

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 2. maj 2017 af Østre Landsrets 16. afdeling
(landsdommerne Katja Høegh, Dorthe Wiisbye og Michael de Thurah (kst.)).

16. afd. nr. B-893-16:
Vattenfall A/S
(advokat Christian Sinding)
mod
Farum Fjernvarme A.m.b.a.
(advokat Pernille Aagaard Truelsen)

Lyngby Rets dom af 29. marts 2016 (BS 151-533/2015) er anket af Vattenfall A/S med påstand som for byretten om frifindelse.

Vattenfall A/S har endvidere som for byretten nedlagt selvstændig påstand om, at Farum Fjernvarme A.m.b.a. skal anerkende, at prisen for den sydgående transmissionsledning, som forbinder Hillerød Kraftvarmeværk med Farum Fjernvarmes distributionsnet, pr. 31. december 2014, efter fradrag af refusionssaldo i Farum Fjernvarmes favør, udgør 74.620.000 kr.

Indstævnte, Farum Fjernvarme A.m.b.a., har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Som led i fusionen i 2006 mellem blandt andet DONG og Energi E2 blev det aftalt, at Vattenfall-koncernen skulle overtage en række aktiver og aktiviteter fra Energi E2, herunder Hillerød Kraftvarmeværk og dets varmetransmissionsanlæg, som omfattede den omtvistede transmissionsledning.

I anledning af offentliggørelsen af Vattenfall A/S' (Vattenfall) overtagelse af Hillerød Kraftvarmeværk anmodede Farum Fjernvarme A.m.b.a. (Farum Fjernvarme) ved brev af 25. november 2005 til Energi E2 om at modtage de nødvendige oplysninger for at kunne vurdere, om man skulle gøre brug af sin forkøbsret i medfør af varmforsyningsloven til transmissionsledningen.

Vattenfall og Energi E2 orienterede ved brev af 16. juni 2006 Farum Fjernvarme om overdragelsen af Hillerød Kraftvarmeværk pr. 1. juli 2006 til Vattenfall og anførte samtidig, at man var opmærksom på, at varmemeforbrugere i medfør af varmforsyningslovens § 23 f skulle tilbydes at erhverve transmissionsledningen i forbindelse med overdragelsen. Det anførtes videre, at dette ikke havde været muligt at nå inden overdragelsen den 1. juli 2006, og at Vattenfall efterfølgende ville tage initiativ til en proces, der opfyldte vandforsyningslovens bestemmelse herom.

Ved brev af 26. november 2009 fra Vattenfalls advokat fik Farum Fjernvarme og Værløse Varmeværk med henvisning til forkøbsretten tilbud om at erhverve transmissionsledningen for en pris på 95 mio. kr. ekskl. moms.

Det er ubestridt, at Farum Fjernvarme i perioden fra henvendelsen til Energi E2 i brevet af 25. november 2005 og indtil modtagelsen af købstilbuddet fra Vattenfall i november 2009 gentagne gange forgæves rykkede Vattenfall for oplysninger til brug for en vurdering af, om man ville gøre brug af forkøbsretten.

Forklaringer

I landsretten har direktør Hans Werner Woltmann, statsautoriseret revisor Karsten Bøgel, ingeniør Anders Dyrhund og statsautoriseret revisor Per Frost Jensen afgivet supplerende forklaringer.

Hans Werner Woltmann har forklaret blandt andet, at der rettelig er tale om, at Vattenfall sædvanligvis har et afkastkrav på 9 pct. for selskabets investeringer, men ikke at det faktiske afkast sædvanligvis er 9 pct. Endvidere er det ikke muligt at adskille omkostningerne i relation til indtægterne fra Farum Fjernvarme og Værløse Varmeværk, da det er det samme vand, der løber i ledningen.

Udgangspunktet for Vattenfalls refusionsopgørelse er, at transmissionsledningen i sig selv ikke har nogen værdi, men skal ses i sammenhæng med hele kraftvarmeværket, som den er forbundet med. Derfor skal den del af de samlede omkostninger for kraftvarmeværket, som kan allokere til transmissionsledningen, medtages i refusionsopgørelsen. Hvis transmissionsledningen var blevet afstået til Farum Fjernvarme i 2006, ville Vattenfall have inddraget de samme betragtninger ved prisfastsættelsen. Hvis der havde været oprettet et selvstændigt selskab til driften af transmissionsledningen, ville Vattenfall som ejer af kraftvarmeværket efter samme opgørelsesmetode have faktureret dette selskab for den del af kraftvarmeværkets udgifter, der relaterede sig til transmissionsledningen.

Den fordelingsnøgle, der er anvendt ved allokeringen af udgifter og indtægter vedrørende transmissionsledningen, tager udgangspunkt i en fordeling af kraftvarmeværkets samlede kapacitet med 50 pct. til produktion af el og 50 pct. til produktion af varme. Varmedelen er videre fordelt mellem den nordlige og sydlige aktivitet. Omkring 34 pct. af varmedelen vedrører den sydlige aktivitet – som herefter danner udgangspunkt for beregningen, fordi det er den sydlige transmissionsledning, som overdrages – og resten vedrører den nordlige aktivitet. Denne fordeling er sket på baggrund af varmeaftaget/volumen. Der er beregnet et samlet dækningsbidrag for den sydlige aktivitet, hvoraf 62 pct. er allokert til den sydlige transmissionsledning.

Den summariske priseftersvisning for årene 1991 til 2010, som er indsendt til Energitilsynet, er udarbejdet af Vattenfall. Han er ikke sikker på, i hvilket omfang priseftersvisningen er godkendt af en revisor. Han mener dog, at der foreligger en revisionserklæring vedrørende priseftersvisningen. Han ved ikke, om der i dag verserer klagesager mod Hillerød Varmeforsyning om varmepriserne.

Ved opgørelsen af rentekravet for perioden 2006-2010 har Vattenfall anvendt den lange byggerente plus 1 pct., fordi det er den, der er også er anvendt i priseftersvisningen. Rente-

kravet på 3 pct. for perioden 2011-2014 svarer til den rente, der er anvendt i den betingede købsaftale, som blev indgået med I/S Vestforbrænding.

Karsten Bøgel har forklaret blandt andet, at han ikke er partner, men executive director i revisionsfirmaet EY. Formålet med erklæringen af 30. juni 2015 om Vattenfalls refusionsopgørelse var detaljeret at beskrive, hvad der indgik i de enkelte poster, og om der var noget, der skulle have været optaget anderledes i opgørelsen. Erklæringen er således ikke en erklæring om egentlig revision, men en beskrivelse af bestemte afgrænsede arbejdshandlinger af revisionslignende art, man udførte efter aftale med Vattenfall. Vedrørende afsnittet under overskriften "Afslutning" er der tale om standard-bemærkninger, som benyttes i denne type erklæring om faktisk udførte arbejdshandlinger. Der er således ikke foretaget revision, men han har intet forkert fundet i det forelagte.

Erklæringen til Energitilsynet af 29. september 2011 vedrørende priseftersvisningen er en traditionel revisorerklæring, hvor der som følge af, at man ikke havde modtaget tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis fra Vattenfall, er taget en række forbehold, blandt andet for anskaffelsessummen for det faste anlæg og for værdien af de indregnede amortiseringer. Der er også taget forbehold for størrelsen af omkostningerne til drift og vedligeholdelse samt angående underdækningen fra tidligere år. En underdækning skal som klart udgangspunkt opkræves det efterfølgende år i henhold til lovgivningen. Han er dog bekendt med, at nogle selskaber efter dialog med energimyndighederne har fået tilladelse til at videreføre underdækning for flere år.

Han ved ikke, om transmissionsledningen er finansieret ved elprismæssige henlæggelser. Dette ligger i givet fald forud for den periode, som han har set på, i forbindelse med afgivelsen af de nævnte erklæringer. Han ved ikke, om der i posten "Sælger Rente" i Vattenfalls refusionsopgørelse er medtaget renters rente.

Anders Dyrland har forklaret blandt andet, at han ikke deltog i selve forhandlingerne om samarbejdsaftalen fra 1994, men kun i det forberedende arbejde. Det fremgår af Vattenfalls notat af 19. december 2007 under punktet "kapitalomkostninger", at Farum Fjernvarme og Værløse Varmeværk skulle dække samtlige omkostninger ved investeringen i transmissionsledningen. Kapitalomkostningerne svarede til et 20-årigt indeksannuitetslån, som ville være betalt ud, når samarbejdsaftalen fra 2007 ophørte i 2015. Den gamle samarbejdsaftale fra 1994 tog også højde for alle omkostninger. Han mener ikke, at der i forbindelse med

den nye samarbejdsaftales indgåelse var drøftelser om, at Farum Fjernvarme skulle blive ejer af transmissionsledningen efter aftalens udløb.

Per Frost Jensen har forklaret blandt andet, at han ikke har medtaget omkostninger til brændsel i Farum Fjernvarmes refusionsopgørelse, da dette ikke er en del af de faste omkostninger vedrørende selve transmissionsledningen. Disse faste omkostninger omfatter kun de i samarbejdsaftalen anførte drifts- og vedligeholdelsesomkostninger samt kapitalomkostninger, der vedrører selve brugen af ledningen. Øvrige omkostninger vedrører varmeprisen. Posten "Bidrag til kraftvarmeværket samt risikotillæg" vedrører heller ikke selve transmissionsledningen og er derfor ikke medtaget i refusionsopgørelsen. Farum Fjernvarme erhverver ikke en del af Hillerød Kraftvarmeværk ved erhvervelsen af transmissionsledningen. Han har ved udarbejdelsen af refusionsopgørelsen ikke haft adgang til opgørelser vedrørende Værløse Varmeværk og har derfor ikke kunnet se Værløse Varmeværks faktiske betalinger. Disse er derfor beregnet på baggrund af den forholdsmæssige fordeling af omkostningerne mellem Farum Fjernvarme og Værløse Varmeværk, som er fastsat i samarbejdsaftalen. Han har modtaget fuldstændige opgørelser over, hvad Farum Fjernvarme har betalt.

Procedure

Parterne har for landsretten gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

Vattenfall har for så vidt angår selskabets refusionsopgørelse supplerende gjort gældende, at Farum Fjernvarme som led i erhvervelsen af den sydlige transmissionsledning skal dække samtlige driftsomkostninger vedrørende Hillerød Kraftvarmeværk, som kan henføres til den sydlige transmissionsledning. En del omkostninger knytter sig således til selve transmissionsledningen, for eksempel brændsel, drift, reparation og overvågning, mens øvrige omkostninger omfatter produktion af el og varme, bogføring, håndtering af fakturaer, skatteforhold og priseftersvisninger, udarbejdelse af varmeregnskaber og andre former for administration. Varmesidens andel af de samlede driftsomkostninger er herefter fordelt mellem varmeproduktion og transmission i overensstemmelse med de fordelingsnøgler, der er anvendt af den uafhængige revisor Beierholm til brug for Energitilsynets fastlæggelse af markedsprisen for transmissionsledningen. Dette er den eneste måde at opgøre refusionsmellemværendet, der stiller Vattenfall, som om anlægget havde været ejet af Farum Fjernvarme siden 1. juli 2006. I så fald måtte Farum Fjernvarme nemlig have

afholdt samtlige de angivne udgifter og havde ikke kunnet nøjes med at betale de driftsudgifter mv., som var fastsat i parternes varmel leveringsaftale.

For så vidt angår kravet på forrentning af købesummen har Vattenfall for landsretten supplerende gjort gældende, at Vattenfall også efter principperne i og praksis efter varmemforsyningsloven om efterfølgende indregning af underdækning af afskrivning af anlægsudgifter har krav på renter af købesummen som påstået. Således er det ubestridt, at udgifterne til anlæg af den sydlige transmissionsledning er afholdt af Vattenfall. Vattenfall har finansieret disse udgifter ved hjælp af elprismæssige henlæggelser opkrævet hos elforbrugerne. Det følger herefter af Energiklagenævnets praksis, at varmesidens andel af de afholdte anlægsudgifter skal opfattes som fremmedkapital, som Vattenfall kan kræve forrentet fra overtagelsesdagen den 1. juli 2006. At der består en pligt til at forrente anlægsinvesteringen er da også anerkendt af Farum Fjernvarme ved indgåelsen af parternes varmel leveringsaftale. Vattenfall har i sin refusionsopgørelse anvendt en rentesats, der svarer til den til enhver tid gældende rente for et 30-årigt obligationslån med tillæg på 1 pct. for årene 2006-2010. Denne rente må anses som markedskonform, idet den nogenlunde svarer til, hvad Vattenfall skulle have betalt, såfremt anlægsinvesteringen var finansieret ved hjælp af realkreditlån. Fra 2011 og frem er renten fastsat til 3 pct., svarende til den rentesats, der er aftalt med I/S Vestforbrænding i den betingede købsaftale. Hvis finansieringen havde fundet sted ved hjælp af optagelse af obligationslån, ville Farum Fjernvarme utvivlsomt have været forpligtet til at overtage forrentningen heraf med virkning fra overtagelsesdagen. Den omstændighed, at finansieringen nu er sket ved hjælp af elprismæssige henlæggelser, kan ikke ophæve denne forpligtelse.

Hvis Farum Fjernvarme får medhold i, at de rentebeløb, som Farum Fjernvarme har betalt i medfør af parternes varmel leveringsaftale, skal refunderes, mens Vattenfall ikke tilsvarende har krav på dækning af sine renteudgifter ved den overtagne gæld til elforbrugerne, vil det i realiteten indebære en tvangsmæssig afståelse af transmissionsledningen. Farum Fjernvarme vil nemlig i så fald efter sin påstand overtage transmissionsledningen med en markeds-værdi på 90 mio. kr. for ca. 1,6 mio. kr. En sådan tvangsmæssig afståelse er der ikke hjemmel i varmemforsyningsloven til at gennemføre, og den må under alle omstændigheder kun ske mod fuldstændig erstatning.

Farum Fjernvarme har heroverfor gjort gældende, at Vattenfalls refusionsopgørelse ikke bygger på noget dokumenteret talmæssigt grundlag, men alene er ledsaget af en erklæring

fra Vattenfalls revisor. Omkostninger og indtægter i Vattenfalls refusionsopgørelse er endvidere ikke opgjort hver for sig og heller ikke for transmissionsledningen alene. De er derimod samlet under en enkelt udgiftspost på 50.475.000 kr. og er for perioden 1. juli 2006 til 31. december 2010 opgjort som en allokeret andel af nettoresultatet for Vattenfalls samlede varmforsyningsvirksomhed i Hillerød. Beløbet er endvidere ikke opgjort på baggrund af de faktisk afholdte omkostninger og indtægter, som en sædvanlig refusionsopgørelse skal baseres på, men på baggrund af en opgørelse af den varmeprismæssige over-/underdækning i henhold til varmforsyningsloven.

Det bestrides, at Vattenfall har krav på forrentning af købesummen på 90 mio. kr., da et sådant krav hverken har hjemmel i Energitilsynets afgørelse af 25. november 2014 eller i aftale mellem parterne. Der gælder heller ikke nogen sædvane om, at en sædvanlig refusionsopgørelse omfatter krav på renter. Det fremsatte rentekrav vedrører ikke tilbageførsel af en faktisk afholdt omkostning, hvilket f.eks. ville have været tilfældet, hvis Farum Fjernvarme samtidig havde overtaget et lån, som Vattenfall i perioden efter overtagelsestidspunktet havde afholdt renteudgifter til i Farum Fjernvarmes sted. Det kan heller ikke føre til et krav på forrentning af købesummen, at Vattenfall oplyser, at anlægsomkostningerne til transmissionsledningen er finansieret ved elprismæssige henlæggelser. For det første har Vattenfall ikke dokumenteret dette, eller i givet fald størrelsen heraf. Hvis det kunne dokumenteres, at der er sket elprismæssige henlæggelser, kan en eventuel forrentning heraf for det andet højst indgå som en regulatorisk omkostning ved opgørelsen af anlæggets varmeprismæssige over- eller underdækning i henhold til varmforsyningsloven, hvilket er refusionsopgørelsen uvedkommende.

Landsrettens begrundelse og resultat

Energitilsynets afgørelse

Energitilsynet har i afgørelsen af 25. november 2014 fastsat som vilkår for Farum Fjernvarmes udnyttelse af forkøbsretten ved købet af transmissionsledningen til en fastsat markedspris på 90 mio. kr. pr. 1. juli 2006, at der skal udarbejdes "en sædvanlig refusionsopgørelse over alle omkostninger og indtægter vedrørende den sydgående transmissionsledning i perioden fra 1. juli 2006 og ske refusion i overensstemmelse hermed". Parterne er også for landsretten enige om, at denne upåankede afgørelse fra Energitilsynet skal lægges til grund.

Afgørelsen af, hvilken opgørelsesmetode der skal anvendes ved refusionsopgørelsen, må ske med udgangspunkt i Energitilsynets afgørelse og en fortolkning af det heri fastsatte vilkår om sædvanlig refusionsopgørelse. Dette vilkår findes at være baseret på en forudsætning om, at transmissionsledningen skal anses for et selvstændigt aktiv.

Den fastsatte markedspris tager, bortset fra hvad der måtte følge af det tilknyttede vilkår om udarbejdelse af refusionsopgørelse, ikke højde for den tid, der er forløbet fra den fastsatte overdragelsesdato den 1. juli 2006 og frem til den faktiske overdragelse. Energitilsynet antog således, at varmemforsyningsloven ikke giver Energitilsynet hjemmel til at regulere herfor.

Det er ikke i Energitilsynets afgørelse angivet, hvad der forstås ved en "sædvanlig refusionsopgørelse". Det er heller ikke anført, hvad der forstås ved "alle omkostninger og indtægter" vedrørende transmissionsledningen. Parterne har heller ikke indgået aftale om indhold og udformning af refusionsopgørelsen.

Der er ikke i sagen oplysninger om, at der skulle bestå en særlig praksis om udformning af refusionsopgørelser ved hel eller delvis overdragelse af kollektive varmemforsyningsanlæg, herunder ved forbrugeres udnyttelse af forkøbsret efter varmemforsyningslovens § 23 f.

I mangel på andre fortolkningsbidrag finder landsretten imidlertid, at den nærmere forståelse af Energitilsynets vilkår må fastlægges med udgangspunkt i praksis om refusionsopgørelser ved overdragelse af fast ejendom. Efter denne praksis indgår de konkrete udgifter og indtægter, som kan henføres til det overdragne aktiv i en sædvanlig refusionsopgørelse. Som udgangspunkt godskrives kun renter (og afdrag) af gæld, som køberen overtager som led i købet. Ved kontanthandler forrentes selve købesummen således ikke, medmindre der er tilvejebragt et særligt grundlag herfor i parternes aftale, ved rentepåkrav eller på anden vis.

Det citerede vilkår i Energitilsynets afgørelse må herefter forstås således, at der skal ske en opgørelse af de omkostninger og indtægter, der knytter sig direkte til transmissionsledningen. Opgørelsen skal herved ske uafhængigt af den øvrige del af Vattenfalls driftsaktiviteter. Dette stemmer samtidig overens med princippet i varmemforsyningslovens § 23 g, hvorefter driften af transmissionsledningen i den foreliggende situation skulle have været udøvet i et selvstændigt selskab.

Vattenfalls refusionsopgørelse

På baggrund af Hans Werner Woltmanns forklaring og det i øvrigt under sagen fremlagte må det lægges til grund, at Vattenfalls refusionsopgørelse, for så vidt angår årene 2006-2010, er baseret på en allokering af en del af nettoresultatet for Vattenfalls samlede kraftvarmevirksomhed, herunder navnlig driften af Hillerød Kraftvarmeværk. En sådan opgørelsesmetode, der i øvrigt ikke ses underbygget af dokumentation for opgjorte omkostninger og indtægter eller for den anvendte fordelingsnøgle, findes på baggrund af det ovenfor anførte ikke at være i overensstemmelse med vilkåret om "sædvanlig refusionsopgørelse" i Energitilsynets afgørelse.

For så vidt angår den del af Vattenfalls refusionsopgørelse, der vedrører årene 2011-2012, har Hans Werner Woltmann og Karsten Bøgel forklaret, at opgørelsen for første halvår af 2011 er baseret på en refusionsopgørelse for Hillerød Kraftvarmeværk og for den resterende del af perioden på, at man har sammenholdt Hillerød Varmeforsynings kreditormodul for Vattenfall med Hillerød Varmeforsynings debitoromodul for Farum Fjernvarme. Der er ikke fremlagt nærmere dokumentation for, hvilke poster der er medtaget i denne del af opgørelsen, eller om opgørelsen også medtager betalingerne fra Værløse Varmeværk.

På den anførte baggrund finder landsretten, at den af Vattenfall anvendte metode ved udarbejdelsen af refusionsopgørelsen for perioden fra 1. juli 2006 til 31. december 2012 ikke er i overensstemmelse med vilkåret i Energitilsynets afgørelse og derfor ikke kan lægges til grund for refusionsopgøret mellem parterne.

Vattenfalls refusionsopgørelse indeholder endvidere særskilte poster vedrørende forrentning af købesummen i Vattenfalls favør.

Landsretten tiltræder det, som byretten i præmisserne har anført angående det fremsatte krav om renter af købesummen.

Landsretten finder, at det, som Vattenfall har anført om elprismæssige henlæggelser, heller ikke kan føre til, at Vattenfall har et krav på renter af købesummen under det privatrettlige refusionsopgør mellem parterne i anledning af Farum Fjernvarmes udnyttelse af forkøbsretten.

Herefter, og da det af Vattenfall i øvrigt anførte ikke kan føre til andet resultat, tiltræder landsretten, at Farum Fjernvarme ikke er forpligtet til at forrente købesummen.

Farum Fjernvarmes refusionsopgørelse

På baggrund af Per Frost Jensens forklaring og de i sagen fremlagte årsafregninger, årsopgørelser og a conto afregninger må det lægges til grund, at Farum Fjernvarmes refusionsopgørelse er baseret på de faktiske betalinger fra Farum Fjernvarme og Værløse Varmeværk til Vattenfall for at være tilsluttet transmissionsledningen i den omtvistede periode. Der er tale om faste betalinger for kapitaludgifter samt for drift og vedligeholdelse af transmissionsledningen, og de medtagne beløb er i overensstemmelse med den prisfastsættelse og årlige prisregulering, der er aftalt mellem parterne i den nyeste samarbejdsaftale af 19. december 2007. De medtagne betalinger fra Værløse Varmeværk er ifølge Per Frost Jensens forklaring beregnet på baggrund af den forholdsmæssige fordeling af omkostningerne mellem Farum Fjernvarme og Værløse Varmeværk, som er fastsat i samarbejdsaftalen fra 2007. Størrelsen af de medtagne betalinger i Farum Fjernvarmes refusionsopgørelse er ikke bestridt af Vattenfall.

Refusionsopgørelsen indeholder alene poster, der direkte relaterer sig til transmissionsledningen, og Vattenfall har ikke for landsretten dokumenteret andre direkte udgifter vedrørende transmissionsledningen end de drifts- og vedligeholdelsesudgifter, som indgår i byrettens afgørelse.

På den anførte baggrund finder landsretten, at Farum Fjernvarmes refusionsopgørelse må anses for baseret på kendte principper og praksis om refusionsopgørelser ved overdragelser af fast ejendom, og at opgørelsesmetoden må anses for at være i overensstemmelse med Energitilsynets vilkår om en "sædvanlig refusionsopgørelse". Opgørelsen af indtægter og udgifter skal derfor ske som i Farum Fjernvarmes opgørelse som justeret ved byrettens dom.

Herefter stadfæster landsretten byrettens dom.

Efter sagens værdi, forløb og udfald finder landsretten, at Vattenfall skal betale sagsomkostninger for landsretten til Farum Fjernvarme med 1.000.000 kr.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Vattenfall A/S betale 1.000.000 kr. til Farum Fjernvarme A.m.b.a.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 02-05-2017

Marianne Kjolbye
Sektionsleder