

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 SEAS Strømmens Elforsyning A/S af 2. november 2004
over
AFGØRELSE FRA Energitilsynet af 6. oktober 2004
OM Prisgodkendelse for 2002

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

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

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 stadfæstes.
AFGØRELSE

Oversigt

| | |
|---|----------------|
| <i>Den påklagede afgørelse</i> | <i>side 2</i> |
| <i>Klagen til Energiklagenævnet</i> | <i>side 9</i> |
| <i>Energitilsynets bemærkninger til klagen</i> | <i>side 17</i> |
| <i>Parternes yderligere brevveksling</i> | <i>side 29</i> |
| <i>Supplerende oplysninger om Energitilsynets vejledninger og notater</i> | <i>side 32</i> |
| <i>Supplerende oplysninger om Energitilsynets praksis</i> | <i>side 40</i> |
| <i>Retsgrundlag</i> | <i>side 42</i> |
| <i>Energiklagenævnets praksis</i> | <i>side 46</i> |
| <i>Energiklagenævnets bemærkninger</i> | <i>side 48</i> |
| <i>Energiklagenævnets afgørelse</i> | <i>side 55</i> |

Ved brev af 2. november 2004 og efterfølgende endeligt klageskrift af 16. december 2004 har advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af Dansk Energi som mandatar for SEAS Strømmens Elforsyning A/S indbragt Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 for Energiklagenævnet.

Energitilsynets afgørelse bestod i, at et rimeligt overskud i 2002 for SEAS Strømmens Elforsyning A/S i 2002 fandtes at udgøre 3,00 kr./MWh, svarende til 3,960 mio. kr. Dermed fandt tilsynet, at det alene var 3,960 mio. kr., der vil kunne overføres som uudnyttet avance for 2002 til indregning i priserne for 2003 og 2004. Tilsynet godkendte på den baggrund SEAS Strømmens Elforsyning A/S' forsyningspligtpris for 2002, jf. dagældende elforsyningslovens § 72, stk. 2.

Energitilsynets bemærkninger af 1. april 2005 vedrørende klagen har været forelagt klageren, hvis advokat har svaret ved brev af 28. juli 2005. Tilsynet er fremkommet med yderligere bemærkninger ved e-mail af 1. august 2005, og ved e-mail af 26. april 2006 har klagers advokat fremsendt et endeligt påstandsdokument.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 2 af 55

Den påklagede afgørelse

Af Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 fremgår:

"Energitilsynet har i brev af 12. juli 2004 og 21. september 2004 til SEAS Strømmens Elforsyning A/S (SEAS) foretaget en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1 og pkt. 31-33, 45, 88 m.fl. i Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000. I den sammenhæng har Energitilsynet og SEAS tillige afholdt et møde den 27. august 2004.

Denne skrivelse skal således ses i sammenhæng med Energitilsynets brev til virksomheden af 12. juli 2004 og 21. september 2004.

Det fremgik af Energitilsynets skrivelse af 21. september 2004, at SEAS inden den 5. oktober 2004 kunne gøre indsigelse til Energitilsynet og anmode om, at særegne forhold for virksomheden evt. kunne inddrages i vurderingen, hvorefter Energitilsynet ville træffe endelig afgørelse.

SEAS har ikke reageret herpå. Energitilsynets vurderingsgrundlag er derfor det samme som det grundlag, som Energitilsynet traf sin vurdering på i brev af 21. september 2004, hvorfor Energitilsynet fastholder sin vurdering af 21. september 2004.

Afgørelse

På det foreliggende grundlag er det Energitilsynets afgørelse, at et rimeligt overskud i 2002 for SEAS Strømmens Elforsyning A/S var 3,00 DKK/MWh, svarende til 3,960 mio. DKK.

Det er alene disse 3,960 mio. DKK, der vil kunne overføres som uudnyttet avance til indregning i priserne for 2003 og 2004.

På den baggrund kan **SEAS Strømmens Elforsyning A/S forsyningspligtpris for 2002 godkendes**, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.

Herefter betragtes prisreguleringen for 2002 som endeligt afsluttet.

[...]"

Energitilsynet foretog i brev af 12. juli 2004 og 21. september 2004 til SEAS Strømmens Elforsyning A/S en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet iht. elforsyningslovens § 72, stk. 1.

Fra brevet af 12. juli 2004 citeres:

"På baggrund af Energitilsynets møde den 23. februar 2004 og Energitilsynets brev til SEAS Strømmens Elforsyning A/S af 3. marts 2004 besluttede Energitilsynet foreløbigt ikke at godkende virksomhedens forsyningspligtpris for 2002, idet Energitilsynet ville foretage en konkret vurdering af SEAS Strømmens Elforsyning A/S' forsyningspligtpris for 2002. Nærværende skrivelse er på det foreliggende grundlag Energitilsynets konkrete vurdering af SEAS Strømmens Elforsyning A/S for 2002.

Energitilsynets konkrete vurdering tager udgangspunkt i elforsyningslovens § 72, stk. 1, og pkt. 31-33, 45, 88 m.fl. i Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000 (efterfølgende benævnt Vejledningen).

Denne skrivelse skal tillige ses i sammenhæng med virksomhedens brev af 21. november 2003, hvori virksomheden anmoder om Energitilsynets tilsagn om overførsel af evt. uudnyttet avance for 2002.

Vurdering af virksomhedens effektivitet og fastsættelse af et rimeligt overskud for 2002

Det fremgår af Vejledningens pkt. 99, at Energitilsynets forventning til et rimeligt overskud for effektivt drevne virksomheder i udgangspunktet er mellem 0,3-0,5 øre/kWh.

Under hensyntagen til erfaringerne omkring afkastet af investeret kapital i effektivt drevne virksomheder i sammenlignelige brancher med en sammenlignelig risiko, skal overskuddet dække en rimelig forrentning af virksomhedens egenkapital, jf. Vejledningens pkt. 96 og 98. Et overskud over 0,3-0,5 øre/kWh er således i udgangspunktet udtryk for et urimeligt højt overskud.

Udgangspunktet for et rimeligt overskud i 2002 er i Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 og dennes pkt. 11 og 44 fastsat til ikke over 0,3 øre/kWh.

Virksomheder med en stor omsætning vil således – alt andet lige – kunne opnå et større overskud end virksomheder med en mindre omsætning.

At Energitilsynet i udgangspunktet tildeler overskuddet på baggrund af virksomhedens afsætning – og ikke på baggrund af omsætningen, sådan som det er formuleret i elforsyningslovens § 72 - skyldes, at det ikke ville være rimeligt, at virksomhedernes overskud skulle afhænge af, hvorvidt elprisen på elbørsen steg eller faldt, ligesom at det ikke ville give virksomhederne et incitament til at købe billigt og effektivt ind. Det er derudover mere praktisk

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 3 af 55

for såvel virksomhederne som for Energitilsynet at tage udgangspunkt i afsætningen, jf. også princippet i Vejledningen.

Det fremgår eksplicit af såvel bemærkningerne til elforsyningslovens § 72, stk. 1. som af Vejledningens pkt. 31-33, 45, 88. m.fl., at Energitilsynet skal anlægge en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet. Energitilsynet kan ikke tillægge referenceprisen absolut betydning. Dette vil heller ikke stemme overens med de almindelige bemærkninger pkt. i) i elforsyningsloven, hvorefter at *"der ikke på forhånd kan fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen for el afhænger af markedsforhold"*.

År 2001 var det første år, hvor Energitilsynet foretog en prisregulering som følge af introduktionen af den nye elforsyningslov. Prisreguleringen for 2001 tog – ligesom i 2002 – udgangspunkt i Vejledningen, 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 elselskaber for 2001; 25. november 2002 vedr. kapitaltab i ELGAS og 20. januar 2003 vedr. uudnyttet avance for KE Kunde A/S.

Det fremgår af pkt. 27-28 i sidstnævnte afgørelse af 20. januar 2003, at Energitilsynet i 2001 ensidigt til fordel for virksomhederne har valgt kun at tage hensyn til virksomhedernes fordyrede elementer i de konkrete vurderinger for 2001, men at Energitilsynet lige så vel kan skærpe effektivitetsvurderingen i forhold til prisreferencen fx, hvis elhandelsstrategien har resulteret i billigere elindkøb end forudsat i referenceprisen.

Det står videre i pkt. 4-8 i afgørelsen af 20. januar 2003, at Energitilsynet ønsker at behandle kapitaltab og -gevinster i forbindelse med elhandelsstrategien ens, således at virksomhederne behandles symmetrisk. KE Kunde A/S fik således Energitilsynets godkendelse til at indregne uudnyttet avance for 2001 i priserne for 2002, men tilgodehavendet fremkommer, *fordi* salgsprisen lå under referenceprisen, *og fordi* en konkret afprøvning af KE Kunde A/S' elindkøbsstrategi viste, at KE Kunde A/S i et vist omfang havde indkøbt el billigere end den gældende markedspris.

KE Kunde A/S fik således ikke Energitilsynets 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. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at der dengang ikke fandtes markedsdata på Nord Pool for eltermisprodukter med prisreference Østdanmark, og at elmarkedet gennemgik store forandringer.

Afgørelsen af 20. januar 2003 viser således, 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.

Det fremgår af de almindelige bemærkninger pkt. i) i elforsyningsloven, at virksomhedens *"avance reguleres, således at den*

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 4 af 55

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... under samme ejer”.

Det fremgår af skema 6 i SEAS Strømmens Elforsyning A/S' brev til Energitilsynet af 20. maj 2003, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S har indregnet uudnyttet avance for 2001 på 11,5 mio. DKK i regnskabet for 2002.

Energitilsynet har i brev af 13. februar 2003 tildelt virksomheden et regulatorisk tilgodehavende på 20,3 mio. DKK vedr. 2001 i lyset af, at det er dokumenteret, at virksomheden har indkøbt elektricitet i 2001 til en pris under den formodede markedspris, jf. principperne fra Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedr. KE Kunde A/S.

Det fremgår af SEAS Strømmens Elforsyning A/S' regnskab anmeldt til Energitilsynet den 20. maj 2003, at tab på kapitalandele i associeret virksomhed svarende til 3,050 mio. DKK er medtaget i virksomhedens reguleringsregnskab, jf. også note 6 i virksomhedens officielle årsregnskab for 2002. Sådan sideordnet virksomhed skal holdes regnskabsmæssigt adskilt fra den kollektive elvirksomheds øvrige aktiviteter, jf. § 1, stk. 2 i BEK nr. 186 af 20. marts 2000 og elforsyningslovens § 47, stk. 4.

Virksomhedens regulatoriske overskud for 2002 er derfor umiddelbart 10,445 mio. DKK og ikke 7,395 mio. DKK. Det bemærkes i den sammenhæng, at virksomheden umiddelbart har allokeret samtlige omkostninger til forsyningspligtaktiviteterne. I det omfang, at omkostninger eksempelvis vedrører andre aktiviteter end forsyningspligt, kan disse ikke medtages i reguleringsregnskabet. Nærværende vurdering forudsætter, at omkostninger er korrekt fordelt.

Af note 8 i det officielle årsregnskab for 2002 fremgår det, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S indestår som kautionist for 30,4 mio. DKK, som led i Elektra A/S' køb af energi. I det omfang, at virksomheden eventuelt herved stiller garanti for Elektra A/S, er dette i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 1.

På baggrund af SEAS Strømmens Elforsyning A/S' foreliggende anmeldelser af priser og vilkår, samt grundlaget herfor, udgør virksomhedens overskud før skat 10.445.000 DKK, svarende til 7,91 DKK/MWh eller 15,2 % i egenkapitalforrentning.

Et overskud af den størrelsesorden er, isoleret set, ikke rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger, jf. pkt. 11. og 44. i Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004, og kan således i udgangspunktet alene godkendes i lyset af virksomhedens indregning af uudnyttet avance vedr. 2001.

Den gennemsnitlige salgspris for 2002 udgør 217,92 DKK/MWh, hvilket er 4,78 DKK/MWh under Energitilsynets referencepris, jf. pkt. 27. i afgørelse af 23. februar 2004, men 4,19 DKK/MWh hø-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 5 af 55

jere end gennemsnitsprisen for Østdanmark, jf. Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 vedr. "Regulering af forsyningspligtselskaber" og dennes tabel 2. Salgsprisen er den 8. bedste ud af 10 i Østdanmark.

Virksomheden har øvrige omkostninger på 24,31 DKK/MWh, hvilket er over såvel Energitilsynets udgangspunkt på 20 DKK/MWh som gennemsnittet i Østdanmark på 23,24 DKK/MWh, hvilket Energitilsynet tillægger stor betydning, idet dette omkostningselement – i modsætning til elindkøbsomkostningen – er en mere styrbar omkostning. Tillige synes "øvrige omkostninger" i større omfang end elindkøbsomkostninger at kunne nedbringes gennem udnyttelse af stordriftsfordele.

Energitilsynet kan konstatere, at virksomheden har anmeldt skriftlige porteføljemanagement- og elhandelsaftaler til Energitilsynet, men kan omvendt ikke konstatere, at virksomheden har anmeldt skriftlige aftaler for bl.a. samfakturering og fælles drift af kunde-/callcenterydelser m.v. for 2002. Sidstnævnte er ikke udtryk for effektivitet, herunder god forretningsskik, ligesom det medfører, at virksomheden ikke kan dokumentere effektivitet for øvrige omkostninger over for Energitilsynet.

Kollektive elforsyningsvirksomheder skal særligt, når disse handler med interesseforbundne selskaber, udvise omhu for, at ydelser udveksles på markedsvilkår, jf. også elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Under hensyntagen til Energitilsynets udgangspunkt for et rimeligt overskud, jf. pkt. 11 og 44 i afgørelsen af 23. februar 2004, samt virksomhedens høje niveau for øvrige omkostninger og den manglende dokumentation for øvrige omkostninger vurderes det, at et rimeligt overskud for virksomheden er 2,50 DKK/MWh eller 3,300 mio. DKK i 2002.

Virksomheden kunne i 2002 således reelt oppebære et overskud på 3,300 mio. DKK tillagt 20,3 mio. DKK i uudnyttet avance fra 2001. Fratrækkes det regulatoriske overskud før skat for 2002 på 10.445.000 DKK betyder det, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S i 2003 kan indregne 13,155 mio. DKK (20,300+3,300-10,445 mio. DKK) i uudnyttet avance vedr. 2001.

På dette grundlag er det Energitilsynets vurdering, at **SEAS Strømmens Elforsyning A/S' pris kan godkendes for 2002**, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2. Prisdokumentationen ledsages imidlertid af det vilkår, at virksomheden straks udarbejder fyldestgørende skriftlige aftaler vedr. udveksling af fx samfakturerings- og callcenterydelser, samt at disse aftaler straks anmeldes til Energitilsynet, jf. elforsyningslovens § 76. Manglende anmeldelse heraf vil som udgangspunkt ikke være udtryk for god effektivitet.

Uudnyttet avance for 2002

SEAS Strømmens Elforsyning A/S har i brev af 21. november 2003 til Energitilsynet anmodet om "tilsagn om overførsel af forsyningspligtselskabets uudnyttede avance for 2002". Virksomheden nævner, at den fulde forskel mellem Energitilsynets referen cepris på 222,7 DKK/MWh og virksomhedens salgspris på 188,8

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 6 af 55

DKK/MWh – svarende til 33,9 DKK/MWh eller 44.751.254 DKK – ønskes overført som uudnyttet avance til senere brug/indregning.

Indledningsvist skal Energitilsynet korrigere virksomhedens beregning, idet virksomhedens salgspris for 2002 udgjorde 217,92 DKK/MWh, jf. virksomhedens anmeldelse til Energitilsynet af 20. maj 2003, og ikke som oplyst 188,8 DKK/MWh.

Det fremgår af pkt. 31 og 15-17 i Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003, at Energitilsynets udgangspunkt er, at virksomheder med salgspriser under referenceprisen kan gøre krav på uudnyttet avance for 2001, i det omfang, at virksomheden kan dokumentere, at det skyldes mereeffektivitet i elindkøbet i forhold til markedsprisen.

I lyset af, at Østdanmark som det sidste prisområde i Danmark fik noteret terminskontrakter for områdekontrakter/CfD (Contracts for Difference) på Nord Pool medio 2001, vurderer Energitilsynet, at det ikke er rimeligt at forvente, at virksomhederne i 2002 – i modsætning til 2001 – umiddelbart kan indkøbe el på termin til en pris, der er lavere end den gældende markedspris. Markedet for el på termin vurderes således at være afgørende mere effektivt og gennemsigtigt i 2002/01 end det var i 2001/00.

Det giver således ikke mening, at vurdere hvorvidt el indkøbt på termin i perioden efter Nord Pools introduktion af sådanne elterminsprodukter og den generelle udvikling i markedsstrukturen skulle være indkøbt til en pris lavere end den på samme tidspunkt gældende markedspris.

Det er derfor Energitilsynets vurdering, at **SEAS Strømmens Elforsyning A/S anmodning om overførsel af uudnyttet avance for 2002 ikke kan efterkommes.**”

Fra Energitilsynets brev af 21. september 2004 til SEAS Strømmens Elforsyning A/S vedr. prisgodkendelse for 2002 citeres:

”[...]

SEAS Strømmens Elforsyning A/S’ (SEAS) efterfølgende anmeldelse af ”Samarbejdsaftale” (ej dateret) og efterfølgende præcisering af ydelsens pris i brev af 13. september 2004 til 44 DKK per kunde er nu fyldestgørende anmeldt til Energitilsynet for 2002, og denne omkostning vurderes at være effektiv.

SEAS’ samlede omkostninger og ”øvrige omkostninger” er således på et niveau, der kun ligger marginalt under gennemsnittet for branchen i Østdanmark. Såvel SEAS ”samlede omkostninger” som ”øvrige omkostninger” er således de 6. højeste ud af 10 i Østdanmark.

Da SEAS nu har redegjort for faktureringsomkostningen, og at disse vurderes at være effektive, samt at SEAS i en benchmarking falder ud som den 6. bedste virksomhed ud af 10 i Østdanmark, vurderer Energitilsynet, at et rimeligt overskud for SEAS kan hæves fra 2,50 DKK/MWh til 3,00 DKK/MWh, svarende til 3,960 mio. DKK.

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 7 af 55

Det er imidlertid fortsat vurderingen, at SEAS ikke redegør for andre forhold, der på afgørende vis kan ændre Energitilsynets sekretariats vurdering af 12. juli 2004. På den baggrund må Energitilsynet fastholde sin vurdering af 12. juli 2004, dog med den ændring, at avancen ændres fra 2,50 DKK/MWh til 3,00 DKK/MWh.

Imidlertid skal Energitilsynets sekretariat knytte følgende kommentarer til virksomhedens øvrige forhold, jf. nedenfor.

Ang. kaution på 30,4 mio. DKK:

Energitilsynet gør opmærksom på, at kollektive elforsyningsvirksomheder ikke må stille sådan sikkerhed, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 1. Uanset hvad sikkerheden omfatter, er en sådan sikkerhedsstillelse i strid med bestemmelsen. Forholdet indgår dog ikke i effektivitetsvurderingen af virksomheden.

Opgørelse af virksomhedens salgspris:

Virksomhedens salgspris var i 2002 217,92 DKK/MWh. I denne var indeholdt 7,91 DKK/MWh (10.445.000 DKK/1.320.096 MWh) i indregnet uudnyttet avance fra 2001, hvilket giver en korrigeret salgspris i 2002 på 210,01 DKK/MWh.

Opgørelse af virksomhedens øvrige omkostninger:

Virksomhedens øvrige omkostninger var i 2002 24,31 DKK/MWh. Det fremgår af pkt. 63 i Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000, at forsyningspligtige elvirksomheder ikke kan udeholde omkostninger til elindkøb, sådan som SEAS gør i brev af 13. september 2004.

Øvrig uudnyttet avance for 2002:

Den opgørelsesmetode, som SEAS anvender i brev af 13. september 2004 for elindkøbsomkostningen viser alene, at virksomheden har opnået en lavere elindkøbsomkostning end forudsat af referenceprisen, fordi virksomheden har købt anderledes ind end forudsat i referencepris(modellen). Opgørelsesmetoden viser derfor ikke, at virksomheden har købt billigere ind end den gældende markedspris, jf. KE-afgørelsen af 20. januar 2003. Der henvises i øvrigt til Energitilsynets brev af 12. juli 2004 side 5.

På den baggrund er det fortsat Energitilsynets sekretariats opfattelse, at SEAS anmodning om yderligere uudnyttet avance for 2002 ikke kan efterkommes.

Vurdering

På det foreliggende grundlag er det Energitilsynets vurdering, at et rimeligt overskud i 2002 for SEAS Strømmens Elforsyning A/S var 3,00 DKK/MWh, svarende til 3,960 mio. DKK.

Det er alene disse 3,960 mio. DKK der vil kunne overføres som uudnyttet avance til indregning i priserne for 2003 og 2004.

På den baggrund kan SEAS **Strømmens Elforsyning A/S forsyningspligtpris for 2002 godkendes**, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.

[...]"

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 8 af 55

Klagen til Energiklagenævnet

Fra advokat Anders Stubbe Arndals endelige klageskrift af 16. december 2004 på vegne af Dansk Energi, som mandatar for SEAS Strømmens Elforsyning A/S, citeres:

”For Energiklagenævnet nedlægges følgende

PÅSTANDE:

Principalt: SEAS Strømmens Elforsyning A/S kan overføre DKK 44.751.254, eller et mindre efter Energiklagenævnets skøn fastsat beløb større end DKK 3.960.000, som uudnyttet avance for 2002 til indregning i priserne for 2003 og 2004.

Subsidiært: Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

SAGSFREMSTILLING:

Sagen udspringer af Energitilsynets gennemgang i 2003/2004 af de forsyningspligtige elvirksomheders priser og overskud for 2002. SEAS Strømmens Elforsyning A/S ("SEAS Strømmens Elforsyning") er en af flere forsyningspligtige virksomheder, der som en følge af gennemgangen er blevet påbudt en prisregulering af salgspriserne til forsyningspligt-kunderne i 2003/2004.

Energitilsynet har bl.a. hjemmel til at vurdere en forsyningspligtig virksomheds prisfastsættelse i 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 omsættningens 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 lægges til grund for en konkret forvaltningsakt, skal forvaltningen udøve et skøn. Det forvaltningsretlige skøn indebærer en fastlæggelse og afgrænsning af de lovlige kriterier, der kan indgå i skønsudøvelsen, og en afvejning af de derved definerede kriterier. Ved fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier udfyldes og suppleres lovbestemmelsens retsfaktum. Man søger derved sprogligt at beskrive de momenter, der i bestemmelsens kontekst sammenhængende danner vurderingsgrundlagets "rimelighed".

Med henblik på at operationalisere en vag og elastisk lovbestemmelse, kan forvaltningen formulere interne regler, der angiver den

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 9 af 55

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 forning, 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 indsnævres.

Indenfor socialretten er ovennævnte betragtning særlig udtalt:

"I forhold til lov- og bekendtgørelsesteksterne er vejledningerne ofte meget ordrige.[...] Disse vejledninger danner ofte tyngdepunktet i den kommunale administration. Man kan næsten tale om et omvendt retskildeprincip", jf. Kirsten Ketcher, 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. Henrik 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".

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 10 af 55

Ved vejledning af 27. oktober 2000 ("Vejledningen") har Energitilsynet redegjort for sin opfattelse af rækkevidden af elforsyningslovens § 72 og den praksis, virksomhederne kan forvente vil blive fulgt.

Vejledningens primære fokus er på omkostningseffektivitet samt opnåelse af rimelige og konkurrencedygtige forbrugerpriser, jf. Vejledningens pkt. 7, 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 modelleret indkøb, hvor 50 % købes på spotprisivilkår og 50 på fastprisivilkår svarende til prisen for terminkontrakter med levering i det relevante reguleringsår købt i november og december måned før det relevante reguleringsår.

[...]

I overensstemmelse [med vejledningens pkt. 82, 83 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 ("2003 vejledningen").

Den 27. januar 2004 blev et af Energitilsynet udarbejdet notat ("Notatet") 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 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 Vejledningen og Energitilsynets regulering af 2001-priserne, som baseredes på netop 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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 11 af 55

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 gennemarbejdet 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 113 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."

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 12 af 55

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 forenelige 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 på ny 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 forløberen 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 Vejledningen, som virksomhederne ellers har disponeret i tillid til ville være gældende også for 2002. Det er i øvrigt karakteristisk, at præcis de intentioner som Energitilsynet udtrykte i Notatet, men som tilsynet af hensyn til det retspolitisk betænkelige i at ændre retstilstanden med tilbagevirkende kraft formelt måtte se sig nødsaget til at trække tilbage, nu med fuld styrke i realiteten bliver administreret i overensstemmelse med det i Notatet anførte. Afgørelsen rettet mod SEAS Strømmens Elforsyning er endnu et konkret eksempel herpå.

I denne sag ændrer Energitilsynet med tilbagevirkende kraft praksis i forhold til retningslinierne i den gældende Vejledning og den praksis, der forelå på grundlag heraf på en for virksomheden uforudsigelig måde.

SEAS Strømmens Elforsyning indsendte den 21. november 2003 anmodning til Energitilsynet om, at Energitilsynet godkender overførslen af uudnyttet avance for år 2002 til år 2003 og årene fremover, [...]. Energitilsynets referencepris er på baggrund af Vejledningen beregnet til at udgøre 222,7 DKK/MWh for år 2002 og SEAS Strømmens salgspris for 2002 er 188,8 DKK/MWh, hvorefter SEAS Strømmens Elforsyning i overensstemmelse med Vejledning anmoder om, at differencen på 33,9 DKK/MWh tillades overført. SEAS Strømmens Elforsynings har således i 2002 en afregningspris, der ligger under Vejledningens referencepris. Energitilsynet meddelte ved brev af 24. november 2003, at anmodningen ikke kan efterkommes på det foreliggende grundlag, [...]. Den 12. juli 2004 meddeler Energitilsynet, at SEAS Strømmens Elforsynings anmodning om overførsel af uudnyttet avance for 2002 ikke kan efterkommes, [...]. Styrende for vurderingen er særligt Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004:

"Det fremgår af Vejledningens pkt. 99, at Energitilsynets forventning til et rimeligt overskud for effektivt drevne virksomheder i udgangspunktet er mellem 0,3-0,5 øre/KWh.

Under hensyntagen til erfaringerne omkring afkastet af investeret kapital i effektivt drevne virksomheder i sammenlignelige brancher med en sammenlignelig risiko, skal overskuddet dække en rimelig forrentning af virksomhedens egenkapital, jf. Vejledningens pkt. 96 og 98. Et overskud over 0,3-0,5 øre/KWh er således i udgangspunktet udtryk for et urimeligt højt overskud.

Udgangspunktet for et rimeligt overskud i 2002 er i Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 og dennes pkt. 11 og 44 fastsat til ikke over 0,3 øre/KWh", [...].

Energitilsynets afgørelsesskrivelse den 6. oktober 2004 til SEAS Strømmens Elforsyning baserer sig i al væsentlighed på afgørelsen af 23. februar 2004:

"På det foreliggende grundlag er det Energitilsynets afgørelse, at et rimeligt overskud i 2002 for SEAS Strømmens Elforsyning A/S var 3,00 DKK/MWh, svarende til 3,960 mio. DKK", [...].

Når Energitilsynet således begrunder Afgørelsen med, at resultatet er nået efter en "konkret" og "individuel effektivitetsvurdering", er det således ikke objektivt rigtigt, da afgørelsen i realiteten blot

19. juni 2006

J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 13 af 55

er et udtryk for en implementering af den med afgørelsen af 23. februar 2004 ændrede rimelighedsvurdering og en heraf følgende praksisændring.

I Energitilsynets brev af 12. juli 2004, [...], angives, at SEAS Strømmens Elforsynings gennemsnitlige salgspris for 2002 udgør 217,92 DKK/MWh, hvilket angives til at være 4,78 DKK/MWh under Energitilsynets referencepris, jf. pkt. 27 i afgørelse af 23. februar 2004, men 4,19 DKK/MWh højere end gennemsnitsprisen for Østdanmark, jf. Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 vedr. "Regulering af forsyningspligtselskaber" og dennes tabel 2. Salgsprisen er den 8. bedste ud af 10 i Østdanmark. Dette er ikke korrekt.

Den angivne gennemsnitlige salgspris for 2002 indeholder en overført andel af det regulatoriske tilgodehavende for 2001. Salgsprisen for 2002 indeholder således en periodisering med en del af den uudnyttede avance for 2001. Korrigeres der for overførsel af den uudnyttede avance, er den gennemsnitlige salgspris 209,21 DKK/MWh, hvorfor SEAS Strømmens Elforsynings gennemsnitlige salgspris for 2002 er 13,49 DKK/MWh under Energitilsynets referencepris, [...].

I Energitilsynets brev af 12. juli 2004, [...], angives, at SEAS Strømmens Elforsynings øvrige omkostninger er på 24,31 DKK/MWh, hvilket er over gennemsnittet på 23,24 DKK/MWh i Østdanmark. Dette er ikke korrekt.

De angivne øvrige omkostninger indeholder også omkostninger til elindkøb. Korrigeret herfor udgør de øvrige omkostninger 21,37 DKK/MWh, hvilket er betydeligt under gennemsnittet for Østdanmark, [...].

Uagtet, at Energitilsynet ved brev af 13. september 2004, [...], er blevet gjort opmærksom på de ovenfor nævnte korrektioner i faktum, fremgår det ikke af Energitilsynets endelige afgørelsesskrivelse af 6. oktober 2004, hvorledes disse forhold er blevet bedømt. Det fremgår dog, at SEAS Strømmens Elforsyning nu indrømmes adgang til at overføre en del af den uudnyttede avance, nemlig DKK 3.960.000. Det gøres gældende, at SEAS Strømmens Elforsyning baseret på Vejledningen samt Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 ("KE-afgørelsen") er berettiget til at få den fulde uudnyttede avance på DKK 44.751.254 overført. Det følger således af KE-afgørelsen, der efter sit indhold er baseret på den retsopfattelse, Vejledningen er udtryk for, at der skal indrømmes adgang til overførsel af en uudnyttet avance (svarende til differencen mellem referenceprisen og salgsprisen, hvis denne er lavere). I pkt. 31 i KE-afgørelsen er det således bestemt, at

"Det 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. "

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 14 af 55

Efter KE-afgørelsen kan der derfor alene være spørgsmål om, hvorledes tilgodehavendet kan beregnes.

SEAS Strømmens Elforsyning har godtgjort, at selskabets øvrige omkostninger ligger under gennemsnittet for Østdanmark, og at selskabets gennemsnitlige salgspris for 2002 ligger betydeligt under referenceprisen for Østdanmark for 2002. Endelig har SEAS Strømmens Elforsyning godtgjort, at selskabets indkøbsomkostninger ville have været betydeligt højere end de realiserede på 180,90 DKK/MWh, hvis selskabet havde valgt at følge en indkøbsstrategi som anbefalet i Vejledningen.

Der er dermed ikke grundlag for at antage, at den uudnyttede avance ikke netop er udtryk for udvist effektivitet, hvorfor den fulde avance, jf. Vejledningen og KE-afgørelsen, skal tillades overført.

ANBRINGENDER:

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

- at en vejledning er normerende for den udstedende forvaltningsmyndigheds virksomhed, og en forvaltningsmyndighed kan ikke uden forudgående tilkendegivelse herom - eventuelt ved ændring af vejledningen - fravige væsentligt fra det i vejledningen angivne;
- at i jo højere grad suppleringen af retsfaktum er præcist og detaljeret beskrevet, jo flere eksemplificerende forhåndsgodkendte "normalscenarier", der opstilles, og jo mere teknisk kompliceret område en vejledning vedrører, i jo højere grad bør den retsundergivne kunne indrette sig i tillid til vejledningen, og jo mere normerende for skønsudøvelsen må den være;
- at Energitilsynets Vejledning 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) 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 må antages at have været of-fentliggjort for at give de forsyningspligtige virksomheder en indikation af, 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 omkost-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 15 af 55

ninger som avance, når blot virksomheden blev vurderet effektiv ved at holde sig under referenceprisen;

at der hverken i Energitilsynets 2003 vejledning, 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 Energitilsynet ved ikke at offentliggøre Notatet tilkendegiver, at praksis ikke kan ændres med tilbagevirkende kraft, og derved understøtter antagelsen om, at den administrative praksis for 2002 ikke er ændret;

at det således er det klare udgangspunkt både efter Vejledningen og Energitilsynets praksis, at en uudnyttet avance skal kunne overføres til efterfølgende år, såfremt en virksomhed har en salgspris under referenceprisen, og virksomheden i øvrigt har ageret effektivt;

at det efter Energitilsynets Vejledning 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;

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 SEAS Strømmens Elforsyning har måttet kunne indrette sig i tillid til dette udgangspunkt og særligt i tillid til, at Energitilsynets rimeligheds- og effektivitetsvurdering ikke ændrer sig markant og væsentligt med tilbagevirkende kraft 2 år efter reguleringsårets begyndelse;

at der ingen indikationer har været på, at en 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 2003 vejledning tværtimod peger i den modsatte retning, nemlig imod en uændret praksis, hvorfor en ændring af 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 i forhold til Vejledningen;

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 16 af 55

- at omkostningseffektiviteten er dokumenteret ved, at SEAS Strømmens Elforsyning har opnået en konkurrencedygtig salgspris, og ved at SEAS Strømmens Elforsyning har dokumenteret at have lavere øvrige omkostninger end gennemsnittet for Østdanmark; og
- at SEAS Strømmens Elforsyning derfor i overensstemmelse med Vejledningen og KE-afgørelsen er berettiget til at overføre den fulde uudnyttede avance for 2002 til 2003 og 2004.

Som det fremgår af nærværende klageskrift er den påklagede afgørelse efter Dansk Energi's opfattelse udtryk for en generel praksisændring fra Energitilsynets side. Energiklagenævnets afgørelse i sagen vil derfor kunne have principiel betydning for øvrige afgørelser om prisregulering i 2002 truffet af Energitilsynet. Der begæres på den baggrund mundtlig forhandling for Energiklagenævnet.”

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Energitilsynets bemærkninger til klagen

Ved e-mail af 1. april 2005 svarede Energitilsynet, at tilsynets bemærkninger til klageskriftet af 16. december 2004 i al væsentlighed fremgik af Energitilsynets svarbreve af 6. oktober 2004 og 10. januar 2005 i sagerne vedrørende EnergiMidt Forsyning (og Energi Fyn Forsyningspligt), hvortil tilsynet således henviste. Det var endvidere tilsynets opfattelse, at de grundlæggende principper, som var sagens kerne i EnergiMidt Forsyning, var de samme som i nærværende sag og tilføjede, at Energiklagenævnet havde stadfæstet disse principper i tre afgørelser af 11. marts 2005.

Side 17 af 55

Energitilsynet henviste til tilsynets konkrete vurdering af SEAS Strømmens Elforsynings A/S' effektivitet og overskud, som fremgik af tilsynets breve af 12. juli 2004 og 21. september 2004 samt af tilsynets afgørelse af 6. oktober 2004. Tilsynet anførte endvidere, at det ikke havde yderligere bemærkninger til den konkrete vurdering/afgørelse, idet SEAS Strømmens Elforsyning A/S ikke havde dokumenteret en mereeffektivitet, der kunne begrunde et yderligere overskud end det, som virksomheden allerede var tildelt.

I det svarbrev, som Energitilsynet fremsendte ved brev af 6. oktober 2004 i sagen vedrørende EnergiMidt Forsyning bemærkede Energitilsynet bl.a.:

”[...]

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

[...]

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. 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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 18 af 55

¹ Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.

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". (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 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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 19 af 55

² *Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.*

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".

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 for-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 20 af 55

syningspligtige 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.

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 21 af 55

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]

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 avancetørrelse i den efterfølgende periode. Efterreguleringen kunne resultere i en ændring af avancen både i op- 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 el-selskaber for 2001 udtryk for, at "*referenceprisen ikke [kan] tillægges absolut betydning*", jf. 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. ELFOR'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.

[...]

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 22 af 55

⁴ *Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.*

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:

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.”

Svarbrevet sammenfattede derpå EnergiMidt-sagen i et resuméafsnit. Herefter fortsatte svarbrevet:

”3. *Klagerens argumenter*

Klagerens argumenter falder i to dele:

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 23 af 55

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 re-sultat. Til klagerens to overordnede indvendinger bemærkes end-videre 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) udgangs-punkt 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 vejlednin-gen, hvor det fremgår, at der årligt skal ske en prisregulering ved en konkret vurdering med henblik på at sikre forbrugerne elleve-rancer til rimelige priser. Der henvises til det ovenfor under punkt 1b anførte, idet herfra navnlig skal fremhæves, at det af de speci-elle bemærkninger til § 72 fremgår, at "*Jojverskuddet skal fastsæt-tes 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 al-mindelige bemærkninger pkt. i), hvor det bl.a. er anført, at "*der ikke på forhånd kan fastlægges bindende rammer for virksomhe-dernes indtægter, fordi indkøbsprisen for el afhænger af markeds-forhold*". Endelig skal vejledningens punkt 31-33, 45, 76 og 88 fremhæves.

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

Tilsvarende har en virksomhed heller ikke automatisk noget krav på et regulatorisk tilgodehavende, såfremt virksomhedens salg-spris 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 vejlednin-gen skal læses i overensstemmelse hermed, jf. også navnlig punkt 76 og 88 i vejledningen. Et automatisk krav om et regulatorisk

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 24 af 55

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 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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 25 af 55

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 tilsidesættes 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 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. [...].

[...]

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.⁵ 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) indbar, "*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 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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 26 af 55

⁵ *Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.*

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 gennemsnitssalgsspris var 7,93 DKK/MWh højere end gennemsnitssalgssprisen for Vestdanmark, svarende til at virksomheden havde den 19. bedste salgsspris 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 virksomheden har dokumenteret at have handlet omkostningseffektivt. Energitilsynet finder selvsagt, at der ikke er fremkommet en sådan dokumentation.

[...]"

Energitilsynet bemærkede herefter videre vedrørende EnergiMidt-sagen i 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.

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 27 af 55

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 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.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

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 stort 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 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. Begrundel-

Side 28 af 55

sen er - som klageren også selv nævner [...] - ressourcehensyn, jf. svarnotatet punkt 4, a.

[...].”

Parternes yderligere brevveksling

Ved brev af 28. juli 2005 indgav advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af Dansk Energi som mandatar for SEAS Strømmens Elforsyning A/S et supplerende klageskrift i sagen, hvori den principale påstand bl.a. ændredes til, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S kan overføre 17.819.750 kr. eller et mindre efter nævnets skøn fastsat beløb større end 3.960.000 kr., som uudnyttet avance for 2002 til indregning i årene fremover.

Ved e-mail til nævnet af 1. august 2005, anførte tilsynet, at ovennævnte supplerende klageskrift ikke indeholder væsentlige nye forhold, der kan begrunde, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S kan tildeles et højere overskud end de allerede tildelte 3,00 kr./MWh, hvorfor Energitilsynet fastholdte sin vurdering i mail af 1. april 2005 til Energiklagenævnet.

Ved e-mail af 26. april 2006 fremsendte advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af Dansk Energi som mandatar for SEAS Strømmens Elforsyning A/S et endeligt påstandsdokument, hvorfra citeres:

”Denne sag vedrører Energitilsynets prisgodkendelse af SEAS Strømmens Elforsyning A/S prisansøgninger og priskontrol efter de dagældende prisfastsættelsesbestemmelser i elforsyningsloven. Energitilsynet traf afgørelse i sagen den 6. oktober 2004. Dansk Energi som mandatar for SEAS Strømmens Elforsyning A/S indgav den 16. december 2004 endeligt klageskrift (med bilag 1-5) til Energiklagenævnet over afgørelsen. Klager indleverede endvidere supplerende klageskrift (med bilag 6-11) den 28. juli 2005. Energitilsynet har i e-mail dateret 1. august 2005 meddelt Energiklagenævnet, at Tilsynet ikke har bemærkninger hertil.

Dansk Energis påstande og hovedsynspunkter resumeres i det følgende:

PÅSTANDE:

Principalt: SEAS Strømmens Elforsyning A/S kan overføre DKK 17.819.750, eller et mindre efter Energiklagenævnets skøn fastsat beløb større end DKK 3.960.000, som uudnyttet avance for 2002 til indregning i priserne i årene fremover.

Subsidiært: SEAS Strømmens Elforsyning A/S kan overføre DKK 17.819.750, eller et mindre efter Energiklagenævnets skøn fastsat beløb større end DKK 3.960.000, som uudnyttet avance for 2002 til indregning i priserne for 2003 og 2004.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 29 af 55

Mere subsidiært: Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 er ugyldig, ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

ANBRINGENDER:

Idet der i øvrigt henvises til klagers processkrifter i sagen følger nedenfor klagers hovedanbringender i sagen:

Vejledning og berettiget forventning

Det gøres gældende:

at de forsyningspligtige virksomheder, i overensstemmelse med Vejledningen (Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000), 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 2003 vejledning, 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 Energitilsynet ved ikke at offentliggøre Notatet (Tilsynets notat af 27. januar 2004) tilkendegiver, at praksis ikke kan ændres med tilbagevirkende kraft, og derved understøtter antagelsen om, at den administrative praksis for 2002 ikke er ændret;

at det således er det klare udgangspunkt både efter Vejledningen og Energitilsynets praksis, at en uudnyttet avance skal kunne overføres til efterfølgende år, såfremt en virksomhed har en salgspris under referenceprisen, og virksomheden i øvrigt har ageret effektivt;

at en vejledning er normerende for den udstedende forvaltningsmyndigheds virksomhed, og at en forvaltningsmyndighed ikke uden forudgående tilkendegivelse - eventuelt ved ændring af vejledningen - kan fravige væsentligt fra det i vejledningen angivne;

at i jo højere grad suppleringen af retsfaktum er præcist og detaljeret beskrevet, jo flere eksemplificerende forhåndsgodkendte "normalscenarier", der opstilles, og jo mere teknisk kompliceret område en vejledning vedrører, i jo højere grad bør den retsundergivne kunne indrette sig i tillid til vejledningen, og jo mere normerende for skønsudøvelsen må den være;

at SEAS Strømmens Elforsyning har måttet kunne indrette sig i tillid til dette udgangspunkt og særligt i tillid til, at Energitilsynets rimeligheds- og effektivitetsvurdering ikke

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 30 af 55

ændrer sig markant og væsentligt med tilbagevirkende kraft 2 år efter reguleringsårets begyndelse;

at Energitilsynets praksisændring med tilbagevirkende kraft på baggrund af Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004, som de facto medfører en gennemførelse af Notatet, der efterfølgende er trukket tilbage, er uforenelig med god forvaltningsskik; og

at Tilsynets tilsagn, [...] var rettet direkte til SEAS Strømmens Elforsyning, som SEAS Strømmens Elforsyning naturligvis har indrettet sig i henhold til, hvorfor SEAS Strømmens Elforsyning har haft en særligt berettiget forventning.

Fejlbehæftet beregningsmetode

Det gøres gældende:

at Tilsynets beregninger ikke er korrekte.

Effektivitet og egenkapitalforrentning

Det gøres gældende:

at Tilsynet over for forsyningspligtselskaberne har tilkendegivet, at det enkelte selskabs priser er udtryk for, hvorvidt driften i selskabet er effektiv;

at SEAS Strømmens Elforsyning har været effektiv og i stand til at holde priserne på et for kunderne fornuftigt niveau;

at omkostningseffektiviteten er dokumenteret ved, at SEAS Strømmens Elforsyning har opnået en konkurrencedygtig salgspris, og ved at SEAS Strømmens Elforsyning har dokumenteret at have lavere øvrige omkostninger end gennemsnittet for Østdanmark;

at Energitilsynet ikke synes at have foretaget en konkret afprøvning af SEAS Strømmens Elforsynings indkøbsstrategi;

at selv med indregning af det af Tilsynet fastsatte overskud er SEAS Strømmens Elforsynings egenkapitalforrentning uacceptabel lav; og

at SEAS Strømmens Elforsyning dermed ikke opnår et rimeligt overskud i overensstemmelse med den dagældende elforsyningslov. Dette underbygges af, at når der bortses fra indregnet uudnyttet avance vedrørende 2001 er selskabets egenkapitalforrentning negativ med ca. -1,5%. Medregnes det af Tilsynet fastsatte overskud på 3,960 mio. DKK nås en egenkapitalforrentning for SEAS Strømmens Elforsyning på 4,2%. Tilsynets har i afgørelse af 23. februar 2004 bagudrettet for 2002 anført, at et rimeligt overskud antages at svare til en gennemsnitlig forrentning for skat af egenkapitalen på 8,70%.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 31 af 55

Periodisering

Det gøres gældende,

at SEAS Strømmens Elforsyning er berettiget til at overføre den fulde uudnyttede avance for 2002 til efterfølgende år; og

at SEAS Strømmens Elforsyning således er berettiget til at indregne efterreguleringen for efterfølgende år - og ikke som anført af Energitilsynet, der alene tillader overførsel som uudnyttet avance til indregning i priserne for 2003 og 2004.

[...]"

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 elleverancer 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).

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 32 af 55

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.

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

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 33 af 55

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 forbrugsafhængige 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 avancerregulering 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.

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

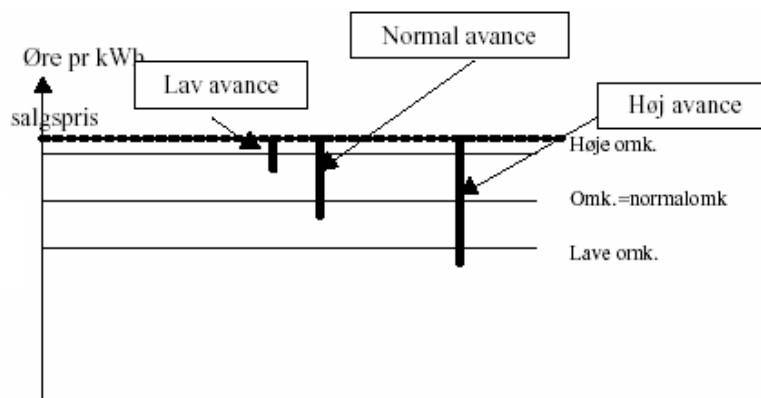
Side 34 af 55

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. Principperne i fastlæggelsen af virksomhedernes avance kan illustreres ved nedenstående figureksempel.

49. Figur. Avancestørrelse for de forsyningspligtige elvirksomheder. Eksempel



19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 35 af 55

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:

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

sammenlignes med

$$P_{reference} = C_{el-reference} + C_{øvrige-reference} + I_{reference}$$

(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.

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-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 36 af 55

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 37 af 55

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 regnskabstidspunktet 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.

107. Energitilsynet den 27. oktober 2000.”

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 38 af 55

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

| Virksomhed | Afsætning Mwh | Gns. Pris DKK/MWh | Øvrige omkostninger DKK/MWh | Realiseret avance DKK/MWh | Efterregulering for 2001 DKK/MWh | Avance inkl. Efterregulering for 2001 DKK/ MWh | Endelig efterregulering for 2002 DKK/MWh | Endelig Efterregulering for 2002 DKK |
|----------------------------|---------------|-------------------|-----------------------------|---------------------------|----------------------------------|--|--|--------------------------------------|
| [...] | | | | | | | | |
| SEAS Strømmens Elforsyning | 1.320.096 | 217,92 | 24,31 | 5,60 | 15,38 | -9,78 | | |
| [...] | | | | | | | | |
| I alt Østdanmark/DK2 | 6.656.044 | 213,73 | 23,24 | 3,74 | 8,22 | 1,27 | -2,44 | -776,522 |

[...]

Tabel 3. Benchmarking af virksomhederne efter omkostninger

| Virksomhed | Afsætning i MWh | Samlede omkostninger DKK/MWh | Øvrige Omkostninger DKK/MWh |
|----------------|-----------------|------------------------------|-----------------------------|
| [...] | | | |
| SEAS Strømmens | 1.320.096 | 212,32 | 24,31 |

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 39 af 55

| | | | |
|---------------------------------------|-----------|--------|-------|
| Elforsyning | | | |
| [...] | | | |
| Tilsynets referenceomkostning for DK2 | | 217,70 | |
| [...] | | | |
| I alt Østdanmark/DK2 | 6.656.044 | 209,66 | 23,24 |

Supplerende oplysninger om Energitilsynets praksis

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 at 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 forsyningspligtselskaber, der har ageret effektivt og hvilke der har ageret ineffektivt.

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 40 af 55

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."

[...]

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 41 af 55

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,

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.

[...]"

Retsgrundlag

Af den for regnskabsåret 2002 gældende elforsyningslov, jf. lovbekendtgørelse nr. 767 af 28. august 2001, 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.

Udskillelse af aktiviteter

§ 47. Bevilling til forsyningspligtig virksomhed, systemansvarlig virksomhed, netvirksomhed og transmissionsvirksomhed kan med de i stk. 2 nævnte undtagelser ikke gives til samme virksomhed, og bevillingshaveren kan i virksomheden alene drive de aktiviteter, som ligger inden for bevillingen.

Stk. 2. Bevilling til netvirksomhed og bevilling til transmissionsvirksomhed kan dog gives til samme virksomhed, hvis miljø- og energiministeren vurderer, at dette kan ske, uden at det er til hinder for en forsvarlig varetagelse af de bevillingspligtige aktiviteter. Bevilling til transmissionsvirksomhed og bevilling til systemansvarlig virksomhed kan under tilsvarende betingelser gives til samme virksomhed.

Stk. 3. I de i stk. 2 nævnte tilfælde skal der i virksomheden være regnskabsmæssig adskillelse mellem de to bevillingspligtige aktiviteter.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 42 af 55

Stk. 4. Andre aktiviteter, som ligger uden for bevillingen, herunder produktion eller handel med elektricitet, skal udøves i selvstændige selskaber med begrænset ansvar.

Stk. 5.[...]

§ 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.

Stk. 2. [...]

§ 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 bevillingerne, 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. [...]

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 ri-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 43 af 55

melig for forbrugerne. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende et overskud til ændring af priserne. ”

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 prisfastsættes 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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 44 af 55

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.”

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.”

Fra dagældende bekendtgørelse nr. 186 af 20. marts 2000 om kollektive elforsyningsvirksomheders sideordnede aktiviteter m.v. citeres:

”§ 1. Kollektive elforsyningsvirksomheder kan uanset bestemmelsen i elforsyningslovens § 47, stk. 4, drive virksomhed med elpro-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 45 af 55

duktion eller anden tilknyttet virksomhed, såfremt de samlede indtægter herfra udgør mindre end 5% af omsætningen i den kollektive elforsyningsvirksomhed.

Stk. 2. Virksomhed efter stk. 1 skal holdes regnskabsmæssigt adskilt fra den kollektive elforsyningsvirksomheds øvrige aktiviteter.

Energiklagenævnets praksis

Fra en afgørelse af 11. marts 2005 vedrørende Energitilsynets priskontrol af forsyningspligtselskabet EnergiMidt Forsyning A/S' priser for 2002 (j.nr. 11-224) citeres:

"[...]

Resumé af sagen

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

"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 omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1.

[...]

Som det fjerde moment blev der lagt vægt på, at samtlige disse elhandler var foretaget gennem et interesseforbundet elhandelsselskab, 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. "

[...]

Den påklagede afgørelse

[...]

På baggrund af de af EnergiMidt Forsyning A/S anmeldte elhandler 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 Energitilsy-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 46 af 55

net 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.

[...]

Energiklagenævnets bemærkninger

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 dettes moder- og søsterselskaber som nærtstående parter, idet årsrapporten bemærker, at transaktioner mellem disse er "elimineret fuldt ud i koncernregnskabet for Energi Midt A.m.b.a., 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.

[...]

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

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 47 af 55

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 ej heller 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.

[...]"

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 48 af 55

Energiklagenævnets bemærkninger

Sagen drejer sig om Energitilsynets regulering af SEAS Strømmens Elforsyning A/S' priser for 2002. Klagers primære påstand er, at selskabet kan overføre 17.819.750 kr., eller et efter Energiklagenævnets skøn fastsat mindre beløb større end 3.960.000 kr., som uudnyttet avance for 2002 til indregning i priserne i årene fremover. Subsidiært påstås, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S kan overføre 17.819.750 kr., eller et efter Energiklagenævnets skøn fastsat mindre beløb større end 3.960.000 kr., som uudnyttet avance for 2002 til indregning i priserne for 2003 og 2004. Mere subsidiært påstås, at Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 er ugyldig, ophæves og hjemvises til fornyet behandling i Energitilsynet.

Om det overordnede formål med dagældende § 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 kan 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);
- 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 markeds mæssige 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 ej heller grundlag for at antage, at tilsynet har anvendt de her citerede lovbestemmelser ukorrekt. Nævnet fremhæver, at klageren ej heller har anført urigtig anvendelse af elforsyningsloven i sine detaljerede anbringender.

Klagen fra SEAS Strømmens Elforsyning 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 og 2003.

SEAS Strømmens Elforsyning A/S' hovedsynspunkter kan sammenfattes således:

1. Med tilbagevirkende kraft og på en for selskabet uforudsigelig måde har Energitilsynet markant og generelt 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 SEAS Strømmens Elforsyning A/S havde indrettet sig efter. Praksisændringen består i, at Energitilsynet nu har truffet en række konkrete afgørelser om prisregulering for 2002. Disse konkrete vurderinger strider mod de af vejledningen og praksis nærede forventninger om, at selskaber med salgspriser under referenceprisen vurderedes effektive og derfor ville kunne overføre den fulde uudnyttede avance i salgspriserne fremover. Ved høj omkostningseffektivitet vil en højere avance end 3 til 5 kr./MWh være mulig. Forventningerne bestyrkedes yderligere af Energitilsynets udaterede notat "Forsyningspligtige el-selskaber, prisgodkendelse 2002", som beskriver referenceprismodellen. Derudover var Energitilsynets tilbagetrækning af et notat om praksisændring af 27. januar 2004 yderligere medvirkende til at styrke selskabernes forventninger.
2. Energitilsynet har ikke dokumenteret at have foretaget en konkret vurdering, der påviser, at virksomheden har ageret ineffektivt. Det gø-

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 49 af 55

- res i den forbindelse gældende, at tilsynet hverken har beregnet den gennemsnitlige salgspris eller de øvrige omkostninger korrekt.
3. Det strider mod det under pkt. 1 anførte, at Energitilsynet på det foreliggende ikke har godkendt, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S er berettiget til at overføre den fulde uudnyttede avance for 2002 til efterfølgende år, når selskabets salgspris i 2002 lå under tilsynets referencepris. Det er ikke rimeligt og heller ikke i overensstemmelse med vejledningen, at Energitilsynet alene godkendte et overskud i 2002 på 3,00 kr./MWh til SEAS Strømmens Elforsyning A/S henset til, at selskabets salgspriser, elindkøbsstrategi og øvrige omkostninger dokumenterer, at selskabet har udvist mereeffektivitet.
 4. SEAS Strømmens Elforsyning A/S har ikke haft mulighed for at indrette sig i forhold til afgørelsen. Det er forvaltningsretligt betænkeligt, at Energitilsynet i sin afgørelsesskrivelse af 6. oktober 2004 alene tillader overførsel til indregning i priserne i 2003 og 2004.

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Vedrørende klagers advokats anmodning om mundtlig forhandling i klageskrift af 16. december 2004 skønner Energiklagenævnet, at der ikke herved vil fremkomme nye og væsentlige faktiske omstændigheder, som ikke allerede har kunnet oplyses gennem den udførlige udveksling af synspunkter, som allerede har fundet sted for nævnet.

Side 50 af 55

1. Energitilsynets vejledning

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.

Ifølge forarbejderne til elforsyningslovens § 72 (L234, FT 1998-99) 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 elforbrugernes sikres rimelige priser henset til, at pligtforsyningsvirksomhedernes eksistensberettigelse er forbrugerbeskyttelse.

Elforsyningslovens § 72 overlader Energitilsynet et skøn. Tilsynets ”Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godken-

delse af virksomhedernes prisfastsættelse” af 27. oktober 2000, kan ikke binde tilsynets skøn på en måde, således at de forsyningspligtige selskaber generelt kan påberåbe sig vejledningen i forhold til Energitilsynet eller over for elforbrugerne. Det af klager anførte desangående kan ikke ændre herpå. Se hertil bl.a. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret. Almindelige Emner, 4. udg., 2004, side 268 og Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2. udg., 2002, side 360-361.

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. § 72 indebærer imidlertid, at der skal ske en konkret vurdering af virksomhedens priser og effektivitet.

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, som de forsyningspligtige selskaber tillægges ved anvendelsen af elforsyningslovens §§ 72 og 77.

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 endvidere, at der ikke etableres en fast praksis ved, at kontrollen grundet ressourcehensyn i tilsynet for ét reguleringsår har haft en lavere intensitet, 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.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 51 af 55

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 finder nævnet ikke grundlag for at anse det for at være i strid med forvaltningsretlige principper, at tilsynet ikke har fulgt vejledningens udgangspunkt i denne sag. Det forhold, at klager har indrettet sig i tillid til vejledningen, kan ikke ændre herved.

2. 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.

Energitilsynet og SEAS Strømmens Elforsyning A/S er uenige om, hvorledes den gennemsnitlige salgspris og de øvrige omkostninger skal udregnes på baggrund af de af selskabet anmeldte data.

Energitilsynet har ud fra det af SEAS Strømmens Elforsyning A/S anmeldte lagt til grund, at selskabets gennemsnitlige salgspris i 2002 var 210,01 kr./MWh efter at være korrigeret for uudnyttet avance for 2001, mens SEAS Strømmens Elforsyning A/S anfører, at den korrekte gennemsnitlige salgspris for 2002 er 209,21 kr./MWh.

SEAS Strømmens Elforsyning A/S anfører, at den anbragte gennemsnitlige salgspris på 209,21 kr./MWh er beregnet som omsætningen korrigeret for den uudnyttede avance for 2001 (276.179.219 kr.) delt med det afsatte mængde el i 2002 (1.320.096 MWh).

Nævnet bemærker, at den gennemsnitlige salgspris i vejledningens pkt. 40 er beregnet som selskabets omkostninger til el tillagt øvrige omkostninger og forrentning af egenkapitalen. Alle størrelser målt i øre pr. KWh.

Det fremgår af SEAS Strømmens Elforsyning A/S' anmeldte omkostninger for forsyningspligt for 2002, at selskabets samlede omkostninger beløber sig på 280.285.000 kr. Heri er imidlertid indregnet 3,05 mio. kr. for tab på kapitalandele i et associeret selskab. Beløbet bør regnskabsmæssigt skal holdes adskilt fra den kollektive elvirksomheds øvrige aktiviteter, jf. § 47, stk. 4 og § 1, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 186 af 20. marts 2000. Den gennemsnitlige salgspris kan herefter beregnes som $((280.285.000 - 3.050.000 \text{ kr.}) / 1.320.096 \text{ MWh})$ i alt 210,01 kr./MWh.

Nævnet finder herefter, at den af Energitilsynet anførte gennemsnitlige salgspris på 210,01 kr./MWh bør ligges til grund for effektivitetsvurderingen.

19. juni 2006

J.nr.: 11-238

Eksp.nr.: 22205

TFR-EKN

Side 52 af 55

Nævnet bemærker, at Energitilsynet for Østdanmark har fastsat en reference for den gennemsnitlige salgspris på 222,7 kr./MWh for 2002, jf. pkt. 27 i tilsynets notat af 23. februar 2004. SEAS Strømmens Elforsynings A/S' gennemsnitlige salgspris i 2002 på 210,01 kr./MWh er herefter lavere end både Energitilsynets referencepris og gennemsnittet for Østdanmark på 213,73 kr./MWh. SEAS Strømmens Elforsyning A/S' gennemsnitlige salgspris er endvidere den 5. bedste af de 10 forsyningsselskaber i Østdanmark. Nævnet finder det herefter, at SEAS Strømmens Elforsyning A/S har godtgjort en vis effektivitet i forhold til den gennemsnitlige salgspris.

Energitilsynet fastslår i sin afgørelse af 6. oktober 2004, at det er lagt til grund at SEAS Strømmens Elforsyning A/S' øvrige omkostninger udgør 24, 31 kr./MWh, mens SEAS Strømmens Elforsyning A/S anfører, at det korrekte beløb er 22 kr./MWh, da tabet på kapitalandelene i det associerede selskab ikke bør indregnes i de øvrige omkostninger.

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Nævnet er enig med SEAS Strømmens Elforsyning A/S i, at tabet på kapitalandele i en associeret virksomhed på 3,05 mio. kr. regnskabsmæssigt skal holdes adskilt fra den kollektive elvirksomheds øvrige aktiviteter, jf. § 47, stk. 4, som oven for anført. Beløbet bør herefter ikke indregnes i selskabets øvrige omkostninger.

Side 53 af 55

Nævnet bemærker endvidere, at selskabet ikke kan udeholde omkostninger til elindkøb fra de øvrige omkostninger, jf. pkt. 63 i vejledningen.

Nævnet lægger herefter til grund, at selskabet har haft øvrige omkostninger for 22 kr./MWh, hvilket er 2 kr. over Energitilsynets udgangspunkt for 2002, men selskabet er dog 4. bedste i Østdanmark ud af de 10 forsyningspligtselskaber.

SEAS Strømmens Elforsyning A/S har således godtgjort i et vist omfang at være omkostningseffektiv mht. de øvrige omkostninger.

3. SEAS Strømmens Elforsyning A/S' overskud

Energitilsynet har i sit notat af 23. februar 2004 vurderet, at et rimeligt overskud i 2002 som udgangspunktet ikke bør overstige 3 kr./MWh svarende til i gennemsnit 8,70 % i forrentning før skat af egenkapitalen. SEAS Strømmens Elforsyning A/S ønsker for 2002 principalt at overføre et overskud før skat på op til 13,50 kr./MWh (17.819.750 kr./1.320.096 MWh) som uudnyttet avance. Spørgsmålet for nævnet er, hvor stort et overskud, der er rimeligt efter elforsyningslovens § 72, stk. 1.

Hensynet til den generelle varetagelse 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 således:

- at SEAS Strømmens Elforsyning A/S' gennemsnitlige salgspris var 12,69 kr./MWh under tilsynets reference og 5. bedste af de 10 selskaber i Østdanmark,
- at selskabets øvrige omkostninger på 24,31 kr./MWh oversteg referenceomkostningerne og var 6. bedste af de 10 selskaber i Østdanmark.

Energitilsynets vurdering er således navnlig baseret på benchmarkingsynspunkter.

Efter en samlet vurdering af SEAS Strømmens Elforsyning A/S' sag har Energitilsynet fundet, at et overskud på 3 kr./MWh er rimeligt i forhold til afsættningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Nævnet kan tiltræde Energitilsynets skøn, hvorefter SEAS Strømmens Elforsyning A/S ikke kan overføre hele beløbet fra den gennemsnitlige salgspris op til referenceprisen som uudnyttet avance, henset til selskabets placering ved benchmarking med de øvrige forsyningspligtselskaber.

Side 54 af 55

Nævnet finder endvidere ikke, at der kan ske en yderligere indregning af uudnyttet avance i forhold til de af Energitilsynet fastsatte 3 kr./MWh under hensyn til, at det er en branche uden erhvervsrisiko af betydning, i forhold til det gældende renteniveau på tidspunktet for prisgodkendelsen.

4. Periodisering

SEAS Strømmens Elforsyning A/S har gjort gældende, at selskabet er berettiget til at overføre den uudnyttede avance for 2002 til efterfølgende år, og ikke som af Energitilsynet fastlagt alene 2003 og 2004.

Nævnet bemærker, at Energitilsynet i pkt. 83 i vejledningen anfører, at en uudnyttet avance vil kunne indregnes i "den kommende periode". Nævnet bemærker endvidere, at det synes mest rimeligt over for elforbrugerne, at indregne den uudnyttede avance i de umiddelbart efterfølgende år.

Nævnet finder herefter og med henvisning til fast administrativ praksis herom ikke baggrund fra at fravige Energitilsynets fastsættelse af perioden, hvori efterreguleringen for 2002 skal gennemføres i 2003 og 2004.

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 ej heller 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.

Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 bør derfor stadfæstes.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 stadfæstes.

Afgørelsen indebærer, at den af Energitilsynet beregnede efterregulering for reguleringsåret 2002 skal gennemføres som en indregning i SEAS Strømmens Elforsyning A/S' priser i årene 2003 og 2004.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 19. juni 2006.

Afgørelsen er truffet i henhold til § 89 i lov om elforsyning, jf. lovbekendtgørelse nr. 286 af 20. april 2005 med senere ændringer.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Afgørelsen offentliggøres på nævnets hjemmeside.

Afgørelsen er sendt til advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af Dansk Energi som mandatar for SEAS Strømmens Elforsyning A/S samt til Energitilsynet.

P. N. V.

Poul K. Egan
Nævnensformand

/ Trine Frederiksen
Fuldmægtig

19. juni 2006
J.nr.: 11-238
Eksp.nr.: 22205
TFR-EKN

Side 55 af 55