

København · 19. august 2013

Agnete Nordentoft
Specialistadvokat

T +45 72 27 35 10
ano@bechbruun.com

Sagsnr. 011286-0018 ano/jhp
Dok.nr. 10165053.1

Juridisk vurdering af sammenlægning

1. Indledning

Næstved Varmeværk A.m.b.a. overvejer en sammenlægning med Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.

Deloitte har i den forbindelse udarbejdet et oplæg til struktur for sammenlægningen, hvorefter selskabernes produktionsaktiver skal placeres i et A.m.b.a. (i det følgende kaldet "Fjernvarme A.m.b.a."), som tillige skal eje aktierne i et A/S, hvor selskabernes distributionsaktiver placeres (i det følgende kaldet "Fjernvarme A/S"), jf. Deloitte's notat af 8. august 2013.

Næstved Varmeværk A.m.b.a. har bedt Bech-Bruun om at foretage en juridisk vurdering af oplægget til struktur, herunder i relation til (i) selskabsretlige forhold, (ii) regulatoriske forhold og (iii) aftaleforhold, herunder udbud.

2. Sammenfatning

2.1 Selskabsretlige forhold

Sammenfattende er det vores vurdering, at lovgivningen ikke indeholder hjemmel til at gennemføre en fusion i form af en universalsuccession mellem to andelsselskaber med begrænset ansvar, der ikke er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Den efter vores vurdering korrekte fremgangsmåde i forhold til sammenlægningen vil herefter være, at det ophørende selskab (Næstved Varmeværk A.m.b.a.) træffer beslutning om selskabets opløsning i henhold til vedtægternes bestemmelser herom, samt at selskabets virksomhed som en del af opløsningen overdrages til det fortsættende selskab (Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.) med henblik på aktivitetens videreførelse.

I den juridiske teori argumenteres der imidlertid for, at en beslutning om fusion i såvel det ophørende som det fortsættende selskab må kunne træffes efter reglerne om vedtægtsændringer, når de to selskaber har samme formål, således at kravene om gyldig opløsningsbeslutning ikke behøver at blive iagttaget i det ophørende selskab.

Beslutningen om opløsningen af Næstved Varmeværk A.m.b.a. og sammenlægningen af virksomhederne vil efter vores vurdering skulle træffes af andelshaverne på en generalforsamling efter reglerne om vedtægtsændringer. Derudover skal vedtægtsændringer hos både Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. godkendes af kommunalbestyrelsen i Næstved Kommune, så længe kommunen har stillet garanti for selskabernes respektive gæld.

Uanset valget af fremgangsmåde anbefaler vi, at der til grund for beslutningerne i begge selskaber udarbejdes en "fusionsoverenskomst" (fusionsplan), hvor der tages stilling til vilkårene for overførslen af det ophørende selskabs aktiver og passiver, vilkårene for indtrædelsen af det ophørende selskabs andelshavere i det fortsættende selskab, navn, ledelse- og afstemningsforhold samt nødvendige ændringer af vedtægterne.

Overdragelsen af virksomheden til Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. medfører et debitorskifte i forhold til Næstved Varmeværk A.m.b.a.'s kreditorer. Indhentelse af samtykke vil imidlertid allerede være nødvendigt i forbindelse med, at aktiviteten i Næstved Varmeværk A.m.b.a. – på nær medarbejderne – skydes ind i det nystiftede aktieselskab (Fjernvarme A/S).

Det bemærkes, at der i forbindelse med etableringen af Fjernvarme A/S ved indskud af aktiviteten i Næstved Varmeværk A.m.b.a. vil skulle tages stilling til eventuelle konsekvenser i forhold til tinglysningsafgift.

2.2 Regulatoriske forhold

I relation til de regulatoriske forhold er det sammenfattende vores vurdering, at hverken el- eller varmforsyningsloven er til hinder for sammenlægningen og den påtænkte struktur. Varmeforsyningsloven indeholder imidlertid krav om forbrugerindflydelse, der skal tages højde for ved udarbejdelsen af vedtægter for Fjernvarme A.m.b.a. og Fjernvarme A/S.

Varmeforsyningsloven er heller ikke til hinder for, at varmepriserne i de to forsyningsområder harmoniseres i forbindelse med sammenlægningen, eller at det alene er forbrugerne i Hyllinge-Menstrup, der skal betale investeringsbidraget i transmissionsledningen.

Endvidere er varmforsyningsloven ikke til hinder for, at Fjernvarme A.m.b.a. udfører serviceaktiviteter for Fjernvarme A/S i henhold til koncerninterne aftaler. Energitilsynet stiller imidlertid krav om, at aftalerne er gennemsikkelige i relation til ydelser og priser. Prisfast-

sættelsen skal som udgangspunkt være markedsbestemt og skal løbende kunne dokumenteres.

Varmen fra Fjernvarme A.m.b.a. til Fjernvarme A/S skal sælges til den laveste af den omkostningsbestemte varmepris og substitutionsprisen. Det er i den forbindelse muligt efter tilladelse fra Energitilsynet at indregne elomkostninger og elindtægter i den omkostningsbestemte varmepris, således at Fjernvarme A.m.b.a. økonomisk hviler i sig selv.

Udgangspunktet er derimod, at skattebetalinger ikke er en omkostning, der kan indregnes i varmeprisen. I konkrete tilfælde kan der dog undtages fra udgangspunktet. Vi vil på den baggrund anbefale, at spørgsmålet drøftes med Energitilsynet, således at det sikres, at de skattebetalinger, der udløses i forbindelse med sammenlægningen mv., kan indregnes i varmepriserne.

I forbindelse med prisfastsættelsen skal det sikres, at varmeprisen ikke stiger som følge af sammenlægningen og etableringen af den påtænkte struktur, herunder som følge af indregning af øgede afskrivninger, finansieringsomkostninger, transaktionsomkostninger mv. Det skal endvidere sikres, at Fjernvarme A.m.b.a. ikke indregner et evt. tab på sideordnede aktiviteter (leverancer af serviceydelser mv.) i varmeprisen.

Efter sammenlægningen og etableringen af den påtænkte struktur skal såvel Fjernvarme A.m.b.a. som Fjernvarme A/S opfylde reglerne i varmforsyningsloven, herunder i relation til prisanmeldelser, betaling for myndighedsbehandling mv.

Transmissionsledningen, der skal forbinde Næstved med Hyllinge-Menstrup, skal godkendes i medfør af projektbekendtgørelsen. Hvis der forud for godkendelsen af transmissionsledningen etableres et biomassebaseret varmeproduktionsanlæg i Næstved, og dette anlæg maksimalt skal levere 8.000 MWh årligt til Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker, er det ikke en forudsætning for godkendelsen af transmissionsledningen, at projektet er samfundsøkonomisk fordelagtigt.

2.3 Aftaleforhold

I relation til aftaleforhold er det sammenfattende vores vurdering, at aftalerne mellem Fjernvarme A/S og Fjernvarme A.m.b.a. er fritaget for udbudspligt i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I forbindelse med sammenlægningen og etableringen af den påtænkte struktur skal de eksisterende aftaler med varmemeforbrugerne og eventuelt med leverandører overdrages fra Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. til det nye Fjernvarme A/S.

Der ses ikke at være hjemmel i aftalerne til, at disse overdrages uden indhentelse af samtykke. Såvel Næstved Varmeværk A.m.b.a. som Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. er imidlertid berettiget til at foretage ændringer i værkernes almindelige og tekniske bestemmelser for fjernvarmelevering. Der kan derfor med et passende varsel indsættes en bestemmelse herom. Vi har derudover fået oplyst, at ejendommene i både Næstved og i Hyllinge-Menstrup er pålagt tilslutnings- og/eller forblivelsespligt. Det er på den baggrund vores vurdering, at aftalerne med varmemeforbrugerne kan overdrages til Fjernvarme A/S, og at fjernvarmeforbrugerne ikke kan anvende omstruktureringen som grundlag for at komme ud af aftaleforholdet, herunder uden at betale udtrædelsesgodtgørelse.

3. Selskabsretlige forhold

Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. er selskaber med begrænset ansvar, der driver kollektiv varmforsyningsvirksomhed omfattet af lov om varmforsyning. Idet vi lægger til grund, at selskabernes årsregnskaber og vedtægter er offentligt tilgængelige, er selskaberne dermed, på nær kapitel 1, 2 og 7, undtaget fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.¹

Lovgivningen indeholder ikke hjemmel til at gennemføre en fusion i form af en universal-succession mellem to andelsselskaber med begrænset ansvar, der ikke er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Ligeledes indeholder vedtægterne for Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. ikke særlige bestemmelser om fusion.²

Den efter vores vurdering korrekte fremgangsmåde i forhold til sammenlægningen vil herefter være, at det ophørende selskab (Næstved Varmeværk A.m.b.a.) træffer beslutning om selskabets opløsning i henhold til vedtægternes bestemmelser herom samt at selskabets virksomhed som en del af opløsningen overdrages til det fortsættende selskab (Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.) med henblik på aktivitetens videreførelse.

Det fremgår af § 10, stk. 3 i vedtægterne for Næstved Varmeværk A.m.b.a., at et eventuelt overskud ved en opløsning af selskabet skal anvendes til kollektive varmforsyningsformål.

I den juridiske teori argumenteres der imidlertid for, at en beslutning om fusion i såvel det ophørende som det fortsættende selskab må kunne træffes efter reglerne om vedtægts-

¹ Jf. § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

² Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder indeholder i § 21a en specifik hjemmel til at gennemføre en fusion (universal-succession) imellem 2 to virksomheder med begrænset ansvar omfattet af loven.

ændringer, når de to selskaber har samme formål, således at kravene om gyldig opløsningsbeslutning ikke behøver at blive iagttaget i det ophørende selskab.³

Uanset valget af fremgangsmåde anbefaler vi, at der til grund for beslutningerne i begge selskaber udarbejdes en "fusionsoverenskomst" (fusionsplan), hvor der tages stilling til vilkårene for overførslen af det ophørende selskabs aktiver og passiver, vilkårene for indtrædelsen af det ophørende selskabs andelshavere i det fortsættende selskab, navn, ledelse- og afstemningsforhold samt nødvendige ændringer af vedtægterne.⁴

Fusionsplanen bør tillige indeholde den nærmere proces og vilkårene for den forud for "fusionen" påtænkte stiftelse af et aktieselskab ved apportindskud af Næstved Varmeværk A.m.b.a.'s varmedistributionsaktiviteter samt den efter overdragelsen tilsvarende tilførsel af det tidligere Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.'s varmedistributionsaktiviteter.

Det følger af § 10, stk. 1 i vedtægterne for Næstved Varmeværk A.m.b.a., at beslutning om selskabets opløsning skal vedtages af generalforsamlingen efter reglerne om vedtægtsændringer og i øvrigt i henhold til den til enhver tid gældende lovgivning.

Beslutningen skal således træffes af andelshaverne på en generalforsamling, hvor mindst halvdelen af selskabets andelshavere er repræsenteret, og med mindst 2/3 af de afgivne stemmer, jf. vedtægternes § 6, stk. 14. Falder forslaget som følge af for få fremmødte skal bestyrelsen indkalde til en ny generalforsamling til afholdelse senest 4 uger efter med henblik på en ny afstemning. Forslaget kan på denne generalforsamling vedtages med simpelt flertal uden hensyn til det repræsenterede antal stemmer.

Tilsvarende bestemmelser gælder for ændring af vedtægterne i Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.⁵ Vedtagelsen af "fusionsoverenskomsten" og ændringen af vedtægterne vil derfor skulle træffes af andelshaverne på en generalforsamling.

³ Erik Hørlyck argumenterer på side 256 i "Dansk Andelsret", 3. udgave, 2000 for, at fusionsbeslutningen i såvel det ophørende som det fortsættende selskab må kunne træffes efter reglerne om vedtægtsændringer, når de to selskaber har samme formål, således at kravene om gyldig opløsningsbeslutning ikke behøver at blive iagttaget i det ophørende selskab. Erik Hørlycks tilgang er således at andelshaverne automatisk følger med over i et fortsættende, hvis de ikke gør indsigelser herimod, samt at beslutningen om fusion.

⁴ Vi har i den forbindelse konstateret, at andelshavernes hæftelse i de to selskaber er forskellig, idet andelshaverne i Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. overfor tredjemand hæfter for selskabets forpligtelser med 5.000 kr., der kan gøres gældende af selskabet. Andelshaverne i Næstved Varmeværk A.m.b.a. hæfter ikke for selskabets gæld overfor tredjemand.

⁵ Tilsvarende bestemmelser gælder for ændring af vedtægterne i Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.

Derudover skal vedtægtsændringer hos både Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. godkendes af kommunalbestyrelsen i Næstved Kommune, så længe kommunen har stillet garanti for selskabernes respektive gæld.

Vi har i gennemgangen af vedtægterne konstateret, at andelshavernes hæftelse i de to selskaber er forskellig, idet andelshaverne i Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. overfor tredjemand hæfter for selskabets forpligtelser med 5.000 kr., der kan gøres gældende af selskabet. Andelshaverne i Næstved Varmeværk A.m.b.a. hæfter ikke for selskabets gæld overfor tredjemand. Der vil derfor være behov for en ændring af vedtægterne for Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. i forbindelse med indtrædelsen af Næstved Varmeværk A.m.b.a.'s andelshavere.

Det bemærkes, at ingen andelshaver har pligt til at følge med eller forblive andelshaver i det fortsættende selskab. Andelshaverne i det ophørende selskab kan derfor vælge at udtræde på almindelige udtrædelsesvilkår, hvis beslutningen om opløsning og sammenlægningen gennemføres.

Overdragelsen af virksomheden til Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. medfører et debitorskifte i forhold til Næstved Varmeværk A.m.b.a.'s kreditorer. Indhentelse af samtykke vil imidlertid allerede være nødvendig i forbindelse med, at aktiviteten i Næstved Varmeværk A.m.b.a. – på nær medarbejderne – skydes ind i det nystiftede aktieselskab (Fjernvarme A/S).⁶

Det bemærkes, at der i forbindelse med etableringen af Fjernvarme A/S ved indskud af aktiviteten i Næstved Varmeværk A.m.b.a. vil skulle tages stilling til eventuelle konsekvenser i forhold til tinglysningsafgift.

4. Regulatoriske forhold

4.1 Organisatoriske krav til el- og varmeforsyning

Hverken varmeforsyningsloven eller elforsyningsloven indeholder bestemmelser, som er til hinder for sammenlægningen og den påtænkte struktur.

⁶ Hvis intet andet fremgår af kontraktforholdet kan debitorskifte kun ske med kreditors samtykke. For at undgå risiko for, at kreditorerne eventuelt forlanger betaling i forbindelse med overdragelsen, bør der forud for fusionen søges indhentet samtykke til gældens overførsel til det fortsættende selskab. Der skal tages særskilt stilling til eventuelle ejerskiftebestemmelser for så vidt angår eventuel pantegæld i fast ejendom.

Varmeforsyningsloven indeholder imidlertid krav om, at flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i Fjernvarme A/S (som ejer anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp) skal vælges af de forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet virksomhedens anlæg, eller af kommunalbestyrelsen.

Indflydelseskravet anses for opfyldt, hvis flertallet af medlemmerne i bestyrelsen for Fjernvarme A.m.b.a. er valgt eller udpeget af forbrugerne/kommunen og denne bestyrelse direkte eller indirekte vælger Fjernvarme A/S' bestyrelse.

Indflydelseskravet kan i den forbindelse tillige opfyldes, ved at bestyrelsen i Fjernvarme A.m.b.a. udpeges af et repræsentantskab, der er valgt af andelshaverne i forsyningsområdet.

Forbrugerindflydelseskravene er således ikke til hinder for sammenlægningen og den påtænkte struktur, men kravene skal opfyldes i forbindelse med udarbejdelsen af vedtægterne for Fjernvarme A.m.b.a. og Fjernvarme A/S.

4.2 Prisfastsættelse af varmen – prisdifferentiering og prisharmonisering

Det følger af Deloitte's oplæg til struktur, at der i forbindelse med sammenlægningen planlægges etableret en transmissionsledning mellem de to forsyningsområder i Næstved og Hyllinge-Menstrup. Det er tanken at opkræve et investeringsbidrag på ca. 13,5 mio.kr. fra forbrugerne i Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.'s forsyningsområde.

Vi har derudover fået oplyst, at kunderne i de to forsyningsområder – bortset fra investeringsbidraget – skal have ens varmepriser. Den fremtidige prisfastsættelse indeholder således både et element af prisdifferentiering og prisharmonisering.

4.2.1 Prisdifferentieringen

Det følger af varmforsyningslovens § 20, stk. 5, at kollektive varmforsyningsanlæg (dvs. bl.a. Fjernvarme A/S) kan fastsætte forskellige priser til enkelte forbrugere, grupper af forbrugere og geografiske områder.

Det følger af forarbejderne⁷ til bestemmelsen og af energimyndighedernes praksis,⁸ at der efter bestemmelsen er adgang til at differentiere priserne mellem forskellige forbrugere, i

⁷ Bestemmelsen om prisdifferentiering blev indsat som § 27, stk. 2, i varmforsyningsloven ved lov nr. 308 af 9. juni 1982. Ved lov nr. 451 af 31. maj 2000 blev ordlyden af bestemmelsen om prisdifferentiering ændret til den nugældende ordlyd, herunder med indsættelsen af bestemmelsens 2. pkt.

⁸ Jf. bl.a. Konkurrenceankenævnets kendelse af 1992-12-03, Energiklagenævnets afgørelse af 24. august 2007, Energitilsynets notat af 15. december 2008 og Energitilsynets tilkendegivelse af 29. november 2010.

det omfang prisdifferentieringen sker efter objektive og ikke-diskriminerende kriterier og på grundlag af rimelige driftsøkonomiske principper.

Disse betingelser indebærer, at prisdifferentieringen skal ske på grundlag af forbrugernes omkostnings- og aftageprofil, og at der skal anføres saglige økonomiske begrundelser for prisdifferentieringen. Der skal således være en saglig økonomisk begrundelse for, at visse kunder betaler en højere/lavere varmepris end andre.

Idet transmissionsledningen efter det oplyste primært etableres for at forsyne forbrugerne i Hyllinge-Menstrup med varme fra Næstved for dermed at give lavere og mere stabile varmepriser i Hyllinge-Menstrup, er det vores vurdering, at prisdifferentieringen er lovlig, og at investeringsbidraget lovligt kan opkræves som påtænkt.

Under den forudsætning er investeringsbidraget således et pristillæg for forbrugerne i Hyllinge-Menstrup, som skal sikre, at forbrugerne i Næstved ikke belastes økonomisk af sammenlægningen og af etableringen af transmissionsledningen. Dermed er prisdifferentieringen mellem de to brugergrupper i henholdsvis Næstved og Hyllinge-Menstrup baseret på objektive og ikke-diskriminerende kriterier og på grundlag af rimelige driftsøkonomiske principper.

Det er på den baggrund vores vurdering, at opkrævningen af investeringsbidraget alene hos forbrugerne i Hyllinge-Menstrup er lovlig.⁹

4.2.2 Prisharmoniseringen

I Energitilsynets notat af 15. december 2008 om "Problemstillinger vedrørende prisharmonisering og prisdifferentiering i relation til fusioner og opkøb" er det lagt til grund, at det er den samlede virksomhed, der skal hvile-i-sig-selv, uanset om virksomheden består af et eller flere tekniske anlæg.

I notatet har Energitilsynet desuden lagt til grund, at det retlige udgangspunkt i varmforsyningsloven er, at kundegrupper, der tilhører samme forsyningsvirksomhed, afregnes på lige vilkår, og at varmforsyningsloven ikke fastlægger en generel pligt (men alene en ret) for virksomhederne til at prisdifferentiere, jf. varmforsyningslovens § 20, stk. 5.

⁹ Hvis forbrugerne i Næstved omvendt vil opnå lavere varmepriser ved, at der etableres en transmissionsledning og transmitteres varme fra Hyllinge-Menstrup til Næstved, er det tvivlsomt, om prisdifferentieringen er (fuldt ud) lovlig. Det skal således sikres, at investeringsbidraget fordeles mellem forbrugerne i forhold til de fordele, de opnår ved etableringen af transmissionsledningen, således at der er en omkostningsmæssig begrundelse for opkrævningen. Hvis det ikke er tilfældet, kan opkrævningen af investeringsbidraget hos forbrugerne i Hyllinge-Menstrup være diskriminerende overfor disse.

Udgangspunktet for Fjernvarme A/S' prisfastsættelse er derfor, at der skal tilstræbes en tarifiering, hvor den enkelte forbruger skal betale en forholdsmæssig andel af Fjernvarme A/S' samlede nødvendige omkostninger. Prisharmoniseringen er derfor som udgangspunkt i overensstemmelse med varmforsyningsloven.

Energitilsynet kan imidlertid påse, om prisharmoniseringen konkret er rimelig, jf. varmforsyningslovens § 21, stk. 4.

I praksis har Energitilsynet påset, om en prisharmonisering i udpræget grad medfører, at varmepriserne til de enkelte distributionsnets kunder ikke er kostægte.

Hvis det er tilfældet for Fjernvarme A/S varmepriser til forbrugerne i henholdsvis Næstved og Hyllinge-Menstrup, er der en risiko for, at prisharmoniseringen vil blive tilsidesat som urimelig, med mindre prisharmoniseringen indføres over en årrække.¹⁰

Praksis vedrører dog situationer, hvor de enkelte anlæg ikke var forbundet med hinanden og finder derfor formentlig alene anvendelse indtil transmissionsledningen mellem Næstved og Hyllinge-Menstrup er etableret.

Sammenfattende har Fjernvarme A/S derfor alene en pligt til at foretage prisdifferentiering, hvis der er væsentlig forskel på varmeprisen (omkostningerne ved varmeleverancerne) i Næstved og i Hyllinge-Menstrup, og i givet fald kun indtil transmissionsledningen er etableret.

Vi har fået oplyst, at der ikke er nogen væsentlig gæld, et højt afskrivningsgrundlag eller en underdækning i Hyllinge-Menstrup, som kommer til at belaste varmforsyrererne i Næstved i forbindelse med en prisharmonisering.

På den baggrund er det vores vurdering, at varmforsyningsloven ikke er til hinder for, at varmepriserne i de to forsyningsområder harmoniseres i forbindelse med sammenlægningen (bortset fra investeringsbidrag i transmissionsledning, som alene skal betales af forbrugerne i Hyllinge-Menstrup).

4.3 Prisfastsættelse af varmen – forbud mod stigende varmepriser

Det følger af varmforsyningslovens § 20, stk. 7, at det vederlag, som betales ved hel eller delvis overdragelse af varmforsyningsanlæg, hverken direkte eller indirekte må føre til, at priserne for ydelser fra anlægget bliver højere, end de kunne være blevet, såfremt overdragelsen ikke havde fundet sted, herunder som følge af indregning af forøgede udgifter til

¹⁰ Jf. Energitilsynets afgørelser af 29. januar 2001 og 21. december 2009 om Aalborg og Energitilsynets afgørelse af 29. oktober 2007 om Nyborg.

finansiering ved fremmedkapital, driftsmæssige afskrivninger eller forrentning af indskudskapital.

Bestemmelsen indebærer, at et anlæg efter erhvervelsen af et andet anlæg som udgangspunkt ikke kan indregne forrentning og afskrivning af den del af købesummen, som måtte overstige anlæggets varmeprismæssigt nedskrevne værdi.

Bestemmelsen er således alene relevant, hvis der i forbindelse med sammenlægningen af Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hillinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. eller ved etableringen af den efterfølgende struktur sker betaling af et vederlag, som overstiger de varmeprismæssigt nedskrevne anlægsværdier.

4.4 Prisfastsættelse af varmen – indregning af elindtægter og elomkostninger

Efter varmforsyningslovens § 20 må prisen for varme fra Fjernvarme A.m.b.a.'s kraftvarmeanlæg ikke overstige den omkostningsbestemte varmepris.

Varmeprisen skal på den baggrund fastsættes ved at foretage en fordeling af værkernes omkostninger mellem varmeproduktionen og elproduktionen.

Dette følger af elforsyningslovens § 75, stk. 2, som bestemmer, at

“Ejere af kraftvarmeproduktionsanlæg må ved fastsættelsen af priser og leveringsbetingelser for fjernvarme ikke udnytte deres stilling til at fordele deres omkostninger på en måde, der må anses for urimelig for fjernvarmebrugere.”

Der gælder ikke for naturgasbaserede kraftvarmeværker et økonomisk hvile-i-sig-selv princip for værket som sådan. Der er derfor ikke noget til hinder for, at værkerne opnår over- eller underskud på elproduktionen.

Hvis Fjernvarme A.m.b.a.'s elproduktion drives kommercielt med mulighed for at opnå overskud, kan et eventuelt underskud på elproduktionen imidlertid ikke efterfølgende indregnes i varmepriserne.

El-produktion forhindrer dog ikke, at Fjernvarme A.m.b.a.'s kraftvarmeanlæg kan drives efter hvile-i-sig-selv princippet. Energitilsynet tillader således, at de kollektive varmforsyningsanlæg, der producerer varme sammen med el, kan udelade at lave en regnskabsmæssig adskillelse mellem disse to ydelser, under forudsætning af, at hele anlægget hviler i sig selv.

Det antages imidlertid, at det kræver en tilladelse fra Energitilsynet alene at føre ét regnskab for begge ydelser.

Hvis Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. allerede har en sådan tilladelse, vil den imidlertid fortsat være gældende for Fjernvarme A.m.b.a. Prisfastsættelsen skal derudover afspejles i varmeaftalen mellem Fjernvarme A.m.b.a. og Fjernvarme A/S.

4.5 Prisfastsættelse af varmen – indregning af skat i varmepriserne

Skat kan som udgangspunkt ikke indregnes i varmeprisen som en nødvendig omkostning. Det følger af Energitilsynets tilkendegivelse af 25. januar 2010.

Der kan dog være konkrete omstændigheder, der gør, at skatten alligevel kan indregnes.

Energitilsynet opdeler ved vurderingen heraf årsagen til skattebetalingen i to tilfælde:

Gruppe A: Omkostninger og indtægter indgår på forskellige tidspunkter (tidsforskydninger – fx en overdækning, der betragtes som et overskud; dvs. midlertidige forskelle for tidsmæssige forskydninger).¹¹

Gruppe B: Omkostninger og indtægter behandles på forskellig måde i opgørelserne (fx en omkostning, der må indregnes i varmeprisen, men som samtidig udløser skattepligt; dvs. permanente forskelle for omkostninger uden fradragsret).¹²

For begge grupper er udgangspunktet, at skattebetalinger ikke er en omkostning, der kan indregnes i varmeprisen. For begge grupper gælder også, at fravigelser fra udgangspunktet kun kan ske ved konkret stillingtagen til fremlagt dokumentation.

Ved en konkret stillingtagen vil Energitilsynet for så vidt angår gruppe A bl.a. lægge vægt på, om omkostningen til skattebetaling er opstået alene som følge af en tidsmæssig for-

¹¹ Gruppe A omfatter tilfælde, hvor den skattepligtige indkomst svarer til det regnskabsmæssige resultat fx i tilfælde af overdækning på varmeregnskabet det ene år, som bliver selvangivet af selskabet. Gruppen omfatter endvidere tilfælde, hvor den skattepligtige indkomst ikke svarer til det regnskabsmæssige resultat, som fx hvor den skattemæssige afskrivning er større end den regnskabsmæssige, eller hvor et underskud refunderes som følge af koncernsambeskatning.

¹² Gruppe B omfatter tilfælde, hvor der opstår omkostninger, som ikke er fradragsberettigede pga. forskellige indkomstopgørelser skattemæssigt og varmeregnskabsmæssigt. Det kan fx være salg af fast ejendom eller repræsentationsudgifter. Forskellene kan medføre, at selskabet varmемæssigt hviler i sig selv, mens der er et skattemæssigt over- eller underskud. Disse forskelle er permanente.

skydning, at virksomheden har tilrettelagt sit skatteregnskab under hensyn til at opnå en effektiv varmepris, og at skatteomkostningen ikke modsvares af en indtægt.¹³

Ved en konkret stillingtagen vil Energitilsynet for så vidt angår gruppe B bl.a. lægge vægt på, at den indtægt, der udløser skattepligten, anvendes til dækning af en indregningsberettiget omkostning, som ikke kan sidestilles med en indtægt for selskabet eller selskabets ejer.

I konkrete tilfælde kan der således undtages fra udgangspunktet. Vi vil på den baggrund anbefale, at spørgsmålet drøftes med Energitilsynet, således at det sikres, at de skattebetalinger, der udløses i forbindelse med sammenlægningen mv., kan indregnes i varmepriserne.

4.6 Koncerninterne aftaler

Varmeforsyningsloven er som anført i pkt. 3.1 ovenfor ikke til hinder for sammenlægningen og den påtænkte struktur. Følgelig er varmforsyningsloven heller ikke til hinder for, at der indgås koncerninterne aftaler mellem Fjernvarme A.m.b.a. og Fjernvarme A/S, herunder vedrørende leverancer af varme og service/management, jf. nærmere nedenfor i pkt. 4.7.

Prisen for den koncerninterne varmeaftale skal i overensstemmelse med varmforsyningslovens § 20 fastsættes til den laveste af den omkostningsbestemte pris og Fjernvarme A/S' substitutionspris.

Prisfastsættelsen i de øvrige koncerninterne aftaler (drifts- og managementaftaler) er ikke som sådan reguleret i varmforsyningsloven. Da Fjernvarme A/S kun kan indregne "nødvendige omkostninger" i sine varmepriser overfor varmforsyningerne, bør prisfastsættelsen imidlertid fastsættes med udgangspunkt heri.

For Fjernvarme A/S er det således væsentligt, at omkostningerne til de administrative ydelser er rimelige og nødvendige og dermed kan indregnes i varmeprisen. Energitilsynet fører tilsyn hermed.

¹³ Det følger således, af tilkendegivelsen, at "det er sekretariatets vurdering, at i det omfang, at en skattepligt blot giver regnskabsmæssige reguleringer, er der ikke grundlag i varmforsyningslovens § 20, stk. 1 og 2, eller reguleringer udstedt med hjemmel heri, til at betragte sådanne reguleringer som nødvendige omkostninger. Disse skattemæssige reguleringer bør derfor kun afspejles i skatteregnskabet og ikke i regnskaber aflagt med hjemmel i varmforsyningsloven. I det omfang, der er tale om faktiske skattebetalinger på selvangivelsens girokort eller tilbagebetaling af skat, kan sekretariatet ikke udelukke, at beløbene bør betragtes som nødvendige omkostninger. Det vil være tilfældet, hvis selskabet over for Energitilsynet kan påvise, at selskabet ikke har kunnet undgå den omkostning ved at tilrettelægge sit skattemæssige regnskab anderledes, herunder at det skattemæssige overskud ikke skyldes en tidligere udnyttelse af underskud i andre koncernselskaber."

Det følger i den forbindelse af Energiklagenævnets og Energitilsynets praksis,¹⁴ at koncerninterne aftaler skal være gennemskuelige. Ydelserne i aftalen og prisen for disse skal derfor være specificeret på en sådan måde, at det kan gennemskues, hvilke ydelser der er tale om, og hvad der betales for disse. Prisfastsættelsen kan således ikke ske alene på grundlag af standardbeløb (fordelingsnøgler), men skal ske på grundlag af Fjernvarme A/S' faktiske brug af ydelserne. Der kan imidlertid indgå et skøn, herunder ved fastlæggelsen af overheads i forbindelse med fordelingen af indirekte omkostninger, så længe dette ikke er vilkårligt.

Prisen skal som udgangspunkt fastsættes på markedsvilkår og uden udnyttelse af en særlig begunstiget stilling. Prisfastsættelsen kan dog ikke i det hele være markedsbestemt, men må også baseres på de omkostninger, der er forbundet med at levere ydelsen, og ved opgørelsen af disse, kan der indgå et skøn.

Energitilsynet stiller i den forbindelse krav om dokumentation af nødvendigheden af omkostninger i henhold til koncerninterne aftaler. Energitilsynet har i sin tilkendegivelse af 26. juni 2012 udtalt, at dokumentationen af, om en omkostning er nødvendig, kan ske på flere måder, herunder ved timeregistrering, registrering af omfanget af de faktisk leverede ydelser, indhentelse af tilbud fra eksterne leverandører af de pågældende ydelser, ekstern revisionsmæssig kontrol mv.

Fjernvarme A/S og Fjernvarme A.m.b.a. skal tage højde for ovennævnte i forbindelse med udarbejdelsen af de koncerninterne aftaler.

4.7 Fjernvarme A.m.b.a.'s sideordnede aktiviteter

Varmeforsyningsloven er ikke til hinder for, at Fjernvarme A.m.b.a. varetager sideordnede aktiviteter i form af drift og management af Fjernvarme A/S.

Energitilsynet har imidlertid udtalt, at den sideordnede aktivitet ikke må belaste hovedaktiviteten (varmeproduktionen) økonomisk, at de økonomiske forhold skal være gennemskuelige, at der skal være regnskabsmæssig adskillelse mellem hovedaktiviteten og den sideordnede aktivitet samt at eventuelle udgifter, som fjernvarmeforsyningsvirksomheden har i forbindelse med, at den sideordnede aktivitet bliver udført, skal dækkes ved indtægter fra den sideordnede aktivitet.

¹⁴ Energitilsynets afgørelse af 25. april 2006, Energitilsynets afgørelse af 13. december 2004, Energitilsynets tilkendegivelse af 22. juni 2009, Energitilsynets tilkendegivelse af 26. juni 2012, Energiklagenævnets afgørelse af 20. april 2004, Energiklagenævnets afgørelse af 7. marts 2011.

Endvidere gælder, at indtægter og udgifter ved sideordnede aktiviteter skal anmeldes i forbindelse med fjernvarmevirksomhedens anmeldelse af budget og priseftervisning.

Det er på den baggrund væsentligt, at prisfastsættelsen i de koncerninterne aftaler giver Fjernvarme A.m.b.a. omkostningsdækning, idet et eventuelt underskud ikke kan indregnes i varmeprisen.

4.8 Øvrige regulatoriske forhold

Det følger af varmemforsyningslovens § 23f, stk. 2, at

"Inden et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, som ejes af de forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet det pågældende anlæg, kan afstås til andre, skal den eller de kommuner, hvori anlægget er beliggende, tilbydes at købe anlægget til markedspris."

Forkøbsretten finder tilsvarende anvendelse ved afståelse af ejerandele i et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp eller af ejerandele i virksomheder, der ejer sådanne fremføringsanlæg.

Da der er tale om en selskabsmæssig omstrukturering, som ikke indebærer en afståelse til andre end forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet det samlede anlæg, er det vores vurdering, at sammenlægningen og etableringen af den påtænkte struktur ikke indebærer, at der udløses en forkøbsret for Næstved Kommune.

Vi bemærker i den forbindelse, at indirekte ejerskab efter Energitilsynets praksis er tilstrækkeligt. Overdragelsen af distributionsanlægget til Fjernvarme A/S, som kun indirekte er ejet af forbrugerne (gennem Fjernvarme A.m.b.a.), er derfor tilstrækkeligt til, at der ikke udløses forkøbsret efter varmemforsyningslovens § 23f.¹⁵

I relation til sammenlægningen og etableringen af den påtænkte struktur skal Næstved Varmeværk A.m.b.a. endvidere være opmærksom på, at såvel Fjernvarme A.m.b.a. som Fjernvarme A/S skal indsende prisansøgninger (budgetter og priseftervisninger) til Energitilsynet.¹⁶

¹⁵ Energitilsynet har i tilkendegivelse af 30. maj 2011 udtalt, at salget af et privatejet fremføringsanlæg til et 100 % kommunalt ejet selskab ikke udløser forkøbsret for forbrugerne.

¹⁶ Forpligtelsen hertil følger af anmeldelsesbekendtgørelsen (Bekendtgørelse nr. 394/2009 om anmeldelse af priser, omkostningsfordeling og andre betingelser for transport og levering af fjernvarme samt produktionsomkostninger til brug for fastsættelse af prislofter)

Begge virksomheder skal desuden betale et beløb til dækning af Energitilsynets og Ankenævnet på energiområdets omkostninger. Beløbet udgør 147,22 pr. TJ varme leveret af værk, korrigeret for graddage.¹⁷

Endelig bemærker vi for en ordens skyld, at transmissionsledningen, der skal forbinde Næstved med Hyllinge-Menstrup, skal godkendes i medfør af projektbekendtgørelsen.¹⁸ Hvis der forud for godkendelsen af transmissionsledningen etableres et biomassebaseret varmeproduktionsanlæg i Næstved, og dette anlæg maksimalt skal levere 8.000 MWh årligt til Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker, er det ikke er en forudsætning for godkendelsen af transmissionsledningen, at projektet er samfundsøkonomisk fordelagtigt.

5. Aftaleforhold

5.1 Udbudspligt – koncerninterne aftaler

Fjernvarme A.m.b.a. og Fjernvarme A/S vil være omfattet af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.¹⁹

Det følger heraf, at de som udgangspunkt skal udbyde alle kontrakter, forudsat disse overstiger tærskelværdien.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 indeholder imidlertid en undtagelse vedrørende koncerninterne aftaler mellem to forsyningsvirksomheder.²⁰

Det er en forudsætning for at anvende artikel 23, at mindst 80 % af den gennemsnitlige omsætning af varer hhv. tjenesteydelser (opgørelsen foretages særskilt for varer og tjenesteydelser), som den tilknyttede virksomhed har haft i løbet af de seneste tre år, hidrører fra leveringen til de virksomheder, den er tilknyttet. I tilfælde som det foreliggende, hvor ingen af virksomhederne har eksisteret de seneste tre år, er det tilstrækkeligt, at det kan påvises som sandsynligt, at de nævnte omsætningsandele kan realiseres, især i form af fremskrivning af aktiviteter.

¹⁷ Jf. varmemforsyningslovens § 23c og bekendtgørelse nr. 837/2013 om betaling for myndighedsbehandling efter lov om varmemforsyning.

¹⁸ Bekendtgørelse nr. 374/2013 om godkendelse af projekter for kollektive varmemforsyningsanlæg.

¹⁹ Fjernvarme A.m.b.a. og Fjernvarme A/S er derimod ikke omfattet af reglerne i udbudsdirektivet.

²⁰ Allerede fordi begge virksomheder er i besiddelse af en godkendelse efter § 4 i varmemforsyningsloven, er der tale om ordregivere i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand, jf. artikel 2, stk. 2, litra b, jf. stk. 3, jf. bilag 1. Det er endvidere klart, at virksomhederne udøver forsyningsvirksomhed, jf. direktivets artikel 3, stk. 1, litra a og b. Det er herefter ikke nødvendigt at vurdere, om virksomhederne tillige er offentligtretlige organer eller offentlige virksomheder.

Vi lægger til grund, at Fjernvarme A/S ikke skal sælge hverken varer (el og varme) eller tjenesteydelser til andre end Fjernvarme A.m.b.a. i et omfang, så omsætningen med Fjernvarme A.m.b.a. bliver lavere end 80 %. På den baggrund er det vores vurdering, at aftalerne mellem Fjernvarme A/S og Fjernvarme A.m.b.a. er fritaget for udbudspligt i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23.

5.2 Øvrige aftaleforhold

I forbindelse med sammenlægningen og etableringen af den påtænkte struktur skal de eksisterende aftaler med varmemeforbrugerne overdrages fra Næstved Varmeværk A.m.b.a. og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. til det nye Fjernvarme A/S.

En sådan overdragelse forudsætter enten, at der er hjemmel i aftalerne til at disse overdrages, at varmemeforbrugerne meddeler samtykke hertil eller at der er tilslutnings- og forblivelsespligt.

Der ses ikke at være hjemmel i aftalerne til, at disse overdrages uden indhentelse af samtykke. Såvel Næstved Varmeværk A.m.b.a. som Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a. er imidlertid berettiget til at foretage ændringer i værkernes almindelige og tekniske bestemmelser for fjernvarmelevering. Der kan derfor med et passende varsel (på 3 måneder) indsættes en bestemmelse herom. Der skal i givet fald gives meddelelse til fjernvarmemeforbrugerne om ændringen, og ændringen skal anmeldes til Energitilsynet.

Vi har derudover fået oplyst, at ejendommene i Næstved er pålagt tilslutnings- og forblivelsespligt, og ejendommene i Hyllinge-Menstrup er pålagt forblivelsespligt. Pålæggene herom indebærer, at forbrugerne er forpligtet til at betale bidrag til anlæggene. Denne forpligtelse gælder efter vores vurdering uanset om anlæggene ejes af de nuværende A.m.b.a.'er eller af Fjernvarme A/S. Vi bemærker herved, at pålæggene vedrører tilslutning til fjernvarme/kollektiv forsyning, og derfor uanset den konkrete formulering må kunne håndhæves også efter overdragelsen af distributionsanlæggene til Fjernvarme A/S. Dette underbygges af, at "forsyningsselskab" er defineret generelt i tilslutningsbekendtgørelsen,²¹ således at et pålæg om tilslutnings- og forblivelsespligt ikke medfører rettigheder for et konkret selskab.

Det er på den baggrund vores vurdering, at aftalerne med varmemeforbrugerne kan overdrages til Fjernvarme A/S, og at fjernvarmemeforbrugerne ikke kan anvende omstruktureringen

²¹ Forsyningsselskab er defineret som "En virksomhed, der driver et kollektivt varmemeforsyningsanlæg omfattet af varmemeforsyningslovens § 2, stk. 1, nr. 1 og 2, eller et distributionselskab omfattet af naturgasforsyningslovens § 6, nr. 4.". Jf. bekendtgørelse 690/2011 om tilslutning m.v. til kollektive varmemeforsyningsanlæg (med senere ændringer).

som grundlag for at komme ud af aftaleforholdet, herunder uden at betale udtrædelsesgodtgørelse.

Vi bemærker derudover, at det skal vurderes om der er hjemmel til at overdrage Næstved Varmeværk A.m.b.a.'s og Hyllinge-Menstrup Kraftvarmeværker A.m.b.a.'s øvrige aftaler, herunder med leverandører, eller om der skal indhentes samtykke hertil.

Per Hemmer

Agnete Nordentoft