



ENERGITILSYNET

Prisregulering for 2002 af de nærtstående forsyningspligtselskaber til Nordjysk Elhandel A/S

Dato: 31.10.2005 • Journalnr.: 3/1320-8901-0316

Resume Energitilsynet har truffet afgørelse om, at en række forsyningspligtige selskabers aftaler om indkøb af el hos handelsselskabet Nordjysk Elhandel A/S ikke er indgået på markedsbestemte vilkår. Prisforhøjelser kan som følge heraf ikke indregnes i de forsyningspligtige selskabers elpriser.

SEKRETARIATET FOR
ENERGITILSYNET

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

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

RESUMÉ

1. Energitilsynets sekretariats gennemgang af de forsyningspligtige elvirksomheders priser og overskud for 2002 har givet sekretariatet anledning til en nøjere gennemgang af forholdene i de forsyningspligtselskaber, der har indkøbt el hos elhandelsselskabet Nordjysk Elhandel A/S.
2. Tilsynet træffer i denne sag afgørelse om, hvilke elindkøbsomkostninger der kan indgå i Tilsynets efterfølgende prisgodkendelse af de seks forsyningspligtige selskaber med tilknytning til Nordjysk Elhandel A/S for 2002; AKE Forsyning A/S; BOE Forsyning A/S; Frederikshavn Forsyningspligt A/S; HHE Forsyning A/S; Sæby Forsyningspligt A/S og Nordthy Energi A/S.
3. Sagen vedrører således to forhold, der begge har relation til bestemmelserne i elforsyningsloven om, at aftaler skal indgås på markedsbestemte vilkår. For det første, hvorvidt de seks forsyningspligtige elselskabers accept i august 2002 af en prisforhøjelse af fastprisaftale med Nordjysk Elhandel A/S af april 2002 er i overensstemmelse med almindelig markedsadfærd, og for det andet, hvorvidt det porteføljeforvaltningshonorar, de seks forsyningspligtige selskaber betaler til Nordjysk Elhandel A/S, modsvarer markedsprisniveauet for sådanne porteføljeforvaltningsydelse.
4. I overensstemmelse med elforsyningslovens bestemmelser om, at aftaler skal indgås på markedsbestemte vilkår traf det daværende Elprisudvalg i 1999 afgørelse om, at markedet skal afsøges for alternative leverandører af porteføljemanagement, samt at en sådan afsøgning skal dokumenteres.

5. Denne sag blev 1. behandlet på tilsynsmødet den 27. juni 2005. Efterfølgende har notatet været sendt i partshøring, og Tilsynet har modtaget partshøringsindlæg fra HHE Forsyning A/S samt fra advokat Jørgen Holst på vegne af AKE Forsyning A/S; BOE Forsyning A/S; Frederikshavn Forsyningspligt A/S; Sæby Forsyningspligt A/S og Nordthy Energi A/S.

6. Det er sekretariatets vurdering, at de indkomne partshøringsindlæg ikke bidrager med væsentlige nye faktuelle oplysninger. Sekretariatet har således ikke fundet anledning til at ændre ved indstillingerne i forhold til indstillingerne jf. Tilsynets 1. behandling den 27. juni 2005.

7. I indlægget fra advokat Jørgen Holst er det bl.a. anført, at sagen ikke er tilstrækkeligt oplyst, at der skal kunne påvises en omgåelseshensigt for at en disposition kan være i strid med elforsyningsloven, samt at Tilsynet maksimalt kan foretage en prisregulering, der udgør det overskud, som de forsyningspligtige virksomheder har haft i det eller de regnskabsår, som evt. overtrædelser af elforsyningsloven kan henføres til. Sekretariatets bemærkninger hertil følger i notatets pkt. 144 ff., hvor det fremgår, at sekretariatet ikke er enig advokat Jørgen Holsts fortolkning af elforsyningsloven.

8. De seks forsyningspligtige selskaber og Nordjysk Elhandel A/S betragtes som nærtstående parter pga. sammenfaldet i ejerkredsen bag de pågældende selskaber. Ejerkredsen bag de syv forsyningspligtselskaber består af de respektive netselskaber, og ejerkredsen bag Nordjysk Elhandel A/S består af en kombination af de respektive netselskaber og andre til netselskaberne koncernforbunde selskaber. Derfor betegnes de seks forsyningspligtige selskaber, som denne sag vedrører, efterfølgende som "de nærtstående forsyningspligtselskaber".

9. Med virkning fra 1. maj 2003 udtrådte HHE Forsyning A/S af indkøbssamarbejdet i Nordjysk Elhandel A/S, bl.a. fordi virksomheden var af den opfattelse, at man kunne opnå mere konkurrencedygtige priser for porteføljemanagement fra andre leverandører. Dette har efterfølgende vist sig, at være en korrekt antagelse.

10. AKE Forsyning A/S; BOE Forsyning A/S; Frederikshavn Forsyningspligt A/S; HHE Forsyning A/S; Sæby Forsyningspligt A/S og Nordthy Energi A/S indkøbte i år 2002 el og porteføljeforvaltningsydelser via den nærtstående part, elhandelsselskabet Nordjysk Elhandel A/S, til brug for forsyningspligtselskabernes videresalg til (1) egne ordinære forsyningspligt-kunder og (2) kommercielle storkunder.

11. De nærtstående forsyningspligtselskaber indgår/indkøber i december 2001 og april 2002 to fastprisaf-taler vedr. ellevering med Nordjysk Elhandel A/S for perioden hhv. 1. januar til 30. april 2002 og 1. maj til 31. december 2002.

12. I august 2002 fremsender Nordjysk Elhandel A/S brev til de nærtstående forsyningspligtselskaber om, at prisen på fastprisaf-talen af april 2002, der alene vedrører ordinære forsyningspligt-kunder, hæves med xx DKK/MWh grundet stigende valuta- og elpriser. Endvidere skærpes betalingsvilkårene fra fakturering én gang til fakturering to gange månedligt, hvilket er til yderligere ulempe for de nærtstående forsyningspligtselskaber og disses ordinære forsyningspligt-kunder.

13. Denne prisstigning accepterer de nærtstående forsyningspligtselskaber. Det betyder, alt andet lige, at slutbrugerprisen til de ordinære forsyningspligt-kunder stiger.

14. Formålet med indgåelse af fastprisaftaler er imidlertid netop at sikre sig imod stigende valuta- og elpriser. Når der endvidere henses til, at de nærtstående forsyningspligtselskaber ikke har dokumenteret at have gjort indsigelse over for Nordjysk Elhandel A/S i anledning af prisforhøjelsen og de skærpede betalingsvilkår, er det sekretariatets opfattelse, at selskaberne herved ikke har handlet på markedsbestemte vilkår.

15. At prisforhøjelsen ikke er sket på markedsbestemte vilkår understøttes endvidere af, at Nordjysk Elhandel A/S ikke tilsvarende har hævet priserne over for de nærtstående forsyningspligtselskabers kommercielle storkunder, uagtet, at de nærtstående forsyningspligtselskabers elindkøbsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S til brug for kommercielle storkunder er indgået på stort set samme aftalevilkår, som det er tilfældet for elindkøbet til brug for de nærtstående forsyningspligtselskabers salg til ordinære forsyningspligt-kunder.

16. De nærtstående forsyningspligtselskaber har forklaret, at begrundelsen for at acceptere prisforhøjelsen var, at *"det næppe ville være uberettiget for de forsyningspligtige selskaber at acceptere rent kommercielt at bære det samlede tab ved prisforhøjelsen i lyset af, at den faste samarbejdspartner, Nordjysk Elhandel, kort forinden selv har båret to tab, der til sammen er væsentligt større"*.

17. Sidstnævnte to tab båret af Nordjysk Elhandel A/S vedrører, jf. de nærtstående forsyningspligtselskabers forklaring, tab på ni elhandelskontrakter, der i to omgange alternativt skulle have været afholdt af de nærtstående forsyningspligtselskaber og ikke af Nordjysk Elhandel A/S.

18. Af Nordjysk Elhandel A/S' brev af 8. august 2002, hvorved priserne blev hævet, er begrundelsen imidlertid oplyst at være stigende profiltillæg, områdepriser (CfD) og valutakurser og ikke, at selskabet ca. 7 måneder tidligere havde dækket et tab på elhandelskontrakter. Brevet indeholder ingen begrundelse for de skærpede betalingsvilkår.

19. Hverken Nordjysk Elhandel A/S eller de nærtstående forsyningspligtselskaber har kunnet dokumentere påstanden om, at Nordjysk Elhandel A/S tidligere skulle have dækket tab på vegne af de nærtstående forsyningspligtselskaber.

20. Det fremgår af bestyrelsesreferater i Nordjysk Elhandel A/S, at formålet med prisforhøjelsen i august 2002 bl.a. har været en forhøjelse af kapitalgrundlaget i Nordjysk Elhandel A/S.

21. Det fremgår endvidere ikke af de af selskaberne forelagte oplysninger, at de nærtstående forsyningspligtselskaber ville opnå økonomiske fordele for et tilsvarende beløb i det fremtidige samarbejde med Nordjysk Elhandel A/S ved at acceptere prisforhøjelsen i forhold til den situation, hvor de nærtstående forsyningspligtselskaber ikke accepterede prisforhøjelsen. Dette ses tillige af, at forvaltningspriserne inkl. profiltillæg til Nordjysk Elhandel A/S steg fra xx DKK/MWh i 2002 til xx DKK/MWh i 2003. Og det er foruden sekretariatets vurdering, at forvaltningspriserne i 2002 var højere, end hvad markedsbestemte vilkår tilsagde.

22. Det er således sekretariatets vurdering, at der ikke ligger kommercielle hensyn til grund for de nærtstående forsyningspligtselskabers accept af prisforhøjelsen på fastprisaftalen med Nordjysk Elhandel A/S.

23. Det er endvidere sekretariatets opfattelse, at der ved vurderingen af, om aftaler er indgået på markedsbestemte vilkår, som udgangspunkt alene skal tages hensyn til de enkelte aftaler og ikke til om kontraktparten inden for et kortere eller længere tidsrum også har foretaget andre dispositioner, som ikke er sket på markedsbestemte vilkår, f.eks. per kulance dækket tab.

24. For så vidt angår porteføljeforvaltningshonorarerne er det sekretariatets opfattelse, at aftalerne herom heller ikke er indgået på markedsbestemte vilkår. Det vurderes således, at disse honorarer som udgjorde xx DKK/MWh var væsentligt højere, end hvad markedsbestemte vilkår tilsagde, når der sammenlignes med priser på ikke over 5,00 DKK/MWh for tilsvarende ydelser mellem uafhængige parter.

25. De nærtstående forsyningspligtselskaber har ikke som forudsat i elforsyningsloven, og som det tillige fremgår af en tidligere afgørelse fra Energitilsynet (det daværende Elprisudvalg) fra 1999, afsøgt markedet for alternative leverandører af porteføljemanagement, og dermed ikke været i stand til at dokumentere over for Energitilsynet, at de købte forvaltningsydelser fra Nordjysk Elhandel A/S skulle afspejle markedsbestemte vilkår.

26. Det er derfor sekretariatets vurdering, at Nordjysk Elhandel A/S dels har solgt el til væsentligt lavere priser til de nærtstående forsyningspligtselskabers kommercielle storkunder i 2002 og dels har solgt porteføljemanagementydelser til uafhængige parter i 2004-05 til væsentligt lavere priser.

27. Uanset årsagen eller årsagssammenhængen bag Nordjysk Elhandels prisforhøjelser på fastprisaftalerne med de nærtstående forsyningspligtselskaber og disses efterfølgende accept af prisforhøjelserne, kan det forhold, at forsyningspligtselskaberne accepterer en sådan prisforhøjelse ikke betegnes som værende foreneligt med elforsyningslovens forudsætninger om effektiv drift, herunder særligt med bestemmelsen om, at aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår, skal indgås på markedsbestemte vilkår. Det kan efter sekretariatets opfattelse ikke udledes hverken af ordlyden af elforsyningsloven eller af forarbejderne hertil, at det har betydning for vurderingen af, om aftaler er indgået på markedsbestemte vilkår, om kontraktparterne har haft til hensigt at omgå elforsyningslovens prisbestemmelser eller ej.

28. Det er derfor sekretariatets samlede vurdering, at de nærtstående forsyningspligtselskabers accept af prisforhøjelsen og de skærpede betalingsvilkår i august 2002, samt prissætningen af forvaltningsaftalerne vedr. 2002 ikke var i overensstemmelse med markedsbestemte vilkår

29. Endvidere må de seks forsyningspligtselskabers accept af en prisforhøjelse på fastprisaftaler generelt betegnes som værende uforeneligt med effektiv drift af forsyningspligtselskaberne uanset deres tilknytning til Nordjysk Elhandel A/S. Det er således ikke - isoleret set - det forhold, at der eksisterer ejermæssige bånd mellem de seks forsyningspligtige selskaber og Nordjysk Elhandel A/S, der er væsentligt for vurderingen af denne sag. Dette forhold styrker dog en formodning om, at interessesammenfaldet mellem de pågældende forsyningspligtselskaber og Nordjysk Elhandel A/S, kan have været en medvirkende årsag til forsyningspligtselskabernes ineffektive markedsadfærd.

30. De seks forsyningspligtige selskabernes meromkostninger ved de nævnte dispositioner kan derfor ikke indregnes som nødvendige omkostninger i de forsyningspligtige selskabers priser ifm. Tilsynets efterfølgende prisgodkendelse af de pågældende selskaber for 2002.

31. Ifølge notatets tabel 1 og 3 beløber den samlede opgørelse af disse meromkostninger pga. dispositioner, der ikke afspejler markedsbestemte vilkår, sig som udgangspunkt til 13 mio. DKK, svarende til ca. 25 DKK/MWh. Beløbet vil blive opgjort endeligt ifm. Tilsynets efterfølgende prisgodkendelse af de pågældende forsyningspligtige selskaber.

BESLUTNING

32. Energitilsynet besluttede,

- at de nærtstående forsyningspligtselskabers accept af Nordjysk Elhandel A/S allonge/tillægsaftale af august 2002 er en urimelig handling/disposition over for forbrugerne, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4, idet dispositionerne som opgjort i notatets tabel 1 ikke afspejler markedsbestemte vilkår, hvilket er i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4. Prisforhøjelsen kan derfor ikke indregnes som en nødvendig omkostning i de nærtstående forsyningspligtselskabers forsyningspligtpriser, jf. elforsyningslovens § 69.
- at de nærtstående forsyningspligtselskabers forvaltnings-/elhandelsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S for 2002 ikke afspejler markedsbestemte vilkår i overensstemmelse med elforsyningslovens § 46, stk. 4, og ikke kan anses som værende en rimelig disposition over for de nærtstående forsyningspligtselskabers forbrugere, hvilket er i strid med elforsyningslovens § 77, stk. 4. Meromkostningen ved disse dispositioner kan derfor ikke indregnes som en nødvendig omkostning i de nærtstående forsyningspligtselskabers forsyningspligtpriser, jf. elforsyningslovens § 69. Meromkostningen er som udgangspunkt opgjort til 13,50 DKK/MWh, jf. notatets tabel 3

SAGSFREMSTILLING

33. AKE Forsyning A/S; BOE Forsyning A/S; Frederikshavn Forsyningspligt A/S; HHE Forsyning A/S; Sæby Forsyningspligt A/S og Nordthy Energi A/S er forsyningspligtige elvirksomheder, der vedr. 2002 indkøbte el og porteføljeadministrationsydelse fra den nærtstående part, Nordjysk Elhandel A/S, til brug for forsyningspligtselskabernes videresalg til egne (1) ordinære forsyningspligt-kunder og (2) kommercielle storkunder.

34. Det fremgår af årsregnskabet for 2002 for Nordjysk Elhandel A/S, at følgende virksomheder ejer mere end 5% af virksomhedens aktiekapital: Aalborg Kommune, Elforsyningen, AKE Net; BOE Service A/S; Frederikshavn Forsyning A/S; An/S Han Herreds Elforsyning; Sæby Kommunale Elforsyning; og Thy Mors Energi A.m.b.a..

35. Tilsvarende ejes forsyningspligtselskaberne med tilknytning til Nordjysk Elhandel A/S af: Aalborg Kommune, Elforsyningen AKE Net; BOE Net A/S (koncernforbundet med BOE Service A/S); Frederikshavn Elnet A/S (ejet af Frederikshavn Forsyning A/S); An/S Han Herreds Elforsyning; Sæby Kommunale Elforsyning; og Thy Mors El-Net A/S (koncernforbundet med Thy Mors Energi A.m.b.a.).

36. Jf. **pkt. 33-35** oven for betragtes Nordjysk Elhandel A/S og de seks tilknyttede forsyningspligtselskaber som nærtstående parter pga. sammenfaldet i ejerkredsen bag de pågældende selskaber. Ejerkredsen bag de syv forsyningspligtselskaber består af de respektive netselskaber, og ejerkredsen bag Nordjysk Elhandel A/S består af en kombination af de respektive netselskaber og andre til netselskaberne koncernforbunde selskaber

37. Med virkning fra 1. maj 2003 udtrådte HHE Forsyning A/S af indkøbssamarbejdet i Nordjysk Elhandel A/S.

38. Bestyrelsen i Nordjysk Elhandel A/S bestod i 2002 af to medlemmer fra hvert ejerselskab.

39. Nordjysk Elhandel A/S havde i 2002 en bruttofortjeneste på 11,148 mio. DKK og et resultat før skat på 2,258 mio. DKK. Egenkapitalen udgjorde 44,409 mio. DKK ultimo 2002. Virksomhedens hovedaktivitet var i al væsentlighed udveksling af ydelser med de nærtstående forsyningspligtselskaber. To andre aktivitetsområder var elhandel og salg af el til egne slutkunder for egen regning og risiko.

PRISFORHØJELSER PÅ TIDLIGERE INDGÅEDE FASTPRISAFTALER FOR ELINDKØB

40. Alle seks nærtstående forsyningspligtselskaber indgår identiske elindkøbsaftaler til brug for deres ordinære forsyningspligt-kunder for år 2002 med Nordjysk Elhandel A/S.

41. De nærtstående forsyningspligtselskaber indgår/indkøber i december 2001 og april 2002 to fastprisaftaler vedr. elindkøb med Nordjysk Elhandel A/S for perioden 1. januar til 30. april 2002 og 1. maj til 31. december 2002. Disse to elindkøbsaftaler vedrører alene indkøb af el til de nærtstående forsyningspligtselskabers ordinære forsyningspligt-kunder, men de nærtstående forsyningspligtselskaber indgår foruden løbende elindkøbsaftaler til brug for egne kommercielle storkunder (specialtarifikunder).

42. I august 2002 fremsender Nordjysk Elhandel A/S brev dateret 8. august 2002 til de nærtstående forsyningspligtselskaber om, at prisen på fastprisaftalen af april 2002 hæves med 22 DKK/MWh med henvisning til fastprisaftalens hard ship-bestemmelse. Videre skærpes betalingsvilkårene til ulempe for de nærtstående forsyningspligtselskaber fra fakturering én gang til fakturering to gange månedligt.

43. I brevet af 8. august 2002 angives årsagen til prisforhøjelsen at være stigende valutakurs, områderisiko (CfD) og profiltillæg. Prisforhøjelsen sker i henhold til hard ship-bestemmelsen i den oprindelige elhandelsaftale af april 2002.

44. De nærtstående forsyningspligtselskaber oplyser efterfølgende, at prisforhøjelsen i august 2002 skal ses i lyset af, at Nordjysk Elhandel A/S tidligere har udvist imødekommethed over for de nærtstående forsyningspligtselskaber, idet Nordjysk Elhandel A/S den 25. februar 2002 skulle have dækket tab på ni elhandelskontrakter, der jf. det af selskaberne oplyste alternativt skulle have været afholdt af de nærtstående forsyningspligtselskaber og ikke Nordjysk Elhandel A/S.

45. Det er ikke dokumenteret, at de nærtstående forsyningspligtselskaber har gjort formel indsigelse over for prisforhøjelserne, eller at de nærtstående forsyningspligtselskaber i den sammenhæng eller tidligere har afsøgt markedet for konkurrerende tilbud for porteføljeforvaltning.

46. Et nærtstående forsyningspligtselskab, Nordthy Energi A/S, anmodede ad to omgange sin advokat om en vurdering af det juridiske grundlag for prisforhøjelsen.

47. Af advokatens første vurdering af 27. august 2002 fremgår det afslutningsvist, at *"ud fra det anførte bør den økonomiske regulering, som Nordjysk Elhandel A/S derfor har behov for som følge af stigninger i valutakurs- og områderisiko, ikke afdækkes gennem den forsyningspligtige virksomhed, Nordthy Energi A/S"*.

48. Efterfølgende oplyser Nordthy Energi A/S advokaten om, at Nordjysk Elhandel A/S i februar 2002 skulle have dækket tab på elhandelskontrakter på xx mio. DKK på vegne af de nærtstående forsyningspligtselskaber.

49. På den baggrund vurderer Nordthy Energi A/S advokat den 9. september 2002 bl.a., at "det kan også betragtes som en markedsrelateret disposition, hvis man agerer under hensyntagen til det samlede indtryk af et godt og længerevarende samarbejde [med Nordjysk Elhandel A/S] og derved i visse tilfælde er mere imødekommende over for en samarbejdspart, end man er forpligtet til. En sådan imødekommelse forudsætter selvsagt, at det kompetente organ (bestyrelsen) i det enkelte forsyningspligtige selskab beslutter sig for at optræde som skitseret". Det fremgår ikke, hvilke konkrete tilfælde, der her kan være tale om.

50. Nordthy Energi A/S accepterede den 18. august prisforhøjelsen af 8. august 2002.

51. Prisforhøjelsen i august 2002 var på ca. xx DKK/MWh for perioden 1. juli 2002 til og med 31. december 2002. Det fremgår af tabel 1, der bygger på budgettal for virksomhedernes afsætning, at prisforhøjelsen andrager ca. xx mio. DKK. Grant Thornton opgør prisforhøjelsen til xx mio. DKK på side 9 i sit notat.

TABEL 1: MEROMKOSTNINGER SOM FØLGE AF PRISFORHØJELSEN I AUGUST 2002

Forsyningspligt virksomhed	MWh i perioden	Økonomisk værdi i DKK
AKE Forsyning A/S		
BOE Forsyning A/S		
Frederikshavn Forsyningspligt A/S		
HHE Forsyning A/S		
Sæby Forsyningspligt A/S		
Nordthy Energi A/S		
I alt		

Anm.: Afsatte mængder i perioden 1. juli 2002 til 31. december 2002 er de budgetterede mængder, der fremgår af bilag til de nærtstående forsyningspligtselskabers elindkøbskontrakt for perioden. Den økonomiske værdi er mængde multipliceret med 22 DKK/MWh

Kilde: De nærtstående forsyningspligtselskabers anmeldelseskemaer for 2002, samt årsregnskaber for 2002.

52. De nærtstående forsyningspligtselskaber har endvidere indgået lignende elindkøbsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S til brug for de nærtstående forsyningspligtselskabers videresalg til større kommercielle slutkunder. Disse aftaler har en identisk "hard-ship bestemmelse" i aftalernes pkt. 11, der ikke har fundet tilsvarende anvendelse.

DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGTSSELSKABERS PORTEFØLJEFORVALTNINGS-AFTALE MED NORDJYSK ELHANDEL A/S

53. I brev af 16. februar 2004 og dettes bilag 8 til sekretariatet fremviser de nærtstående forsyningspligtselskaber og Nordjysk Elhandel A/S en kalkulation over de nærtstående forsyningspligtselskabers forvaltningspriser fra Nordjysk Elhandel A/S i 2002. I de nærtstående forsyningspligtselskabers brev af 6. oktober 2003 til Energitilsynet opgøres prisen for forvaltning for 2003. Forvaltningspriserne for 2004 blev tillige drøftet på et møde med sekretariatet den 19. november 2003, og sekretariatet gjorde udtrykkeligt opmærksom på, at de nærtstående forsyningspligtselskaber skulle afsøge markedet for alternative leverandører/porteføljeforvaltere.

54. Priserne for forvaltning er efter det af selskaberne oplyste i al væsentlighed, baseret på omkostningskalkuler, og de nærtstående forsyningspligtselskaber har ikke dokumenteret at have afsøgt markedet for alternative leverandører af sådanne ydelser. Kun HHE Forsyning A/S har i forbindelse med sin udtræden af indkøbs-samarbejdet i Nordjysk Elhandel A/S medio 2003 afsøgt markedet for alternative leverandører af porteføljeforvaltningsydelser.

55. Der er i forvaltningsaftalerne ingen dokumentation for, at de ydelser, der leveres af Nordjysk Elhandel A/S afviger fra standardmæssige forvaltningsydelser.

56. Sekretariatet er tillige i besiddelse af to porteføljeaftaler for hhv. 2004 og 2005 mellem Nordjysk Elhandel A/S og to uafhængig tredjeparter indgået hhv. den 8. oktober 2004 og 9. december 2003. Forvaltningsaftalen af 9. december 2003 vedrører Nordjysk Elhandel A/S salg af finansielle ydelser som "analyse og rådgivning", finansielle handler og udarbejdelse af priser til kundens egne kommercielle kunder, mens den anden forvaltningsaftale af 8. oktober 2004 tillige indeholder fysiske ydelser i forbindelse med balancehåndtering og køb/slag af elspot. Ses forvaltningsaftalen af 9. december 2003 fx i sammenhæng med elindkøbsaftalen mellem xx og xx af 12. december 2003, fås et sammenligneligt udtryk for indholdet af og prisen på markedsbestemte forvaltningsydelser.

VÆSENTLIGSTE REDEGØRELSER FRA DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGT-SELSKABER

57. En række redegørelser fra de nærtstående forsyningspligtselskaber af hhv. 13. januar 2004 vedr. "Redegørelse for samhandel imellem Nordjysk Elhandel og ejerkredsens forsyningspligtselskaber", 13. februar 2004 vedr. "De fem Nordjyske forsyningspligtselskaber og deres indkøbsselskab Nordjysk Elhandel", 16. februar 2004 vedr. "Deres mail af 13. februar 2004 vigtigt oplysninger til Energitilsynet" inkl. kopier af bestyrelsesprotokollater vedr. 2002, samt 12. marts 2004 vedr. "Deres mail af 27. februar 2004 - Energitilsynet skal anmode om oplysninger" er vedlagt notatet som bilag.

58. Efterfølgende har notatet været sendt i partshøring, og Tilsynet har modtaget partshøringsindlæg fra HHE Forsyning A/S samt fra advokat Jørgen Holst på vegne af AKE Forsyning A/S; BOE Forsyning A/S; Frederikshavn Forsyningspligt A/S; Sæby Forsyningspligt A/S og Nordthy Energi A/S.

59. Det er sekretariatets opfattelse, at de nævnte partshøringsindlæg ikke bidrager med nye faktuelle oplysninger til sagen. Særligt er hovedvægten i indlægget fra advokat Jørgen Holst lagt på principielle påstande vedr. det retlige grundlag for Tilsynets efterfølgende prisgodkendelse af de forsyningspligtige selskaber, jf. EfL § 72, og ikke på oplysninger, der i væsentlighed bidrager til sagens yderligere faktuelle oplysning. Dette indlæg adresseres yderligere i **pkt. 144 ff.**

60. Indlægget fra HHE Forsyning A/S understøtter sekretariatets vurdering af, at prisen på ydelserne leveret af Nordjysk Elhandel A/S til de nærtstående forsyningspligtige selskaber i 2002 ikke afspejler markedsbestemte vilkår.

BEGRUNDELSE**LOVGRUNDLAG VEDR. MARKEDSBESTEMTE VILKÅR**

61. Nedenfor er lovgrundlaget, jf. lov nr. 375 af 2. juni 1999, om markedsbestemte vilkår gennemgået.

62. I EfL § 46, stk. 4 står, at *"aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår"*. Det fremgår af bestemmelsens bemærkninger, at den har *"til formål at sikre, at værdierne i de kollektive virksomheder alene anvendes i overensstemmelse med lovens prisbestemmelser og at hindre omgåelse af disse bestemmelser. Bestemmelsen i stk. 3 [stk. 4 i den vedtagne lov] skal navnlig hindre, at de kollektive elforsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller ved at sælge for billigt overfører midler imellem koncernforbundne virksomheder, hvilket vil stride mod lovens intentioner"*.

63. Elforsyningslovens udgangspunkt er, at kollektive elforsyningsvirksomheder kan indregne alle såkaldte "nødvendige omkostninger" i virksomhedernes salgspriser, jf. EfL §§ 69 og 71. Af bemærkningerne til § 69 fremgår det, at reguleringen gælder prisfastsættelse i alle led.

64. Begrebet "nødvendige omkostninger" præciseres i EfL § 71, hvor det står, at ved "nødvendige omkostninger" forstås omkostninger, som virksomheden afholder ud fra driftsøkonomiske overvejelser med henblik på at opretholde en effektiv drift.

65. Det er derfor vurderingen, at omkostninger, der er højere end markedsbestemte vilkår, ikke kan siges at være "nødvendige omkostninger". Sådanne ikke "nødvendige omkostninger" kan således ikke indregnes i de kollektive elvirksomheders priser.

66. Af EfL § 72, stk. 1, fremgår, at de forsyningspligtige virksomheder kan indregne et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger. Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000 vedrørende prisregulering af forsyningspligtige elvirksomheder angiver Energitilsynets udgangspunkt for den måde, hvorpå virksomhederne prisreguleres.

67. Det vurderes, at EfL § 46, stk. 4, hvor der står at aftaler *skal* indgås på markedsbestemte vilkår, skal forstås sådan, at virksomhederne kun kan indregne omkostninger i salgspriserne, i det omfang omkostningerne afspejler markedsbestemte vilkår. Dette sikrer, at virksomhederne ikke kan omgå lovens intentioner og derved for koncernen som helhed opnå et overskud, som er urimeligt højt, hvilket er i strid med EfL § 72, stk. 1.

68. Det fremgår tillige af bemærkningerne til EfL § 72, stk. 1, at *"det forudsættes at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler"*. Endvidere henviser bestemmelsen til de almindelige bemærkninger pkt. i), hvor der står, at overskuddet vil afhænge af virksomhedens effektivitet *"sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Formålet hermed er at tvinge fortjenesten ned, hvis virksomheden opkræver for høje priser og således beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx et elhandelsselskab eller elproduktionsselskab under samme ejer"*.

69. Det bemærkes, at det fremgår af EfL § 46, stk. 4, at aftaler *skal* indgås på *markedsbestemte vilkår*. Det er derfor også vurderingen, at priser baseret på omkostninger (kostpriser) ikke afspejler markedsbestemte vilkår, hvis kostprisen er højere end markedsprisen for en tilsvarende ydelse.

70. Det vurderes således, at virksomhederne med jævne mellemrum skal afsøge markedet for alternative leverandører af ydelser og bl.a. derved sikre, at prisen for koncerninterne ydelser til stadighed afspejler markedsbestemte vilkår. At afsøge markedet for alternative leverandører af væsentlige ydelser er således, alt andet lige, et væsentligt element i forståelsen af effektivitet hos virksomhederne.

71. Energitilsynet (det daværende Elprisudvalg) traf den 25. oktober 1999 den afgørelse[1], at *"princippet om indregning af nødvendige udgifter efter gennemførelsen af lov nr. 486 indebærer, at distributionsselskaberne må undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til de lavest mulige omkostninger, og over for Udvalget godtgøre en sådan undersøgelse samt sandsynliggøre, at omkostningerne herved lå under de alternative tilbud"*.

72. Elforsyningsloven må således ses som udtryk for, at særligt kollektivt regulerede selskaber bør udvise omhu med, at priser for ydelser, der udveksles med koncernforbundne kommercielle virksomheder, afspejler markedsbestemte vilkår. Kollektive elforsyningsvirksomheder varetager en særlig samfundsopgave over for forbrugere, der enten ikke kan vælge anden leverandør, eller som ikke har et økonomisk incitament af betydning til aktivt at vælge anden leverandør. Det bemærkes, at elkunder med et årsforbrug under 1 GWh/år ikke havde direkte markedsadgang i 2002.

NORDJYSK ELHANDEL A/S PRISFORHØJELSE OVER FOR DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGTSELSKABER

73. De nærtstående forsyningspligtselskaber har indgået to elindkøbsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S af december 2001 og april 2002. Af disse fremgår en specifik leveringsperiode hhv. 1. januar til 30. april 2002 samt 1. maj 2002 til 31. december 2002 med mængdeangivelse i givne MWh, og i aftalernes pkt. 4 står, at *"prisen er fastsat til hhv. xx og xx øre/kWh an leveringssted uden tidsdifferentiering for hele kontraktperioden og eksklusiv balanceenergi"*.

74. På Nordjysk Elhandel A/S hjemmeside fremgår definitionen af en "fastprisaf-tale" som *"afregning til fast pris pr. kWh i en bestemt periode og at med en fast pris aftale er prisen fast i den periode aftalen løber over"*. En formulering som, at *"prisen er fastsat til xx/xx øre/kWh"* må således opfattes som netop en fastprisaf-tale, der skal afregnes til den faste pris i hele leveringsperioden i overensstemmelse med almindelige markedsbestemte vilkår, jf. fx definitionen, som fremgår af Nordjysk Elhandel A/S hjemmeside,

75. Derfor vurderes det ikke at være i overensstemmelse med Efl § 46, stk. 4, når de nærtstående forsyningspligtselskaber accepterer, at Nordjysk Elhandel A/S i allonge/tillægsaftale af 8. august 2002 forhøjer aftaleprisen til ulempe for de nærtstående forsyningspligtselskaber og disses ordinære forsyningspligt-kunder pga. stigende profiltillæg, el- og valutapriser.

76. I brev af 8. august 2002 opjusteres aftaleprisen med xx DKK/MWh for perio-den 1. juli 2002 til 31. december 2002 med henvisning til den oprindelige aftales "hard-ship bestemmelse", der foreskriver, at *"hvis forholdene ændrer sig, således at kontraktens bestemmelser findes åbenlyst urimelige, kan hver af parterne kræve forhandlinger optaget om ændringer med henblik på at genoprette balancen i kon-trakten. De ændrede forhold må være af en sådan art, at det kunne have haft be-tydning for prisfastsættelsen eller vilkårene for kontraktens indgåelse, såfremt forholdene da havde været kendt"*.

77. Årsagsforklaringen til opjusteringen af prisen gentages i de nærtstående forsyningspligtselskabers brev af 13. januar 2004 til Energitilsynet. Et svar, der med undtagelse af HHE Forsyning A/S, er tiltrådt af samtlige nærtstående forsyningspligtselskaber.

78. Det fremgår ikke af den oprindelige aftales pkt. 4, at fx stigende profiltillæg, el- og valutapriser kan overvælttes på prisen. Tilmed står i aftalernes pkt. 4, at *"de anførte priser er i dansk valuta"*, hvorfor en ændring/stigning i NOK/DKK ikke kan føre til en prisændring ihht. "hard-ship bestemmelsen".

79. Det fremgår af virksomhedernes årsregnskaber og af elleveringsaftalerne, at der er tale om handel mellem to professionelle aktører, der begge har som hoved-aktivitet, at købe og sælge el på bedst mulige vilkår. Af Nordjysk Elhandel A/S hjemmeside fremgår bl.a., at selskabet besidder den fornødne ekspertise til at håndtere pris- og mængdeudsving, ligesom det fremgår, at Nordjysk Elhandel A/S fastsætter en pris ud fra den aktuelle markedspris, samt kundens risiko- og for-brugsprofil.

80. I de nærtstående forsyningspligtselskabers pris på xx øre/kWh indgår således også Nordjysk Elhandel A/S stillingtagen til kundernes aktuelle forbrugsprofil og markedsprisen på engrosmarkedet. Alligevel anføres stigende profiltillæg, el- og valutapriser som årsagen til opjusteringen af priserne.

81. Som professionel aktør må såvel de nærtstående forsyningspligtselskaber som Nordjysk Elhandel A/S antages at være bekendt med de forhold, der med rimelig sandsynlighed kan antages at være af væsentlig betydning for elleverancens prisfastsættelse på kontrakttidspunktet. Det bør være klart for begge parter, at stigende eller faldende elpriser kan bringe kontrakten ud af balance til hhv. fordel for den ene part og ulempe for den anden part. Dette er netop årsagen til, at sådanne elkontrakter indgås.

82. Det er derfor sekretariatets vurdering, at elprisen i en fastprisaf tale ikke med rimelighed kan justeres, når det skyldes ændrede engrospriser for el og valuta eller andre forhold, der med rimelighed kan antages, at have indgået i parternes pris-sætning/forudsætningsgrundlag på kontraktindgåelsestids-punktet. Hvis aftaleprisen kan ændres, blot fordi engrosprisen for el og valuta ændres, synes der ikke at være en egentlig årsag til, at professionelle aktører skulle indgå sådanne fastprisaf-taler.

83. Det synes derfor ikke rimeligt at antage, at de nærtstående forsyningspligtselskaber har handlet på markedsbestemte vilkår med Nordjysk Elhandel A/S, når de alle accepterer en så væsentlig prisforhøjelse på opfordring fra Nordjysk Elhandel A/S, og at årsagsforklaringen udelukkende vedrører almindeligt forekommende priselementer i en fastprisaf tale for elektricitet.

84. Sekretariatet noterer sig endvidere, at de nærtstående forsyningspligtselskaber (ekskl. HHE Forsyning A/S) i sagsforløbet ændrer årsagsforklaring til prisforhøjelsen, ligesom intet i sagsforløbet taler for, at de nærtstående forsyningspligtselskaber med undtagelse af HHE Forsyning A/S har prøvet at imødegå prisforhøjelsen med modargumenter og kritik.

85. Det er ikke sekretariatets opfattelse, at de nærtstående forsyningspligtselskaber har ageret som uafhængig parter over for Nordjysk Elhandel A/S, hvilket tilliges ses af, at de nærtstående forsyningspligtselskaber har indgået lignende elindkøbsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S til brug for videresalg til de nærtstående forsyningspligtselskabers storkunder (specialtarifikunder). Ingen af de nærtstående forsyningspligtselskabers storkunder har på lignende vis fået ændret pris og øvrige aftalevilkår selvom, at de nærtstående forsyningspligtselskabers elindkøbsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S til brug for storkunderne indeholder en identisk hard ship-bestemmelse i aftalernes pkt. 12.

86. De nærtstående forsyningspligtselskabers manglende uafhængighed i forhold til Nordjysk Elhandel A/S synes også at komme til udtryk i Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesprotokol af 28. juni 2002, dvs. bestyrelsesmødet umiddelbart forud for Nordjysk Elhandel A/S allonge af august 2002. Af bestyrelsesprotokollen fremgår det, at "xx".

87. I lyset af denne drøftelse på Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesmøde den 28. juni 2002 synes det ikke usandsynligt, at allonge af august 2002 reelt var at betragte som et alternativ til en udvidelse af kapitalgrundlaget i Nordjysk Elhandel A/S finansieret gennem de nærtstående forsyningspligtselskabers forsyningspligtpriser til forbrugerne, hvilket i givet fald ikke er i overensstemmelse med markedsbestemte vilkår, jf. EfL § 46, stk. 4.

88. En sådan udlægning af, at prisforhøjelsen skal ses som et alternativ til en kapitalforhøjelse i Nordjysk Elhandel A/S bekræftes af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesbestyrelsesprotokol af 6. august 2002. Heraf fremgår det, at "xx".

89. Ovennævnte forslag blev vedtaget, og det blev oplyst, at forslaget ville styrke Nordjysk Elhandel A/S likviditetsberedskab med ca. xx mio. DKK, samt forbedre virksomhedens resultat med ca. xx. mio. DKK.

90. På den baggrund er det sekretariatets vurdering, at bestyrelsen og dermed også de nærtstående forsyningspligtselskaber i Nordjysk Elhandel A/S omgår elforsyningslovens prisregulering, jf. EfL § 72, ved at indgå en aftale, der ikke afspejler markedsbestemte vilkår, jf. EfL § 46, stk. 4, da det ikke ligger inden for elforsyningslovens rammer at overføre et sådan overskud til Nordjysk Elhandel A/S under dække af elindkøbsaftalernes hard ship-bestemmelse.

91. Det forekommer således, at formålet med prisforhøjelsen i august 2002 har været at styrke kapitalgrundlaget i Nordjysk Elhandel A/S frem for at foretage en egentlig udvidelse af aktiekapitalen i Nordjysk Elhandel A/S. Og en udvidelse af aktiekapitalen ville omvendt ikke have medført stigende forbrugerpriser for de nærtstående forsyningspligtselskabers ordinære forsyningspligt kunder, da det var de nærtstående forsyningspligtselskaber og ikke forbrugerne, der alternativt havde købt nye aktier i Nordjysk Elhandel A/S.

92. Af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesprotokol af 9. december 2002, dvs. på bestyrelsesmødet umiddelbart før Nordjysk Elhandel A/S foretog en ny prisforhøjelse den 16. januar 2003, drøftedes endnu engang en yderligere kapitalforhøjelse. Det fremgår, bl.a. at "".

93. Sekretariatet bemærker sig i den sammenhæng, at det var salg til erhvervskunderne, der bandt kapitalen i Nordjysk Elhandel A/S, hvilket også må formodes at være tilfældet i et eller andet omfang i august 2002. Men netop erhvervskunderne, der således i stort omfang var årsagen til at kapitalgrundlaget skulle styrkes i Nordjysk Elhandel A/S, fik ikke tilsvarende forhøjet prisen i august 2002.

94. Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollater eller af andre dokumenter som sekretariatet er i besiddelse af, at de nærtstående forsyningspligtselskaber for det første har accepteret prisforhøjelsen ud fra en kommerciel betragtning, idet de nærtstående forsyningspligtselskaber ikke med rimelighed har eller kunne forventes at opnå økonomiske fordele i deres fremtidige elindkøb fra Nordjysk Elhandel A/S ved at acceptere prisforhøjelsen i forhold den situation, hvor de nærtstående forsyningspligtselskaber ikke havde accepteret prisforhøjelsen.

95. Dette ses tillige af, at forvaltningspriserne inkl. profiltillæg til Nordjysk Elhandel A/S steg fra xx DKK/MWh i 2002 til xx DKK/MWh i 2003. Og det er foruden sekretariatets vurdering, at forvaltningspriserne i 2002 var højere, end hvad markedsbestemte vilkår tilsagde, jf. nedenfor.

96. De nærtstående forsyningspligtselskaber har for det andet ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at de nærtstående forsyningspligtselskaber primært accepterede prisstigningen under hensyntagen til de påståede tab på ni elhandelskontrakter i Nordjysk Elhandel A/S i februar 2002. Tværtimod har Nordjysk Elhandel A/S og de nærtstående forsyningspligtselskaber forklaret prisforhøjelsen med baggrund i stigende valuta- og elpriser, jf. såvel allonge af august 2002 som de nærtstående forsyningspligtselskabers brev af 13. januar 2004 til Energitilsynet.

97. Det er endvidere sekretariatets opfattelse, at der ved vurderingen af, om aftaler er indgået på markedsbestemte vilkår, jf. EfL § 46, stk. 4, som udgangspunkt alene skal tages hensyn til de enkelte aftaler og ikke til om kontraktparten inden for et kortere eller længere tidsrum også har foretaget andre dispositioner, som ikke er sket på markedsbestemte vilkår, f.eks. per kulance dækket tab.

98. Det har for det tredje ikke været muligt for Nordjysk Elhandel A/S eller de nærtstående forsyningspligtselskaber at dokumentere, hvornår de ni elhandelskontrakter i februar 2002 rettelig skulle have været henført til de nærtstående forsyningspligtselskaber og ikke Nordjysk Elhandel A/S, jf. også side 5 i Grant Thorntons rapport. Når tidspunktet for flytningen af de ni elhandelskontrakter ikke kan dokumenteres, kan størrelsen af tab/gevinst ikke opgøres.

99. Sekretariatet har således spurgt Nordjysk Elhandel A/S om fra hvilken dato elhandelskontrakter entydigt kunne henføres til en given portefølje/kundegruppe. Hertil svarer virksomheden i brev af 12. marts 2004, at *"i de første år frem til juli 2002 blev alle kontraktshandler registreret som relaterede sig til en eller flere salgskontrakter, eller til en tradingbeholdning. Ved indførslen af ny risikomanual i juli 2002, bliver alle handler logført og porteføljeplaceret"*.

100. Dette svar fra Nordjysk Elhandel A/S synes i bedste fald at være misledende.

101. Ifølge Grant Thorntons rapport på side 3 og 4 foretoges der i 2002 ikke en entydig løbende registrering af indgåede elhandelskontrakter. Registrering skete først ved den senere afregning af elhandelskontrakten. Og selv i 2003, hvor Nordjysk Elhandel A/S indførte en kategorisering i regneark af elhandelskontrakterne vil det uden videre være muligt, at ændre kategoriseringen af elhandelskontrakter.

102. Det er foruden Grant Thorntons vurdering, at Nordjysk Elhandel A/S registrering af elhandelskontrakter ikke lever op til bogføringsloven og god bogføringskik, idet registreringen efter de modtagne oplysninger ikke har været entydig og rettidig.

103. Det fremgår imidlertid også af interne dokumenter fra Nordjysk Elhandel A/S, at bogføringen af elhandelskontrakter ikke har været tilfredsstillende.

104. Således fremgår det fx af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesprotokollat af 14. marts 2002, at "xx".

105. Videre står der eksempelvis i bestyrelsesprotokol af 6. februar 2003 vedr. tabet på de ni elhandelskontrakter i februar 2002, at "xx".

106. På samme bestyrelsesmøde den 6. februar 2003 redegjorde revisor for Nordjysk Elhandel A/S indkøbs- og risikopolitik. "xx". Et bestyrelsesmedlem supplerede denne "xx".

107. I bestyrelsesprotokollatet af 17. marts 2003 skriver revisor, at der er opnået en væsentlig forbedret styring af selskabets aktiviteter efter introduktionen af en risikomanual medio 2002. Det bemærkes dog, at revisor ikke finder "xx".

108. På baggrund af ovennævnte bestyrelsesprotokollater, advokat Jørgen Holsts høringsindlæg samt Grant Thorntons rapport, er det ikke dokumenteret af selskaberne, hvornår de ni elhandelskontrakter reelt blev flyttet mellem de nærtstående forsyningspligtselskabers og Nordjysk Elhandel A/S elporteføljer.

109. Der synes således ikke at være grundlag for at forudsætte, at Nordjysk Elhandel A/S i februar 2002 - som hævdedet - skulle have udvist en kommerciel imødekommenhed over for de nærtstående forsyningspligtselskaber, som de nærtstående forsyningspligtselskaber efterfølgende kvitterer for i august 2002 ved at udvise en (om end ikke) tilsvarende imødekommenhed over for Nordjysk Elhandel A/S ved at acceptere prisforhøjelsen på xx DKK/MWh.

110. På ovennævnte baggrund er det derfor sekretariatets vurdering, at de nærtstående forsyningspligtselskabers accept af Nordjysk Elhandel A/S allonge/tillægsaftale af august 2002 ikke er en rimelig handling/disposition over for forbrugerne, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4, idet dispositionerne (som opgjort i tabel 1) ikke afspejler markedsbestemte vilkår, hvilket er i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4. Prisforhøjelsen kan derfor ikke indregnes som en nødvendig omkostning i de nærtstående forsyningspligtselskabers forsyningspligtpriser, jf. elforsyningslovens § 69.

NORDJYSK ELHANDEL A/S PORTEFØLJEFORVALTNINGSAFTALER MED DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGTSELSKABER

111. Sekretariatet gennemgår nedenfor de to elindkøbsaftaler/porteføljeaftaler for 2002 mellem Nordjysk Elhandel A/S og de nærtstående forsyningspligtselskaber mhp. hvorvidt priserne afspejler markedsbestemte vilkår, jf. EfL § 46, stk. 4.

112. Imidlertid fremgår forvaltningsprisen til Nordjysk Elhandel A/S ikke eksplicit af disse aftaler, hvorfor sekretariatet har anmodet om en udspecificering af forvaltningsprisen til Nordjysk Elhandel A/S.

113. I brev af 16. februar 2004 og dettes bilag 8 samt i brev af 6. oktober 2003 fremlægger de nærtstående forsyningspligtselskaber og Nordjysk Elhandel A/S en sådan oversigt over forvaltningshonoraret for 2002 og 2003. Priserne fremgår af tabel 2. Priserne er således også steget i væsentligt omfang i forhold til de budgettal som de nærtstående forsyningspligtselskaber har oplyst til Grant Thornton, jf. side 7 i Grant Thorntons rapport.

TABEL 2: PORTEFØLJEFORVALTNINGSHONORAR TIL NORDJYSK ELHANDEL A/S

Priselement	DKK/MWh i 2002	DKK/MWh i 2003
Handelsomkostninger elspot, eltermin og valuta		
Udlæg - mæglergebyr Norsk Hydro		
Mængderisiko		
Profiltillæg		
Egenkapitalforrentning		
Porteføljeforvaltning		
Balance- og målerhåndtering		
Fortjeneste		
I alt		

Kilde: De nærtstående forsyningspligtselskabers brev af 16. februar 2004 og 6. oktober 2003 til Energitilsynet.

114. Det fremgår af oversigten for 2002, at den er *"baseret på gennemsnitlige tillæg der ikke altid har været specificeret og med forskellige opdelinger i perioden. Der forefindes ingen efterkalkulation"*. Det synes i sig selv at være problematisk, at priserne og aftaleforholdet mellem Nordjysk Elhandel A/S og de nærtstående forsyningspligtselskaber i 2002 ikke på forhånd har været kendt og udspecificeret på skrift.

115. Dels kan Energitilsynet ikke føre et betryggende tilsyn med de kollektive elforsyningsvirksomheders priser og vilkår, når aftaler ikke på forhånd er nedfældet på skrift; og dels synes de nærtstående forsyningspligtselskabers mulighed for, at vurdere, hvorvidt de indkøbte ydelsers priser og vilkår afspejler markedsbestemte vilkår ikke at være tilstrækkelig.

116. Det fremgår derfor også af Elprisudvalgets afgørelse af 25. oktober 1999 vedr. *"interessenternes indkøbspriser fra Sjællandske Kraftværker"*, at *"distributionselskaberne må undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til de lavest mulige omkostninger, og overfor udvalget godtgøre en sådan undersøgelse samt sandsynliggøre, at omkostningerne herved lå under de alternative tilbud"*. En sådan markedsundersøgelse er en forudsætning for, at en virksomhed kan træffe beslutning om valg af elleverandør på et rimeligt grundlag.

117. Det fremgår af de nærtstående forsyningspligtselskabers brev af 12. marts 2004 til Energitilsynet, at de nærtstående forsyningspligtselskaber via en aktionæroverenskomst har forpligtet sig til at indkøbe el gennem Nordjysk Elhandel A/S. De nærtstående forsyningspligtselskaber er som sådan låst til Nordjysk Elhandel A/S og kan således ikke drage fordel af evt. lavere forvaltningspriser hos alternative porteføljeformidlere.

118. Sekretariatet finder det ikke rimeligt, at de nærtstående forsyningspligtselskaber på den måde udelukker sine ordinære forsyningspligt-kunder fra at drage fordel af evt. lavere forvaltningspriser fra alternative porteføljeformidlere.

119. På baggrund af, at de ca. 40 forsyningspligtige elvirksomheder i Danmark, som Energitilsynet fører tilsyn med bl.a. skal anmelde deres evt. porteføljeadministrationsaftaler til Energitilsynet i forbindelse med virksomhedernes prisregulering, råder Energitilsynet over et relativt stort sammenligningsgrundlag, når det skal vurderes, hvorvidt forvaltningspriserne til Nordjysk Elhandel A/S afspejler markedsbestemte vilkår i overensstemmelse med Efl § 46, stk. 4.

120. På det grundlag, er det sekretariatets vurdering, at forsyningspligtige elvirksomheder, der har indgået tilsvarende forvaltningsaftaler med uafhængige porteføljeadministratører har opnået betydeligt mere fordelagtige priser og vilkår end dem som de nærtstående forsyningspligtselskaber har opnået hos det koncernforbundne Nordjysk Elhandel A/S.

121. Der skal i den sammenhæng henvises til Energitilsynets afgørelser af 28. juni 2004, 27. september 2004 og 13. december 2004 vedr. Energi Nord Forsyning A/S, Nesa Forsyning A/S og Scanenergi Elsalg A/S, hvor porteføljemanagementomkostningen inkl. balancehåndtering som udgangspunkt er fastsat til ikke over 5,00 DKK/MWh for Vestdanmark og 3,00 for Østdanmark.

122. Sekretariatet har gennem sin tilsynsvirksomhed med de ca. 40 forsyningspligtige virksomheder foruden fået kendskab til, at Nordjysk Elhandel A/S i 2004-05 har solgt porteføljemanagementydelser til to uafhængige parter til priser inkl. fortjeneste, der bekræfter, at prisen for sådanne forvaltningsydelser ikke overstiger de 5,00 DKK/MWh for Vestdanmark. Til sammenlign

123. De anmeldte porteføljemanagementaftaler for 2002-05 som de forsyningspligtige virksomheder løbende har anmeldt til Energitilsynet tyder ikke på at markedsprisen for porteføljeadministration har været faldende i perioden. På den baggrund synes det ikke rimeligt, at Nordjysk Elhandel A/S i 2002 skulle afkræve de nærtstående forsyningspligtselskaber en højere forvaltningspris, end virksomheden har gjort i 2004-05 over for uafhængige parter.

124. Det kan foruden konstateres, at HHE Forsyning A/S, efter at være udtrådt af indkøbssamarbejdet med Nordjysk Elhandel A/S medio 2003, har opnået priser i overensstemmelse med markedsbestemte vilkår. Og netop muligheden for at opnå lavere priser var efter det af HHE Forsyning A/S oplyste årsag til at udtræde som aktionær i Nordjysk Elhandel A/S, jf. også bestyrelsesmødet i Nordjysk Elhandel A/S den 9. december 2002.

125. På bestyrelsesmødet den 9. december 2002 udtaler HHE bl.a. "xx".

126. I 2002 var Nordjysk Elhandel A/S pris-/omkostningselementer i henhold til tabel 2 på xx DKK/MWh til handelsomkostninger, xx DKK/MWh til mæglergebyr, xx DKK/MWh til porteføljeadministration, xx DKK/MWh til balance- og målerhåndtering og xx DKK/MWh til fortjeneste i alt xx DKK/MWh.

127. Forvaltningsprisen på 18,50 DKK/MWh overstiger således markedsprisen på 5,00 DKK/MWh, jf. **pkt. 122-123** oven for, med 13,50 DKK/MWh.

128. En sådan merpris for forvaltningsydelser på 13,50 DKK/MWh svarer til, at de nærtstående forsyningspligtselskaber alene i 2002 tilsammen har betalt 6,993 mio. DKK (se tabel 3) for meget til Nordjysk Elhandel A/S for forvaltningsydelser i forhold til, hvis de nærtstående forsyningspligtselskaber havde handlet på markedsbestemte vilkår i overensstemmelse med EfL § 46, stk. 4.

TABEL 3: MEROMKOSTNINGER FOR DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGTSELSKABER SOM FØLGE AF IKKE AT HAVE INDKØBT FORVALTNINGSYDELSER PÅ MARKEDSBESTEMTE VILKÅR I 2002

Forsyningspligt virksomhed	Afsatte MWh ekskl. kunder på individuelle kontrakter	Værdi i mio. DKK af 13,50 DKK/MWh
AKE Forsyning A/S		
BOE Forsyning A/S		
Frederikshavn Forsyningspligt A/S		
HHE Forsyning A/S		
Sæby Forsyningspligt A/S		
Nordthy Energi A/S		
I alt og gennemsnit	518.016	6,993

Kilde: De nærtstående forsyningspligtselskabers anmeldelsesskemaer for 2002, samt årsregnskaber for 2002.

129. Det fremgår tillige af bestyrelsesbestyrelsesprotokollater hos Nordjysk Elhandel A/S, at de nærtstående forsyningspligtselskaber var informeret om det forhold, at andre leverandører kunne levere en række elindkøbsydelser billigere end Nordjysk Elhandel A/S.

130. Af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesprotokol af 28. juni 2002 står således, at Nordjysk Elhandel A/S ved at indkøbe fysisk spotkraft hos Elsam i stedet for selv at indkøbe spotkraft på Nord Pool kunne spare xx DKK/år og mindske garantistillelsen. Tilsvarende kunne Nordjysk Elhandel A/S opnå en årlig besparelse på xx DKK ved at lade Markedskraft Danmark A/S overtage balancehåndteringen.

131. Af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesbestyrelsesprotokol af 28. juni 2002 omtales tillige, at Nordjysk Elhandel A/S mægleraftale med Norsk Hydro praktiseres på en sådan måde, at den svækker Nordjysk Elhandel A/S konkurrenceevne. Dette kan tages som udtryk for, at prisen på xx DKK/MWh for den leverede ydelse fra Norsk Hydro ikke står mål med ydelsens kvalitet.

132. Dette bekræftes også af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesbestyrelsesprotokol af 30. september 2002, hvor aftalen med Norsk Hydro bl.a. omtales som værende meget dyr, og at aftalens økonomiske indhold invaliderer Nordjysk Elhandel A/S konkurrenceevne. En genforhandling med Norsk Hydro medfører dog, at Nordjysk Elhandel A/S opnår en årlig besparelse på xx DKK i 2002.

133. I lyset af, at Nordjysk Elhandel A/S pris for ydelser fra Norsk Hydro i 2002 tilsyneladende ikke var konkurrencedygtige synes det ikke rimeligt, at prisen for mæglergebyr til Norsk Hydro over for de nærtstående forsyningspligtselskaber alligevel stiger (og ikke falder) med 50% til xx DKK/MWh i 2003, jf. tabel 2. Sekretariatet kan tillige konstatere, at Nordjysk Elhandel A/S tilsyneladende sælger denne ydelse fra Nord Hydro som et delelement i den samlede forvaltningsydelse som Nordjysk Elhandel A/S sælger til to uafhængige parter i 2004-05. Og prisen for analyseydelse fra bl.a. Norsk Hydro til disse uafhængige parter er væsentligt lavere end både de xx og xx DKK/MWh som de nærtstående forsyningspligtselskaber betaler for ydelsen til Nordjysk Elhandel A/S.

134. I Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesprotokol af 29. marts 2001 står, at "xx". Et bestyrelsesmedlem mere tilsluttede sig efterfølgende denne vurdering.

135. I Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesprotokol af 3. september 2001 står, at "".

136. I lyset af den beskrevne markedssituation på bestyrelsesmøderne den 29. marts og 3. september 2001 og det forhold, at dækningsbidraget efter Nordjysk Elhandels oplysninger er højere på de ordinære forsyningspligt-kunder end på Nordjysk Elhandels øvrige frie kunder synes det tydeliggjort, at de nærtstående forsyningspligtselskaber ikke har afsøgt markedet for alternative leverandører af porteføljemanagement, idet de nærtstående forsyningspligtselskaber burde have haft gode muligheder for at opnå attraktive priser for porteføljemanagement, samt ikke mindst få bekræftet hvorvidt Nordjysk Elhandels dækningsbidrag på de nærtstående forsyningspligtselskabers ordinære forsyningspligt-kunder evt. måtte være højere, end hvad markedsbestemte vilkår tilsagde.

137. De nærtstående forsyningspligtselskabers storkunder (specialtarifikunder) er kunder, der i modsætning til de nærtstående forsyningspligtselskabers ordinære forsyningspligt-kunder, havde fri markedsadgang i 2002, og som følge heraf havde mulighed for at afsøge markedet for alternative leverandører. I gennemsnit udgjorde disse storkunder i 2002 7,2% af de nærtstående forsyningspligtselskabers samlede afsætning, jf. tabel 4.

TABEL 4: DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGTSELSKABERS AFSÆTNINGS-FORHOLD I 2002

Forsyningspligt virksomhed	Afsatte MWh i alt	Afsatte MWh ekskl. kunder på individuelle kontrakter	Kunder på individuelle kontrakter i pct. af samlet afsætning
AKE Forsyning A/S	197.281	183.886	6,8%
BOE Forsyning A/S	114.439	109.039	4,7%
Frederikshavn Forsyningspligt A/S	68.311	66.305	2,9%
HHE Forsyning A/S	66.766	65.558	1,8%
Sæby Forsyningspligt A/S	17.175	16.244	5,4%
Nordthy Energi A/S	94.503	76.984	18,5%
I alt og gennemsnit	558.475	518.016	7,2%

Kilde: De nærtstående forsyningspligtselskabers anmeldelseskemaer for 2002.

138. Salgspriserne til de nærtstående forsyningspligtselskabers storkunder er i gennemsnit xx DKK/MWh eller 15% lavere end salgsprisen til de nærtstående forsyningspligtselskabers ordinære forsyningspligt-kunder, jf. tabel 5.

TABEL 5: DE NÆRTSTÅENDE FORSYNINGSPLIGTSELSKABERS PRISSÆTNING AF SINE TO KUNDEGRUPPER I 2002

Forsyningspligt virksomhed	Gns. salgspris til ordinære forsyningspligt-kunder	Gns. salgspris til storkunder på individuelle kontrakter	Prisforskel i DKK/MWh
AKE Forsyning A/S			
BOE Forsyning A/S			
Frederikshavn Forsyningspligt A/S			
HHE Forsyning A/S			
Sæby Forsyningspligt A/S			
Nordthy Energi A/S			
I gennemsnit			

Kilde: De nærtstående forsyningspligtselskabers anmeldelsesskemaer for 2002.

139. Den store prisforskel mellem storkunder og ordinære forsyningspligt-kunder kan være udtryk for, at storkunderne - i modsætning til de nærtstående forsyningspligtselskaber - har afsøgt markedet for alternative leverandører. Men prisforskellen kan i et eller andet omfang også skyldes, at engrosprisen for el har været forskellig for de to kundesegmenter på tidspunktet for deres respektive kontraktindgælder.

140. Imidlertid fremgår det af Nordjysk Elhandel A/S bestyrelsesbestyrelsesprotokol af 9. december 2002, at "xx".

141. Det fremgår således af bestyrelsesprotokollen af 9. december 2002, at Nordjysk Elhandel A/S har budgetteret med tab på individuelle kontrakter til brug for de nærtstående forsyningspligtselskabers videresalg af el til storkunder.

142. I lyset heraf finder sekretariatet det i strid med elforsyningsloven, at de nærtstående forsyningspligtselskaber - ved ikke at afsøge markedet for alternative leverandører som forudsat i elforsyningsloven - ikke har sikret sine ordinære forsyningspligt-kunder samme mulighed for at drage fordel af lavere markedspriser, som det åbenbart har været tilfældet for de nærtstående forsyningspligtselskabers storkunder.

143. På ovennævnte baggrund er det derfor sekretariatets vurdering, at de nærtstående forsyningspligtselskabers forvaltnings-/elhandelsaftaler med Nordjysk Elhandel A/S for 2002 ikke afspejler markedsbestemte vilkår i overensstemmelse med elforsyningslovens § 46, stk. 4, og ikke kan anses som værende en rimelig disposition over for de nærtstående forsyningspligtselskabers forbrugere, hvilket er i strid med elforsyningslovens § 77, stk. 4. Meromkostningen på 13,50 DKK/MWh (som opgjort i tabel 3) kan derfor ikke indregnes som en nødvendig omkostning i de nærtstående forsyningspligtselskabers forsyningspligtpriser, jf. elforsyningslovens § 69.

HØRING AF PARTERNE

144. Tilsynet har den 14. september 2005 modtaget to høringsindlæg vedr. nærværende sag fra HHE Forsyning A/S samt fra advokat Jørgen Holst, som mandatar for de fem andre forsyningspligtige virksomheder. Indlægget fra advokat Jørgen Holst er genfremsendt den 14. oktober 2005 med enkelte formalitetsændringer.

145. Indlægget fra HHE Forsyning A/S understøtter sekretariatets vurdering af, at prisen på ydelserne leveret af Nordjysk Elhandel A/S til de nærtstående forsyningspligtige selskaber i 2002 ikke afspejler markedsbestemte vilkår.

146. Det er imidlertid sekretariatets opfattelse, at de to høringsindlæg ikke bibringer sagen nye faktuelle oplysninger, hvorfor sekretariatet fastholder sine indstillinger jf. tilsynsnotatet af 27. juni 2005. Særligt er hovedvægten i indlægget fra advokat Jørgen Holst lagt på lagt på principielle påstande vedr det retlige grundlag for Tilsynets efterfølgende prisgodkendelse af de forsyningspligtige selskaber, jf. EfL § 72, og ikke på oplysninger, der i væsentlighed bidrager til sagens yderligere faktuelle oplysning.

147. Sekretariatet har dog nedenstående kommentarer til dele af advokat Jørgen Holsts høringssvar:

148. Advokat Jørgen Holst redegør i høringsindlæggets afsnit 4.1 for en præcisering af de juridiske enheder (entiteter). Sekretariatet er enig i den fremlagte præcisering, og tilsynsnotatet er ændret i overensstemmelse hermed.

149. Overordnet skal det pointeres, at Tilsynet ikke i denne sag foretager en konkret prisgodkendelse af de seks forsyningspligtige virksomheders forsyningspligtpriser, jf. EfL § 72. Sagen drejer sig alene om, at identificere de seks forsyningspligtige virksomheders nødvendige omkostninger, jf. EfL § 46, stk. 4, og § 69, jf. dette notats **pkt. 2**.

150. Identifikationen af de nødvendige omkostninger, der kan indregnes i forsyningspligtpriserne, etablerer således en nødvendig forudsætning for Tilsynets efterfølgende konkrete prisgodkendelser fsva. de seks forsyningspligtige virksomheders forsyningspligtpriser inkl. et rimeligt overskud for 2002, jf. EfL § 72.

151. Da en stor del af advokat Jørgen Holsts vedlagte bilag A-G angår spørgsmålet om Tilsynets efterfølgende prisgodkendelse i henhold til EfL § 72 vil Tilsynets kommentarer til disse dele af høringsindlægget ikke blive behandlet i nærværende notat, men naturligvis indgå i Tilsynets efterfølgende vurdering af, hvad der for det enkelte selskab anses for værende et rimeligt overskud.

152. Dog skal det anføres, at advokat Jørgen Holst fejlagtigt forudsætter (høringsindlæggets bilag A, side 2 nederst, samt bilag F og G), at tilbagebetalingsforpligtelserne for 2001 fremgår af Tilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedr. sagen "Indregning af uudnyttet avance i næste års priser blandt effektive forsyningspligtselskaber i 2001".

153. Det fremgår direkte af denne afgørelses pkt. 5-8, at notatets resultater forudsætter en konkret efterprøvelse af virksomhedens forsyningspligtpris, jf. også EfL § 72. En sådan konkret prisgodkendelse er netop, hvad Tilsynet foretager i to trin for de seks forsyningspligtige virksomheder i denne sag vedr. 2002.

154. Første trin består i, at identificere virksomhedernes nødvendige omkostninger, jf. EfL §§ 46, stk. 4, og 69; og andet trin består efterfølgende i, at foretage en effektivitetsvurdering af virksomhederne og en deraf følgende fastsættelse af et rimeligt overskud, jf. EfL § 72.

155. Et forsyningspligtigt selskab opnår derfor ikke en prisgodkendelse alene fordi virksomhedens forsyningspligtpris ikke overstiger Tilsynets beregnede referencepris for det pågældende år. Det fordrer derimod en konkret efterprøvelse af forsyningspligtprisen, jf. EfL § 72. Et selskab kan således godt få underkendt ikke nødvendige omkostninger på fx 0,3 øre/kWh i nærværende sag, jf. EfL §§ 46, stk. 4, og 69, og efterfølgende alligevel få godkendt sin forsyningspligtpris, hvis fx virksomhedens overskud i 2002 var mindst 0,3 øre/kWh lavere end det, som Tilsynet finder som værende et rimeligt overskud, jf. EfL § 72.

156. I høringsindlæggets afsnit 2.1 hævdes det, at sagen er utilstrækkeligt oplyst. Sekretariatet er imidlertid af den opfattelse, at sekretariatets gentagne henvendelser til selskaberne vedr. anmodninger om oplysninger i sagen, advokat Jørgen Holsts omfattende høringsindlæg og sagens i øvrigt meget omfattende korrespondance, herunder sekretariatets/Grant Thorntons møde med Nordjysk Elhandel, samt Grant Thorntons rapport er udtryk for tilstrækkelig oplysning af sagen. De seks forsyningspligtige selskaber har tillige fået såvel det fulde Tilsynsnotat som Grant Thorntons rapport i høring.

157. I relation til advokat Jørgen Holsts bemærkninger om officialmaksimen skal det understreges at der i denne sag ikke er tale om bevisførelse, men udelukkende, at de pågældende selskaber, jf. EfL § 76, stk. 1 og 3 samt § 84, stk. 1, skal bidrage med den for tilsynet nødvendige dokumentation. I det omfang den nødvendige dokumentation ikke kan fremskaffes, må Tilsynet træffe sin afgørelse på det foreliggende grundlag.

158. Særligt vedr. Grant Thorntons rapport har Tilsynet klar hjemmel til at træffe beslutning om at lade en uvildig sagkyndig gennemgå regnskaber, kontrakter mv. mhp. at udarbejde en sagkyndig rapport til brug for tilsynet, jf. EfL § 82, stk. 6. Der er således intet til hinder for, at denne rapport evt. ville kunne blive fremlagt for en domstol i sidste instans.

159. Netop Nordjysk Elhandels manglende logføring af foretagne elhandler er årsagen til, at Tilsynet har taget det usædvanlige skridt, at inddrage/udpege en sagkyndig revisor (Grant Thornton) til at gennemgå foretagede elhandler i Nordjysk Elhandel. Det er bl.a. Grant Thorntons konklusion, at Nordjysk Elhandel ikke i 2002 levede op til god bogføringsskik.

160. Dette er ikke mindst et problem, når advokat Jørgen Holst i høringsindlæggets afsnit 4.1 og 4.2 slår fast, at Nordjysk Elhandel A/S siden 1999 og 2000 er udviklet fra at fungere som et indkøbssamarbejde til at blive et almindeligt, kommercielt elhandelsselskab. Det må være et minimumskrav til almindelig elhandelsvirksomhed, at Nordjysk Elhandel A/S logfører foretagne elhandler og skriftligt bekræfter disse (fx ved E-mail eller fax) over for de forskellige kunder/elporteføljer, herunder også over for de seks forsyningspligtige virksomheder.

161. I overensstemmelse hermed fremgår det tillige af nærværende sag, at de respektive nærtstående forsyningspligtselskaber har indgået skriftlige elhandelsaftaler med sine (uafhængige) specialtarifikunder. Det er ikke sekretariatets opfattelse, at det er mindre relevant at lave lignede skriftlige elhandelsaftaler mellem parter, der som Nordjysk Elhandel A/S og de seks forsyningspligtige virksomheder ikke agerer i et uafhængigt miljø.

162. Således tager Nordjysk Elhandels egen revisor tillige det forbehold i sin værdiopgørelse af de ni flyttede elhandelskontrakter i 2002, at værdiopgørelsen er sket ud fra direktør Richard Hansens oplysning om, hvornår de interne elhandler/overførsler blev foretaget (indlæggets bilag E). Selskaberne har stadigvæk ikke kunnet fremvise dokumentation for, hvornår elhandelskontrakterne blev flyttet, og tabsopgørelsen er således udokumenteret.

163. Den manglende logføring og registrering af foretagne elhandler betyder tillige, at advokat Jørgen Holst ikke har dokumenteret de påståede tab på de ni elhandelskontrakter. Det er alene dokumenteret vha. den skriftligt indgåede prisforhøjelsesaftale i august 2002 (dvs. syv måneder senere), at prisen efter Tilsynets vurdering uretmæssigt hæves med ca. xx mio. DKK.

164. Uanset størrelsen af et evt. tab vedr. overflyttede elhandelskontrakter er dette forhold ikke i sig selv af væsentlig betydning for Tilsynets afgørelse, idet sådanne dispositioner må være for Nordjysk Elhandel A/S egen regning og risiko som kommercielt elhandelsvirksomhed. Dette forhold kan således ikke begrænse de nærtstående forsyningspligtselskabers handlefrihed ifht. at afsøge markedet for alternative leverandører, og kan således ikke undtage disse selskaber fra at agere i overensstemmelse med EfL § 46, stk. 4.

165. Advokat Jørgen Holst skriver i afsnit 3, at forsyningspligtselskabernes accept af prisforhøjelsen i august 2002 "*blev givet, selv om det var tvivlsomt, om de forsyningspligtige selskaber var forpligtet hertil*". De seks forsyningspligtvirksomheder kunne med fordel have anmodet Energitilsynet om en vurdering af sagen inden beslutningen om prisforhøjelsen blev truffet i august 2002.

166. Advokat Jørgen Holst skriver videre i afsnit 4.2, at "*der foreligger ikke referater, der i detaljer beskriver forhandlingerne på direktørudvalgsmøderne, men alene vedtagelsesreferater, der gengiver en orientering fra direktøren i Nordjysk Elhandel A/S eller vedtagelsen af en aftale*". På trods heraf, har advokat Jørgen Holst endnu ikke kunnet dokumentere (fx i form af førnævnte vedtagelsesreferater), hvornår de ni elhandelsaftaler mellem Nordjysk Elhandel og de seks forsyningspligtvirksomheder primo 2002 blev indgået.

167. Advokat Jørgen Holst skriver videre i afsnit 4.3, at "*på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået, havde Nordjysk Elhandel ikke fuldt ud dækket alle elementer i elleveranceforpligtelserne over for forsyningspligtselskaberne, som man ved aftalen forpligtede sig til at levere til en fast pris*". Omvendt skriver Nordjysk Elhandels revisor (høringsindlæggets bilag E), at "*der er altså tale om en pulje af dækningskøb, hvor salgskontrakten [dvs. mellem Nordjysk Elhandel A/S og det pågældende forsyningspligtselskab] først indgås, når indkøbene er foretaget*". Sidstnævnte var åbenbart ikke tilfældet da Nordjysk Elhandel i april 2002 indgik salgskontrakten med de seks forsyningspligtselskaber.

168. På det tidspunkt, hvor Nordjysk Elhandel indgik salgskontrakten med de seks forsyningspligtige selskaber og dermed aftalen om at levere elektricitet til en fast pris, var det alene Nordjysk Elhandels ansvar at afdække sin elleverance til de seks forsyningspligtige selskaber. Hvis børsprisen og dermed Nordjysk Elhandels elindkøbsomkostning efterfølgende steg eller faldt, kunne det efterfølgende tab eller gevinst alene tilskrives Nordjysk Elhandel.

169. I brev af august 2002 angives årsagen til prisforhøjelsen at være stigende valutakurs, områdetillæg (CfD) og profiltillæg. Denne forklaring gengives i afsnit 4.3 i høringsindlægget. Imidlertid viser høringsindlæggets bilag B, at de ni elhandelskontrakter alene er grundlast systempriskontrakter. Derfor kan årsagen til prisstigningen ikke, som hævdet, være stigende områdetillæg (CfD), og heller ikke stigende profiltillæg (profiltillægget er fastsat til xx DKK/MWh, jf. notatets tabel 2), da dette ikke afhænger af, hvorvidt der er indkøbt grundlast systempriskontrakter eller ej.

170. Advokat Jørgen Holst skriver videre, at "*de forsyningspligtige selskaber fremhæver således, at årsagen til anvendelsen af hardship-bestemmelsen var de indtrufne stigninger i valutaprofiltillæg og områdetillæg*". Tilsynet fremhæver omvendt, at det fremgår af advokat Jørgen Holsts bilag B, at områdetillægget ikke på nogen måde indgår i tabsopgørelsen og dermed ikke kan være en korrekt årsagsforklaring til prisforhøjelsen i august 2002. Advokat Jørgen Holsts årsagsforklaring til prisforhøjelsen stemmer således ikke overens med høringsindlæggets bilag B.

171. Advokat Jørgen Holst redegør i høringsindlæggets afsnit 4.5 for, at "*rammerne for samarbejdet mellem Nordjysk Elhandel og de forsyningspligtige selskaber er fastlagt i en aftale, som parterne har benævnt porteføljevaltning*". Imidlertid skriver advokat Jørgen Holst videre, at "*ordet porteføljevaltning er formentlig misvisende, idet Nordjysk Elhandel i henhold til aftalen også udfører opgaver, som man ikke almindeligvis vil henføre under begrebet porteføljevaltning*".

172. Advokat Jørgen Holst hævder således, at forvaltningsydelsens pris skal ses i lyset af en mere omfattende ydelse end det, som normalt kan henføres under begrebet porteføljevaltning.

173. Det fremgår derimod ikke af Nordjysk Elhandels salgskontrakter med de seks forsyningspligtselskaber, at ydelsen omfatter andet end traditionel porteføljevaltning. Dette ses også af, at Nordjysk Elhandel alene havde hhv. 5, 7 og 9 ansatte i 2001, 2002 og 2003, og en sådan begrænset bemanning ville næppe have ressourcerne til at levere andre væsentlige ydelser til de seks forsyningspligtige selskaber.

174. Advokat Jørgen Holst nævner i afsnit 4.5 ni mere eller mindre forskellige opgaver som Nordjysk Elhandel løser på vegne af de seks forsyningspligtige selskaber. Det er sekretariatets opfattelse, at de nævnte opgaver er omfattet af en almindeligt forekommende porteføljeudførelse. Det må dog forudsættes, at omkostninger forbundet med opgaver vedr. kampagnestøtte med ekstra lange tilbudsperioder og salgsarbejde vedr. de seks forsyningspligtige selskabers specialtarifikunder alene afholdes af den kundegruppe (dvs. specialtarifikunderne) som giver anledning til omkostningerne, jf. EfL § 73, og således ikke kommer de ordinære forsyningspligtige kunder til ulempe.

175. Havde de seks forsyningspligtige selskaber, som forudsat i EfL, afsøgt markedet for alternative leverandører af porteføljevaltning, jf. også Tilsynets afgørelse af 25. oktober 1999, så havde de seks forsyningspligtige selskaber også fundet, at porteføljevaltningsydelsen fra Nordjysk Elhandel ikke dækker over andre væsentlige opgaver end netop standardmæssige porteføljevaltningsydelser.

176. Ydelserne fra Nordjysk Elhandel A/S har imidlertid heller ikke været mere usædvanlige og omfattende end, at HHE Forsyning A/S med relativt kort varsel i 2003 kunne bringe indkøbet af porteføljevaltningsydelser hos Nordjysk Elhandel til ophør.

177. Vedr. høringsindlæggets afsnit 5.2 samt 5.4.1 skal sekretariatet henvise til Tilsynets efterfølgende konkrete vurderinger/prisgodkendelser. Dog skal det pointeres, at EfL ikke forudsætter, at en disposition skal være foretaget med subjektiv hensigt for at være i strid med loven. EfL § 46 mfl. er således objektive bestemmelser, hvis omgåelse ikke forudsætter subjektiv hensigt derom.

178. Fsva. høringsindlæggets afsnit 5.4.2 skal det særligt bemærkes, at Tilsynets pålæg om prisændringer i medfør af EfL § 77, stk. 4 pga. et selskabs urimelige dispositioner ikke kan begrænses til at omfatte overskuddet i det/de år, hvori den/de urimelige dispositioner har fundet sted. En sådan fortolkning af EfL § 77, stk. 4, ville resultere i en de facto hvile-i-sig-selv regulering, idet et selskab ville være sikret omkostningsdækning for omkostninger, der er afholdt pga. dispositioner foretaget på ikke-markedsbestemte vilkår, fx mhp. at overføre overskud til en nærtstående part eller pga. af ineffektiv markedsadfærd.

179. Dette ses videre af, at en evt. hensigt om at omgå EfL § 46, stk. 4 eller en ubevidst omgåelse deraf kan resultere i to udfald (eller i en kombination deraf): 1) At overskuddet i et forsyningspligtigt selskab begrænses; eller 2) At det forsyningspligtige selskab kan godtgøre relativt høje forsyningspligtpriser over for forbrugerne. Uanset hensigten - eller mangel på samme - eller udfaldet, kan det resulterende overskud efterfølgende vise sig utilstrækkeligt til at dække forbrugernes ulempe ved dispositionerne.

180. Hovedreglen, jf. EfL § 77, stk. 1, er: At Energitilsynet kan give pålæg om ændring af priser og betingelser, hvis disse findes at være i strid med EfL.

181. Eftersom Energitilsynet jf. EfL § 46; § 69 og § 72 foretager et skøn af hhv. markedsbestemte vilkår, nødvendige omkostninger og rimeligt overskud, fører en evt. disposition foretaget i strid med loven til, at Energitilsynet må foretage et skøn af pålægget om ændring af priserne således, at der eksisterer proportionalitet mellem de foretagne handlinger i strid med loven og omfanget af pålægget om nedsættelse af priserne.

182. I dette skøn må Energitilsynet bl.a. vurdere, *hvor meget* priserne skal nedsættes og *over hvor lang en periode*, denne nedsættelse skal gælde. Udgangspunktet er, at forbrugerne skal kompenseres i forholdet en-til-en for de foretagne handlinger i strid med loven.

183. For såvidt angår § 77, stk. 4 kan Energitilsynet give pålæg om nedsættelse af forbrugerpriserne, hvis en virksomhed har foretaget en urimelig disposition overfor forbrugerne fx ved at købe for dyrt, jf. § 46, stk. 4. I skønnet af, hvor meget priserne skal nedsættes og over hvor lang en periode de skal nedsættes, kan Energitilsynet tage hensyn til det forhold, at den pågældende virksomhed kan have akkumuleret et overskud, som kan medgå til nedsættelse af priserne, hvad enten dette overskud er opnået i overensstemmelse med eller i strid med EfL.

184. Hvis Energitilsynet således kan sandsynliggøre, at den pågældende virksomhed har akkumuleret et overskud, kan Energitilsynet derfor - alt andet lige - pålægge virksomheden at nedsætte priserne yderligere og/eller over en kortere periode, således at forbrugerne hurtigere kompenseres for de af virksomheden foretagne dispositioner til ulempe for forbrugerne. Det skal endvidere bemærkes, at EfL ikke tillader, at forbrugerne modtager forrentning af deres tilgodehavende hos virksomheden.

185. I relation til sagens oplysning skriver advokat Jørgen Holst i afsnit 6.1, at *"Det er desuden de forsyningspligtige selskabers opfattelse, at det er udtryk for manglende indsigt i branchen, når Grant Thornton anfører, at fastpriskontrakterne efter at have ændret status muligvis først blev handlet ca. trekvart år senere. I et marked med store prisbevægelser ville det kunne have medført konkurs for Nordjysk Elhandel at opretholde en position på størrelse med de flyttede aftaler i næsten et år. Det er derfor aldeles urealistisk og udtryk for ren spekulation, når Grant Thornton indikerer, at Nordjysk Elhandel skulle have ventet så længe med at sælge kontrakterne"*.

186. Sekretariatet skal i den forbindelse bringe til erindring, at det fx fremgår af Nordjysk Elhandels bestyrelsesprotokollat af 6. februar 2003, at virksomheden forinden foretog kraftig elhandelsspekulation, samt at Nordjysk Elhandels egen revisor forinden ikke havde haft indsigt i de daglige dispositioner, som Nordjysk Elhandels daværende direktør foretog.

187. På den baggrund finder sekretariatet det ikke dokumenteret, at det er "*aldeles urealistisk og udtryk for ren spekulation, når Grant Thornton indikerer, at Nordjysk Elhandel skulle have ventet så længe med at sælge kontrakterne*"

188. Advokat Jørgen Holst redegør i afsnit 6.2.2.2 for, at det tidligere "Gas- og varmeprisudvalg" ikke så sig kompetent til at bedømme om bogføringsloven var overholdt. Sekretariatet er imidlertid enig i Grant Thorntons vurdering af, at Nordjysk Elhandel generelt ikke overholdt bogføringsloven ifm. håndtering af elindkøb, og specifikt er der ved overflytning af kontrakter tale om transaktioner i bogføringslovens forstand, som rettelig skal bogføres i overensstemmelse dermed. Det er desuden sekretariatets vurdering, at Nordjysk Elhandel A/S ikke i samme omfang som andre elhandelsselskaber, sekretariatet har kendskab til, har været i stand til at fremlægge oplysninger om og dokumentation for de dispositioner, der er foretaget i selskabet.

189. Til advokat Jørgen Holsts bemærkning i indlæggets afsnit 7.1.2 om, at den af Grant Thornton foretagne prissammenligning ikke er retvisende, skal sekretariatet henlede opmærksomheden på, at den opgørelse og prissammenligning, der refereres i Grant Thorntons rapport, er udført af Nordjysk Elhandel A/S.

190. Det fremgår af Aktionæroverenskomsten (Bech Bruuns pkt. 1.1 i bilag D) mellem Nordjysk Elhandel og de nærtstående forsyningspligtselskaber, at de nærtstående forsyningspligtselskabers elindkøb skal foretages gennem Nordjysk Elhandel. Dette finder Tilsynet uhensigtsmæssigt, idet priser og vilkår herfor dels ikke på forhånd er aftalt og dels ikke er fastsat i konkurrence med andre leverandører. Når en kollektiv elforsyningspligtig virksomhed på denne måde er bundet til at indkøbe el fra én given elleverandør, Nordjysk Elhandel, er det ikke befordrende for at priser og vilkår forudsættes fastsat i et uafhængigt miljø på almindelige markedsbestemte vilkår

191. Det primære er imidlertid ikke opgørelsen af tab eller gevinst på de ni elhandelskontrakter. Det primære er derimod, at en lang række uafhængige specialtarifkunder i modsætning til de seks (ikke uafhængige) forsyningspligtige virksomheder ikke er blevet pålagt (endsige anmodet om at acceptere) en efterfølgende prisforhøjelse fra Nordjysk Elhandels side.

192. Uanset årsagen eller årsagssammenhængen bag Nordjysk Elhandels prisforhøjelser på fastprisaftalerne med de nærtstående forsyningspligtselskaber og disses efterfølgende accept af prisforhøjelserne, kan det forhold, at forsyningspligtselskaberne accepterer en sådan prisforhøjelse ikke betegnes som værende foreneligt med elforsyningslovens forudsætninger om effektiv drift, herunder særligt med bestemmelsen i EfL § 46, stk 4. om, at aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår, skal indgås på markedsbestemte vilkår

[1] I sagen om Nesa, Seas, NVE og Frederiksberg Kommunes elindkøbspriser fra interessentskabet Sjællandske Kraftværker (det nuværende Energi E2 A/S).