



E.ON Varme - opfyldelse af varmforsyningslovens § 23 h

Dato: 26.06.2006•Journalnr.: 4/0920-0101-0010

Resumé

1. Ved brev af 26. november 2005 klagede en forbruger over, at E.ON Varme A/S (indtil 1. oktober 2005 Nesa Varme A/S) ikke overholdt varmforsyningslovens § 23 h's krav om, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse skal være valgt af forbrugerne i selskabets forsyningsområde

2. Samtidig finder klageren, at tilsynet har forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke tidligere at have grebet ind overfor NESA Varme A/S/E.ON Varme A/Ss manglende overholdelse af varmforsyningslovens regler om forbrugerrepræsentation.

3. På denne baggrund har E.ON Varme A/S stillet forslag om, at varmforsyningslovens § 23h opfyldes ved, at E.ON Varme omdannes til et anpartsselskab, og at de kommuner, hvor E.ON Varme ejer fremføringsanlæg vælger flertallet af repræsentanterne til E.ON Varmes bestyrelse.

4. På grund af en beklagelig fejl traf sekretariatet den 22. maj 2006 afgørelse i denne sag, idet man ikke var tilstrækkelig opmærksom på, at Energitilsynets formand ved brev af 16. januar 2006 havde meddelt klageren, at sagen ville blive forelagt Energitilsynet.

5. Sagen forelægges derfor for Energitilsynet til stillingtagen.

Sagen rejser to spørgsmål:

1. Opfylder de af E.ON's bestyrelse foreslåede vedtægtsændringer kravene i varmforsyningsloven om forbrugerrepræsentation.
2. Har Energitilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke tidligere at have grebet ind overfor forsyningssselskabets manglende overholdelse af varmforsyningslovens regler om forbrugerrepræsentation.
3. Hertil kommer - i lyset af at sekretariatet som nævnt har truffet en sekretariatets afgørelse - spørgsmålet om
4. Konsekvenserne, hvis Energitilsynet træffer en afgørelse, der afviger fra den afgørelse, der er truffet af sekretariatet.

SEKRETARIATET FOR
ENERGITILSYNET

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

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

AD 1. OPFYLDER E.ON'S FORSLAG TIL VEDTÆGTSÆNDRINGER LOVENS KRAV TIL FORBRUGERREPRÆSENTATION.

6. E.ON varme ejer flere uafhængige fjernvarmeanlæg, som er meget forskellig i størrelse.

7. Til opfyldelse af kravene om forbrugerindflydelse foreslår E.ON Varme:

- at selskabet omdannes til et anpartsselskab,
- at E.ON udarbejder en liste over de kommuner, hvori det har forsyningsanlæg, idet listen udfærdiges således, at de kommuner, der har flest forbrugere står øverst og
- at bestyrelsen for E.ON Varme, forud for hvert konstituerende møde i kommunalbestyrelsen, skriver til de fire kommuner, der står øverst på listen, og beder dem om at vælge et medlem af E.ON Varmes bestyrelse for kommunalbestyrelsens funktionsperiode.

8. I en virksomhed, der ejer anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, skal flertallet af bestyrelsesmedlemmer efter varmforsyningslovens § 23 h vælges af de forbrugere, hvis anlæg er tilsluttet virksomhedens anlæg eller af en eller flere kommunale bestyrelser i virksomhedens forsyningsområde i kraft af deres ejerbeføjelser, eller på anden måde,

9. Spørgsmålet er, om § 23 h's passus "på anden måde" kan fortolkes således, at den kommunale indflydelse kan udøves uafhængigt af ejerbeføjelser, f.eks. ved at et selskab gennem vedtægtsbestemmelser overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet til kommunerne i forsyningsområdet.

10. "På anden måde" kan efter sekretariatets opfattelse være i form af en vedtægtsbestemmelse om, at kommuner kan udpege bestyrelsesmedlemmer. En bestemmelse om, at nogle bestyrelsesmedlemmer i en virksomhed udpeges af nærmere angivne offentlige myndigheder, organisationer m.v. er sædvanlig i selskabers vedtægter.

11. Hvis ikke anden lovgivning er til hinder herfor, kan kommuner gennem en vedtægtsbestemmelse få adgang til at udpege flertallet af medlemmerne af en varmforsynings bestyrelse og der igennem opfylde kravet om forbrugerrepræsentation i varmforsyningslovens § 23 h.

12. Anpartsselskabsloven indeholder ikke en bestemmelse svarende til aktieselskabslovens § 49 stk. 6 (hvorefter bestyrelsesmedlemmer skal vælges af generalforsamlingen). Anpartsselskabsloven er derfor ikke til hinder for, at der i vedtægterne som foreslået indsættes en bestemmelse om, at flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i E.ON Varme udpeges af flere kommunalbestyrelser i forsyningsområdet.

13. Indflydelseskravet må efter sekretariatets opfattelse anses for at være opfyldt, hvis et anpartsselskabs bestyrelse frivilligt overdrager sin vedtægtsbestemte ret til at vælge et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse til kommunerne i de områder, hvor selskabet ejer fremføringsanlæg.

14. E.ON Varme har oplyst, at de bestyrelsesmedlemmer, der vælges på denne måde repræsenterer en flerhed af tilsluttede forbrugere.

15. Såfremt E.ON Varme omdannes til et anpartsselskab og selskabets generalforsamling i sine vedtægter overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer til kommunerne i selskabets forsyningsområde finder sekretariatet derfor, at bestemmelsen i varmforsyningslovens § 23 h om valg af forbrugerrepræsentanter må anses for opfyldt.

AD 2. HAR TILSYNET FORSØMT SIN TILSYNSFORPLIGTELSE

16. Energitilsynets afgørelser er fremadrettede, og en klage over manglende overholdelse af varmforsyningslovens regler vil, hvis klageren får medhold, betyde, at indklagede må ændre sin fremgangsmåde for fremtiden.

17. Energitilsynet har ikke kompetence til at gå ind i en bedømmelse af, hvilke konsekvenser en manglende overholdelse af lovens regler har for dispositioner, der ligger forud for tilsynets afgørelse. Energitilsynet kan således ikke rette op på urimelige forhold med "tilbagevirkende kraft".

AD 3. KONSEKVENSERNE AF AT SEKRETARIATETS AFGØRELSE ÆNDRES.

18. Energitilsynet formand har med hjemmel i § 6, stk. 4, i Energitilsynets forretningsorden begæret sagen forelagt for Energitilsynet. I henhold til denne bestemmelse kan ethvert medlem af tilsynet begære en sag gjort til genstand for behandling i tilsynet.

19. Sekretariatets afgørelse gik ud på, at ændringen i E.ON Varmes vedtægter, efter selskabets omdannelse til anpartsselskab, måtte anses for at opfylde bestemmelsen i varmforsyningslovens § 23 h.

20. I forvaltningsretlig henseende er der tale om en konstaterende forvaltningsakt.

21. Der er således ikke tale om en begunstigende forvaltningsakt, der trækkes tilbage, og som vanskeligt kan ændres til ugunst for den begunstigede.

22. På denne baggrund synes der ikke at være noget til hinder for at tilsynet træffer en afgørelse, der ændrer den af sekretariatet truffene afgørelse.

AFGØRELSE

23. Energitilsynet **vedtog**, at meddele klageren:

24. **at** ændringen i E. ON Varmes vedtægter, efter selskabets omdannelse til anpartsselskab, hvorefter de berørte kommuner udpeger repræsentanter til E.ON Varmes bestyrelse må anses for at opfylde bestemmelsen i varmforsyningslovens § 23 h,

25. **at** Energitilsynet afgørelser alene er fremadrettede, og at Energitilsynet ikke har mulighed for gå ind i en bedømmelse af hvilke konsekvenser manglende overholdelse af lovens regler har for dispositioner, der foreligger forud for tilsynets afgørelse og

26. at Energitilsynet anmoder E.ON Varme om en tidsplan for gennemførelsen af valget af forbrugerrepræsentanter.

SAGSFREMSTILLING

27. Den 26. november 2005 klagede en forbruger over, at E.On Varme Danmark A/S (indtil 1. oktober 2005 Nesa Varme A/S) ikke har overholdt varmforsyningslovens § 23 h's krav om, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse skal være valgt af forbrugerne i selskabets forsyningsområde.

28. Sagen er ved en beklagelig fejl fra sekretariatets side afgjort på sekretariats niveau, uanset at Energitilsynets formand ved brev af 16. januar 2006 har meddelt klageren, at sagen ville blive forelagt Energitilsynet til afgørelse. Klageren har herefter klaget over, at sagen ikke har været forelagt tilsynet til afgørelse.

Klagen vedrørte tre spørgsmål:

1. Har Energitilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke at påse, om Nesa Varme A/S og E.ON Varme A/S opfyldte forpligtelsen i varmforsyningslovens § 23 h.
2. Hvilke konsekvenser har den manglende overholdelse af § 23 h for Nesa Varmes henholdsvis E.ON's dispositioner
3. Opfylder de af E.ON's bestyrelse vedtagne vedtægter kravene i varmforsyningsloven.

29. Klageren fremførte, at den manglende overholdelse af varmforsyningslovens § 23 h må have vidtrækkende konsekvenser. Klageren forlangte, at Energitilsynet anmelder E.ON Varme Danmark A/S til politiet med krav om bøde og erklærer alle E.ON's dispositioner undtagen de, der har været nødvendige for den daglige drift, for ugyldige.

30. E.ON Varme har overfor Energitilsynet erkendt, at forpligtelsen i henhold til varmforsyningslovens § 23 h indtrådte med Elsams overtagelse af aktiemajoriteten i Nesa A/S, og at dette betød, at der inden 6 måneder efter denne overtagelse skulle have været valgt et flertal af forbrugerrepræsentanter i Nesa Varmes bestyrelse.

31. Den 3. januar 2006 fremsendte klageren kommentarer til E.ON's redegørelse til Energitilsynet.

32. Klageren fremførte i sine kommentarer, at forpligtelsen til at overholde varmforsyningslovens § 23 h må anses for at være indtrådt allerede ved Elsams overtagelse af aktiemajoriteten i Nesa A/S, hvilket Nesa's koncerndirektør Hans Simonsen har erkendt i brev til Energitilsynet af 1. april 2004.

33. Den 10. februar 2006 afholdt Center for Energi et møde med repræsentanter for E.ON Varme A/S.

34. E.ON Varme A/S oplyste at det med overtagelsesdag den 1. oktober 2005 havde opkøbt et antal fremføringsanlæg af Nesa A/S ved at overtage Nesa Varme A/S. Nesa Varme A/S har efterfølgende skiftet navn til E.ON Varme A/S.

35. E.ON Varme A/S oplyste, at virksomheden pt. undersøgte mulige måder at opfylde varmforsyningslovens regler om forbrugerindflydelse på.
36. Den 28. marts 2006 fremsendte E.ON Varmes advokat Gravesen udkast til nye vedtægter for E.ON Varme til Energitilsynet bilagt retningslinier vedrørende valg af E.ON Varmes bestyrelsesvalgte medlemmer. Det fremgår af vedtægterne, at E.ON Varme i forbindelse med vedtagelsen agter at omdanne selskabet til et anpartsselskab.
37. Det fremgår af sagen, at E.ON Varme ejer flere uafhængige fjernanlæg, som er meget forskellige i størrelse. Valgproceduren i varmforsyningslovens § 23 i om valg af forbrugerrepræsentanter til fjernvarmevirksomheder, der drives i aktieselskabsform, er efter E.ON Varmes vurdering ikke en optimal model for at sikre, at samtlige forbrugeres interesser sikres. Efter E.ON Varmes vurdering indebærer modellen en risiko for, at alene begrænsede forbrugerinteresser bliver varetaget af forbrugerrepræsentanterne, da der er risiko for, at den enkelte forbruger vil være mere fokuseret på forbrugerinteresser i det værk, han er tilsluttet, end på det samlede forbrugerkollektivs interesser.
38. For at imødegå dette agter E.ON Varme at omdanne selskabet til et anpartsselskab. Dette giver efter E.ON Varmes opfattelse mulighed for at fravige reglerne i varmforsyningslovens § 23 i, og i stedet lade kommunalbestyrelserne i E.ON Varmes forsyningsområde vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer.
39. Til opfyldelse af kravene om forbrugerindflydelse foreslår E.ON Varme, at E.ON udarbejder en liste over de kommuner, hvori E.ON Varme Danmark har forsyningsanlæg. Listen udfærdiges således, at de kommuner, hvor der flest forbrugere står øverst.
40. Forud for hvert konstituerende møde i kommunalbestyrelsen skriver bestyrelsen til de fire kommuner, der står øverst på listen, og beder dem om at vælge et medlem af E.ON Varmes bestyrelsen for kommunalbestyrelsens funktionsperiode.
41. Den 19. april 2006 har klageren kommenteret advokat Gravesens opfattelse af bestemmelserne i varmforsyningsloven.
42. Klageren finder, at E.ON Varme er omfattet af varmforsyningslovens § 23 i, uanset om virksomheden drives i form af et aktieselskab eller et anpartsselskab. Efter klagerens mening, kan lovens krav ikke opfyldes ved kommunalt valgte repræsentanter, da der ikke er kommunale ejerinteresser i selskabet. Endvidere fremfører klageren, at E.ON Varmes fortsatte manglende opfyldelse af § 23 j må have de alvorligste konsekvenser for selskabet, herunder et omgående påbud fra Energitilsynet om at overholde bestemmelserne umiddelbart.
43. Den 15. maj 2006 har advokat Gravesen kommenteret klagerens kommentarer i brev af 19. april 2006.

44. Advokat Gravesen henviser til, at varmemforsyningslovens § 23 h fastslår, at flertallet af bestyrelsesmedlemmer skal vælges enten af de tilknyttede forbrugere eller af en eller flere kommunale bestyrelser i virksomhedens forsyningsområde i kraft af kommunernes udøvelse af deres ejerbeføjelser på virksomhedens generalforsamling eller på anden måde. På anden måde vil kunne være en vedtægtsbestemmelse om, at kommuner kan udpege bestyrelsesmedlemmer. En bestemmelse om, at nogle bestyrelsesmedlemmer i en virksomhed udpeges af nærmere angivne offentlige myndigheder, organisationer mv. er helt sædvanlig i selskabers vedtægter.

45. Det må derfor være således, at hvis ikke anden lovgivning er til hinder herfor, kan kommunen gennem en vedtægtsbestemmelse få adgang til at udpege flertallet (eller for den sags skyld alle) af medlemmer af varmemforsyningsvirksomhedens bestyrelse, og dermed opfyldes kravet i varmemforsyningslovens § 23 h.

46. Anpartsselskabsloven indeholder ikke en bestemmelse svarende til aktieselskabslovens § 49, stk. 6, (hvor efter bestyrelsesmedlemmerne skal vælges direkte af generalforsamlingen), og det vil derfor ikke være i strid med anpartsselskabsloven, i vedtægterne at indsætte en bestemmelse om, at en eller flere kommunalbestyrelser i forsyningsområdet udpeger flertallet af bestyrelsesmedlemmer.

47. Med hensyn til den manglende overholdelse af § 23 h henviser advokat Gravesen til, at E.ON Varme løbende har været i kontakt med myndighederne for at sikre, at de initiativer, virksomheden agter at tage, er i overensstemmelse med varmemforsyningslovens regler.

BEGRUNDELSE

48. Varmeforsyningslovens § 23 j bestemmer, at et forbrugerrepræsentantskab efter § 23 i, stk. 1, skal vælges første gang senest seks måneder efter, at virksomheden ikke opfylder det i § 23 h nævnte indflydelseskrav. Forbrugerrepræsentantskabet vælger flertallet af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer inden for en frist på fire uger.

Stk. 2. Virksomheden skal drage omsorg for at etablere et forbrugerrepræsentantskab efter § 23 i.

49. Efter Energitilsynets opfattelse foreligger der i sagen to spørgsmål, som Energitilsynet skal tage stilling til:

1. Opfylder de af E.ON's bestyrelse foreslåede vedtægtsændringer kravene i varmemforsyningsloven om forbrugerrepræsentation.
2. Har Energitilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke at påse, om NESA Varme overholdt varmemforsyningslovens regler om forbrugerrepræsentation.
3. Hertil kommer spørgsmålet om
4. Hvad konsekvenserne er hvis Energitilsynet træffer en afgørelse, der afviger fra den afgørelse, der er truffet af sekretariatet.

50. ad 1: Spørgsmålet er, om formuleringen "på anden måde" skal fortolkes således, at sætningen knytter sig til udøvelsen af kommunernes ejerbeføjelser, eller om formuleringen skal forstås således, at kommunerne kan udøve indflydelsen på anden måde end gennem ejerbeføjelser f.eks. gennem vedtægtsbestemmelser.

51. Anpartsselskabsloven indeholder ? i modsætning til aktieselskabsloven ? ingen bestemmelse om, at selskabets bestyrelse skal vælges direkte af generalforsamlingen. Hovedspørgsmålet i sagen er, om § 23 h's passus "på anden måde" kan fortolkes således, at den kommunale indflydelse kan udøves uafhængigt af ejerbeføjelser, f.eks. ved at et selskab gennem vedtægtsbestemmelser overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet til kommunerne i forsyningsområdet.

52. Af den kommenterede varmforsyningslov ved Pernille Aagaard og Bent Ole Gram Mortensen er anført følgende under kommentarerne til § 23 h, stk. 1:

53. "Forbrugerindflydelseskravet kan også opfyldes, hvor en eller flere kommuner i kraft af aktiebesiddelse eller på anden måde har ret til at vælge selskabets bestyrelse. Der sondres således i § 23 h ikke mellem forbrugerindflydelse og kommunal indflydelse. Denne betragtning bygger ifølge lovens forarbejder på, at en flerhed af forbrugerne i en virksomheds bestyrelse har valgt kommunalbestyrelsen og herigennem har indflydelse på udpegning af virksomhedens bestyrelse. Den manglende sondring mellem forbrugerindflydelse og kommunalindflydelse er af ministeren ved besvarelse af et spørgsmål fra Folketingets Energipolitiske Udvalg endvidere begrundet med, at begge indflydelsesformer sikrer det offentlige og lokale engagement i sektoren" og i kommentarerne til § 23h, stk. 2:

54. "Hvis bestyrelsen i et andelsselskab udpeges af et repræsentantskab, der er valgt af andelshaverne i forsyningsområdet, anses forbrugerindflydelseskravet for opfyldt. Tilsvarende er forbrugerindflydelseskravet i en selvejende institution eller forening opfyldt, hvis bestyrelsen udpeges af repræsentanter valgt af kommunalbestyrelsen i forsyningsområdet eller af en flerhed af tilsluttede forbrugere eller af forbrugerne og kommunalbestyrelsen i forening".

55. Indflydelseskravet må på denne baggrund anses for at være opfyldt, hvis et anpartsselskabs bestyrelse frivilligt overdrager sin vedtægtsbestemte ret til at vælge bestyrelsesmedlemmerne til kommunerne i de berørte områder. Efter anpartsselskabsloven kan et anpartsselskab således lovligt overdrage retten at vælge bestyrelsesmedlemmer til andre end generalforsamlingen.

56. På denne baggrund finder sekretariatet, at "på anden måde" i varmforsyningslovens § 23 h må fortolkes således, at den kommunale indflydelse kan udøves uafhængigt af ejerbeføjelser, f.eks. ved at et selskab gennem vedtægtsbestemmelser overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet til kommunerne i forsyningsområdet.

57. Såfremt E.ON Varme omdannes til et anpartsselskab og selskabets generalforsamling i sine vedtægter overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer til kommunerne i selskabets forsyningsområde finder Energitilsynet, at bestemmelsen i varmforsyningslovens § 23 h om valg af forbrugerrepræsentanter må anses for opfyldt.

58. Energitilsynet vil anmode E.ON Varme om overfor tilsynet at redegøre for, hvornår omdannelsen af E.ON Varme til anpartsselskab kan finde sted, og hvornår der kan ske udpegning af de kommunale forbrugerrepræsentanter.

59. ad 2: Om konsekvenserne af E.ON Varmes manglende overholdelse af §23 h indtil dette er sket, skal Energitilsynet bemærke følgende:

60. Energitilsynets afgørelser er fremadrettede, og en klage over manglende overholdelse af varmforsyningslovens regler vil, hvis klageren får medhold, betyde, at indklagede må ændre sin fremgangsmåde for fremtiden.

61. Energitilsynet har ikke kompetence til at gå ind i en bedømmelse af, hvilke konsekvenser en manglende overholdelse af lovens regler har for dispositioner, der ligger forud for tilsynets afgørelse. Energitilsynet kan således ikke rette op på urimelige forhold med "tilbagevirkende kraft".

62. Om, Nesa Varmes og E.ON's dispositioner har været ulovlige frem til det tidspunkt, hvor varmforsyningslovens § 23 h må anses for opfyldt, og konsekvenserne heraf, vil være en afgørelse der skal træffes ved domstolene.

63. ad 3: Sekretariatets afgørelse gik ud på, at ændringen i E.ON Varmes vedtægter, efter selskabets omdannelse til anpartsselskab, måtte anses for at opfylde bestemmelsen i varmforsyningslovens § 23 h.

64. Konsekvenserne af at tilsynet eventuelt træffer en anden afgørelse end sekretariatet, afhænger af karakteren af den afgørelse sekretariatet traf.

65. I forvaltningsretlig henseende er der tale om en konstaterende forvaltningsakt, idet afgørelsen ikke skaber en ny retstilstand, men alene konstaterer, at det foreslåede må anses for at opfylde lovens krav.

66. Der er således ikke tale om en begunstigende forvaltningsakt, der trækkes tilbage, og som vanskeligt kan ændres til ugunst for den begunstigede.

67. Det skal tilføjes, at E.ON Varmes advokat telefonisk har oplyst, at det ikke vil være forbundet med vanskeligheder af betydning for E.ON Varme, såfremt afgørelsen ændres.

68. På denne baggrund synes der ikke at være noget til hinder for at tilsynet træffer en afgørelse, der ændrer den af sekretariatet truffene afgørelse.