

Notat om energispareordningen og EU's statsstøtteregler og forbuddet mod diskriminerende afgifter

1. INDLEDNING OG SAMMENFATNING

Klima-, energi- og bygningsministeren og brancheorganisationer og selskaber inden for el, naturgas, varme og olie indgik den 13. november 2012 en aftale om energiselskabernes energispareindsats for perioden 2013-2020¹ (Aftalen). Formålet med Aftalen er, at net- og distributionselskaberne skal fremme omkostningseffektive besparelser til gavn for forbrugere, virksomheder og samfundet. Aftalen fastsætter energisparemål for hver af brancherne som helhed, og det forudsættes, at selskaberne inden for hver branche selv aftaler fordelingen af branchens forpligtelser mellem sig.

Ved energispareaktiviteter forstås bl.a. aktiviteter, som reducerer behovet for tilførsel af energi til slutbrugeren, herunder effektivisering af energianvendelsen i anlæg og bygninger m.v. hos forbrugere. Aktiviteterne kan f.eks. bestå i rådgivning, faglig bistand eller finansiel støtte, herunder tilskud til gennemførelse af energibesparelser.

Aftalen suppleres af bekendtgørelse nr. 1452 af 16. december 2013 om energibesparelser i net- og distributionsvirksomheder (herefter "energispærebekendtgørelsen").

Ifølge Aftalen og energispærebekendtgørelsen skal elnet-, naturgasdistributions- og fjernvarmeselskabernes omkostninger til opfyldelsen af besparelsesforpligtelsen bæres af slutforbrugere. Elnet- og naturgasdistributionselskaber kan - via tariffer - opkræve omkostningerne hos forbrugere som et tillæg til indtægtsrammen. Fjernvarmeselskabernes omkostninger til opfyldelse af forpligtelserne kan indregnes i tarifferne som en nødvendig omkostning i overensstemmelse med bestemmelserne i varmforsyningsloven.

Ifølge det oplyste er Aftalen pt. under genforhandling.

¹ Aftale af 13. november 2012 om Energiselskabernes energispareindsats mellem klima-, energi- og bygningsministeren og net- og distributionselskaberne inden for el, naturgas, fjernvarme og olie repræsenteret ved Dansk Energi, HMN Naturgas, DONG Gas Distribution, Naturgas Fyn Distribution, Dansk Fjernvarme, Foreningen Danske Kraftvarmeværker samt Energi- og olieforum

Advokatfirmaet Copenhagen Counsel har i et notat af 23. oktober 2015 om Energispareordningen og forbuddet mod diskriminerende afgifter samt statsstøtte, som er udarbejdet på vegne af Dansk Fjernvarme, konkluderet, ”at opkrævningen af dækningen af omkostningerne ved energispareordningen formentlig er i strid med reglerne om diskriminerende afgifter i artikel 110 TEUF, og at anvendelsen af de opkrævede beløb formentlig udgør ulovlig statsstøtte i strid med artikel 107 TEUF”.

Energistyrelsen har på den baggrund anmodet os om at vurdere,

1. om den eksisterende energispareordning er udformet på en måde, der indebærer, at der ydes ulovlig statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, TEUF, og
2. om ordningens finansiering udgør en diskriminerende afgift i strid med artikel 30 TEUF eller artikel 110 TEUF.

Til brug for vores vurdering har vi fra Energistyrelsen modtaget:

- Copenhagen Counsels notat om Energispareordningen og forbuddet mod diskriminerende afgifter samt statsstøtte af 23. oktober 2015,
- Oplysninger fra Energistyrelsen om tekniske elementer i energispareordningen af 17. november 2015,
- Oversigt over net- og distributionsselskaber inden for el-, naturgas-, og fjernvarmesektoren, samt
- Dansk Energis ”Vejledning til tariffberegningsmodel” af 12. marts 2012.

Sammenfattende er det vores vurdering, at energispareordningen ikke er udformet på en måde, som indebærer, at der i forbindelse med de konkrete energisparetiltag ydes ulovlig statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, TEUF. Det skyldes, at de midler, der skal finansiere energiselskabernes energispareindsats, generelt ikke kan anses for at være statsmidler.

Det forhold, at ordningen - undtagen for så vidt angår olieselskaberne - er hjemlet i forsyningslovene, kan efter vores opfattelse ikke i sig selv føre til, at midlerne i ordningen bliver til statsmidler.

Ordningen er således ikke udformet på en sådan måde, at offentlige myndigheder har rådighed eller kontrol over midlerne i ordningen, ligesom ordningens finansiering ikke har en negativ virkning på de offentlige budgetter. Hertil kommer, at der ikke er fastsat et budget for ordningen fra statens side, og at energiselskaberne har en udstrakt grad af metodefrihed i forhold til, hvordan de vil nå energisparemålene. Det er således ikke fastsat i lovgivningen, hvordan midlerne konkret skal anvendes. Navnlige er der ikke krav om, at energiselskaberne skal sikre realisering af energibesparelser inden for bestemte erhverv eller sektorer.

..... Dette gælder, uanset om energiselskabet er offentligt eller privatejet, idet der er tale om en helt generel ordning, hvor private og offentlige selskaber er underlagt samme mål og rammer.

I tilknytning hertil bemærkes for en ordens skyld, at vi ikke har gennemgået og taget stilling til, om samtlige tiltag og indsatser, som de offentligt ejede net- og distributionsselskaber, hver især har besluttet at gennemføre som led i udmøntningen af deres energispareforpligtelser af konkrete grunde kan udgøre statsstøtte. En sådan vurdering vil kræve, at der for hver enkelt energisparetiltag foretages en konkret vurdering af, om betingelserne i artikel 107, stk. 1, TEUF, er opfyldt.

Endvidere er det vores vurdering, at finansieringen af energispareordningen ikke er i strid med artikel 30 eller artikel 110 TEUF.

Olieselskabernes finansiering af energisparetiltagene kan efter vores opfattelse ikke betragtes som en afgiftsopkrævning omfattet af artikel 30 og 110 TEUF og er endvidere ikke diskriminerende.

Fjernvarmeselskabernes finansiering sker ved opkrævninger, som alene pålægges indenlandsk produceret fjernvarme. Allerede fordi der ikke importeres fjernvarme, kan der ikke være tale om forskelsbehandling mellem indenlandsk og importeret varme.

Elnet- og naturgasdistributionsselskabernes finansiering anvendes ikke til at betale for aktiviteter, der i særlig grad er til fordel for indenlandske, afgiftsbelagte varer (el og naturgas). Dette skyldes, at der under energispareordningen ikke ydes støtte til energispareaktiviteter, der er forbundet med produktion (udvinding, raffinering og konvertering) af el eller naturgas.² Ved støtte til etablering af vindmøller er det ligeledes kun den del af produktionen, der ikke sælges til nettet, der kan medregnes ved opgørelsen af energibesparelser. Der er derfor ikke tale om, at afgiftsprovenuet anvendes til fuldt ud eller delvist at udligne en afgiftsmæssig byrde for indenlandske varer, som også påhviler lignende eller konkurrerende importerede varer (el og naturgas), og ordningen kan derfor ikke siges at beskytte indenlandsk el- og naturgasproduktion i forhold til importeret el og naturgas.

Endelig er det vores vurdering, at det forhold, at net- og distributionsselskaberne i visse tilfælde yder tilskud til indenlandske producenter af andre produkter end el, naturgas eller varme, ikke kan føre til, at opkrævningen herved bliver diskriminerende i forhold til lignende eller sammenlignelige udenlandske produkter, jf. artikel 110, stk. 1 og 2. Det skyldes, at de nævnte lignende eller sammenlignelige udenlandske produkter slet ikke opkræves de omhandlede nettariffer m.v., hvorfor tilskuddet til de indenlandske produkter

.....
² Se i den forbindelse fodnote 33 og 34.

ikke kan siges at lempe en byrde (tarifferne), som både påhviler indenlandske og udenlandske produkter.

2. ENERGISPAREORDNINGEN

2.1 Den retlige ramme

2.1.1 *Det danske retsgrundlag*

Forsyningsvirksomhedernes energispareforpligtelser blev indført med love i 1999 (el) og 2000 (naturgas og varme). Den nuværende reguleringsmodel, hvor regler for energispareforpligtelsen er fastsat i en brancheaftale og en bekendtgørelse, blev dog først indført i 2006, hvor der ved lov nr. 520 af 7. juni 2006 foretoges en række ændringer i forsyningslovene, som blev fulgt op med en energispareaftale mellem transport- og energiministeren og el-, naturgas- og oliebrancherne af 22. august 2006 samt bekendtgørelse nr. 1105 af 9. november 2006 om energispareydelse i net- og distributionsvirksomheder.

Energispareaftalen fra 2006 er sidenhen afløst af den nuværende aftale af 13. november 2012. Der er endvidere foretaget en række ændringer i lovgrundlaget for ordningen.

Forpligtelsen for forsyningsselskaberne til at gennemføre energibesparelser fremgår i dag af elforsyningslovens³ § 22, naturgasforsyningslovens⁴ § 14 og varmforsyningslovens⁵ § 28b. Der findes ikke lovgivning, som forpligter oliebranchens selskaber til at medvirke til realisering af energibesparelser.

Lovbestemmelserne vedrørende gennemførelse af energispareforpligtelserne er i al væsentlighed de samme for el-, gas- og varmforsyning. I det følgende gennemgås lovgrundlaget med udgangspunkt i elforsyningslovens regler, idet tilsvarende regulering findes på de to andre forsyningsområder.

Af § 22 i elforsyningslovens fremgår:

”§ 22. En netvirksomhed skal

[...]

5) sikre realisering af dokumenterbare energibesparelser i overensstemmelse med regler fastsat efter stk. 4,

[...]

³ Lovbekendtgørelse nr. 1329 af 25. november 2013.

⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1331 af 25. november 2013.

⁵ Lovbekendtgørelse nr. 1307 af 24. november 2014.

Stk. 4. Klima-, energi- og bygningsministeren kan fastsætte regler om gennemførelsen af bestemmelserne i stk. 1-3, herunder bl.a. regler om måling af elektricitet, regler om virksomhedernes opgaver og mål for de energibesparelser, som virksomhederne samlet eller enkeltvis skal sikre bliver opnået, regler om dokumentation, indberetning og verifikation samt regler om afholdelse af nærmere angivne fællesomkostninger. Klima-, energi- og bygningsministeren kan fastsætte regler om, at visse energibesparelsesaktiviteter, jf. stk. 1, nr. 5, skal ske efter udbud, og regler for udbuddets afholdelse samt for virksomhedernes finansiering af de udbudte opgaver.

[...]

Stk. 7. Realiseringen af energibesparelser efter bestemmelsen i stk. 1, nr. 5, skal ske gennem virksomheder, som er selskabsmæssigt adskilte fra netvirksomheden.

Stk. 8. Indtægter og omkostninger forbundet med energibesparelser efter bestemmelsen i stk. 1, nr. 5, skal holdes regnskabsmæssigt adskilt fra netvirksomhedens øvrige driftsmæssige indtægter og omkostninger. Indtægterne skal dække omkostningerne til energispareindsatsen i regnskabsåret. For meget henholdsvis for lidt opkrævede beløb reguleres via midlertidige prisændringer i det følgende regnskabsår.”

Den 22. marts 2012 indgik den daværende regering en energipolitisk aftale med Venstre, Dansk Folkeparti, Enhedslisten og Det Konservative Folkeparti for perioden 2012 -2020. I forhold til energiselskabernes energispareindsats fastsatte den energipolitiske aftale:

- ”Energiselskabernes besparelsesforpligtelser øges i forhold til indsatsen i 2010-2012 med 75 pct. svarende til 10,7 PJ pr. år i perioden 2013-2014 og med 100 pct. svarende til 12,2 PJ årligt i perioden 2015-2020.
- I forbindelse med de øgede besparelsesforpligtelser målrettes energiselskabernes indsats eksisterende bygninger og erhverv. Der stiles mod indgåelse af en omkostningseffektiv aftale med energiselskaberne, som styrker konkurrenceudsættelsen af indsatsen. Der afsættes i alt 12 mio. kr. i 2012-2015 til understøttelse af energispareinitiativer.”⁶

Som opfølgning på den energipolitiske aftale indgik klima-, energi-, og bygningsministeren en aftale om energiselskabernes energispareindsats med repræsentanter for net- og distributionsselskaberne inden for el, naturgas, fjernvarme og olie den 13. november 2012 (Aftalen).

⁶ Energistyrelsen har oplyst, at de 12 mio. kr. er afsat til drift og lønsum i Energistyrelsen i perioden 2012-2015.

Formålet med Aftalen er, at net- og distributionsselskaberne skal fremme omkostningseffektive besparelser til gavn for forbrugere, virksomheder og samfundet, jf. aftalens, pkt. 1.1. Dette er præciseret i aftalens pkt. 1.2., hvoraf følgende fremgår:

”Udgangspunktet er, at net- eller distributionsselskabets indsats skal medvirke til realisering af flere energibesparelser, og at indsatsen skal have særlig fokus på realisering af energibesparelser i slutforbruget, som ikke ville være blevet realiseret på nuværende tidspunkt uden selskabernes indsats. Som led heri skal indsatsen – direkte eller indirekte – medføre fordele for slutforbrugerne, så det bliver nemmere og/eller billigere for slutforbrugerne at gennemføre energibesparelser. Den overvejende del af net- eller distributionsselskabets omkostninger ved opnåelse af besparelsen skal derfor enten direkte eller indirekte tilfalde slutforbrugerne.”

Aftalen fastsætter de overordnede rammer og mål for branchernes og selskabernes realisering af energibesparelser i perioden 2013-2020 (pkt. 2.1). Disse rammer og mål beskrives nærmere i afsnit 2.3 nedenfor. De konkrete retningslinjer mv. i aftalen gælder dog kun for perioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2015 (pkt. 2.2).

Som supplement til Aftalen har klima-, energi- og bygningsministeren – med hjemmel i forsyningslovene – fastsat nærmere regler om gennemførelsen af forsyningsvirksomhedernes energibesparelser i energisparebekendtgørelsen.⁷

Energisparebekendtgørelsens formål og anvendelsesområde er fastlagt i § 1 og § 2, som har følgende ordlyd:

”§ 1. Net- og distributionsvirksomheder skal i overensstemmelse med bestemmelserne i denne bekendtgørelse fremme realiseringen af omkostningseffektive energibesparelser til gavn for energiforbrugerne og samfundet.

Stk. 2. Net- og distributionsvirksomhedernes indsats skal medvirke til at øge den samlede besparelsesindsats og den skal have særlig fokus på realisering af energibesparelser i slutforbruget, som ikke ville være blevet realiseret på nuværende tidspunkt uden virksomhedernes indsats.

Stk. 3. Net- og distributionsvirksomhedernes besparelsesindsats er rettet mod det endelige energiforbrug, dvs. slutforbruget af energi i Danmark inklusiv nettab.

§ 2. Bekendtgørelsen finder anvendelse på net- og distributionsvirksomheder. Dog finder kapitel 5 alene anvendelse på de net- og distributionsvirksomheder, der ikke er

⁷ Bekendtgørelse nr. 1452 af 16. december 2013.

.....
omfattet af aftalen mellem energiselskaberne og klima-, energi- og bygningsministeren af 13. november 2012 om energiselskabernes spareindsats.”

Med hensyn til net- og distributionsvirksomheder, som ikke deltager i Aftalen, følger det af bekendtgørelsens § 16, stk. 1, at Energistyrelsen træffer afgørelse om, hvordan disse virksomheder skal overholde bestemmelserne i energisparebekendtgørelsens kapitel 3 om realisering af energibesparelser. Ifølge det oplyste er der under den nuværende aftaleperiode for 2013-2020 ikke nogen net- og distributionsvirksomheder, som står uden for Aftalen. Mulighed for at pålægge enkelte virksomheder at realisere energibesparelser har derfor (foreløbig) ikke haft nogen praktisk betydning under den eksisterende ordning.⁸

2.1.2 Energieffektivitetsdirektivet

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/27/EU af 25. oktober 2012 om energieffektivitet m.v. (Energieffektivitetsdirektivet) opstiller en fælles ramme af foranstaltninger til at fremme energieffektivitet i Unionen med henblik på at sikre, at Unionens overordnede mål på 20 % for energieffektivitet i 2020 nås. Direktivet indeholder en række minimumskrav til medlemsstaternes energieffektiviseringer, herunder en række krav til ordninger for energispareforpligtelser og de mulige politiktiltag, som medlemsstaterne kan anvende på dette område, jf. artikel 7.

Af artikel 7, stk. 9, litra c) fremgår, at sådanne politiktiltag bl.a. kan omfatte ”regler og frivillige aftaler, der fører til anvendelse af energieffektiv teknologi eller energieffektive teknikker og har den virkning, at de reducerer energiforbruget i slutanvendelserne”.

Energieffektivitetsdirektivet er bl.a. gennemført i energisparebekendtgørelsen.

2.2 Oplysninger om de energiselskaber, som er omfattet af ordningen

Elnetselskaberne er naturlige monopoler, som inden for hver deres geografisk afgrænsede område transporterer el gennem distributionsnettet og ud til kunderne.

Energistyrelsen har oplyst, at der findes omkring 70 elnetselskaber. Netselskaberne varierer i størrelse med Dong Energy Eldistribution, som det største elnetselskab. Dong Energy Eldistribution er som det eneste selskab organiseret som et – primært – statsejet aktieselskab. Hovedparten af de øvrige elnetselskaber er forbrugsejede, og organiseret som enten andelsselskaber eller aktieselskaber. Enkelte elnetselskaber er ifølge det oplyste kommunalt ejede og organiseret som aktieselskaber.

.....
⁸ Energistyrelsen har oplyst, at der tidligere har været givet pålæg til fjernvarmevirksomhederne, da der ikke blev indgået nogen aftale for fjernvarmevirksomhederne i den første periode, hvor reglerne for energispareforpligtelser blev fastsat i en brancheaftale og en bekendtgørelse – dvs. i perioden 2006-2009. I de efterfølgende aftaleperioder (2010-2012 og 2012-2015) har fjernvarmevirksomhederne været omfattet af brancheaftalen.

Der findes efter det oplyste tre gasdistributionsselskaber i Danmark: HMN Naturgas I/S, der er et kommunalt ejet interessentskab, NGF Nature Energy A/S, der er ejet af 8 kommuner, og DONG Energy Gasdistribution A/S, der er et – primært – statsejet aktieselskab.

Gasdistributionsselskaberne er på samme måde som elnetselskaberne naturlige monopoler, som inden for hver deres geografisk afgrænsede område transporterer naturgas fra leverandøren af gassen og ud til kunderne.

På fjernvarmeområdet er det ligeledes de selskaber, der distribuerer fjernvarme, der er underlagt energispareforpligtelser. Ifølge Energistyrelsen findes der ca. 420 selskaber, der distribuerer fjernvarme, hvoraf langt de fleste ligeledes er fjernvarmeproducenter. Ejerforholdene og selskabsformerne varierer også for så vidt angår fjernvarmedistributørerne. Eksempelvis er nogle fjernvarmeselskaber organiseret som aktieselskaber med en ejerkreds bestående af flere kommuner, mens andre er organiseret som privatejede andelsselskaber.

Fjernvarmenettene er ifølge det oplyste lukkede nationale net i den forstand, at der ikke er anlæg beliggende i andre lande, som leverer varme til disse net.

Endelig varetages oliebranchens energispareforpligtelser af foreningen Oliebranchens Energisparepulje f.m.b.a. Foreningen er etableret af Shell, Statoil, Uno-X Energi, OK, Q8 og Dansk Olie Kompagni.⁹

2.3 Realisering af energibesparelser

I den politiske aftale af 22. marts 2012 om dansk energipolitik 2012-2020 er net- og distributionsselskabernes, herunder også olieselskabernes, samlede årlige besparelsesmål fastsat til 10,7 PJ i 2013 og 2014 og til 12,2 PJ fra 2015 til 2020. Besparelsesmålene for de enkelte brancher er nærmere defineret i Aftalens afsnit 4 (se ligeledes energisparebekendtgørelsens bilag 1 fsva. el-, naturgas- og fjernvarmevirksomhedernes mål).

Energispareindsatsen skal gennemføres af net- og distributionsselskaberne hos slutbrugere ved, at energiselskabet enten selv eller gennem aftaler med andre aktører, som f.eks. energirådgivere og håndværkere, indgår en aftale herom med slutbrugeren, inden det enkelte tiltag iværksættes.

Ved energispareaktiviteter forstås som udgangspunkt aktiviteter, som reducerer behovet for tilførsel af energi til slutbrugeren, herunder effektivisering af energianvendelsen i anlæg og bygninger m.v. hos forbrugerne. Aktiviteterne kan f.eks. bestå i rådgivning, faglig bistand eller finansiel støtte, herunder tilskud til gennemførelse af energibesparelser, jf. Aftalens

⁹ Oplysningerne stammer fra følgende hjemmeside: <http://www.eof.dk/Om-EOF/Oliebranchens%20Energisparepulje>.

bilag 2 og 3. Kontrakter med aktører, herunder koncernforbundne selskaber, skal indgås på markedsmæssige vilkår i henhold til de gældende udbudsretlige regler, jf. Aftalens pkt. 5.4.

Inden for de overordnede rammer, som energisparebekendtgørelsen og Aftalen opstiller, herunder kravet om, at indsatsen skal have særlig fokus på realisering af energibesparelser i slutforbruget af energi i Danmark inkl. nettab, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 2 og 3, har virksomhederne "metodefrihed til at tilrettelægge indsatsen, så besparelserne realiseres billigst muligt" (vores understregning), jf. Aftalens punkt 5.1.

Af Aftalens pkt. 5.2 fremgår, "[a]t alle selskaber uanset ejerforhold i overensstemmelse med forsyningslovene, som ikke berører oliebranchen, [har] lige muligheder og lige vilkår i forbindelse med realisering af selskabernes energispareforpligtelser" (vores understregning).

Aftalens bilag 1 indeholder en afgrænsning af det energiforbrug, som besparelsesindsatsen er rettet mod. Det fremgår bl.a., at "der kan medregnes besparelser i det endelige energiforbrug (slutforbruget) på land i Danmark [...] i alle sektorer, således som det er defineret i Energistyrelsens energistatistik".

Energistyrelsens energistatistik 2014 indeholder følgende definition af "Endeligt energiforbrug":

"Endeligt energiforbrug udtrykker energiforbruget leveret til slutbrugerne, dvs. private og offentlige erhverv samt husholdninger. Formålene med energianvendelsen er fremstilling af varer og tjenester, rumopvarmning, belysning og andet apparatforbrug samt transport. Hertil kommer forbrug til ikke energiformål, fx. smøring, rensning og bitumen til asfaltering. Energiforbrug i forbindelse med udvinding af energi, raffinering og konvertering er ikke inkluderet i endeligt energiforbrug. [...]" (vores understregning)

Af bilag 1 følger endvidere, at f.eks. etablering af vindmøller kan medregnes i det omfang vindmøllen er tilsluttet i egen installation. Den del af produktionen, der sælges til nettet, kan ikke medregnes (pkt. 10).

Energiforbruget i kollektive produktionsanlæg (fjernvarme, elværker og kraftvarmeværker mv.) og raffinaderiernes egetforbrug er ikke en del af det endelige energiforbrug, og besparelser heri kan derfor ikke medregnes med undtagelse af det forbrug, der afregnes via forbrugsmålere og således ikke indgår i de pågældende produktionsanlægs interne egetforbrug (pkt. 11 og 12).

Endelig fremgår det, at der i perioden 2013-2015 kan indregnes besparelser ved etablering af kollektive solfangeranlæg i forbindelse med fjernvarmeforsyning (pkt. 13). Herudover

..... har energiselskaberne ret til at realisere besparelser i egne ledningsnet eller via udskiftning af målere.

Selskaberne kan som led i opfyldelsen af energispareforpligtelsen overføre eventuelt under- eller overopfyldelse fra år til år, jf. aftalens pkt. 4.8. Ved overopfyldelse af energisparemålet kan selskaberne sælge den overskydende energibesparelse til andre energiselskaber med henblik på opfyldelse af deres mål, jf. aftalens pkt. 6.1.

Energiselskaber skal årligt indberette de realiserede energibesparelser til Energistyrelsen, som fører tilsyn med ordningen, jf. Aftalens afsnit 12.

Aftalen og energisparebekendtgørelsen indeholder endvidere en række bestemmelser om markedsorientering og gennemsigtighed, dokumentationskrav og kvalitetssikring mv.

2.4 Finansiering af energispareforpligtelserne

Ifølge energisparebekendtgørelsens § 20, stk. 3, dækkes elnet- og naturgas-distributionsvirksomhedernes nettoomkostninger ved energispareordningen gennem en midlertidig forhøjelse af deres indtægtsrammer. Den midlertidige forhøjelse af elnet- og naturgasdistributionsvirksomhedernes indtægtsrammer fastsættes forud på baggrund af de gennemsnitlige faktiske omkostninger for den pågældende branche i det foregående år, jf. stk. 6. På baggrund af regnskabsoplysninger om de enkelte virksomheders omkostninger til opfyldelse af besparelsesforpligtelsen sker der en efterregulering på virksomhedsniveau i det nærmest følgende regnskabsår, således at virksomhederne alene får dækket de enkelte års faktiske omkostninger, jf. stk. 7.

Elnetselskabernes mulighed for at opkræve betaling af netselskabets brugere for omkostninger ved energispareindsatsen følger af elforsyningslovens § 8, stk. 2, hvoraf det fremgår, at *”de kollektive elforsyningsvirksomheders øvrige omkostninger i medfør af denne lov [...] påhviler de brugere, der modtager virksomhedens ydelser, og opkræves gennem den enkelte virksomheds tariffer* (vores understregning)”.

For så vidt angår naturgasdistributionsselskaber findes en lignende bestemmelse i naturgasforsyningslovens¹⁰ § 9, stk. 4.

Fjernvarmevirksomhedernes omkostninger til opfyldelse af forpligtelserne kan indregnes i tarifferne som en nødvendig omkostning i overensstemmelse med bestemmelserne i varmforsyningsloven, jf. energisparebekendtgørelsens § 20, stk. 4.

Finansieringen af olieselskabernes indsats er ikke lovreguleret. I forbindelse med olieselskabernes tilslutning til Aftalen har selskaberne etableret foreningen Oliebranchens

.....
¹⁰ Bekendtgørelse nr. 1331 af 25/11/2013 af lov om naturgasforsyning.

Energisparepulje f.m.b.a., som har overtaget selskabernes forpligtelser i henhold til Aftalen. Foreningens omkostninger til opfyldelse af olieselskabernes forpligtelser dækkes af de deltagende selskaber gennem et kontingent, jf. Aftalens punkt 14.6.

Udgangspunktet er således (med undtagelse af olieselskaberne), at de enkelte energiselskabers omkostninger forbundet med energispareindsatsen bæres af selskaberne selv, som herefter overvælter udgifterne fuldt ud på selskabernes forbrugere (husholdninger, den offentlige sektor og erhvervsvirksomheder – se Aftalens punkt 14.2). Aftalen eller forsyningslovene indeholder ikke regler om, hvordan selskaberne nærmere bestemt skal udregne og opkræve omkostninger i forhold til den enkelte forbruger. Det er f.eks. ikke et krav, at opkrævningen sker med udgangspunkt i den enkelte kundes forbrug.

Der henvises i den forbindelse til de særlige bemærkninger vedrørende finansieringen og fordelingen af udgifterne til energispareordningen i lovforslag nr. 156 af 9. februar 2006:

”Udgifterne til de energibesparende foranstaltninger opkræves af netvirksomheden som en del af nettariiffen i overensstemmelse med bestemmelsen i § 73, stk. 1, og efter den metode, som skal offentliggøres efter bestemmelsen i § 73 a. Der har hidtil i medfør af § 73 været anvendt forskellige opkrævningsmetoder i netvirksomhederne. Nogle netvirksomheder har således opkrævet et fast beløb pr. kWh, mens andre netvirksomheder har opkrævet forskellige beløb hos de enkelte kundekategorier. Der er ikke med lovændringen tilsigtet nogen ændring heraf, idet formålet med lovændringerne er at opnå en mere effektiv besparelsesindsats for de samme midler.”¹¹

Energiselskaber modtager ikke nogen form for betaling i forbindelse med indberetning af besparelser til Energistyrelsen.

3. VURDERING

3.1 Statsstøtte – EUF-traktatens artikel 107, stk. 1

Ifølge EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, er ”statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner en økonomisk fordel, er uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne”.

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at følgende betingelser skal være opfyldt for, at en foranstaltning udgør statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, TEUF.

¹¹ Energiselskabernes metodefrihed ift. beregning og opkrævning af omkostningerne ved energispareordningen illustreres bl.a. af Dansk Energis Vejledning til tariffberegningsmodel af 12. marts 2012, hvoraf det fremgår, at elnetselskaberne anbefales at opkræve en tarif, hvor halvdelen af omkostningerne ved energispareindsatsen knyttes til forbruget (betaling pr. kWh), mens den anden halvdel knyttes til kundeforholdet.

1. Der skal være tale om støtte til **økonomisk aktivitet** (virksomheder).
2. Støtten skal give modtageren en økonomisk **fordel**.
3. Støtten skal ydes ved hjælp af **statsmidler**.
4. Støtten skal være **selektiv** (visse virksomheder eller visse produktioner).
5. Støtten skal potentielt kunne forvride **konkurrencen** og påvirke **samhandlen** i det indre marked.

Betingelserne er kumulative. En foranstaltning indebærer derfor ikke statsstøtte, hvis blot én af betingelserne ikke er opfyldt. Støtte, som en medlemsstat er forpligtet til at gennemføre i medfør af EU-retten uden nogen skønsmæssig vurdering, indebærer heller ikke statsstøtte. I forhold til energispareordningen bemærkes, at energieffektivitetsdirektivet alene åbner mulighed for, at medlemsstaterne kan indføre nationale foranstaltninger vedrørende energieffektiviseringer, uden at medlemsstaterne herved pålægges at yde bestemte former for støtte. Forpligtelserne i energieffektivitetsdirektivet er derfor ikke tilstrækkelige til at sikre, at energispareordningen i Danmark ikke indebærer statsstøtte.

På den baggrund skal det undersøges, om energispareordningen opfylder de ovennævnte betingelser.

3.1.1 Økonomisk aktivitet

Statsstøttereglerne finder generelt kun anvendelse, hvis modtageren er en "virksomhed". Domstolen har i den forbindelse fastslået, at virksomhedsbegrebet omfatter enhver enhed, der udøver 'økonomisk aktivitet', uanset enhedens retlige form eller finansieringsmåde¹², og at økonomisk aktivitet omfatter enhver aktivitet, der består i at levere varer eller tjenesteydelser på et marked.¹³

Det følger heraf, at støtte, der ydes direkte til private borgere, ikke er omfattet af statsstøttebegrebet (ikke-økonomisk aktivitet), med mindre støtten indirekte begunstiger bestemte virksomheder, der udøver økonomisk aktivitet.¹⁴

Energispareordningens formål er at bidrage til en reduktion af slutforbruget af energi i Danmark. Dette kan ske via en række forskellige tiltag og indsatser, som i overvejende grad skal komme slutbrugerne (forbrugere, virksomheder og den offentlige sektor) til gavn, f.eks. ved at gøre det nemmere eller billigere for slutbrugerne at gennemføre energibesparelser.

Det er ikke et krav, at energiselskaberne skal yde støtte til bestemte erhvervsvirksomheder eller sektorer. Som følge af selskabernes metodefrihed i forhold til, hvordan de vil gennemføre energibesparelser, kan det imidlertid ikke udelukkes, at visse tiltag og

¹² Forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavlov m.fl., EU:C:2000:428, præmis 74.

¹³ Jf., f.eks. dom 118/85, Kommissionen mod Italien, EU:C:1987:283, præmis 7.

¹⁴ Dom C-403/10 P, Mediaset SpA mod Kommissionen, EU:C:2011:533.

indsatser, f.eks. konkrete rådgivningsydelser eller direkte tilskud, sker til fordel for virksomheder, der udøver økonomisk aktivitet, hvorved der kan være tale om statsstøtte såfremt de øvrige betingelser i artikel 107, stk. 1, er opfyldt.

Støtte, der ydes til fordel for borgere eller offentlige institutioner, der ikke udøver økonomisk aktivitet, vil derimod ikke indebære statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1.

3.1.2 *Fordel*

En fordel i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, er en økonomisk fordel, som en virksomhed ikke ville have opnået på normale markedsbetingelser, dvs. uden statslig indgriben.¹⁵ Ifølge Domstolens praksis opnår en virksomhed en økonomisk fordel hver gang den lettes for byrder, der normalt belaster dens budget.¹⁶ Det følger heraf, at både positive ydelser, f.eks. et finansielt tilskud, men også fritagelse for omkostninger, herunder fritagelse for skatter eller afgifter, tildeling af lån eller garantier på fordelagtige vilkår eller levering af varer eller tjenesteydelser til en pris, der ligger under markedsprisen, kan udgøre en økonomisk fordel i statsstøtteretlig forstand.

De foranstaltninger, som energiselskaberne iværksætter inden for rammerne af energispareordningen, må formodes generelt at kunne indebære en økonomisk fordel for virksomheder, idet i hvert fald en del af tiltagene må antages at kunne lette virksomheder for byrder (energiomkostninger), der normalt ville belaste disse virksomheders budget.

3.1.3 *Statsmidler*

Støttereglerne finder kun anvendelse, hvis de fordele, som en eller flere virksomheder opnår, ydes ved hjælp af statsmidler.

Ifølge Domstolens og Rettens praksis udgør alle økonomiske midler, som den offentlige sektor faktisk kan anvende til at støtte virksomheder, statsmidler. I den forbindelse har det ikke nogen betydning, om disse midler til stadighed udgør en del af statens formue. Det er således ikke nødvendigt, at de beløb, som er anvendt til en given foranstaltning, tilhører de offentlige myndigheder, idet det er tilstrækkeligt til at anse dem for statsmidler, at de konstant er under de offentlige myndigheders kontrol og dermed står til rådighed for de kompetente nationale myndigheder.¹⁷

Statslige, regionale og kommunale myndigheders midler udgør derfor statsmidler. Offentlige virksomheders midler udgør som udgangspunkt også statsmidler, fordi staten kan træffe afgørelse om, hvordan disse midler skal anvendes.¹⁸ Midler, der tilhører private

¹⁵ Dom C-39/94, SFEI m.fl., EU:C:1996:285, præmis 60.

¹⁶ Jf. f.eks. dom C-6/97, Italien mod Kommissionen, EU:C:1999:251, præmis 15, og dom C-172/03, Heiser, EU:C:2005:130, præmis 36.

¹⁷ Jf. dom Doux Élevage og Coopérative agricole UKL-ARREE, EU:C:2013:348, præmis 35 og dom af 15.1.2013, Aiscat mod Kommissionen, T-182/10, EU:T:2013:9, præmis 104.

¹⁸ Dom Stardust Marine, C-482/99, EU:C:2002:294.

virksomheder vil derimod ikke udgøre statsmidler med mindre, der er tale om private enheder, som staten har oprettet eller udpeget med henblik på at forvalte offentlige midler.¹⁹

Det afgørende er således, om de midler, der anvendes til at begunstige visse virksomheder (net- og distributionsvirksomhederne selv eller modtagerne af sparetiltagene), kan kontrolleres af de offentlige myndigheder og således står til rådighed for disse.²⁰

Ved vurderingen heraf har Domstolen i en række tilfælde konstateret, at det forhold, at staten f.eks. ved en lovgivningsforanstaltning har fastsat, at en tredjepart skal anvende sine egne midler på en bestemt måde ikke indebærer, at disse midler befinder sig under offentlig kontrol, og at der derfor ikke er tale om støtte, der er ydet 'ved hjælp af statsmidler'.

I den sag, der gav anledning til dom *PreussenElektra*, C-379/98, EU:C:2001:160, skulle Domstolen tage stilling til en foranstaltning, som fastsatte en forpligtelse for private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet fra vedvarende energikilder til fastsatte mindstepriser. Domstolen konstaterede, at denne forpligtelse ikke udgjorde nogen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler til producenterne af denne type elektricitet og fastslog, at "den omstændighed, at købsforpligtelsen [var] fastsat ved lov og [medførte] en ubestridt fordel for visse virksomheder, ikke [kunne] give den karakter af statsstøtte", jf. dommens præmis 61 (min fremhævning).

På samme måde var der i den sag, der gav anledning til dom *Pearle* m.fl., C-345/02, EU:C:2004:448, tale om en reklamekampagne organiseret af et offentligt organ, finansieret ved hjælp af midler, som var indsamlet fra de medlemmer, der drog fordel af kampagnen, i form af formålsbestemte afgifter til tilrettelæggelse af reklamekampagnen. Domstolen fastslog, at det ikke fremgik af sagen, at reklamekampagnen blev finansieret ved hjælp af midler, som var til de nationale myndigheders rådighed. Da de af det offentlige organ afholdte udgifter til kampagnen fuldstændigt blev dækket af beløb, der blev pålagt de virksomheder, som drog fordel af kampagnen, tilsigtede det omhandlede offentlige organs handlinger ikke at skabe en fordel, der ville udgøre en supplerende byrde for staten eller det pågældende organ, jf. præmis 36.

Endelig fastslog Domstolen i dom *UTECA*, C-222/07, EU:2009:124, at en medlemsstats foranstaltning, hvorefter tv-selskaber pålagdes en forpligtelse til at afsætte 5 % af deres driftsindtægter til præfinansiering af europæiske spille- og tv-film og nærmere bestemt at anvende 60 % af disse 5 % til produktioner, hvis originalsprog var et af de officielle sprog i denne medlemsstat, ikke udgjorde statsstøtte til denne medlemsstats filmindustri. Domstolen bemærkede i denne forbindelse, at den fordel, som denne medlemsstats filmindustri kunne drage af en sådan foranstaltning, ikke sås at udgøre støtte, der var ydet

¹⁹ Jf. f.eks. dom *Sloman Neptun*, C-72-73/91, EU:C:1993:97.

²⁰ Dom *Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen*, C-83/98 P, EU:C:2000:248.

.....

direkte af staten eller af offentlige eller private organer, der var udpeget eller oprettet af denne stat, idet den omhandlede fordel var en følge af anvendelsen af en generel ordning, som pålagde offentlige såvel som private tv-selskaber en forpligtelse til at afsætte en procentdel af deres driftsindtægter til præfinansiering af spille- og tv-film, jf. dommens præmis 44-47.

Med henvisning til ovennævnte praksis konkluderede Retten i dom af 24. september 2015, TV2, T-674/11, EU:T:2015:684, at en fordel ydet ved hjælp af statsmidler er en fordel, der, når den er ydet, har en negativ virkning på statsmidlerne (præmis 195).

Omvendt nåede Domstolen frem til, at der var tale om statsmidler i den sag, der gav anledning til dom *Essent Netwerk Noord BV*, C-206/06, EU:C:2008:413. I denne sag havde de nederlandske myndigheder fastsat ved lov, at indenlandske elektricitetskunder i en overgangsperiode på fire måneder skulle betale et pristillæg til deres systemoperatør på 0,0117 NLG pr. kWh, for de mængder elektricitet, der var transmitteret til brug for dem. Provenuet af pristillægget skulle betales af systemoperatøren til et af lovgiver udpeget selskab til afholdelse af ikke-markedskonforme (strandede) omkostninger, som var opstået som følge af forpligtelser påtaget eller investeringer foretaget af dette selskab før liberaliseringen af elektricitetsmarkedet. I det omfang provenuet fra pristillægget oversteg 400 mio. NLG, skulle det overskydende beløb betales til staten. Domstolen fandt, at de opkrævede beløb udgjorde statsmidler og lagde i den forbindelse vægt på, at midlerne hidrørte fra en afgift, som kun kunne anvendes i overensstemmelse med loven, herunder kravet om, at det udpegede selskab skulle tildeles 400 mio. NLG (præmis 72-74).

På baggrund af ovennævnte principper og praksis skal det vurderes, om energispareordningen indebærer støtte, der ydes ved hjælp af statsmidler.

De indtægter, som net- og distributionsvirksomhederne anvender til at finansiere deres energispareforpligtelser, stammer ikke fra statens budget, men derimod fra virksomhedernes kunder, dvs. fra private midler. Net- og distributionsvirksomheder modtager f.eks. ikke nogen betaling fra Energistyrelsen i forbindelse med, at virksomhederne indberetter deres energibesparelser til styrelsen.

Dette gælder både for de virksomheder, der er omfattet af Aftalen, og for de virksomheder, som eventuelt måtte vælge at stå uden for Aftalen, og som herefter ville kunne pålægges energispareforpligtelser i medfør af energisparebekendtgørelsen.

Spørgsmålet om, hvorvidt der under energispareordningen ydes støtte ved hjælp af statsmidler afhænger derfor af, om de private midler, som energiselskaberne anvender som led i ordningen, er underlagt offentlige myndigheders kontrol og rådighed og af denne grund bliver til statsmidler.

.....

.....

Efter vores opfattelse indebærer energispareordningen ikke, at de midler, der skal finansiere ordningen, er underlagt offentlige myndigheders kontrol og rådighed.

For det første er det forhold, at ordningen er fastsat ved lov ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at de midler, der anvendes på energisparetiltag, er underlagt offentlig kontrol, jf. den retspraksis, der er henvist til ovenfor. Dette understøttes af, at net- og distributionsvirksomhederne har en udstrakt grad af metodefrihed i forhold til, hvordan energisparemålene nås. Den energipolitiske aftale af 22. marts 2012, lovgivningen og Aftalen fastlægger således blot nogle generelle og overordnede krav til energiselskabernes indsats, herunder at energibesparelser som udgangspunkt skal realiseres i slutforbruget samt via reduktion af tabene i transmissions- og distributionsnettene, at den overvejende del af omkostningerne ved indsatsen direkte eller indirekte skal tilfalde slutbrugerne, og at indsatsen navnlig skal målrettes eksisterende bygninger og erhverv.

Til sammenligning havde staten i de sager, der gav anledning til PreussenElektra-dommen og UTECA-dommen, fastsat regler om, at private henholdsvis offentlige og private selskaber skulle anvende (en del) af deres midler til fordel for bestemte sektorer (hvh. producenter af vedvarende energi og filmbranchen). Disse mere specifikke krav om omfordeling af midler mellem virksomheder var imidlertid ikke tilstrækkelige til, at midlerne herved kom under statens kontrol.

For det andet indeholder lovgivningen eller Aftalen ikke nærmere krav vedrørende ordningens finansielle omfang. Det er således ikke besluttet fra statens side, hvor mange midler, der anvendes på energiforbedringer hos slutbrugerne. Ordningens finansielle omfang afhænger alene af, hvilke indsatser net- og distributionselskaberne beslutter sig for at gennemføre.

Den grad af offentlig involvering, som energispareordningen kræver – både i forhold til, hvilke energisparetiltag, de enkelte energiselskaber vælger at gennemføre og i forhold til finansieringen af omkostninger ved ordningen – synes således ikke at være tilstrækkelig konkret til, at energiselskaberne kan siges at være oprettet eller udpeget til at administrere en støtteordning.

For det tredje påhviler den finansielle risiko ved ordningen energiselskaberne, som selv skal finansiere udgifterne til ordningen via de tariffer og priser, som opkræves af forbrugerne. Energispareordningen adskiller sig herved fra forholdene i den sag, der gav anledning til Essent-dommen, hvor omkostningerne ved den pågældende ordning blev finansieret via en afgift, som var indført og fastsat direkte af staten.

.....

.....

For det fjerde kan det forhold, at en række energiselskaber er offentligt ejede efter vores opfattelse ikke føre til, at midlerne i ordningen som sådan må anses for at være statsmidler. Selv om Domstolen i PreussenElektra-dommen lagde vægt på, at det var private virksomheder, der blev pålagt at købe elektricitet til fastsatte mindste priser, viser UTECA-dommen, at principperne i PreussenElektra-dommen ligeledes kan anvendes i en situation, hvor både offentlige og private selskaber, som led i en *generel* ordning, pålægges at anvende deres midler til bestemte formål.

Denne konklusion er også i overensstemmelse med Kommissionens afgørelse i statsstøttesagen N342/2003, som bl.a. omhandlede et ekstra pristillæg på 10 øre/kWh til visse danske vindmøller. Pristillægget blev ydet af de daværende systemansvarlige virksomheder Eltra og Elkraft System, som var henholdsvis privat og offentligt kontrolleret. I afgørelsen fastslog Kommissionen, at *"[o]rdningen gælder uden forskelsbehandling for begge virksomheder, og der er intet, der tyder på, at staten benytter den offentlige virksomhed til at overføre midler til støttemodtagerne"*. Under henvisning til PreussenElektra-dommen fastslog Kommissionen endvidere, at den *"i adskillige beslutninger vedtaget efter denne dom [har] fastslået, at ved generelle foranstaltninger, der finder ensartet anvendelse på alle offentlige eller private systemoperatører og elforsyningsvirksomheder, er det berettiget at gøre denne dom gældende for alle virksomheder, der er underkastet købs- og/eller afgiftsforpligtelser, uanset deres ejerforhold"*. Endelig henviste Kommissionen til, *"at samtlige omkostninger forbundet med ordningen vil blive væltet over på de endelige forbrugere, hvilket underbygger, at staten ikke vil benytte offentlige virksomheder til at gennemføre foranstaltningen"*. Kommissionen konkluderede på den baggrund, at ordningen ikke indebar noget tab af statsmidler.

På tilsvarende måde udgør energispareordningen en *generel* ordning, hvor offentlige og private energiselskaber er underlagt samme vilkår og krav. Disse selskaber anvender udelukkende deres egne midler på at nå de fastsatte energisparemål og alle omkostninger herved overvæltet i sidste ende på forbrugere, hvorved ordningen ikke kan anses for at have en negativ virkning på statens midler.

På baggrund af det ovenfor anførte er det vores samlede vurdering, at energispareordningen ikke er udformet således, at den skal finansieres med statsmidler, jf. artikel 107, stk. 1.

.....

Hertil kommer, at selv hvis det – i lyset af, at en række net- og distributionsvirksomheder er offentlige virksomheder – antages, at ordningen bliver finansieret med statsmidler, så er det en betingelse efter artikel 107, stk.1, at anvendelsen af disse midler konkret kan tilregnes de offentlige myndigheder. Ifølge Domstolens praksis, er den omstændighed, at en offentlig virksomhed træffer en foranstaltning ikke i sig selv tilstrækkelig til, at den kan tilregnes

.....

myndighederne. I sådanne tilfælde er det nødvendigt at undersøge, om de offentlige myndigheder på den ene eller den anden måde har været impliceret i vedtagelsen af de konkrete foranstaltninger.²¹

I dom *Frankrig mod Kommissionen* (Stardust Marine), C-482/99, EU:C:2002:294, fastslog Domstolen, at spørgsmålet om, hvorvidt en støtteforanstaltning, som er truffet af en offentlig virksomhed, kan tilregnes staten, beror på en bedømmelse af sagens omstændigheder som helhed og den sammenhæng, hvori foranstaltningen indgår (præmis 55).

Domstolen anførte, at der ved bedømmelsen af dette spørgsmål bl.a. kan tages hensyn til, om den pågældende offentlige virksomhed ikke vil kunne træffe beslutningen uden at tage hensyn til kravene fra de offentlige myndigheder, eller om den offentlige virksomhed, som yder støtten, er forpligtet til, udover de organisatoriske forhold, at tage hensyn til direktiver fra staten.²² Også andre omstændigheder, herunder om virksomheden er integreret i den offentlige forvaltning, virksomhedens retlige form (om den er underlagt offentlig ret eller almindelig selskabsret), samt udstrækningen af de offentlige myndigheders kontrol med administrationen af virksomheden, kan ifølge Domstolen have betydning for, om en konkret støtteforanstaltning kan tilregnes staten.²³

Der kan ikke være tvivl om, at hensynene bag og de generelle rammer for energispareordningen kan tilregnes staten. Ordningen udspringer af en politisk målsætning om reduceret energiforbrug og de overordnede rammer for ordningen er fastsat ved lov. Dette gælder dog ikke for oliebranchens selskaber, idet der ikke eksisterer lovgivning, som forpligter olieselskaberne til at medvirke til realisering af energibesparelser. Disse selskaber er alene omfattet af ordningen, fordi de på frivillig basis har valgt at indgå i Aftalen.

Som nævnt ovenfor indeholder de lovgivnings- og aftalemæssige rammer for ordningen imidlertid ingen anvisninger af, hvor mange midler, der skal bruges, hvad midlerne nærmere bestemt skal bruges på, eller at ordningen i særlig grad skal komme bestemte aktiviteter eller sektorer til gavn. Staten har således ikke på forhånd defineret en nærmere kreds af mulige støttemodtagere eller fastsat regler om, hvor meget eller hvor lidt enkelte virksomheder eller borgere vil kunne modtage i støtte til gennemførelse af energibesparende foranstaltninger. De generelle rammer for ordningen giver mulighed for, at energiselskaberne kan finansiere rådgivning og yde tilskud til private virksomheder m.v., men det er ikke et krav, at dette rent faktisk sker. Ydermere er finansieringen af energispareindsatsen overladt til de enkelte energiselskaber.

²¹ Jf. dom Frankrig mod Kommissionen, C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 52.

²² Jf. dom Frankrig mod Kommissionen, C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 55.

²³ Jf. dom Frankrig mod Kommissionen, C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 56. Dog bemærkes, at den omstændighed, at en offentlig virksomhed er oprettet i form af et privatretligt kapitalselskab, selvom denne selskabsform giver virksomheden en vis autonomi, ikke i sig selv udelukker, at en støtteforanstaltning vil kunne tilregnes de offentlige ejere, som kontrollerer virksomheder, jf. dommens præmis 57.

.....

Energiselskaberne afgør selv, inden for de ganske overordnede rammer, som lovgivningen og Aftalen fastsætter, hvilke metoder, indsatser og initiativer, de vil iværksætte med henblik på at nå energisparemålene.

På den baggrund kan det ikke lægges til grund, at den måde, som de offentlige energiselskaber vælger at udmønte deres energispareforpligtelser på, herunder beslutninger om, hvilke virksomheder, der kan modtage rådgivning eller tilskud, generelt kan tilregnes staten.

.....

Af de ovennævnte grunde er vores vurdering, at de midler, der finansierer energispareordningen, generelt ikke kan anses for at være statsmidler, og at den måde staten har udformet energispareordningen på derfor ikke indebærer, at der ydes ulovlig statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, TEUF. På den baggrund er det uforholdsmæssigt at undersøge, om de to øvrige betingelser i artikel 107, stk. 1, er opfyldt.

I tilknytning hertil bemærkes for en ordens skyld, at vi ikke har gennemgået og taget stilling til, om samtlige tiltag og indsatser, som de offentligt ejede net- og distributionsselskaber, hver især har besluttet at gennemføre som led i udmøntningen af deres energispareforpligtelser af konkrete grunde kan udgøre statsstøtte.

En sådan vurdering vil alene kunne foretages på grundlag af en samlet vurdering af den konkrete foranstaltning i lyset af de ovennævnte betingelser i artikel 107, stk. 1.

Såfremt Energistyrelsen i højere grad ønsker at sikre, at de konkrete energisparetiltag, der gennemføres af de offentligt ejede energiselskaber, ikke risikerer at indebære statsstøtte omfattet af EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, kan det være hensigtsmæssigt, at styrelsen udarbejder retningslinjer, der præciserer, hvorledes tiltagene kan gennemføres i overensstemmelse med EU-statsstøttereglerne.

3.2 Diskriminerende afgifter - EUF-traktatens artikel 30 og 110

Energistyrelsen har endvidere anmodet om min vurdering af, om energispareordningens finansieringsmodel er i strid med artikel 30 eller 110 TEUF.

Artikel 30 TEUF bestemmer følgende:

”Told ved indførsel og udførsel og andre afgifter med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne. Dette gælder også finanstold.”

Artikel 110 TEUF har følgende ordlyd:

.....

.....

”Ingen medlemsstat må direkte eller indirekte pålægge varer fra andre medlemsstater interne afgifter af nogen art, som er højere end de afgifter, der direkte eller indirekte pålægges lignende indenlandske varer.

Endvidere må ingen medlemsstat pålægge varer fra andre medlemsstater interne afgifter, som indirekte vil kunne beskytte andre produkter.”

EUF-traktatens artikel 30 og 110 forbyder således henholdsvis told og afgifter med tilsvarende virkning som told og diskriminerende interne afgifter på varer.

Artikel 110, stk. 1, vedrører den situation, hvor en afgiftsordning fører til, at indenlandske varer beskyttes sammenlignet med *identiske eller lignende* afgiftsbelagte udenlandske varer, mens artikel 110, stk. 2, vedrører den situation, hvor beskyttelsen angår andre indenlandske produkter, dvs. produkter, der er *sammenlignelige* med udenlandske afgiftsbelagte produkter.

Bestemmelserne i artikel 30 og 110 understøtter ifølge EU-Domstolen målsætningen om at forbyde nationale skattebestemmelser, som kan virke diskriminerende over for varer, der sendes fra eller til andre medlemsstater, ved at hindre deres frie bevægelighed på normale konkurrencevilkår inden for Unionen.²⁴

De to forbud supplerer hinanden, og bestemmelserne kan ikke anvendes kumulativt.²⁵

Afgifter med tilsvarende virkning som told pålægges udelukkende importerede eller eksporterede varer og ikke lignende eller konkurrerende indenlandske varer, hvorimod interne afgifter finder anvendelse for både indenlandske og importerede varer. Ifølge fast retspraksis udgør enhver økonomisk byrde, der ensidigt pålægges varer, når de føres over grænsen, uanset hvor lav denne byrde måtte være, og hvorledes den betegnes og opkræves, en afgift med tilsvarende virkning som en told, når den ikke udgør egentlig told. Derimod hører de økonomiske byrder, som følger af en almindelig intern afgiftsordning, der systematisk og efter samme objektive kriterier anvendes på varekategorier uafhængigt af deres oprindelse og uafhængigt af deres bestemmelse, under artikel 110 TEUF.²⁶

Ifølge fast retspraksis kan en afgift, som rammer indenlandske og importerede varer efter samme kriterier, være forbudt i henhold til traktatens artikel 30 eller 110, når afgiftsprovenuet er bestemt til at betale aktiviteter, der i særlig grad er til fordel for indenlandske, afgiftsbelagte varer. Hvis sådanne fordele *fuldt ud* opvejer den afgift, de er pålagt, har afgiften kun virkninger for importerede varer og udgør derfor en afgift med tilsvarende virkning som en told, jf. artikel 30. Hvis fordelene derimod kun opvejer *en del*

.....

²⁴ Dom Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, EU:C:2008:413, præmis 40.

²⁵ Dom Enirisorse SpA, forenede sager C-34-38/01, EU:C:2003:640, præmis 59.

²⁶ Dom Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 og C-41/05, EU:C:2006:403, præmis 51 og 56.

af den byrde, der er pålagt de indenlandske varer, er afgiften en diskriminerende intern afgift, jf. artikel 110 TEUF, hvis opkrævning er forbudt med hensyn til den del af dens beløb, der anvendes til fordel for indenlandske varer.²⁷

Af Domstolens og Kommissionens praksis følger endvidere, at ved vurderingen af, om provenuet fra afgiften går til kompensation af indenlandske afgiftsbelagte varer, er det uden betydning, hvem der er debitor for afgiftskravet. Det forhold, at opkrævningerne sker hos energiforbrugerne er således ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at afgiftsbyrden rammer energiproducenterne.

Artikel 30 og 110 TEUF finder kun anvendelse på *varer* – og ikke på tjenesteydelser, f.eks. en transportydelse. Dog kan en afgift, som ikke pålægges en vare som sådan, være omfattet af artikel 30 og 110, hvis afgiften pålægges en specifik varerelateret aktivitet. Således vil opkrævning af en afgift på transmission af el, gas, varme og olie (som er varer i EUF-traktatens forstand) formentlig skulle anses for at være en afgift på en specifik varerelateret aktivitet, selv om transmissionsydelsen er en tjenesteydelse.²⁸ De varer, der i så fald pålægges en byrde ved opkrævningerne af priser og nettariffer vil i givet fald være elektricitet, gas og varme.

Artikel 30 og 110 finder kun anvendelse på foranstaltninger med et *fiskalt* element. EU-Domstolen har således fastslået, at en økonomisk byrde, som pålægges varer ved grænseoverskridelsen, ikke udgør en afgift med tilsvarende virkning som told, såfremt den udgør et modstykke til en konkret tjenesteydelse, der faktisk og individuelt er præsteret over for den erhvervsdrivende, og afgiftens størrelse står i et rimeligt forhold til denne tjenesteydelse.²⁹ Gebyrer, der finansierer nærmere bestemte tjenesteydelser, som er knyttet til afsætningen af en vare, må derfor antages – efter omstændighederne – at falde uden for afgiftsbegrebet i artikel 30 og 110, TEUF.

I forhold til artikel 30 og 110 – og i modsætning til artikel 107, stk. 1 – er det uvæsentligt, om opkrævningen af afgiften foretages af staten eller private.³⁰ Det forhold, at det offentlige ikke selv fastsætter priser og tariffer direkte udelukker derfor ikke, at der er tale om afgifter i artikel 30 og 110's forstand.

Efter vores vurdering er det klart, at olieselskabernes finansiering af energisparetiltagene ikke kan betragtes som en afgiftsopkrævning omfattet af artikel 30 og 110. Der er således ikke lovgivning, som pålægger disse selskaber at gennemføre energisparetiltag. Oliebranchens selskaber indgår i ordningen på frivilligt grundlag. Af samme grund findes der heller ikke regler i lovgivningen, der regulerer olieselskabernes finansiering af

²⁷ Dom Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, EU:C:2008:413, præmis 42.

²⁸ Dom Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, EU:C:2008:413, præmis 44.

²⁹ Jf. f.eks. dom *Lamire NV*, C-130/93, EU:C:1994:281, præmis 14.

³⁰ Dom Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, EU:C:2008:413, præmis 46.

omkostningerne ved at deltage i ordningen. Som anført i afsnit 2.4 dækkes omkostningerne til opfyldelse af olieselskabernes forpligtelser via kontingentbetalinger fra selskaberne til Oliebranchens Energisparepulje f.m.b.a. Hertil kommer, at olieselskabernes finansiering under alle omstændigheder ikke kan anses for at være diskriminerende af de grunde, der anføres nedenfor.

Allerede derfor er olieselskabernes finansiering af energispareforpligtelserne ikke i strid med artikel 30 eller artikel 110 TEUF.

Spørgsmålet er herefter, om elnet-, naturgasdistributions-, og fjernvarmeselskabernes opkrævninger til finansiering af deres energispareforpligtelser kan siges at være diskriminerende afgifter i strid med artikel 30 og 110 TEUF.

Selv hvis det lægges til grund, at elnet-, naturgasdistributions- og fjernvarmeselskabernes priser og tariffer er *afgifter*,³¹ der indirekte pålægges en *vare* (el, naturgas eller varme) og dermed principielt er omfattet af artikel 30 eller 110 TEUF, vil en sådan afgift som nævnt ovenfor kun være forbudt, hvis tarifferne og priserne (afgiftsprovenuet) kan siges *fuldt ud* eller *delvis* at udligne en byrde, som pålægges (lignende eller konkurrerende) indenlandske, afgiftsbelagte varer.

De eneste varer, der kan hævdes at være afgiftsbelagte som følge af opkrævningerne, er varme, elektricitet og naturgas. Spørgsmålet er derfor, om finansieringen af energispareordningen kan siges at føre til, at udenlandsk produceret varme, elektricitet og naturgas diskrimineres i forhold til indenlandsk produceret varme, elektricitet og naturgas.³²

Efter vores vurdering er der intet i energispareordningen, der tyder på, at dens finansiering indebærer diskrimination over for 1) udenlandsk produceret fjernvarme eller 2) udenlandsk produceret elektricitet og naturgas.

Ad 1) De danske fjernvarmeselskaber, som distribuerer varme til fjernvarmekunder inden for et geografisk afgrænset område, kan indregne deres omkostninger ved energispareordningen i tarifferne som en nødvendig omkostning i overensstemmelse med bestemmelserne i varmforsyningsloven.

³¹ Det er efter vores opfattelse tvivlsomt, om opkrævningerne overhovedet kan siges at være afgifter omfattet af artikel 30 og 110. Opkrævningerne, som varierer for hvert enkelt selskab, sker alene med henblik på at dække de nettoomkostninger, der er forbundet med det enkelte selskabs opfyldelse af bl.a. energispareforpligtelsen. Tariffernes størrelse og beregningsgrundlag (som er fastsat efter retningslinjer, der er udarbejdet af Dansk Energi) kan således variere fra selskab til selskab, idet det bemærkes, at der inden for de tre forsyningsområder findes ca. 500 forskellige selskaber. De opkrævede beløb kanaliseres ikke tilbage til de offentlige myndigheder, men fastholdes i et lukket system hos det enkelte energiselskab, hvor de anvendes til finansiering af formål til gavn for slutbrugerne i bred forstand. Opkrævningen kan således siges at have karakter af et gebyr eller kontingent.

³² Vi lægger til grund, at der ikke er sammenlignelige udenlandsk producerede varer, og at forbuddet mod diskrimination af sammenlignelige udenlandske varer i artikel 110, stk. 2, derfor ikke er relevant.

.....

Ifølge det oplyste består det danske fjernvarmenet imidlertid af lukkede nationale net. Det er således ikke muligt at importere fjernvarme.

I det omfang fjernvarmeselskabernes opkrævning udgør en afgift på en vare, påhviler denne afgift derfor alene indenlandsk produceret fjernvarme, idet der ikke importeres og afsættes udenlandsk produceret fjernvarme på det danske marked. Afgiften vil allerede derfor ikke kunne udgøre en diskriminerende afgift i strid med artikel 30 eller 110 TEUF, uanset om provenuet af afgiften helt eller delvist tilbageføres til fjernvarmeproducenterne. Provenuet udligner ikke en byrde for indenlandsk produceret varme, som importeret varme er underlagt.

Ad 2) I relation til elnet- og naturgasdistributionsselskabernes opkrævning bemærkes, at formålet med ordningen er at reducere det samlede slutforbrug af energi i Danmark uden hensyntagen til, om energien er produceret i eller uden for Danmark.

Energispareordningen adskiller sig herved grundlæggende fra f.eks. de danske VE-støtteordninger, som finansieres via PSO-tariffen, og som efter Kommissionens opfattelse kan indebære en overtrædelse af artikel 110 TEUF. I afgørelserne vedrørende støtte til solceller mv. (SA.36204) og støtte til husstandsmøller mv. (SA.37122) lagde Kommissionen således vægt på, at PSO-tariffen pålægges forbruget af både indenlandsk og importeret elektricitet, hvorefter (dele af) afgiftsprovenuet anvendes til at finansiere støtteordninger til fordel for indenlandske producenter af vedvarende energi. Herved er der ifølge Kommissionen risiko for, at støttens finansieringsmåde lægger en byrde på importeret elektricitet, som ikke nyder godt af støtteordningen, hvilket kan udgøre en forskelsbehandling af importeret VE-elektricitet i strid med artikel 30 eller 110 TEUF.

Energispareordningen derimod, indebærer ikke, efter det af Energistyrelsen oplyste, at indenlandsk produktion af el eller naturgas i særlig grad kompenseres for afgifter. I den forbindelse bemærkes, at energiselskaberne ikke kan medregne besparelser i energiforbrug, der er forbundet med udvinding, raffinering og konvertering af energi.³³ Støtte til etablering af vindmøller kan ligeledes kun medregnes i det omfang vindmøllen er tilsluttet i egen installation og kun for så vidt angår den del af produktionen, der ikke sælges til nettet, jf. afsnit 2.3 ovenfor.³⁴ Når provenuet af afgiften ikke anvendes til i særlig grad at kompensere de indenlandske afgiftsbelagte varer, kan der heller ikke være tale om, at ordningen helt eller delvis udligner en byrde for disse varer, hvorfor afgiften heller ikke vil have en

³³ Ifølge Aftalens bilag 1, punkt 9, kan der dog i et vist omfang medregnes energibesparelser i forbindelse med anvendelse af bl.a. biogas. Ifølge Energistyrelsen har dette element af aftalen dog hidtil haft et beskedent omfang. Da sådanne tiltag muligvis vil kunne komme produktion af energi, der leveres til el- eller gasnettet, til gode, kan det vel ikke på forhånd helt udelukkes, at sådanne tiltag kan siges ”i særlig grad at kompensere de indenlandske afgiftsbelagte varer”. Efter aftale med Energistyrelsen vil det blive overvejet særskilt, om en begrænsning af mulighederne for at medregne sådanne besparelser til egetforbruget af el og gas eventuelt vil være hensigtsmæssig.

³⁴ Det forhold, at der i Aftalens, bilag 1, punkt 11 og 12, er en begrænset mulighed for, at visse energiproducenters forbrug via forbrugsmålere – ligesom alle andre sektors virksomheders forbrug – vil kunne medregnes i de pålagte energibesparelser, kan ikke siges ”i særlig grad” at komme indenlandske afgiftsbelagte varer til gode.

.....

diskriminerende virkning over for importeret el eller naturgas. Udenlandske producenter af el og naturgas, der afsættes på det danske marked, vil således ikke være stillet økonomisk bedre, såfremt produktionen havde fundet sted i Danmark.

Net- og distributionsselskabernes anvendelse af provenuet til forbedringer af egen infrastruktur (ledningsnet m.v.) kan efter vores opfattelse heller ikke udgøre en overtrædelse af artikel 30 eller 110 TEUF, idet disse selskaber er naturlige monopoler, som ikke konkurrerer med udenlandske netvirksomheder om at stille infrastruktur til rådighed for transport af el eller naturgas, og idet disse selskaber ikke samtidig kan producere eller handle med el eller naturgas.

Endelig bemærkes for en ordens skyld, at det forhold, at net- og distributionsselskaberne i visse tilfælde anvender provenuet fra tariffene m.v. til energisparetiltag, der kan opfattes som en fordel for *andre indenlandske produkter end el, naturgas eller varme*, efter vores opfattelse ikke kan føre til, at opkrævningen herved bliver diskriminerende i forhold til lignende eller sammenlignelige udenlandske produkter, jf. artikel 110, stk. 1 og 2.³⁵ Det skyldes, at de nævnte lignende eller sammenlignelige udenlandske produkter således ikke vil blive opkrævet de omhandlede nettariffer m.v.

Af de ovenfor anførte grunde, er det vores opfattelse, at energiselskabernes opkrævning af tariffen med henblik på finansiering af udgifter til energispareaktiviteter, ikke udgør en diskriminerende afgift i strid med artikel 30 eller 110 TEUF.

København, den 16. december 2015

Kammeradvokaten

v/Rass Holdgaard
– *Partner, Advokat (L)*

.....

³⁵ Hvis f.eks. en dansk virksomhed, der producerer tøj, modtager tilskud fra det lokale netselskab til gennemførelse af et konkret energisparetiltag, kan dette tilskud ikke betragtes som kompensation for en afgiftsbyrde (nettariffen) pålagt tøjet, som lignende eller sammenlignelige tøjprodukter i andre medlemsstater ikke kan få, allerede fordi tøjproducerende virksomheder i andre medlemsstater ikke betaler den omhandlede danske nettarif.