overskud og priser, jf. svarnotatet punkt 1, b).

På baggrund af visse mere generelle bemærkninger om interne regler (som for eksempel en vejledning), der opstilles af forvaltningen til brug for afvejningen i forbindelse med skønsudøvelsen, er

det imidlertid klagerens konklusion, at en forvaltningsmyndighed ikke vilkårligt uden forudgående tilkendegivelse kan ændre eller væsentligt fravige det angivne i en vejledning, jf. side 3, 4. og sidste afsnit.

Hertil bemærkes, at den relevante vejledning af 27. oktober 2000 - som det udførligt er redegjort for i svarnotatets punkt 2a) - ikke er udformet således, at den opstiller faste regler/et resultatskema, hvilket ellers synes at være klagerens opfattelse. Derimod angiver vejledningen kun et udgangspunkt for Energitilsynets vurdering (som er referenceprisen). [...]

3. Ad klagerens bemærkninger om prisregulering af forsyningspligtige virksomheder (punkt ad 1b - side 4)

Klageren gør her for det første gældende, at det forhold, at klager tilhører en forbrugerejet concern bør bevirke, at Energitilsynet ikke regulerer selskabets priser, idet det forbrugerejet selskab bedst selv varetager forbrugernes interesser - og at der ikke vil være et incitament til at begunstige et handelsselskab i koncernen.

Hertil bemærkes dels, at elforsyningslovens regler om pris- og avanceregulering også gælder for forsyningsvirksomheder, som indgår i forbrugerejede koncerner. Dels er formålet med disse regler at sikre rimelige elpriser - og overskud i forbrugerejede koncerner vil ikke nødvendigvis komme forbrugerne til gavn i form af lavere elpriser - men f.eks. ved afkast i forbindelse med salg.

Klageren gør for det andet gældende, at der skulle påhvile Energitilsynet en bevisbyrde for at dokumentere eller sandsynliggøre, at der er overført midler fra EnergiMidt Forsyning A/S til DanEnergi A/S. Som redegjort for i svarnotatet, jf. punkt 4b, påhviler der ikke Energitilsynet en sådan bevisbyrde, men derimod må virksomheden bevise, at den har ageret effektivt, hvilket ikke er sket i denne sag.

4. Ad klagerens bemærkninger side 5-7 om Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000, Energitilsynets praksis og efterreguleringen for 2001 og 2002

Klageren har for det første [...] anført, at Energitilsynet ikke ved pris- og avancereguleringen for 2002 har fokuseret på kWh-priserne for forbrugerne, som det ellers er foreskrevet i vejledningen, at Energitilsynet skal. Det er derimod klagerens opfattelse, at tilsynet - uberettiget - har fokuseret på skønnet effektivitet og på "virksomhedernes evne til at fremlægge skriftlig dokumentation til afkræftelse af formodninger om effektivitet opstillet af Energitilsynet," [...].

Hertil bemærkes, at Energitilsynets prisregulering i 2002 er sket i overensstemmelse med elforsyningsloven, dens forarbejder og vejledningen - og at der derfor også er blevet fokuseret på kWh-priserne for forbrugerne i kraft af den generelle referencepris, jf. herved punkt 2c i svarnotatet.

Herudover er der også blevet taget stor hensyn til effektivitet og til, om virksomhederne kunne fremlægge dokumentation for, at de havde handlet effektivt på trods af, at dette ikke syntes at være

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 30 af 62

tilfældet ud fra en benchmarking af de forskellige virksomheder. [...] Der henvises nærmere til redegørelsen i svarnotatet punkt 1b om elforsyningslovens regler og punkt 2a om vejledningen af 27. oktober 2000.

For det andet har klageren [...] henvist til KE Kunde afgørelsen fra 20. januar 2003. Energitilsynet [bemærker], at tilsynet i 2001 på grund af ressourcemæssige hensyn afstod fra at afprøve handelsstrategier for effektive selskaber generelt, jf. punkt 7 og 40 i afgørelsen. Tilsynet afstod således pga. ressourcehensyn ikke kun fra at efterprøve regulatoriske tilgodehavender, som ellers antydet af klageren det anførte sted.

For det tredje har klageren [...] opfordret tilsynet til at redegøre for, hvilke omstændigheder der har bevirket, at pris- og avancereguleringen i 2002 adskiller sig fra reguleringen 2001. Begrundelsen er - som klageren også selv nævner [...] - ressourcehensyn, jf. svarnotatet punkt 4, a.

Og endelig for det fjerde bemærkes i relation til det af klageren anførte [...] om, at tilsynet - i strid med vejledningen fra 2000 - har lagt vægt på, at elindkøb er foretaget via et interesseforbundet selskab, at tilsynet herved blot har henholdt sig til elforsyningslovens § 46, stk. 4.

[...].”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 31 af 62

Hertil bemærkede klageren ved brev af 17. februar 2005:

”Ad Svarskriftets afsnit 1

Energitilsynet sammenfatter i Svarskriftet sagen til at vedrøre spørgsmålet "om der på baggrund af vejledningen og Energitilsynets praksis kan siges at være en fast praksis, som kan føre til krav på overskud, som ikke er rimelige" [...]. Det er naturligvis ikke det sagen handler om, og jeg kan derfor ikke tiltræde Energitilsynets forståelse af, hvad der er tvist om.

Som omtalt [...] vedrører sagen spørgsmålet om, hvorvidt Energitilsynet i administrationen af elforsyningslovens § 72 kan træffe afgørelser som fraviger en af Tilsynet selv udarbejdet materielt detaljeret vejledning om elforsyningslovens § 72 rettet mod de forsyningspligtige elvirksomheder, herunder gennemføre en ændring og ændret vægtning af de i vejledningen beskrevne relevante kriterier, uden forinden at tilkendegive og vejlede de forsyningspligtige elvirksomheder om ændringen.

Energitilsynet bekræfter selv, at "pris- og avancereguleringen for 2002 adskiller sig fra reguleringen i 2001" [...]. Energitilsynets begrundelse for den ændrede regulering er "ressourcehensyn". [...] Energitilsynets bekræftelse på den ændrede administration af pris- og avancereguleringen, [må] forstås således, at det er inddragelsen af kriteriet ressourcehensyn, der fundamentalt har ændret Energitilsynets opfattelse af rimelighedsvurderingen efter elforsyningslovens § 72, som Energitilsynet eller selv i 2000-vejledningen har ladet den komme til udtryk.

Afgørende er altså, at det ikke er nogle for de forsyningspligtige virksomheder konstaterbare faktiske omstændigheder i omverdenen, som spiller ind på Energitilsynets ændrede administration af

elforsyningslovens § 72. Det er alene interne ressourcemæssige forhold hos Energitilsynet, der tilsyneladende gør, at en egenkapitalforrentning på 17,0 % ikke længere anses for rimelig, selvom en sådan forrentning klart ligger ingen for det i vejledningen angivne interval for en rimelig egenkapitalforrentning. Når det der ligger til grund for den ændrede rimelighedsvurdering er omstændigheder, som de forsyningspligtige virksomheder på ingen måde har haft mulighed for at blive bekendte med, og dermed indrette sig i overensstemmelse med, bør der så meget desto mere kunne stilles krav om, at Energitilsynet klart og tydeligt formidler de ændrede præmisser og vejleder de forsyningspligtige elvirksomheder om den ændrede rimelighedsvurdering forud for den periode, som reguleringen vedrører. Det har Energitilsynet ikke gjort. Tværtimod har Energitilsynet bekræftet, at 2000-vejledningen fortsat er gældende.

Energitilsynet kræver, at Klager skal forklare, hvorfor en egenkapitalforrentning på 17,0 % før skat er rimelig [...]. Klager skal ikke definere rimelighedsstandarden. Det skal Energitilsynet, som er den kompetente administrative myndighed. Og det har Energitilsynet gjort i 2000-vejledningen. [...] Den egenkapitalforrentning som klager har opnået i 2002 er opnået på baggrund af de præmisser, som vejledningen opstiller for en rimelig egenkapitalforrentning, og er således i sig selv dokumentation og udtryk for en rimelig egenkapitalforrentning.

Ad Svarskriftets afsnit 2

Energitilsynet redegør ikke i Svarskriftet for, hvilke helt særlige faktiske omstændigheder, der er indtruffet, som kan begrunde, at referenceprisen konkret skal fraviges [...].

Ad Svarskriftets afsnit 3

Energitilsynet nævner, at Klager gør gældende, at Elforsyningsloven ikke finder anvendelse på forbrugerejede koncerner [...]. Denne udlægning kan Klager på ingen måde tilslutte sig.

Klager har blot gjort det synspunkt gældende, at Energitilsynets antydninger af, at Klager kan have interesse i at begunstige et delejet selskab på bekostning af forbrugerne, synes vanskeligt foreneligt med det faktum, at selvsamme forbrugere er andelshavere i Klagers moderselskab.

Energitilsynet gør endvidere gældende, at Klager skal bevise, at have ageret effektivt [...]. Energitilsynet henviser i den forbindelse til sin skrivelse af 8. oktober 2004, s. 17, hvori der refereres fra forarbejderne til elforsyningslovens § 72. Klager har disponeret i overensstemmelse med vejledningens præmisser, der jo er bl.a. er udarbejdet på grundlag af forarbejderne til elforsyningsloven. Klagers prissætning er baseret på vejledningens rimelighedsstandard og er i udgangspunktet udtryk for, at Klager har ageret effektivt. Det må herefter være Energitilsynet, der skal godtgøre, at Klager på trods heraf alligevel ikke har ageret effektivt. Og det har Energitilsynet efter Klagers opfattelse ikke gjort.

Ad Svarskriftets afsnit 4

Energitilsynet gør i Svarskriftet gældende, at prisreguleringen i 2002 er sket i overensstemmelse med vejledningen [...]. Samtidig

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 32 af 62

bekræfter Energitilsynet dog, at prisreguleringen for 2002 adskiller sig fra 2001 [...]. Hvis prisreguleringen i 2002 var i overensstemmelse med 2000-vejledning ville spørgsmålet om rimeligheden af en egenkapitalforrentning på 17,0 % ikke opstå. Blandt andet fordi der er anvendt en anderledes rimelighedsstandard end den i vejledningen angivne, er jeg ikke enig i, at prisreguleringen for 2002 er sket i overensstemmelse med vejledningen.

Energitilsynet ønsker (stadig) ikke at forholde sig til [tilsynets] notatudkast af 27. januar 2004 om efterregulering af de forsyningspligtige virksomheder for 2002. [...] Energitilsynet har dog ikke kommunikeret inddragelsen af nye kriterier i rimelighedsvurderingen til elvirksomhederne, som ikke har haft mulighed for at gøre sig bekendt med den ændrede administrative opfattelse, da ændringerne alene er motiveret af interne bevillingsmæssige forhold.”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 33 af 62

Supplerende oplysninger om Energitilsynets vejledninger og notater

Af Energitilsynets ”Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse” af 27. oktober 2000 fremgår bl.a.:

”Indledning

1. Med lov nr. 375 af 2. juni 1999 og senere ændringer (elforsyningsloven) er en række nye virksomhedstyper blevet introduceret i dansk elforsyning. Det gælder blandt andet forsyningspligtige elvirksomheder.

2. Formålet med nærværende vejledning er for det første at informere generelt om de regler og reguleringsmæssige bestemmelser om forsyningspligtige elvirksomheder, der følger af elforsyningsloven m.v., herunder at informere om Energitilsynets generelle udgangspunkt for reguleringen af og tilsynet med de forsyningspligtige elvirksomheder.

3. Formålet med vejledningen er for det andet at informere om Energitilsynets udgangspunkt og vurderingsgrundlag specifikt i forbindelse med tilsynets godkendelse af de forsyningspligtige elvirksomheders prisfastsættelse (jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2), herunder også om grundlaget for tilsynets pris- og avanceregulering ved årets slutning.

[...]

14. [...] Energitilsynet vil være opmærksom på, at virksomhedens udbud af el-produkter ikke indebærer krydssubsidiering og ikke sker på bekostning af de forsyningspligtige virksomheders ”raison d’être”. Nemlig at sikre de små forbrugere eller leverancer til konkurrencedygtige priser og på rimelige vilkår.

Prissætning samt pris- og avanceregulering – salg af elektricitet

[...]

30. Energitilsynet godkender de forsyningspligtige virksomheders prisfastsættelse efter anmeldelse (jf. lovens § 72, stk. 2 samt bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000 § 2, 3. pkt., og § 4, stk. 2.). Energitilsynets godkendelse af prisfastsættelsen kan ledsages af

vilkår, herunder om mere effektive og billige indkøb af elektricitet (jf. bemærkningerne til lovforslagets § 72, stk. 2).

31. Ifølge bemærkningerne til lovens § 72, stk. 1, vil de forsyningspligtige virksomheder med de foreslåede regler blive pålagt en prisregulering, som tager højde for, at virksomhederne skal kunne agere kommercielt. Overskuddet, som nævnes i lovens § 72, stk. 1, skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes, at virksomhederne agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at virksomhedernes øvrige omkostninger holdes på et effektivt niveau.

32. Det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger, pkt. 2, i), at reguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser som overordnet formål har at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Den pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den leverede el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet.

33. I de nedenstående afsnit skal Energitilsynets forståelse af ovennævnte bestemmelser og det vurderingsgrundlag, som tilsynet lægger til grund ved godkendelsen af virksomhedernes prisfastsættelse, herunder også grundlaget for pris- og avancefastsættelsen ved årets slutning (i det efterfølgende kaldet pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder), præciseres. De nedenstående afsnit beskriver Energitilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen, idet tilsynet foretager en konkret vurdering af den enkelte virksomheds prisfastsættelse i henhold til dens kundestruktur samt den enkelte virksomheds effektivitet.
[...]

Vurderingsgrundlag ved pris- og avancereguleringen

36. I pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder er det afgørende for Energitilsynet, at virksomhederne gennem reguleringen tilskyndes til at agere effektivt, såvel hvad angår indkøb af elektricitet, som hvad angår virksomhedens øvrige drift. Målet for tilsynet er at sikre lave og rimelige forbrugerpriser under hensyntagen til forsyningspligtvirksomhedernes forpligtelser og under hensyntagen til de faktiske forhold i elmarkedet.

37. Tilsynet finder det endvidere væsentligt, at virksomhederne inden for vide rammer har mulighed for selv at træffe beslutninger om virksomhedens drift, sådan at beslutningskompetence og økonomisk ansvar følges ad.

38. Endelig lægger Energitilsynet vægt på enkelthed og administrerbarhed i det valgte vurderingsgrundlag.

39. Tilsynet vil i sine vurderinger fokusere på den kWh-pris, som forbrugeren betaler til den forsyningspligtige virksomhed for den leverede elektricitet.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 34 af 62

40. Energitilsynet vil tage udgangspunkt i følgende pris- og avancemodel:

$$P = C_{el} + C_{\text{øvrige}} + I \quad (\text{alle størrelser i øre pr. kWh})$$

og

$$A = P - C_{el} = C_{\text{øvrige}} + I \quad (\text{alle størrelser i øre pr. kWh})$$

hvor

P er den gennemsnitlige forbrugerpris i en forsyningspligtig virksomhed pr. solgt kWh i en prisperiode inklusiv eventuelle forbrugsuafhængige priser/afgifter (f.eks. en abonnementsafgift).

I P indgår ikke betaling for prioriteret elektricitet, distribution- og transmissionsydelse, statsafgifter m.v.

C_{el} er virksomhedens omkostninger til indkøb af elektricitet pr. kWh eksklusiv prioriteret produktion. I udgangspunktet er det ikke den forsyningspligtige virksomhed, der står for indkøb af den prioriterede elektricitet.

$C_{\text{øvrige}}$ er virksomhedens drifts- og nettokapitalomkostninger pr. kWh udover omkostningerne ved indkøb af elektricitet (jf. også vejledningens afsnit 63).

I dækker forrentning af virksomhedens egenkapital, herunder ejernes indskudskapital.

Indeholdt i forrentningen I er det overskud, som er omtalt i elforsyningslovens § 72, stk. 1.

Virksomhedens bruttoavance pr. omsat kWh, A , er differencen mellem indkøbspris og salgspris pr. solgt kWh. Det svarer til summen af $C_{\text{øvrige}}$ og I .

41. En virksomheds samlede bruttoavance for den markedsindkøbte elektricitet udgøres af stykavancen pr. kWh, A , multipliceret med virksomhedens omsætning.

42. Der indgår to hovedelementer i Energitilsynets pris- og avanceregulering af de forsyningspligtige virksomheder.

43. For det første indebærer reguleringen ved en prisperiodes begyndelse tilsynets vurdering af hvorvidt, der kan ske en godkendelse af virksomhedernes anmeldte prisfastsættelse, herunder anmeldte priser samt budgetterede omkostninger og forventet avance. Det sker ved hver prisperiodes begyndelse.

44. Det skal understreges, at en prisperiodes start ikke nødvendigvis er ved begyndelsen af året. Det er Energitilsynets opfattelse, at de forsyningspligtige virksomheder kan ændre deres priser løbende, hvis deres markedsvilkår, f.eks. indkøbspriser for elektricitet, ændrer sig. Der skal ske en anmeldelse til Energitilsynet og efterfølgende godkendelse fra tilsynets side ved hver prisændring. Energitilsynet opfordrer virksomhederne til løbende at ændre deres priser, hvis der sker væsentlige ændringer i omkostningsforholdene.

45. For det andet vil Energitilsynet ved et års slutning fastlægge virksomhedernes realiserede avance ud fra virksomhedernes realiserede indtægter og realiserede omkostninger. Med udgangspunkt i en beregnet referencepris (jf. f.eks. vejledningens afsnit 52) vil Energitilsynet foretage en konkret vurdering af den enkelte virksomhed.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

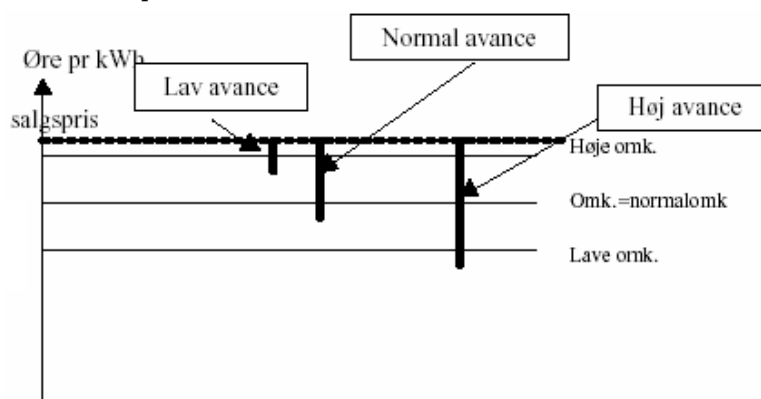
Side 35 af 62

46. I det omfang virksomhedens prissætning, som den fremgår af virksomhedens anmeldte regnskab, afviger fra den af Energitilsynet beregnede referencepris (beregnet ud fra en forudsætning om normal effektiv drift), vil der blive tale om en efterregulering i form af en ændret avancestørrelse i den efterfølgende prisperiode.

47. Energitilsynet vil i sin regulering af virksomhedernes priser og avancer som udgangspunkt anlægge en ensartet vurdering af virksomhederne uanset størrelse og selskabsstruktur. I det omfang virksomhederne f.eks. ved sammenlægninger eller samarbejder kan nedbringe deres omkostninger, vil det kunne komme de pågældende virksomheder til gode i form af forbedret indtjening og en højere avance.

48. Princippet i fastlæggelsen af virksomhedernes avance kan illustreres ved nedenstående figureksempel.

49. Figur. Avancestørrelse for de forsyningspligtige elvirksomheder. Eksempel



11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 36 af 62

Godkendelse af prisfastsættelsen

50. Energitilsynet vil i forbindelse med godkendelsen af virksomhedernes prisfastsættelse, herunder priser samt forventede omkostninger og forventet avance, ved en prisperiodes begyndelse vurdere virksomhederne i forhold til, at de skal kunne agere kommercielt, herunder foretage effektive indkøb af elektricitet og have en effektiv drift.

51. I den forbindelse vil Energitilsynet beregne en forventet elpris, en såkaldt referencepris, der udtrykker tilsynets forventning til prissætningen i den pågældende periode ved en normal, effektivt drevet virksomhed. Rammen for referenceprisen er ens for alle de forsyningspligtige virksomheder. Referenceprisen for den enkelte virksomhed afspejler dog en konkret vurdering af virksomhedens kunde- og afsætningsstruktur. Denne pris vil blive sammenlignet med den enkelte forsyningspligtige virksomheds anmeldte pris.

52. I forlængelse af pris- og avancereguleringsmodellen omtalt i afsnit 40 kan den budgetterede el-pris og referencepris opstilles således:

$$P_{\text{budget}} = C_{\text{el-budget}} + C_{\text{øvrige-budget}} + I_{\text{budget}} \quad (\text{øre pr. kWh})$$

sammenlignes med

$$P_{\text{reference}} = C_{\text{el-reference}} + C_{\text{øvrige-reference}} + I_{\text{reference}} \quad (\text{øre pr. kWh})$$

53. Sammenligningen skal sikre, at forbrugernes elpris er rimelig, og at der for den enkelte virksomhed er en sammenhæng mellem effektiviteten ved elindkøb og øvrig drift i forhold til forrentningen af den investerede kapital.

En virksomhed, der forventer at have en relativ lav indkøbspris og i øvrigt forventer lave omkostninger i forhold til referencerne, kan således få godkendt et budget med en relativ høj avance og en høj forrentning. En virksomhed med høje omkostninger til elindkøb og øvrig drift kan – om overhovedet muligt - kun få tilsynets godkendelse med en indregning af en relativ lille forrentning.

55. Set i lyset af elmarkedets volatile og usikre karakter vil Energitilsynet dog ikke på budgetlægnings-/prisgodkendelsestidspunktet detailfastsætte størrelsen på virksomhedernes omkostninger og priser. Virksomhederne får hermed mulighed for – inden for en margin – selv at kunne fastsætte avancestørrelse og indkøbsforventninger.

[...]

Energitilsynets referencepris - omkostninger til elindkøb

[...]

Energitilsynets referencepris – øvrige omkostninger

62. En forsyningspligtig virksomheds øvrige omkostninger, *Cøvrige*, skal dække omkostninger til drift af virksomheden, bortset fra indkøb af elektricitet.

63. Følgende kategorier af omkostninger indgår i *Cøvrige*:

- Kundeadministration og kundeservice, herunder fakturering, IT samt tab på kundedebitorer.
- Generel administration.
- Elhandelsomkostninger, herunder transaktionsomkostninger.
- Omkostninger til balanceydelse.
- Afskrivninger på afskrivningsberettigede aktiver.
- Nettorenteudgifter.

[...]

Energitilsynets referencepris – forrentningens størrelse

70. Forrentningselementet, *I*, skal i den anvendte pris- og avance-reguleringsmodel dække forrentning af virksomhedens egenkapital.

71. Energitilsynet vil i forbindelse med fastlæggelsen af den forrentning, der indgår i beregningen af referenceprisen, *I* reference, inddrage erfaringer med forrentningsstørrelser i sammenlignelige brancher.

72. Frem til år 2003 har langt hovedparten af de forsyningspligtige virksomheders kunder ikke markedsadgang, hvorved virksomhedernes drift er mindre risikofuld. Det taler for en lavere forrentning i denne periode set i forhold til sammenlignelige konkurrenceudsatte virksomheder.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 37 af 62

73. For så vidt angår størrelsen på virksomhedernes egenkapital forventer Energitilsynet, at netselskaberne generelt udnytter sin mulighed for at overføre kapital til de tilhørende forsyningspligt-virksomheder i henhold til bekendtgørelse nr. 291 af 1. maj 2000. På denne baggrund forventer Energitilsynet, at de forsyningspligtige elvirksomheders egenkapital udgør 2-3 øre pr. omsat kWh i virksomheden.

74. Energitilsynet har på denne baggrund som udgangspunkt, at en forrentning på omkring 0,3 - 0,5 øre pr. omsat kWh vil give virksomhederne et afkast, der svarer til et afkast af den investerede kapital som findes i effektivt drevne virksomheder i sammenlignelige brancher udsat for samme risiko.

Ireference vil være ens for alle forsyningspligtige virksomheder uanset sammensætningen af virksomhedens finansiering.

Fastlæggelse af virksomhedernes avance ved årets slutning

75. Energitilsynets pris- og avanceregulering af de forsyningspligtige virksomheder tager ved årets slutning udgangspunkt i en sammenligning mellem den forsyningspligtige virksomheds priser overfor forbrugerne med en af tilsynet beregnet referencepris. Det sker analogt med den prissammenligning, der fandt sted på prisgodkendelsestidspunktet, hvor referenceprisen udtrykker Energitilsynets vurdering af kWh-prisen ved normal effektiv drift, herunder normale effektive indkøb af elektricitet.

76. Ud fra sammenligningen mellem virksomhedens prissætning og den beregnede referencepris fastlægger Energitilsynet en realiseret avance og en efterregulering af avancen. Rammen for referenceprisen og dermed avancen er ens for alle virksomheder. Referenceprisen for den enkelte virksomhed afspejler dog en konkret vurdering af virksomhedens kunde- og afsætningsstruktur.

77. Tilsynets fastlæggelse af den realiserede avance og størrelsen på efterreguleringen kan ses som en kontrol af, hvorvidt de forudsætninger og forventninger om indkøbs- og omkostningseffektivitet samt avancetørrelse, der blev lagt til grund for virksomhedens budgetlægning og Energitilsynets prisgodkendelse, er blevet realiseret.

[...]

80. Virksomhedens prissætning sammenlignes med en af Energitilsynet beregnet referencepris, der ligesom ved prisgodkendelsen ved starten på prisperioden udtrykker tilsynets opfattelse af prisen på elektricitet ved normal, effektiv drift.

(3) $Preference = C_{el-reference} + C_{øvrige-reference} + Ireference$ (øre pr. kWh)

81. En eventuel efterregulering overfor virksomhedens kunder fastlægges som differencen mellem referencepris og anvendt pris.

(4) $R = Preference - Pregnskab$ (øre pr. kWh)

82. Hvis den af Energitilsynet fastlagte efterregulering (R) er mindre end nul, og virksomheden dermed har taget en højere pris, end hvad der er forenelig med omkostninger ved en normal, effektiv drift, skal virksomheden have reduceret sin avance. Det sker ved, at der forlods foretages en reduktion i virksomhedens avance

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 38 af 62

i den efterfølgende periode svarende til efterreguleringen (R). Herefter bliver forbrugerpriserne pr. kWh i den kommende periode tilsvarende lavere.

83. Hvis den fastlagte efterregulering omvendt er større end nul og virksomheden har opkrævet en mindre pris end den kunne ved effektiv drift, kan virksomheden indregne differencen som en højere avance i den kommende periode.

[...]

88. Energitilsynet skal understrege, at modellen er tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder. Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering overfor den enkelte virksomheds effektivitet, især i tilfælde, hvor en virksomhed kan godtgøre, at særlige forhold uden for virksomhedens indflydelse øger omkostningerne.

89. Som tilfældet er for vurderingen af virksomhedernes priser på anmeldelsestidspunktet ved prisperiodens begyndelse, vil tilsynet ved fastlæggelsen af virksomhedernes realiserede avance på regnskabsstidspunktet tage udgangspunkt i markedspriserne på elbørsen på Nord Pool som udtryk for forudsætningen om en effektiv drift af virksomheden, herunder effektive elindkøb.

90. Tilsynet forventer, at indkøbsprisen fra Nord Pool med modelindkøbet, hvor halvdelen af årets salg er indkøbt på spotmarkedet uden prissikring og den anden halvdel af salget er indkøbt på termin med en prissikring indgået ved årets start, vil udgøre en referencepris. Denne kan beregnes ud fra kendte markedsdata ved årets slutning.

91. Denne referencepris vil udgøre Energitilsynet grundlag for at vurdere om den enkelte virksomhed har anvendt en effektiv indkøbspolitik, idet der ved vurderingen tages højde for den enkelte virksomheds konkrete kunde- og afsætningsstruktur.

Energitilsynets referencepris – øvrige omkostninger

[...]

93. Energitilsynet vil ikke på forhånd lægge sig fast på størrelsen eller en tilladt grænse for virksomhedernes øvrige omkostninger (*Cøvrige-reference*).

Tilsynet har den foreløbige forventning, at en omkostningsstørrelse på 1-2 øre pr. solgt kWh vil sikre virksomhederne en rimelig omkostningsdækning for så vidt angår *Cøvrige* ved normal effektiv drift.

[...]

99. Energitilsynet forventer, at Ireference udgør 0,3 – 0,5 øre pr. kWh.

100. Der henvises endvidere til vejledningens afsnit 70-74.

[...]

106. De rammer, der fremgår af nærværende vejledning, danner indtil videre udgangspunkt for Energitilsynets pris- og avanceregulering af de forsyningspligtige elvirksomheder. Tilsynet vil fremkomme med ændringer heri, hvis de erfaringer med virksomhedernes drift, der indhøstes i den kommende tid, måtte tilsige det.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 39 af 62

107. Energitilsynet den 27. oktober 2000.”

Fra Energitilsynets notat af 23. februar 2004 om ”Regulering af forsyningspligtselskaber - efterregulering for 2002” citeres:

”10. Det besluttes,

11. *at* et rimeligt overskud før skat i 2002, samlet set, i udgangspunktet fastsættes til ikke over 3 DKK/MWh, svarende til i gennemsnit 8,70 % i forrentning af egenkapitalen primo reguleringsåret.

12. *at* et rimeligt overskud før skat i 2004, samlet set, jf. punkt 5.3.4 i Energitilsynets nye vejledning af 28. april 2003, fastsættes til 8,00 % af egenkapitalen primo reguleringsåret.

13. *at* resultatet, der fremgår af notatets tabel 2, danner udgangspunkt for prisreguleringen for 2002, og afstedkommer en prisgodkendelse for virksomhederne i de tilfælde, hvor sekretariatet ikke efterfølgende foretager en konkret vurdering af virksomheden. Efter at afgørelsen er bekendtgjort virksomheden har denne 4 uger til at gøre indsigelse, herunder at anmode Energitilsynet om at virksomhedens særegne forhold inddrages i prisreguleringen.

[...]

44. Energitilsynet finder det derfor ikke urimeligt, at et rimeligt overskud før skat i 2002, samlet set, i udgangspunktet fastsættes til ikke over 3 DKK/MWh eller i gennemsnit 8,70% forrentning af primo egenkapitalen.

[...]

Tabel 2. Benchmarking af virksomhederne efter gns. Salgspriser

Virk-somhed	Afsæt-ning Mwh	Gns. Pris DKK/ MWh	Øvrige omkost- ninger DKK/ MWh	Realise- ret avance DKK/ MWh	Efterre- guling for 2001 DKK/ MWh	Avance inkl. Efterre- guling for 2001 DKK/ MWh	Endelig efterre- guling for 2002 DKK/ MWh	Endelig Efterre- guling for 2002 DKK
[...]								
Energi Midt For- syning	658.381	206,52	15,30	6,04		6,04		
[...]								
I alt Vest- danmark	7. 149.455	198,59	17,71	2,00	-3,96	2,66	-4,72	-446.327

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 40 af 62

Tabel 3. Benchmarking af virksomhederne efter omkostninger

Virksomhed	Afsætning i MWh	Samlede omkostninger DKK/MWh	Øvrige Omkostninger DKK/MWh
[...]			
EnergiMidt Forsyning	658.381	200,48	15,30
[...]			
Tilsynets referenceomkostning for DK1		205,20	
[...]			
I alt Vestdanmark/DK1	7.149.455	196,59	17,71

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 41 af 62

Fra Energitilsynets "Vejledning for forsyningspligtige elselskaber" af 28. april 2003 citeres:

"5.3.4 Forrentningens størrelse (I)

I udgangspunktet tillades det de forsyningspligtige virksomheder at forrente deres primo egenkapital med p.t. 7,0 pct. p.a. før skat med et risikotillæg begrundet i forsyningspligtselskabernes øgede konkurrence situation. Denne forrentning kan indregnes i salgsprisen⁷.

Forrentningssatsen udmeldes årligt ex-ante af Energitilsynet. Typisk i forbindelse med godkendelsen af priserne ex-post, jf. afsnit 5.3.

[...]

[Fodnote:] 7. Det er således ikke udtryk for, at posten "resultat før skat" i selskabets resultatopgørelse skal udgøre 7,0 pct. af primo egenkapitalen."

Supplerende oplysninger om Energitilsynets og det tidligere Elprisudvalgs praksis

Fra Elprisudvalgets afgørelse af 25. oktober 1999 vedrørende Sjællandske Kraftværkers (SK's) elsalg til selskabets 4 interessenter citeres bl.a.:

"Beslutning

[...]

Det meddeles videre SEAS, NVE, NESA og Frederiksberg kommune, at udvalget finder, at princippet om indregning af nødvendige udgifter efter gennemførelsen af lov nr. 486 indebærer, at distributionsselskaberne må undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til de lavest mulige omkostninger, og over for udvalget godtgøre en sådan undersøgelse samt sandsynliggøre, at omkostningerne herved lå under de alternative tilbud.

Det meddeles herudover, at selskaberne har ikke forholdt sig som anført og har ikke kunnet godtgøre, at der på beslutningstidspunktet havde fundet en større markedsundersøgelse sted, som kunne danne grundlag for beslutning om valg af elleverandør.

Det meddeles endelig SEAS, NVE, NESA og Frederiksberg kommune, at på baggrund af den usikkerhed, der herskede i efteråret 1998 omkring elselskabernes fremtidige vilkår og struktur, finder Elprisudvalget dog, at de 4 interessenter ved prisfastsættelsen for 1999 kan indregne omkostningerne til elindkøb i henhold til rammeaftalen mellem Sjællandske Kraftværker og interessenterne i priserne som en nødvendig omkostning, jf. elforsyningslovens § 9, stk. 1.

Baggrund

Ad de fremtidige forpligtelser

I redegørelserne rejses indledningsvis spørgsmålet om interessenterne hæfter for og under den ny elforsyningslov kan indregne omkostninger fra SK's i priserne, der er en følge af beslutninger truffet forud for Konkurrencerådets ophævelse af aftageforpligtelsen subsidiært forud for konkurrencelovens ikrafttrædelse.

Et af formålene med den ny elforsyningslov, lov 375, er at skabe konkurrence på elområdet. Et af de elementer, der indgår, er en klar adskillelse mellem monopol- og konkurrenceområder, hvor kraftværkerne sammen med handel med elektricitet skal operere på konkurrenceområdet, medens netdrift skal fungere som en offentlig infrastruktur.

Bestemmelser i de privatretlige aftaler elforsyningerne har indgået og som strider mod lov 375, viger for denne lov. Dette forhold mellem ny lovgivning og bestemmelser i aftaler indgået forud for den ny lov har været almindeligt gældende i energiprisudvalgenes arbejde og er også gældende på konkurrencelovsområdet. Dette var baggrunden for, at Konkurrencerådet kunne ophæve aftalen om interessenternes aftageforpligtelse.

[...]

Ad forskelsbeløbet på 6 øre/kWh

På mødet den 30. august besluttede Elprisudvalget som nævnt, at de 4 interessenter skulle redegøre for, hvorfor deres indkøbspris fra SK lå ca. 6 øre over SK's salgspris for anden afsætning.

Til belysning heraf har interessenterne indsendt enslydende redegørelser for, hvad de alternativt kunne have indkøbt til.

[...]

Med hensyn til størrelsen af de øvrige elementer hersker der stor usikkerhed om de foretagne beregninger. Specielt én post påkalder sig imidlertid opmærksomhed: Tillægget for leveringsgaranti på Sjælland på 7,85 øre/kWh. Interessenterne har ikke godtgjort, at der ved bortfald af de 30% indkøb på Sjælland [...] ikke vil være tilstrækkelig kapacitet til at varetage balanceansvaret. [...] En beregning på dette grundlag er ikke foretaget.

I øvrigt har interessenterne ikke været på markedet for at afsøge prisen for balancekraft, heller ikke hos SK-energi.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 42 af 62

Et andet spørgsmål er, hvorfor relaterer købet sig ikke direkte til svenske/norske værker i stedet for på Nordpool. Hertil har interessenterne bl.a. svaret, man har holdt sig løbende orienteret om prisniveauet ved hjælp af kontakter, men ikke indhentet egentlig tilbud på leverancen.

Endelig skal henvises til, at interessenternes køb af mængder, der ikke falder ind under rammeaftalen, er købt til priser, der ligger på niveau eller under de priser SK's sælger til, til anden side, og at dette køb betragtes som marginalkøb [...]. Interessenterne har ikke nærmere redegjort for, hvorfor disse 10%'s indkøb betragtes marginalt og ikke de 30%, som er den mængde, der indgår i de nu foretagne beregninger

Interessenterne har ikke ved den alternative beregning påvist, at indkøbsprisen hos Sjællandske Kraftværker samlet set var det bedste alternativ på beslutningstidspunktet. Interessenterne har ikke indhentet tilbud fra anden side og har dermed ikke opfyldt deres forpligtelse til at undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til lavest mulige omkostninger. Herved har de ikke kunnet sandsynliggøre, at omkostningerne til det valgte elindkøb herved ligger under de alternative tilbud.

Imidlertid må det medgives interessenterne, at der på beslutningstidspunktet var usikkerhed om indholdet i elreformen, de strukturmæssige konsekvenser heraf, kraftværkernes og distributionsselskabernes fremtidige rolle, samt den på det tidspunkt uafsluttede konkurrencelovssag vedrørende den vedtægtsmæssige aftageforpligtelse, der bestod indtil den 1. 5. 1999. Som følge af denne usikkerhed finder udvalget det betænkeligt at anse den prispåvirkende effekt af de indgåede leveringsaftaler med Sjællandske Kraftværker for stridende mod elforsyningslovens § 9, stk. 1 med den virkning at det pålægges interessenterne at nedsætte deres priser.

[...]"

Fra Energitilsynets "Efterregulering af de forsyningspligtige elselskaber for 2001" af 17. juni 2002 citeres:

1. Energitilsynet skal regulere de forsyningspligtige elselskabers overskud i forhold til effektiviteten af det enkelte selskab, jf. lovens § 72, stk. 1.
2. Til det formål har Energitilsynet udviklet en referenceprismodel, hvor referenceprisen udgør tilsynets bud på prisen for en kWh elektricitet i en effektiv drevet forsyningspligtvirksomhed. Modellen er offentliggjort i en vejledning, jf. vejledning af 27. oktober 2000.
3. Referenceprisen for 2001 er beregnet til 19,1 øre/kWh for Vestdanmark og 18,8 øre/kWh for Østdanmark.
4. 36 ud af 50 forsyningspligtselskaber har til dato anmeldt regnskabsoplysninger for 2001. Oplysningerne gør det muligt at udregne en gennemsnitlig salgspris.
5. Gennemsnitsprisen for de 36 selskaber er 18,6 øre/kWh med en spredning på 1,3 øre/kWh. Billigste selskab har solgt til 15,6 øre/kWh og dyreste har solgt til 20,4 øre/kWh.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 43 af 62

6. Ved at sammenligne referenceprisen med forsyningspligselskabernes gennemsnitlige salgspriser fås et mål for effektiviteten. Selskaber med priser over referenceprisen vurderes at være ineffektive og vil få reguleret overskuddet herefter, jf. afsnit 82-84 i vejledningen. Selskaber med priser under referenceprisen vil ikke blive efterreguleret.

[...]

11. Efterreguleringen på basis af individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger for de 4 selskaber resulterer i tilbagebetaling af 8,3 mio. kr. for 2001. Det svarer til lidt under 0,5 procent af den samlede omsætning i de 36 selskaber i 2001.

Afgørelse

12. Energitilsynet vedtog at godkende efterreguleringen af de forsyningspligtige elselskabers regnskab for 2001 med henvisning til elforsyningslovens § 72, stk. 1 og vejledningen af 27. oktober 2000. Det betyder,

13. at selskaber med priser under referenceprisen for 2001 eller selskaber som kan retfærdiggøre deres forhøjede priser med højere individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger vurderes at være effektive og vil ikke blive efterreguleret,

14. at selskaber med priser over referenceprisen for 2001 og som ikke med deres handelsstrategi kan retfærdiggøre højere individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger vurderes at være ineffektive og vil blive efterreguleret,

15. og at efterreguleringen foretages ved at kræve et lavere effektivitetsreguleret overskud for disse selskaber i 2002.

[...]

Begrundelse

51. Med udgangspunkt i referenceprismodellen har Energitilsynet udregnet en referencepris for 2001, der udgør tilsynets bud på prisen for en kWh elektricitet i en effektiv drevet forsyningspligt-virksomhed

52. Energitilsynets vurdering er, at forsyningspligtselskaber med gennemsnitlige salgspriser under referenceprisen er effektive, jnvf. appendiks 1. Selskaberne vil derfor ikke skulle have efterreguleret deres overskud.

53. Omvendt vil forsyningspligtselskaber med priser over referenceprisen umiddelbart vurderes som værende ineffektive, jf. vejledningens afsnit 82.

54. Da elmarkedet i 2001 var yderst volatilt, har sekretariatet inddraget handelsstrategien ved den konkrete effektivitetsvurdering af de umiddelbart ineffektive selskaber. På baggrund af handelsstrategien har Energitilsynet kunnet efterprøve de effektive elindkøbsomkostninger for de ineffektive selskaber.

55. Det er tilsynets vurdering, at såfremt de individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger overstiger prisen for modelporteføljen, skal selskaberne kompenseres for de forhøjede omkostninger.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 44 af 62

56. De forhøjede omkostninger er i en sådan situation ikke udtryk for en ikke-kommerciel disposition og kan inddrages ved den konkrete vurdering af den enkelte virksomheds effektivitet, jnvf. vejledningens afsnit 88.

57. Til gengæld er det tilsynets vurdering, at selskaber med individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger under prisen for modelporteføljen vil skulle efterreguleres med forskellen ned til referenceprisen. Størrelsen af efterreguleringen udregnes ved at multiplicere ineffektiviteten med den omsatte mængde elektricitet i 2001, jf. tabel 3.

58. Endelig er det tilsynets vurdering, at umiddelbart ineffektive selskaber, der ikke kan dokumentere deres forhøjede elindkøbsomkostninger, også skal reguleres i henhold til referenceprisen.”

Af Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde A/S fremgår bl.a.:

”6. Forsyningspligt selskaberne skal behandles symmetrisk dvs. når Energitilsynet kompenserer selskaber med høje priser så skal Energitilsynet sikre at lave priser, der alene skyldes en i bakspejlet heldig handelsstrategi ikke kan resultere i et tilgodehavende.

7. Det er ressourcekrævende at afprøve handelsstrategier for samtlige effektive selskaber. KE Kunde er blevet valgt ud fordi de selv har rettet henvendelse til Energitilsynet om indregning af tilgodehavende i 2002 og fremover. Et princip kun[ne] her være at man kun efterprøver handelsstrategier for selskaber der henvender sig til Energitilsynet med henblik på at indregne tilgodehavender i efterfølgende perioder.

8. Energitilsynet vurderer at KE Kunde har et tilgodehavende. Tilgodehavendet fremkommer, fordi salgsprisen ligger under referenceprisen og fordi en afprøvning af KE Kundes handelsstrategi viste, at de ikke kunne have foretaget deres indkøb billigere end salgsprisen.

Afgørelse

[...]

10. Energitilsynet vedtog at det meddeles KE Kunde, at en opgørelse af KE Kundes indkøbsomkostninger i 2001 vurderes af betyde, at KE Kunde har et regulatorisk tilgodehavende på 13,8 mio. kr. Vurderingen sker med hjemmel i Elforsyningslovens § 72 og under hensyntagen til Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000.

18. Energitilsynet har med udgangspunkt i elforsyningslovens § 72, stk. 1, udviklet en prisloftmodel, benævnt referenceprismodellen, som er beskrevet i Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder af 27. oktober 2000. Modellen gør Energitilsynet i stand til at vurdere hvilke forsyningspligtsselskaber, der har ageret effektivt og hvilke der har ageret ineffektivt.

19. Vejledningen foreskriver, at effektivitetsvurderingen foretages ved at sammenligne forsyningspligtsselskabets gennemsnitlige årlige salgspris med en beregnet referencepris. Vejledningen forud-

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 45 af 62

sætter imidlertid, at referenceprisen alene er rammen for effektivitetsvurderingen. I afsnit 76 står der:

"76. Ud fra sammenligningen mellem virksomhedens prissætning og den beregnede referencepris fastlægger Energitilsynet en realiseret avance og en efterregulering af avancen. Rammen for referenceprisen og dermed avancen er ens for alle virksomheder. Referenceprisen for den enkelte virksomhed afspejler dog en konkret vurdering af virksomhedens kunde- og afsætningsstruktur."

20. Endvidere hedder det i afsnit 88 om den individuelle vurdering af selskabernes effektivitet:

"88. Energitilsynet skal understrege, at modellen er tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder. Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering overfor den enkelte virksomheds effektivitet, især i tilfælde, hvor en virksomhed kan godtgøre, at særlige forhold uden for virksomhedens indflydelse øger omkostningerne."

[...]

Efterregulering af overskud for 2001

[...]

31. Det er understreges, at elforsyningslovens § 72, stk. 1, efter Energitilsynets vurdering ikke forudsætter, at mere effektive selskaber kan indregne den uudnyttede avance i kommende års priser. Den gældende vejledning fortolker til gengæld loven som om dette skal være muligt. Indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende.

Beregning af tilgodehavende

32. Spørgsmålet er, hvordan Energitilsynet skal bestemme størrelsen af dette tilgodehavende. Såfremt udgangspunktet alene er afsnit 83 i vejledningen, vil effektive selskaber have den fulde forskel til gode. Men en sådan beslutning vil betyde et højest uheldigt incitament i retning af mere spekulative indkøb. Det skyldes at gevinsten ved at påtage sig større risiko vil overstige tabet.

33. Et selskab har eksempelvis valget mellem at satse på det sikre og købe modelporteføljen eller i stedet spekulere og købe en større andel af sit behov på spotmarkedet. Ved at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret. Ved at spekulere vil selskabet tilsvarende blive fuldt kompenseret, hvis elindkøbsprisen overstiger hvad der er forudsat i modelporteføljen. Til gengæld vil den ikke blive modregnet, hvis prisen er under, men i stedet kunne kræve et tilgodehavende. Er de to udfald lige sandsynlige og er selskabet interesseret i at maksimere den forventede gevinst vil selskabet foretrække at spekulere.

34. En symmetrisk behandling vil betyde, at når Energitilsynet kompenserer selskaber med høje priser for bevisligt fordyrende elindkøb, så skal Energitilsynet tilsvarende skærpe, at lave priser,

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 46 af 62

der alene skyldes en i bakspejlet heldig handelsstrategi ikke kan resultere i et tilgodehavende.

35. Derudover må der gælde, at eftersom selskaber med priser over referenceprisen ikke er blevet straffet for, at der er blevet taget hensyn til den individuelle handelsstrategi ved efterreguleringen, så bør selskaber med priser under referenceprisen tilsvarende heller ikke blive belønnet for, at der bliver taget hensyn til den individuelle handelsstrategi. Konkret betyder det, at et selskab med en gennemsnitlig salgspris under referenceprisen maksimalt kan have forskellen til referenceprisen til gode.

[...]"

Supplerende oplysninger om Energi Midt-koncernens selskaber

Af "Årsrapport 2002" for EnergiMidt Holding a.m.b.a. fremgår, at selskabet er moderselskab for EnergiMidt A/S, der igen er moderselskab for EnergiMidt Net A/S, som ejer 92 % af EnergiMidt Forsyningspligt. Af a.m.b.a.'ets årsrapport fremgår side 5, at koncernens hovedaktivitet bl.a. er at drive forsyningsvirksomhed for fri markedsel gennem EnergiMidt Forsyning A/S, samt at koncernen har etableret sig med en ejerandel af elhandelsselskabet Dan Energi A/S. Energi Midt A/S ejer 48,8 % af Dan Energi A/S.

Bestyrelsen for Energi Midt A/S bestod ifølge årsrapporten for 2002 af Jens Jørn Justesen (formand), Arne Bo Larsen, Jørn Würtz, Erna Apel Bornhøft, Bent Kornbek, Jørn L. Kristoffersen, Vagn Larsen, Jørgen Elgaard Petersen, Jens Ove Simonsen, Jens Sørensen og Chresten Tornvig. Direktionen bestod af Holger Blok (administrerende direktør) og Mogens J. Nielsen.

Bestyrelsen for EnergiMidt Net A/S udgjordes ifølge dette selskabs årsrapport for 2002 af Jens Jørn Justesen (formand), Arne Bo Larsen, Jørn Würtz, Erna Apel Bornhøft, Iver Rud Hansen, Hans Jørn Jensen, Knud Erik Kristensen, Jørn L. Kristoffersen og Ove Nautrup Simonsen. Direktionen bestod af Holger Blok og Mogens J. Nielsen.

Bestyrelsen for EnergiMidt Forsyning A/S udgjordes ifølge dette selskabs årsrapport for 2002 af Jørn Würtz (formand), Jens Jørn Justesen, Knud Gadegaard, Verner Jacobsen, Arne Bo Larsen, Jørgen Sejr Pedersen og Knud Ross Sørensen. Direktør var Holger Blok.

Bestyrelsen for Dan Energi A/S udgjordes ifølge dette selskabs årsrapport for 2002 af Knud Steen Larsen (formand), Mogens J. Nielsen, Birthe Emanuel, Kim H. Hansen, Bent Kristensen, Aksel Pedersen, Flemming Kjærulf Rasmussen og Torben Skovsted. Direktør var Jesper Bonnén.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 47 af 62

Energiklagenævnets praksis

I en afgørelse af 16. november 2004 (j.nr. 21-262) bemærkede Energiklagenævnet følgende vedrørende tilsynet med rentesatser:

"Efter varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, er genstanden for tvisten i denne sag alene, om det kan antages, at den aftalte rente på 6,5% er urimelig.

Indledningsvist bemærker nævnet, at det koncerninterne lån mellem Sydkraft Danmark A/S og Sydkraft Varme A/S må sidestilles med anden tilvejebringelse af fremmedkapital, og finansieringsudgifterne/nettoudgifterne er derfor en nødvendig omkostning, der kan indregnes i varmeprisen.

Ud fra det af sagen oplyste lægger Nævnet til grund, at lånet mellem Sydkraft Danmark A/S og Sydkraft Varme A/S er optaget i 2002, eftersom købesummen er erlagt i efteråret 2002.

Det fremgår af sagen, at Energitilsynet ved bedømmelse af den konkrete rentesats på 6,5% har draget paralleller til den maksimale forrentningssats, der fastsættes ved beregning af elnetvirksomhedernes indtægtsrammer. Denne forrentningssats er fastsat som den af Danmarks Statistik opgjorte gennemsnitlige rente for 2003 for 10-årige statsobligationer på 4,3% p.a.. Hertil har tilsynet lagt et markedsrisikotillæg på 0,5% p.a..

Nævnet bemærker, at Energitilsynets maksimale tilladte forrentningsprocent under indtægtsrammerne for 2002 var 7%.

Efter varmemforsyningsloven skal der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt en rentesats er en nødvendig omkostning ved fremmedfinansiering. Finder Energitilsynet rentesatsen urimelig, kan tilsynet tilsidesætte den.

Nævnet finder, at en sådan rimelighedsvurdering ikke kan indskrænke sig til en konstatering af, at nogle rammer som tilsynet af praktiske grunde anvender, er overskredet. Nævnet vil endvidere som i den ovennævnte afgørelse af 25. august 2003 fremhæve, at en tilsynsmyndighed ved anvendelse af en almindelig indgrebsbeføjelse er mere begrænset i sin skønsudøvelse, end hvor myndigheden er tillagt egentlige godkendelsesbeføjelser eller mulighed for at udmelde indtægtsrammer.

Nævnet finder ikke, at man ved fastsættelse af de nødvendige omkostninger til finansiering af fremmedkapital efter varmemforsyningslovens § 20 kan begrænse sig til en sammenligning med renten for 10-årige statsobligationer.

Derudover finder nævnet, at fastlæggelsen af et markedsrisikotillæg må afgøres ved et konkret skøn.

Energiklagenævnet finder ikke, at Energitilsynet har påvist, at den anvendte sats på 0,5 procentpoint er rimelig i den konkrete sag, eller at der foreligger sådanne koncerninterne forhold eller andre omstændigheder, at en rente på 6,5% p.a. skulle være urimelig efter varmemforsyningslovens § 20, stk. 1."

Fra en afgørelse af 10. december 2004 (j.nr. 21-92) vedrørende tilsynet med rentesatser citeres:

"Den påklagede afgørelse

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 48 af 62

Af Energitilsynets afgørelse af 25. november 2002 fremgår bl.a. følgende:

[...]

56. Det må være et krav, at alle pengebevægelser mellem kommunen og forsyningsvirksomhederne behandles ens, og at renteberegningen er symmetrisk. Det vil sige, at forsyningsvirksomhedernes eventuelle tilgodehavender hos kommunen forrentes med samme rente, som kommunen får forrentet sine tilgodehavender med hos forsyningsvirksomhederne.

57. Det må endvidere være et krav, at vilkårene for egentlige lån fra kommunen til forsyningsvirksomhederne svarer til eksterne lån, herunder med mulighed for konvertering, hvis markedsforholdene skulle tilsige dette.

[...]

Energiklagenævnets bemærkninger

[...] Elforsyningsloven § 69 regulerer forrentning af kapital, som kan væltes over på elforbrugerne. Loftet for denne overvæltning reguleres af elforsyningsloven, hvorfor Energitilsynet med føje har antaget, at tilsynet kan tage stilling til, hvorvidt forrentningen fra elforsyningen til Københavns Kommune er højere end den til prisberegningen tilladelige rente, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 1.

[...]

Nævnet bemærker, at elforsyningsloven og varmforsyningsloven ikke medfører nogen ændring i de kommunale regnskabsregler, men at regnskabsregler og regnskabsmæssig placering omvendt ikke kan være afgørende for rimeligheden af priser efter elforsyningsloven og varmforsyningsloven.

[...]

Formålet med det rimelighedstilsyn, der foretages efter elforsyningsloven og varmforsyningsloven, er at hindre, at urimelige renteudgifter indregnes i priserne og dermed overvæltet på el- og varmebrugerne eller grupper heraf. Disse beskyttelseshensyn er ifølge sagens natur de samme, hvad enten el- eller varmekomplekset er led i en koncern eller en kommune, eller er en enkeltstående virksomhed. Det samme gælder lovens regler om anmeldelse af priser m.v. til Energitilsynet.

Derimod anfægter Energitilsynets afgørelse om tilladelig forrentning efter elforsyningsloven eller varmforsyningsloven ikke gyldigheden af forrentning, der fastsættes under den kommunale styrelseslovs § 55, stk. 2 [nu § 58], eller under låneaftaler. Der er derfor ingen konflikt mellem de to regelsæt.

Nævnet bemærker endelig, at de gennemsigtighedshensyn, som § 55, stk. 2 [nu § 58], i den kommunale styrelseslov også søger at fremme, ikke står i nogen modstrid med gennemsigtighedshensyn under elforsyningsloven og varmforsyningsloven.

[...]

Det følger af elforsyningsloven § 70, at priser for net- og transmissionsvirksomhedernes ydelser fastsættes i overensstemmelse med

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 49 af 62

de i § 70, stk. 2, nævnte indtægtsrammer. Rammerne fastsættes med henblik på dækning af de i § 69 nævnte omkostninger. Energitilsynet påser, at en virksomheds renten ikke overskrider den maksimale fastsatte forrentningsprocent for det pågældende år.

Varmeforsyningsloven sikrer, at forsyningsselskaberne ved indregningen af selskabernes omkostninger i varmeprisen kun indregner de nødvendige omkostninger.

Efter varmforsyningsloven § 21, stk. 4, kan Energitilsynet således gribe ind, hvis tariffer, omkostningsfordeling eller andre betingelser er urimelige efter varmforsyningsloven, og forholdet ikke kan bringes til ophør gennem forhandling. Nævnet fremhæver, at dette gælder, uanset om renten måtte være fastsat ved aftale med tredjemand.

Det fremgår af sagen, at Energitilsynets begrundelse for at forudsætte en væsentlig lavere rent end 7% p.a. til beregning af rente af mellemregningskontoen til indregning i de budgetterede priser på varme og gas er, at tilsynet har fastsat en maksimal forrentningsprocent for egenkapitalen på 7 efter reglerne i indtægtsrammebekendtgørelsen. Tilsynet har endvidere henvist til, at markedsrenten, som virksomheder med samme kreditværdighed som den kommunale fjernvarmforsyning kan opnå på eksterne lån af samme størrelse, må anses at være væsentlig lavere.

Hjemmel i varmforsyningslovens § 20a til at udmelde indtægtsrammer er ikke benyttet. Der skal derfor foretages en konkret vurdering af, hvorvidt en rentesats er en nødvendig omkostning, der kan indgå i priser og tariffer, jf. varmforsyningsloven § 21, stk. 4.

Nævnet finder, at en rimelighedsvurdering efter elforsyningsloven og varmforsyningsloven ikke kan indskrænke sig til en konstatering af, at nogle rammer, som tilsynet af praktiske grunde anvender, er overskredet. Nævnet vil endvidere fremhæve sin hidtidige praksis om, at en tilsynsmyndighed ved anvendelse af en almindelig indgrebsbeføjelse er mere begrænset i sin skønsudøvelse, end hvor myndigheden er tillagt egentlige godkendelsesbeføjelser eller mulighed for at udmelde indtægtsrammer.

[...]

Nævnet er dog enig med Energitilsynet i, at en virksomhed som den her foreliggende ikke uden videre kan anvende den efter indtægtsrammerne højst tilladte rente. Til brug for Energitilsynets behandling af forrentningen af mellemværende for varme- og bygasforsyningen finder nævnet, at tilsynet bør undersøge, til hvilken rente Københavns Kommune i perioden har optaget eksterne lån. Derved vil det kunne belyses, om der kan foreligge en krydssubsidiering fra el- og varmebrugerne til formål, der efter el- og varmforsyningslovene er priserne uvedkommende.

Nævnet tiltræder også de almindelige retningslinier, som tilsynet har opstillet i afgørelsens punkt 56 og 57.

[...]”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 50 af 62

Retsgrundlag

Af den på tidspunktet for Energitilsynets afgørelse gældende elforsyningslov fremgår bl.a.:

”§ 1. Lovens formål er at sikre, at landets elforsyning tilrettelægges og gennemføres i overensstemmelse med hensynet til forsyningssikkerhed, samfundsøkonomi, miljø og forbrugerbeskyttelse. Loven skal inden for denne målsætning sikre forbrugerne adgang til billig elektricitet og fortsat give forbrugerne indflydelse på forvaltningen af elsektorens værdier.

Stk. 2. Loven skal i overensstemmelse med de i stk. 1 nævnte formål særligt fremme en bæredygtig energianvendelse, herunder ved energibesparelser og anvendelse af kraftvarme, vedvarende og miljøvenlige energikilder, samt sikre en effektiv anvendelse af økonomiske ressourcer og skabe konkurrence på markeder for produktion og handel med elektricitet.

§ 46. [...]

Stk. 4. Aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår.

§ 69. Priserne for ydelser fra de kollektive elforsyningsvirksomheder fastsættes under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital. Ved fastsættelsen af priserne tages desuden hensyn til udgifter, som afholdes som følge af, at virksomhederne hæfter for gældsforpligtelser i medfør af § 46, stk. 3, eller for andre elforsyningsvirksomheders gældsforpligtelser stiftet inden lovens ikrafttræden. Priserne for ydelser fra en kollektiv elforsyningsvirksomhed må ikke stige som følge af det vederlag, der erlægges ved overdragelse af virksomheden.

§ 72. Forsyningspligtige virksomheder kan i deres priser som nævnt i § 69, stk. 1, indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

Stk. 2. Energitilsynet godkender prisfastsættelsen efter anmeldelse, jf. § 76. Godkendelsen kan ledsages af vilkår. Økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte regler om indholdet af vilkårene.

§ 76. De kollektive elforsyningsvirksomheder skal til Energitilsynet anmelde

- 1) priser, tariffer og betingelser for ydelser, der omfattes af bevilingerne, samt grundlaget for fastsættelsen af disse, herunder leveringsaftaler efter Energitilsynets nærmere bestemmelse,
- 2) [...]
- 3) dokumentation for udskillelse af kommercielle aktiviteter,
- 4) [...]
- 5) [...]
- 6) [...]

Stk. 2. [...]

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 51 af 62

Stk. 3. Energitilsynet kan fastsætte regler om anmeldelser efter stk. 1 og 2.

§ 77. Hvis Energitilsynet finder, at priser og leveringsbetingelser må anses for at være i strid med bestemmelserne i denne lov, kan tilsynet give pålæg om ændring af priser og betingelser.

Stk. 2. Hvis et urimeligt forhold i forbindelse med forhandlinger om netadgang ikke kan bringes til ophør ved pålæg efter stk. 1, kan Energitilsynet udstede pålæg til bevillingshavere om at indgå en aftale om forholdet på sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende aftaler.

Stk. 3. Finder Energitilsynet, at priser, betingelser eller aftaler må anses for at give en miljømæssig eller samfundsøkonomisk uensigtsmæssig anvendelse af energi, kan tilsynet efter forhandling med parterne give påbud om ændring heraf.

Stk. 4. Energitilsynet kan træffe bestemmelse om, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal ændre forbrugerpriserne, hvis virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende et overskud til ændring af priserne. ”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 52 af 62

Med virkning fra 1. januar 2005 er elforsyningslovens § 46 affattet således:

”§ 46. Aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår.

Stk. 2. De af stk. 1 omfattede aftaler skal foreligge i skriftlig form på aftaletidspunktet. Virksomhederne skal på begæring fra Energitilsynet forelægge tilstrækkelig dokumentation for, hvordan priser og vilkår for væsentlige aftaler er fastsat.”

Fra forarbejderne til elforsyningsloven, herunder til lovens § 72 (lovforslag nr. L 234, Folketinget 1998-99), citeres:

”i) Priser og betingelser for elektricitet:

Kollektive elforsyningsvirksomheder vil være omfattet af prisregulering, hvor det fælles udgangspunkt er, at virksomhedernes ydelser prifastsættes under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger ved opretholdelse af deres bevillingspligtige aktiviteter. Elproduktions- og handelsvirksomheders salg af elektricitet fastsættes fremover ved aftale, og prissætningen er således kommerciel. [...]

I det omfang selskaberne gennem effektivitetsforbedringer, der går videre end krævet i rammen, kan holde omkostningerne under indtægtsrammen opnår selskaberne et overskud. Overskuddet bruges til at finansiere selskabets fremtidige investeringer, aktiviteter og udgifter i øvrigt samt til forrentning af indskudskapital. Selskabet kan endvidere få godkendt en del af overskuddet som ekstraordinære effektiviseringsgevinster, der kan anvendes frit. Hermed indbygges i prisreguleringen af net- og transmissionsvirksomheder en begrænset overskudsmulighed, der skaber incitament til effektivitetsforbedringer. Miljø- og energiministeren

fastsætter regler om, hvad der kan anses for ekstraordinære effektiviseringsgevinster og om hvor meget heraf, der kan disponeres frit. Virksomhedens mulighed for forrentning af kapital, herunder eventuel indskudskapital vil således også afhænge af virksomhedens evne til at reducere omkostningerne i forhold til den udmeldte indtægtsramme.

[...]

Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Prisreguleringen skal især sikre, at også de små forbrugere får del i gevinsterne ved åbningen af elmarkedet. Der kan ikke på forhånd fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen på el afhænger af markedsforhold. Den pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den leverede el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Formålet hermed er at tvinge fortjenesten ned, hvis virksomheden opkræver for høje priser og således beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx et elhandelsselskab eller elproduktionsselskab under samme ejer.

[...]

Alle priser, tariffer og betingelser skal anmeldes til Energitilsynet, som kontrollerer, godkender og offentliggør oplysningerne.

[...]

Til § 72

Forsyningspligtige virksomheder vil efter forslaget blive pålagt en prisregulering, som tager hensyn til, at virksomhederne skal kunne agere kommercielt. Det foreslås i stk. 1, at de forsyningspligtige virksomheder kan indregne de kategorier af omkostninger, som er nævnt i § 69, samt et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger. Overskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes således, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer. Endvidere forudsættes det, at virksomhedens egne omkostninger holdes på et effektivt niveau. Der henvises i øvrigt til de almindelige bemærkninger om priser og betingelser for elektricitet pkt. i).

Ifølge forslagets stk. 2 skal Energitilsynet godkende prisfastsættelsen på grundlag af anmeldelse fra virksomheden. Godkendelsen kan ledsages af vilkår, herunder om mere effektive og billige indkøb af elektricitet. Det foreslås videre, at miljø- og energiministeren kan fastsætte regler om indholdet af vilkårene.”

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 53 af 62

Lov nr. 494 af 9. juni 2004 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmforsyning, § 4, stk. 4, som trådte i kraft den 1. juli 2004, bestemmer i § 4, stk. 4:

”Efterreguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser for perioden fra 2002 indtil ikrafttrædelsen af denne lovs prisregulering af forsyningspligtige virksomheder sker efter de hidtil gældende regler. Efterreguleringen sker i den enkelte virksomheds priser, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1, henholdsvis indkalkuleres i Energitilsynets fastsættelse af den enkelte virksomheds balancerings- og administrationsbidrag, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2 og 3. Denne efterregulering afsluttes senest i 2006.”

Energiklagenævnets bemærkninger

Sagen drejer sig om Energitilsynets godkendelse af EnergiMidt Forsyning A/S' priser for 2002. Klagers påstand er, at selskabets priser godkendes som rimelige efter elforsyningslovens § 72.

Sagen er i det væsentlige opstået, fordi energilovgivningen har opretholdt en egentlig priskontrol, som Energitilsynet skal udøve. For forsyningspligtige virksomheder skærper elforsyningslovens § 72, stk. 2, kontrollen til en egentlig godkendelsesbeføjelse over for priser. Ved godkendelsen kan der ske efterregulering. Om det overordnede formål med § 72 udtalte lovbemærkningerne, at ”Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser.”

Ifølge § 4, stk. 4, i lov nr. 494 af 9. juni 2004 skal Energitilsynet gennemføre efterreguleringen af priserne for 2002 og senere år til afslutning senest i året 2006.

Elforsyningslovens § 69 og § 72, stk. 1, angiver detaljerede regler for, hvilke hensyn Energitilsynet kan hhv. ikke tage ved prisberegningen. Disse bestemmelser suppleres af anmeldelsesbestemmelserne i § 76, der opregner en række yderligere elementer og dokumenter, som Energitilsynet kan og skal tage i betragtning ved sin afvejning.

Lovens § 72, stk. 2, sammenholdt med § 46, stk. 4 (nu § 46, stk. 1), og § 77, giver Energitilsynet omfattende skønsmæssige beføjelser ved udøvelse af prisgodkendelsen, idet tilsynet skal skride ind, hvis

- tilsynet ”finder”, at priserne ”må anses for at være” i strid med de ovennævnte bestemmelser (§ 77, stk. 1);
- der findes ”urimelige forhold”, hvilket efter lovbemærkningerne klart omfatter risiko for krydssubsidiering gennem koncernforhold eller aftalemæssig markedsregulering (§ 77, stk. 2);
- priserne fører til ”samfundsøkonomisk u hensigtsmæssig anvendelse af energi” (§ 77, stk. 3);

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 54 af 62

- der foreligger en disposition, der "ikke kan anses for rimelig for forbrugerne" (§ 77, stk. 4); eller hvis
- der foreligger aftaler, der ikke er indgået på markedsmæssige vilkår (§ 46, stk. 4 (nu § 46, stk. 1)).

Der er ikke i sagen grundlag for at antage, at Energitilsynet ikke har lagt de her nævnte kriterier til grund for den påklagede afgørelse. Der er ejheller grundlag for at antage, at tilsynet har anvendt de her citerede lovbestemmelser ukorrekt. Nævnet fremhæver, at klageren ejheller har anført urigtig anvendelse af elforsyningsloven i sine detaljerede anbringender.

Klagen fra EnergiMidt Forsyning A/S bygger således ikke primært på elforsyningsloven, men på selskabets forståelse og fortolkning af Energitilsynets praksis og de vejledninger, som tilsynet tidligere har udsendt i 2000, 2003 og 2004, og på en antagelse af bevis- og dokumentationsbyrdefordelingen, der fører til, at Energitilsynets skønsbeføjelser begrænses af beviskrav. Gennemgående synes klageren at finde, at tilsynet er for påholdende i fortolkningen af "rimeligt overskud" efter § 72, stk. 1. EnergiMidt Forsyning A/S' hovedsynspunkter kan sammenfattes således:

1. Med tilbagevirkende kraft og på en for selskaberne uforudsigelig måde har Energitilsynet ændret praksis i forhold til retningslinjerne i den gældende vejledning fra 2000 og den praksis, der forelå på grundlag heraf (herunder KE Kunde A/S-afgørelsen), som EnergiMidt Forsyning A/S havde anerkendt og indrettet sig efter. Praksisændringen består i, at tilsynet nu foretager mere konkrete prisvurderinger. Disse konkrete vurderinger strider mod de af vejledningen nærede forventninger om at kunne indregne den fulde forskel mellem selskabets salgsindtægter og omkostninger i avancen, når blot selskabet vurderedes effektivt ved at holde sin pris under referenceprisen. Ved høj omkostningseffektivitet vil en højere avance end 3 til 5 kr./MWh være mulig. Forventningerne bestyrkedes yderligere af, at Energitilsynet i 2004 trak et notat om praksisændring tilbage efter protest fra Dansk Energi.
2. Det strider mod det under pkt. 1 anførte, at Energitilsynet på det foreliggende har fundet EnergiMidt Forsyning A/S' overskud urimeligt i forhold til omsætningen og elindkøbenes omkostningseffektivitet, når salgsprisen i 2002 lå under tilsynets referencepris.
3. Forsyningspligtselskaber med en afsætning under 50.000 MWh bør udelades af benchmarkingen, idet disses driftsforhold afviger fra større forsyningspligtselskaber.
4. Energitilsynet har hverken begrundet eller sandsynliggjort, hvorfor EnergiMidt Forsyning A/S ikke har handlet omkostningseffektivt. Tilsynets skønsbeføjelser er underordnet disse beviskrav.
5. Koncernbetragtninger er ikke relevante i sagen på grund af det relativt lave omkostningsniveau.

Vedrørende anmodningen om mundtlig forhandling skønner Energiklagenævnet, at der ikke herved vil fremkomme nye og væsentlige faktiske omstændig-

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 55 af 62

heder, som ikke allerede har kunnet oplyses gennem den udførlige udveksling af synspunkter, som allerede har fundet sted for nævnet.

1.

Ad vejledningen og dertil knyttede forventninger

Nævnet bemærker indledende, at udgangspunktet er, at de forsyningspligtige selskaber varetager sine og kundernes interesser via indkøb på det kommercielle elmarked. Et selskabs fortjeneste afhænger af virksomhedens effektivitet sammenholdt med mulighederne for at agere effektivt på markedet, jf. herved elforsyningslovens § 1, stk. 2, vedrørende konkurrence på markeder for handel med elektricitet, og de bag lovens § 72 liggende hensyn til forsyningspligtselskabernes kommercielle fremfærd (incitamentsstyring). Således frembringes selskabets resultat som udgangspunkt af adfærden på markedet – ikke af en vejlednings retningslinjer om, hvordan myndighederne ved årets udgang vil føre tilsyn med, at elforbrugernes interesser varetages.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Ifølge forarbejderne til elforsyningslovens § 72 fordrer prisreguleringen ”en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet”. Elforsyningslovens udgangspunkt er, at myndigheders afgørelser skal hvile på et konkret skøn på basis af lovens regler, når der ikke er klar hjemmel for andet. Lovens § 72 giver således Energitilsynet ret og pligt til at vurdere for hvert selskab, om en prisfastsættelse kan godkendes ud fra prisbestemmelserne i loven. I tvivlstilfælde skal det afgørende hensyn for skønnets resultat være, at elforbrugerne sikres rimelige priser.

Side 56 af 62

Tilsynet har herved ret og pligt til efter § lovens 84 at kræve den dokumentation, der må anses for nødvendig for en fuldt oplyst vurdering af den positive eller negative efterregulering, som den enkelte virksomheds prisfastsættelse måtte give anledning til. Det samme følger med virkning fra 1. januar 2005 af elforsyningslovens § 46, stk. 2. Der er ikke i loven holdepunkter for, at det skulle begrænse Energitilsynets skøn, at der mangler dokumentation, uanset krav herom er fremsat.

Elforsyningslovens § 72 overlader Energitilsynet et skøn. Tilsynets ”Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse” af 27. oktober 2000, kan derfor ikke binde tilsynets skøn på en måde, som de forsyningspligtige selskaber generelt kan påberåbe sig i forhold til Energitilsynet eller over for elforbrugerne. Det af klager anførte desangående kan ikke ændre herpå. I modsætning til vejledningerne på det sociale område og på skatteområdet, hvis retskildeværdi er påberåbt som analogi i sagen, er Energitilsynets vejledning ikke søgt kundgjort.

Nævnet kan således ikke tiltræde, at Energitilsynet gennem vejledningen har fraskrevet sig over for de forsyningspligtige selskaber at kunne foretage en

konkret vurdering fra sag til sag, eller gennem vejledningen generelt har begrænset de mulige resultater af skønnet. Nævnet kan heller ikke tiltræde, at Energitilsynet ikke vil kunne ændre vejledningen.

Nævnet finder det naturligt, at Energitilsynet i notatform har klargjort prisgodkendelsens problematik både for sig selv og – som led i moderne serviceorienteret forvaltningsvirksomhed – også for berørte borgere og selskaber. Det gælder ikke mindst ved anvendelsen af retlige standarder som de i § 72 omhandlede ”effektivitet” og ”rimeligt overskud”, hvis indhold nødvendigvis må variere over tid, hvorfor vejledningen må undergå justeringer med passende mellemrum.

Nævnet nærer ingen betænkelighed ved, at tilsynet anvender en vejledning som retningslinje for en konkret vurdering. Vejledningens retlige status indebærer imidlertid, at der *skal* ske en konkret vurdering i henhold til elforsyningslovens § 72.

Da visse interne forvaltningsregler *efter deres indhold og anvendelse* kan rejse spørgsmål om berettigede forventninger, finder nævnet anledning til at understrege, at nævnet er enig i, at vejledningen kan indgå i vurderingen af den retsstilling, de forsyningspligtige selskaber tillægges ved anvendelsen af elforsyningslovens §§ 72 og 77.

I denne forbindelse bør det i øvrigt bemærkes, at klageren fremhæver, at Energiklagenævnet har fuld prøvelsesret over for tilsynets afgørelser. Det fremstår imidlertid som uforeneligt hermed, at Energiklagenævnet ved sin afgørelse skulle være begrænset af tilsynets vejledning på den måde, som klageren også påstår. Konsekvensen heraf ville i øvrigt være, at elforbrugernes klageadgang skulle respektere en sådan begrænsning af anvendelsen af § 72.

Om Energitilsynets ”Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse” af 27. oktober 2000 konstaterer nævnet, *at* vejledningen angiver at have til formål at informere generelt (pkt. 2), *at* vejledningens pkt. 2, 3, 11, 33, 40, 75, 88, 89 og 106 betoner, at vejledningen alene danner udgangspunkt for reguleringen, og *at* vejledningens pkt. 33, 45, 51, 88 og 91 udtrykkeligt bekræfter, at Energitilsynet fra sag til sag vil foretage den konkrete vurdering, som lovens § 72 pålægger tilsynet.

Nævnet finder, at det forhold, at tilsynet i februar 2004 trak et notat om ændrede principper for prisregulering tilbage, ikke kan berettige en forventning om, at der ikke kunne ske en justering af praksis i forhold til 2000-vejledningen.

Nævnet må endvidere fastslå, at der ikke etableres en praksis ved, at kontrollen grundet ressourcehensyn for ét reguleringsår har haft en lavere intensitet

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 57 af 62

end det er tilfældet for 2002. Nævnet bemærker endvidere, at en enkelt afgørelse – tilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedr. KE Kunde A/S – ikke etablerer en praksis. Nævnet bemærker også, at Energitilsynet i KE Kunde A/S-sagen foretog en konkret vurdering.

Nævnet finder, at der ikke er særlige grunde, der medfører, at myndighedernes almindelige beføjelse til at ændre deres vejledninger og lign. er undergivet begrænsninger i forhold til § 72.

Herudfra og i øvrigt ud fra vejledningens karakter og ordlyd kan nævnet ikke finde klagerens forventninger berettigede.

2.

Ad EnergiMidt Forsyningspligt A/S' overskud

Energitilsynets udgangspunkt for et rimeligt overskud er 3 kr./MWh. EnergiMidt Forsyningspligt A/S' overskud før skat var i 2002 6,04 kr./MWh, svarende til en egenkapitalforrentning på 17,0%. Spørgsmålet for nævnet er, om et sådant overskud er rimeligt efter elforsyningslovens § 72, stk. 1.

Som nævnet bemærkede i afgørelsen af 10. december 2004 (j.nr. 21-92), er formålet med det rimelighedstilsyn, der foretages efter elforsyningsloven, at hindre, at urimelige udgifter indregnes i priserne og dermed overvæltes på elforbrugerne eller grupper heraf. Disse beskyttelseshensyn er ifølge sagens natur de samme, hvad enten et elselskab er led i en koncern eller en kommune, eller er en enkeltstående virksomhed. Det samme gælder lovens regler om anmeldelse af priser m.v. til Energitilsynet.

Som nævnet bemærkede i afgørelsen af 16. november 2004 (j.nr. 21-262), har det betydning for skønnet og beviskravene, hvorvidt forvaltningsmyndigheden er tillagt egentlige godkendelsesbeføjelser eller mulighed for at udmelde indtægtsrammer, eller om den alene råder over en almindelig indgrebsbeføjelse. Som nævnt ovenfor har elforsyningslovens § 72, stk. 2, karakter af en egentlig godkendelsesbeføjelse. I afgørelsen af 10. december 2004 om forrentningen af Københavns Kommunes mellemværende med de kommunale forsyningsvirksomheder (j.nr. 21-92) fandt nævnet det netop nødvendigt, at tilsynet undersøgte renten for Københavns Kommunes eksterne lån for derved at kunne belyse, om der forelå krydssubsidiering fra el- og varmemeforbrugerne til formål, der efter el- og varmemeforsyningslovene var priserne uvedkommende. Hensynet til den generelle varetægelse af energiforbrugernes forhold, som bl.a. fremgår af elforsyningslovens § 1, indebærer, at myndighederne ikke uden videre kan godkende den højest mulige fortjeneste eller forrentning, men må afgøre en dispositions rimelighed fra sag til sag.

De hovedhensyn, der har været bestemmende for Energitilsynets foreløbige tilkendegivelser og senere endelige afgørelse kan sammenfattes i 3 punkter:

- (a.) at selskabets salgspris var den 19. bedste af 30 i Vestdanmark,

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 58 af 62

- (b.) at EnergiMidt Forsyning A/S ikke havde dokumenteret at have afsøgt markedet for alternative leverandører, og endelig
- (c.) at klagerens elindkøb var foretaget gennem det interesseforbundne elhandelsselskab Dan Energi A/S.

Punkt a vedrører hovedsageligt benchmarkingssynspunkter, mens punkterne b og c hovedsageligt drejer sig om dokumentationens detaljeringsgrad.

Ad a.

Uanset manglende omtale heraf i 2000-vejledningen, finder nævnet det hverken ulovligt eller usagligt efter elforsyningsloven, at tilsynet har antaget, at det relevante marked er Vestdanmark og derfor sat EnergiMidt Forsyning A/S' priser og omkostninger i forhold til gennemsnit og andre sammenlignelige selskaber i Vestdanmark. Nævnet bemærker, at den gældende elforsyningslov fra 1999 netop har indført benchmarkingsinstrumenter i reguleringen af kollektive elforsyningsvirksomheder.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 59 af 62

Ad b og c.

EnergiMidt Forsyningspligt A/S, der er rådig over dokumentationen for, at selskabet har afsøgt markedet, er efter nævnets opfattelse også nærmest til at fremkomme med den for tilsynet, eller bære risikoen for dens fravær. Sådanne oplysninger er hverken fremlagt under sagens behandling i første eller anden instans, og nævnet tiltræder derfor, at tilsynet er gået ud fra, at EnergiMidt Forsyningspligt A/S ikke har afsøgt markedet.

Nævnet kan ej heller give klageren ret i, at en virksomhed med priser under referenceprisen alene kan reguleres, hvis Energitilsynet kan påvise forhold, der klart og utvivlsomt taler herfor. En sådan bevisbyrderregel og begrænsning af tilsynets skøn ville ikke være forenelig med elforsyningslovens krav om konkret skøn fra sag til sag, eller forbrugerbeskyttelsen som overordnede formål.

Angående køb fra et interesseforbundet selskab har klager anført, at EnergiMidt A/S' ejerdel af Dan Energi A/S på 48,79 % taler imod, at EnergiMidt Forsyning A/S skulle have tilskyndelse til eller interesse i høje priser.

EnergiMidt Forsyning A/S' elindkøb er sket gennem Dan Energi A/S, som for 48,79 % af aktiernes vedkommende ejes af EnergiMidt A/S, som er moderselskab for EnergiMidt Forsyning A/S' moderselskab. Uagtet, at EnergiMidt Forsyning A/S ikke direkte eller indirekte ejer Dan Energi A/S, omtaler EnergiMidt Forsyning A/S' årsrapport for 2002 moderselskabet EnergiMidt Net A/S og dennes moder- og søsterselskaber som nærtstående parter, idet årsrapporten bemærker, at transaktioner mellem disse er "elimineret fuldt ud i koncernregnskabet for Energi Midt Amba, hvorfor der ikke er oplyst om transaktioner med disse." Ligeledes omtaler Dan Energi A/S' årsrapport for 2002 EnergiMidt Forsyning A/S som nærtstående. Energitilsynet har derfor med føje anset selskaberne som nærtstående.

Af elforsyningslovens forarbejder følger, at prisreguleringen af de forsyningspligtige selskaber blandt andet har til formål at ”beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx et elhandelsselskab ... under samme ejer.” Det følger af hensynet til prisreguleringens effektivitet og troværdighed over for elforbrugerne, at Energitilsynet bør skride ind over for tegn på krydssubsidiering fra et selskabs forsyningspligtige kunder (eksempelvis til nærtstående handelsselskaber, som ikke er omfattet af Energitilsynets beføjelser). Dokumentationskravene skal sikre såvel selskabets mulighed for at agere effektivt på markedet som Energitilsynets mulighed for at forvise sig om, at selskabet ikke – sådan som elforsyningsloven er til hinder for – gennem sine indkøb fører værdier over i andre selskaber, eksempelvis nærtstående handelsselskaber.

Ud fra det oplyste om EnergiMidt-koncernens struktur- og ledelsesforhold finder nævnet det beføjet, om Energitilsynet har øget tilsynet med EnergiMidt Forsyning A/S’ priser og omkostninger. Nævnet kan derfor ikke kritisere, at tilsynet har reageret over for EnergiMidt Forsyning A/S’ indkøbsaftaler med Dan Energi A/S.

Efter en samlet vurdering af EnergiMidt Forsyning A/S’ sag har Energitilsynet fundet, at et overskud på 6,04 kr./MWh ikke er rimeligt i forhold til omsættningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger. Energiklagenævnet finder ikke grundlag for at underkende eller korrigere Energitilsynets vurdering af rimeligheden af et så stort overskud, i en branche uden erhvervsrisiko af betydning, i forhold til det gældende renteniveau på tidspunktet for prisgodkendelsen.

3.

Ad forsyningspligtselskaber med mindre MWh-afsætning

Der er efter nævnets opfattelse ikke hjemmel i elforsyningsloven til generelt at udelade forsyningspligtselskaber med mindre MWh-afsætning fra benchmarkingen. Det kan ej heller antages, at en sådan udeladelse til fordel for EnergiMidt Forsyning A/S har nogen saglig grund for sig.

4.

Ad sandsynliggørelse af og begrundelse for klagers effektivitet

Efter elforsyningslovens § 84 kan Energitilsynet i forbindelse med kontrollen efter § 72 indhente de nødvendige oplysninger ud over det efter § 76 anmeldte. Eftersom klageren efter tilsynets opfattelse vægrede sig ved at begrunde sin påståede effektivitet, finder nævnet, at Energitilsynet under disse omstændigheder ikke kunne lægge til grund, at EnergiMidt Forsyning A/S handlede effektivt i forhold til omkostningerne. Det var netop med henblik på at undersøge rigtigheden af denne antagelse, at Energitilsynet underkastede selskabet den kontrol, som denne klagesag drejer sig om.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 60 af 62

Den påklagede afgørelse er efter nævnets opfattelse tilstrækkeligt begrundet i kraft af såvel den udtrykkelige henvisning til retsgrundlaget i elforsyningslovens § 72, som redegørelsen for selskabets markedsadfærd.

5. Omkostningsniveauets betydning for Energitilsynets medinddragelse af koncernforhold

Som det fremgår af pkt. 2 ovenfor, ad b og c, finder Energiklagenævnet, at Energitilsynet med føje har inddraget koncernforholdene i sine undersøgelser og overvejelser. EnergiMidt Forsyning A/S' påstand om, at selskabets omkostningsniveau skulle medføre, at tilsynet konkret skulle udelade koncernforbindelserne som et argument for sit resultat, kan af de ovenfor anførte grunde ikke tiltrædes.

Energiklagenævnets konklusion

Den overordnede konklusion på klagesagen er, at det skøn, som Energitilsynet har udøvet, ligger inden for de rammer, elforsyningsloven fastsætter, og i øvrigt er udøvet sagligt. Da klagen i det væsentligste støtter sig på vejledningen, tilføjer nævnet, at hovedsynspunktet herom må være, at Energitilsynet ikke kan fraskrive sig de vide skønsmæssige beføjelser, som er grundlaget for den type af priskontrol og prisgodkendelse, som elforsyningsloven foreskriver.

Det er derfor også nødvendigt at fastslå, at notater fra Energitilsynet ikke ville kunne begrænse den skønsudøvelse, som pålægges tilsynet ved elforsyningslovens §§ 46, 69, 72, 76 og 77, til fordel for en selvskabt tilsynspraksis. Nævnet finder ejheller bevis for, at tilsynet har ment, at dets notater skulle have haft et sådant formål eller følge. Endnu mindre er der anledning til at antage, at Energitilsynet ville eller kunne fraskrive sig ret til at revidere de holdninger eller synspunkter, notater måtte give udtryk for, på grundlag af nye erfaringer eller erkendelser, eksempelvis om den bedste måde at håndtere koncernforhold og forbrugerbeskyttelse.

Klagen er derfor i en vis forstand en klage over elforsyningslovens prisgodkendelsessystem som sådan, hvilken imidlertid falder uden for tilsynets og nævnets kompetence.

Energitilsynets afgørelse af 14. juli 2004 bør derfor stadfæstes.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 14. juli 2004 stadfæstes.

Afgørelsen indebærer, at den af Energitilsynet beregnede efterregulering skal gennemføres som en reduktion i EnergiMidt Forsyning A/S' priser i 2003 og/eller 2004, og at efterreguleringen skal tilvejebringes uafhængigt af øvrig prisregulering.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 10. marts 2005.

11. marts 2005

J.nr.: 11-224

Eksp.nr.: 18722

TAT-EKN

Side 61 af 62

Afgørelsen er truffet i henhold til § 89 i lov om elforsyning, jf. lovbekendtgørelse nr. 151 af 10. marts 2003 med senere ændringer, og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Afgørelsen er sendt til advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af EnergiMidt Forsyning A/S. Afgørelsen er endvidere sendt til Energitilsynet.

P. N. V.

Christen Boye Jacobsen
Nævnshoved

11. marts 2005

J.nr.: 11-224
Eksp.nr.: 18722
TAT-EKN

Side 62 af 62

/ Thomas Andersen Thrane
Fuldmægtig