



1. juli 2020
18/08360
JCDA

Afgørelse om markedsbestemtheden af SK Varme A/S' aftaler om realisering af energibesparelser i kontrolåret 2012

RESUMÉ

Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) besluttede den 19. december 2017 at gennemføre en bagudrettet kontrol af aftalers markedsmæssighed på området for energibesparelser. SK Varme A/S blev ved mail af 9. februar 2018 udtaget til stikprøvekontrol vedrørende markedsmæssigheden af virksomhedens aftaler om energibesparelser i kontrolåret 2012.

SK Varme A/S har på anmodning oplyst, at SK Varme A/S i 2012 indgik samhandelsaftaler med SK Service A/S om køb af energibesparelser. Af samhandelsaftalen fremgår det, at SK Service A/S forpligtede sig til at gennemføre SK Varme A/S' forpligtelser om realisering af energibesparelser. Afregningen efter aftalen blev fastsat efter en forholdsmæssig andel af de samlede udgifter, som SK Service A/S havde i forbindelse med levering af energibesparelser med et tillæg på 10 % af de samlede omkostninger til dækning af renteudgifter og fortjeneste.

Det er i den forbindelse dokumenteret, at SK Varme A/S i 2012 betalte 1.744.885,00 kr. for energibesparelser. Heraf havde SK Service A/S en nettoavance på 158.626,14 kr. for transaktionen.

SK Varme A/S har ikke godtgjort, at prisen i aftalen var markedsmæssig.

Forsyningstilsynet nedsætter prisen i aftalen til 1.617.035,72 kr. svarende til en markedsmæssig nettoavance på 30.776,86 kr. Forsyningstilsynet nedsætter dermed prisen med 127.849,28 kr.

Endelige pålægges SK Varme A/S at dokumentere, at det nedsatte beløb har indgået i beregningen af virksomhedens priser.

Denne afgørelse skal ses i sammenhæng med afgørelse i sag 19/10985 om Zeant A/S.

Forsyningstilsynet offentliggør denne afgørelse på tilsynets hjemmeside.

FORSYNINGSTILSYNET
Torvegade 10
3300 Frederiksværk

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

AFGØRELSE

Forsyningstilsynet træffer herved afgørelse om, at de gennemførte økonomiske transaktioner mellem SK Varme A/S og det koncernforbundne rådgivningsselskab, SK Service A/S, om at realisere energibesparelser i kontrolåret 2012, samlet set ikke opfylder kravene til markedsmæssighed efter § 28 b, stk. 4 og 5, i lov om varmforsyning.¹

Forsyningstilsynet fastsætter den markedsmæssige pris i samhandelsaftalen til 1.617.035,72 kr., hvilket svarer til en enhedspris på 37,00 øre pr. kWh, jf. § 28 b, stk. 4, i lov om varmforsyning.

Forsyningstilsynet pålægger på den baggrund SK Varme A/S at afvikle den konstaterede overdækning svarende til 127.849,28 kr. ved indregning af dette beløb inden udgangen af den kommende regnskabsperiode, dvs. inden udgangen af 2021, jf. § 21, stk. 4, i lov om varmforsyning.

SK Varme A/S pålægges at dokumentere, hvordan henholdsvis overdækning ultimo året før (punkt 16.7 i prisetervisningen) og årets overdækning er sammensat i forbindelse med indberetningen af prisetervisning for 2020. SK Varme A/S skal herudover dokumentere, hvor stor en del af overdækningen, der er opstået i forbindelse med nedregulering af nedsatte beløb, der følger af denne afgørelse vedrørende omkostninger til realisering af energibesparelser, jf. § 23 b, stk. 6, i lov om varmforsyning.

Forsyningstilsynet påtaler det forhold, at aftalen ikke har været dateret, hvorfor det ikke har kunnet verificeres, om den har været skriftlig på aftaletidspunktet, jf. § 28 b, stk. 5, i lov om varmforsyning.

Sagens baggrund og begrundelsen for Forsyningstilsynets afgørelse fremgår nedenfor.

SAGSFREMSTILLING

Den 9. februar 2018 udtog Forsyningstilsynet SK Varme A/S til stikprøvekontrol for markedsbestemtheden af koncerninterne aftaler for 2012. Forsyningstilsynet anmodede samme dag om en række oplysninger til brug for sagen.

Den 9. april 2018 fremsendte SK Varme A/S dokumentation, herunder samhandelsaftaler for årene 2012 til 2017 mellem SK Varme A/S og SK Service A/S om køb af energibesparelser, et koncerndiagram og skabeloner til indgåelse af aktøraftaler om energibesparelser. Af samhandelsaftalen for 2012 fremgår det, at SK Service A/S forpligtede sig til at gennemføre SK Varme A/S' forpligtelser til realisering af energibesparelser. Efter aftalen betalte SK Varme A/S en andel af de samlede omkostninger hos SK Service A/S svarende til 43,10 %. De øvrige omkostninger betaltes af SK Elnet A/S, der i 2012 havde en tilsvarende samhandelsaftale. Af aftalen fremgår tillige, at SK Varme A/S skulle betale et tillæg på 10 procent af de samlede omkostninger til dækning af renteudgifter og fortjeneste.

¹ Bekendtgørelse nr. 120 af 6. februar 2020 af lov om varmforsyning.

SK Varme A/S, CVR nr. 27736904, blev stiftet den 5. maj 2004. Virksomheden ejes af SK Forsyning A/S, CVR nr. 25797981, med 100 procent af kapitalandelene. SK Forsyning A/S ejer SK Service A/S, CVR nr. 26863902, med 100 procent af kapitalandelene og Zeanet A/S (tidligere SK Elnet A/S), CVR nr. 26863899, med 100 procent af kapitalandelene.

SK Varme A/S, SK Service A/S og SK Elnet A/S er dermed koncernforbundne.

Den 22. juni 2018 fremsendte Forsyningstilsynet en anmodning om yderligere dokumentation for den prisfastsættelsesmetode SK Varme A/S og SK Service A/S har anvendt til sikring af markedsmæssigheden af samhandelsaftalen for 2012.

Den 14. september 2018 rykkede Forsyningstilsynet efter et svar på anmodningen af 22. juni 2018, der ikke var blevet besvaret inden for fristen. Forsyningstilsynet stillede derudover opklarende spørgsmål om den oprindeligt fremsendte samhandelsaftale for 2012.

Den 17. september 2018 modtog Forsyningstilsynet meddelelse om, at den tidligere kontaktperson i SK Varme A/S var fratrådt sin stilling, hvorfor anmodningen af 22. juni 2018 ikke var nået frem til en sagsbehandler. Samme dag genfremsendte Forsyningstilsynet anmodningen af 22. juni 2018 til SK Varme A/S.

Den 24. september 2018 modtog Forsyningstilsynet supplerende oplysninger om indholdet af samhandelsaftalerne samt den gældende samhandelsaftale for 2012.

Den 17. januar 2019 anmodede Forsyningstilsynet om yderligere specifikationer og dokumentation for SK Varme A/S' omkostningsgrundlag, prisfastsættelsesmetode og sammenligningsgrundlag for en markedsbestemthedsvurdering af prisen på energibesparelser.

Den 18. februar 2019 anmodede SK Varme A/S om fristforlængelse, da årsregnskaberne var under udarbejdelse.

Den 14. marts 2019 rykkede Forsyningstilsynet for besvarelse af anmodningen af 17. januar 2019.

Den 28. marts 2019 anmodede SK Varme A/S om et telefonmøde, der blev afholdt samme dag. Mødet vedrørte karakteren og omfanget af selskabets dokumentation for markedsmæssigheden af indgåede aftaler.

Den 1. april 2019 fremsendte SK Varme A/S som opfølgning på telefonmødet af 28. marts 2019 svar på Forsyningstilsynets anmodning af 17. januar 2019. Herunder fremsendte SK Varme A/S fakturaer i henhold til samarbejdsaftalen af 2012. Fakturaerne godtgjorde, at SK Varme A/S havde betalt et samlet beløb på 1.744.885,00 kr. for energibesparelser i 2012.

På baggrund af den fremsendte dokumentation besluttede Forsyningstilsynet den 21. august 2019 at åbne en sag af egen drift om markedsmæssigheden af Zeanet A/S'

koncerninterne transaktioner om energibesparelser i 2012. Forsyningstilsynet inviterede ved samme lejlighed Zeanet A/S, SK Varme A/S og SK Service A/S til møde med henblik på at koordinere sagens videre behandling.

Den 4. september 2019 afholdt Forsyningstilsynet et møde med repræsentanter for SK Varme A/S, SK Service A/S og Zeanet A/S, hvor Forsyningstilsynet vejledte om stikprøvesagerne, og den dokumentation, der var nødvendig for at oplyse sagerne tilstrækkeligt. Samme dag fremsendte Forsyningstilsynet en kopi af mødematerialet, herunder en præsentation og et brev, der beskrev den dokumentation, der manglede. Fristen for at fremsende dokumentation blev fastsat til den 15. oktober 2019.

Den 17. oktober 2019 varslede Forsyningstilsynet et påbud, da der ikke efter fristens udløb var blevet fremsendt dokumentation.

Den 23. oktober 2019 fremsendte SK Varme A/S en funktions- og risikoanalyse.

Den 24. oktober 2019 fremsendte SK Varme A/S den resterende dokumentation i henhold til anmodningen af 4. september 2019. Herunder fremsendte SK Varme A/S en skriftlig samarbejdsaftale indgået mellem SK Varme A/S og SK Service A/S, fakturaer i henhold til aftalerne samt opgørelser af SK Service A/S' omsætning og omkostninger afholdt i forbindelse med aftalen om salg af energibesparelser til SK Varme A/S. SK Varme A/S fremsendte desuden en skriftlig aftale om køb af energibesparelser mellem SK Service A/S og Scanenergi A/S. Efter aftalen skulle Scanenergi A/S levere 8.000 MWh til en enhedspris på 550 kr. pr. MWh. Aftalen blev underskrevet den 12. december 2014.

Den 19. november 2019 anmodede Forsyningstilsynet om aftaledatoer for de kontrollerede transaktioner mellem SK Varme A/S og SK Service A/S hhv. SK Elnet A/S og SK Service A/S for 2012 og mellem Elnet Zealand A/S og SK Service A/S for 2015. Derudover anmodede Forsyningstilsynet om en funktions- og risikoanalyse for den koncerneksterne transaktion med Scanenergi A/S samt underliggende fakturaer for denne transaktion.

Den 2. december 2019 besvarede SK Varme A/S anmodningen og fremsendte dokumentation om den koncerneksterne transaktion med Scanenergi A/S samt en datering af den kontrollerede transaktion mellem Elnet Zealand A/S og SK Service fra 2015. Det var ikke muligt at datere de to transaktioner fra 2012.

Den 3. december 2019 drøftede Forsyningstilsynet den manglende datering med SK Varme A/S, der har oplyst, at aftalerne typisk blev udfærdiget i forbindelse med budgetlægning for det kommende år, hvilket typisk sker i november og december. Det har dog ikke været muligt at verificere, om dette også var tilfældet i 2012. SK Varme A/S oplyste, at den manglende datering er taget til efterretning.

SAGENS PARTER

Sagens part er SK Varme A/S, CVR nr. 27736904.

HØRING

Et afgørelsesudkast har været sendt i partshøring hos SK Varme A/S i perioden fra den 11. marts 2020 til den 6. maj 2020.

Den 6. maj 2020 modtog Forsyningstilsynet høringssvar fra SK Varme A/S. I høringssvaret indgik bemærkninger om omkostninger, der ikke indgik i det hidtil fremsendte materiale fra ZeaNet A/S.

Den 4. juni 2020 anmodede Forsyningstilsynet om dokumentation for disse omkostninger.

Den 9. juni 2020 har SK Varme A/S fremsendt en sandsynliggørelse af de nævnte omkostninger.

Den 1. juli 2020 har Forsyningstilsynet og SK Varme A/S på et telefonmøde drøftet afgørelsens retsvirkninger og partshøringstemaerne for afgørelsen.

RETSGRUNDLAG

Forsyningstilsynet fører tilsyn med, at varmedistributionsvirksomheders aftaler, herunder koncerninterne aftaler, lever op til reglerne om markedsmæssighed i lov om varmforsyning, jf. bekendtgørelse nr. 120 af 6. februar 2020 af lov om varmforsyning.

Den formulering af § 28 b, stk. 4 og 5, der gælder for aftaler indgået før den 1. juli 2018, blev indsat i lov om varmforsyning ved lov nr. 520 af 7. juni 2006 (som stk. 5 og 6) og har følgende ordlyd:

"§ 28 b [...]

Stk. 4. Aftaler, som varmedistributionsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår.

Stk. 5. De af stk. 4 omfattede aftaler skal foreligge i skriftlig form på aftaletidspunktet. Virksomhederne skal på begæring fra Energitilsynet forelægge tilstrækkelig dokumentation for, hvordan priser og vilkår for væsentlige aftaler er fastsat."

Hovedformålet med forsyningslovenes regler om markedsbestemtheden er at sikre, at værdierne i kollektive forsyningsvirksomheder alene anvendes i overensstemmelse med lovenes prisbestemmelser og at hindre omgåelse af disse bestemmelser. Herunder er formålet at hindre, at kollektive forsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller sælge for billigt overfører midler mellem interesseforbundne virksomheder.²

Begrebet markedsbestemtheden svarer til begrebet markedsmæssighed i lov om elforsyning og lov om naturgasforsyning, og det er identisk med armslængdeprincippet. Armslængdeprincippet indebærer på området for varmforsyning, at en varmedistributionsvirksomhed ved indgåelse af aftaler med andre virksomheder, herunder koncern-

² Folketingstidende 1998-99, A, L 234 som fremsat.

og interesseforbundne virksomheder, skal anvende priser og vilkår i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionen var afsluttet mellem uafhængige aftalparter.

Regler om markedsbestemthed i lov om varmforsyning supplerer således regulering af varmedistributionsvirksomhedernes priser, idet lov om varmforsyning giver hjemmel til at regulere den pris, der indgår i den økonomiske regulering af varmedistributionsvirksomhederne. Det følger af § 21, stk. 4, i lov om varmforsyning³, jf. lovens § 28 b.

Bestemmelserne i § 28 b, stk. 4 og 5, i lov om varmforsyning indebærer endvidere, at varmedistributionselskaberne har en pligt til at udarbejde dokumentation for at indgåede aftaler er markedsmæssige, og at denne dokumentation skal fremsendes til Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) efter anmodning.

Forsyningstilsynets vurdering af spørgsmålet om markedsbestemthed sker inden for rammerne af OECD's Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations⁴ (herefter "TPG") og SKATs vejledning "Transfer Pricing – Dokumentationspligten."⁵ Dette er præciseret i de bemærkninger til det lovforslag, L 165, der lå til grund for ændringen af lov om varmforsyning⁶. Det præciseres og forudsættes heri, at Forsyningstilsynet ved vurderingen af aftalernes markedsmæssighed efter lov om varmforsyning vil udøve sit skøn inden for rammerne af TPG.

Såvel TPG som SKATs Transfer Pricing-vejledning anviser fem anerkendte transfer pricing-metoder til dokumentation af en aftales markedsmæssighed. De fem metoder er den fri markedsprismetode (CUP – Comparable uncontrolled price method), videregælsmetoden (resale price method), kostplus-metoden (cost plus method), den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM – Transactional net margin method), og den transaktionsbaserede avancefordelingsmetode (Transactional profit split method).

I den foreliggende sag anvendes den transaktionsbaserede nettoavancemetode som prisfastsættelsesmetode.

Den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM) tager udgangspunkt i nettoavancen i en kontrolleret transaktion. Denne sammenlignes med en nettoavance, som uafhængige parter tjener ved lignende transaktioner. Den transaktionsbaserede nettoavancemetode anvendes ofte i sager, hvor det ikke har været muligt at lokalisere en direkte sammenlignelig uafhængig transaktion, da metoden er mindre følsom over for forskelle i varetyper, regnskabsprincipper og funktioner, og fordi det er muligt at benytte en databaseundersøgelse af nettoavancer i lignende virksomheder som uafhængigt sammenligningsgrundlag, jf. TPG pkt. 2.68 og 2.75.

³ Bekendtgørelse nr. 64 af 21. januar 2019 af lov om varmforsyning.

⁴ Se OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris.

⁵ Se SKAT's juridiske vejledning 2019-1, afsnit C.D.11.13.1, Transfer pricing dokumentationspligten - regel og omfang. Den juridiske vejledning kan tilgås gennem <https://skat.dk/skat.aspx?oid=2232478>.

⁶ Folketingstidende 2017-2018, L 165, Tillæg A, s. 21.

Principperne for opgørelsen af nettoavancen er afgørende for metodens korrekte anvendelse. Det vil kun være poster, der a) har direkte eller indirekte sammenhæng med den kontrollerede transaktion, og som b) har en aktiv betydning for profitten, der bør tages i betragtning ved opgørelsen af nettoavancen, jf. TPG pkt. 2.83 til 2.86.

For at anvende den transaktionsbaserede nettoavancemetode skal nettoavancen gøres sammenlignelig med nettoavancer hos uafhængige sammenlignelige parter. Dette gøres ved at sætte nettoavancen i forhold et andet nøgletal, der beskriver virksomhedens væsentligste funktioner. Den værdi, der beregnes, kaldes PLI (Profit level indicator). En PLI kan for eksempel opgøres ved at sætte nettoavancen i forhold til virksomhedens omsætning, omkostninger eller anvendte aktiver samt i variationer af disse. Ofte opgøres PLI'en i forhold til virksomhedens nettoomsætning, når den testede virksomhed primært udfører salgsaktiviteter. Denne PLI kaldes også *Operating Margin*.

Net cost plus margin beskriver nettoavancen i forhold til virksomhedens samlede omkostninger. Den bestemmer således det afkast, man kan tilskrive en virksomheds samlede omkostninger og anvendes ofte, når den testede virksomhed primært udfører produktionsaktiviteter, jf. TPG pkt. 2.82 til 2.108. Det nøgletal, der vælges til at beskrive virksomhedens PLI afgøres efter den testede virksomheds primære funktioner.

Spørgsmålet om nedsættelse af tariffer på grundlag af en afgørelse om markedsmæssighed efter § 28 b, stk. 4, i lov om varmforsyning er reguleret i § 21, stk. 4, i lov om varmforsyning.

Spørgsmålet om Forsyningstilsynets mulighed for at pålægge en varmedistributionsvirksomhed at fremsende dokumentation for, at et evt. nedsat beløb har indgået i virksomhedens opgørelse af over- og underdækning i forbindelse med prisetervisningen er reguleret i § 23 b, stk. 6, i lov om varmforsyning. Bestemmelsen lyder:

§ 23 b.

[..]

Stk. 6. Forsyningstilsynet kan pålægge en virksomhed, der er omfattet af stk. 5, at tilvejebringe de oplysninger, herunder at tilvejebringe dem i en bestemt form, som er nødvendige til varetagelsen af tilsynets opgaver efter denne lov eller efter regler fastsat i medfør af loven. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan fastsætte regler om tilvejebringelse af oplysninger.

[..]

FORSYNINGSTILSYNETS BEGRUNDELSE FOR AFGØRELSEN

Denne sag handler om, hvorvidt den koncerninterne aftale mellem SK Varme A/S og SK Service A/S er i overensstemmelse med reglerne om markedsbestemthed i lov om varmforsyning, herunder om parterne i aftalen har anvendt markedsbestemte vilkår i 2012.

Afgørelsen træffes efter § 28 b i lov om varmforsyning.

Efter dagældende § 28 b, stk. 5, i lov om varmforsyning skal aftaler, som varmedistributionsvirksomheder indgår med andre virksomheder, foreligge på skriftlig form på aftaletidspunktet.

SK Varme A/S har fremsendt dokumentation for, at der er indgået endelig, skriftlig aftale om køb af energibesparelser i 2012 i medfør af pkt. 3.5 i samhandelsaftalen for 2012. Samhandelsaftalen løb fra 1. januar 2012 til 31. december 2012. Det har ikke været muligt at dokumentere datoen for indgåelse af aftalen. SK Varme A/S har oplyst, at samhandelsaftaler typisk indgås i forbindelse med budgetlægningsarbejdet i november og december året inden aftalen skal gælde. Dette er dokumenteret for så vidt angår andre år.

Forsyningstilsynet påtaler på den baggrund det forhold, at det ikke har været muligt at dokumentere aftaledatoen, hvorfor skriftlighedskravet i § 28 b, stk. 5, ikke vurderes at være tilstrækkeligt opfyldt, idet Forsyningstilsynet dog bemærker, at påtalen alene vedrører det forhold, at den skriftlige aftale ikke har været dateret.

§ 28 b, stk. 4, i lov om varmforsyning indebærer, at den koncerninterne aftale skal indgås på markedsbestemte vilkår. Efter bestemmelsens stk. 5 skal dokumentation herfor fremsendes til Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) ved anmodning herom.

SK Varme A/S har fremsendt dokumentation, der kan danne grundlag for en vurdering af aftalens markedsbestemthed.

DEN KONTROLLEREDE TRANSAKTION, SAMHANDELSAFTALEN

I 2012 indgik SK Varme A/S en samhandelsaftale med SK Service A/S om opfyldelse af energisparemålet for SK Varme A/S i 2012. Prisen i aftalen blev fastsat efter en fordeling af SK Service A/S' samlede omkostninger til energibesparelser efter de respektive energisparemål for SK Varme A/S og ZeaNet A/S. De fordelte omkostninger blev tillagt 10 procent til dækning af renteudgifter og fortjeneste. De samlede omkostninger bestod af det udbetalte tilskud, personaleudgifter afregnet på timebasis og øvrige omkostninger.

SK Varme A/S betalte kvartalsvis efter faktiske afholdte omkostninger som følger:

TABEL 1 | SAMHANDELSAFTALEN, 2012, BETALINGER

	Varmeområde Korsør	Varmeområde Slagelse	I alt SK Varme A/S
1. kvrt.	47.394,00 kr.	149.018,00 kr.	196.412,00 kr.
2. kvrt.	102.865,00 kr.	323.430,00 kr.	426.295,00 kr.
3. kvrt.	54.320,00 kr.	170.797,00 kr.	225.117,00 kr.
4. kvrt.	216.461,00 kr.	680.600,00 kr.	897.061,00 kr.
I alt	421.040,00 kr.	1.323.845,00 kr.	1.744.885,00 kr.
Energisparemål 2012			4.370.000 kWh

Kilde: SK Varme A/S

Opgørelsen af den samlede pris samt det oplyste energisparemål, som efter samhandelsaftalen skulle opfyldes, viser, at SK Varme A/S betalte 1.744.885 kr. for 4.370.000 kWh energibesparelser, hvilket svarer til en enhedspris på 39,93 øre pr. kWh.

SK Varme A/S har fremsendt dokumentation for beregningen af de fællesomkostninger, der ligger til grund for betalingerne i henhold til samhandelsaftalen for 2012. Af denne dokumentation fremgår, at SK Service A/S i alt havde omkostninger for 3.680.415,29 kr. ved levering af energibesparelserne, og SK Service beregnede et tillæg hertil på 10 % af de samlede omkostninger svarende til 368.041,53 kr., jf. tabel 2.

TABEL 2 | ENERGISPAREREGNSKAB, SK SERVICE

Udbetalt tilskud	2.337.132,00 kr.
Medarbejdertimer og øvrige omkostninger	1.343.283,00 kr.
Samlede omkostninger	3.680.415,00 kr.
Tillæg 10 procent	368.041,50 kr.
I alt	4.048.456,50 kr.

Kilde: SK Varme A/S

Ved hørings svar af 6. maj 2020 og supplerende sandsynliggørelse af 9. juni 2020 anførte SK Varme A/S, at tillægget på 10 pct. dækker omkostninger, der ikke har indgået i den fremsendte dokumentation. Disse omkostninger er efter anmodning ikke blevet dokumenteret, og eftersom den allerede fremsendte dokumentation kan afstemmes til årsrapporten for SK Service A/S, lægges de oprindeligt fremsendte omkostningstal til grund for beregningen af SK Service A/S' nettoavance, jf. tabel 2.

SK Varme A/S har derudover oplyst, hvordan disse omkostninger og tillæg blev fordelt mellem SK Varme A/S og SK Elnet A/S, jf. tabel 3. Den tilgængelige dokumentation har gjort det muligt at beregne SK Service A/S' nettoavance for salg af energibesparelser til SK Varme A/S.

TABEL 3 | NETTOAVANCE, SK SERVICE A/S

	Salg til SK Varme A/S	Salg til SK Elnet A/S	I alt SK Service
Omsætning	1.744.885,00 kr.	2.303.572,00 kr.	4.048.457,00 kr.
Tilskud	1.007.303,89 kr.	1.329.828,11 kr.	2.337.132,00 kr.
Bruttoavance	737.581,11 kr.	973.743,89 kr.	1.711.325,00 kr.
Medarbejdertimer og øvrige omkostninger	578.954,97 kr.	764.328,03 kr.	1.343.283,00 kr.
Nettoavance	158.626,14 kr.	209.415,87 kr.	368.042,00 kr.

Kilde: SK Varme A/S

SK Varme A/S har således dokumenteret, at SK Service A/S havde en nettoavance for salg af energibesparelser i henhold til samhandelsaftalen til SK Varme A/S på 158.626,14 kr.

SK Varme A/S har som led i opfyldelse af sin dokumentationsforpligtelse udarbejdet en funktions- og risikoanalyse, der dokumenterer de værdiskabende aktiviteter, og hvem der har håndteret dem i forbindelse med aftalens realisering, jf. tabel 4.

TABEL 4 | FUNKTIONS- OG RISIKOANALYSE

	Samhandelsaftalen		Vurdering
	SK Service A/S	SK Varme A/S	
Funktioner			
Kundeopsøgende aktivitet	X		Værdiskabende
Rådgivning	X		Værdiskabende
Hjemtagelse af energibesparelser	X		Værdiskabende
Dokumentation af energibesparelser	X		Værdiskabende
Kvalitetssikring og Audit	X		Værdiskabende
Administration af opgaven	X		Værdiskabende
Indberetning	X		Værdiskabende
Risici			
Forretningsmæssige risici	X	X	Middel
Personalemæssige risici	X		Lav
Debitorrisici	X		Lav
Juridisk	X		Lav

Kilde: SK Varme A/S

Funktions- og risikoanalysen viser, at SK Service A/S i al væsentlighed varetog de værdiskabende funktioner og risici i forbindelse med realiseringen af samhandelsaftalen med SK Varme A/S.

SAMMENLIGNINGSGRUNDLAG

Som led i sagens oplysning har SK Varme A/S oplyst, at SK Service A/S i 2014 købte energibesparelser fra en uafhængig part. Sammenligneligheden af denne transaktion behandles i det følgende. Derudover har Forsyningstilsynet udfærdiget en databaseundersøgelse, der kan anvendes som eksternt sammenligningsgrundlag

AFTALE MED SCANENERGI A/S

SK Varme A/S har dokumenteret, at SK Service A/S den 12. december 2014 indgik en aftale med Scanenergi A/S om køb af energibesparelser til levering i 2015. Af aftalen fremgår det, at SK Service købte 8.000 MWh til en pris på 550 kr. pr. MWh. Dette svarer til en samlet beløb på 4.400.000 kr. Dokumentationen har dannet grundlag for en sammenligning af kontraktvilkår samt en funktions- og risikoanalyse, jf. tabel 5.

TABEL 5 | AFTALER OM ENERGIBESPARELSER I SK SERVICE A/S OG FUNKTIONS- OG RISIKOANALYSE

Købende part	SK Varme A/S og SK Service A/S	SK Elnet A/S og SK Service A/S	SK Service A/S og Scanenergi A/S
Aftalestruktur	Samhandelsaftale til opfyldelse af årets energisparemål	Samhandelsaftale til opfyldelse af årets energisparemål	Enkeltstående aftale om levering af eksakt mængde energibesparelser
Volumen	4.370.000 kWh	4.746.000 kWh	8.000.000 kWh
Samlet pris	1.744.885,00 kr.	2.303.571,50 kr.	4.400.000 kr.
Enhedspris	39,93 øre pr. kWh	48,54 øre pr. kWh	55,00 øre pr. kWh
Betalingsvilkår	Kvartalsvis afregning efter fordeling af faktisk afholdte omkostninger med tillæg på 10 % til dækning af renteudgifter og avance.	Kvartalsvis afregning efter fordeling af faktisk afholdte omkostninger med tillæg på 10 % til dækning af renteudgifter og avance.	Enkeltstående betaling.
Aftaledato	Ikke dokumenteret	Ikke dokumenteret	12. december 2014
Løbetid	1. januar 2012 til 31. december 2012	1. januar 2012 til 31. december 2012	Ingen

	Koncerneksternt køb		Vurdering
	SK Service A/S	Scanenergi A/S	
Funktioner			
Kundeopsøgende aktivitet		x	Værdiskabende
Rådgivning		x	Værdiskabende
Hjemtagelse af energibesparelser		x	Værdiskabende
Dokumentation af energibesparelser		x	Værdiskabende
Kvalitetssikring og Audit		x	Værdiskabende
Administration af opgaven		x	Værdiskabende
Indberetning	x		Værdiskabende
Risici			
Forretningsmæssige risici	x	x	Middel
Personalemæssige risici		x	Lav
Debitorrisici		x	Lav
Juridisk		x	Lav

Kilde: SK Varme A/S

Tabel 5 viser, at Scanenergi A/S varetog langt størstedelen af de værdiskabende funktioner i forbindelse med levering af energibesparelser til SK Service A/S.

SAMMENLIGNELIGHED

For at kunne anvendes som sammenligningsgrundlag i en markedsbestemthedsvurdering efter § 28 b, stk. 4 og 5, i lov om varmforsyning, skal uafhængige transaktioner være sammenlignelige med den kontrollerede transaktion. Dette vil være tilfældet, hvis eventuelle forskelle mellem transaktionerne ikke har været egnede til væsentligt at påvirke prisen i aftalen, eller hvis det er muligt at foretage rimelige justeringer for at imødekomme sådanne forskelle mellem transaktionerne, jf. TPG pkt. 3.47.

Af TPG pkt. 1.36 fremgår, at fem sammenlignelighedsfaktorer skal identificeres i transaktionerne og sammenlignes indbyrdes.

1. Kontraktuelle vilkår for transaktionen.
2. Funktioner, aktiver og risici samt hvordan disse påvirker værditilførslen for de ydelser, transaktionen angår.
3. Den leverede ydelse efter kontrakten.
4. De økonomiske omstændigheder for parterne samt i det marked, parterne opererer i.
5. Forretningsstrategierne, parterne følger.

Forsyningstilsynet konstaterer, at der er væsentlige forskelle i aftalernes kontraktuelle vilkår og at funktions- og risikoanalysen afdækker store forskelle i de håndterede funktioner og risici. Dertil kommer, at aftalen mellem SK Service A/S og Scanenergi A/S vedrører et andet led i værdikæden end den koncerninterne aftale mellem SK Service A/S og SK Varme A/S, idet SK Service A/S i den eksterne aftale optræder som køber, mens SK Service A/S i den koncerninterne aftale med SK Varme A/S optræder som

sælger. Det må formodes, at de energibesparelser, SK Service A/S købte hos Scanenergi A/S, var ment til videresalg til SK Varme A/S eller en anden koncernforbunden forsyningsvirksomhed. Dette indebærer en potentielt væsentlig forskel i værdiskabelse og funktioner, der kan være prisbestemmende.

Disse forskelle vurderes at være egnede til væsentligt at påvirke prisen i aftalen. Forsyningstilsynet vurderer ikke, at det er muligt at foretage rimelige justeringer, der kan imødekomme de funktionelle og kontraktuelle forskelle mellem transaktionerne.

SK Varme A/S har i høringssvaret af 6. maj 2020 anført, at de adresserede forskelle enkeltvist ikke har væsentlig betydning for priserne i aftalen, og at aftalen mellem SK Service A/S og Scanenergi A/S således er sammenlignelig med aftalen mellem SK Varme A/S og SK Service A/S. Dog fremkommer der ikke i høringssvaret dokumentation for, at de nævnte forskelle ikke har haft væsentlig betydning for prisen i aftalen væsentligt. SK Varme A/S har heller ikke påvist nogen mulighed for at foretage rimelige prisjusteringer for forskellene.

Forsyningstilsynet vurderer på den baggrund, at aftalen mellem SK Service A/S og Scanenergi A/S ikke er sammenlignelig med samhandelsaftalen mellem SK Service A/S og SK Varme A/S.

Der er derfor ikke noget tilgængeligt internt sammenligningsgrundlag til brug for markedsbestemthedsanalysen, hvorfor Forsyningstilsynet har udfærdiget en databaseundersøgelse som eksternt sammenligningsgrundlag i sagen.

FORSYNINGSTILSYNETS DATABASEUNDERSØGELSE FOR UAFHÆNGIG ENERGIRÅDGIVNING

Forsyningstilsynet har til brug for afgørelsen udfærdiget en analyse af nettoavancer for uafhængige virksomheder, der udbyder rådgivning af en karakter, der kan sammenlignes med den energirådgivning, SK Service A/S leverede i henhold til samhandelsaftalen med SK Varme A/S. Databaseundersøgelsen er vedhæftet denne afgørelse som bilag.

Databaseundersøgelsen er foretaget i databasen og benchmarking-værktøjet TP Catalyst og følger de retningslinjer, man anvender inden for den internationale skatteret ved vurdering af, om koncerninterne transaktioner er markedsmæssige. En databaseundersøgelse kan enten anvendes som samlet vurdering ved anvendelse af prisfastsættelsesmetoden TNMM (Den transaktionsbaserede nettoavancemetode) eller som et rimelighedstjek af en af OECD's øvrige prisfastsættelsesmetoder.

Databaseundersøgelsen består af en samling af nettoavancer i forskellige virksomheder, der vurderes at udføre funktioner, der er sammenlignelige med den virksomhed, der testes i markedsmæssighedsvurderingen. For at kunne sammenligne nettoavancerne, er disse omregnet forskellige PLI'er i overensstemmelse med TPG pkt. 2.82-2.108.

Databaseundersøgelsen er udfærdiget for regnskabsårene 2009-2011, da Forsyningstilsynet vurderer, at det er disse regnskabsår, der er relevante som sammenligningsgrundlag for samhandelsaftalen for 2012 mellem SK Service A/S og SK Varme A/S.

Forsyningstilsynet vurderer, at disse regnskabsår ville kunne indgå som datagrundlag i forbindelse med prisfastsættelsen af de koncerninterne transaktioner mellem SK Service A/S og SK Varme A/S.

Forsyningstilsynet henviser til bilaget for en nærmere gengivelse af analysens databaseudsøgningskriterier, samt de kvantitative og kvalitative udvælgelseskriterier.

Databaseundersøgelsen har givet følgende resultater på markedsmæssige nettoavancer beskrevet ved PLI'ene Operating Margin, Net Cost Plus margin og Return on OPEX:

TABEL 6 | RESULTATER PÅ DATABASEUNDERSØGELSEN

PLI, Median	2009	2010	2011	Vægtet gennemsnit
Operating margin	5,45%	5,16%	5,77%	5,46%
Net Cost Plus margin	5,58%	4,12%	6,13%	5,32%
Return on OPEX	9,59%	10,23%	14,67%	11,64%

Kilde: Bilag til afgørelsen, Forsyningstilsynets databaseundersøgelse for uafhængig ingeniørrådgivning.

Note: For de fuldstændige resultater og data henvises til databaseundersøgelsen i denne afgørelses bilag.

Resultaterne er udtryk for sammenlignelige og markedsmæssige nettoavancer.

VALG AF PRISFASTSÆTTELSESMETODE

Forsyningstilsynets valg af prisfastsættelsesmetode beror på den tilgængelige data om den kontrollerede transaktion, de tilgængelige interne og eksterne sammenligningsgrundlag samt de oplyste funktions- og risikoanalyser, jf. TPG pkt. 2.2.

Den tilgængelige data har gjort det muligt at afgrænse samhandelsaftalens indhold og SK Service A/S' resultater på brutto- såvel som på nettoavanceniveau ved salg af energibesparelser til SK Varme A/S.

Forsyningstilsynet har udarbejdet en databaseundersøgelse, der indeholder nettoavancer hos uafhængige energirådgivningsvirksomheder, som kan udgøre et troværdigt sammenligningsgrundlag. Den relevante metode til sammenligning af nettoavancer vil efter omstændighederne være den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM). Da nettoavancen i transaktionen befinder sig hos SK Service A/S, lægger metoden op til, at SK Service A/S' regnskabstal testes i nærværende analyse.

DEN TRANSAKTIONSBASEREDE NETTOAVANCEMETODE

Som tidligere beskrevet sammenligner man efter den transaktionsbaserede nettoavancemetode nettoavancen i en kontrolleret transaktion med den nettoavance, som uafhængige parter tjener ved lignende transaktioner.

SK Service A/S' værdiskabende funktioner i henhold til rammeaftalen er salgs- og rådgivningsrelaterede. Avancen for sådanne aktiviteter vil ofte have en god sammenhæng med den omsætning, der er forbundet med aktiviteterne. En sammenligning på baggrund af omsætning indebærer imidlertid at nettoavancen i SK Service A/S beskrives ved brug af et nøgletal, der er direkte forbundet med avancetillægget på ti procent af de samlede omkostninger i den kontrollerede transaktion mellem SK Varme A/S og SK Service A/S, hvilket bør undgås for at sikre en solid og sammenlignelig opgørelse, jf. TPG pkt. 2.94.

I denne sag er omsætningen ved den kontrolleret transaktion skabt ved et tillæg til de samlede omkostninger. Af den grund vurderes der at være en god sammenhæng mellem nettoavancen og de samlede omkostninger. Net kostplus-marginen anvendes i sagen, hvor værdiskabelsen i de udførte funktioner, risici og aktiver kan beskrives ved de afholdte omkostninger i den testede virksomhed, jf. TPG pkt. 2.98. Kostbasen skal ved korrekt anvendelse af net kostplus-marginen som PLI være fuldstændig, hvilket vil sige, at alle direkte omkostninger og indirekte omkostninger, der er allokeret den testede aktivitet efter en relevant fordelingsnøgle, skal medregnes, jf. TPG pkt. 2.99.

Princippet for opgørelsen af omkostningsbasen, der ligger til grund for nettoavancen, er afgørende for metodens korrekte anvendelse. Det vil kun være poster, der a) har direkte eller indirekte sammenhæng med den kontrollerede transaktion, og b) som har en aktiv betydning for profitten, der bør medregnes ved opgørelsen af nettoavancen, jf. TPG pkt. 2.83 til 2.86.

SK Varme A/S har dokumenteret SK Service A/S' nettoavance for levering af energibesparelser til SK Varme A/S. Resultatet er gengivet i tabel 3. Opgørelsen indeholder dog såvel i omsætnings- og omkostningsopgørelsen det udbetalte tilskud til slutbrugeren på i alt 1.007.303,89 kr. Tilskuddet skaber ingen værdi for transaktionen, men figurerer alene som en post, der passerer gennem SK Service A/S fra den udbetalende netvirksomhed, SK Varme A/S til slutbrugeren. Da selve tilskuddet således ikke har nogen betydning for profitten i SK Service A/S, vil det være misvisende at medregne tilskuddet i opgørelsen af den nettoavance, der sammenlignes med uafhængige parter, jf. TPG pkt. 2.86. Tilskuddet fratrækkes af den grund den samlede omkostningsbase for SK Service A/S.

Denne tilgang gør det muligt at beregne SK Service A/S' nettoavance for salg af energibesparelser til SK Varme A/S, jf. tabel 7.

TABEL 7 | NETTOAVANCE, NET COST PLUS, SK SERVICE A/S

	Salg til SK Varme A/S	Salg til SK Elnet A/S	I alt SK Service
Omsætning	1.744.885,00 kr.	2.303.572,00 kr.	4.048.457,00 kr.
Tilskud	1.007.303,89 kr.	1.329.828,11 kr.	2.337.132,00 kr.
Bruttoavance	737.581,11 kr.	973.743,89 kr.	1.711.325,00 kr.
Medarbejdertimer og øvrige omkostninger	578.954,97 kr.	764.328,03 kr.	1.343.283,00 kr.
Nettoavance	158.626,14 kr.	209.415,87 kr.	368.042,00 kr.
Net Cost Plus-margin	27,40%	27,40%	27,40%

Kilde: SK Varme A/S

Forsyningstilsynet lægger til grund, at SK Service A/S har haft en nettoavance på 158.626,14 kr. for salg af energibesparelser til SK Varme A/S, hvilket svarer til en net kostplus-margin på 27,40%.

Forsyningstilsynets databaseundersøgelse har givet sammenlignelige nettoavancer omregnet til net kostplus-marginer i regnskabsårene 2009 til 2011, jf. tabel 8.

TABEL 8 | RESULTAT PÅ DATABASEUNDERSØGELSEN

NET COST PLUS	2009	2010	2011	Vægtet gennemsnit
Antal observationer	7	7	8	
Øvre Kvartil	6,20%	7,35%	6,97%	6,85%
Median	5,58%	4,12%	6,13%	5,32%
Nedre Kvartil	2,75%	-4,66%	5,48%	1,38%

Kilde: Forsyningstilsynets databaseundersøgelse, bilag 1.

Det fremgår af tabel 8, at det vægtede gennemsnit af medianerne for sammenlignelige uafhængige virksomheders net kostplus-marginer mellem 2009 og 2011 var 5,32%. Det markedsmæssige interval, det vil sige intervallet mellem øvre og nedre kvartil, udgøres af net kostplus-marginer på mellem 1,38% og 6,85%. Forsyningstilsynet har ikke modtaget oplysninger i sagen, der godtgør, at SK Service A/S har udført funktioner eller håndteret risici eller aktiver, der skulle placere dem højere eller lavere end medianværdien i Forsyningstilsynets databaseundersøgelse. Forsyningstilsynet fastsætter på den baggrund den markedsmæssige pris efter det vægtede gennemsnit af medianerne.

På den baggrund beregner Forsyningstilsynet den markedsmæssige nettoavance for den koncerninterne transaktion mellem SK Service A/S og SK Varme A/S, jf. tabel 9.

TABEL 9 | **MARKEDSMÆSSIG PRIS**

	Samhandelsaftalen	Markedsmæssig pris
Nettoomsætning	1.744.885,00 kr.	1.617.035,72 kr.
Tilskud	1.007.303,89 kr.	1.007.303,89 kr.
Bruttofortjeneste	737.581,11 kr.	609.731,83 kr.
Driftsomkostninger	578.954,97 kr.	578.954,97 kr.
Nettoavance	158.626,14 kr.	30.776,86 kr.
Net Cost Plus	27,40%	5,32%
Difference		-127.849,28 kr.

Kilde: Forsyningstilsynets beregninger og SK Varme A/S

KONKLUSION, MARKEDSMÆSSIG PRIS

Forsyningstilsynet finder, at SK Varme A/s ikke har dokumenteret markedsbestemtheden af den indgåede aftale om realisering af energibesparelser i 2012.

Forsyningstilsynet fastsætter med ovenstående begrundelse den markedsmæssige pris i samhandelsaftalen til 1.617.035,72 kr., hvilket svarer til en enhedspris på 37,00 øre pr. kWh, jf. § 28 b, stk. 4 og 5, i lov om varmforsyning.

Forsyningstilsynet har til brug for den skønsmæssige fastsættelse af den markedsmæssige pris i aftalen udfærdiget en databaseundersøgelse, der angiver en markedsmæssig nettoavance. Forsyningstilsynet lægger en konkret vurdering vægt på, at en sammenligning mellem den opnåede nettoavance ved realisering af samhandelsaftalen og Forsyningstilsynets databaseundersøgelse har vist, at SK Varme A/S i 2012 har betalt 127.849,28 kr. for meget for de købte energibesparelser.

Forsyningstilsynet nedsætter dermed prisen i aftalen med i alt 127.849,28 kr.

Den for høje pris er indregnet i de omkostninger til realisering af energibesparelser, der har indgået i SK Varme A/S' tariffer. Den foreliggende tilsidesættelse af kravet om markedsbestemte priser og vilkår i § 28, stk. 4 og 5, i lov om varmforsyning og den heraf følgende nedsættelse af prisen indebærer således, at der skal ske en nedsættelse af SK Varmes tarif med et beløb, der svarer til det for meget opkrævede beløb hos varmemeforbrugerne.

Forsyningstilsynet pålægger på den baggrund SK Varme A/S at afvikle den konstaterede overdækning svarende til 127.849,28 kr. ved indregning af dette beløb inden udgangen af den kommende regnskabsperiode, dvs. inden udgangen af 2021, jf. § 21, stk. 4, i lov om varmforsyning.

Det nedsatte beløb indregnes i varmedistributionsvirksomhedens priser efter lovens kapitel 4, hvis tilsynet som i det foreliggende tilfælde finder, at en aftale ikke er indgået på markedsbestemte vilkår., jf. § 28 b, stk. 4, 2. pkt., i lov om varmforsyning.

Med henblik på en kontrol af afgørelsens efterlevelse pålægges SK Varme A/S derfor at dokumentere, hvordan henholdsvis overdækning ultimo året før (punkt 16.7 i priseftervisningen) og årets overdækning er sammensat i forbindelse med indberetningen af priseftervisning for 202(0). SK Varme A/S skal herudover dokumentere, hvor stor en del af overdækningen, der er opstået i forbindelse med nedregulering af nedsatte beløb, der følger af denne afgørelse vedrørende omkostninger til realisering af energibesparelser, jf. § 23 b, stk. 6, i lov om varmforsyning.

ÅBNING AF SAGER AF EGENDRIFT

Som følge af sagsbehandlingen i den verserende sag overvejer Forsyningstilsynet at åbne nye sager om markedsmæssigheden af SK Varme A/S' koncerninterne transaktioner om energibesparelser for andre kontrolår.

OFFENTLIGGØRELSE

Denne afgørelse vil blive offentliggjort på Forsyningstilsynets hjemmeside www.forsyningstilsynet.dk, da der efter en konkret vurdering ikke findes at være forhold, der taler afgørende imod en sådan offentliggørelse. Eventuelle fortrolige oplysninger i afgørelsen vil blive undtaget offentliggørelse.

KLAGEVEJLEDNING

Eventuel klage over denne afgørelse kan indbringes for Energiklagenævnet, jf. § 26 i lov om varmforsyning. Klage skal være skriftlig og være indgivet inden 4 uger efter, at Forsyningstilsynets afgørelse er meddelt.

Klagen indgives til:

Energiklagenævnet
Nævnenes Hus
Toldboden 2
8800 Viborg
Tlf.: 72 40 56 00
E-mail: ekn@naevneneshus.dk

Energiklagenævnets kontortid kan have betydning for, om klagen er indgivet i rette tid. Nærmere information om klagefristen, hvem der kan klage (klageberettiget) og nævnets klagebehandling fremgår af Energiklagenævnes hjemmeside www.ekn.dk.
Med venlig hilsen

Med venlig hilsen

Jens Christian Dalsgaard
Fuldmægtig, cand.jur.