

NIELSEN NØRAGER

OVERBRINGES

Klima-, Energi- og Bygningsministeriet
Stormgade 2 - 6
1470 København K

ADVOKATPARTNERSELSKAB
WWW>NNLAW.DK

FREDERIKSBERGGADE 16
1459 KØBENHAVN K

CVR. NR. 32 30 33 74

TEL +45 33 11 45 45
FAX +45 33 11 80 81

TM@>NNLAW.DK

9. MARTS 2015
REF. 62.939

ENERGISPAREORDNINGEN – ELSEKTOREN - KLAGE

Jeg retter henvendelse som advokat for energiselskabet Modstrøm Danmark A/S ("Modstrøm"), der er en uafhængig elhandelsvirksomhed i elforsyningslovens forstand, jf. elforsyningslovens § 5 (6), og dermed også en "*energileverandører i detaillødet*" i den forstand, som dette er defineret i Energieffektivitetsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2012/27/EU af 25. oktober 2012 om energieffektivitet, om ændring af direktiv 2009/125/EF og 2010/30/EU samt om ophævelse af direktiv 2004/8/EF og 2006/32/EF), jf. direktivets artikel 2, 22).

Genstanden for Modstrøms henvendelse er en klage over den retlige indretning samt faktiske forvaltning af den del af den gældende danske ordning om realisering af dokumenterbare energibesparelser (herefter "*energispareordningen*"), der vedrører elsektoren.

Denne ordning er nærmere reguleret i navnlig elforsyningsloven (lovbekendtgørelse 2013-11-25 nr. 1329 om elforsyning), bekendtgørelse 2013-12-16 nr. 1452 om energispareydelse i net- og distributionsvirksomheder (herefter "*energisparebekendtgørelsen*"), lov om fremme af besparelser i energiforbruget (lovbekendtgørelse 2012-11-12 nr. 1065 om fremme af besparelser i energiforbruget eller herefter "*energispareloven*") samt Aftale af 13. november 2012 om Energispareselskabernes energispareindsats ("*Energispareaftalen*").

Dette regelgrundlag udgør samtidig den gældende danske implementering af Energieffektivitetsdirektivet, herunder for så vidt angår direktivets krav til de nationale energispareordninger.

Denne gældende danske energispareordning indebærer, at det alene er netvirksomheder (herefter "netselskaberne"), jf. definitionen heraf i elforsyningslovens § 5 (15) sammenholdt med § 22, der har ret (og pligt) til at blive omfattet af energispareordningen.

Dermed indebærer den gældende danske energispareordning således også, at staten har sikret, at det udelukkende er netselskaberne¹, der kan udnytte de betydelige økonomiske og konkurrencemæssige fordele, der følger af energispareordningen.

Det er overordnet Modstrøms opfattelse, at denne danske indretning af energispareordningen ikke lever op til de krav, som EU-retten stiller.

Denne indretning, samt den praktiske forvaltning af ordningen, indebærer en betydelig konkurrencefordrejning på flere energileverance- og tjenestemarkeder samt en betydelig ineffektivitet i forhold til omkostningerne forbundet med realiseringen af de energisparemål, der følger af Energieffektivitetsdirektivet og som er nærmere konkretiseret i Danmark ved Energispareaftalen.

Dette er således til stor skade for såvel de danske elforbrugere som for udviklingen af det Indre Marked.

Ministeriet har ved denne indretning af energispareordningen for det første forsømt at implementere Energieffektivitetsdirektivet korrekt i dansk ret.

Derudover gøres gældende, at indretningen og/eller forvaltningen af energispareordningen ligeledes på baggrund af sagens faktum må anses for at være i strid med EU-konkurrenceretten, herunder artikel 102, jf. artikel 106 TEUF, og/eller statsstøttere reglerne, jf. artikel 107 og artikel 108 TEUF.

Ministeriet er derfor berettiget og forpligtet i medfør af elforsyningslovens § 2a og/eller energisparelovens § 2a til at ændre den gældende danske regulering af energispareordningen på en sådan måde, at ordningen fremadrettet bringes i overensstemmelse med EU-retten.

¹ Netvirksomhederne er i Energieffektivitetsdirektivet, artikel 2, 20), defineret som "*energidistributør*".

Dette indebærer navnlig, at forskelsbehandlingen mellem elhandelsvirksomheder og netselskaber skal bringes til ophør ved at sikre elhandelsvirksomheder samme adgang til at kunne udnytte energispareordningen som netvirksomhederne.

Derudover gøres i anden række gældende, at den faktiske forvaltning af netvirksomhedernes eksklusive rettigheder i medfør af energispareordningen i øvrigt ikke – i hvert fald for så vidt angår elsektoren – lever op til de krav, der følger af det nugældende danske regelgrundlag.

I det følgende belyses indledningsvis de faktiske forhold, herunder markedsforholdene, der ligger til grund for Modstrøms klage.

Derpå adresseres hvert af de EU-retlige klagepunkter samt afslutningsvis klagepunkterne vedrørende forvaltningen i forhold til det nugældende danske regelgrundlag.

1. SAGENS FAKTISKE BAGGRUND

Modstrøm skal fremhæve følgende faktiske forhold, der er af særlig betydning for sagens retlige bedømmelse.

1.1 Tildelingen af retten til at være omfattet af energispareordningen

Netselskaberne har ikke opnået deres eksklusive ret til at kunne udnytte energispareordningen på baggrund af et forudgående åbent, gennemsigtigt og ikke-diskriminerende offentligt udbud i overensstemmelse med EU-retten².

Tværtimod har netselskaberne erhvervet denne eksklusive rettighed som følge af en direkte tildeling fra den danske stats side i form af det lovgivningsmæssige valg, der er kommet til udtryk i elforsyningslovens § 22.

² Som reflekteret eksempelvis i principperne i Forsyningsvirksomhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester («forsyningsvirksomhedsdirektivet») (2004/17), jf. også Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregele på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/4), pkt. 63.

Ved elforsyningslovens § 22 har den danske lovgiver samtidig afskåret alle andre, aktuelle eller potentielle, markedsaktører fra at kunne udnytte energispareordningen på samme måde som netselskaberne.

Netselskaberne har heller ikke betalt den danske stat noget vederlag som modydelse for selskabernes erhvervelse af de eksklusive rettigheder under energispareordningen og de hermed forbudne betydelige økonomiske og konkurrencemæssige fordele.

Netselskabernes omkostninger med realiseringen af de energisparemål, der fastsættes for dem under energispareordningen, herunder navnlig i Energispareaftalen, bliver ultimativt overvæltet på de danske elforbrugere gennem supplerende statslige foranstaltninger.

Dette sker således gennem en forhøjelse af nettarifferne, jf. elforsyningslovens 70, jf. § 69.

De danske elforbrugere finansierer derved ultimativt netselskabernes udnyttelse af deres eksklusive rettigheder i medfør af energispareordningen reelt uanset, hvor effektive eller ineffektive netselskaberne er i forhold til at sikre opfyldelse af energisparemålene til den lavest mulige pris for det danske samfund.

* 1.2 Energispareaftalen og netselskabernes metodevalgfrihed

Energispareaftalen fastslår indledningsvis følgende formål med den danske energispareordning:

“Den energipolitiske aftale af 22. marts 2012 forudsætter en øget energieffektivisering, som minimerer energispildet og energiforbruget i alle sektorer.

I forhold til energiselskabernes energispareindsats fastsætter den energipolitiske aftale:

- *at energiselskabernes besparelsesforpligtelser – i forhold til indsatsen i 2010-2012 – øges med 75 pct. svarende til i alt 10,7 PJ per år i perioden 2013-2014 og med 100 pct. svarende til i alt 12,2 PJ årligt i perioden 2015-2020,*
- *at selskabernes indsats i forbindelse med de øgede forpligtelser målrettes eksisterende bygninger og erhverv, og*
- *at der stiles mod indgåelse af en omkostningseffektiv aftale med energiselskaberne, som styrker konkurrenceudsættelsen af indsatsen”*

Derefter fastslås følgende overordnede forpligtelse i Energispareaftalen, pkt. 1.1:

“Net- og distributionsselskaberne fremmer omkostningseffektive besparelser til gavn for forbrugere, virksomheder og samfundet”.

For så vidt angår realiseringen af energisparemålene, har lovgiver bestemt, at netselskaberne kan og skal drive deres energispareaktiviteter igennem selskaber, der er adskilt fra det bevillingshavende netselskab.

Imidlertid medfører elforsyningslovens § 22 og Energispareaftalen, at netselskaberne har metodefrihed med hensyn til, hvordan de vil erhverve og administrere de energibesparelser, som de er forpligtet til at realisere i medfør af energispareordningen³, jf. særligt Energispareaftalens afsnit 4.

Dermed kan netselskaberne selv bestemme, om de vil drive deres energispareaktiviteter gennem et koncernforbundet energisparesekselskab.

Netselskaberne kan også samtidig selv bestemme, i hvilket omfang de vil erhverve deres realiserede energibesparelser fra dette koncernforbundne energisparesekselskab eller alternativt direkte fra en uafhængig ekstern aktør.

Det koncernforbundne energisparesekselskab har derved også fuld frihed til at vælge, hvorvidt selskabet selv vil foretage den konkrete energitjeneste, f.eks. den konkrete rådgivning til slutkunden, der fører til den realiserede energibesparelse hos den konkrete slutbruger eller om energisparesekselskabet alternativt vil købe denne realiserede energibesparelse fra en uafhængig ekstern aktør, der selv har forestået energitjenesten over for slutbrugeren.

Derefter kan energisparesekselskabet videresælge indberetningsretten til denne realiserede energibesparelse til sit koncernforbundne netselskab. Dette videreslag kan herefter i praksis ske med en – ofte betydelig – fortjeneste for energisparesekselskabet.

³ Energiaftalen, pkt. 5.1, fastsætter således:

“Med henblik på, at net- og distributionsselskaberne kan opnå de aftalte besparelsesmål til de lavest mulige omkostninger har selskaberne metodefrihed inden for de rammer, som lovgivningen, energiaftalen af 22. marts 2012, herunder bestemmelsen om at selskabernes indsats skal målrettes mod eksisterende bygninger og erhverv, samt denne aftale i øvrigt foreskriver.”

Derudover har såvel netselskabet som dets energisparesekselskab mulighed for at kunne overdrage indberetningsretten til en erhvervet energibesparelse til et andet netselskab (inden for alle de energisektorer, der er omfattet af energispareordningen), jf. Energispareaftalens pkt. 12.3, jf. bilag 3, pkt. 11-12.

Dette kan ligeledes i praksis ske med stor fortjeneste til følge for enten netselskabet eller dets energisparesekselskab, jf. nærmere nedenfor.

Energisparesekselskaberne kan herunder vælge at afhænde de erhvervede energibesparelser i det år, hvor de er realiseret, til et andet netselskab med højere avance til følge, eller, hvis dette ikke gunstigt, da overdrage samme erhvervede energibesparelse til sit koncernforbundne netselskab uden derved at være udsat for nogen tabsrisiko.

1.3 De faktiske markedsforhold og konkurrencefordele for netselskabernes koncerner som følge af energispareordningen

I praksis medfører den metodefrihed, som lovgiver har tildelt netselskaberne, at disse selskaber stort set alle udøver deres energispareaktiviteter igennem ovennævnte koncernforbundne energisparesekselskaber.

Disse koncernforbundne energisparesekselskaber står således i praksis for erhvervelsen af de realiserede energibesparelser for netselskabet samt for administrationen af netselskabets deltagelse i energispareordningen.

Energisparesekselskaberne anvender i praksis oftest eksterne aktører som underleverandører til brug for selve erhvervelsen af de realiserede energibesparelser, som de herefter videre-sælger og administrerer for netselskabet.

Disse koncernforbundne energisparesekselskaber kan også være aktive på andre markeder end energitjenestemarkedet, herunder detail- og engrosmarkedet for salg af elektricitet i Danmark, samt salg af serviceydelser til erhverv og private i kombination hermed.

Dette behøver dog ikke nødvendigvis at være tilfældet.

De energisparetjenesteydelser, der er forbundet med realiseringen af netselskabernes pligtmæssige energisparemål, udgør samtidig en væsentlig andel af det samlede danske marked for levering af energisparetjenesteydelser.

Med den danske energispareordning kan netselskaberne derfor på baggrund af den tildelte metodevalgfrihed retligt og faktisk selv bestemme, i hvilket omfang de vil lade uafhængige tredjemænd – det vil sige eksterne aktører - bistå sig med realiseringen af deres energisparemål.

Dermed kan netselskaberne også i praksis selv kontrollere, i hvilket omfang tredjemand skal have adgang, henholdsvis øget adgang, til det (fulde) danske marked for levering af energisparetjenesteydelser.

Dertil kommer, at det danske energimarked har udviklet sig således, at der i al væsentlighed ikke længere konkurreres på "stand-alone" ydelser eller produkter, eftersom forskellige energiprodukter og energitjenesteydelser oftest markedsføres og sælges i sammenhæng.

Det er derfor en meget væsentlig konkurrenceparameter, i hvilket omfang energiselskaberne er i stand til at tilbyde samlede attraktive energiløsninger i forhold til forbrugerne.

I den forbindelse er det særligt væsentligt, at energispareordningen bl.a. medfører, at netselskaberne de facto har eneret til at kunne forvalte de statslige tilskudsordninger til realisering af energibesparelser, jf. nærmere nedenfor.

Dette giver netselskaberne – og navnlig deres koncernforbundne kommercielle handelsselskaber, der i praksis udnytter denne fordel – en unik konkurrenceposition i forhold til forbrugerne og dermed i kampen om markedsandele på de forskellige energileverance- og tjenestemarkeder.

Netselskabernes energisparesekskaber og/eller kommercielle elhandelselskaber udnytter i sin markedsføring i særlig grad netselskabernes oligopolstilling i forhold til energispareordningen til gennem "bundling and tying" at vinde eller genvinde forbrugere på en måde, der ikke står uafhængige elhandelselskaber tilsvarende åben.

Dette sker f.eks. ved, at netselskabernes kommercielle søsterselskaber tilbyder forbrugerne samlede "pakkelsninger" i form af en attraktiv medfinansieret energispareydelse ved indgåelse af en el-leveranceaftale med netselskabets elhandelselskab, der også kan være koncernens energisparesekskab.

Muligheden for at kunne tilbyde energibesparelsetjenester omfattet af energispareordningen er således et aktiv, som er dybt integreret i netselskabernes kommercielle søsterselskabers salg, markedsføring og forretningsmodeller.

Netselskabernes betaling til deres koncernforbundne energispareelskaber for deres administration af netselskabets deltagelse i energispareordningen skaber mulighed for bidrag til finansieringen af den markedsføring, som energispareelskaberne og/eller netselskabernes kommercielle elhandelselskaber udnytter til at vinde andele på bl.a. elhandelsmarkedet på bekostning af de uafhængige elhandelselskaber.

Derudover udnytter netselskaberne og deres energispareelskaber og/eller øvrige kommercielle søsterselskaber også netselskabernes eksklusivitet i forhold til energispareordningen til at fordreje konkurrencen på de afledte markeder på anden vis.

Dette sker ved den sammensmeltning af kommunikationen omkring energispareordningen, der optræder på hjemmesiderne for de forskellige kommercielle selskaber, der tilhører samme koncern som netselskabet.

I praksis foregår kommunikationen omkring energispareordningen således ikke på selve netselskabets hjemmeside, eftersom denne hjemmeside er kommercielt uinteressant.

I stedet markedsføres energispareordningen stort set udelukkende på hjemmesiderne for netselskabets kommercielle søsterselskaber, der er konkurrenceudsat af f.eks. de uafhængige elhandelselskaber.

Markedsføring for energibesparelser og elhandel blandes endvidere sammen på sociale medier, andre hjemmesider, "winback breve" og senest også i en række biografreklamer til fordel for de kommercielle søsterselskaber til netselskabet, hvorved disse selskabers brand og konkurrenceposition styrkes på bekostning af de uafhængige elhandelselskaber.

1.4 Gennemsigtigheden, tilsynet og auditeringen vedrørende energisparesekskabernes omkostningseffektivitet i praksis

Netselskaberne er ikke undergivet nogen effektiv transparens- eller revisionspligt, for så vidt angår omkostningseffektiviteten af samarbejdet med deres koncernforbundne energisparesekskaber omkring netselskabets deltagelse i energispareordningen.

Dette skyldes, at der med Energifaalen og den øvrige danske regulering ikke er fokus på gennemsigtighed og omkostningskontrol i forhold til selve netselskabernes koncernforbundne energisparesekskab.

Særligt er der i praksis ingen effektiv og uafhængig efterprøvelse af, om - og i givet fald i hvilket omfang - de koncernforbundne energisparesekskaber på baggrund af de koncerninterne administrations- og/eller leveranceaftaler med netselskaberne realiserer en - endog betydelig - fortjeneste ved deres forvaltning af netselskabets deltagelse i energispareordningen.

Den omkostningsindberetning, som netselskaberne i medfør af bilag 10 til Energispareaftalen, skal foretage årligt til Energitilsynet, vedrører således alene netselskabets egne omkostninger m.v.

Den indeholder ikke oplysninger om det koncernforbundne energisparesekskabs egne omkostninger og fortjenester, herunder ved videresalg af erhvervede energibesparelser, som følge af dette selskabs forvaltning af netselskabets deltagelse i energispareordningen.

Der er således ingen gennemsigtighed eller kontrol med dette forhold, hverken for offentligheden eller energimyndighederne.

Energitilsynets kontrolindsats i forhold til de 25 mest omkostningstunge netselskaber, der alene består i, at tilsynet kan udbede sig en redegørelse fra disse netselskaber om deres omkostningseffektivitetsindsats, jf. bl.a. bilag 10 til Energispareaftalen, afdækker eller afhjælper ikke ovennævnte forhold.

Det samme gælder for den årlige stikprøvekontrol samt den interne og eksterne auditering omkring kvalitetssikring hos netselskaberne, der forudsættes i Energispareaftalens afsnit 7, afsnit 11 og afsnit 13 med tilhørende bilag.

1.5 2010-2012 Evalueringsrapporten af energiselskabernes energispareaktiviteter

Den seneste uafhængige evaluering af energispareindsatsen er den af Ea Energianalyse, Niras og Viegand Maagøe udarbejdede evalueringsrapport for perioden 2010-2012.

I denne rapport konkluderes bl.a. følgende under afsnit 1 "Sammenfatning" (mine fremhævelser):

"..Der er brug for mange energibesparelser – og det er almindeligt accepteret, at der er brug for offentlig regulering til at fremme energibesparelser. Der er brug for omhyggeligt udformede virkemidler, som på effektiv vis kan fremme rentable energibesparelser.

...

De virkemidler, som energiselskaberne anvender for at nå spareforpligtelsen, er væsentlig anderledes i dag end for få år siden. I dag indgår der tilskud i forbindelse med mere end 85 % af de registrerede besparelser. Før 2006 anvendtes primært information og rådgivning.

Der anvendes således skønsmæssigt 400 mio. kr. årligt til tilskud.

...

Forpligtelsen er fordelt på 509 energiselskaber, og det er således disse mange selskaber, der forvalter landets største tilskudsordning for energibesparelser. Det store antal selskaber skyldes primært, at alle fjernvarmeselskaber kom med i ordningen fra 2009. Der er 428 fjernvarmeselskaber. Der er i alt 456 energiselskaber med en spareforpligtelse under 5 GWh (svarende til en selskabsomkostning på omkring 2 mio. kr.)"

Den nuværende energispareordning har således i praksis fungeret efter samme overordnede model siden 2006. Netselskabernes eksklusive ret til at forvalte de betydelige statslige til-

skudsordninger for energibesparelser, som i sig selv udgør en signifikant konkurrence- og markedsføringsmæssig fordel for netselskaberne og deres koncernforbundne selskaber, har ligeledes siden 2006 været en del af de eksklusive rettigheder eller økonomiske fordele, der er forbundet med netselskabernes eksklusive ret til at deltage i energispareordningen.

Omkring netselskabernes metodevalgfrihed og intra-samhandel anføres følgende i rapportens afsnit 2.2 "De nuværende regler for spareforpligtelsen" (mine fremhævelser):

"... Det er netselskaberne (for el, naturgas og fjernvarme), som er pålagt forpligtelsen, men reguleringen lægger begrænsninger for, hvad der kan gennemføres i disse selskaber. En væsentlig del af aktiviteterne gennemføres derfor af koncernforbundne selskaber.

Der anvendes også i vid udtrækning andre virksomheder, fx rådgivende ingeniører eller installatører. Dette sker både i forbindelse med den konkrete indsats eller i forbindelse med realisering af spareprojekterne. Dokumenterede energibesparelser kan fra 2010 også handles mellem de forpligtede selskaber. Handel sker bilateralt. Der er findes en række mindre markedsportaler, men handlen på disse er begrænset.

Netselskabernes mulighed for gensidig samhandel med realiserede energibesparelser skal endvidere ses i sammenhæng med, at netselskaberne vil kunne ifalde administrative sanktioner, herunder påbud og ultimativt bøde, såfremt netselskaberne tilsidesætter deres forpligtelser i medfør af energispareordningen, jf. bl.a. elforsyningslovens § 86 og § 87.

Omkring økonomien i energispareordningen konkluderer rapporten indledningsvis bl.a. følgende i afsnit 5.1 "Selskabs- og brugeromkostninger" om den manglende transparens og kontrol med energisparesekskabernes omkostnings- og fortjenestniveau (mine fremhævelser):

"..Der er 509 energiselskaber med energispareforpligtelse. Disse anvendte i 2010 i gennemsnit 37 øre/kWh (første års-besparelse), svarende til 749 mio. kr. (Energitilsynet, 2011, og egne opgørelser).

Udvalgte (store) selskaber er blevet spurgt om hvor stor en andel, der er anvendt på administration (herunder kvalitetsstyring og indrapportering). Typisk anvendes 15 % af omkostningerne til administration. I UK, hvor spareforpligtelsen alene omfatter husholdninger, udgør administrationsomkostningerne 18 % (Lees, 2012).

Bemærk, at administrationen ofte ikke sker i netselskabet, men i koncernforbundne selskaber. Dette kan udfordre Energitilsynets mulighed for at få indsigt i disse omkostninger.

Under afsnit 5.2 "Samfundsøkonomi" konkluderer rapporten bl.a. følgende (mine fremhævelser):

"..Der sker via spareforpligtelsen en væsentlig omfordeling af midler, idet energiselskabernes omkostninger (749 mio. kr. i 2010) dækkes af alle, mens det alene er de slutbrugere, som deltager aktivt i ordningen, som får glæden – typisk i form af tilskud eller rådgivning.

Analyse af finansieringsdelen af ordningen indgår ikke i denne evaluering, men kunne med fordel indgå i en eventuel justering af reglerne i ordningen. I betragtning af, at der i princippet er tale om en afgift på energiforbrug, bør der være en større gennemsigtighed i, hvordan og af hvem ordningen finansieres i de forskellige energiselskaber.

Under afsnit 6 "Opsamling på evalueringsspørgsmål" udtrykker rapporten bl.a. følgende konklusioner:

".. Energitilsynets benchmarking af energiselskabernes omkostninger vurderes ikke for alvor at øge gennemsigtigheden (se B1, kapitel 4)".

Vedrørende afsnit 6.1 "Forbrugernes og aktørernes erfaringer med indsatsen" oplyser rapporten bl.a. følgende (mine fremhævelser):

"... De interviewede eksterne aktører er generelt set tilfredse med spareordningen og samarbejdet med energiselskaberne (se B1, afsnit 6.2). Tilskudsmulighed og en aftale med et energiselskab betragtes som en konkurrencefordel og salgsargument overfor kunderne. Som afledt effekt er de adspurgte interesserede i at forny deres aftaler, når de udløber, til trods for at dokumentationen er en byrde for nogle".

Under afsnit 6.3 "Forslag til forbedringer" fremkommer rapporten endelig med bl.a. følgende bemærkninger (mine fremhævelser):

"..På baggrund af de analyser som er gennemført samt faglige input fra evalueringsekspertes og fagpersoner, så anbefales følgende ændringer:

..

- At forbedre systemet med benchmarking. Dette forudsætter muligvis en fælles kon-toplan, som blandt andet kan opgøre de administrative omkostninger (uafhængig af om omkostningerne afholdes i netselskab eller koncernforbundet selskab).
- *Det understreges, at hensigten med metodefriheden er at finde effektive (herunder omkostningseffektive) metoder til at fremme energibesparelser. Der kan eventuelt indføres skærpet opsyn for energiselskaber med et højt omkostningsniveau.*
- *At udvide det skema med oplysninger, som energiselskaberne årligt skal indsende, med oplysninger om virkemiddel og størrelse af eventuelt tilskud så disse forhold blev belyst rutinemæssigt og nøjagtigt".*

1.6 Energitilsynets benchmarking af omkostningerne til den danske energispareindsats

Hvert år udarbejder Energitilsynet en benchmarking af omkostningerne til opfyldelse af den danske energispareindsats på baggrund af elnet-, naturgasdistribution- og fjernvarmeselskabernes indberetninger.

Formålet med den årlige benchmarking er at give Energitilsynet et overblik over de enkelte net- og distributionsselskabers samlede omkostninger og omkostninger per indberettet kWh samt at kunne sammenligne brancherne på tværs.

Fra 1. januar 2013 danner benchmarkingen også grundlag for en nærmere undersøgelse af de 25 selskaber, som har haft de højeste omkostninger til opfyldelse af energispareindsatsen. Energistyrelsen kan således anmode disse selskaber om at redegøre for, hvorledes der

er sikret omkostningseffektivitet samt for indsatsområder, metoder og opgørelse af de indberettede besparelser.

Det følger af de seneste års benchmarking opgørelser, at den gennemsnitlige omkostning for netselskabernes energispareindsats er støt stigende.

Derudover fremgår det af benchmarking opgørelserne, at elnetselskaberne udgør de selskaber eller den sektor, der har det klart højeste omkostningsniveau blandt alle sektorer omfattet af energispareordningen.

Det gennemsnitlige omkostningsniveau udgjorde eksempelvis 40,5 øre/kWh i 2013 beregnet som et gennemsnit ud fra alle sektorselskaberne.

Elnetselskabernes gennemsnitlige omkostningsniveau udgjorde til sammenligning 45,3 øre/kWh i 2013 og 44,3 øre/kWh i 2012, hvor det sektorsamlede gennemsnit udgjorde 38,0 øre/kWh.

Til yderligere sammenligning udgjorde eksempelvis fjernvarmeselskabernes gennemsnitlige omkostningsniveau 28,3 øre/kWh i 2012 og 35,1 øre/kWh i 2013.

Omkostningsgennemsnittet for elnetselskaberne dækker endvidere over betydelige forskelle imellem de forskellige elnetselskabers faktisk rapporterede energispareomkostninger.

Energitilsynet ses ikke at have udstedt administrative sanktioner af nogen art over for de elnetselskaber, der er iblandt de 25 mest omkostningstunge elnetselskaber, ligesom Energitilsynet i øvrigt heller ikke ses at have taget administrative skridt til at tvinge elnetselskaberne til at nedbringe sektorens energispareomkostninger væsentligt.

1.7 Energisparesekskabernes avance som følge af netselskabernes udnyttelse af energispareordningen

Det følger såvel af elforsyningslovens § 46 og Energispareaftalens pkt. 5.3, at netselskaberne har pligt til at sikre, at deres aftaler med deres energisparesekskaber – og med eksterne aktører – sker på markedsmæssige vilkår, at de realiserede energibesparelser erhverves

billigst muligt og at "der skal ske en fortsat styrkelse af mulighederne for inddragelse af eksterne aktører i forbindelse med realiseringen af besparelserne".

De faktiske markedsforhold viser imidlertid, at netselskaberne - med få undtagelser - systematisk udnytter energispareordningen til gennem de koncerninterne aftaler med deres energisparesekskaber at lade energisparesekskaberne oppebære en betydelig fortjeneste på forvaltningen af netselskabernes deltagelse i energispareordningen.

Dette beror på, at indtægterne fra energisparesekskabernes administration og navnlig salg af de realiserede energibesparelser hos slutkunderne til netselskabet væsentligt overstiger de samme faktiske omkostninger, som energisparesekskaberne selv har måttet afholde her-til.

På baggrund af de foreliggende markedsdata må den samlede avance, der herved "aflejres" i netselskabernes energisparesekskaber, estimeres til i 2015 at udgøre mellem DKK 110.000.000 og 170.000.000 alene, for så vidt angår den avance, som energisparesekskaberne opnår på deres (videre)salg af de realiserede energibesparelser til deres netselskab.

Denne skønsmæssige beregning er navnlig baseret på de opsatte sparemål for elnetselskaberne i henhold til Energispareaftalen, som i 2015 udgør 5 PJ, sammenholdt med den gennemsnitlige avance pr. kWh realiseret energibesparelse, som energisparesekskaberne i praksis må lægges til grund at oppebære ved deres samhandel med deres koncernforbundne netselskaber ud fra de foreliggende markedsdata.

Dertil kommer den fortjeneste på energisparesekskabernes administrationshonorar, som disse selskaber oppebærer ved at kunne opretholde et administrationshonorar, der ligger over det honorar, som selskaberne alene ville oppebære, hvis (også) administrationsydelsen var konkurrenceudsat.

Energisparesekskabernes faktiske administrationshonorar ligger under alle omstændigheder væsentligt over de faktiske omkostninger, som energisparesekskaberne har til at varetage administrationen for netselskaberne.

Energisparesekskabernes "administrationshonoraravance" kan ikke nærmere kvantificeres på det foreliggende grundlag, men må alene som følge af manglen på konkurrenceudsættelse lægges til grund at være betydelig.

Ovennævnte beløb kan netselskaberne samtidig, gennem de forhøjede nettatariffer, ultimativt overvælte på elforbrugerne, der således samlet årligt må bære en meromkostning på disse skønnede op til DKK 170.000.000.

Dermed finansierer forbrugerne med samme beløb den krydssubsidiering, som netselskaberne foretager til fordel for deres energispareelskaber gennem deres udnyttelse af energispareordningen.

Dertil kommer netselskabernes egen eller deres energispareelskabers yderligere fortjeneste ved samhandlen på det de facto lukkede, og lukrative, marked for køb og salg af indberetningsretten til realiserede energibesparelser mellem forskellige netselskaber omfattet af energispareordningen, jf. nærmere nedenfor.

Endelig medfører energispareordningen de betydelige konkurrencemæssige fordele for netselskabernes energispareelskaber og/eller deres koncernforbundne elhandelselskaber med hensyn til markedsføring og "bundling and tying" muligheder, der er beskrevet under afsnit 1.3, og som yderligere fordrejer konkurrencen på de forskellige energileverance- og tjenestemarkeder.

1.8 Det lukkede intra-marked for handel med realiserede energibesparelser mellem netselskaber og/eller mellem energispareelskaber og ikke-koncernforbundne netselskaber

Som anført oven for og gengivet i Energispareaftalens pkt. 12.3, jf. bilag 3, pkt. 11-12, har netselskaberne – enten selv eller gennem deres koncernforbundne energispareelskab – mulighed for at omsætte en erhvervet indberetningsret til realiserede energibesparelser til andre netselskaber omfattet af energispareordningen. Dette gælder også til netselskaber fra andre energisektorer end den sektor, som netselskabet selv tilhører.

Herved har lovgiver de jure eller de facto skabt et særligt lukket, men også lukrativt, intra-marked for samhandel med realiserede energibesparelser mellem netselskaberne, som ingen anden markedsaktør – f.eks. en uafhængig elhandelsvirksomhed – har adgang til.

Denne faktiske og retlige markedsafskærmning beror igen på indretningen af den danske energispareordning, herunder navnlig på netselskabernes tildelte metodevalgfrihed sammenholdt med deres lovbestemte energispareforpligtelse.

Dette skal sammenholdes med Energitilsynets benchmarking af omkostningerne til den danske energispareindsats, hvoraf fremgår, at prisen pr. realiseret kWh energibesparelse har været stærkt stigende igennem de senere år.

Dette har igen medført, at markedssituationen er den, at netselskaberne i stigende grad i disse år udnytter muligheden for at kunne handle realiserede energibesparelser med de andre netselskaber på dette lukkede intra-marked.

Ved at købe realiserede energibesparelser fra et andet netselskab vil det købende netselskab kunne opnå en besparelse i forhold til de omkostninger, som netselskabet ellers selv ville skulle investere for selv – gennem sit koncernforbundne energisparesekselskab eller en ekstern aktør – at realisere samme energibesparelse som led i opfyldelsen af sine energisparemål under energispareordningen.

Der foreligger flere eksempler på, at realiserede energibesparelser handles på dette lukkede intra-marked til en pris, der er langt højere end den faktiske omkostning, som det sælgende netselskab eller energisparesekselskab selv har måttet afholde for at erhverve retten til de senere solgte realiserede energibesparelser til det købende netselskab.

Handelsprisen for realiserede energibesparelser på dette lukkede intra-marked har i flere tilfælde været betydeligt højere end de faktiske omkostninger, som det sælgende selskab selv har afholdt til erhvervelsen af de solgte realiserede energibesparelser.

Denne fortjeneste tilgår eller "aflejres" herefter i praksis igen i netselskabets koncernforbundne energisparesekselskab.

Det er ikke muligt at nærmere kvantificere den samlede fortjeneste på samhandlen på dette lukkede intra-marked, der herved kanaliseres over i netselskabernes energisparesekselskaber. Det må dog lægges til grund alene som følge af den stigende markedspris for realiserede energibesparelser igennem de senere år sammenholdt med aktivitetsniveauet på dette intra-marked, at der er tale om en betydelig fortjeneste.

2. **DE EU-RETLIGE KLAGEPUNKTER**

De forskellige EU-retlige problemstillinger, som sagen rejser, lapper til en vis grad over som følge af sagens faktum og de beskyttelseshensyn, som de forskellige EU-retlige regelsæt værner om.

Særligt i forhold til Energieffektivitetsdirektivet gælder, at dette må fortolkes og anvendes i overensstemmelse med den øvrige relevante EU-retlige kontekst, herunder navnlig EU-statsstøtteren, for dermed at sikre overholdelsen af det overordnede krav om, at den sekundære EU-ret skal gennemføres på en sammenhængende måde i forhold til EU-primærretten.

2.1 Energieffektivitetsdirektivet

Af betydning for spørgsmålet om, hvorvidt ministeriet har sikret en korrekt implementering af Energieffektivitetsdirektivet i dansk ret, skal indledningsvis de nedenfor anførte bestemmelser i direktivet fremhæves.

Først henvises til betragtningerne i præamblen (mine fremhævelser)⁴.

⁴ *“(1) Den Europæiske Union står over for hidtil usete udfordringer som følge af øget afhængighed af importeret energi og knappe energiresourcer samt behovet for at begrænse klimaændringerne og overvinde den økonomiske krise. Energieffektivitet er en virksomhedsfuld måde at håndtere disse udfordringer på. Den forbedrer Unionens forsyningsikkerhed ved at reducere primærenergiforbruget og reducere energiimporten. Den bidrager til en omkostningseffektiv reduktion af drivhusgasemissioner og dermed til at mindske klimaændringerne. Et skift til en mere energieffektiv økonomi bør også kunne fremskynde udbredelsen af innovative teknologiske løsninger og forbedre industriens konkurrenceevne i Unionen, hvilket vil fremme økonomisk vækst og skabe job af høj kvalitet i flere sektorer med tilknytning til energieffektivitet.*

(20) En vurdering af muligheden for at oprette en »hvid attest«-ordning på EU-plan har vist, at et sådant system i den nuværende situation ville medføre for meget store administrative omkostninger, og at der er risiko for, at energibesparelserne ville blive koncentreret i nogle enkelte medlemsstater og ikke finde sted over hele Unionen Den fælles ramme bør give energiselskaberne mulighed for at tilbyde energitjenester til alle slutkunder og ikke kun til dem, de sælger energi til. Dette øger konkurrencen på energimarkedet, da energiselskaberne kan differentiere deres produkt ved at levere supplerende energitjenester. Den fælles ramme bør give medlems-

Herefter fremhæves artikel 1 og 2 (mine fremhævelser)⁵.

staterne mulighed for at stille krav i deres nationale ordning, der forfølger et socialt sigte, navnlig for at sikre, at sårbare kunder får adgang til fordelene ved højere energieffektivitet. Medlemsstaterne bør på grundlag af objektive og ikkediskriminerende kriterier fastsætte, hvilke energidistributører eller energileverandører i detailledet der bør være forpligtet til at nå de energisparsmål for slutanvendelsen, der er fastlagt i dette direktiv..

(21) I betragtning af det overordnede krav om genoprettelse af de offentlige financers holdbarhed og finanspolitisk konsolidering bør der i forbindelse med gennemførelsen af bestemte foranstaltninger, der falder ind under dette direktivs anvendelsesområde, på medlemsstatsniveau tages behørigt hensyn til omkostningseffektiviteten ved gennemførelsen af energieffektivitetsforanstaltninger på grundlag af et passende omfang af analyse og evaluering....

(34) Når medlemsstaterne tilrettelægger foranstaltninger til forbedring af energieffektiviteten, bør de tage behørigt hensyn til nødvendigheden af at sikre, at det indre marked fungerer korrekt, og at gældende EU-ret gennemføres på en sammenhængende måde i overensstemmelse med traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

(48) Der er behov for at påpege og fjerne reguleringsmæssige og ikkereguleringsmæssig hindringer for brugen af kontrakter om energimæssig ydeevne og andre ordninger for energibesparelser, som finansieres af tredjepart..”

⁵ "Artikel 1

Genstand og anvendelsesområde

1. Dette direktiv 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, og bane vejen for yderligere forbedringer af energieffektiviteten derefter.

Det fastlægger regler beregnet til at fjerne hindringer på energimarkedet og overvinde markeds-
svigt, som hindrer en effektiv forsyning og anvendelse af energi, og kræver, at der fastsættes
vejledende nationale mål for energieffektivitet for 2020.

2. De i dette direktiv fastsatte krav er minimumskrav og er ikke til hinder for, at de enkelte med-
lemsstater opretholder eller indfører strengere foranstaltninger. Sådanne foranstaltninger skal
være forenelige med EU-retten. Fastsætter national lovgivning strengere foranstaltninger, under-
retter medlemsstaten Kommissionen om denne lovgivning.

...

Artikel 2

Definitioner

I dette direktiv forstås ved:

..

7) »energitjeneste«: fysisk gavn, nytteværdi eller gode fremkommet ved at kombinere energi
med energieffektiv teknik eller tiltag, der kan omfatte de drifts-, vedligeholdelses- og kontrolakti-
viteter, der er nødvendige for at tilvejebringe tjenesten, som leveres på basis af en kontrakt, og
som under normale omstændigheder har vist sig at medføre kontrollerbare forbedringer af ener-
gieffektiviteten eller primærenergibesparelser, der kan måles eller anslås

..

14) »forpligtet part«: en energidistributør eller energileverandør i detailledet, der er bundet af
den nationale ordning for energispareforpligtelser, jf. artikel 7

..

Direktivets artikel 7⁶ fastsætter de særlige krav til medlemsstaternes objektive og ikke-diskriminerende udvælgelse af deltagerne i de nationale energispareordninger (mine fremhævelser):

20) »energidistributør«: en fysisk eller juridisk person, herunder en distributionssystemoperatør, der er ansvarlig for transport af energi med henblik på levering til slutkunder eller til distributionsstationer, der sælger energi til slutkunder

..

22) »energileverandør i detailledet«: en fysisk eller juridisk person, der sælger energi til slutkunder

23) »slutkunde«: en fysisk eller juridisk person, der køber energi til egen slutanvendelse.

24) »leverandør af energitjenester«: en fysisk eller juridisk person, der leverer energitjenester eller andre foranstaltninger til forbedring af energieffektiviteten til en slutkundes facilitet eller lokaler.“

⁶ "Artikel 7

Ordninger for energispareforpligtelser

1. Hver medlemsstat udarbejder en ordning for energispareforpligtelser. Ordningen skal sikre, at energidistributører og/eller energileverandører i detailledet, der er udpeget som forpligtede parter i henhold til stk. 4, og som opererer på hver medlemsstats område, når et kumulativt energisparemål i slutanvendelserne senest den 31. december 2020, jf. dog stk. 2.

Dette mål skal mindst svare til, at alle energidistributører eller alle energileverandører i detailledet opnår nye besparelser hvert år fra den 1. januar 2014 til den 31. december 2020 på 1,5 % af det årlige energisalg til slutkunder målt i mængder i gennemsnit over den seneste treårsperiode forud for den 1. januar 2013. Energisalg målt i mængder, der anvendes til transport, kan helt eller delvis udelukkes fra denne beregning.

...

4. Med forbehold af beregningen af energibesparelser til brug for målet i overensstemmelse med stk. 1, andet afsnit, udpeger hver medlemsstat, med henblik på stk. 1, første afsnit, og på grundlag af objektive og ikkediskriminerende kriterier, forpligtede parter blandt energidistributører og/eller energileverandører i detailledet, der opererer på dens område, og som kan omfatte distributører eller detailforhandlere af brændstof til transport, der opererer på dens område. Den mængde af energibesparelser, der kræves for at opfylde forpligtelsen, skal de forpligtede parter opnå hos slutkunder, som medlemsstaten, når det anses for nødvendigt, har udpeget, uafhængigt af beregningen foretaget i medfør af stk. 1, eller, hvis medlemsstaterne beslutter det, ved hjælp af certificerede besparelser fra andre parter som beskrevet i stk. 7, litra b).

..

7. Inden for rammerne af ordningen for energispareforpligtelser kan medlemsstaterne:

b) tillade de forpligtede parter at medregne certificerede energibesparelser, der er opnået af leverandører af energitjenester eller andre tredjeparter, i opgørelsen over deres opfyldelse af forpligtelsen, bl.a. når de forpligtede parter fremmer foranstaltninger gennem andre organer, som staten har godkendt, eller gennem offentlige myndigheder, som kan omfatte, men ikke behøver omfatte formelle partnerskaber, og som kan være kombineret med andre finansieringskilder. Tillader medlemsstaterne dette, sikrer de, at der er en godkendelsesproces, der er klar, gennemsækelig og åben for alle markedsaktører, og som sigter mod at minimere omkostningerne ved certificering"

Af direktivets artikel 8, stk. 5 og 7⁷ følger, at direktivet også skal anvendes og fortolkes i lyset af de EU-retlige statsstøtteregler (mine fremhævelser)⁸:

Denne respekt for statsstøtteren er også reflekteret i direktivets artikel 20, stk. 1.

Supplerende i forhold til medlemsstaternes pligter med hensyn til indretningen og forvaltningen af deres nationale energispareordninger henvises til direktivets artikel 18 (mine fremhævelser)⁹.

⁷ "Adgangen for markedsdeltagere, der tilbyder energitjenester, baseres på gennemsigtige og ikkediskriminerende kriterier.

7. Energisyn kan stå alene eller indgå i en bredere miljørevision. Medlemsstaterne kan kræve, at en vurdering af den tekniske og økonomiske gennemførlighed af tilslutningen til et eksisterende eller planlagt fjernvarme- eller fjernkølenet skal være en del af energisynet.

Med forbehold af de EU-retlige regler om statsstøtte kan medlemsstaterne indføre incitaments- og støtteordninger med henblik på gennemførelse af anbefalingerne fra energisyn og lignende foranstaltninger".

⁸Se også fra Kommissionens Meddelelse om Energieffektivitet og dens bidrag til energiforsynings-sikkerheden og den klima- og energipolitiske ramme for 2030 (COM(2014) 520 final), s. 15, omkring Kommissionens rolle i forhold til overvågning af medlemsstaternes korrekte implementering og håndhævelse af direktivet (mine fremhævelser):

".. Kommissionen vil desuden fortsat arbejde tæt sammen med medlemsstaterne og komme med yderligere vejledning om nødvendigt for at supplere den eksisterende vejledning til støtte for gennemførelsen af direktivet om energieffektivitet og støtte udveksling af god praksis. Derudover vil Kommissionen fortsætte med at sikre, at EU-lovgivningen gennemføres korrekt og anvendes, så der sikres lige vilkår mellem medlemsstaterne og størst mulige energibesparelser."

Medlemsstaternes pligt til at afvikle reguleringsmæssige og ikkereguleringsmæssige hindringer for fremme af energieffektivitetsforanstaltninger fastslås hernæst i direktivets artikel 19¹⁰.

⁹ "Artikel 18

Energitjenester

1. Medlemsstaterne fremmer markedet for energitjenester og SMV'ers adgang til det ved at:

...

2. Medlemsstaterne støtter den korrekte funktion af markedet for energitjenester, om nødvendigt ved:

..

b) om nødvendigt at træffe foranstaltninger til at fjerne de reguleringsmæssige og ikkereguleringsmæssige hindringer for brugen af indgåelse af kontrakter om energimæssig ydeevne og andre energieffektivitetstjenestemodeller med henblik på identificering og/eller gennemførelse af energibesparende foranstaltninger

...

3. Medlemsstaterne sikrer, at energidistributører, distributionssystemoperatører og energileverandører i detailleret afstår fra enhver aktivitet, der kan hæmme efterspørgslen efter eller leveringen af energitjenester eller andre foranstaltninger til forbedring af energieffektiviteten eller hindre udviklingen af markeder for sådanne tjenester eller foranstaltninger, herunder aktiviteter, der kan holde konkurrenter ude af markedet eller udgøre misbrug af en dominerende stilling."

¹⁰ "Artikel 19

Andre foranstaltninger til fremme af energieffektivitet

Af artikel 28, stk. 1 følger endelig, at fristen for implementering af direktivet udløb den 5. juni 2014.

2.1.1 Kommissionens forordning (EU) nr. 651/2014 – Gruppefritagelsesforordningen

Energieffektivitetsdirektivet og medlemsstaternes muligheder for at realisere de EU-retlige energisparemål skal ses i sammenhæng med den EU-statsstøtteretlige regulering, herunder Gruppefritagelsesforordningen (Kfor nr. 651/2014).

Af relevans for fortolkningen af Energieffektivitetsdirektivets ovennævnte bestemmelser, herunder særligt direktivets artikel 1, 7, 18 og 20, er de neden for anførte bestemmelser fra Gruppefritagelsesforordningen.

Først henvises til forordningens præambel¹¹ (mine fremhævelser).

1. *Med forbehold af de grundlæggende principper i medlemsstaternes ejendoms- og lejeret vurderer medlemsstaterne reguleringsmæssige og ikkereguleringsmæssige hindringer for energieffektivitet og træffer om nødvendigt passende foranstaltninger for at afvikle dem, navnlig hvad angår:*

...

Sådanne foranstaltninger til at afvikle hindringer kan omfatte tilvejebringelse af incitamenter, ophævelse eller ændring af love eller andre retsfor skrifter eller vedtagelse af retningslinjer og fortolkende meddelelser eller forenkling af administrative procedurer.”

¹¹ *“(2) Med meddelelsen om modernisering af EU's statsstøttepolitik (1) indledte Kommissionen en generel revision af statsstøttereglerne. Hovedformålene med denne revision er i) at fremme bæredygtig, intelligent og inklusiv vækst på et konkurrencepræget indre marked og samtidig bidrage til medlemsstaternes indsats for at opnå en mere effektiv udnyttelse af de offentlige finanser,..*

(5) De generelle betingelser for anvendelse af denne forordning bør fastsættes på grundlag af en række fælles principper, som sikrer, at støtten tjener et formål af fælles interesse, har en klar tilskyndelsesvirkning, er hensigtsmæssig og står i et rimeligt forhold til målet, ydes under fuld gennemsigtighed og er genstand for kontrol og regelmæssig vurdering og ikke påvirker samhandelsvilkårene på en måde, der skader den fælles interesse.

..

(17) Af hensyn til gennemsigtigheden og for at sikre ligebehandling og effektiv kontrol, bør denne forordning kun finde anvendelse på støtte, hvis bruttosubventionsækvivalent kan forudberegnes præcist, uden at det er nødvendigt at foretage en risikovurdering (»gennemsigtig støtte«)...

(22) For at sikre, at støtten står i rimeligt forhold til målet og er begrænset til det nødvendige beløb, bør de maksimale støttebeløb så vidt muligt være udtrykt i støtteintensitet i forhold til en række støtteberettigede omkostninger. Hvor de maksimale støtteintensiteter ikke kan bestemmes, fordi de støtteberettigede omkostninger ikke kan fastslås, eller for at forenkle reglerne i forbindelse med små beløb, bør de maksimale støttebeløb være udtrykt nominelt for at sikre, at støtteforanstaltningerne står i et rimeligt forhold til målet. Støtteintensiteten og de maksimale støttebeløb bør på baggrund af Kommissionens erfaringer fastsættes på et niveau, der minimerer konkurrencefordrejningerne inden for den sektor, hvor støtten ydes, og samtidig på passende vis imødegår markedssvigtet eller samhørighedsproblemet. For regional investeringsstøtte bør støtteintensiteten fastsættes på et niveau, der stemmer overens med den tilladte støtteintensitet i henhold til regionalstøttekortene.

...

(23) Ved beregningen af støtteintensiteten bør der alene medtages støtteberettigede omkostninger. Denne forordning bør ikke kunne føre til fritagelse af støtte, der overstiger den relevante støtteintensitet, fordi der er medtaget omkostninger, der ikke er støtteberettigede. Fastlæggelsen af de støtteberettigede omkostninger skal understøttes af klar, detaljeret og ajourført dokumentation. Alle de anvendte tal bør være tallene før eventuelle fradrag af skatter eller andre udgifter...

...

(27) Da statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1, i princippet er forbudt, er det vigtigt, at enhver har mulighed for at kontrollere, om støtten ydes i overensstemmelse med de gældende bestemmelser. Det har afgørende betydning for den korrekte anvendelse af traktatens bestemmelser, at statsstøtten er gennemsigtig, og gennemsigti g h e d f ø r e r d e s u d e n t i l b e d r e o v e r h o l d e l s e a f r e g l e r n e o g s t ø r r e a n s v a r l i g h e d, m u l i g g ø r p e e r r e v i e w o g m e d f ø r e r i s i d s t e e n d e e n m e r e e f f e k t i v a n v e n d e l s e a f o f f e n t l i g e m i d l e r. For at sikre gennemsigti g h e d b ø r d e r s t i l l e s k r a v t i l m e d l e m s s t a t e r n e o m a t e t a b l e r e c e n t r a l e s t a t s s t ø t t e w e b s t e d e r p å r e g i o n a l t e l l e r n a t i o n a l t p l a n m e d k o r t f a t t e d e o p l y s n i n g e r o m h v e r e n k e l t s t ø t t e f o r a n s t a l t n i n g, d e r e r f r i t a g e t e f t e r d e n n e f o r o r d n i n g. D e n n e f o r p l i g t e l s e b ø r v æ r e e n b e t i n g e l s e f o r d e n e n k e l t e s t ø t t e f o r a n s t a l t n i n g s f o r e n e l i g h e d m e d d e t i n d r e m a r k e d...

...

(55) Som det fremgår af Meddelelse fra Kommissionen — Europa 2020: En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst (2) er bæredygtig vækst, der kan fremme en ressourceeffektiv, grønnere og mere konkurrencedygtig økonomi, en af grundpillerne i Europa 2020-strategiens mål om intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst. Bæredygtig udvikling bygger blandt andet på et højt beskyttelsesniveau og en forbedring af miljøkvaliteten. På miljøbeskyttelsesområdet forekommer der markedssvigt, som bevirker, at virksomheder under normale markedsforhold ikke nødvendigvis er tilskyndet til at mindske deres forurening, da enhver sådan formindskelse kan medføre en forøgelse af deres omkostninger, uden at det giver virksomhederne tilsvarende fordele. Når virksomhederne ikke er forpligtede til at internalisere forureningsomkostningerne, er det samfundet som helhed, der kommer til at bære disse omkostninger.

..

(58) Som en del af EU 2020-strategien har EU fastsat det mål at opnå en 20 % stigning i energieffektiviteten inden udgangen af 2020 og har navnlig vedtaget Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/27/EU af 25. oktober 2012 om energieffektivitet, om ændring af direktiv 2009/125/EF og 2010/30/EU samt om ophævelse af direktiv 2004/8/EF og 2006/32/EF (3), hvori der opstilles fælles rammer for fremme af energieffektiviteten inden for EU med det mål at opnå samlede besparelser på EU's primære energiforbrug på mindst 20 %. For at lette virkeliggørelsen af disse mål bør foranstaltninger til fremme af energieffektivitet, højeffektiv kraftvarmeproduktion samt energieffektiv fjernvarme og fjernkøling være omfattet af gruppefritagelsen.

Det følger af Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, at støtteordninger alene er omfattet af forordningen og dermed fritaget for notifikationspligten efter artikel 108 (3) TEUF i det omfang, at støtteordningerne opfylder såvel de almindelige betingelser i forordningens kapitel I og de særlige betingelser for den relevante kategori af støtte, der er fastsat i forordningens kapitel III.

(59) Foranstaltninger, der øger bygningers energieffektivitet, er i overensstemmelse med Europa 2020-prioriteterne om overgang til en lavemissionsøkonomi. På grund af fraværet af en integreret tilgang til bygningers energieffektivitet kan der i forbindelse med sådanne investeringer ofte opstå finansieringsunderskud, der nødvendiggør mere omfattende brug af begrænsede offentlige ressourcer. Medlemsstaterne bør derfor have mulighed for at støtte investeringer i bygningers energieffektivitet via direkte tilskud til bygningernes ejere eller lejere i overensstemmelse med de generelle bestemmelser om energieffektivitetsforanstaltninger, men også i form af lån og garantier via finansielle formidlere, der vælges gennem en gennemsigtig udvælgelsesmekanisme efter de særlige bestemmelser om energieffektivitetsprojekter vedrørende bygninger.

..

(64) Støtte i form af skatte- og afgiftslempelser i henhold til Rådets direktiv 2003/96/EF af 27. oktober 2003 om omstrukturering af EF-bestemmelserne for beskatning af energiprodukter og elektricitet (4) til fremme af miljøbeskyttende foranstaltninger, der er omfattet af denne forordning, kan indirekte gavne miljøet. Miljøskatter og - afgifter bør afspejle de sociale omkostninger ved emissioner, men nedsatte skatter og afgifter kan have en negativ virkning på dette mål. Varigheden af sådanne lempelser bør derfor begrænses til denne forordnings anvendelsesperiode. Herefter bør medlemsstaterne tage de pågældende skatte- og afgiftslettelser op til fornyet overvejelse. For at minimere konkurrencefordrejningen bør støtten ydes på samme måde til alle konkurrenter, der vurderes at være i en sammenlignelig faktisk situation. For bedre at bevare det prissignal til virksomhederne, som er et formål med miljøafgiften, bør medlemsstaterne have mulighed for at udforme skatte- og afgiftslempelsesordningen på en sådan måde, at der udbetales et fast årligt godtgørelsesbeløb (skatte- og afgiftsrefusion)."

Blandt de almindelige betingelser i forordningens kapitel I er kravet i artikel 5 om, at støtten skal være gennemsigtig¹², kravet i artikel 6 om, at støtten skal have en tilskyndelsesvirkning, og kravet i artikel 7 om, at støtteintensiteten ikke må overstige modtagerens støtteberettigede omkostninger¹³.

Forordningens afdeling 7 regulerer herefter de særlige supplerende betingelser i forordningens kapitel III, der vedrører støtte til miljøbeskyttelse.

Bestemmelserne omkring energieffektivitetsforanstaltninger, herunder som omhandlet i Energieffektivitetsdirektivet, er reguleret i forordningens artikel 38¹⁴ og artikel 39 (mine understregninger)¹⁵.

¹² Se artikel 5, stk. 1: "Denne forordning finder kun anvendelse på støtte, hvis bruttosubventionsækvivalent kan forudberegnes præcist, uden at det er nødvendigt at foretage en risikovurdering (»gennemsigtig støtte«).

¹³ Se særligt artikel 7, stk. 1 og stk. 2: "1. Ved beregning af støtteintensitet og støtteberettigede omkostninger skal alle anvendte tal opgøres inden eventuelt fradrag af skat og andre afgifter. Der skal foreligge klar, specificeret og aktuel dokumentation for de støtteberettigede omkostninger.

2. Hvis støtten ydes som andet end tilskud, er støttebeløbet støttens bruttosubventionsækvivalent."

¹⁴ "Artikel 38

Investeringsstøtte til energieffektivitetsforanstaltninger

1. *Investeringsstøtte til virksomheders energieffektivitetsforanstaltninger er forenelig med det indre marked efter traktatens artikel 107, stk. 3, og fritaget for anmeldelsespligten i traktatens artikel 108, stk. 3, forudsat at de betingelser, der er fastsat i denne artikel og i kapitel I, er opfyldt.*

2. Der må ikke ydes støtte efter denne artikel, hvis forbedringerne skal sikre, at virksomheder efterkommer EU-standarder, der allerede er vedtaget, selv hvis de endnu ikke er trådt i kraft.

3. De støtteberettigede omkostninger omfatter de yderligere investeringsomkostninger, der er nødvendige for at nå det højere energieffektivitetsniveau. De fastsættes som følger: a) hvis omkostningerne ved investering i energieffektivitet kan identificeres blandt de samlede investeringsomkostninger som en separat investering, udgør disse energieffektivitetsrelaterede omkostninger de støtteberettigede omkostninger b) i alle andre tilfælde fastlægges omkostningerne ved investering i energieffektivitet under hensyntagen til omkostningerne ved den lignende, mindre energieffektive investering, som kan antages at ville have været blevet gennemført uden støtten. Forskellen mellem omkostningerne ved disse to investeringer udgør den energieffektivitetsrelaterede omkostning og de støtteberettigede omkostninger.

Omkostninger, der ikke er direkte knyttet til opnåelse af et højere energieffektivitetsniveau, er ikke støtteberettigede.

4. Støtteintensiteten må ikke overstige 30 % af de støtteberettigede omkostninger.

5. Støtteintensiteten kan forhøjes med 20 procentpoint, hvis det drejer sig om støtte til små virksomheder, og med 10 procentpoint, hvis det drejer sig om støtte til mellemstore virksomheder.

6. Støtteintensiteten kan forhøjes med 15 procentpoint for investeringer i støtteberettigede områder, der opfylder betingelserne i traktatens artikel 107, stk. 3, litra a), og med 5 procentpoint for investeringer i støtteberettigede områder, der opfylder betingelserne i traktatens artikel 107, stk. 3, litra c)."

¹⁵ "Artikel 39

Investeringsstøtte til energieffektivitetsprojekter i bygninger

1. Investeringsstøtte til energieffektivitetsprojekter i bygninger er forenelig med det indre marked efter traktatens artikel 107, stk. 3, og fritaget for anmeldelsespligten i traktatens artikel 108, stk. 3, forudsat at de betingelser, der er fastsat i denne artikel og i kapitel I, er opfyldt.

...

Gruppenfritagelsesforordningen trådte i kraft den 1. juli 2014, jf. artikel 59, hvilket således er stort set sammenfaldende med medlemsstaternes frist for implementering af Energieffektivitetsdirektivet.

Det følger af Gruppenfritagelsesforordningens artikel 58, stk. 2, at støtte, der ikke er fritaget for notifikationspligten i medfør af forordningen, vil blive bedømt – herunder særligt for vidt angår støttens forenelighed med det Indre Marked – i overensstemmelse med de relevante retningslinjer og meddelelser fra Europa-Kommissionen.

8. Medlemsstaterne kan oprette energieffektivitetsfonde og/eller anvende finansielle formidlere, når der ydes energieffektivitetsstøtte. I så fald skal følgende betingelser være opfyldt:

a) forvaltere af finansielle formidlere og forvaltere af energieffektivitetsfonde udvælges gennem en åben, gennemsigtig og ikkediskriminerende procedure i overensstemmelse med gældende EU-ret og national lovgivning. Der må navnlig ikke forskelsbehandles på grundlag af disses etablering eller registrering i en bestemt medlemsstat. Der kan stilles krav om, at de finansielle formidlere og forvalterne af energieffektivitetsfonde opfylder foruddefinerede kriterier, der er objektivt begrundet af investeringernes art

b) de uafhængige private investorer udvælges gennem en åben, gennemsigtig og ikkediskriminerende procedure i henhold til gældende EU-ret og national lovgivning, der har til formål at fastlægge passende overskuds-/tabsdelingsordninger, hvor – hvad angår andre investeringer end garantier – asymmetrisk profitdeling har forrang frem for foranstaltninger til beskyttelse mod tab (downside protection). Hvis der ikke udvælges private investorer ved en sådan indkaldelse, fastlægger en uafhængig sagkyndig, der udvælges gennem en åben, gennemsigtig og ikkediskriminerende procedure, den passende forrentning for private investorer.

I forhold til støtte til energieffektivitetsforanstaltninger er de nugældende retningslinjer i denne sammenhæng Kommissionens meddelelse om retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020 (2014/C 200/01)¹⁶.

2.1.2 Kommissionens meddelelse om retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020 (2014/C 200/01)

De nedenfor anførte passager og bestemmelser fra Kommissionens meddelelse om retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020 (2014/C 200/01) (herefter "retningslinjerne") har betydning for fortolkningen af Energieffektivitetsdirektivet.

Først henvises til retningslinjernes "Indledning" (mine fremhævelser)¹⁷.

¹⁶ Tidligere var de relevante bestemmelser indeholdt i Kommissionens 2008-meddelelse, "EF-Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse" (2008/C 82/01).

¹⁷ "10. I disse retningslinjer fastsætter Kommissionen betingelserne for, om støtte på energi- og miljøområdet kan betragtes som forenelig med det indre marked i henhold til traktatens artikel 107, stk. 3, litra c).

11. Som anført i Kommissionens meddelelse om modernisering af statsstøttereglerne (9) skal moderniseringen af statsstøttekontrollen tjene tre formål, nemlig a) at fremme bæredygtig, intelligent og inklusiv vækst i et konkurrencedygtigt indre marked b) at koncentrere Kommissionens statsstøttekontrol om de sager, som har størst indvirkning på det indre marked, og samtidig styrke samarbejdet med medlemsstaterne om håndhævelsen af statsstøttereglerne c) at sikre ensartede regler og hurtigere afgørelser.

12. I meddelelsen bliver der især slået til lyd for, at man ved revisionen af de forskellige retningslinjer og rammebestemmelser følger en helhedstilgang, der skal tage sigte på at styrke det indre marked, øge effektiviteten i de offentlige udgifter ved at sikre, at den ydede statsstøtte bidrager bedre til virkeliggørelse af mål af fælles interesse, og skærpe kontrollen med tilskyndelsesvirkningen, med støttens begrænsning til det nødvendige minimum samt med dens potentielle negative virkninger for konkurrence og samhandel. Betingelserne for forenelighed i disse retningslinjer er baseret på disse fælles vurderingsprincipper."

Herefter følger bestemmelserne om de fælles vurderingsprincipper i forhold til støttens forenelighed med artikel 107, stk. 3, litra c, TEUF¹⁸.

¹⁸ "23. Statsstøtte til fordel for miljøbeskyttelse og realiseringen af energimålsætninger vil blive betragtet som forenelig med det indre marked i henhold til traktatens artikel 107, stk. 3, litra c), hvis den ud fra de fælles vurderingsprincipper i dette kapitel vurderes at medføre et øget bidrag til Unionens miljø- eller energimålsætninger uden at ændre samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse. Der vil blive taget hensyn til støtteberettigede områders særlige ulemper.

26. Ved vurderingen af, om en anmeldt støtteforanstaltning kan anses for at være forenelig med det indre marked, undersøger Kommissionen sædvanligvis, om den er udformet på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at støtteforanstaltningens positive virkninger med hensyn til realisering af et mål af fælles interesse opvejer dens potentielt negative virkninger for samhandel og konkurrence.

b) der skal være behov for en statslig intervention: en statsstøtteforanstaltning skal målrettes de situationer, hvor støtten kan føre til en væsentlig forbedring, som markedsmekanismerne ikke i sig selv kan give, eksempelvis ved at afhjælpe et veldefineret markedssvigt (afsnit 3.2.2)

c) støtteforanstaltningen skal være hensigtsmæssig: støtteforanstaltningen skal være et politisk virkemiddel, der egner sig til at opfylde målet af fælles interesse (afsnit 3.2.3)

d) incitament: støtten skal ændre den berørte virksomheds/de berørte virksomheders adfærd på en sådan måde, at den/de iværksætter yderligere aktiviteter, som den/de ikke ville have iværksat uden støtten, eller som den/de ville have iværksat på mere begrænset eller anden måde (afsnit 3.2.4)

Derpå følger bestemmelserne om de generelle betingelser for forenelighed (mine fremhævninger)¹⁹.

Omkring støttens tilskyndelsesvirkning stiller retningslinjerne i pkt. 49 (mine understregninger) en række væsentlige krav²⁰.

e) *forholdsmæssig korrekt støtte (minimumsstøtte): støtten skal begrænses til det minimum, som er nødvendigt for at tilskynde til de ekstra investeringer eller aktiviteter på det pågældende område (afsnit 3.2.5)*

f) *undgåelse af uforholdsmæssigt store negative virkninger på konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne: støttens negative virkninger skal være tilstrækkeligt begrænsede, således at foranstaltningens samlede virkning er positiv (afsnit 3.2.6)*

g) *støttens gennemsigtighed: Medlemsstaterne, Kommissionen, de økonomiske aktører og offentligheden skal have nem adgang til alle relevante love m.v. og til relevante oplysninger om støtte, som gives i medfør af disse love (afsnit 3.2.7).*

¹⁹ "3.2.1.1. *Generelle betingelser*

30. *Det overordnede formål med miljøstøtte er at øge miljøbeskyttelsen i forhold til det niveau, der ville blive opnået uden støtten. Navnlig i Europa 2020-strategien er der fastsat mål for bæredygtig vækst, som skal understøtte overgangen til en ressourceeffektiv og konkurrencedygtig lavemissionsøkonomi. En lavemissionsøkonomi med en væsentlig andel af variabel energi fra vedvarende energikilder kræver omlægning af energisystemet og navnlig betragtelige investeringer i energinet (36). Det primære formål med at yde støtte i energisektoren er at sikre et konkurrencedygtigt, bæredygtigt og sikkert energisystem på et velfungerende EU-energimarked (37).*

²⁰ "49. *Miljø- og energistøtte kan kun anses for at være forenelig med det indre marked, hvis den har en tilskyndelsesvirkning. Der er tale om en tilskyndelsesvirkning, hvis støtten får støttemodtageren til at ændre adfærd og øge miljøbeskyttelsen eller sikre et mere velfungerende, sikkert og bæredygtigt marked for energi til en rimelig pris, og hvis dette ikke ville være sket uden støt-*

Omfanget af de støtteberettigede omkostninger er reguleret i retningslinjernes pkt. 73²¹.

Vedrørende konkurrencefordrejning og samhandelspåvirkning reguleres dette bl.a. i retningslinjerne under pkt. 91-93 og 96 (mine understregninger)²².

ten. Støtten må ikke gå til dækning af omkostningerne ved en aktivitet, som virksomheden under alle omstændigheder ville have iværksat, eller kompensere for den normale forretningsmæssige risiko ved en økonomisk aktivitet.

²¹ "73. De støtteberettigede omkostninger fastlægges som følger:

a) hvis omkostningerne til opnåelse af målet af fælles interesse kan udpeges som en separat investering i de samlede investeringsomkostninger (hvis f.eks. det grønne element tydeligt kan påvises som en »tilføjet bestanddel« i et eksisterende anlæg), udgør omkostningerne til den separate investering de støtteberettigede omkostninger (47)

b) i alle andre tilfælde udgør de støtteberettigede omkostninger de ekstra investeringsomkostninger, der beregnes ved at sammenligne den støttemodtagende investering med den kontrafaktiske situation i fravær af statsstøtte. Der kan i princippet henvises til omkostningen ved en teknisk sammenlignelig investering (48), der realistisk set ville blive foretaget uden støtte (49), og som ikke realiserer målet af fælles interesse eller kun realiserer det i mindre omfang."

²² "91. En af de potentielt skadelige virkninger af statsstøtte til opnåelse af miljø- og energimålsætningerne er, at den forhindrer markedsmekanismerne i at frembringe effektive resultater ved at belønne de mest effektive og innovative producenter og lægge pres på de mindst ineffektive med hensyn til at foretage forbedringer eller omstruktureringer eller forlade markedet. Dette kan føre til en situation, hvor mere effektive eller innovative konkurrenter, f.eks. konkurrenter med en anden og muligvis endnu renere teknologi, som ellers ville kunne træde ind på markedet og ekspandere, er ude af stand til dette på grund af den støtte, der ydes til visse virksomheder. I det lange løb kan det at gribe ind i den proces, hvor virksomheder trænger ind på og forlader markedet i kraft af konkurrencen, hæmme innovationen og forsinke produktivetsforbedringer i hele den pågældende branche.

Dernæst følger retningslinjernes afsnit 3.4²³ vedrørende den særlige bedømmelse af energi-effektivitetsforanstaltninger (mine understregninger).

92. Støtten kan desuden have en fordrejende virkning ved at styrke eller fastholde støttemodtagerens stærke markedsposition. Selv i de tilfælde, hvor støtten ikke direkte styrker en betydelig markedsposition, kan den alligevel gøre det indirekte, fordi den afholder eksisterende konkurrenter fra at ekspandere, fremprovokerer deres udtræden af markedet eller afholder nye konkurrenter fra at komme ind på markedet.

93. Bortset fra fordrejninger på produktmarkederne kan støtte også få indvirkning på samhandel og valg af placering. Disse fordrejninger kan opstå på tværs af medlemsstaterne, enten når virksomheder konkurrerer på tværs af grænserne eller overvejer forskellige områder, hvor de vil investere. Støtte, som har til formål at opretholde økonomisk aktivitet i én region eller flytte den fra andre regioner inden for det indre marked, fører måske ikke direkte til en fordrejning af produktmarkedet, men den kan flytte aktiviteter eller investeringer fra én region til en anden, uden at der opnås nogen positiv nettovirkning på miljøet.

..

96. Ligeledes gælder det, at støtte til opnåelse af miljø- og energimålsætninger, som blot fører til en flytning af den økonomiske aktivitet uden at forbedre det aktuelle miljøbeskyttelsesniveau i medlemsstaterne, ikke vil blive betragtet som forenelig med det indre marked."

²³ "138. Unionen har sat sig det mål at spare 20 % af Unionens primære energiforbrug senest i 2020. Navnlig har Unionen vedtaget energieffektivitetsdirektivet, som fastlægger fælles rammer for fremme af energieffektiviteten inden for Unionen ved at tilstræbe Unionens overordnede mål for 2020 vedrørende energieffektivitet og bane vejen for yderligere forøgelse af energieffektiviteten efter 2020.

...

Afslutningsvis skal fremhæves retningslinjernes afsnit 3.10, der regulerer medlemsstaternes støtteforanstaltninger i form af ordninger for handel med emissionstilladelser²⁴ (mine understregninger).

143. Energieffektivitetsdirektivet pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at nå bestemte mål for bl.a. energieffektiv renovering af bygninger og det endelige energiforbrug. Energieffektivitetsdirektivet pålægger imidlertid ikke virksomheder mål for energieffektivitet og vil på dette punkt ikke forhindre støtte på energieffektivitetsområdet i at have en tilskyndelsesvirkning.

144. Støttens tilskyndelsesvirkning vil blive vurderet på grundlag af betingelserne i afsnit 3.2.4 i disse retningslinjer.

..

Driftsstøtte til energieffektivitetsforanstaltninger (undtagen driftsstøtte til højeffektivkraftvarme)

150. Kommissionen vil kun anse driftsstøtte til energieffektivitet for at være proportional, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:

a) støtten ydes udelukkende for at kompensere for ekstra nettoproduktionsomkostninger som følge af investeringen under hensyntagen til de fordele, der følger af energibesparelsen (70). Ved fastsættelsen af driftsstøtten skal en eventuel investeringsstøtte til den pågældende virksomhed i relation til det nye anlæg fratrækkes produktionsomkostningerne, og

b) driftsstøtten er tidsmæssigt begrænset til fem år."

²⁴ "234. Der kan indføres ordninger for handel med emissionstilladelser for at reducere emissionen af forurenende stoffer som for eksempel NOX (98). De kan indebære statsstøtte, f.eks. når medlemsstater udsteder tilladelser og tildeler rettigheder under markedspris. Hvis det samlede antal tilladelser, som en medlemsstat har tildelt, er lavere end virksomhedernes samlede forventede behov, vil den overordnede virkning for miljøet være positiv. På virksomhedsniveau gælder det, at hvis rettighederne ikke dækker virksomhedens samlede forventede behov, må den enten

nedbringe forureningen og dermed bidrage til at forbedre miljøbeskyttelsesniveauet eller købe supplerende rettigheder på markedet og således betale for sin forurening.

235. Ordninger med omsættelige tilladelser betragtes som forenelige med det indre marked, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:

a) ordningerne for handel med emissionstilladelser skal udformes med henblik på at nå miljømål, som går videre end dem, der skal nås på grundlag af fællesskabsstandarder, som er bindende for de pågældende virksomheder

b) tildelingen skal foregå i åbenhed og være baseret på objektive kriterier og datakilder af den højest tilgængelige kvalitet, og det samlede antal omsættelige emissionstilladelser og kvoter, der ydes til den enkelte virksomhed til under markedsprisen, må ikke være højere end virksomhedens forventede behov i en situation uden emissionshandelsordning

c) tildelingsmetoden må ikke begunstige visse virksomheder eller visse sektorer, medmindre det kan begrundes med ordningens egen miljømæssige logik, eller de pågældende regler er nødvendige for at sikre overensstemmelse med andre miljøpolitikker

d) nye markedsdeltagere tildeles i princippet ikke rettigheder eller tilladelser på gunstigere betingelser end eksisterende virksomheder, der driver forretning på de samme markeder. Større tildelinger til eksisterende anlæg end til nye markedsdeltagere ikke medfører urimelige adgangshindringer.

236. Kommissionen vil vurdere behovet for og proportionaliteten af den statsstøtte, der indgår i en ordning for omsættelige tilladelser, ud fra følgende kriterier:

a) Valget af støttemodtagere skal baseres på objektive og klare kriterier, og støtten skal i princippet ydes på samme måde for alle konkurrenter i samme sektor, hvis de er i samme faktuelle situation

b) fuld bortauktionering skal føre til en betydelig stigning i produktionsomkostningerne for hver sektor eller kategori af individuelle støttemodtagere

2.2 Den statsstøtteretlige regulering af kompensation til offentlig tjeneste eller tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse

Netselskabernes forpligtelse til at opfylde energisparemålene i medfør af den gældende danske energispareordning, herunder Energiaftalen, udgør eller opfylder ikke betingelserne for en "offentlig tjeneste" eller en "tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse" i den forstand, der følger af artikel 106 (2) TEUF.

Så meget desto mindre udgør eller opfylder netselskabernes energisparesekskaber betingelserne for en "offentlig tjeneste" eller "tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse" i den forstand, der følger af artikel 106 (2) TEUF, som det fremgår af den neden for gennemgåede statsstøtteretlige retspraksis og regulering af virksomheder omfattet af artikel 106 (2) TEUF.

Imidlertid bidrager den statsstøtteretlige praksis og regulering af kompensation eller støtte til "offentlige tjenester" eller "tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse" i den forstand, der følger af artikel 106 (2) TEUF, ligeledes væsentligt til den rette fortolkning og anvendelse af Energieffektivitetsdirektivet.

c) den betydelige stigning i produktionsomkostningerne kan ikke væltes over på forbrugerne, uden at det fører til en betydelig salgsnedgang. Analysen kan gennemføres på basis af skøn over priselasticiteten for produkterne i den pågældende sektor. For at vurdere, om omkostningsstigningen som følge af ordningen med omsættelige tilladelser ikke kan væltes over på forbrugerne, kan der anvendes skøn over salgsnedgang samt følgerne heraf for virksomhedens rentabilitet

d) individuelle virksomheder i sektoren bør ikke have mulighed for at nedbringe emissionsniveauet for at gøre prisen på certifikaterne overkommelig. At det ikke er muligt at nedsætte forbruget kan godtgøres ved at fremlægge emissionsniveauer opnået med den bedste teknik i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (»EØS«) og bruge dem som benchmark. En virksomhed, der bruger den bedste teknik, kan højst bevilges en kvote, som svarer til stigningen i produktionsomkostninger som følge af handelsordningen for med emissions tilladelser under anvendelse af den bedste teknik, der ikke kan væltes over på forbrugerne. Virksomheder, der har dårligere miljøresultater, tildeles en mindre kvote, der står i forhold til deres resultater."

Dette skyldes navnlig, at direktivet værner om (mindst) de samme konkurrence-, transparenss- og ressourceeffektivitetshensyn, der er genstand for beskyttelse i medfør af artikel 106 (2) TEUF og ovennævnte statsstøtteretlige praksis og regulering herom²⁵.

Denne statsstøtteretlige regulering og praksis er herunder relevant i forhold til fortolkningen af de centrale bestemmelser i Energieffektivitetsdirektivet i form af direktivets artikel 1, artikel 7, stk. 1 og stk. 4 samt artikel 18.

Tilsvarende relevant i forhold til fortolkningen og anvendelsen af samme direktivbestemmelser er Europa-Kommissionens forståelse af Domstolens statsstøtteretlige retspraksis gengivet i Kommissionens *"Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU"*, herunder navnlig vedrørende begreberne "de jure og de facto selektive foranstaltninger" samt "konkurrencefordrejning" (mine fremhævelser)²⁶.

²⁵ Se tilsvarende Domstolens dom i sag C-379/98, *"Preussen-Elektra"*, hvor Domstolen bedømte den tyske energikøbsordnings forenelighed med såvel statsstøttereglerne som med (dagældende) artikel 28 EF.

²⁶ Se fra Kommissionens udkast til Statsstøttebegrebsmeddelelsen:

"122. De jure selectivity results directly from the legal criteria for granting a measure that is formally reserved for certain undertakings only (for instance, those having a certain size, located in a certain area, active in certain sectors, having a certain legal form, companies incorporated during a particular period, or companies belonging to a group having certain characteristics or companies entrusted with certain functions within a group). De facto selectivity can be established in cases where, although the formal criteria for the application of the measure are formulated in general and objective terms, the structure of the measure is such that its effects significantly favour a particular group of undertakings (as in the examples indicated above).

123. De facto selectivity may be the result of conditions or barriers imposed by Member States preventing certain undertakings from benefiting from the measure. For example, applying a tax measure (e.g. a tax credit) only to investments exceeding a certain threshold may mean that the measure is de facto reserved for undertakings with significant financial resources.

...

188. A measure granted by the State is considered to distort or threaten to distort competition when it is liable to improve the competitive position of the recipient compared to other undertakings with which it competes. For all practical purposes, a distortion of competition within the

I det følgende fremhæves de relevante bestemmelser fra ovennævnte statsstøtteretlig regulering og praksis vedrørende artikel 106 (2) TEUF, der har betydning²⁷ for fortolkningen og anvendelsen af Energieffektivitetsdirektivet.

2.2.1 Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/4)

Denne Kommissionsmeddelelse fastslår en række nøglebegreber- og hensyn i relation til kompensation for offentlig tjeneste og tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

Fra meddelelsen henvises særligt til pkt. 3, pkt. 13²⁸, pkt. 15, pkt. 31-33²⁹, pkt. 37-38³⁰, pkt. 45³¹, pkt. 47-48³², pkt. 51³³, pkt. 54, pkt. 60-61, pkt. 62-65³⁴, pkt. 69-70³⁵ og pkt. 75-76³⁶ (mine fremhævelser).

meaning of Article 107 TFEU is thus assumed as soon as the State grants a financial advantage to an undertaking in a liberalised sector where there is, or could be, competition.

...

190. Public support is liable to distort competition even if does not help the recipient undertaking to expand and gain market shares. It is enough that the aid allows it to maintain a stronger competitive position than it would have had if the aid had not been provided. In this context, for aid to be presumed to distort competition, it is normally considered sufficient that the aid gives the beneficiary an advantage by relieving it of expenses it would otherwise have had to bear in the course of its day-to-day business operations. The definition of State aid does not require that the distortion of competition or effect on trade is significant or material. The fact that the amount of aid is low or the recipient undertaking is small will not in itself rule out a distortion of competition or the threat thereof, provided however that the likelihood of such a distortion is not merely hypothetical."

²⁷ Kommissionens forordning (EU) nr. 360/2012 af 25. april 2012 om anvendelse af artikel 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på de minimis-støtte ydet til virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er ikke relevant for sagen allerede fordi betingelsen om "gennemsigtig støtte", jf. forordningens artikel 2, stk. 4, jf. artikel 2, stk. 1, ikke er opfyldt. Tærskelværdierne i forordningen er heller ikke overholdt.

²⁸ "13. En myndigheds beslutning om at ikke at give tredjemand mulighed for at levere en given tjeneste (f.eks. fordi den ønsker at udbyde tjenesten internt) udelukker ikke, at der er tale om økonomisk aktivitet. På trods af en sådan markedsafskærmning kan der være tale om en økonomisk aktivitet, hvis andre aktører ville og kunne udbyde tjenesten på det pågældende marked. Generelt er det forhold, at en given tjeneste leveres internt ikke relevant for den pågældende aktivitets økonomiske karakter."

²⁹ "31. Kun fordele, der indrømmes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler, kan udgøre statsstøtte i medfør af traktatens artikel 107. Fordele, der finansieres af private midler, kan styrke visse virksomheders stilling, men er ikke omfattet af bestemmelserne i traktatens artikel 107.
32. En sådan overførsel af statsmidler kan antage mange former, som f.eks. direkte tilskud, skattelettelser og naturalieydelse. Det forhold, at staten ikke opkræver markedspris for visse tjenester, udgør f.eks. et afkald på statsmidler. I sag C-482/99 Frankrig mod Kommissionen fastslog Domstolen i sin dom, at en offentlig virksomheds midler udgør statsmidler i medfør af traktatens artikel 107, da de offentlige myndigheder kan kontrollere disse midler. I de tilfælde, hvor en virksomhed, der har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, finansieres med midler ydet af en offentlig virksomhed, og denne finansiering kan henføres til staten, vil denne finansiering således kunne udgøre statsstøtte.

33. Tildeling uden udbud af licenser til at bruge offentlig infrastruktur eller andre særlige eller eksklusive rettigheder med en økonomisk værdi, kan indebære et afkald på statsmidler og skabe en fordel for modtagerne."

³⁰ "37. For at være omfattet af traktatens artikel 107 skal kompensation for offentlig tjeneste påvirke eller true med at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. En sådan påvirkning forudsætter normalt, at markedet er åbent for konkurrence. Når markeder er åbne for konkurrence enten i medfør af Unionens lovgivning eller national lovgivning eller i praksis som følge af den økonomiske udvikling, finder statsstøttereglerne anvendelse. I den situation vælger medlemsstaterne frit, hvordan de definerer, organiserer og finansierer en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, som omfattes af statsstøttekontrol, hvis der ydes kompensation til en tjenesteleverandør, uanset om denne er privat eller offentlig (herunder interne leverandører). Når markedet er forbeholdt én virksomhed (herunder en intern leverandør), er kompensationen til denne virksomhed ligeledes underlagt statsstøttekontrol. Når en økonomisk aktivitet er åbnet for konkurrence, kan en beslutning om at udbyde en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse ved andre metoder end en offentlig udbudsprocedure, som sikrer de laveste omkostninger for samfundet, føre til konkurrenceforvridning ved at forhindre konkurrenter i at komme ind på markedet eller gøre det lettere for støttemodtageren at udvide sin virksomhed til andre markeder. Der kan også være konkurrenceforvridning på inputmarkeder. Støtte til en virksomhed på et ikke-

liberaliseret marked, kan påvirke samhandelen, hvis den støttemodtagende virksomhed også er aktiv på liberaliserede markeder.

38. Støtteforanstaltninger kan også påvirke samhandelen, når den støttemodtagende virksomhed ikke selv deltager i grænseoverskridende aktiviteter. I sådanne tilfælde kan det nationale udbud fastholdes eller øges med det resultat, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, får forringet deres muligheder for at levere deres tjenester i den pågældende medlemsstat."

³¹ "45. Definitionen af begrebet tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse udvikler sig bl.a. afhængig af borgernes behov, den teknologiske og markedsræssige udvikling og sociale og politiske valg i den berørte medlemsstat. Domstolen har fastslået, at tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse er tjenesteydelser, der har særlige karakteristika i forhold til tjenesteydelser inden for andre økonomiske aktiviteter."

³² "47. Den første betingelse i Altmark-dommen vedrører definition af en opgave af almindelig økonomisk interesse. Dette krav falder sammen med kravet i traktatens artikel 106, stk. 2. Det følger af traktatens artikel 106, stk. 2, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, har fået overdraget en »særlig opgave«. Generelt indebærer overdragelsen af en »særlig offentlig tjeneste« udbud af tjenester, som en virksomhed på rent forretningsmæssigt grundlag ikke ville påtage sig i samme omfang eller på samme vilkår. Medlemsstaterne eller Unionen kan knytte særlige betingelser til sådanne tjenester med henvisning til kriteriet om en almindelig økonomisk interesse.

48. Kommissionen mener således ikke, det ville være passende at knytte særlige forpligtelser til offentlig tjeneste til en aktivitet, som allerede udbydes, eller som kan udbydes på tilfredsstillende vis og på vilkår, herunder hvad angår pris, objektive kvalitetskrav, kontinuitet og adgang til tjenesten, der er i overensstemmelse med den offentlige interesse, således som defineret af staten, af virksomheder, der driver forretning på normale markedsvilkår. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en tjeneste kan leveres af markedet, er Kommissionens vurdering begrænset til en kontrol af, om medlemsstaten har foretaget en åbenlys fejl."

³³ "51. For at traktatens artikel 106, stk. 2, kan finde anvendelse, skal driften af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse være overdraget til en eller flere virksomheder. De pågældende virksomheder skal derfor af staten have fået overdraget en særlig opgave. Ifølge den første betingelse i Altmark-dommen skal virksomheden faktisk være pålagt en forpligtelse til offentlig tjeneste. I overensstemmelse med den første betingelse i Altmark-dommen er det nødvendigt med en overdragelsesakt, der fastsætter de pågældende virksomheders og myndighedens respektive forpligtelser."

³⁴ "62. Ifølge den fjerde betingelse i Altmark-dommen skal den tilbudte kompensation enten være et resultat af en offentlig udbudsprocedure, som giver mulighed for at udvælge den leverandør,

der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, eller fastsættes med udgangspunkt i en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkelig udstyret med de nødvendige midler.

..

63. Den enkleste måde, hvorpå offentlige myndigheder kan opfylde den fjerde betingelse i Altmark-dommen, er at gennemføre en åben, gennemsigtig og ikke-diskriminerende udbudsprocedure i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter som forklaret nedenfor. Som nævnt i punkt 5 er gennemførelse af en offentlig udbudsprocedure ofte obligatorisk ifølge de eksisterende regler i Unionen.

64. Også i de tilfælde, hvor en åben, gennemsigtig og ikke-diskriminerende offentlig udbudsprocedure ikke er et retligt krav, kan det være en hensigtsmæssig metode til at sammenligne forskellige potentielle tilbud og fastsætte kompensationen, så statsstøtte undgås.

65. Ifølge Domstolens retspraksis udelukker udbudsproceduren kun tilstedeværelse af statsstøtte, når den giver mulighed for at vælge den leverandør, der er i stand til at levere tjenesten »til de laveste omkostninger for samfundet«.

³⁵ "69. Når der findes en generelt accepteret godtgørelse på markedet for en given tjeneste, er denne markedsgodtgørelse den bedste referenceværdi med henblik på at fastsætte kompensationen i mangel af udbud.

70. Når der ikke findes en sådan godtgørelse på markedet, skal kompensationen fastsættes på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med materielle midler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne under hensyntagen til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne. Målet er at sikre, at en ineffektiv virksomheds høje omkostninger ikke anvendes som referenceværdi."

³⁶ "75. Hvis medlemsstaten kan godtgøre, at omkostningsstrukturen for den virksomhed, der har fået overdraget at levere en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, svarer til den gennemsnitlige omkostningsstruktur for effektive og sammenlignelige virksomheder i den omhandlede sektor, vil en kompensation, der giver virksomheden mulighed for at dække sine omkostninger, herunder opnå en rimelig fortjeneste, være i overensstemmelse med den fjerde betingelse i Altmarkdommen.

76. Ved udtrykket »virksomhed, der er tilstrækkeligt udstyret med materielle midler« forstås en virksomhed, der råder over de nødvendige ressourcer til umiddelbart at opfylde de forpligtelser til

2.2.2 Kommissionens afgørelse af 2011-12-20 om anvendelse af bestemmelserne i artikel 106, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/21)

Kommissionens afgørelse erstatter Kommissionens beslutning 2005/842/EF af 28. november 2005 om anvendelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 86, stk. 2, på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

Afgørelsen har til formål at regulere fortolkningen af omfanget af undtagelsesbestemmelsen i artikel 106 (2) TEUF, herunder i lyset af Domstolens praksis³⁷, ved at fastsætte, på hvilke betingelser statsstøtte ydet i form af kompensation for en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse ikke er underlagt forhåndsanmeldelsespligten efter artikel 108 (3) TEUF, da støtten kan anses for at være forenelig med artikel 106 (2) TEUF.

Fra Afgørelsen skal særligt fremhæves præamblen nr. 9, nr. 16³⁸, nr. 28 samt Afgørelsens artikel 1, artikel 3 og artikel 5 (4-5)³⁹ (mine understregninger).

offentlig tjeneste, der påhviler den virksomhed, der overdrages driften af tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse."

³⁷ Se særligt dommen i sag C-280/00, "Altmark".

³⁸ "(16) Kompensation, der overstiger, hvad der er nødvendigt til dækning af den pågældende virksomheds nettoomkostninger til udførelsen af tjenesteydelsen, er ikke nødvendig for udførelsen af tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse og udgør som følge heraf uforenelig statsstøtte, der skal tilbagebetales til staten. Kompensation, der er ydet til udførelse af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, men som af virksomheden reelt anvendes til aktiviteter på et andet marked til andre formål end dem, der er fastsat i overdragelsesakten, er ikke nødvendig for at udføre tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse og kan som følge heraf også udgøre uforenelig statsstøtte, der skal tilbagebetales."

³⁹ "Stk. 4. De indtægter, der skal tages hensyn til, skal mindst omfatte alle indtægterne fra tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse, uanset om indtægterne skal betragtes som statsstøtte efter traktatens artikel 107. Hvis den pågældende virksomhed har særlige eller eksklusive rettigheder, der er knyttet til andre aktiviteter end tjenesteydelsen af almindelig økonomisk inte-

2.2.3 Meddelelse fra Kommissionen om Den Europæiske Unions rammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste (2011) (2012/C 8/15)

Principperne i denne Kommissionsmeddelelse vedrører kompensation for offentlige tjenester, men kun hvis der er tale om statsstøtte, der ikke er omfattet af ovennævnte afgørelse 2012/21/EU.

Kompensationen er i så fald underlagt anmeldelsespligten efter artikel 108 (3) TEUF.

I denne meddelelse har Europa-Kommissionen præciseret, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at en sådan statsstøtte er forenelig med det Indre Marked i henhold til artikel 106 (2) TEUF.

Fra denne meddelelse skal særligt henvises til meddelelsens pkt. 12-13⁴⁰, pkt. 18-19⁴¹, pkt. 35⁴², pkt. 45⁴³, pkt. 48-49, pkt. 52-53 og pkt. 56-59⁴⁴ (mine fremhævelser).

resse, for hvilken der ydes støtte, og sådanne aktiviteter genererer overskud ud over den rimelige fortjeneste, eller modtager andre ydelser fra staten, bør disse indgå i omsætningen, uanset deres klassificering i henhold til artikel 107 i traktaten. Medlemsstaten kan bestemme, at fortjeneste fra anden virksomhed end den pågældende tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse helt eller delvis skal medgå til finansiering af tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse.

Stk.5. I denne afgørelse forstås ved »rimelig fortjeneste« den forrentning af kapitalen, som en gennemsnitsvirksomhed vil betinge sig, hvis den skal udføre en given tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse i hele overdragelsesperioden, og som tager hensyn til virksomhedens risiko. Ved »kapitalforrentningen« forstås den interne rente af den investerede kapital, som virksomheden tjener i løbet af overdragelsesperioden. Risikoniveauet afhænger af den berørte sektor, typen af tjenesteydelse og kompensationens karakteristika.”

⁴⁰ ”12. Støtten bevilges til at udføre tjenesteydelser, der reelt er af almindelig økonomisk interesse og falder inden for definitionen i artikel 106, stk. 2, i traktaten.

13. Kommissionen har i sin meddelelse om anvendelsen af EU's statsstøtteregler på kompensation for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse udstukket retningslinjerne for, hvilke krav der skal være opfyldt, for at en tjenesteydelse overholder definitionen af tjenesteydelser af

almindelig økonomisk interesse. Medlemsstaterne kan f.eks. ikke forbinde tjenesteydelser med særlige public service-forpligtelser, hvis de allerede udføres eller kan udføres tilfredsstillende og på vilkår, der ifølge statens definitioner er i overensstemmelse med den offentlige interesse med hensyn til pris, objektive kvalitetskendetegn, kontinuitet og tilgængelighed, af virksomheder, der drives på markedsvilkår. Med hensyn til spørgsmålet, om markedet kan levere en tjenesteydelse, begrænser Kommissionens undersøgelse sig til at kontrollere, om medlemsstatens definition påviseligt er fejlagtig, medmindre EU-lovgivningens bestemmelser indeholder en strengere standard."

⁴¹ "19. Støtte anses kun for forenelig med det indre marked efter artikel 106, stk. 2, i traktaten, hvis den ansvarlige myndighed, når den overdrager den pågældende virksomhed at udføre tjenesteydelsen, overholder eller forpligter sig til at overholde gældende EU-udbudsregler. Herunder skal den overholde gældende krav til gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, der direkte fremgår af traktaten og den afledte EU-ret, der måtte finde anvendelse. Støtte, der ikke overholder disse regler og bestemmelser, anses for at påvirke udviklingen af samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesser efter artikel 106, stk. 2, i traktaten."

⁴² "35. Uanset hvilken indikator der vælges, skal medlemsstaten forelægge Kommissionen dokumentation for, at den forventede fortjeneste ikke overstiger, hvad en gennemsnitsvirksomhed betinger sig, hvis den skal udføre tjenesteydelsen, f.eks. i forhold til afkast i forbindelse med lignende kontrakter, der er tildelt på konkurrencevilkår."

⁴³ "45. Har den pågældende virksomhed enerettigheder eller særrettigheder, der knytter sig til andre aktiviteter end den tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, som støtten er ydet til, og giver disse aktiviteter en fortjeneste, som overstiger den rimelige fortjeneste, eller har staten indrømmet virksomheden andre fordele, skal de tages i betragtning, uanset hvordan de vurderes i relation til artikel 107, stk. 1, i traktaten, og lægges til virksomhedens indtægter. Den rimelige fortjeneste fra aktiviteterne, som virksomheden har særlige rettigheder eller eneret til, skal vurderes på forhånd ud fra, om den pågældende virksomhed løber en risiko eller ej. Ved vurderingen skal der også tages hensyn til de effektivitetsincitamenter, som medlemsstaten har indført i forlængelse af leveringen af den pågældende tjenesteydelse."

⁴⁴ "56. Det kan desuden være nødvendigt med en nærmere vurdering i de tilfælde, hvor en medlemsstat overdrager leveringen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse til en udbyder af offentlige tjenesteydelser uden forudgående udvælgelsesprocedure på et ikke-monopoliseret marked, hvor næsten ens tjenesteydelser allerede leveres eller kan forventes at blive leveret i nær fremtid, da der ikke tidligere fandtes nogen tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Denne negative påvirkning af handelsudviklingen kan være mere udtalt i de tilfælde, hvor tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse udbydes til en pris, der ligger under nuværende eller eventuelt kommende udbyderes omkostninger, hvorved de holdes uden

2.3 Implementeringen af Energieffektivitetsdirektivet i dansk ret

På baggrund af den ovennævnte gennemgang af sagens faktum og det relevante EU-retlige grundlag må det lægges til grund, at Energieffektivitetsdirektivet ikke er blevet implementeret korrekt i dansk ret.

Selvom Energieffektivitetsdirektivet udgør et minimumsdirektiv, indeholder det de ovennævnte retlige forpligtelser, der ikke overlader medlemsstaterne nogen skønsbeføjelse, herunder navnlig ikke i lyset af den øvrige relevante EU-retlige kontekst.

for markedet. Kommissionen kan derfor, samtidig med at den fuldt ud respekterer medlemsstatens vide skønsmargen, når det drejer sig om at definere tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse, kræve, at der foretages ændringer, f.eks. af tildelingen af støtte, hvis den med rimelighed kan bevise, at den samme tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse kan leveres på samme betingelser for brugerne, men med færre konkurrenceforvridninger og færre omkostninger for staten.

57. En nærmere undersøgelse er desuden berettiget i tilfælde, hvor overdragelsen af forsyningspligten er forbundet med særlige rettigheder eller eneret, der medfører en så alvorlig tilsidesættelse af konkurrencen på det indre marked, at det strider mod Unionens interesse. Samtidig med at sådanne sager først og fremmest behandles efter artikel 106, stk. 1, i traktaten, kan det forekomme, at statsstøtten vurderes at være uforenelig, hvis eneretten medfører fordele, som det ikke er muligt at vurdere, kvantificere eller konstatere ved hjælp af de metoder, der benyttes til at beregne nettoomkostningerne ved tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, der er beskrevet i punkt 2.8.

58. Kommissionen er også opmærksom på situationer, hvor støtten gør det muligt for virksomheden at finansiere etableringen eller brugen af infrastruktur, som ikke er åben for andre aktører, og som gør det muligt at holde andre aktører ude fra markedet for tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse eller andre relevante markeder. Hvis dette er tilfældet, kan det eventuelt kræves, at konkurrenter på passende vilkår får fair og ikke-diskriminerende adgang til denne infrastruktur.

59. I tilfælde af konkurrenceforvridninger som følge af, at overdragelsesakten hindrer, at EU-lovgivningen om opretholdelse af det indre markeds funktion gennemføres og håndhæves i praksis, undersøger Kommissionen, om det er muligt med samme resultat at yde den offentlige tjeneste på en mindre konkurrenceforvridende måde, f.eks. gennem fuld gennemførelse af EU-sektorlovgivningen.

Ministeriet har ikke sikret overholdelsen heraf ved indretningen af den nugældende danske energispareordning.

For det første har ministeriet herved tilsidesat Energieffektivitetsdirektivets artikel 1 sammenholdt med artikel 7, stk. 1 og stk. 4, der foreskriver, at medlemsstaterne ikke må afskære elhandelsvirksomheder⁴⁵ fra at kunne blive en "forpligtet part", og dermed omfattet af medlemsstatens energispareordning, alene med den begrundelse, at den pågældende virksomhed er en elhandelsvirksomhed og ikke et netselskab⁴⁶.

Tildelingen af den eksklusive ret for netselskaberne til at kunne udnytte den danske energispareordning lever ikke op til direktivets og den øvrige EU-rets krav om, at tildelingen skal ske gennem en objektiv, transparent og ikke-diskriminerende udvælgelsesprocedure.

Dette understreges af, at tildelingen af de eksklusive rettigheder til netselskaberne i medfør af elforsyningslovens § 22 ud fra en statsstøtteretlig terminologi må klassificeres som en de jure selektiv foranstaltning til fordel for netselskaberne.

Denne foranstaltning fordrejer konkurrencen på ikke blot et, men flere energileverance- og tjenestemarkeder, jf. navnlig beskrivelsen i afsnit 1.3 og 1.7-1.8.

Den hindrer yderligere markedsåbning på disse markeder ved i stedet for at modvirke markedssvigt at introducere nye retlige og faktiske barrierer, der fordrejer konkurrencestrukturen på disse markeder.

Den sinker eller hæmmer innovationen af konkurrencedygtige energitjenesteløsninger.

Den hindrer gennemsigtighed med omkostningseffektiviteten ved realiseringen af direktivets forpligtende energisparemål.

Dette medfører samlet en betydelig ressourceineffektivitet, som bl.a. afspejlet i de betydelige omkostningsforskelle mellem elsektoren og de øvrige sektorer omfattet af energispareordningen og i forskellene indbyrdes mellem de forskellige elnetselskaber samt i netselskabernes krydssubsidiering af deres energisparesekskaber.

⁴⁵ I Energieffektivitetsdirektivet defineret som "energileverandører i detalledet".

⁴⁶ I Energieffektivitetsdirektivet defineret som "energidistributør".

Ordningen indebærer ingen effektiv kontrol og intet effektivt incitament for netselskaberne til at nedbringe deres omkostningsniveau til det – efter behørig konkurrenceudsættelse – strengt nødvendige niveau for at kunne nå direktivets og Energiaftalens energisparemål.

Ligeledes indebærer ordningen ingen uafhængig ex ante undersøgelse af, om en gennemsnitligt veldrevet konkurrerende virksomhed, f.eks. en uafhængig elhandelsvirksomhed, kunne levere samme realiserede energibesparelser til lavere omkostninger for samfundet.

Fastsættelsen af nettatarifferne, og dermed kompensationen til netselskaberne, sker herudover uden en ex ante værdiansættelse af de øvrige betydelige økonomiske og konkurrencemæssige fordele, der følger af ordningens eksklusive rettigheder for netselskaberne, jf. også afsnit 1.3 og 1.5.

Samlet medfører dette, at energikoncerner med netselskaber bliver betydeligt overkompenseret ved ordningen, jf. beskrivelserne i afsnit 1.3, 1.5 og 1.7-1.8.

Dermed forøger ordningen de samlede omkostninger for forbrugerne og samfundet som sådan med realiseringen af de energisparemål, som staten er forpligtet til at nå i medfør af direktivet.

Dette hindrer eller hæmmer igen realiseringen af det overordnede EU-retlige mål om udvikling af en konkurrence- og bæredygtig, inklusiv vækst i Unionen.

Netselskabernes eksklusive rettigheder i medfør af energispareordningen strider dermed ligeledes med de konkurrence- og effektivitetshensyn, som ministeriet skal varetage i medfør af Energieffektivitetsdirektivets artikel 18, jf. særligt artikel 18, stk. 3, herunder som fortolket og anvendt i lyset af de oven for gennemgåede EU-statsstøtteretlige bestemmelser.

Derfor følger det sammenfattende af Energieffektivitetsdirektivets artikel 19, stk. 1⁴⁷, at ministeriet er berettiget og forpligtet til at ophæve og ændre den nuværende retsstridige danske regulering af energispareordningen i elforsyningsloven m.v., for så vidt som den afskærer andre markedsaktører fra at kunne udnytte energispareordningen på samme måde som netselskaberne.

⁴⁷ Som gennemført i dansk ret ved elforsyningslovens § 2a og energisparelovens § 2a.

Ministeriet har som følge af Energieffektivitetsdirektivet ret og pligt til at bringe forskelsbehandlingen af netselskaber og elhandelsvirksomheder til ophør.

2.4 EU-statsstøtteren

Den danske energispareordning, herunder elforsyningslovens § 22, ses ikke at være blevet notificeret til Europa-Kommissionen som en statsstøtteforanstaltning i medfør af artikel 108 (3) TEUF.

For en statsstøtteretlig betragtning er den relevante problemstilling navnlig⁴⁸ netselskabernes og deres koncernforbundne energisparesekskusive rettighed til at kunne købe og sælge – med fortjeneste – realiserede energibesparelser på en måde, som ingen anden markedsaktør kan, og uden at netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energisparesekskusive rettigheder har erhvervet denne økonomiske fordel på sædvanlige markedsvilkår gennem betaling af et vederlag svarende til markedsprisen for denne eksklusiv rettighed eller gennem afholdelsen af et særskilt udbud, der opfylder alle de EU-retlige krav om transparens, ikke-diskrimination og "laveste omkostning for samfundet" osv., jf. ligeledes gennemgangen under afsnit 2.2.

I det omfang denne foranstaltning må anses for "statsstøtte" i medfør af artikel 107 TEUF, må det samtidig lægges til grund, at støtten i hvert fald ikke opfylder kravene til gennemsigthed m.v. i medfør af hverken de dagældende eller nuværende specifikke eller generelle fritagelsesforordninger udstedt i medfør af artikel 109 TEUF.

Dermed vil støtten ikke kunne fritages for notifikationspligten, hvorefter støtten vil blive anset for ulovlig i medfør af artikel 108 TEUF og Procedureforordningen⁴⁹.

⁴⁸ Netselskabernes de facto eksklusive adgang til at kunne forvalte de største statslige tilskudsordninger i forhold til forbrugerene rejser også et statsstøtteretligt spørgsmål om, hvorvidt dette indebærer en selvstændig økonomisk fordel for netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energisparesekskusive rettigheder, der er ulovlig og uforenelig med artikel 107 TEUF, jf. også Grøntefritagelsesforordningens (Kfor nr. 651/2014) artikel 39 (8) (a).

⁴⁹ Støtten vil heller ikke kunne omfattes af Domstolens "Altmark-praksis" eller af artikel 106 (2) TEUF, eftersom betingelserne herfor ikke er opfyldt hverken i forhold til netselskaberne eller – så

Ministeriet vil herefter i medfør af "stand-still" forpligtelsen, jf. artikel 108 TEUF, skulle bringe støtten til omgående ophør indtil, at Europa-Kommissionen i givet fald har godkendt støttens forenelighed med det Indre Marked i overensstemmelse med Procedureforordningen og det materielle statsstøtteretlige regelgrundlag.

Ministeriet vil endvidere være forpligtet til at ændre eller ophæve støtteforanstaltningen i det omfang, at støtteforanstaltningen ikke kan anses for forenelig med det Indre Marked, jf. artikel 108 (2) TEUF.

Den danske energispareordning, og dermed de økonomiske fordele der herunder er tildelt netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energisparesekskaber, kan i det hele tilregnes staten, eftersom indretningen af denne ordning ikke beror på et ubetinget EU-retligt krav, men tværtimod på et rent nationalt lovgivningsmæssigt valg.

Det er uden betydning for den statsstøtteretlige kvalifikation af støtten, at de økonomiske fordele for netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energisparesekskaber ikke kan kvantificeres mere præcist, idet det afgørende er, at disse fordele utvivlsomt må lægges til grund at repræsentere en vis, ikke-hypotetisk, økonomisk værdi.

Af evalueringsrapporten for 2010-2012 energispareindsatsen følger, at det må lægges til grund, at den nuværende danske energispareordning – og dermed også den anfægtede støtteforanstaltning – har været i kraft siden 2006.

For så vidt angår bedømmelsen af støttens forenelighed med det Indre Marked, vil det derfor, eftersom der i givet fald er tale om ulovlig støtte, være de dagældende energi- og miljøstøtteretningslinjer sammenholdt med artikel 107 (3) TEUF, der finder anvendelse.

Disse retningslinjer er dog på dette punkt i al væsentlighed i overensstemmelse med de oven for under afsnit 2.1.2 gennemgåede nugældende retningslinjer, hvortil der henvises.

Til supplerende illustration af sagens statsstøtteretlige hovedproblemstilling henvises neden for til Domstolens retspraksis omkring indretningen af nationale emissionshandelsordninger.

meget desto mere – i forhold til deres koncernforbundne energisparesekskaber, jf. gennemgangen under afsnit 2.2.

Det gøres gældende, at de samme statsstøtteretlige principper og betragtninger, der kommer til udtryk i Domstolens praksis og i de nugældende energi- og miljøstøtteretningslinjer omkring nationale emissionshandelsordninger, må finde tilsvarende - direkte eller analog - anvendelse på den statsstøtteretlige bedømmelse af netselskabernes og/eller deres koncernforbundne energispare-selskabers samhandelsfordele etableret i medfør af energispareordningen, jf. særligt det herom anførte i afsnit 1.8.

2.4.1 Domstolens retspraksis – Sag C-279/08 P, "Kommissionen mod Nederlandene"

Sagen vedrørte den dagældende hollandske ordning for omsættelige emissionsrettigheder for nitrogenoxid.

Domstolen fandt, at denne ordning udgjorde ulovlig og uforenelig statsstøtte til fordel for de store industrivirksomheder, der de facto som følge af ordningen kunne købe og sælge emissionsreduktioner, hvorved de af staten fik mulighed for at kunne konvertere disse til en økonomisk værdi eller undgå administrative sanktioner, herunder bøder.

Domstolen beskrev indledningsvis ordningen således:

"»8 Ved skrivelse af 23. januar 2003 underrettede de nederlandske myndigheder i overensstemmelse med artikel 88, stk. 3, EF Kommissionen om en ordning for handel med emissionsrettigheder for NO_x (herefter »den omhandlede ordning«). De nederlandske myndigheder anmodede Kommissionen om at træffe en beslutning om, at der ikke var tale om støtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

9 Den 24. juni 2003 vedtog Kommissionen den [omtvistede] beslutning.

10 Kommissionen beskrev indledningsvis den omhandlede ordning i den [omtvistede] beslutnings punkt 1. Hvad angår det nederlandske nationale emissionsloft for NO_x, der er defineret i direktiv 2001/81, fastsatte de nederlandske myndigheder et emissionsmål på 55 kilotons NO_x i 2010 for deres store industrianlæg, der udgør ca. 250 virksomheder.

11 Kommissionen anførte i den [omtvistede] beslutnings punkt 1.2 vedrørende ordningens anvendelse, at en national lov fastsætter en NO_x-emissionsstandard til overholdelse for hvert industrianlæg. En virksomhed kan overholde den fastsatte emissionsstandard ved at træffe foranstaltninger til reduktion af NO_x i sine egne anlæg, ved at købe emissionsrettigheder af andre virksomheder, eller ved at kombinere de to muligheder. Anlæg, der har lavere emissioner end emissionsstandard, [udbyder] reduktioner af emission i form af NO_x-kreditter på markedet for handel med emissionsrettigheder.

12 Et anlægs årlige samlede emission af NO_x, korrigeret for eventuelle købte eller solgte NO_x-kreditter, skal svare til det emissionsniveau, der er godkendt for det pågældende anlæg. Den årlige emission – i absolutte tal – beregnes ud fra den relevante emissionsstandard og ud fra den energimængde, som det nævnte anlæg har brugt.

13 De nederlandske myndigheder kontrollerer ved udgangen af hvert år, om anlæggene har overholdt den foreskrevne emissionsstandard. Hvert år kan NO_x-kreditter købes, opspares eller udlånes til fremtidige perioder. Hvis et anlæg overskrider den foreskrevne emissionsstandard, skal det kompensere for overskridelsen det følgende år. Endvidere forhøjes overskridelsen, der skal kompenseres for, med 25 % med henblik på præventivt at forebygge alle overskridelser. Hvis et anlæg ikke overholder sin emissionsstandard, pålægger de nederlandske myndigheder anlægget en passende bøde, der er proportional og afskrækkende.”

Derpå udtalte Domstolen således om den ”økonomiske fordel”, der fulgte af ordningen, jf. pr. 61-63 og 65.⁵⁰

⁵⁰ ”61 Det fremgår af fast retspraksis, at alle betingelserne i artikel 87, stk. 1, EF skal være opfyldt, for at der kan være tale om støtte (jf. dom af 15.7.2004, sag C-345/02, Pearle m.fl., Sml. I, s. 7139, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis). Således som det er blevet fremhævet i denne doms præmis 52, fandt Retten med rette, at en af en medlemsstat indrømmet økonomisk fordel kun har karakter af en støtte, hvis den kan begunstige visse virksomheder eller visse produktioner.

62 For at bevise, at den omhandlede ordning finder anvendelse på selektiv vis over for visse virksomheder eller visse produktioner, påhviler det Kommissionen at påvise, at denne har indført differentieringer mellem virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation i forhold til det formål, der forfølges med ordningen. Imidlertid skal det ligeledes bemærkes, at begrebet støtte ikke omfatter foranstaltninger, der indfører en differentiering mellem virksomhe-

Hernæst udtalte Domstolen sig om begrebet "selektivitet", jf. dommens pr. 74-78⁵¹.

der med hensyn til byrder, når denne differentiering følger af den pågældende byrdeordnings karakter eller forvaltning (dom af 29.4.2004, sag C-159/01, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 4461, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis). Det påhviler den medlemsstat, som har indført en sådan differentiering mellem virksomheder med hensyn til byrder, at godtgøre, at differentieringen faktisk er berettiget på grund af den omhandlede ordnings karakter eller forvaltning (dommen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, præmis 43).

63 I den forbindelse skal det, som Kommissionen har bemærket i den omtvistede beslutnings punkt 3.1, konstateres, at de virksomheder, som deltager i »dynamic cap«-systemet, tilhører en særlig gruppe af store industrivirksomheder, som er aktive i handelen mellem medlemsstaterne og har en fordel, som ikke er tilgængelig for andre virksomheder. Disse virksomheder har en fordel, som består i at kunne omsætte den økonomiske værdi af de emissionsreduktioner, som de gennemfører, i penge ved at konvertere reduktionerne til omsættelige emissionsrettigheder eller, hvor det er relevant, i at undgå at skulle betale bøder, når de overskrider det loft for NO_x-emissioner pr. energienhed, som er fastsat af de nationale myndigheder, ved at købe sådanne emissionsrettigheder fra andre virksomheder, som er omfattet af den omhandlede ordning (jf. i den retning denne doms præmis 92-96), mens andre virksomheder ikke har disse muligheder, hvilket i princippet er tilstrækkeligt til at fastslå, at Kongeriget Nederlandene har indført en differentiering mellem virksomheder med hensyn til byrder i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 61.

..

65 I den forbindelse bemærkes, at Kommissionen ikke er forpligtet til at redegøre for sin om det, på grund af ordninger i henhold til programmet, medfører en mærkbar fordel for støttemodtagerne i forhold til deres konkurrenter og især vil kunne gavne virksomheder, der deltager i samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. dom af 7.3.2002, sag C-310/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2289, præmis 89)."

⁵¹ *"74 Retten fandt i den anfægtede doms præmis 99, at »de virksomheder, der modtager fordel, [fastlægges] efter systemets karakter og almindelige opbygning på baggrund af deres betydelige NO_x-emissioner og den specifikke standard for reduktion, som gælder for dem«, og at »økologiske hensyn begrundes, at der sondres mellem virksomheder med udledninger af store mængder NO_x og andre virksomheder«. Retten konstaterede, at »dette objektive kriterium endvidere [er] i overensstemmelse med det formål, der forfølges, nemlig beskyttelse af miljøet, og systemets interne logik«.*

75 Ifølge fast retspraksis sonderer artikel 87, stk. 1, EF ikke under hensyn til grundene til eller formålene med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger. Selv om miljøbeskyttelse udgør et af Det Europæiske Fællesskabs grundlæggende formål, kan nødvendig-

Vedrørende begrebet "statsmidler" udtalte Domstolen sig i pr. 87-91⁵².

heden af at tage hensyn til dette formål ikke berettiger udelukkelse af selektive foranstaltninger fra anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF, da der under alle omstændigheder med fordel kan tages hensyn til miljøformålene, når statsstøtteforanstaltningens forenelighed med fællesmarkedet bedømmes i forhold til artikel 87, stk. 3, EF (jf. dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, præmis 46, og dommen i sagen British Aggregates mod Kommissionen, præmis 92).

76 I den foreliggende sag er de betydelige NO_x-emissioner fra de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, og den specifikke standard for reduktion af udledninger, som gælder for disse virksomheder, ikke tilstrækkeligt til, at denne ordning falder uden for kvalificeringen af selektive foranstaltninger i artikel 87, stk. 1, EF's forstand. En sådan differentiering mellem virksomheder på grundlag af et kvantitativt kriterium, nemlig kriteriet om en kapacitet på mere end 20 MWt, kan nemlig, således som generaladvokaten har fremhævet i punkt 55 i forslaget til afgørelse, ikke anses for at ligge i den ordning, som har til formål at reducere forureningen fra industrien, og dermed være berettiget alene på grund af miljømæssige hensyn.

77 I øvrigt skal det bemærkes, at det påhviler den medlemsstat, som har indført en sådan differentiering mellem virksomheder, at godtgøre, at den faktisk er berettiget på grund af den omhandlede ordnings karakter eller forvaltning (jf. i den retning dommen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, præmis 43).

78 Under disse omstændigheder kan det sondringskriterium, der er lagt til grund for den pågældende nationale bestemmelse, nemlig en kapacitet på mere end 20 MWt for virksomhederne, hverken være begrundet i karakteren eller den almindelige opbygning af denne nationale bestemmelse, således at sondringskriteriet ikke kan fratage den omhandlede ordning sin karakter af statsstøtte."

⁵² *"87 Endvidere fremgår det af retspraksis, at foranstaltninger – uanset hvilken form de end måtte have – ligeledes anses for støtte, hvis de direkte eller indirekte kan favorisere visse virksomheder eller er at betragte som en økonomisk fordel, som den begunstigede virksomhed ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår (jf. dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, Sml. I, s. 7747, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).*

88 I lyset af nævnte retspraksis må det konstateres, at omsætteligheden af NO_x-emissionsrettigheder frem for alt afhænger af, om medlemsstaten dels godkender salget af disse rettigheder, dels tillader de virksomheder, som har haft en for stor NO_x-emission, at erhverve de manglende emissionsrettigheder fra andre virksomheder, og på den måde indvilliger i at skabe et marked for disse rettigheder (jf. ligeledes denne doms præmis 64, 65 og 87-96). Denne konsta-

Derefter udtalte Domstolen sig vedrørende ordningens og dermed også den økonomiske fordels statslige tilregnelser, jf. dommens pr. 103-112⁵³.

tering fremgår ligeledes af den anfægtede doms præmis 70, hvori Retten med rette konkluderede, at Kongeriget Nederlandene gav disse en værdi på markedet ved at gøre dem omsættelige.

89 Hvad angår argumenterne for, at omsætteligheden af disse rettigheder udgør en modydelse til markedspris for indsatsen fra de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, for at begrænse deres NO_x-emissioner, må disse afvises i henhold til den i præmis 86 i denne dom nævnte retspraksis, eftersom omkostningerne ved reduktion af nævnte emissioner er omfattet af de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget.

90 Hvad angår argumenterne for, at omsætteligheden af disse rettigheder ikke kan betragtes som en konkret fordel for de berørte virksomheder på grund af markedets uforudsigelighed, må det konstateres, at muligheden for virksomhederne for at vælge mellem omkostningerne til køb af emissionsrettigheder og de omkostninger, der er forbundet med de foranstaltninger, der har til formål at begrænse NO_x-emissionerne, udgør en fordel for disse virksomheder. I øvrigt udgør valgmuligheden for de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, for at handle med alle emissionsrettigheder, og ikke kun med de bevillinger, der ved årets udgang frigøres ved den positive forskel mellem den godkendte emission og den faktiske emission, en yderligere fordel for disse virksomheder. Disse virksomheder kan råde over likvide midler ved at sælge deres emissionsrettigheder, inden vilkårene for disses endelige tildeling er opfyldt, uafhængigt af den omstændighed, at der gælder et loft for virksomhederne, og at de virksomheder, som overskrider den foreskrevne standard, skal kompensere for overskridelsen i det efterfølgende år.

91 Som følge heraf må den omhandlede ordning, som indebærer en omsættelighed af disse emissionsrettigheder, betragtes som en økonomisk fordel, som den støttemodtagende virksomhed ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår."

⁵³ "103 Som det følger af Domstolens retspraksis, er betingelsen for at anse fordele for en støtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand for det første, at disse ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler, og for det andet, at de kan tilregnes staten (dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

104 I den forbindelse skal det fremhæves, at det ifølge fast retspraksis ikke er nødvendigt i alle tilfælde at godtgøre, at der har fundet en overførsel af statsmidler sted, for at den fordel, som er ydet en eller flere virksomheder, kan anses for en statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand (jf. dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 36).

105 I øvrigt betyder den sondring, der i denne bestemmelse foretages mellem »statsstøtte« og støtte, som ydes »ved hjælp af statsmidler«, ikke, at alle de fordele, der indrømmes af en stat, udgør støtte, uanset om de er finansieret ved hjælp af statsmidler eller ej. Sondringen har alene til formål at sikre, at støttebegrebet ikke alene omfatter støtte ydet direkte af staten, men ligeledes støtte ydet af offentlige eller private organer, der er udpeget eller oprettet af staten (dommen i sagen PreussenElektra, præmis 58, og dom af 5.3.2009, sag C-222/07, UTECA, Sml. I, s. 1407, præmis 43).

106 I den foreliggende sag kunne en sådan fordel, der er indrømmet af den nationale lovgiver, nemlig omsætteligheden af NO_x-emissionsrettigheder, indebære yderligere udgifter for de offentlige myndigheder i form af navnlig en fritagelse fra forpligtelsen til at betale bøder eller andre økonomiske sanktioner (jf. i denne retning dom af 17.6.1999, sag C-295/97, Piaggio, Sml. I, s. 3735, præmis 42). Ved etableringen af »dynamic cap«-systemet har Kongeriget Nederlandene givet de virksomheder, som er omfattet af den omhandlede ordning, mulighed for at købe emissionsrettigheder for at undgå at betale bøder. Endvidere har denne ordning til følge, at der uden reel modydelse til medlemsstaten skabes emissionsrettigheder, som grundet deres omsættelige karakter har en økonomisk værdi. Det må konstateres, at medlemsstaten havde kunnet sælge sådanne rettigheder, i givet fald ved licitation, hvis den havde indrettet ordningen anderledes (jf. i den retning denne doms præmis 63, 64 og 86-96).

107 Den konstatering, der er foretaget af Retten i den anfægtede doms præmis 75, ifølge hvilken de omhandlede virksomheder frit kan omsætte deres emissionsrettigheder, selv om de er forbundet med et loft, er der ikke rejst tvivl om med de fremførte argumenter. Som generaladvokaten har anført i punkt 87 i forslaget til afgørelse, har medlemsstaten givet afkald på statsmidler ved at give disse emissionsrettigheder en karakter af omsættelige immaterielle aktiver og ved at stille dem til rådighed for de omhandlede virksomheder i stedet for at sælge dem eller tildele dem ved licitation.

108 I øvrigt viser den omstændighed, at en sådan ordning gør det muligt for virksomhederne at udligne mellem overskud og underskud i forhold til den fastsatte standard, og at denne ordning skaber et regelsæt for at begrænse udslip af NO_x-emissioner på rentabel vis for virksomheder med store industriallæg, at de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, råder over et alternativ i forhold til at blive pålagt en bøde af medlemsstaten.

109 Hvad angår de argumenter, hvorved PreussenElektra-dommen påberåbes, skelnede Retten med rette denne dom fra den foreliggende sag. I medfør af den nævnte dom udgør en medlemsstats ordning, der dels forpligter private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet i deres forsyningsområde fra vedvarende energikilder til mindstepriser, der er højere end den reelle økonomiske værdi af denne type elektricitet, dels fordeler den heraf følgende finansielle byrde mellem de nævnte elforsyningsvirksomheder og primære private systemoperatører, ikke en statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand.

Afslutningsvis følger Domstolens vurdering af kriterierne "konkurrencefordrejning" og samhandelspåvirkning, jf. dommens pr. 131⁵⁴.

110 Domstolen fandt i den nævnte dom, at selv om den finansielle byrde som følge af forpligtelsen til køb til mindstepriser kunne have negative følger for de forpligtede virksomheders driftsresultater og forringe statens skatteindtægter, var en sådan følge uadskilleligt forbundet med en sådan ordning og kunne ikke anses for at udgøre et middel til at give producenter af elektricitet fra vedvarende energikilder en bestemt fordel til skade for staten.

111 Som generaladvokaten har anført i punkt 92 i forslaget til afgørelse, kan denne afståelse tværtimod i den foreliggende sag ikke betragtes som »en del af« ethvert instrument, som har til formål at regulere emissioner af luftforurening med en ordning for omsættelige emissionsrettigheder. Når medlemsstaten anvender sådanne instrumenter, har den i princippet valget imellem gratis at tildele, afhænde eller udlicitere disse rettigheder. I den foreliggende sag er der en tilstrækkelig direkte tilknytning mellem den omhandlede ordning og tabet af indtægter. Denne tilknytning fandtes ikke mellem pålæggelsen af en købsforpligtelse og de eventuelt formindskede skatteindtægter i den sag, som gav anledning til PreussenElektra-dommen. Omstændighederne er derfor ikke sammenlignelige i de to sager, og den afgørelse, som Domstolen traf i PreussenElektra-sagen, kan derfor ikke overføres på den foreliggende sag.

112 Den afgørelse, som Domstolen traf i PreussenElektra-sagen, kan således ikke overføres på den foreliggende sag. Følgelig konkluderede Retten i den anfægtede doms præmis 75 med rette, at Kongeriget Nederlandene har givet afkald på at opkræve statsmidler."

⁵⁴ "131 Anvendt på kvalificeringen af en støtteforanstaltning indebærer begrundelsespligten, at Kommissionen skal angive sine grunde for at antage, at den pågældende foranstaltning falder ind under anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF. I overensstemmelse med retspraksis skal Kommissionen dermed ikke godtgøre, at støtten reelt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og faktisk fordrejer konkurrencen, men skal alene undersøge, om denne støtte kan påvirke denne samhandel og fordreje konkurrencen (dom af 15.12.2005, sag C-66/02, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10901, præmis 111, og af 9.6.2011, forenede sager C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 134). Det påhviler således Kommissionen – når det fremgår af de omstændigheder, hvorunder støtten blev ydet, at den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene – at angive disse omstændigheder i beslutningens begrundelse (jf. bl.a. dom af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 15, af 24.10.1996, forenede sager C-329/93, C-62/95 og C-63/95, Tyskland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5151, præmis 52, af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 98, og af 28.1.2003, sag C-

2.5 Den danske energispareordning sammenholdt med EU-statsstøtteren

Som nævnt må de eksklusive samhandelsfordele, som den danske energispareordning etablerer for netselskaberne og/eller for deres koncernforbundne energispareelskaber, bedømmes på samme statsstøtteretlige måde som den hollandske NO_x-emissionsordning i ovennævnte dom og de ordninger, der er genstand for afsnit 3.10 "Støtte i form af ordninger med handel af emissionstilladelser" i Kommissionens nugældende energi- og miljøstøttereningslinjer.

Dette gælder både for den samhandelsmulighed, og dermed den fortjeneste, som netselskaberne kan kanalisere over i deres koncernforbundne energispareelskaber ved de uigenomsigtige koncerninterne køb af realiserede energibesparelser fra deres energispareelskaber.

Ligeledes gælder det for samhandelsmuligheden af realiserede energibesparelser på det særlige "intra-marked" mellem netselskaber omfattet af energispareordningen.

334/99, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 1139, præmis 59, samt dommen i sagen Portugal mod Kommissionen, præmis 89, og dom af 30.4.2009, sag C-494/06 P, Kommissionen mod Italien og Wam, Sml. I, s. 3639, præmis 49).

132 I den omtvistede beslutnings punkt 3.2 har Kommissionen lige efter at have konstateret, at der foreligger en fordel for de af den omhandlede ordning omfattede virksomheder, bemærket, at disse udgør »en gruppe af store industrivirksomheder, som er aktive i handelen mellem medlemsstaterne«. Kommissionen fortsætter med at konstatere, at »disse virksomheders stilling vil blive styrket ved denne ordning, hvilket kan medføre ændringer i markedsbetingelserne for deres konkurrenter«, før den tilføjer, at »denne styrkelse må anses for at påvirke handelen«.

133 Det må derfor konstateres, at Kommissionen i den omtvistede beslutning har påberåbt sig de omstændigheder, hvorunder den pågældende støtte, ifølge Kommissionen, kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje eller true med at fordreje konkurrencen. I betragtning af den i denne doms præmis 125 nævnte retspraksis er denne beslutning derfor tilstrækkeligt begrundet hvad angår den måde, hvorpå samhandelen mellem medlemsstaterne er påvirket, og konkurrencefordreningen."

Fælles for begge disse samhandlingsmuligheder er, at netselskabernes energispareelskaber herved oppebærer en betydelig fortjeneste samt at alle andre markedsaktører er de jure eller de facto afskåret adgangen til at kunne udnytte samme samhandlingsmuligheder.

Disse betydelige økonomiske fordele for netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energispareelskaber kan ikke berettiges statsstøtteretligt med henvisning til "den indre logik af energispareordningen" allerede som følge af den måde, hvorpå netselskaberne har erhvervet disse eksklusive økonomiske fordele, jf. ligeledes modsætningsvis Kommissionens retningslinjer, pkt. 235, a-b) og pkt. 236, a) og c).

Det er derfor statsstøtteretligt set problematisk, at den danske stat gennem sin indretning af den danske energispareordning har skabt et særligt – lukket eller eksklusivt – immaterielt marked for omsætning af rettighederne til realiserede energibesparelser, der gennem tildelingen i elforsyningsloven og den øvrige danske regulering selektivt begunstiger netselskaberne og/eller disses koncernforbundne energispareelskaber ved de jure eller de facto alene at lade disse virksomheder kunne høste den (fulde) økonomiske fordel af samhandlingsmulighederne på dette lukkede marked uden, at disse begunstigede aktører har betalt staten (markedsprisen) for denne økonomiske fordel og uden at de har erhvervet denne økonomiske fordel gennem et forudgående særskilt, åbent og ikke-diskriminerende udbud.

Dermed har staten givet afkald på statsmidler, jf. artikel 107 TEUF, til fordel for netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energispareelskaber således, at der samlet foreligger fornøden dokumentation for, at der er "alvorlig tvivl", jf. artikel 108 TEUF og Procedurereforordningen, om at energispareordningen herved indebærer ulovlig og uforenelig statsstøtte til fordel for netselskaberne og/eller deres koncernforbundne energispareelskaber.

Derfor er ministeriet også af statsstøtteretlige grunde berettiget og forpligtet til at bringe denne statslige begunstiging af netselskaberne og deres koncernforbundne energispareelskaber til ophør.

2.6 Artikel 102, jf. artikel 106 TEUF

Det følger af artikel 106 (1) TEUF, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder eller virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med Traktatens bestemmelser, navnlig de i artikel 102 TEUF nævnte bestemmelser om misbrug af dominerende stilling.

På baggrund af sagens faktum og gennemgangen af den statsstøtteretlige praksis og regulering vedrørende artikel 106 (2) TEUF samt Domstolens praksis gennemgået neden for i relation til artikel 102, jf. artikel 106 TEUF, gøres det gældende, at den danske lovgiver ligeledes har krænket artikel 102, jf. artikel 106 TEUF, ved den danske indretning og forvaltning af energispareordningen.

2.6.1 Domstolens retspraksis

Til støtte for denne del af klagen påberåbes navnlig Domstolens dom i sagen C-553/12 P, "DEI", der må anses for ledende i forhold til medlemsstaters krænkelser af artikel 102, jf. artikel 106 TEUF.

Denne sag vedrørte en græsk offentligt ejet virksomhed (DEI), der var dominerende på det græske engrosmarked for elektricitet. DEI opnåede herefter ved en græsk statslig foranstaltning en konkurrencefordel i form af tildelingen af visse enerettigheder på det særskilte græske marked for levering af brunkul.

Brunkul var et væsentligt råstof for produktionen af elektricitet i Grækenland.

Ved denne statslige foranstaltning fik DEI styrket og udvidet sin dominerende stilling på et marked til et andet marked.

Domstolen fandt, at Grækenland herved havde krænket artikel 106, jf. artikel 102 TEUF, jf. navnlig dommens pr. 41-47 og pr. 66-68⁵⁵.

⁵⁵ "41 Det bemærkes, at en medlemsstat i henhold til retspraksis tilsidesætter forbuddene i artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, når den ved lov eller administrativt fastsætter bestemmelser skaber en situation, hvor en offentlig virksomhed eller en virksomhed, som den har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, ved den blotte udøvelse af de privilegerede rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug (jf. i denne retning domme *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 80, og *MOTOE*, EU:C:2008:376, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis). Det er i den forbindelse ikke en betingelse, at et misbrug faktisk fremkom-

mer (domme GB-Inno-BM, EU:C:1991:474, præmis 23-25, Raso m.fl., EU:C:1998:54, præmis 31, og MOTOE, EU:C:2008:376, præmis 49).

42 Der foreligger således en overtrædelse af disse bestemmelser, når en foranstaltning, der kan tilregnes en medlemsstat, skaber en risiko for misbrug af en dominerende stilling (jf. dom MOTOE, EU:C:2008:376, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

43 Det fremgår således af Domstolens praksis, at en ordning med ufordrejet konkurrence som den, der foreskrives i EF-traktaten, kun kan garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder (jf. domme GB-Inno-BM, EU:C:1991:474, præmis 25, MOTOE, EU:C:2008:376, præmis 51, og Connect Austria, EU:C:2003:297, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

44 Det følger heraf, at hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder, og konkurrencen dermed er fordrejet, og dette skyldes en statslig foranstaltning, udgør en sådan foranstaltning en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF (jf. dom Connect Austria, EU:C:2003:297, præmis 84).

45 Domstolen har i denne henseende i øvrigt haft lejlighed til at præcisere, at selv om at den omstændighed alene, at en medlemsstat skaber en dominerende stilling via tildeling af enerettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86 EF, pålægger traktaten dog medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse (domme ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, præmis 35, Corbeau, C-320/91, EU:C:1993:198, præmis 11, og Deutsche Post, C-147/97 og C-148/97, EU:C:2000:74, præmis 39).

46 Det følger af de i denne doms præmis 41-45 anførte betragtninger, at der, som generaladvokaten har anført i punkt 55 i forslaget til afgørelse, kan foreligge en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, uafhængigt af, om der faktisk foreligger et misbrug. Det afgørende er alene, at Kommissionen påviser en potentiel eller faktisk konkurrencebegrænsende konsekvens, der kan følge af den omhandlede statslige foranstaltning. En sådan overtrædelse kan også fastslås, når de omhandlede statslige foranstaltninger påvirker markedsstrukturen, idet de skaber ulige konkurrencevilkår blandt virksomhederne ved at tillade den offentlige virksomhed eller den virksomhed, der er blevet indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, at opretholde, eksempelvis ved at forhindre nye markedsdeltageres indtræden, styrke eller udvide sin dominerende stilling på et andet marked og derved begrænse konkurrencen, og det uden at det kræves, at eksistensen af et faktisk misbrug bevises.

47 Det følger heraf, at det under disse omstændigheder i modsætning til Rettens analyse i den appellerede doms præmis 105 og 118 er tilstrækkeligt at godtgøre, at denne potentielle eller faktiske konkurrencebegrænsende konsekvens kan være en følge af den omhandlede statslige foranstaltning, og at det er ikke fornødent at påvise et misbrug andet end det, der følger af den situation, den omhandlede statslige foranstaltning har frembragt. Det følger ligeledes heraf, at

Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen, da den konstaterede, at sagsøgeren, der er tidligere monopolvirksomhed, fortsat opretholdt sin dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet takket være den fordel, den privilegerede adgang til brunkul gav selskabet, og at denne situation skabte ulige muligheder på dette marked for sagsøgeren og de andre virksomheder, hverken havde identificeret eller i tilstrækkeligt omfang godtgjort, hvilket misbrug som omhandlet i artikel 82 EF den pågældende statslige foranstaltning havde foranlediget eller kunne have foranlediget DEI til.

..

66 Det bemærkes således, at en dominerende virksomheds praksis, der har til formål gennem en fordrejning af konkurrencen at udvide denne stilling til et beslægtet, men selvstændigt marked, ifølge fast retspraksis udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF (jf. i denne retning dom *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 81 og 82 og den deri nævnte retspraksis).

67 Domstolen har på samme vis allerede fremhævet, at udvidelsen af en dominerende stilling uden objektiv begrundelse er forbudt »som sådan« i henhold til artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, såfremt udvidelsen beror på en statslig foranstaltning. Da konkurrencen slet ikke må udelukkes på denne måde, må den heller ikke fordrejes (jf. i denne retning domme *Spanien m.fl. mod Kommissionen*, C-271/90, C-281/90 og C-289/90, EU:C:1992:440, præmis 36, og *GB-Inno-BM*, EU:C:1991:474, præmis 21, 23 og 24).

68 Det er således ikke fornødent, sådan som DEI har hævdet, at Kommissionen i alle sager skal godtgøre, at den omhandlede virksomhed nyder en monopolstatus, eller at den omhandlede statslige foranstaltning indrømmer virksomheden eksklusive eller særlige rettigheder på et beslægtet og selvstændigt marked, eller at den endog har en eller anden regelfastsættende kompetence. Henset til den i denne doms præmis 41-44 omhandlede retspraksis må det ligeledes forkastes, at Kommissionen skulle have en forpligtelse til at godtgøre virkningen af en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, på forbrugernes interesser, idet den sidstnævnte artikel i øvrigt kan omhandle en praksis, som forvolder skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur (jf. i denne retning dom *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen*, 6/72, EU:C:1973:22, præmis 26). Endelig bygger DEI's argument om, at Kommissionen fandt, at brunkul var en absolut nødvendig produktionsfaktor, på et fejlagtigt grundlag, idet Kommissionen udelukkende henviste til DEI's »monopol lignende« situation på engrosmarkedet for elektricitet.”

2.7 Den danske energispareordning sammenholdt med artikel 102, jf. artikel 106 TEUF

Den statslige tildeling af de eksklusive rettigheder for netselskaberne, der følger af deres udnyttelse af energispareordningen, er tilvejebragt gennem elforsyningslovens § 22, hvilket sammenholdt med sagens faktum medfører en krænkelse af artikel 102, jf. artikel 106 TEUF.

Denne tildeling udgør således en statslig foranstaltning, der udvider eller styrker den kollektivt dominerende stilling (oligopol), som en gruppe offentlige virksomheder og/eller virksomheder, der af staten er tillagt særlige rettigheder (samlet netselskaberne), allerede indtager på ét marked⁵⁶ som følge af en anden statslig foranstaltning⁵⁷, til eller på et eller flere beslægtede markeder⁵⁸ med den virkning, at de erhvervsdrivende herefter ikke er sikret lige muligheder på disse beslægtede markeder.

Dette skader i sig selv den effektive konkurrencestruktur på hvert af disse beslægtede markeder, hvilket i sig selv udgør en krænkelse af artikel 102, jf. artikel 106 TEUF⁵⁹, eftersom dette er en følge af en statslig foranstaltning.

Det er samtidig uden betydning for bedømmelsen efter artikel 102, jf. artikel 106 TEUF, at skaderne på den effektive konkurrencestruktur på disse beslægtede markeder formelt måtte være helt eller delvis forårsaget gennem netselskabernes koncernforbundne selskaber som følge af elforsyningslovens krav om netselskabernes aktivitetsadskillelse, idet det afgørende efter artikel 102, jf. artikel 106 TEUF, ikke er formen men derimod alene foranstaltningens evne til at påvirke markedsstrukturerne og konkurrencevilkårene blandt de erhvervsdrivende.

De betydelige konkurrencemæssige fordele, som netselskaberne og/eller deres koncernforbundne kommercielle selskaber opnår ved den statslige foranstaltning i strid med artikel 102, jf. artikel 106 TEUF, forvrider konkurrencen på de beslægtede markeder som beskrevet i afsnit 1.3, 1.5 og 1.7-1.8.

⁵⁶ Det danske marked for (net)distribution af elektricitet.

⁵⁷ Tildelingen af bevillingerne til at drive netvirksomhed til netselskaberne i medfør af elforsyningslovens § 34a.

⁵⁸ Det danske marked for levering af energitjenester, jf. definitionen i Energieffektivitetsdirektivet, og det danske engrosmarked for salg af elektricitet.

⁵⁹ Se Domstolens dom, sag C-553/12P, Europa-Kommissionen mod DEI, pr. 41-47 og pr. 68.

Samlet er foranstaltningen og disse retsstridige konkurrencefordele til stor skade ikke blot for netselskabernes og/eller deres koncernforbundne kommercielle selskabers aktuelle eller potentielle konkurrenter på de nævnte beslægtede konkurrenceudsatte markeder, men også for forbrugerne og dermed for samfundet som sådan.

Ministeriet er ligeledes af disse EU-konkurrenceretlige grunde berettiget og forpligtet til at ændre på indretningen af energispareordningen således, at denne retsstridige konkurrencefordrejning bringes til ophør.

3. DE DANSKE KLAGEPUNKTER

På baggrund af sagens faktum må det lægges til grund, at netselskabernes udnyttelse af energispareordningen heller ikke lever op til de krav, der allerede følger af den gældende danske regulering.

3.1 Elforsyningslovens § 22, stk. 8 og § 46

Den meget betydelige avance, som netselskaberne som beskrevet i afsnit 1.7-1.8 "aflejrer" i deres egne koncernforbundne energispireselskaber, er ikke forenelig med "hvile-i-sig-selv" princippet i elforsyningslovens § 22, stk. 8.

Ligeledes er det heller ikke foreneligt med det omkostningseffektivitetskrav, som netselskaberne skal opfylde i medfør af energisparebekendtgørelsens § 8, stk. 1 og § 20, stk. 1.

Netselskabernes krydssubsidiering af deres energispireselskaber, jf. afsnit 1.7-1.8, er samtidig i strid med elforsyningslovens § 46.

3.2 Elforsyningslovens § 70, jf. § 69

Af ovennævnte grunde er nettarifferne også fastsat for højt i forhold til, hvad der med rette er hjemmel til i medfør af elforsyningslovens § 70, jf. § 69.

4. **AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER**

Modstrøm ser på ovennævnte baggrund frem til, at ministeriet træffer de fornødne skridt til at bringe den danske regulering af energispareordningen i overensstemmelse med EU-retten, herunder navnlig ved at bringe forskelsbehandlingen mellem netselskaberne og el-handelsvirksomhederne til ophør.

Såfremt ministeriet måtte ønske det, står Modstrøm naturligvis til disposition for et møde om sagen.

Med venlig hilsen


Thomas Mygind