



Forsyningstilsynet

HØRINGSNOTAT | FORSYNINGSTILSYNET 17. DECEMBER 2018

17. december 2018
Energibesparelser
PERA

Notat om høring over udkast til bekendtgørelser om markedsmæssighed

Sag j.nr. 18/17372

Energistyrelsen og Forsyningstilsynet har afholdt offentlig høring om udkast til bekendtgørelse om aftalers markedsmæssighed på området for realisering af energibesparelser. Høringen blev afholdt fra den 9. oktober til den 6. november 2018 og har været offentliggjort på høringsportalen.

Energistyrelsen og Forsyningstilsynet har modtaget høringssvar uden bemærkninger fra:

Arbejdstilsynet, Dansk Arbejdsgiverforening (DA), CO-industri, Erhvervsflyvningens Sammenslutning, Erhvervsministeriet, Fiskeristyrelsen, HMN GasNET P/S, Justitsministeriet, Kulturministeriet, Styrelsen for Forskning og Uddannelse, Uddannelses- og Forskningsministeriet, Miljø- og Fødevarestyrelsen Sikkerhedsstyrelsen samt Uddannelses- og Forskningsministeriet.

Energistyrelsen har modtaget høringssvar fra:

Dansk Energi (DE), Dansk Gas Distribution (DGD), NGF Nature Energy (NGF), Dansk Fjernvarme (DFJ), FSR Danske Revisorer Dansk Industri (DI).

Ud over de bemærkninger, som er sammenfattet i dette høringsnotat, indeholder høringssvarene en række mere redaktionelle, systematiske og tekniske bemærkninger til bekendtgørelsesudkastet. Disse bemærkninger har i relevant omfang givet anledning til ændringer af bekendtgørelsen og vil ikke blive behandlet i høringsnotatet.

Bemærkninger af generel politisk karakter indgår ikke i høringsnotatet.

Nedenfor redegøres for øvrige centrale bemærkninger samt de eventuelle indholdsmæssige ændringer i bekendtgørelsen, som høringssvarene har givet anledning til.

Der henvises i øvrigt til indholdet i de fremsendte høringssvar, som kan findes på høringsportalen.

FORSYNINGSTILSYNET
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Tlf. 4171 5400
post@forsyningstilsynet.dk
www.forsyningstilsynet.dk

ADMINISTRATIVE BYRDER

Dansk Energi har overordnet anført, at bekendtgørelsen og vejledningen indebærer en markant øget administrativ byrde som følge af krav om flere bilag til alle aftaler. Ifølge Dansk Energi lader bekendtgørelsen ikke til at vægte byrder placeret på erhvervslivet lige så højt som Forsyningstilsynets egne arbejdsgange, hvilket medfører, at flere af kravene alene indføres for at lette Forsyningstilsynets arbejde.

Dansk Energi erkender, at øget kontrol vil medføre en øget administrativ byrde. Det vurderes, at denne byrde langt fra står mål med den begrænsede værdi bestemmelserne medfører. Indeværende bekendtgørelse fastsætter krav og regler for dokumentation, der skal udarbejdes på forhånd, men det hindrer ikke Forsyningstilsynet i at indhente yderligere dokumentation, såfremt dette skulle være nødvendigt.

Dansk Energi bemærker i øvrigt, at udgifter til administration udgør en henførbart omkostning i henhold til energispareregnskabet, og at udgifter hertil derfor pålægges forbrugeren direkte. I den forbindelse anmoder Dansk Energi Energistyrelsen om at fremlægge vurderingen af de administrative konsekvenser.

Kommentar:

Med bekendtgørelsesudkastet lægges op til administrativ lempelse af virksomhedernes administrative byrder i forhold til de nugældende krav, der forudsættes opfyldt i forbindelse med opfyldelse af forsyningslovenes bestemmelser om markedsmæssighed og markedsbestemthed, og en væsentlig forøgelse af forudberegneligheden af de forhold, som virksomhederne skal søge belyst. Kun de nødvendige og centrale dele af reguleringen i bekendtgørelse om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner, jf. bekendtgørelse nr. 1297 af 31. oktober 2018 (herefter TP-bekendtgørelsen), som gælder på skatteområdet, er medtaget.

Bekendtgørelsesudkastets regler vil således indebære en lettelse i de administrative byrder, som tidligere har været forudsat at skulle være af en karakter og et omfang, der svarede til skattelovgivningen og de angivelser af dokumentationens karakter og omfang, der følger af OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017 (herefter TP-Guidelines).

I forhold til antallet af selskaber, der skal udarbejde dokumentation i henhold til bilag 2 har Forsyningstilsynet valgt at imødekomme bemærkninger fra Dansk Fjernvarme og FSR vedrørende afgrænsning af den kreds af virksomheder, der er omfattet af bekendtgørelsens regler. Det bemærkes i den forbindelse, at der ikke er hjemmel til at undtage virksomheder fra dokumentationskravet i forsyningslovene hovedbestemmelser om markedsmæssighed. Konsekvensen for disse – typisk mindre - virksomheder er, at disse mindre virksomheder ikke er omfattet af bekendtgørelsen. Se hertil nedenfor om anvendelsesområde.

ANVENDELSESOMRÅDE

Danske Advokater har anført, at afgrænsning af markedsmæssighedsbekendtgørelsens anvendelsesområde ikke er i overensstemmelse med forsyningslovene, hvorefter alle kollektive elforsyningsvirksomheder (lov om elforsyning), naturgasdistributions- og

skaber (lov om naturgasforsyning) og varmedistributionsvirksomheders (lov om varmedistributionsvirksomheder) aftaler er omfattet af kravet om markedsmæssighed.

Kommentar:

Bekendtgørelsen gælder alene for de nævnte virksomheders aftaler om realisering af energibesparelser.

Er en aftale eller en virksomhed ikke omfattet af bekendtgørelsen, vil virksomheden således være omfattet af forsyningslovenes bestemmelser, men ikke bekendtgørelsens regler.

Forsyningstilsynet finder på den baggrund ikke som foreslået af Danske Advokater anledning til at præcisere, at forsyningslovene gælder for alle kollektive elforsyningsvirksomheders (lov om elforsyning), naturgasdistributionsselskabers (lov om naturgasforsyning) og varmedistributionsvirksomheders (lov om varmedistributionsvirksomheder) aftaler med alle typer af virksomheder, der ikke er omfattet af bekendtgørelsens regler, da det uden yderligere allerede følger af legalitetsprincippet.

Dansk Energi, Dansk Fjernvarme og Danske Advokater har anført en række bemærkninger til bekendtgørelsesudkastets § 1, stk. 3, hvorved det fastsættes, hvad der efter bekendtgørelsen forstås ved forbundne foretagender.

Kommentar:

Det følger af den foreslåede definition i § 1, stk. 3, at en net- eller distributionsvirksomheden anses for forbundet med et foretagende, når net- og distributionsvirksomheden deltager i ledelse, kontrol eller kapital i dette foretagende.

Den foreslåede formulering og afgrænsning svarer til OECD-guidelines angivelse af, hvornår foretagender skal anses for forbundne.

Høringssvarene afspejler imidlertid en fortolkningstvivl vedrørende bestemmelsens indhold, som gør, at Forsyningstilsynet finder anledning til at imødekomme denne fortolkningstvivl ved at uddybe og præcisere bestemmelsen. Det foreslås derfor at nyaffatte den foreslåede bestemmelse som en ny § 2.

Forsyningstilsynet bemærker, at der ikke er tale om en egentlig materiel ændring, men en uddybning og præcisering af den tidligere foreslåede formulering. Elnetselskaber vil derfor fortsat være omfattet af bekendtgørelsens angivelse af forbundne foretagender, idet denne svarer til OECD-Guidelines angivelser heraf.

Samtidig foreslås undtagelsesbestemmelsen i den foreslåede § 1, stk. 2, udvidet, således, at bekendtgørelsen ikke finder anvendelse for aftaler mellem uafhængige samt ikke-koncernforbundne elnetvirksomheder, gasdistributionsselskaber og varmedistributionsvirksomheder, som direkte eller indirekte ejer mindre end fem procent af kapitalandelene i medkontrahenten, og som årligt har et energisparemål på mindre end to gigawatt for hvert af de reguleringsår, som aftalen omfatter.

Herved afspejler bekendtgørelsens anvendelsesområde den forudsætning, der følger af forarbejderne i både lov om elforsyning og lov om naturgasforsyning samt udtrykke-

ligt af lov om varmforsyning, og som angiver, at Forsyningstilsynet primært forudsættes at føre tilsyn med væsentlig aftaler. Sådanne - typisk mindre - virksomheder vil således være omfattet af forsyningslovenes almindelige krav om aftalers markedsmæssighed.

Danske Advokater har endelig anført i sit høringssvar bl.a.:

I ligningslovens § 2 og skattekontrollovens (lov nr. 1535 af 19. december 2017, som træder i kraft den 1. januar 2019) § 37 anvendes bl.a. begrebet "koncernforbundet". Forsyningslovene anvender også generelt begrebet "koncernforbundne virksomheder", se herunder elforsyningslovens § 46, stk. 1, naturgasforsyningsloven § 28 c, stk. 1, og varmforsyningsloven § 28 b, stk. 4.

Det forhold, at markedsmæssighedsbekendtgørelsen som et nyt begreb introducerer "forbundne foretagender", som ifølge afsnit 2.4 i markedsmæssighedsvejledninger går længere end kontrolbegrebet i skattelovgivningen, og som heller ikke følger af forsyningslovene, rejser således efter Danske Advokaters opfattelse spørgsmål om overholdelse af legalitetsprincippet og skaber ikke en klar og forudberegnelig ordning som tilsigtet med reglerne.

Hertil kommer, at beskrivelsen af anvendelsesområdet for "forbundne foretagender" i udkastet til vejledning ikke er afspejlet i ordlyden i § 1, stk. 2, jf. stk. 3, i udkastet til bekendtgørelse, samt at det ud fra beskrivelsen i udkastet til vejledning er vanskeligt at gennemskue, hvilke situationer der vil være omfattet af anvendelsesområdet for "forbundne foretagender". Der er efter Danske Advokaters opfattelse ikke sikret tilstrækkelig gennemsigthed i anvendelsen af reglerne.

Kommentar:

Som ovenfor nævnt finder Forsyningstilsynet, at den angivne fortolkningstvivel, der knytter sig til høringsudkastets regler om bekendtgørelsens anvendelsesområde, bør imødekommes.

Forsyningstilsynet skal dog bemærke, at alle net- og distributionsvirksomheder er omfattet af kravet om markedsmæssighed – uanset størrelse. Det bemærkes endvidere, at forsyningslovenes bestemmelser om markedsmæssighed supplerer den prisregulering, som net- og distributionsvirksomhederne, der er naturlige monopoler, er underlagt. Hovedformålet med forsyningslovenes regler om markedsmæssighed er at sikre, at net- og distributionsvirksomhederne ikke omgår prisreguleringen, herunder ved krydssubsidiering af selskaber, som net- og distributionsvirksomheder indgår i selskabsstrukturer med –enten ved deltagelse i ledelsen, ejerskab af kapitalandele i et selskab eller egentlig kontrol, se hertil om "forbundne foretagender" (associated enterprises) s. 17, i TP-Guidelines. Der eksisterer på forsyningsområdet således en række interessefællesskaber og regulatoriske forudsætninger, som indebærer en risiko for, at aftaler inden for sådanne interessefællesskaber ikke bliver indgået på markedsmæssige vilkår.

Forsyningstilsynet finder således, at bekendtgørelsen også på dette punkt både er i overensstemmelse med ordlyden, lovgivers forudsætninger om, at bemyndigelsen

med bekendtgørelsesudkastet udnyttes inden for rammerne af TP-guidelines samt de i forsyningslovgivningen udtrykkeligt angivne formål.

TP-DOKUMENTATIONSPLIGTIGE NET- OG DISTRIBUTIONSVIRKSOMHEDER

Dansk Energis høringssvar vedrørende høringsudkastets § 2 (nu § 3), der indeholder krav til dokumentation for net- og distributionsvirksomheder, der er omfattet af TP-bekendtgørelsen, er sålydende:

Dansk Energi bemærker, at bekendtgørelsens § 2 giver selskaber mulighed for at løfte dokumentationsforpligtelsen ved at fremsende den dokumentation, som selskabet har udarbejdet i henhold til bekendtgørelse om dokumentation af prisfastsættelse af kontrollerede transaktioner men så alligevel ikke idet den indsendte dokumentation skal leve op til bilag 2, som stiller yderligere krav end TP-reguleringen.

Dansk Energi finder det uhensigtsmæssigt, at der på denne måde skabes uklarhed om hvad selskabet rent faktisk skal leve op til. Dansk Energi skal derfor anbefale, at bestemmelsen ændres, således at der gives selskaber mulighed for at undgå dobbelt-administration, idet de kan efterleve dokumentationsforpligtelsen i nærværende bekendtgørelse ved fremsendelse af den dokumentation, der alligevel skal opfyldes i henhold til reguleringen og den førnævnte bekendtgørelse fra skatteområdet.

Kommentar:

Bekendtgørelsesudkastets krav om, at TP-dokumentationen indholdsmæssigt skal opfylde kravene i bilag 2, skyldes, at selskabets TP-dokumentation ofte vil vedrøre en flerhed af transaktioner, herunder forskellige typer af aftaler.

Forsyningslovene vedrører derimod den enkelte konkrete aftales markedsmæssighed. I det tilfælde, at TP-dokumentationen omfatter en flerhed af aftaler, indebærer høringsudkastets § 2 (nu § 3) således, at dokumentationen for den konkrete aftale om realisering af energibesparelser lever op til de indholdsmæssige krav i bilag 2.

Hermed vil kravet i forsyningslovene om, at den fremsendte dokumentation skal kunne danne grundlag for en vurdering af aftalens markedsmæssighed, være opfyldt.

RETSVIRKNINGER HVIS VIRKSOMHEDEN IKKE KAN DOKUMENTERE MARKEDSMÆSSIGHEDEN AF AFTALEN

Dansk Energi har anført en række bemærkninger om bekendtgørelsens bestemmelser, der vedrører spørgsmålet om, hvilke retsvirkninger der kan indtræde, hvis virksomheden ikke kan dokumentere aftalens markedsmæssighed.

Dansk Energi's høringssvar vedrørende dette spørgsmål lyder:

Lovbemærkningerne til § 46, stk. 3, lyder: "... Ministeren kan herunder f.eks. fastsætte regler om, at kostpris plus avancemetoden med angivelse af bestemte kvantitative angivelser eventuelt i kombination med en eller flere andre metoder finder anvendelse, såfremt virksomhedens dokumentation ikke godtgør, at aftalen er indgået på markedsmæssige vilkår. Kostpris plusavancemetoden indebærer, at der ved vurderingen af armslængdeprisen tages udgangspunkt i de omkostninger, som en leverandør af varer eller tjenesteydelser har afholdt i forbindelse med en koncerntern eller koncernternforbunden transaktion. Et passende procenttilæg, der svarer til avancen ved sammen-

lignelige uafhængige transaktioner, lægges til disse omkostninger, og omkostninger og procenttillægget udgør tilsammen en pris, der lever op til armslængdeprincippet.” (Vores fremhævning).

Med denne formulering i lovbemærkningerne slås det fast, at ministeren forventes at fastsætte regler om, at skønnet afskæres eller begrænses til nærmere bestemte kvantitative metoder – og altså ikke til de faktiske omkostninger alene.

§ 7 er således en afskæring af skønnet i det tilfælde, hvor Forsyningstilsynet har forsøgt skønmæssigt at fastsætte den markedsmæssige pris, men ikke er lykkedes. Det ”skøn under regel”, der er hjemmel til at lave efter stk. 3, skal holde sig inden for det i bemærkningerne beskrevne, der netop ikke efterlader rum til, at der kan fastsætte en kostpris uden avance. Lovbemærkningerne henviser til kostpris plus avancemetoden.

I tilknytning til OECD’s guidelines for transfer pricing er der angivet en reference-avance for alle ”low value-adding” services, dvs. almene ydelser, som handles, men kun tilfører køber lav værdi. Reference-avancen er angivet til 5 %. I Forsyningstilsynets vurdering af en markedsmæssig pris bør det heraf følge, at selv ydelser, som tilfører lav værdi, skal tillægges en avance på 5 %. Hvis der tillægges mindre end dette, skal det godtgøres, at der tilføres mindre end ”lav værdi” i transaktionen, og hvis der ikke tillægges en avance, at der alene være tale om en viderefakturering. Modsat hvis det kan godtgøres at der tilført mere end ”lav værdi” i transaktionen, skal der tillægges en højere avance end 5 %.

Der bør således i § 7 indsættes en direkte henvisning til vurdering af værdibidrag og OECD’s reference-avance på 5 % som et fast referencepunkt. Herfra vil der således skulle skaleres afhængig af værdibidraget i den konkrete aftale, således at ”low value-adding” services tillægges 5 % avance, services med højere værdibidrag tillægges en højere avance og services med lavere værdibidrag fx viderefakturering tillægges en lavere avance.

Ordene ”eventuelt” og ”mindre” bør således slettes i sidste sætning af § 7, og der skal i stedet indsættes henvisning til OECD referenceværdien og behovet for skalering af avancen afhængig af værdibidraget.

Dansk Fjernvarme har vedrørende dette spørgsmål i sit hørings svar anført:

I § 7 lægges op til at de omkostninger der indgår i den økonomiske regulering af virksomheden kan sættes til de faktisk afholdte dokumenterede omkostninger, eventuelt tillagt et mindre avancetillæg. Da en markedspris kun i helt særlige tilfælde ikke indeholder et avancetillæg, mener Dansk Fjernvarme at ordene ”eventuelt” og ”mindre” bør udelades, og henholder os til tidligere fælles forståelse på området, hvor omkostninger ikke underkendes så længe de er afholdt i god tro.

Dansk Fjernvarme ønsker desuden at stille spørgsmålstejn ved forløbet i de tilfælde, hvor det ikke er muligt at få adgang til leverandørens faktisk afholdte dokumenterede omkostninger, når selskabet ikke yder bestemmende indflydelse over leverandøren. Selskabet vil da kun kunne dokumentere deres afholdte omkostning som en totalpris. Vi ønsker naturligvis at sikre, at Forsyningstilsynet ikke opfatter dette som åbenbart utilstrækkelig dokumentation, der vil resultere i sanktion efter § 8. Dette mener vi er helt ude af proportioner.

Vedr. § 8 ønsker Dansk Fjernvarme at bemærke at 0 er en meget usædvanlig skønmæssig pris, som har meget lidt med markedsmæssige priser at gøre. Vi mener desuden at en problemstilling om helt udokumenterede omkostninger ikke bør falde under markedsmæssighedsbekendtgørelsens bestemmelser.

Dansk Fjernvarme bifalder, at det absolut ikke skal være uden konsekvenser ikke at overholde sine forpligtelser. Der henstilles blot til at ingen selskaber utilsigtet kan havne i en situation, hvor der sker en betydelig ændring af omkostningerne i reguleringsregnskabet, da det i sin yderste konsekvens kan betyde, at et fjernvarmeselskab risikerer konkurs.

Kommentar:

§ 46, stk. 3, i lov om elforsyning, der indeholder en bemyndigelse til at fastsætte regler om aftalers markedsmæssighed, blev indføjet ved lov nr. 704 af 8. juni 2018. Samtidig blev lovens § 46, stk. 2, der indeholder hjemmel for Forsyningstilsynet til at træffe afgørelse om den pris, der skal indgå i den økonomiske regulering af virksomheden, hvis dokumentationen ikke godtgør, at aftalen er markedsmæssig.

Bemyndigelsesbestemmelsen i § 46, stk. 3, i lov om elforsyning må nødvendigvis fortolkes i overensstemmelse med denne hjemmelsbestemmelse.

§ 46, stk. 2 og 3, i lov om elforsyning lyder:

*Stk. 2. De af stk. 1 omfattede aftaler skal foreligge i skriftlig form på aftaletidspunktet. Kollektive elforsyningsvirksomheder skal udarbejde skriftlig dokumentation for, hvorledes priser og vilkår er fastsat. Dokumentationen skal kunne danne grundlag for en vurdering af prisernes og vilkårenes markedsmæssighed. Dokumentationen forelægges Forsyningstilsynet efter anmodning. **Hvis markedsmæssigheden af en aftale ikke findes godtgjort, kan Forsyningstilsynet skønsmæssigt fastsætte den markedsmæssige pris, jf. dog stk. 3. Den skønsmæssigt fastsatte pris eller den pris, Forsyningstilsynet fastsætter efter regler udstedt i medfør af stk. 3, vil blive lagt til grund for den økonomiske regulering af den kollektive elforsyningsvirksomhed.***

Stk. 3. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan fastsætte regler om vurdering af markedsmæssigheden og om fastsættelse af den markedsmæssige pris, herunder regler om metoder til fastsættelse af den markedsmæssige pris efter stk. 2, for de aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår for at opfylde forpligtelsen til at realisere dokumenterbare energibesparelser efter § 22, stk. 1, nr. 5, og for at opfylde regler udstedt i medfør af § 22, stk. 4.

[Forsyningstilsynets fremhævelser]

Bestemmelsen i § 46, stk. 2, 5. pkt., indebærer således, at Forsyningstilsynet er forpligtet til ved manglende dokumentation for markedsmæssighed at foretage en skønsmæssig vurdering heraf. Dette udgangspunkt kan fraviges, hvis der efter stk. 3 er fastsat regler, der f.eks. giver grundlag for helt eller delvist at afskære eller begrænse skønseudøvelsen, jf. § 46, stk. 2, 6. pkt.

Bestemmelsen der giver bemyndigelse til at fastsætte regler om markedsmæssighed blev ved lov nr. 704 af 8. juni 2018 indsat som § 2, nr. 7, i lov om naturgasforsyning og § 3, nr. 3, i lov om varmforsyning.

Af lovforslagets almindelige bemærkninger, jf. L 165, Folketingstidende 2017-18, tillæg A, s. 21-22, fremgår således:

Energi-, forsynings- og klimaministeren kan fastsætte regler om vurdering af markedsmæssigheden og om fastsættelse af den markedsmæssige pris, herunder regler om metoder til fastsættelse af den markedsmæssige pris efter stk. 2, for de aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår for at opfylde forpligtelsen til at realisere

re dokumenterbare energibesparelser efter § 22, stk. 1, nr. 5, og for at opfylde regler udstedt i medfør af § 22, stk. 4.

*En fremtidig ordning for Energitilsynets opgave med at vurdere markedsmæssigheden af aftaler på området for realisering af energispareforpligtelser bør på den ene side sikre en effektiv tilrettelæggelse og gennemførelse af tilsynsopgaven. På den anden side bør en fremtidig ordning tillige sikre forudberegneligheden af dels de krav, der stilles til virksomhederne, og dels krav til den pris der fastsættes, hvis Energitilsynet ikke finder det tilstrækkeligt godtgjort, at aftalen er indgået på markedsmæssige vilkår. Der bør således tilvejebringes en ordning, hvorefter der kan fastsættes regler om, hvilke kriterier, herunder kvantitative kriterier, og metoder, der skal lægges til grund ved fastsættelse af priser, **herunder regler der afskærer eller begrænser skønsudøvelsen, når Energitilsynet har vurderet, at det ikke er godtgjort, at aftalen er markedsmæssig.***

[Forsyningstilsynets fremhævnings]

Af lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser, jf. L 165, Folketingstidende 2017-18, tillæg A, s. 43-44, fremgår:

Ministeren forventes således at fastsætte regler om, at skønnet afskæres eller begrænses ved regler om anvendelse af bestemte kvantitative metoder. Ministeren kan herunder f.eks. fastsætte regler om, at kostpris plus avancemetoden med angivelse af bestemte kvantitative angivelser eventuelt i kombination med en eller flere andre metoder finder anvendelse, såfremt virksomhedens dokumentation ikke godtgør, at aftalen er indgået på markedsmæssige vilkår. Kostpris plus avancemetoden indebærer, at der ved vurderingen af armslængdeprisen tages udgangspunkt i de omkostninger, som en leverandør af varer eller tjenesteydelser har afholdt i forbindelse med en koncernintern eller koncernforbunden transaktion. Et passende procenttillæg, der svarer til avancen ved sammenlignelige uafhængige transaktioner, lægges til disse omkostninger, og omkostninger og procenttilægget udgør tilsammen en pris, der lever op til armslængdeprincippet.

[Forsyningstilsynets fremhævnings]

Bestemmelsen i f. eks. § 46, stk. 3, i lov om elforsyning er efter bestemmelsens forarbejder således fastsat med henblik på, at bemyndigelsen udnyttes til at fastsætte regler, der afskærer eller begrænser det forvaltningsretlige skøn i forbindelse med fastsættelse af den pris, der indgår i den økonomiske regulering af virksomheden.

Bekendtgørelsesudkastets § 7 regulerer det tilfælde, hvor den fremsendte dokumentation ikke kan danne grundlag for en skønsmæssige fastsættelse af den markedsmæssige pris. I så fald kan virksomheden få dækket de faktisk afholdte dokumenterede omkostninger evt. tillagt et mindre avancetillæg.

Bestemmelsen afspejler, at identificeringen af den kommercielle og økonomiske transaktion bør tage udgangspunkt i, hvad der i TP-guidelines, s.48-52, benævnes "actual conduct", dvs. at det er aftaleparternes faktiske adfærd i relation til aftalen, herunder

faktiske betalingsstrømme og dokumenterbare transaktioner i forbindelse med aftalen, der danner grundlag for vurderingen af, om armlængdeprincippet er overholdt.

Det bagvedliggende hensyn bag bekendtgørelsesudkastets § 7 er, at net- eller distributionsvirksomhedens omkostninger dækkes i det omfang at de faktisk afholdte omkostningerne kan henføres til aftalens forpligtelser, og at der ikke er medtaget omkostninger, som en uafhængig køber ikke vil betale for.

Efter reglen i bekendtgørelsens § 7 vil de dokumenterede faktiske omkostninger evt. kunne tillægges en mindre avance, som virksomheden altså ikke har kunnet dokumentere markedsmæssigheden efter f. eks. § 46, stk. 2, (bekendtgørelsens § 6). Forsyningstilsynet vil på sagligt grundlag kunne fastsætte en sådan mindre avance, der kan være kvantitativt fastsat.

Ifølge bekendtgørelsesudkastets § 8 (nu § 9), fastsætter Forsyningstilsynet den skønsmæssige pris, der indgår i den økonomiske regulering af virksomheden, til nu, hvis dokumentationen for en aftales markedsmæssighed, jf. § 3, er åbenbart utilstrækkelig, herunder at der ikke kan fremvises dokumentation for betalinger, som foretages i henhold til aftalen

Det er Forsyningstilsynets vurdering, at den foreslåede retsfølge forudsætter virksomhedernes meget grove tilsidesættelse af den dokumentationspligt, som de har ifølge forsyningslovene og udkast til bekendtgørelsen. Dette vil bl.a. være tilfældet, hvor virksomheden ikke fremsender dokumentation i form af faktura eller lignende eller på nogen anden måde kan dokumentere betalingsstrømme, som net- eller distributionsvirksomheden har foretaget og som kan identificeres som betaling for en given ydelse, der er omfattet af aftalen.

Det er tilsynets opfattelse, at det er muligt for alle net- og distributionsvirksomheder at løfte en sådan bevisbyrde. Alle net- og distributionsvirksomheder skal følge reglerne i bogføringsloven og på skatteområdet opbevare regnskabsmateriale, herunder bilag for omkostninger, der indgår i skatteregnskabet, i mindst 5 år.

Dertil kommer, at elnetvirksomheder ifølge § 69 c i lov om elforsyning er forpligtede til at opbevare regnskabsmateriale for regnskabsårene 2012-2017 frem til udgangen af 2023 og regnskabsmateriale for regnskabsårene 2018-2022 frem til udgangen af 2028.

Bestemmelsen skal endvidere ses i sammenhæng med formålet med reglerne om markedsmæssighed, der skal hindre omgåelse af den prisregulering, som net- og distributionsvirksomhederne er underlagt.

En sådan retstilstand, hvor Forsyningstilsynet ikke i sådanne tilfælde til nul, vil kunne indebære en stor risiko for, at net- eller distributionsvirksomheden kan opnå en uberettiget vinding ved, at virksomheden alligevel kan opkræve et skønsmæssigt fastsat beløb hos forbrugerne, der savner realiet, og for hvilken der er en stærk formodning for, at den ikke har været afholdt.

Endelig er bestemmelsen udtryk for, at det almindelige udgangspunkt i dansk ret, herunder på skatteområdet, er, at der er ligefrem bevisbyrde, hvilket vil sige, at den, der påstår at have et krav, skal godtgøre, at kravet består.

Forsyningstilsynet finder på baggrund af ovenstående, at bekendtgørelsesudkastets §§ 7 og 8 er i fuld overensstemmelse med hjemmelsgrundlaget.

STRAFSANKTION VED MANGLENDE OVERHOLDELSE AF SKRIFTLIGHEDSKRAVET PÅ AFTALETIDSPUNKTET

Dansk Energi anfører, at bekendtgørelsesudkastets § 11 hjemler en uproportional retsfølge, idet der kan pålægges bøder for tilsidesættelse af kravet om, at en indgået aftale ikke foreligger på aftaletidspunktet. Dansk Energi finder anledning til at erklære sig enig, at en skriftlig aftale skal foreligge, men at der bør gives mulighed for – inden for en frist – at kunne rette op på den manglende skriftlighed ved udstedelse af et påbud. Efterleves dette påbud ikke, vil der kunne pålægges bødestraf.

Kommentar:

Forsyningstilsynet finder, at der i forhold til opfyldelse af kravet om, at den konkrete aftale skal foreligge i skriftlig form på aftaletidspunktet ikke efterfølgende kan meddeles påbud om, at parterne skal opfylde kravet om skriftlighed på tidspunktet for den tidligere indgåede aftale. De pågældende virksomheder vil ikke kunne opfylde påbuddets krav, da der foreligger umulighed. Den af Dansk Energi foreslåede sanktion er således ikke mulig.

Dansk Fjernvarme har ligeledes anført, at bestemmelsen bør indeholde et varsel forud for en evt. bødestraf.

Kommentar:

Hertil bemærkes, at der i tilfælde af en virksomheds tilsidesættelse af skriftlighedskravet og forpligtelsen til at udarbejde bilag 1 på tidspunktet for indgåelse af aftale i forbindelse med oversendelse til anklagemyndigheden vil ske en samtidig underretning af den pågældende virksomhed om oversendelsen. Virksomheden har dog efter Forsyningstilsynets vurdering ikke mulighed for at rette for sig i relation til den pågældende overtrædelse, hvorfor forudgående varsel af anden karakter end tidligere omtalte orientering ikke er relevant.