

Til: Chefkonsulent Michael Fibiger, Dansk Fjernvarme

Fra: Partner Frederik André Bork, Bruun & Hjejle

Dato: 29. august 2023

Emne: Garantiprovisioner på fjernvarmeområdet

1. Baggrund

- 1.1 Dansk Fjernvarme har bedt Bruun & Hjejle om at vurdere, hvilke regler der gælder for garantiprovisioner ved kommunal garantistillelse på fjernvarmeområdet.

2. Konklusion

- 2.1 Det er vores vurdering,

at kommunerne skal opkræve garantiprovision i forbindelse med garantistillelse inden for fjernvarmeområdet. Det gælder både i forhold til kommunalt ejede og forbrugerejede fjernvarmeselskaber;

at garantiprovisionen alene må dække kommunens risiko (men ikke en fortjeneste), når EU-statsstøttere reglerne *ikke* finder anvendelse. Dette følger af varmemforsyningsloven, der skal fortolkes i lyset af kommunalfuldmagtsreglerne og hvile-i-sig-selv princippet; og

at garantiprovisionen skal dække såvel kommunens risiko som en sædvanlig markedsmæssig fortjeneste, når garantistillelsen ellers ville udgøre ulovlig støtte efter EU-statsstøttere reglerne (bl.a. fordi der foreligger samhandelspåvirkning, og garantistillelsen ikke er omfattet af en gruppefritagelsesforordning). Det forhold, at garantiprovisionen i denne situation skal eliminere støttefordelen ved garantien, følger af EU-statsstøttere reglerne.

3. Dansk ret når EU-statsstøttere reglerne ikke finder anvendelse

- 3.1 Kommunernes adgang til at varetage varmemforsyningsvirksomhed følger af varmemforsyningslovens kapitel 1a, der med virkning fra 1. juli 2015 blev indsat i varmemforsyningsloven ved L 2015 745.
- 3.2 Inden vedtagelsen af L 2015 745 fulgte kommunernes adgang til at varetage varmemforsyningsvirksomhed af almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse, dvs. kommunalfuldmagtsreglerne.
- 3.3 Efter varmemforsyningslovens § 2d, stk. 1, kan en kommune stille garanti for lånoptagelse til finansiering af anlægsinvesteringer eller driftsaktiviteter i en

virksomhed nævnt i lovens § 2b med de modifikationer, som følger af § 2d, stk. 2-6. Efter varmemforsyningslovens § 2e, stk. 1, kan en kommune også stille garanti til lånoptagelse til finansiering af anlægs- eller driftsaktiviteter i kraftvarme-anlæg med en eleffekt over 25 MW.

- 3.4 I begge tilfælde er det en betingelse, at garantien stilles i overensstemmelse med EU-statsstøttere reglerne, jf. varmemforsyningslovens §§ 2d, stk. 1, og 2e, stk. 1. I de tilfælde, hvor en kommunes garantistillelse ikke falder ind under EU-statsstøttere reglerne (f.eks. fordi der ikke foreligger tilstrækkelig samhandelspåvirkning, eller støtten er omfattet af en gruppefritagelsesforordning og dermed lovlig), vil garantistillelsen – efter vedtagelsen af L 2015 745 – (alene) skulle overholde reglerne i varmemforsyningsloven.¹
- 3.5 Det fremgår af forarbejderne til L 2015 745², at indførelsen af varmemforsyningslovens kapitel 1a var en *lovfæstelse* af de gældende *kommunalfuldmagtsregler* (idet der samtidig skete en præcisering og supplerings af kommunernes adgang til at varetage varmemforsyningsvirksomhed). Varmeforsyningslovens kapitel 1a skal derfor fortolkes i overensstemmelse med kommunalfuldmagtsreglerne.
- 3.6 Det følger af kommunalfuldmagtsreglerne, der som nævnt nu er lovfæstet i varmemforsyningsloven, at en kommune ikke må drive varmemforsyningsvirksomhed med fortjeneste for øje, og at en kommune således ikke må tjene på en garantistillelse. I overensstemmelse hermed fremgår det af lovforarbejderne til varmemforsyningslovens kapitel 1a, at en kommune alene må opkræve en garantiprovision for at dække sin *risiko* ved garantistillelsen, men *ikke* for at opnå en fortjeneste:

”Den foreslåede regulering af kommunernes hjemmel til varetagelse af varmemforsyningsvirksomhed bygger videre på de principper, der i dag er fastlagt i kommunalfuldmagtsreglerne, herunder om, at kommuner som udgangspunkt ikke må drive virksomhed med fortjeneste for øje. Kommuner kan alene drive virksomhed med fortjeneste for øje, hvis der er lovhjemmel hertil. Der er i de foreslåede regler i varmemforsyningsloven ikke hjemmel til, at en kommune tjener på garantistillelse og opkræver en større garantiprovision end statsstøttere regler forpligter til. Opkrævning af garantiprovisionen må alene ske til at dække kommunens risiko ved garantistillelse, men det må ikke anvendes til at få en fortjeneste.”³ (vores understregning)

- 3.7 Det følger endvidere af kommunalfuldmagtsreglerne, at kommunale forsyningsvirksomheder er omfattet af hvile-i-sig-selv princippet, jf. Ankestyrelsens

¹ Konkurrencelovens § 11a om offentlig støtte finder alene anvendelse, såfremt den offentlige støtte (f.eks. en garanti) ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering, herunder kommunalfuldmagtsreglerne. Da en kommunes garantistillelse forudsættes givet efter reglerne i varmemforsyningsloven, vil § 11a ikke finde anvendelse, selv om en garantistillelse konkret måtte udgøre en offentlig støtte.

² Jf. Lovforslag nr. L 177 af 25. marts 2015, s. 5, hs.

³ Jf. Lovforslag nr. L 177 af 25. marts 2015, s. 10, vs. Se også lovforslagets s. 16, vs.

tilsynsudtalelse om garantiprovisioner af 19. januar 2021 til Svendborg Kommune, s. 3, Energi-, Forsynings- og Klimaministeriets analyse af kommunal låntagning på forsyningsområdet af 27. september 2016, s. 4, og "Kommunernes opgaver: Kommunalfuldmagten mv.", 2023, af Karsten Revsbeck m.fl.⁴. Kommunerne er derfor afskåret fra at stille en *vederlagsfri* garanti til fjernvarmeselskaberne, idet en sådan garanti i strid med hvile-i-sig-selv princippet ville forrykke byrdefordelingen mellem borgerne⁵.

- 3.8 Uden for anvendelsesområdet for EU-statsstøttere reglerne indebærer den ved L 2015 745 gennemførte lovfæstelse af kommunalfuldmagtsreglerne i varmesyningsloven derfor samlet,

at kommunerne i forbindelse med en garantistillelse *ikke* må opkræve en garantiprovision, der giver dem en fortjeneste, og

at kommunerne omvendt skal opkræve en garantiprovision, der afdækker risikoen ved garantistillelsen.

- 3.9 Den beskrevne retstilstand er bekræftet af Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet i svar af 11. maj 2023 på Klima-, Energi- og Forsyningsudvalgets spørgsmål 7 til lovforslag L 115. Ministeriet anfører på s. 3 i sit svar, *at* "manglende opkrævning af en garantiprovision vil være imod kommunens hvile-i-sig-selv princip", og *at* "[d]et følger af hvile-i-sig-selv princippet, at kommunen ikke må tjene penge på at stille en garanti".

- 3.10 Også Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet finder således, at en kommune på den ene side skal opkræve en garantiprovision (og dermed få afdækket sin risiko), men på den anden side *ikke* må tjene på at stille en garanti (hvorfor garantiprovisionen ikke må give en fortjeneste).

- 3.11 Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet konkluderer på den baggrund samlet i svaret af 11. maj 2023:

"Det er således fortsat gældende ret, at kommunerne skal opkræve en garantiprovision på markedsbaserede vilkår for at dække deres risiko i overensstemmelse med hvile-i-sig-selv princippet." (vores understregning)

- 3.12 Det bemærkes, at henvisningen til "markedsbaserede vilkår" alene vedrører afdækningen af kommunernes *risiko* og ikke, at garantiprovisionen skal dække en *fortjeneste* svarende til, at provisionen blev opkrævet af en markedsøkonomisk investor. Dette fremgår af selve ordlyden af ministeriets svar, jf. det citerede afsnit, som henviser til kommunernes "risiko i overensstemmelse med

⁴ Jf. f.eks. s. 223-225. På side 225 anføres bl.a.: "Det antages – som allerede antydnet ovenfor – almindeligvis, at kommunal forsyningsvirksomhed er undergivet et såkaldt hvile i sig selv-princip."

⁵ Jf. også "Kommunernes opgaver: Kommunalfuldmagten mv.", 2023, af Karsten Revsbeck m.fl., s. 229: "Hvis kommunen har stillet en garanti i forbindelse med en kommunal forsyningsvirksomheds lånoptagelse, er det et krav, at forsyningsvirksomheden betaler et vist vederlag herfor, som skal indregnes i taksterne."

hvile-i-sig-selv princippet". Det fremgår også af det forhold, at kommunen efter ministeriets opfattelse som nævnt ikke må tjene penge på at stille en garanti, hvilket udelukker en provision opkrævet af en markedsøkonomisk investor, jf. ovenfor. Endelig følger det af, at ministeriet i svaret af 11. maj 2023, s. 3, også anfører, at niveauet for garantiprovisionen skal fastsættes ud fra, hvad en privat garant ville opkræve under "tilsvarende betingelser", og at "tilsvarende betingelser" netop omfatter de betingelser, som kommunen er underlagt, herunder hvile-i-sig-selv princippet, som udelukker opnåelse af fortjeneste, jf. ministeriets svar af 11. maj 2023, s. 3.

- 3.13 Det er på den baggrund udelukket, at Klima-, Energi- og Forsyningsministeriets henvisning til "markedsnæssige vilkår" – eller øvrige dele af ministeriets svar af 11. maj 2023 – kan forstås derhen, at garantiprovisionen skal dække en fortjeneste svarende til, at provisionen var opkrævet af en markedsøkonomisk investor. Ministeriets holdning er tværtimod – i overensstemmelse med vores vurdering – at en garantiprovision alene må dække kommunens *risiko*, uden at kommunen må opnå en *fortjeneste*, så længe EU-statsstøttere reglerne ikke finder anvendelse.
- 3.14 Vi finder endelig, at der ved vedtagelsen af L 2015 745 ikke blev indført en forskelsbehandling mellem kommunalt og forbrugerejede fjernvarmeselskaber. Selv om L 2015 745 i visse tilfælde præciserede og supplerede omfanget af kommunalfuldmagtsreglerne, indførte varmeforsyningsloven ikke to forskellige regelsæt for garantistillelse og -provision i forhold til henholdsvis kommunalt og forbrugerejede fjernvarmeselskaber. Tværtimod fremgår det af lovforarbejderne til L 2015 747, at der ønskedes en lige adgang til garantistillelse til kommunale og private kraftvarmeanlæg⁶. Endvidere lovfæstede L 2015 745 som nævnt kommunalfuldmagtsreglerne, hvorefter en kommune ikke må drive virksomhed med fortjeneste for øje i strid med hvile-i-sig-selv princippet, hvilket gælder i relation til både kommunalt og forbrugerejede fjernvarmeselskaber⁷.

4. Dansk ret når EU-statsstøttere reglerne finder anvendelse

- 4.1 I de tilfælde, hvor EU-statsstøttere reglerne finder anvendelse på en kommunes garantistillelse (fordi betingelserne for at udgøre støtte i TEUF artikel 107 er opfyldt, herunder at der foreligger samhandelspåvirkning, og garantistillelsen

⁶ Jf. Lovforslag nr. L 177 af 25. marts 2015, s. 16, hs.

⁷ Jf. også Økonomi og Indenrigsministeriets brev af 4. juni 2013 til Energistyrelsen vedrørende garantier til virksomheder, som producerer både el og varme, s. 3, hvor ministeriet på *den ene side* anfører, at en kommune ikke må drive virksomhed med fortjeneste for øje, og på *den anden side* anfører, at en vederlagsfri garanti vil være i strid med hvile-i-sig-selv princippet. Efter ministeriets opfattelse kan en kommune derimod stille en garanti til et privat varmeforsyningsselskab, så længe der betales et vederlag herfor på "markedsnæssige vilkår", dvs. så længe garantiprovisionen afdækker kommunens *risiko*, men ikke indebærer en *fortjeneste* (da sidstnævnte ville stride mod forbuddet om at drive virksomhed med fortjeneste for øje).

ikke er omfattet af en gruppefritagelsesforordning), vil støttefordelen ved garantistillelsen skulle elimineres for at overholde EU-statsstøttere reglerne, jf. TEUF artikel 107ff og varmemforsyningslovens § 2d, stk. 1, og § 2e, stk. 1.⁸

- 4.2 Efter EU-statsstøttere reglerne vil en garanti i denne situation kunne udgøre ulovlig statsstøtte, hvis den opkrævede garantiprovision ikke fastsættes på markedsvilkår. For at en garanti stilles på markedsvilkår i henhold til EU-statsstøttere reglerne, vil det kræve, at garantiprovisionen både dækker kommunens *risiko* ved at stille garantien og den *fortjeneste*, som en privat investor ville kræve for at stille garantien i en lignende situation.
- 4.3 I de tilfælde, hvor støttefordelen ved garantien skal elimineres efter EU-statsstøttere reglerne, vil garantiprovisionen således samlet set skulle dække både kommunens *risiko* og en sædvanlig *fortjeneste* på markedsvilkår.
- 4.4 Det bemærkes, at kommunerne er pligtsubjekt efter EU-statsstøttere reglerne, hvorfor kommunerne skal påse, at garantistillelsen er forenelig med statsstøttere reglerne⁹. Da kommunerne samtidig er pligtsubjekt efter varmemforsyningsloven, er kommunerne desuden forpligtet til at påse, at statsstøttere reglerne *ikke* finder anvendelse. I modsat fald risikerer kommunerne at opkræve en for høj garantiprovision i strid med varmemforsyningsloven i de tilfælde, hvor EU-statsstøttere reglerne *ikke* finder anvendelse.
- 4.5 Kommunerne kan i et konkret tilfælde derfor ikke blot antage eller lægge til grund, at EU-statsstøttere reglerne finder anvendelse uden at foretage en egentlig vurdering heraf.¹⁰

⁸ Jf. også Kommissionens Meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02).

⁹ Jf. også Lovforslag nr. L 177 af 25. marts 2015, s. 5, vs.

¹⁰ Kommunens vurdering af, om EU-statsstøttere reglerne finder anvendelse/ikke finder anvendelse vil være den samme vurdering, som KommuneKredit skal foretage, når KommuneKredit yder et lån. Kommunerne og KommuneKredit bør således nå frem til samme statsstøttere retlige konklusion.