

København 9. december 2019

Per Hemmer
Partner

T +45 72 27 35 50
phe@bechbruun.com

Sagsnr. 064321-0040 phe/ano/jhp
Dok.nr. 22432198.1

Notat – Tilførsel af økonomiske midler fra Bornholms Regionskommune til Bornholms Energi & Forsyning-koncernen

1. Indledning

Bornholms Energi & Forsyning ("BEOF") er en multiforsyningskoncern ejet 100 % af Bornholms Regionskommune ("BRK"). Koncernen består af holdingselskabet Bornholms Energi & Forsyning Holding A/S og syv datterselskaber, der udøver aktiviteter indenfor produktion og distribution af varme, produktion af elektricitet, vand- og spildevandsforsyning samt levering af koncerninterne serviceydelser.

Ledelsen i BEOF vurderer, at der er behov for tilførsel af likviditet for, at koncernen blandt andet kan afvikle tidligere optagne lån og den fortsatte varetagelse af koncernens forsyningsaktiviteter indenfor de gældende økonomiske rammevilkår.

BRK har i den forbindelse anmodet Bech-Bruun om at redegøre for, om og i givet fald indenfor hvilke rammer, BRK kan tilføre likviditet til BEOF, fx ved at gennemføre en kapitalforhøjelse eller at yde et egentligt tilskud til koncernen, eller på anden måde sikre, at der tilføres likviditet til BEOF (garantistillelse).

2. Faktiske forhold og forudsætninger

Det er oplyst, at BEOFs gæld er opstået som konsekvens af en række tabsgivende investeringer, der er foretaget udenfor BEOFs kerneområder, historisk udbetaling af udbytte til BRK som aktionær i 2008 på ca. 200 mio. kr. ved optagelse af lån samt en række risikobetingede investeringer indenfor kerneområderne.

Derudover er det oplyst, at BEOF vurderer, at der er et stort investeringsbehov i infrastrukturen over de næste år. Endeligt er det oplyst, at BEOFs driftsselskaber i fremtiden alene kommer til at kunne opkræve betalinger, der sikrer drift og vedligeholdelse af forsyningsinfrastrukturen, mens afdrag på gæld, som ikke er relateret til det enkelte forsyningsområde, ikke kan dækkes herigennem.

3. Konklusioner

Kommuner har med hjemmel i enten lov eller kommunalfuldmagten adgang til at deltage finansielt og ledelsesmæssigt i forsyningselskaber indenfor elforsyning, vand- og spildevandsaktiviteter samt kollektiv

varmeforsyning. Lovgivningen og kommunalfuldmagten indeholder ikke udtrykkelig regulering af kommunernes finansielle deltagelse i form af kapitalindskud i selskaber, der udøver de ovennævnte forsyningsaktiviteter.

Det kommunalretlige udgangspunkt for kommunernes deltagelse i forsyningsaktiviteter er, at der ikke må ske krydssubsidiering mellem henholdsvis den skattefinansierede og den takstfinansierede del af kommunernes økonomi.

Elforsyningsloven indeholder udtrykkelig hjemmel for kommunerne til at deltage i kommercielle elforsyningsaktiviteter. Det er på den baggrund vores vurdering, at kommuner med hjemmel i elforsyningsloven kan foretage yderligere indskud i kommunalt ejede selskaber, der udøver elforsyningsaktiviteter. Vi har i den forbindelse lagt vægt på, at det af forarbejderne fremgår, at kommuners engagement i aktiviteter omfattet af elforsyningsloven sker på samme vilkår som alle andre virksomheders engagement i elforsyningsaktiviteter.

En kommune vil tilsvarende kunne meddele garanti for elselskabets lånoptagelse. En sådan lånoptagelse kan dog som konsekvens af den kommercielle aktivitet ikke ske via KommuneKredit. I vurderingen af størrelsen af et eventuelt indskud skal kommunen iagttage hensynet til saglig økonomiske forvaltning.

I forhold til vandselskaber følger det af lovens forarbejder, at der skal ske en fuldstændig organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommunen og vandforsyningen. Denne forudsætning om økonomisk adskillelse taler efter vores vurdering imod, at en kommune kan yde yderligere indskud eller tilskud til en kommunal vandforsyningsvirksomhed. Yderligere finansiell deltagelse i vandselskaber kan derfor alene ske gennem garantistillelse for en kommunal vandforsyningsvirksomheds lån i medfør af vandsektorlovens § 15. Garantistillelse skal ske i overensstemmelse med EU's statsstøtteregler.

Varmeforsyningsloven indeholder efter vores vurdering i udgangspunktet heller ikke hjemmel til, at en kommune kan foretage yderligere indskud eller tilskud i en kommunal varmeforsyningsvirksomhed. En undtagelse hertil foreligger, hvis der i virksomheden opstår et underskud, som virksomheden ikke kan betale, og kommunen hæfter direkte for forpligtelsen eller kommunen har stillet en garanti eller kaution.¹

Derudover må det på grundlag af Energitilsynets udtalelser i en afgørelse fra 2016 antages at være lovligt for en kommune at medvirke til at dække et underskud i kommunalt ejet varmeforsynings-selskab, der opstår som konsekvens af varmeforsyningslovens prisbestemmelser. Det er en betingelse herfor, at selskabet kan nedbringe underskuddet gennem effektivisering.

¹ jf. herved Indenrigsministeriets brev af 25. november 1996 (2.k.kt., j.nr. 1996/1124/055-1) og Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, 1. udgave, side 159ff.

Yderligere finansiel deltagelse i varmforsyningselskaber kan derfor alene ske gennem garantistillelse for optagelse af lån til enten anlægsaktiviteter eller driftsaktiviteter, jf. varmforsyningslovens § 2d. Garantistillelse skal ske i overensstemmelse med EU's statsstøttere regler.

Da lovgivningen på forsyningsområdet ikke indeholder udtrykkelig regulering af kommunernes finansielle deltagelse i form af kapitalindskud i selskaber, der udøver de ovennævnte forsyningsaktiviteter, anbefaler vi, at der rettes henvendelse til Energistyrelsen for en vejledende udtalelse herom, inden der træffes beslutning om kapitalindskud.

Vi bemærker, at et eventuelt yderligere kapitalindskud fra BRK til BEOF vil skulle øremærkes i forhold til anvendelse indenfor den hjemmel, der ligger til grund for indskuddet, og holdes bogføringsmæssigt adskilt fra andre aktiviteter.

Derudover vil et kapitalindskud umiddelbart blive omfattet af kravet om registrering og modregning i forbindelse med en eventuel efterfølgende udlodning eller vederlag ved afståelse af ejerandele i forsyningskoncernen.

Det anbefales derfor, at BRK's medvirken til at tilføre likviditet til BEOF så vidt muligt sker i form af garantistillelse for lånoptagelse, da en kommunal garantistillelse ikke medfører krav om registrering og modregning, når garantiprovisionen er fastsat på markedsvilkår.

Tilførsel af kapital til et kommunalt ejet forsyningselskab inden for el-, vand- og varmforsyning vil formentlig udgøre statsstøtte, da der er tale om en økonomisk fordel, der tildeles selektivt til BEOF ved anvendelse af statsmidler (kommunale midler), og da selskabet udøver sin virksomhed på et helt eller delvist konkurrenceudsat marked.

Et eventuelt kapitalindskud skal derfor, ud over at have hjemmel i lovgivningen, være foreneligt med statsstøttere reglerne for at være lovligt, hvilket fx vil være en mulighed, hvis støtten anses omfattet af en gruppefritagelsesordning, eller hvis virksomhedernes aktiviteter anses som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse (SGEI). Henset til ovenstående konklusioner angående muligheden for at foretage yderligere tilskud har vi ikke foretaget en nærmere undersøgelse af, på hvilket grundlag et sådant kapitalindskud vil kunne være foreneligt med statsstøttere reglerne.

4. Redegørelser

4.1 Det kommunale hjemmelsgrundlag og kravet om selskabsgørelse

Kommuners deltagelse i erhvervsvirksomhed, herunder forsyningsvirksomhed, kan ske på grundlag af enten den såkaldte kommunalfuldmagt eller skreven lovgivning. Kommunalfuldmagten udgør grundlaget og fastlægger rammerne for kommunens lovlige deltagelse i erhvervsvirksomhed i det omfang, kommunernes deltagelse ikke er udtømmende reguleret i den skrevne lovgivning.

Kommunalretten og forsyningslovgivningen er baseret på principper om forbud mod krydssubsidiering mellem den skattefinansierede del af kommunekassen og de enkelte forsyningsområder, der skal finansieres af de tilsluttede forbrugere med udgangspunkt i det såkaldte "hvile-i-sig-selv"-princip.² Dertil kommer, at kommuner ikke uden lovhjemmel kan yde økonomisk støtte i form af tilskud, lån, garantistillelse eller lignende til private personer eller virksomheder, med mindre der derved varetages en lovlig kommunal interesse.

Det kommunalretlige forbud mod krydssubsidiering og individuel støtte er ikke til hinder for, at en kommune stiller garanti for lån optaget af en privat eller et af kommunen ejet forsyningselskab. En sådan garanti må dog ikke stilles under omstændigheder, hvor det på forhånd er overvejende sandsynligt, at garantien vil blive udløst, da dette reelt vil antage karakter af et kommunalt tilskud og dermed også stride mod "hvile i sig selv"-princippet.³

Kommunernes deltagelse i aktiviteter indenfor elforsyning, varmforsyning samt vand- og spildevandsforsyning er i dag reguleret i forsyningslovgivningen bestående af elforsyningsloven, varmforsyningsloven samt vandsektorloven.

² Forbuddet mod krydssubsidiering finder også udtryk i den nugældende bekendtgørelse nr. 818 af 3. juli 2012 om kommunernes mellemværender med de kommunale forsyningsvirksomheder. Bekendtgørelsen foreskriver, at mellemværende mellem en kommune og kommunens forsyningsvirksomheder, der drives som en del af den kommunale forvaltning, løbende skal opgøres, og at kommunens gæld til og tilgodehavender hos de kommunale forsyningsvirksomheder i det enkelte regnskabsår forrentes med en årlig rente svarende til markedsrenten.

³ jf. Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave, side 188

5. Forsyningslovgivningen og rammerne for kommunale forsyningselskaber

I dette afsnit beskrives nedenfor den nærmere regulering i forsyningslovgivningen af kommunernes organisatoriske og finansielle deltagelse i selskaber, der udøver henholdsvis elforsyningsvirksomhed, vand- og spildevandforsyningsvirksomhed samt kollektiv varmforsyningsvirksomhed.

5.1 Elforsyningsloven

Hjemlen til kommunernes deltagelse i elproduktion og -distribution findes i elforsyningslovens § 4, stk. 1, 1. og 2. pkt.⁴ Det følger af bestemmelsen, at kommunernes deltagelse skal ske i selskabsform.

Virksomhed efter elforsyningslovens § 2, stk. 1, omfatter produktion, transport, handel og levering af elektricitet. Hjemmelen indebærer, at kommuner kan drive en konkurrenceudsat erhvervsvirksomhed indenfor elhandel og elproduktion med den risiko, dette indebærer, når denne virksomhed drives i et selskab med begrænset ansvar. Hjemmelen giver tilsvarende kommunerne mulighed for overskud ved udbytte eller salg af ejerandele.

Det antages i teorien, at der med hjemmelsbestemmelserne i elforsyningsloven er gjort udtømmende op med rammerne for kommunernes udøvelse af elforsyningsaktiviteter, og at kommunalfuldmagtens retsgrundsætninger dermed er ophævet i forhold til kommunernes engagement i elforsyningsvirksomhed.⁵

Elforsyningsloven regulerer ikke udtrykkeligt kommunernes finansielle deltagelse i elforsyningsaktiviteter, herunder i form af kapitalindskud, tilskud, lån eller muligheden for at stille garanti for lånoptagelse.

Efter ordlyden af elforsyningslovens § 4, stk. 1, er der ikke noget til hinder for, at en kommune kan tilføre yderligere midler til sin elforsyningsvirksomhed. Dette understøttes af elforsyningslovens tilblivelse og tidligere ordlyd af elforsyningsloven. Det er således forudsat i forarbejderne, at kommuners engagement i aktiviteter omfattet af loven sker på samme vilkår som alle andre virksomheders engagement i elforsyningsaktiviteter.⁶ Udgangspunktet er herefter, at kommunen kan deltage finansielt på lige fod med private.

I relation til spørgsmålet om kommuners investering i elproduktionsaktiviteter har Energistyrelsen i et kortfattet notat fra 2014 angående kommuners muligheder for at investere i vindmøller udtalt, at kommunerne

⁴ Elforsyningslovens § 4, stk. 1, 1. og 2. pkt., har følgende ordlyd *"En kommune kan varetage produktion af elektricitet ved afbrænding af affald. En kommune kan deltage i selskaber med begrænset ansvar, som varetager virksomhed, som er omfattet af § 2, stk. 1."*

⁵ Bent Ole Gram Mortensen, Elforsyningsloven med kommentarer, 2. udgave, side 11. Dog med en vis usikkerhed.

⁶ LFF 1999-04-29 nr. 234, særlige bemærkninger til § 4.

ud over selv at skyde midler i vindmøllesekskabet, også har mulighed for at stille garanti for sekskabet.⁷ Energistyrelsen lægger i sin udtalelse vægt på, at det er vigtigt, at kommunen skal deltage som en hvilken som helst anden investor.

Energistyrelsen bekræfter således i notatet, at en kommune i relation til finansiering af elproduktionsvirksomhed enten kan indskyde egne midler i et sekskab eller stille en garanti for sekskabets lånoptagelse. En kommune kan dog på grund af reglerne om forbud mod statsstøtte ikke finansiere sin deltagelse i sekskabet med lån optaget i Kommunekredit.

Energistyrelsens bekræftelse af lovligheden af en kommunal finansiering af elproduktionsvirksomhed bør efter vores vurdering udstrækkes til også at omfattede øvrige lovlige kommunale elforsyningsaktiviteter i form af transport, handel og levering af elektricitet. Elforsyningslovens hjemmelsbestemmelser differentierer ikke efter de forskellige aktiviteter i den henseende.

Det er på baggrund af ovenstående vores vurdering, at kommuner med hjemmel i elforsyningsloven kan foretage yderligere indskud i kommunalt ejede sekskaber, der udøver elforsyningsaktiviteter. Vi har i vurdering lagt vægt på, at elforsyningsaktiviteter er kommercielle virksomheder, og at det af forarbejderne fremgår, at kommuners engagement i aktiviteter omfattet af elforsyningsloven sker på samme vilkår som alle andre virksomheders engagement i elforsyningsaktiviteter. I vurderingen af størrelsen af et eventuelt indskud skal kommunen iagttage hensynet til saglig økonomiske forvaltning.

Om kommunale forsyningsvirksomheder, der er omfattet af benchmarking og indtægtsrammeregulering, har Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet dog udtalt, at en kommune ikke må dække en eventuel difference, der opstår som følge af, at forsyningsvirksomhedens omkostninger ikke kan dækkes gennem indtægtsrammen.⁸ Det er ikke klart, hvorvidt dette også indebærer et forbud mod en kapitalforhøjelse, hvor midlerne anvendes til at dække differencen.

5.2 Vandsektorloven

Det følger af vandsektorlovens § 15, stk. 1, at kommuner kan deltage i aktiviteter forbundet med vand- eller spildevandsforsyning, hvis aktiviteterne udøves i et eller flere sekskaber, som drives i aktie- eller anpartsselskabsform. Vederlaget til kommunerne i forbindelse med stiftelse af vandsekskaber må udelukkende bestå af aktier eller anparter i det nystiftede sekskab.

⁷ Energistyrelsens notat af 19. juni 2019 angående "Kommuners muligheder for at investere i vindmøller".

⁸ Energi-, Forsynings- og Klimaministeriets analyse af kommunal låntagning på forsyningsområdet af 27. september 2016, side 17.

Vandsektorloven regulerer ikke efter sin ordlyd, hvordan og i hvilket omfang kommunerne kan deltage finansielt i aktiviteter omfattet af vandsektorloven i form af kapitalindskud i kommunalt ejede vandselskaber.

Formålet med kravet om selskabsgørelse er at sikre en klar adskillelse mellem kommunernes skattefinansierede myndighedsudøvelse og vandsektorens brugerfinansierede aktiviteter forbundet med vand- eller spildevandsforsyning og derved fremme et fokus på vandselskabernes drift.

I forhold til kommunal medvirken til finansiering af vandselskabets aktiviteter følger det imidlertid af vandsektorlovens § 16, at en kommune kan meddele garanti for lån, der optages af et vandselskab til finansiering af vandselskabets investeringsudgifter i hovedvirksomheden, herunder til indvinding og distribution af brugsvand samt kloakering og rensningsanlæg, i det omfang lånet kan indregnes i vandprisen i det pågældende vandselskab.

Adgangen for kommunerne til at stille garanti for vandselskabers lånoptagelser gælder uanset ejerforhold, og formålet er at sikre selskaberne adgang til billige lån gennem fx KommuneKredit, da mindre renteudgift giver udslag i lavere vandtakst.

Det er en betingelse for at stille en garanti, at den er i overensstemmelse med EU's statsstøtteregele, og det fremgår eksplicit af vandsektorlovens § 16, stk. 3, at vandselskabet skal betale kommunen en garantiprovision, der svarer til markedsprisen.

Bestemmelsen antages udtømmende at regulere, hvilke forhold en kommune efter vandsektorloven kan stille garanti for. Garanti for lån til andet end finansiering af investeringsudgifter i hovedvirksomheden forudsætter anden hjemmel, navnlig kommunalfuldmagten.⁹

Vandselskabets takster skal fastsættes i overensstemmelse med vandforsyningslovens "hvile i sig selv"-princip, så vandforsyningens indtægter over en årrække ikke overstiger dets omkostninger. Derudover skal vandselskaberne i BEOF overholde de økonomiske rammer, der fastsættes efter vandsektorloven i form af centralt udmeldte indtægtsrammer.

Som anført ovenfor i afsnit 5.1 har Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet generelt udtalt, at en kommune ikke må dække en eventuel difference, der opstår som følge af, at forsyningsvirksomhedens omkostninger ikke kan dækkes gennem indtægtsrammen. Rækkevidden af udtalelsen synes dog ikke helt klar.

Det er på baggrund af ovenstående vores vurdering, at der ikke kan ydes yderligere indskud eller tilskud til en kommunal vandforsyningsvirksomhed. Vi har herved lagt vægt på, at vandsektorloven ikke indeholder

⁹ Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 17. december 2010 til Favrskov Kommunalbestyrelse, 2010-613/777.

udtrykkelig hjemmel hertil, og at det følger af lovens ordlyd og forudsætninger, at der skal ske en fuldstændig organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommunen og vandforsyningen.

En kommune kan således alene deltage finansielt gennem garantistillelse for en kommunal vandforsyningsvirksomheds lån i medfør af vandsektorlovens § 15.

5.3 Varmeforsyningsloven

Kommunernes adgang til at varetage varmforsyningsvirksomhed følger af varmforsyningslovens § 2b, stk. 1. Med bestemmelsen har kommunerne hjemmel til at varetage kollektiv varmforsyningsvirksomhed, jf. § 2, stk. 1, der som kollektive varmforsyningsanlæg bl.a. nævner biogas- og brintanlæg, varmetransmissions- og -distributionsnet, varmeproduktionsanlæg (herunder kombinerede køle-/varmeanlæg og kraftvarmeanlæg med en eleffekt på 25 MW eller derunder) og blokvarmecentraler.

Kommuners hjemmelsgrundlag på varmforsyningsområdet var frem til 2015 reguleret af kommunalfullmagtsreglerne. Baggrunden for indførelsen af en skreven hjemmel i varmforsyningsloven er et ønske om at give klare rammer for kommuners engagement på området. Varmeforsyningsloven regulerer fremover udtømmende kommuners adgang til varetagelse af kollektiv varmforsyning.

Varmeforsyningsloven regulerer ikke efter sin ordlyd, hvordan og i hvilket omfang kommunerne kan deltage finansielt i aktiviteter omfattet af varmforsyningsloven, herunder i form af kapitalindskud i kommunalt ejede varmforsyningselskaber.

Dog giver loven kommunerne adgang til på lige fod med private ejere af kollektive varmforsyningsanlæg at anvende mulighederne for forrentning af en eventuel indskudskapital efter regler udstedt i medfør af varmforsyningslovens § 20, stk. 2.

I forhold til kommunal medvirken til finansiering af varmforsyningsvirksomheders aktiviteter følger det imidlertid af varmforsyningslovens § 2d, stk. 1 og 2, at en kommune kan stille garanti for lånoptagelse til finansiering af såvel anlægsinvesteringer som driftsaktiviteter.¹⁰

¹⁰ En kommune kan tilsvarende stille garanti for lånoptagelse til finansiering af anlægsinvesteringer eller driftsaktiviteter i en virksomhed, der driver kraftvarme-anlæg med en eleffekt over 25 MW, som er omfattet af lov om elforsyning, hvis garantistillelsen vedrører den del af virksomhedens lånoptagelse, der kan henføres til investering i produktion af opvarmet vand eller damp omfattet af § 20, stk. 1, og virksomhedens produktion af elektricitet og produktion af opvarmet vand eller damp er regnskabsmæssigt adskilt, jf. varmforsyningslovens § 2f, stk. 1.

Adgangen for kommunerne til at stille garanti for varmeforsyningssselskabers lånoptagelser gælder uanset ejerforhold, og formålet er at sikre selskaberne adgang til billige lån gennem fx KommuneKredit, da mindre renteudgift medfører lavere varmepris. Det er en betingelse for at stille en garanti, at den er i overensstemmelse med EU's statsstøtteregele, herunder ved betaling af en eventuel garantiprovision, der svarer til markedsprisen.

Prisen for levering af varme fra varmeforsyningssselskaberne i BEOF skal fastsættes i overensstemmelse med varmeforsyningslovens "hvile-i-sig-selv"-princip i § 20, så varmeforsyningssselskabernes indtægter over en årrække ikke overstiger dets omkostninger. Varmeforsyningssselskabet kan i prisen for levering af varme bl.a. indregne finansieringsudgifter ved fremmedkapital.

Det er tidligere i medfør af kommunalfuldmagten forudsat, at der ikke gennem varmeforsyningsvirksomheden skal ske en forrykning af byrdefordelingen mellem borgerne, og at kommunerne ikke må anvende sine skatteindtægter til at give tilskud til en begrænset kreds af borgere, der modtager fjernvarme. Dette kommunalretlige udgangspunkt fremgår nu også af forarbejderne til varmeforsyningslovens hjemmelsbestemmelser.¹¹ Hensynet til at undgå en forrykning af byrdefordelingen ligger også bagved kravet om, at en varmeforsyningsvirksomhed skal betale et vederlag på markedsmæssige vilkår for en eventuel kommunal garantistillelse for en lånoptagelse.

Den nu ophævede bestemmelse i varmeforsyningslovens § 20a, stk. 6, fastsatte udtrykkeligt, at kommuner ikke må yde tilskud til kommunale varmeforsyningsanlæg. Bestemmelsen i § 20a vedrørte indtægtsrammeregulering for varmeforsyning, der dog aldrig blev udmøntet. Bestemmelsens ordlyd har paralleller til den ovenfor nævnte bestemmelse i elforsyningslovens § 70, stk. 6.

Det fremgik af forarbejderne til bestemmelsen, at den fastholdt princippet om, at kommunerne ikke har adgang til at tilføre de kommunale virksomheder midler, men at bestemmelsen omvendt ikke var til hinder for, at en kommune som debitor dækker eventuelle underskud i en sådan virksomhed. Ligeledes ville kapitalbevillinger og garantistillelse ikke være omfattet af bestemmelsen.¹²

Kommunerne kan således som debitor dække et underskud samt i øvrigt foretage kapitalbevillinger og garantistillelse i kommunale varmeforsyningsvirksomheder. Begrebet "kapitalbevillinger" er ikke nærmere defineret i forarbejderne.

¹¹ Lovforslag nr. 117 af 25. marts 2015, særlige bemærkninger til § 2 b.

¹² Lovforslag nr. 240 af 29. marts 2000.

I en sag fra 2016 blev bestemmelsen behandlet i en situation, hvor en kollektiv varmforsyningsvirksomhed som følge af forskellen mellem den omkostningsbestemte varmepris og den opgjorte substitutionspris ville blive påført et underskud.¹³

Energitilsynet udtalte i den forbindelse, at den pågældende bestemmelse ikke er til hinder for, at en kommune, der ejer en kollektiv varmforsyningsvirksomhed, dækker denne virksomheds underskud som følge af substitutionsprisprincipets anvendelse via yderligere indskud af kapital.

Tilsynets lagde således den opfattelse til grund, at varmforsyningslovens prisregulering, såsom princippet om nødvendige omkostninger, substitutionsprisprincippet og prisloftsreguleringen for affaldsforbrændingsanlæg, indeholder særregler og dermed hjemmel for kommuner, således at kommuner, der ejer varmforsyningsvirksomheder, kan dække eventuelle underskud, der opstår som følge af prisreguleringen.

Energitilsynet bemærkede i forlængelse heraf, at varmforsyningsloven ikke indeholder hjemmel til at støtte nødlidende kommunale varmforsyningsvirksomheder, og at varmforsyningsvirksomheder, der ikke kan holde sig under maksimalprisen, skal effektivisere. Dog fandt tilsynet, at det måtte antages i overensstemmelse med varmforsyningsloven, at en kommune, som ejer varmforsyningsvirksomhed, i en periode vil kunne dække et underskud i virksomheden, indtil de nødvendige effektiviseringer får effekt.

Varmeforsyningslovens § 20a blev ophævet ved lov i 2017, idet indtægtsrammereguleringen aldrig blev udmøntet. Ifølge forarbejderne medførte ophævelsen imidlertid ikke en ændring af det gældende udgangspunkt for prisregulering i varmforsyningslovens § 20, stk. 1, som fortsat skal efter "hvile i sig selv"-princippet.

Ophævelsen kan derfor efter vores vurdering ikke tages til indtægt for, at kommunerne herefter har adgang til at yde tilskud til varmforsyningsvirksomheder, og praksis på området må derfor fortsat antages at være gældende.

Det er på baggrund af ovenstående vores vurdering, at en kommune som udgangspunkt ikke kan yde yderligere indskud eller tilskud til en kommunal varmforsyningsvirksomhed. En undtagelse hertil foreligger, hvis der i virksomheden opstår et underskud, som virksomheden ikke kan betale, og kommunen hæfter direkte for forpligtelsen eller kommunen har stillet en garanti eller kaution.¹⁴

Derudover må det på grundlag af Energitilsynets afgørelse fra 2016 være lovligt for en kommune at medvirke til at dække et underskud i kommunalt ejet varmforsyningselskab, der opstår som konsekvens af

¹³ Energitilsynets tilkendegivelse af 29. november 2016, j.nr. 16/05093.

¹⁴ jf. herved Indenrigsministeriets brev af 25. november 1996 (2.k.kt., j.nr. 1996/1124/055-1) og Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, 1. udgave, side 159ff.

varmeforsyningslovens prisbestemmelser. Det er en betingelse herfor, at selskabet kan nedbringe underskuddet gennem effektivisering.

6. Konsekvenser ved at foretage yderligere kapitalindskud i BEOF

Bornholms Forsyning-koncernen udøver aktiviteter indenfor produktion og distribution af varme, produktion af elektricitet, vand- og spildevandsforsyning samt levering af koncerninterne serviceydelser.

BRK er som konsekvens heraf forpligtet til hvert år at foretage en indberetning til Forsyningstilsynet vedrørende registreringspligtige uddelinger fra og vederlag ved afståelse af ejerandele i sådanne virksomheder i det foregående kalenderår eller afgive erklæring om, at kommunen ikke har modtaget sådanne uddelinger eller vederlag, jf. § 3, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1624 af 18. december 2017 om kommuners indberetninger og erklæringer efter elforsyningslovens §§ 37 og 37a og varmeforsyningslovens §§ 23l og 23m.

Tilsvarende krav om registrering af modtagne uddelinger fra og vederlag ved afståelse af ejerandele i vand- og spildevandsforsyningsvirksomheder følger af § 2, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 862 af 23. august 2019 om kommuners afståelse af vandselskaber (herefter betegnet "Stoploven")

Registreringspligtige uddelinger fra eller vederlag ved afståelse af ejerandele i virksomheder omfatter enhver form for økonomisk værdi, der tilflyder kommunen, herunder kontante beløb, udbytte, udlodning ved kapitalnedsættelse, kapitalandele, aktier, fysiske aktiver, andre økonomiske fordele, fordringer, konvertible obligationer mv. samt serviceydelser, støtte til kommunale aktiviteter eller til anden kommunal interessevaretagelse, jf. bekendtgørelsens § 3, stk. 4, 1. pkt.

Nedbringelse af en kommunal elforsynings- eller varmeforsyningsvirksomheds gæld til kommunen medfører ikke registreringspligt, jf. bekendtgørelsens § 3, stk. 6, 1. pkt. Præciseringen af, at nedbringelse af en kommunal forsyningsvirksomheds gæld til kommunen ikke medfører registreringspligt, fremgår ikke udtrykkeligt af Stoploven, men må antages at finde tilsvarende anvendelse.

Konsekvensen af ovennævnte regler er, at et eventuelt yderligere kapitalindskud fra BRK i BEOF vil blive omfattet af kravet om registrering og modregning i forbindelse med en eventuel efterfølgende udlodning eller vederlag ved afståelse af ejerandele i forsyningskoncernen.

Kommunale forsyningskoncerner er underlagt krav om adskillelse mellem midler, der stammer fra aktiviteter omfattet af elforsyningsloven og varmemforsyningsloven fra midler, der stammer fra andre aktiviteter, jf. elforsyningslovens § 37a, stk. 3.¹⁵

Kravet om adskillelse af midler vil efter vores vurdering finde tilsvarende anvendelse i forbindelse med et eventuelt kapitalindskud fra BRK i BEOFog eventuelt videre ned i datterselskaberne. Et eventuelt kapitalindskud med hjemmel i elforsyningsloven skal derfor øremærkes og holdes bogføringsmæssigt adskilt fra andre aktiviteter.

7. Statsstøttere reglerne – Konkurrenceloven og TEUF

Statsstøttere reglerne anvendelse for BRK's økonomiske dispositioner overfor BEOF afhænger af, om betingelserne herfor er opfyldt. Statsstøtte er reguleret i konkurrencelovens § 11a og i TEUF artikel 107, stk. 1. Begge regelsæt indeholder forbud mod ulovlig statsstøtte.

Reglerne indeholder en række kumulative betingelser for, hvornår der er tale om statsstøtte. Det følger sammenfattende af reglerne, at statsstøtte er, når der 1) ydes støtte 2) ved hjælp af offentlige midler, 3) som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen og 4) ved at begunstige visse virksomheder.

Efter TEUF artikel 107 gælder derudover et krav om, at støtten påvirker samhandlen mellem medlemsstater. Efter konkurrencelovens § 11a, stk. 2, nr. 2, gælder tilsvarende en yderligere betingelse om, at støtten ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering (dette kaldes "det dobbelte hjemmelskrav").

Der er ikke tale om parallelle regelsæt, hvorfor et kapitalindskud eller lånegaranti godt kan være i overensstemmelse med de danske regler, men i strid med EU-reglerne.

Tilførsel af kapital til et kommunalt ejet forsyningsselskab inden for el-, vand- og varmemforsyning vil formentlig udgøre statsstøtte, da der er tale om en økonomisk fordel, der tildeles selektivt til BEOF ved anvendelse af statsmidler (kommunale midler), og da selskabet udøver sin virksomhed på et helt eller delvist konkurrenceudsat marked. Et eventuelt kapitalindskud skal derfor være foreneligt med statsstøttere reglerne for at være lovligt, hvilket fx vil være en mulighed, hvis støtten anses omfattet af en gruppefritagelsesordning, eller hvis virksomhedernes aktiviteter anses som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse (SGEI).

Henset til at lovgivningen og kommunalfuldmagten ikke indeholder udtrykkelig regulering af kommunernes finansielle deltagelse i form af eventuelle yderligere kapitalindskud efter stiftelsen, og da yderligere

¹⁵ jf. også § 10 bekendtgørelse nr. 1624 af 18. december 2017 om kommuners indberetning og erklæring efter elforsyningslovens §§ 37 og 37a angående krav om bogføringsmæssig adskillelse

kapitalindskud fra BRK til BEOF vil blive omfattet af kravet om registrering og modregning, jf. ovenfor i pkt. 6, har vi ikke foretaget en nærmere undersøgelse af, på hvilket grundlag et sådant kapitalindskud vil kunne være foreneligt med statsstøtterejerne.

Ønsker BRK, at denne mulighed undersøges nærmere, er der behov for en større analyse af, på hvilket grundlag i form af fx en gruppefritagelsesordning, jf. ovenfor, et yderligere kapitalindskud vil kunne være foreneligt med statsstøtterejerne.

Kommuner kan som udgangspunkt lovligt stille garantier for fjernvarmeselskaber og andre forsyningsaktiviteter, når der er tale om aktiviteter, som kommunen lovligt kan varetage, eller hvis kommunen har udtrykkelig hjemmel til det (f.eks. vandsektorloven). En kommunal garantistillelse uden krav om garantiprovision indebærer et støtteelement til det selskab, kommunen stiller lånegaranti for, da kommunen påtager sig risikoen for selskabets lån uden beregning. Hvis garantistillelsen er omfattet af de statsstøtteretlige regler, bør garantien stilles på vilkår, som er forenelige med reglerne.

Kommunale lånegarantier, som ikke giver en virksomhed nogen fordele, betragtes som hovedregel ikke som statsstøtte. Ved kommunal garantistillelse for lån til aktiviteter omfattet af statsstøtterejerne, bør garantien stilles på markedsvilkår for at sikre, at låntager ikke får en fordel ved garantistillelse. EU-Kommissionen har i sin vejledning for statsstøtte i form af garantier anført en række betingelser for, hvornår det efter kommissionens vurdering kan udelukkes, at en individuel garanti udgør statsstøtte.¹⁶

Hvis BRK og BEOF overholder de af EU-Kommissionen opstillede betingelser for meddelelse af kommunal garantistillelse, kan dette efter vores vurdering ske uden at dispositionen betragtes som uforenelig statsstøtte.

København, den 9. december 2019
Per Hemmer

Kristian Raun Larsen

¹⁶ EU-Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02), afsnit 3.1.