



FORMANDSAFGØRELSE

AFSLAG PÅ HÅNDHÆVELSE AF DELE AF ENERGITILSYNETS AFGØRELSE AF 17. JUNI 2002 OM NESA OG AAB AFD. 39

22. april 2015
Varme
12/10165
HRJ/TBQ

1. RESUMÉ

1. Denne sag drejer sig om annullering af dele af Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002, i hvilken Energitilsynet blandt andet pålagde tidligere NESA Varme A/S (herefter NESA Varme) maksimalt at betale enten den omkostningsbestemte pris for varmen fra NESA Produktion A/S (herefter NESA Produktion) til levering til AAB afd. 39 eller substitutionsprisen for samme mængde varme som den ville fremkomme fra et kedelanlæg, såfremt kedelanlægget skulle producere varmemængden til AAB afd. 39. Den pris, der var benævnt substitutionsprisen, var ikke NESA Varmes substitutionspris, som den forstås under de offentligretlige prisbestemmelser i varmforsyningsloven, men en ved privatretlig prisaftale aftalt pris mellem de to selskaber.
2. Selskaberne NESA Produktion og NESA Varme er efter år 2005 benævnt E.ON Produktion Danmark A/S (herefter E.ON Produktion) og E.ON Varme Danmark ApS (herefter E.ON Varme).
3. Baggrunden for sagen er, at Boligforeningen AAB afd. 39 i Hjortekær i brev af 26. juni 2012 gjorde Energitilsynet opmærksom på, at E.ON Produktion afregner fjernvarmen til E.ON Varme til den omkostningsbestemte pris fra E.ON Produktions kraftvarmeanlæg, og ikke efter den fra NESAs ejertid mellem selskaberne aftalebestemte pris, der bliver beregnet som prisen fra den kedel, som E.ON Produktion også ejer, og havde overtaget fra NESA Produktion i 2005. Boligforeningen anmodede Energitilsynet om dels at indskærpe pålægget af 17. juni 2002 over for E.ON Varme, dels at gennemgå boligafdelingens egen substitutionsprisberegning samt bekræfte, at den var foretaget korrekt.
4. Energiklagenævnet har i afgørelse af 5. september 2011 fastslået, at ordlyden af varmforsyningslovens § 20, stk. 1, hvorefter nødvendige udgifter kan indregnes i varmeprisen, samt princippet om nødvendige omkostninger, efter Energiklagenævnets opfattelse fører til, at en eventuel aftale om varmeprisen som udgangspunkt er uden betydning ved vurderingen af, om varmforsyningsanlægget i henhold til varmforsyningsloven kan opkræve den omkostningsbestemte varmepris efter varmforsyningsloven.

SEKRETARIATET FOR ENERGITILSYNET

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

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

5. Energiklagenævnets afgørelse medfører efter Sekretariatets opfattelse, at Energitilsynet bl.a. derfor ikke kan opretholde afgørelsen af 17. juni 2002.

2. AFGØRELSE

6. På baggrund af vedlagte sagsfremstilling og begrundelse afgør formanden for Energitilsynet på vegne af Energitilsynet følgende:

- Energitilsynet kan derfor ikke over for E.ON Varme håndhæve det i punkt 22 i Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002 indeholdte påbud til NESA Varme, hvorefter NESA Varme påbydes maksimalt at betale enten den omkostningsbestemte pris for varmen fra NESA Produktion til levering til AAB afd. 39 eller den pris for samme mængde varme, som den ville fremkomme fra det i NESA Produktion beroende kedelanlæg, såfremt dette kedelanlæg skulle producere varmemængden til AAB afd. 39.
- Energitilsynet annullerer samtidig hermed de dele af afgørelsen, der knytter sig til den for NESA Varme (nu E.ON Varme) ikke reelt eksisterende substitutionsmulighed.
- Følgende afsnit annulleres, og udgår:
 - Afgørelsens pkt. 22 i sin helhed
 - Afgørelsens pkt. 23 i sin helhed
 - Afgørelsens pkt. 24 delvist. Følgende afsnit annulleres, og udgår af pkt. 24:

”at Energitilsynet i henhold til varmforsyningslovens § 20, stk. 1, finder, at substitutionsprisen skal beregnes med de begrænsninger, der følger af:

- at henlæggelser og afskrivninger, som har finansieret kedlen ved udgiftsførsel i elprisen før ikrafttrædelsen af lov nr. 375 af 2. juni 1999 om elforsyning, indtil videre tilbageføres uden forrentning ved i de kommende års varmepriser at afskrive afskrivningssaldoen på elkundernes tilgodehavende pr. 31. december 2001. Afskrivningssaldoen pr. 31. december 2001 beregnes som summen af de nævnte henlæggelser og afskrivninger fratrukket samtlige beregnede beløb til forrentning og afskrivning af kedlen fra dennes etableringstidspunkt til 31. december 2001.”

- Herudover udgår og annulleres følgende afsnit af pkt. 24:

”og som indgår i beregningsgrundlaget for substitutionsprisen,”

- I konsekvens heraf afviser Energitilsynet samtidig at forholde sig til boligafdelingens substitutionsprisberegning.
- Endelig finder Energitilsynet, at AAB Afd. 39 kan tillægges partsretigheder i nærværende sag, hvorfor sagen forud for den endelige afgørelse er sendt i høring hos AAB Afd. 39, foruden E.ON Varme og E.ON Produktion.

3. SAGSFREMSTILLING.

7. Energitilsynet traf den 17. juni 2002 afgørelse i sagen Arbejdernes Andels Boligforening afd. 39 i Hjortekær – klage over varmeprisen hos NESA Varme A/S: Journalnr.: 3/1322-0100-0080.

8. Det fremgår bl.a. af afgørelsens punkt 22-23:

”22. at Energitilsynet efter omstændighederne ikke finder grundlag for at anfægte, at det kedelanlæg, som er nævnt i sagen, må være at regne for en faktisk eksisterende substitutionsmulighed for NESA Varme A/S. Energitilsynet pålægger derfor NESA Varme A/S i henhold til varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, maksimalt at betale enten den omkostningsbestemte pris for varme fra NESA Produktion A/S til levering til AAB afd. 39 eller substitutionsprisen for samme mængde varme som den ville fremkomme fra kedelanlægget, såfremt dette kedelanlæg skulle producere varmemængden til AAB afd. 39. Energitilsynet finder i henhold til § 20, stk. 1, at substitutionsprisen skal hvile på et omkostningsbudget for den nævnte mængde varme fra kedelanlægget, men at NESA Varme A/S skal kunne dokumentere, at prisfastsættelsen er i overensstemmelse med varmemforsyningslovens regler, herunder udarbejde en kalkule når året er gået, der viser, hvilken af den omkostningsbestemte pris eller substitutionsprisen, som ville være lavest. Viser en sådan beregning, at substitutionsprisen ville have været lavere end den omkostningsbestemte pris, må dette korrigeres i den kommende prisberegning,

23. at Energitilsynet efter omstændighederne vil kunne acceptere, at den budgetterede substitutionspris for varmelieferancerne til AAB afd. 39 beregnes ved en prisformel, som udtrykker omkostningsbudgettet for substitutionsprisen fra kedelanlægget,”

9. Det følger således af ordlyden og formuleringerne i afgørelsen af 17. juni 2002, at Energitilsynet pålagde NESA Varme maksimalt at betale enten den omkostningsbestemte pris for varme fra NESA Produktion til levering til AAB afd. 39 eller substitutionsprisen for samme mængde varme som den ville fremkomme fra kedelanlægget, såfremt dette kedelanlæg skulle producere varmemængden til AAB afd. 39.

10. Prisformlen i pkt. 23 udtrykte prisen i den privatretlige prisaftale mellem NESA Varme og NESA Produktion. Energitilsynets pålæg var derfor i realiteten et pålæg om, at NESA Varme og NESA Produktion overholdte de betingelser for prisberegningen, der var privatretligt aftalt mellem de to selskaber.

11. Det fremgår endvidere af afgørelsen af 17. juni 2002, at de nærmere faktiske omstændigheder i sagen var, at NESA Produktion ejede både et naturgasfyret kraftvarmeanlæg og en kedel. Prisafregning m.v. blev reguleret i en varmelieferingsaftale mellem NESA Produktion og NESA Varme.

12. NESA Produktion leverede således den producerede varme til NESA Varme, der forestod den videre distribution til de endelige forbrugere i boligafdelingen, idet der imidlertid pr. 1. januar 2000 blev etableret direkte kundeforhold til slutbrugerne

13. En nærmere gennemgang af de faktiske omstændigheder, jf. umiddelbart herunder, synes derfor at måtte medføre, at Energitilsynet – såfremt det antages, at der var anledning til at give et pålæg - rettelig burde have rettet sit pålæg til NESA Produktion, idet NESA Varme ikke havde, og fortsat ikke har kontrol over kedlen, der er anbragt i en fra NESA Varme forskellig juridisk enhed. Til trods for formuleringerne i afgørelsen af 17. juni 2002 må det således antages, at Energitilsynet har tiltrådt, at aftaleparterne med bindende virkning såvel civilretligt som offentligretligt kunne aftale en substitutionsmulighed.
14. Det fremgår af afgørelsen af 17. juni 2002, at NESA-navnet i sagen blev anvendt som samlet betegnelse for NESAs varmevirksomhed, når der ikke udtrykkeligt blev henvist til NESA Produktion eller NESA Varme, hvilket bl.a. skyldtes, at visse leveringsaftaler var indgået før etableringen af de nævnte selskaber, og at der ikke efterfølgende var sket konsekvensrettelser i aftalerne, samt at selskaberne i NESA-koncernen til tider ikke selv synes at have været tilstrækkelig omhyggelig med at identificere, hvilke juridiske enheder, som var forpligtet og berettiget i henhold til aftalerne.
15. Det fremgår således f.eks. af afgørelsens punkter 46-51, at NESA til Energitilsynet oplyste, at ejerskabet til kedlen kunne placeres enten i NESA Produktion eller i NESA Varme, fordi selskaberne var koncernforbundne.
16. Tilsvarende oplyste NESA, at kedlen opfyldte kravene til, at et forsyningselskab kunne kræve afregning efter et substitutionsprisprincip samt at prisformlerne i NESA's varmekontrakter var enkle at overskue, enkle at administrere, kundenvenlige samt i god overensstemmelse med både substitutions- og omkostningsprincippet.
17. Det fremgår videre af 17. juni 2002 afgørelsen, at Energitilsynet bl.a. under hensyn til disse omstændigheder ikke fandt grundlag for at anfægte, at det kedelanlæg, som blev nævnt i sagen måtte kunne regnes for en faktisk eksisterende substitutionsmulighed for NESA Varme, selvom kedlen var ejet af NESA Produktion. Energitilsynets accept af den privatretlige varmeliveringsaftale fremgår som anført ligeledes af afgørelsens pkt. 23:

”[...] at Energitilsynet efter omstændighederne vil kunne acceptere, at den budgetterede substitutionspris for varmeliverancerne til AAB afd. 39 beregnes ved en prisformel, som udtrykker omkostningsbudgettet for substitutionsprisen fra kedelanlægget, [...]”
18. Det er tillige oplyst for Sekretariatet, at NESA-koncernens kraftvarmeanlæg, herunder diverse anlæg og distributionsnet i Hjortekær samt selskabernes aftaler etc. blev overtaget af E.ON-koncernen i 2005 ved en række aktieoverdragelser, ligesom der efterfølgende har været en række selskabsretlige omstruktureringer i E.ON-koncernen.
19. Leveringskæden således som den foreligger oplyst, kan illustreres på følgende vis:

E.ON Produktion – E.ON Varme – Slutbrugerne (i AAB afd. 39).

20. Endvidere er det oplyst, at E.ON Produktion efter overtagelsen i overensstemmelse med varmforsyningslovens § 20, stk. 1 og stk. 2 har solgt den af E.ON Produktion producerede varme til den omkostningsbestemte pris til E.ON Varme, der ligeledes i overensstemmelse med varmforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2 har videresolgt og distribueret varmen til de endelige slutbrugere.
21. Ved brev af 26. juni 2012 rettede advokat Asger Janfelt på vegne Boligforeningen AAB Afdeling 39 henvendelse til Sekretariatet med oplysning om, at E.ON Varme nægtede at efterkomme Energitilsynets pålæg af 17. juni 2002.
22. I den forbindelse anmodede advokat Asger Janfelt Sekretariatet om dels at indskærpe pålægget af 17. juni 2002 over for E.ON Varme, dels at gennemgå boligafdelingens egen substitutionsprisberegning samt bekræfte, at den var foretaget korrekt.
23. Ved e-mail af 8. juli 2014 til advokat Asger Janfelt, tilkendegav Sekretariatet, at det var Sekretariatets vurdering, at det ikke kunne håndhæve afgørelsen af 17. juni 2002 over for E.ON Varme, og at sekretariatet derfor ville indstille til Energitilsynet, at afgørelsen blev genovervejet.
24. Den 8. august 2014 anførte advokat Asger Janfelt på vegne Boligforeningen AAB Afd. 39, bl.a. følgende:

”Sekretariatet begrundet tilkendegivelsen med, at der ikke er tale om en ”egentlig” substitutionsprissag, fordi producenten ejer kedlen, og modtageren af varmen, der videreleverer den, ikke har nogen reel substitutionsmulighed.

Dette udgør imidlertid ikke er retlig mangel ved afgørelsen, der kan medføre afgørelsens ugyldighed.

Energitilsynet traf i sin tid afgørelsen på et fuldt oplyst grundlag og var også bekendt med de faktiske oplysninger, som lå til grund for tilsynets vurdering af substitutionsmuligheden.

Afgørelsen ligger endvidere fuldt ud inden for de hjemmelmæssige rammer, der følger af varmforsyningslovens § 21, stk. 4.

Substitutionsprisprincippet er udviklet i energimyndighedernes praksis.

Substitutionsprisen er ikke en omkostningsbestemt pris, men en hypotetisk pris, der vil kunne indgå i Energitilsynets vurdering efter varmforsyningslovens § 21, stk. 4, af, om der er tale om en rimelig varmepris, jf. Energitilsynets afgørelse af 27. februar 2006 (j.nr. 4/0920-0102-002) pkt. 58.

Af de grunde, der er anført i Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2014 [Sekretariatet: her menes formentlig 17. juni 2002] vedrørende Hjortekær, fastholdes det, at substitutionsprisprincippet i denne afgørelse er anvendt korrekt.

Og selv hvis det ikke var tilfældet, ville afgørelsen ikke af den grund være uhjemlet, men fortsat ligge inden for rammerne af den rimelighedsvurdering, som Energitilsynets har hjemmel til at foretage efter varmforsyningslovens § 21, stk. 4.

Der ville i givet [Sekretariatet: her må formentlig tilføjes ”tilfælde”] højest foreligge en konkret begrundet fravigelse fra energimyndighedernes eksisterende praksis, som aldrig ville kunne begrunde afgørelsens ugyldighed, og slet ikke når boligforeningen har indrettet sig i tillid til, at afgørelsen var gyldig, se straks nedenfor.

Tertiære momenter, herunder hensynet til boligforeningen, taler imod ugyldighed

Selv hvis en afgørelse lider af en (væsentlig) retlig mangel, er det ikke uden videre givet, at afgørelsen bliver ugyldig. Såkaldt tertiære momenter kan som nævnt tale imod ugyldighed. Det gælder f.eks. forhold som (1) afgørelsens eventuelt begunstigende karakter, (2) om afgørelsen har fremkaldt berettigede forventninger hos adressaten eller andre, om de har indrettet sig i tillid til afgørelsen, og om de har været i god tro, og (3) tidsforløbet siden afgørelsen blev meddelt, og om der er udvist passivitet af den, der har interesse i at anfægte afgørelsen.

I den aktuelle sag har Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002 netop karakter af en begunstigende afgørelsen i forhold til Boligforeningen AAB Afdeling 29, der i god tro – ligesom i øvrigt NESA Varme og oprindelig også E.ON Varme – indrettede sig i tillid til, at afgørelsen stod ved magt som beskrevet i mit brev af 26. juni 2012.

NESA Varme, hvis forpligtelser ifølge afgørelsen E.ON Varme er indtrådt i, har heroverfor ikke alene udvist passivitet, men har tværtimod selv bekræftet Energitilsynets i den vurdering af substitutionsprisprincippet, som sekretariatet nu tilsyneladende tager afstand fra.

E.ON Varme har heller ikke anfægtet afgørelsen over for Energitilsynet. E.ON Varme undlod således også at nævne afgørelsen over for tilsynet, da selskabet bad tilsynet om den vejledende udtalelse, af 7. juli 2009, som selskabet senere påberåbte sig over for boligforeningen.

Endelig skal nævnes det ikke uvæsentlige forhold, at afgørelsen på nuværende tidspunkt har været gældende i godt 12 år.

Sammenfattende fastholder jeg således, at Energitilsynets pålæg af 26. juni 2012 [Sekretariatet: her menes formentlig 17. juni 2002] er gyldigt og skal håndhæves over for E.ON Varme, hvorfor jeg ligeledes fastholder anmodningen herom i mit brev af 26. juni 2012 som nænt ovenfor”.

25. Herudover har advokat Asger Janfelt på vegne af Boligforeningen AAB Afd. 39, om boligafdelingens status som part i sagen anført følgende i e-mail af 28. januar 2015:

”Jeg anser mig selv for partsrepræsentant i sagen på vegne af AAB Afd. 39, som Energitilsynet tidligere har anset for part i selve afgørelsessagen.

Efter min opfattelse må AAB Afd. 39 herefter også anses for part i den aktuelle sag om håndhævelse af den afgørelse af 17. juni 2002, som Energitilsynets oprindelige sagsbehandling mundede ud i, og som ifølge afgørelsens pkt. 19-20 bl.a. netop er adresseret til AAB Afd. 39. Forvaltningslovens partsbegreb omfatter først og fremmest ansøgere og adressater for en afgørelse, jf. Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer (1. udgave, 2013), s. 126.

Hvis Energitilsynet nu vil stille som udtrykkelig betingelse, at der består et repræsentationsforhold mellem AAB Afd. 39 og de enkelte beboere, hører jeg gerne dette. Efter min opfattelse har Energitilsynet dog allerede forudsat et sådant repræsentationsforhold i forbindelse med afgørelsen af 17. juni 2002, hvor det i pkt. 1 netop hedder, at klagen er indgivet af varmemeforbrugere i AAB Afd. 39, dvs. af varmemeforbrugerne repræsenteret ved boligforeningen.

Jeg skal dog som tidligere nævnt i givet fald påpege, at den nugældende varmeleveringsaftale af 20. februar 2004 netop er indgået mellem NESA Varme A/S og AAB Afd. 39, hvorfor problemstillingen under alle omstændigheder næppe er aktuel længere.”

3.1 Bemærkninger fra sagens parter

26. Boligforeningen henholder sig til sine tidligere indlæg, idet det fastholdes, at Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002 skal håndhæves i sin helhed. Boligforeningen går ud fra, at den endelige afgørelse uanset udfaldet ikke påvirker resultatet af Energitilsynets afgørelse af 7. juli 2014 (sag 14/03582), hvor tilsynet fandt, at de akkumulerede underdækninger per ultimo 2011 i bl.a. Hjørtækær ikke er nødvendige omkostninger i varmemeforsyningslovens forstand.
27. E.ON Produktion og E.ON Varme har ikke indsendt bemærkninger til udkastet til afgørelsen.
28. *Sekretariatets bemærkning:* 7. juli 2014 afgørelsen har ikke noget med nærværende sag at gøre.

4. LOVGRUNDLAG

4.1 Det forvaltningsretlige retsgrundlag:

4.1.1 Det forvaltningsretlige partsbegreb:

29. Varmeforsyningsloven indeholder ikke særskilte regler om kredsen af parter. Vurderingen af, hvem der er part i en konkret sag, skal derfor foretages ud fra de almindelige forvaltningsretlige regler.
30. Efter de almindelige forvaltningsretlige regler anses bl.a. den umiddelbare adressat for en konkret afgørelse for part. Det forvaltningsretlige partsbegreb er imidlertid bredere, og udvides derfor til også at dække andre, der har en direkte, væsentlig og individuel interesse i en afgørelse

4.1.2 Det forvaltningsretlige officialprincip:

31. Det følger bl.a. af den almindelige forvaltningsret, at det som udgangspunkt er forvaltningen, der har ansvaret for indhentelse af sagens faktiske oplysninger. Dette gælder både oplysninger, der er til fordel for, og oplysninger, der er til ulempe for borgeren. Myndigheden skal i forbindelse med sin oplysning af sagen arbejde for den materielt korrekte afgørelse i sagen.
32. Forvaltningen er således forpligtet til at indhente de relevante oplysninger, ligesom forvaltningen har ansvaret for, at der indhentes de oplysninger, der er nødvendige for, at det kan afgøres, om retsfaktum er opfyldt. Indhentelse af de faktiske oplysninger har derfor meget snæver sammenhæng med retsgrundlaget for sagen. Det er retsgrundlaget, der angiver retsfaktum.
33. Giver lovens bestemmelser myndigheden en skønsmulighed, må myndigheden først bestemme, hvilke kriterier, som der skal tillægges betydning, hvorefter myndigheden skal indhente oplysning til afklaring af disse kriterier.
34. For så vidt angår udstrækningen af oplysningspligten antages det sædvanligvis i den almindelige forvaltningsret, at myndigheden skal indhente så mange og så detaljerede oplysninger, at der forsvarligt kan træffes en korrekt afgørelse.

4.1.3 Det forvaltningsretlige ugyldighedsbegreb:

35. Det antages i den almindelige forvaltningsret, at følgende betingelser skal være opfyldt for, at en forvaltningsafgørelse erklæres ugyldig:
36. Der skal for det første foreligge retsstridighed, dernæst skal retsstridigheden være væsentlig, og endelig må der ikke være vægtige hensyn, der taler imod, at afgørelsen erklæres ugyldig.
37. Det beror på en nærmere vurdering, om en retsstridighed er væsentlig, der bl.a. vil afhænge af, hvorvidt retsstridigheden skyldes en sagsbehandlingsmangel eller en indholdsmæssig mangel. Tilsvarende vil det bero på en nærmere konkret vurdering, hvorvidt der må antages at foreligge væsentlige hensyn, der taler imod, at en afgørelse erklæres ugyldig. Der vil kunne læses mere herom i f.eks. bogen ”Almindelig Forvaltningsret”, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. udgave 2013, side 430 ff. af Sten Bønsing.

4.2 Det energiretlige retsgrundlag:

4.2.1 Varmeforsyningsloven:

38. Varmeforsyningslovens § 20, stk. 1 og stk. 2, har følgende ordlyd:

”Kollektive varmforsyningsanlæg, industrivirksomheder, kraftvarmeanlæg med en eleffekt over 25 MW samt geotermiske anlæg m.v. kan i priserne for levering til det indenlandske marked af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas med det formål at levere energi til

bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand indregne nødvendige udgifter til energi, lønninger og andre driftsomkostninger, efterforskning, administration og salg, omkostninger som følge af pålagte offentlige forpligtelser, herunder omkostninger til energispareaktiviteter efter §§ 28 a, 28 b og 29, samt finansieringsudgifter ved fremmedkapital og underskud fra tidligere perioder opstået i forbindelse med etablering og væsentlig udbygning af forsyningssystemerne, jf. dog stk. 7-17, § 20 a og § 20 b. 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse på levering af opvarmet vand til andre formål fra et centralt kraft-varme-anlæg, jf. § 10, stk. 6, i lov om elforsyning.

Stk. 2. Klima-, energi- og bygningsministeren kan fastsætte regler om, at andre udgifter og omkostninger end de i stk. 1 nævnte kan indregnes i priserne, jf. dog stk. 7. Klima-, energi- og bygningsministeren kan endvidere fastsætte regler om indregning i priserne af kompensation ved et projekt til ændring af områdeafgrænsningen og indregning af driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energitilsynets tiltræden forrentning af indskudskapital.”

39. Varmeforsyningslovens § 21, stk. 4 og stk. 5, har følgende ordlyd:

”Finder Energitilsynet, at tariffer, omkostningsfordeling eller andre betingelser er urimelige eller i strid med bestemmelserne i §§ 20, 20 a eller 20 b eller regler udstedt i henhold til loven, giver tilsynet, såfremt forholdet ikke gennem forhandling kan bringes til ophør, pålæg om ændring af tariffer, omkostningsfordeling eller betingelser, jf. dog stk. 6.

Stk. 5. Såfremt tariffer, omkostningsfordeling eller andre betingelser må antages at ville medføre en i samfundsmæssig henseende uøkonomisk anvendelse af energi, kan tilsynet efter forhandling som nævnt i stk. 4 give pålæg om ændring af tariffer, omkostningsfordeling eller betingelser, jf. dog stk. 6.”

4.2.2 *Elforsyningsloven:*

40. Elforsyningslovens § 78, stk. 1, har følgende ordlyd:

”Til varetagelse af tilsyns- og klagefunktion på energiområdet nedsætter klima-, energi- og bygningsministeren et Energitilsyn. Energitilsynet behandler ikke klager vedrørende civile tvister.”

4.2.3 *Praksis fra øverste administrative energiprismyndighed:*

41. Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. april 1999 med j.nr.: 98-177.861:

I ovennævnte kendelse fremgår bl.a. følgende:

”Efter varmforsyningslovens § 20, stk. 1, kan biogasanlægget tage den omkostningsbestemte pris, d.v.s. den pris, som giver dækning for de omkostninger, der kan anses for at være forbundet med at producere biogassen. Efter varmforsyningslovens § 21, stk. 5, kan Gas- og Varmeprisudvalget – overensstemmelse med Ankenævnets praksis vedrørende substitutionspris – efter omstændighederne finde biogasanlæggets omkostningsbestemte pris urimelig, hvis den er høje-

re end kraftvarmeværkets substitutionspris, d.v.s. den pris, hvortil kraftvarmeværket under de givne forudsætninger selv ville kunne fremstille eller andetsteds erhverve en ydelse, som kan substituere biogassen i kraftvarmeværkets produktion.”

42. Energiklagenævnets afgørelse af 26. februar 2007 med j.nr.: 21-502:

I ovennævnte sag fra Energiklagenævnet fremgår bl.a. følgende:

”Det er således ikke korrekt, når Energitilsynet i afgørelsen af 1. marts 2006 ved gengivelsen af § 21, stk. 4, i varmforsyningsloven anfører, at Energitilsynet kan meddele pålæg, hvis tilsynet finder, at visse nærmere angivne betingelser er urimelige. Energitilsynet kan først meddele pålæg, hvis det ikke gennem forhandling har vist sig muligt at bringe det urimelige forhold til ophør”

43. Energiklagenævnets afgørelse af 26. februar 2007 med j.nr.: 21-552:

I ovennævnte sag fra Energiklagenævnet fremgår bl.a. følgende:

”Det fremgår ikke af varmforsyningslovens § 21, stk. 4, eller denne bestemmelses forarbejder, hvilke nærmere krav der stilles til den forhandling, som ifølge bestemmelsen skal finde sted mellem Energitilsynet og den pågældende virksomhed forud for meddelelse af pålæg.

Det følger derimod af varmforsyningslovens § 21, stk. 4, at såfremt der ikke kan opnås enighed mellem tilsynet og den pågældende virksomhed om ændring af priser eller andre betingelser, kan tilsynet ved en afgørelse meddele den pågældende virksomhed pålæg om at ændre de urimelige priser eller betingelser. En sådan afgørelse om pålæg kan påklages til Energiklagenævnet, jf. varmforsyningslovens § 26, stk. 1.

44. Energiklagenævnets afgørelse af 26. februar 2007 med j.nr.: 21-553:

I ovennævnte sag fra Energiklagenævnet fremgår bl.a. følgende:

”Da varmforsyningslovens § 21, stk. 4, ifølge sin ordlyd alene giver hjemmel til at træffe afgørelse i form af pålæg, og da forarbejderne til bestemmelsen ikke kan føre til en anden fortolkning, finder Energiklagenævnet, at Energitilsynets afgørelse af 27. november 2006 efter sit indhold alene kan betragtes som en tilkendegivelse om, at tilsynet finder, at varmeværkets betingelser for betaling af depositum er urimelige og bør ændres.

Energiklagenævnet finder således ikke, at Energitilsynet har truffet afgørelse i sagen.”

45. Energiklagenævnets afgørelse af 24. marts 2011 med j.nr. 1021-10-36-13:

I ovennævnte sag fra Energiklagenævnet fremgår bl.a. følgende:

”Ordlyden af varmforsyningslovens § 20, stk. 1, hvorefter nødvendige udgifter kan indregnes i varmeprisen, samt hvile-i-sig-selv-princippet, fører efter Energiklagenævnet opfattelse til, at en eventuel aftale mellem et varmeproduktionsselskab og et varmedistributionsselskab om en nærmere bestemt pris som udgangspunkt er uden betydning ved vurderingen af, om varmeproduktionsselskabet i henhold til varmforsyningsloven kan indregne en udgift i prisen for varmeleverancer overfor varmedistributionsselskabet.

Energiklagenævnet er således ikke enig i Energitilsynets vurdering af, at en indgået aftale mellem et varmeproduktionsselskab og et varmedistributionsselskab om prisen for varmeleverancen kan afskære varmeproduktionsselskabet fra – i henhold til varmforsyningsloven – at indregne de i varmforsyningslovens § 20, stk. 1, nævnte udgifter.

Energiklagenævnet finder på den baggrund, at Energitilsynet ikke i henhold til varmforsyningslovens § 21, stk. 4, har hjemmel til at pålægge E.ON Produktion at tilbagekalde fakturaen under henvisning hertil. Det betyder, at Energitilsynets afgørelse er ugyldig og som følge heraf ophæves.”

46. Energiklagenævnets afgørelse af 5. september 2011 med j.nr. 1021-11-3-52:

I ovennævnte sag fra Energiklagenævnet fremgår bl.a. følgende:

”Energiklagenævnet finder, at indgåelse af en aftale om varmeprisen som udgangspunkt ikke indskrænker varmforsyningsanlæggenes ret til indregning af underdækning. På denne baggrund er det Energiklagenævnets opfattelse, at der i relation til spørgsmålet om indregning af eventuel underdækning ikke er forskel på, om underdækningen er opstået som følge af en aftalt pris eller en af det kollektive varmforsyningsanlæg fastsat pris (tarif). Dette medfører, at såfremt der er indgået en aftale om prisen, hvor den aftalte pris er lavere end den omkostningsbestemte pris, vil dette ikke i sig selv afskære det kollektive varmforsyningsanlæg fra at indregne en eventuel underdækning som følge heraf.

[...]

Spørgsmålet om, hvorvidt en eventuel underdækning, som hidrører fra en aftalt pris, kan indregnes, beror efter Energiklagenævnets opfattelse på en konkret vurdering af, om underdækningen kan anses for en nødvendig omkostning i medfør af varmforsyningslovens § 20, stk. 1. Underdækning, som f.eks. skyldes usagligt eller vilkårligt fastsatte priser, kan som udgangspunkt og efter en formålsfortolkning ikke anses for en nødvendig omkostning. I denne vurdering kan bl.a. indgå, hvorvidt aftalen afviger fra tilsvarende aftaler om varmeleverancer, og i givet fald i hvilket omfang den afviger herfra. I den forbindelse vil det have betydning, om prisfastsættelsen er usædvanlig lav, og/eller om der i øvrigt måtte være forhold, som viser, at der bevidst er kalkuleret med underdækning, f.eks. af konkurrencemæssige årsager. Det kan i den forbindelse tages i betragtning, om der er tale om uafhængige aftaleparter med et naturligt interesse-mæssigt modsætningsforhold, eller om der er tale om koncernforbundne selskaber, der ikke nødvendigvis har et sådant naturligt modsætningsforhold.

[...]

Energiklagenævnet er på denne baggrund ikke enig i Energitilsynets vurdering af, at en underdækning, som hidrører fra en aftalt pris, der er lavere end den omkostningsbestemte pris, generelt afskærer et kollektivt varmforsyningsanlæg fra at indregne underdækningen. Adgangen hertil beror som anført efter Energiklagenævnets opfattelse på en konkret vurdering i forhold til varmforsyningslovens § 20, stk. 1.

Energitilsynet ses ikke at have foretaget en konkret vurdering af, om E.ON Produktion i nærværende sag i henhold til varmforsyningslovens § 20, stk. 1, kan indregne den underdækning, som hidrører fra den aftalte prisfastsættelse.

Energiklagenævnet finder det rettest, at Energitilsynet som førsteinstans tager stilling hertil på baggrund af de ovenfor nævnte retningslinjer og andre relevante forhold. Nævnet hjemviser derfor sagen til fornyet behandling med henblik på, at Energitilsynet foretager denne vurdering.”

47. Energiklagenævnets afgørelse af 5. september 2011 med j.nr. 1021-11-12-20

I ovennævnte sag fra Energiklagenævnet fremgår bl.a. følgende:

”Energiklagenævnet finder, at indgåelse af en aftale om varmeprisen som udgangspunkt ikke indskrænker varmforsyningsanlæggenes ret til indregning af underdækning. På denne baggrund er det Energiklagenævnets opfattelse, at der i relation til spørgsmålet om indregning af eventuel underdækning ikke er forskel på, om underdækningen er opstået som følge af en aftalt pris eller en af det kollektive varmforsyningsanlæg fastsat pris (tarif). Dette medfører, at såfremt der er indgået en aftale om prisen, hvor den aftalte pris er lavere end den omkostningsbestemte pris, vil dette ikke i sig selv afskære det kollektive varmforsyningsanlæg fra at indregne en eventuel underdækning som følge heraf.

[...]

Energiklagenævnet er på denne baggrund ikke enig i Energitilsynets vurdering af, at en underdækning, som hidrører fra en aftalt pris, der er lavere end den omkostningsbestemte pris, generelt afskærer et kollektivt varmforsyningsanlæg fra at indregne underdækningen. Adgangen hertil beror som anført efter Energiklagenævnets opfattelse på en konkret vurdering i forhold til varmforsyningslovens § 20, stk. 1.”

4.2.4 Praksis mv. fra 1.instans på energiprisområdet:

48. Energitilsynets afgørelse af 27. februar 2006 med j.nr.: 4/0920-0102-002:

I ovennævnte sag fra Energitilsynet fremgår bl.a. følgende:

”57. For det meste løses omkostningsfordelingen ved ”bona fide”-forhandlinger mellem varmesiden og affaldssiden som ligeværdige parter. Til brug i situationer, hvor der ikke kan opnås enighed mellem parterne, har det tidligere Gas- og Varmeprisudvalg udviklet det såkaldte substitutionsprisprincip. Dette princip tager udgangspunkt i varmforsyningslovens § 20 om indregning af nødvendige omkostninger i varmeprisen. *Efter substitutionsprisprincippet er det ikke en nødvendig omkostning for et fjernvarmeværk, at betale mere for varmen fra en varmeleverandør (fx et affaldsforbrændingsanlæg), end det vil koste fjernvarmeværket selv at producere varmen eller at købe den hos tredjemand.*

58. Det betyder, at der skal opgøres en substitutionspris for fjernvarmeværket, som viser produktionsprisen, hvis fjernvarmeværket selv producerer varmen på det anlæg, som affaldsvarmen har fortrængt, eller som er til rådighed for fjernvarmeværket. *Denne pris vil herefter kunne indgå i Energitilsynets vurdering efter varmforsyningslovens § 21, stk. 4, af om der er tale om*

en rimelig varmepris. Da hele affaldsforbrændingsanlægget er omfattet af varmforsyningslovens ”hvile i sig selv”-princip, skal affaldsbehandlingsprisen også indgå i vurderingen.”

49. Gas- og Varmeprisudvalgets notat af 25. oktober 1995 med journal nr. 2:5-220 med orienterende notat til udvalgsrådet den 6. november 1995:
50. Det fremgår bl.a. af ovennævnte notat fra Gas- og Varmeprisudvalgsmøde af 6. november 1995, der omtaler substitutionsprisprincippet efter administrativ praksis, at:

”For at forsyningselskabet skal kunne kræve afregning efter et substitutionsprisprincip er der en række faktorer der skal være opfyldt.

For det første må det forudsættes, at der er et alternativ der er

eksisterende (der er et fysisk anlæg)
faktisk (af tilstrækkelig kapacitet)
muligt (kan der opnås tilladelse til produktion udover som spids- og reservelast)
lovligt (må det overhovedet bruges)
realistisk (kan der skaffes brændsel)”

5. BEGRUNDELSE

5.1 Spørgsmålet om partsstatus

51. Eftersom AAB Afd. 39 ikke er adressat for Energitilsynets Afgørelse, og der efter det for Energitilsynet oplyste allerede pr. 1. januar 2000 blev etableret direkte kundeforhold til slutbrugerne, således at det er den enkelte fjernvarmebruger, der har det direkte kundeforhold til E.ON Varme, kan det efter sekretariatets opfattelse fremstå tvivlsomt, om AAB afd. 39 skal tillægges partsrettigheder i medfør af afgørelsen af 17. juni 2002
52. Det følger imidlertid af dansk rets almindelige regler, at også andre personer, som er meget påvirket af en afgørelse uden dog at være den direkte adressat, efter omstændighederne kan tildeles partsrettigheder.
53. Det er således almindelig antaget, at partsbegrebet kan udvides til også at dække andre, der har en direkte, væsentlig og individuel interesse i en afgørelse.
54. For at en person kan betegnes som part efter denne udvidede definition, er det imidlertid efter den gængse opfattelse en forudsætning, at alle kriterierne i princippet er opfyldt, men at der på den anden side er tale om en samlet vurdering, hvor samtlige kriterier må inddrages i forbindelse med vurderingen. Såfremt et kriterium er særlig fremtrædende i en konkret sag, kan der derfor slækkes på et andet.

55. Uden derved at tage stilling til, om AAB afd. 39 er part i afgørelsen af 17. juni 2002 eller i en sag om håndhævelse af afgørelsen, finder Sekretariatet under hensyn til en samlet vurdering af ovennævnte kriterier, herunder de af advokat Asger Janfelt på vegne AAB afd. 39 angivne oplysninger om sagens faktiske omstændigheder, at AAB afd. 39 indtil videre, blandt andet ud fra retssikkerhedsmæssige overvejelser, kan tillægges partsrettigheder i nærværende sag, der omhandler såvel afgørelsen af 17. juni 2002 som spørgsmålet om håndhævelse af afgørelsen.
56. Sekretariatet for Energitilsynet har herved lagt vægt på oplysningerne om, at selv om det i dag er den enkelte fjernvarmeforbruger, der har det direkte kundeforhold til E.ON Varme, har AAB Afd. 39 fremtrådt som repræsentant for varmeforbrugerne, herunder fremsendt oplysninger, forestået korrespondance samt telefoniske henvendelser mv. i forhold til sekretariatet. Hertil kommer, at den i sagen foreliggende koncernforbindelse ophæver det sædvanlige modsætningsforhold mellem leverandør og aftager, hvilket ligeledes tilsiger, at AAB Afd. 39 bør tildeles partsrettigheder.

5.2 Spørgsmålet om civile aftaler:

57. De ovennævnte afgørelser med j.nr.: 1021-10-36-13, j.nr.: 1021-11-3-52 og j.nr.: 1021-11-12-20 fra Energiklagenævnet vedrører varmel leveringsaftaler mellem selskaberne E.ON Produktion og E.ON Varme. Aftalerne mellem selskaberne og deres kunder har samme set-up.
58. Det bemærkes, at varmel leveringsaftalen mellem NESA Varme og NESA Produktion i Hjortekær tidligere var en varmel leveringsaftale mellem NESA og Boligafdelingen, jf. pkt. 67 i Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002.
59. Energiklagenævnet har i de ovennævnte sager, dvs. efter afgørelsen af 17. juni 2002, fastslået, at ordlyden af varmel forsyningslovens § 20, stk. 1, hvorefter nødvendige udgifter kan indregnes i varmeprisen, samt hvile-i-sig-selv-princippet, efter Energiklagenavnets opfattelse fører til, at en eventuel aftale om varmeprisen som udgangspunkt er uden betydning ved vurderingen af, om varmel forsyningsanlægget i henhold til varmel forsyningsloven kan opkræve den omkostningsbestemte varmepris efter varmel forsyningsloven. I sekretariatets e-mail af 8. juli 2014 var også henvist til disse afgørelser.
60. Hvordan den privatretlige varmel leveringsaftale mellem NESA Varme og NESA Produktion skulle fortolkes, er således som udgangspunkt uden betydning for indregning af udgifter i fjernvarmeprisen.
61. Energitilsynets udtalelser i afgørelsen af 17. juni 2002 om varmel leveringsaftalen, herunder om, hvorvidt aftalens prisafsnit m.v., som oplyst af NESA, tilsigtede en endelig pris, som den ville være ved kedeldrift, eller om prisafsnittet blot fastsatte en beregnet pris, sådan som det senere er almindeligt set i de privatretlige varmel aftaler, som NESA Produktion indgik med fjernvarmekun-

derne og med NESA Varme, og som E.ON overtog i 2005, er således som udgangspunkt uden betydning for indregningen af udgifter i fjernvarmeprisen.

62. Energitilsynets accept i afgørelsen af 17. juni 2002 af den heri aftalebestemte substitutionsmulighed, som bl.a. fremgår af 17. juni 2002 afgørelsens pkt. 22 og 23, var derfor som udgangspunkt uden hjemmel, selvom den privatretlige aftale var indgået mellem concernforbundne parter, og entydigt var til fordel for slutbrugerne.
63. Denne accept af den aftalebestemte substitutionspris betød, at den leverede varme fra NESA Produktions kraftvarmeanlæg til NESA Varme i Hjortekær ikke kunne være højere end prisen for en tilsvarende mængde varme fra kedlen, som også i det konkrete tilfælde var ejet af NESA Produktion. Herefter var spørgsmålet om fastsættelse af en offentligretlig substitutionspris for så vidt i øvrigt ikke relevant.
64. Det er imidlertid uomtvisteligt, at Energitilsynet i 17. juni 2002 afgørelsen meddelte NESA, at Energitilsynet på baggrund af NESAs anbringender i sagen om formålet med varmeleveringsaftalerne efter omstændighederne ikke fandt grundlag for at anfægte, at det kedelanlæg, som var nævnt i sagen, måtte være at regne for en faktisk eksisterende substitutionsmulighed for NESA Varme, selvom kedlen var ejet af NESA Produktion, samt pålagde NESA Varme maksimalt at betale prisen for samme mængde varme som den ville fremkomme fra kedelanlægget, såfremt dette kedelanlæg skulle producere varmemængden til AAB afd. 39.
65. Sagens faktum var, og er, ikke desto mindre - uagtet Energitilsynets accept af varmeleveringsaftalen på dette punkt i 17. juni 2002 afgørelsen - at der *for det første* ikke forelå en substitutionsmulighed, hvorfor der slet ikke var tale om en substitutionsprissag, men derimod om en konstruktion til sagen givet den eksisterende varmeleveringsaftale, og at der *for det andet* var tale om en frivillig ordning mellem NESA Varme og NESA Produktion, eftersom aftalen ikke var nødvendig givet prisbestemmelserne.
66. Det følger af det forvaltningsretlige såkaldte dobbelte hjemmelskrav, at Energitilsynet skal have hjemmel til både den materielle afgørelse i sagen og til håndhævelsesskridtet i sig selv.
67. Det er Sekretariatets vurdering, at Energitilsynet bl.a. som følge af Energiklagenævnets afgørelser ikke kan håndhæve afgørelsen af 17. juni 2002 over for E.ON Varme eller E.ON Produktion, for så vidt angår anvendelsen af den i varmeleveringsaftalen fastsatte substitutionsmulighed, idet Energiklagenævnet som øverste energiprismyndighed har fastslået, at de varmeleveringsaftaler, som regulerer prisfastsættelsen, og som videreførtes af E.ON-koncernens selskaber efter år 2005, herunder også varmeleveringsaftalen i Hjortekær, ikke efter varmemeforsyningsloven hindrer, at E.ON Produktion eller E.ON Varme i udgangspunktet efterfølgende indregner en underdækning i priserne for den leverede varme.

68. Pålægget kan derfor efter Sekretariatets vurdering ikke opretholdes, idet NESA Produktion og NESA Varme allerede i år 2002 kunne indregne eventuelle underdækninger fra varmeleveringsaftalen i priserne for varme til NESA Varme, fordi det var varmeleveringsaftalen, der regulerede prisen, og ikke en reel eksisterende substitutionsmulighed. Hertil kommer det faktum, at pålægget i afgørelsen af 17. juni 2002 er adresseret til NESA Varme og ikke NESA Produktion, der har den retlige kontrol over kedlen. Sekretariatet har derfor konkluderet, at afgørelsen af 17. juni 2002 lider af en oprindelig hjemmelsmangel, der medfører, at afgørelsen på dette punkt ikke kan håndhæves.
69. Som anført blev det oplyst til Energitilsynet, at substitutionsprisprincippet indgik som et aftalevilkår i den privatretlige prisaf tale mellem NESA Produktion A/S og NESA Varme A/S, hvilket bl.a. kom til udtryk i pkt. 23 i afgørelsen af 17. juni 2002.
70. Energitilsynet fandt derfor ikke grundlag for at anfægte den af parterne anvendte konstruktion, hvorefter den aftalebestemte substitutionsmulighed (in casu – den hos NESA Produktion beroende kedel) efter omstændighederne - med bindende virkning - kunne lægges til grund.
71. Det fremgår således af afgørelsen af 17. juni 2002, at Energitilsynet efter omstændighederne kunne acceptere varmeleveringsaftalens prisformel, hvilke konkrete omstændigheder bl.a. var, at aftalen var (I) indgået mellem koncernforbundne parter; (II) der forelå delvis uklarhed om hvilke juridiske enheder, som historisk havde været/var forpligtet i diverse aftaleforhold; (III) varmeprisaf talens ordlyd; (IV) varmeprisaf talernes bindende karakter; (V) parternes egne ønsker i den konkrete sag, og (VI) at varmeprisaf talen entydigt var til benefice for slutaftagerne af varmen.
72. Afgørelsen af 17. juni 2002 og accepten af den af parterne anvendte konstruktion, hvorefter kedlen udgjorde en substitutionsmulighed, var med andre ord en direkte følge af Energitilsynets opfattelse af, at det underskud, der eventuelt kunne opstå som følge af, at varmforsyningsvirksomheders varmeprisaf taler ikke gav dækning for omkostningerne, ikke efterfølgende af varmforsyningsvirksomheden kunne indregnes i varmepriserne.
73. Med de omtalte afgørelser fra Energiklagenævnet af 24. marts og 5. september 2011, står det imidlertid klart, at Energitilsynets accept af den af parterne anvendte konstruktion under disse omstændigheder var uden hjemmel.

5.3 Spørgsmålet om sagens oplysning:

74. Det følger af det foregående, at Energitilsynet i den oprindelige sags forberedelse antog, at den aftalebestemte substitutionspris var bindende for aftaleparterne i forhold til indregning af en eventuel underdækning efter varmforsyningslovens priskapitel, hvorfor spørgsmålet om fastsættelse af en offentlig retlig substitutionspris, som allerede anført, ikke længere var relevant, idet

den aftalebestemte substitutionspris blot måtte anses for en bekræftelse af varmforsyningslovens § 20, stk. 1 og stk. 2, hvorefter varmforsyningsvirksomheder som udgangspunkt kan indregne sine nødvendige omkostninger.

75. Energitilsynet afstod derfor fra yderligere oplysning af sagen, herunder af om der også på offentligretligt grundlag forelå en substitutionsmulighed for NESA Varme. Ved den fornyede gennemgang må det imidlertid konstateres, at Energitilsynet burde have undersøgt, hvorvidt der også på offentligretligt grundlag forelå en substitutionsmulighed for NESA Varme.
76. En substitutionspris er ikke en beregnet pris, men en omkostningsbestemt pris, hvor det til opfyldelsen af substitutionsprisprincippet er en betingelse, at modtageren af varmen kan producere varmen billigere end leverandøren, eller alternativt modtage varmen billigere fra tredjemand. En substitutionspris beregnes således ikke ved en prisformel, som Energitilsynets afgørelse fra 2002 i pkt. 23 fejlagtigt antager, men beregnes ud fra varmemodtagerens nødvendige omkostninger ved egenproduktion.
77. 17. juni 2002 afgørelsens faktiske og retlige grundlag blev således ikke i fuldt tilstrækkeligt omfang oplyst i forbindelse med den oprindelige sagsbehandling i overensstemmelse med officialmaksimen, hvorfor pålægget tillige var en følge af den opfattelse, at den privatretlige prisaftale mellem de to NESA selskaber, der oprindeligt var indgået mellem NESA og AAB afd. 39, kunne lægges til grund i afgørelsen.
78. Energitilsynet blev således ved sin bundne skønsudøvelse i medfør af varmforsyningslovens § 21, stk. 4 af NESA bragt i vildfarelse om, hvad der i sagen konstituerede en substitutionsmulighed, og om der faktisk var en substitutionsmulighed.
79. Det bemærkes, at faktiske vildfarelser klassificeres som hjemmelsmangler, hvorfor afgørelsen af 17. juni 2002 også af disse grunde lider af en væsentlig retlig mangel.

5.4 Spørgsmålet om forudgående forhandling:

80. Det er endvidere Sekretariatets vurdering, at Energiklagenævnets afgørelser af 26. februar 2007 med j.nr.: 21-502, j.nr.: 21-552 og 21-553, ligeledes må medføre, at Energitilsynet ikke kan håndhæve afgørelsen af 17. juni 2002, idet Energiklagenævnet i de nævnte afgørelser, fastslår, at Energitilsynet først kan meddele pålæg, hvis det gennem en forudgående forhandling har vist sig, at det ikke er muligt at bringe et urimeligt forhold til ophør.
81. Afgørelsen af 17. juni 2002 kan således ikke håndhæves, dels fordi der ikke er tale om et urimeligt forhold, men om en frivillig aftale mellem to koncernforbundne selskaber, og dels fordi der ikke forud for pålægget er afholdt en forhandling.

82. Afgørelsen af 17. juni 2002 lider derfor også af disse grunde af en væsentlig retlig mangel.

5.5 Spørgsmålet om, hvorvidt såkaldt tertiære momenter taler imod ugyldighed:

83. For så vidt angår advokat Asger Janfelts bemærkninger på vegne AAB Afd. 39 af 8. august 2014, hvori det anføres, at tertiære momenter tilsiger, at afgørelsen af 17. juni 2002 ikke er ugyldig, skal Sekretariatet bemærke følgende:
84. Eftersom der er tale om en oprindelig hjemmelsmangel, vil tertiære momenter kun helt undtagelsesvis kunne føre til, at en forvaltningsakt opretholdes som gyldig.
85. Det anføres af AAB afd. 39, at afgørelsen af 17. juni 2002 er begunstigende i forhold til AAB afd. 39, hvortil Sekretariatet bemærker det væsentlige aspekt, at AAB afd. 39 ikke er adressat for afgørelsens påbud. Tværtimod er påbuddet i den oprindelige afgørelse bebyrdende for afgørelsens adressat(er), hvorfor det nævnte moment kun i særdeles ringe omfang taler for at opretholde afgørelsen.
86. Herudover anføres det, at sagens parter har indrettet sig i tillid til, at afgørelsen af 17. juni 2002 stod ved magt. Hertil skal Sekretariatet bemærke, at såfremt der skal inddrages et indrettelseshensyn fordrer det efter almindelige forvaltningsretlige regler, at adressaten (eller evt. tredjemand) i udpræget grad har indrettet sig på afgørelsen af 17. juni 2002. I den konkrete sag har adressaterne imidlertid slet ikke indrettet sig på afgørelsen af 17. juni 2002, men – i overensstemmelse med varmforsyningslovens § 20 - fortsat afregning til den omkostningsbestemte pris, ligesom heller ikke AAB afd. 39 efter det oplyste har truffet nogle nævneværdige foranstaltninger, som i den her omhandlede forstand, kan karakterises som (udpræget) indretning.
87. For så vidt angår bemærkningerne om den tid, der er forløbet siden afgørelsen af 17. juni 2002 blev truffet, skal Sekretariatet bemærke, at tidshensyn i et vist omfang kan inddrages ved vurderingen af, om en begunstigende forvaltningsakt skal opretholdes som gyldig, men at tidshensynet først må inddrages fra det tidspunkt, hvor adressaten eller evt. tredjemand traf foranstaltninger med henblik på at indrette sig på afgørelsens indhold. Idet hverken påbuddets adressat(er) eller AAB afd. 39 kan siges at have truffet sådanne foranstaltninger, spiller tidshensynet ingen selvstændig rolle.
88. Tilsvarende med hensyn til det anførte om, at passivitetsbetragtninger bør inddrages, idet dette hensyn først får betydning fra det tidspunkt, hvor den retlige mangel bliver kendt, hvilket vil sige i forbindelse med Sekretariatets vurdering af, hvorvidt påbuddet kan håndhæves.
89. For så vidt angår bemærkningerne om god tro hos E.ON Produktion, E.ON Varme og AAB afd. 39, kan dette tillægges en vis betydning, men idet påbud-

det mangler hjemmel, må momentet antages at have marginal betydning, navnlig når påbuddet er bebyrdende for adressaterne.

90. Sammenfattende er der således ikke tertiære momenter, der kan medføre, at påbuddet ikke er ugyldigt. Energitilsynet kan derfor ikke håndhæve 17. juni 2002 afgørelsens påbud, men er forpligtet til at annullere den del af afgørelsens påbud, der vedrører en substitutionspris.

6. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

91. Endelig skal det bemærkes, at Energitilsynet må have mulighed for at genoptage, ændre og om nødvendigt tilbagekalde sine tidligere afgørelser i deres helhed i højere grad end forvaltningsmyndigheder, der varetager opgaver på mere statiske retsområder.
92. Dette følger direkte af, at varmforsyningsloven er en rammelovgivning med en lang række retlige standarder, navnlig i varmforsyningslovens kapitel 4. Energitilsynet fører i medfør af dette kapitel bl.a. tilsyn med, at varmetarifferne til enhver tid ikke må være urimelige. Dette indebærer samtidig, at Energitilsynet kan tiltræde det af advokat Asger Janfelt på vegne AAB Afd. 39 anførte, hvorefter Energitilsynet - uafhængigt af substitutionsprisprincippet - bl.a. har kompetence til at vurdere, hvorvidt en varmepris omfattet af varmforsyningslovens kapitel 4 er urimelig.
93. Energitilsynet afviser som følge af det anførte endvidere at forholde sig til boligafdelingens substitutionsprisberegning.
94. I det omfang Boligforeningen AAB Afdeling 39 i Hjortekær anser sig for søgsmålsberettiget, og ønsker at fastholde E.ON Varme og E.ON Produktion på leveringsaftalen omtalt i afgørelsen af 17. juni 2002, må sagen efter sekretariatets vurdering afgøres ved domstolene, fordi Energitilsynet ikke behandler klager vedrørende civilretlige tvister. jf. elforsyningslovens § 78, stk. 1, 2. pkt.

7. AFGØRELSE

95. På baggrund af vedlagte sagsfremstilling og begrundelse afgør formanden for Energitilsynet på vegne af Energitilsynet følgende:
 - Energitilsynet kan derfor ikke over for E.ON Varme håndhæve det i punkt 22 i Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002 indeholdte påbud til NESA Varme, hvorefter NESA Varme påbydes maksimalt at betale enten den omkostningsbestemte pris for varmen fra NESA Produktion til levering til AAB afd. 39 eller den pris for samme mængde varme, som den ville fremkomme fra det i NESA Produktion beroende kedelanlæg, såfremt dette kedelanlæg skulle producere varmemængden til AAB afd. 39.

- Energitilsynet annullerer samtidig hermed de dele af afgørelsen, der knytter sig til den for NESA Varme (nu E.ON Varme) ikke reelt eksisterende substitutionsmulighed.
- Følgende afsnit annulleres, og udgår:
 - Afgørelsens pkt. 22 i sin helhed
 - Afgørelsens pkt. 23 i sin helhed
 - Afgørelsens pkt. 24 delvist. Følgende afsnit annulleres, og udgår af pkt. 24:

”at Energitilsynet i henhold til varmforsyningslovens § 20, stk. 1, finder, at substitutionsprisen skal beregnes med de begrænsninger, der følger af:

- at henlæggelser og afskrivninger, som har finansieret kedlen ved udgiftsførsel i elprisen før ikrafttrædelsen af lov nr. 375 af 2. juni 1999 om elforsyning, indtil videre tilbageføres uden forrentning ved i de kommende års varmepriser at afskrive afskrivningssaldoen på elkundernes tilgodehavende pr. 31. december 2001. Afskrivningssaldoen pr. 31. december 2001 beregnes som summen af de nævnte henlæggelser og afskrivninger fratrukket samtlige beregnede beløb til forrentning og afskrivning af kedlen fra dennes etableringstidspunkt til 31. december 2001,”

- Herudover udgår og annulleres følgende afsnit af pkt. 24:

”og som indgår i beregningsgrundlaget for substitutionsprisen,”

- I konsekvens heraf afviser Energitilsynet samtidig at forholde sig til boligafdelingens substitutionsprisberegning.
- Endelig finder Energitilsynet, at AAB Afd. 39 kan tillægges partsretigheder i nærværende sag, hvorfor sagen forud for den endelige afgørelse er sendt i høring hos AAB Afd. 39, foruden E.ON Varme og E.ON Produktion.