

DOM

afsagt den 25. januar 2015 af Vestre Landsrets 16. afdeling (dommerne Hanne Harritz Pedersen, Annette Dellgren og Niels Klitgaard (kst.)) i ankesag

V.L. B-1704-14

Sønderborg Kommune

(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a.

og

Gråsten Varme A/S

(advokat Erik Hørlyck, Aarhus, for begge)

Retten i Sønderborg har den 14. juli 2014 afsagt dom i 1. instans (rettens nr. BS C3-605/2013).

Påstande

For landsretten har appellanten, Sønderborg Kommune, gentaget sin påstand for byretten.

De indstævnte, Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. og Gråsten Varme A/S, har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Steffen B. Moe har skriftligt meddelt, at det møde, der i gengivelsen af hans forklaring i byrettens dom side 7 er anført til at have fundet sted i oktober 2012, rettelig fandt sted i

december 2012.

I en driftsopgørelse for 2014 fra Sønderborg Kraftvarmeværk I/S, som Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. og Sønderborg Kommune er interessenter i, er der under indtægter anført, at der er solgt strøm for 36.365.000 kr. i 2013 og for 46.354.507 kr. i 2014.

I specifikationerne til Gråsten Varme A/S' årsrapport for 2014 fremgår det på side 2, at selskabet havde en nettoomsætning for salg af el på 3.619.000 kr. i 2013 og 4.535.948 kr. i 2014.

Det fremgår af specifikationer til "Resultatbudget for 2015 og –estimat for 2016" for Gråsten Varme A/S, at der ikke er budgetteret med indtægt ved salg af el, men med en indtægt på 4.000.000 kr. for elstøtte.

Der er endvidere fremlagt udskrifter fra Gråsten Varme A/S' hjemmeside af 20. januar 2014, hvor der er anført følgende:

”...

Fjernvarmen bruger spildvarmen

Når vi producerer elektricitet, brænder affald af eller smelter jern og metal i industrien, udvikler vi varme. Varmen skal ledes væk, og det bruger vi vand til. For eksempel køler vi med vand, når vi producerer el. Kølevandet bliver varmet op, og når der er ca. 75-90 grader, skal det køles ned igen. Her genbruger vi det så til at varme danske boliger op med.

...”

”...

- Når elpriserne er høje, startes de to gasmotorer, som både laver varme og el. Strømmen sælges på det frie elmarked, og den billige varme sendes ud i byen.

...”

”Kraftvarmeværket har installeret 2 stk. ens 16 cylindrede Rolls Royce gasmotorer med en samlet varmeeffekt på 7,2 Mw og en samlet eleffekt på 5,4 Mw. Motorerne er meldt til det frie elmarked og fungerer når de ikke kører, som reservekapacitet.”

I en e-mail af 18. august 2015 til advokat Erik Hørlyck har direktør for Gråsten Varme A/S Peter Mikael Kjer Stærdahl anført følgende:

” ...

I årsrapporten af 2014 står der ganske rigtigt ”Salg af EL” kr. 4.535.947,-

Salg af EL er standardteksten for Dansk Fjernvarmes Standardkontoplan (konto 129000)

Sumkontien udgør: Elsalg, elstøtte og eltilskud:

Da vi har fastlåst vores elstøtte, og priserne lige nu er så lave som de er (og har været længe), betyder det at vi i 2014 havde et negativt elsalg på 1.383.599,-

Dette negative salg gør (desværre) at vores elstøtte derfor bliver mindre, men det har intet med produktion at gøre – dette er rent finansielt.

For en hurtig redegørelse på vores elproduktion i 2014, kan jeg oplyse at motor 1 har kørt 35 timer og motor 2 kørt 32 timer i HELE 2014.

Dette er inkl. De jævnlige opstarter vi har ca. hver anden måned for, at sikre at de kan starte i en nød/reserve situation.

Desuden dækker timetallet også for de lovpligtige tilsyn (gasrampe, emissionsmålinger mv.) som er foretaget i 2014.

De to gasmotorer indgår ikke i vores normale produktionsapparat – det ville være alt for dyrt. Jeg kan endvidere oplyse at servicekontrakter er opsagt i år.

Som du også kan se af pdf. Filen, bugetterer vi også med et rundt 0 i salg af el (konto 121150).

...”

Sønderborg Kommune har under ankesagen anmodet om, at der blev stillet præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, jf. TEUF art. 267, stk. 1, jf. stk. 3. Anmodningen har været behandlet mundtligt, og den 10. juni 2015 har landsretten afsagt en kendelse, hvorefter kommunens anmodning ikke blev taget til følge.

Procedure

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

Sønderborg Kommune har endvidere gjort gældende, at Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. er elproducerende, og at den garanti, som kommunen stillede, skulle ske inden for de rammer, der gælder for fjernvarmeselskaber, som producerer el, hvilket ikke er tilfældet. Til

støtte herfor har kommunen henvist til, at Sønderborg Fjernvarmeværk A.m.b.a. er medejer af Sønderborg Kraftvarmeværk I/S, der producerer el, hvilket fremgår af selskabets driftsopgørelse.

Sønderborg Kommune har endvidere gjort gældende, at Gråsten Varmeværk A/S er elproducerende og har til støtte herfor dels henvist til varmeværkets hjemmeside, dels til specifikationerne til varmeværkets årsrapport fra 2014.

Sønderborg Fjernvarmeværk A.m.b.a. har bestridt at være elproducerende og har til støtte herfor henvist til, at fjernvarmeværket ikke kan identificeres med Sønderborg Kraftvarmeværk I/S. De produktionsomkostninger, der fremgår af Sønderborg Fjernvarmes årsrapport fra 2014, er selskabets omsætning til indkøb af el til brug for varmeproduktionen. Der forekommer således ikke indtægter ved salg af el.

Gråsten Varme A/S har endvidere bestridt at være elproducerende og har til støtte herfor henvist til, at de to gasmotorer, der er nævnt på fjernvarmeværkets hjemmeside, er et reserveanlæg, og der produceres normalt ikke på disse motorer. Den indtægt ved salg af el, der fremgår af specifikationerne til Gråsten Varme A/S' årsrapport 2014, er nettoindtægten ved modtagen elstøtte. Fjernvarmeværket har endvidere henvist til indholdet i direktør Peter Mikael Kjer Stærdahls mail af 18. august 2015.

Retsgrundlaget

Artikel 107, stk. 1, i Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) har følgende ordlyd:

”Bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.”

I Kommissionens meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02) er der bl.a. anført:

”2. ANVENDELSE AF ARTIKEL 87, STK. 1

2.1. Generelle bemærkninger

I henhold til traktatens artikel 87, stk. 1, er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

Disse generelle kriterier gælder også for garantier. Som det er tilfældet med andre former for potentiel støtte, vil garantier kunne betragtes som statsstøtte, når de ydes direkte af staten, dvs. af centrale, regionale eller lokale myndigheder, eller når de ydes ved hjælp af statsmidler af andre statskontrollerede organer, f.eks. virksomheder, og kan ”tilregnes” offentlige myndigheder.

For at udelukke enhver tvivl bør begrebet statsmidler derfor præciseres i forbindelse med statsgarantier. Fordelen ved en statsgaranti er, at den risiko, som er forbundet dermed, bæres af staten. Staten bør normalt have udbetalt en rimelig præmie for at bære risikoen. Hvis den helt eller delvis giver afkald på en sådan præmie, er der både tale om en fordel for virksomheden og et dræn på statens ressourcer. Så selv om det viser sig, at staten aldrig kommer til at foretage udbetalinger i henhold til en garanti, kan der alligevel være tale om statsstøtte i henhold til traktatens artikel 87, stk. 1. Støtten ydes på det tidspunkt, hvor garantien stilles, ikke når garantien påberåbes, eller når der foretages udbetalinger i henhold til garantien. Om en garanti indebærer statsstøtte eller ej, og i bekræftende fald, hvor stor denne støtte er, skal vurderes på det tidspunkt, hvor garantien stilles.

...

2.2 Støtte til låntager

Det er normalt låntageren, der er støttemodtager. Som anført i punkt 2.1, bør der normalt udbetales en rimelig præmie for at bære risikoen. Når låntageren ikke behøver at betale præmien eller betaler en lav præmie, opnår vedkommende en fordel. Sammenlignet med en situation uden en garanti, sætter statsgarantien låntageren i stand til at opnå finansielle lånevilkår, som er bedre end de sædvanlige vilkår på de finansielle markeder. Ved hjælp af statsgarantien får låntageren typisk mulighed for at opnå lavere rente og/eller at stille mindre sikkerhed. I nogle tilfælde ville låntageren ikke uden en statsgaranti kunne finde et finansieringsinstitut, der i det hele taget var rede til at yde lån. Statsgarantier kan således gøre det lettere

at etablere nye virksomheder og sætte visse virksomheder i stand til at skaffe kapital til gennemførelse af nye aktiviteter. En statsgaranti kan også bidrage til, at en nødlidende virksomhed kan fortsætte driften i stedet for at blive elimineret eller omstruktureret, hvilket kan skabe konkurrencefordrejninger.

...

3. FORHOLD, DER UDELUKKER STATSSTØTTE

3.1. Generelle betragtninger

Hvis en individuel garanti eller en garantiordning, som staten er involveret i, ikke giver en virksomhed nogen fordele, skal den ikke betragtes som statsstøtte.

For at afgøre, om en garanti eller en garantiordning indebærer en fordel, har Domstolen i sin nyere retspraksis fastslået, at Kommissionen bør lægge princippet om en markedsøkonomisk investor (herefter "det markedsøkonomiske investorprincip") til grund for sin vurdering. Det bør derfor tages i betragtning, om en virksomhed, som garantien stilles til fordel for, i praksis har mulighed for at skaffe tilsvarende finansielle midler via kapitalmarkedet. Der er ikke tale om statsstøtte, når en ny finansieringskilde stilles til rådighed på betingelser, som ville være acceptable for en privat investor, der opererer under markedsøkonomiske forhold.

...

3.2. Individuelle garantier

Kommissionen mener, at det i forbindelse med en individuel statsgaranti er tilstrækkeligt til at udelukke statsstøtte, at følgende betingelser alle er opfyldt:

...

d) Der betales markedsprisen for garantien.

Som anført i punkt 2.1, bør staten normalt have udbetalt en rimelig præmie for at bære risikoen for det garanterede eller modgaranterede beløb. Når den pris, der betales for garantien, er mindst lige så høj som den tilsvarende garantipræmie på de finansielle markeder, omfatter garantien ikke støtte.

...”

spørgsmål til økonomi- og indenrigsministeren:

”Spørgsmål 185:

Vil ministeren redegøre for, om kommunerne skal opkræve garantiprovision af kommunegarantier til forsyningsvirksomheders optagelse af lån hos Kommunekredit efter EF-Traktatens artikel 87 og 88 om statsstøtte?”

Økonomi- og indenrigsministeren besvarede den 5. juli 2013 spørgsmålet således:

”Økonomi- og Indenrigsministeriet har i anledning af spørgsmålet indhentet følgende udtalelse fra Erhvervs- og Vækstministeriet, hvorunder EU’s statsstøtteregler ressortmæssigt henhører:

”For at der er tale om statsstøtte i forhold til traktatens artikel 107 [EF-traktatens artikel 87], skal støtten være ydet af staten eller ved hjælp af statsmidler, virksomheden, som modtager støtten, skal hermed indrømmes en fordel, støtten skal være selektiv, dvs. den skal begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene og støtten skal have samhandelspåvirkning.

For at være omfattet af traktatens bestemmelser om statsstøtte skal modtageren af støtte være omfattet af traktatens virksomhedsbegreb, hvilket vil være tilfældet, hvis modtagere udøver økonomisk aktivitet i form af udveksling af varer eller tjenesteydelser mod betaling.

I det omfang der ydes statsstøtte i form af garantier, det vil sige alle ovennævnte kriterier er opfyldt og støtten ydes til en modtager, som udøver økonomisk aktivitet, kan denne ydes i overensstemmelse med traktatens regler om statsstøtte ved at overholde Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02), efter hvilken der blandt andet stilles krav til, at der betales en markedspris for garantien i form af en præmie, en såkaldt garantiprovision.

I det omfang ovennævnte betingelser er opfyldt, skal en kommune således opkræve en garantiprovision for en kommunal garantistillelse for et lån optaget af en forsyningsvirksomhed. Kravet om opkrævning af garantiprovision gælder uafhængigt af, hvor lånet optages.”

Jeg kan henholde mig til Erhvervs- og Vækstministeriets udtalelse.”

I ”Arbejdsgrupperapport om modernisering af kommunernes og regionernes låne- og deponeringsregler”, der er udgivet af Økonomi- og Indenrigsministeriet i maj 2013, er der side 108 bl.a. anført følgende:

”Efter Økonomi- og Indenrigsministeriets praksis betyder ovenstående, at en kommune lovligt kan stille en kommunal garanti for et privat forsyningsselskabs lån, såfremt forsyningsselskabet betaler et vederlag herfor på markedsmæssige vilkår. En vederlagsfri garanti ville efter ministeriets opfattelse indebære, at kommunen yder et tilskud til forsyningsskandheden, og en sådan garanti vil betyde en forrykning af den byrdefordeling mellem kommunens borgere, som hvile-i-sig-selv princippet forudsætter.

...

Det bemærkes videre, at også EU’s statsstøtteregler kan indebære, at en kommune er forpligtet til at opkræve garantiprovision.

Baggrunden herfor er, at Unionstraktaten i artikel 107 indeholder et generelt forbud imod statsstøtte, der forvrider eller truer med at forvride konkurrencen imellem medlemsstaterne. Dette forbud gælder alle former for støtte, herunder også garantier, individuelle såvel som garantier stillet under garantiordninger.

Der stilles derfor krav efter EU’s statsstøtteregler om, at hvis en offentlig myndighed vil yde garanti for private, uden at garantien bliver omfattet af statsstøttereglerne, så skal garantien blandt andet leve op til det såkaldte markedsøkonomiske investorprincip. Det indebærer blandt andet, at garantien skal stilles på markedsvilkår.

Der henvises herom generelt til afsnit 3.2, litra d, i Kommissionens meddelelse om anvendelse af EF-Traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (EUT 2008/C 155/02).”

Landsrettens begrundelse og resultat

Sønderborg Kommune besluttede på et byrådsmøde den 13. oktober 2010 at stille en vederlagsfri garanti for Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. for en låneramme på 440 mio. kr. i Kommunekredit til finansiering af projekter til realisering af kommunens varmeplan. Sønderborg Fjernvarmeværk A.m.b.a. optog herefter 3 lån på i alt 440 mio. kr. i Kommune-

kredit, og lånene blev vederlagsfrit påtegnet kommunens garantistillelse.

Sønderborg Kommune besluttede på et byrådsmøde den 14. september 2011 at stille en vederlagsfri garanti for Gråsten Varme A/S for en låneramme på 114,8 mio. kr. i Kommunekredit til finansiering af projekter til realisering af kommunens varmeplan. Gråsten Varme A/S optog herefter 3 lån på i alt 110.609.000 kr. i Kommunekredit, og lånene blev vederlagsfrit påtegnet kommunens garantistillelse.

Sønderborg Kommune besluttede på et møde den 10. oktober 2012, at der skulle opkræves provision for garantistillelse på forsyningsområdet med 1 % i stiftelsesprovision fremadrettet og med 1 % i løbende provision for 2012 og frem. Byrådets beslutning blev meddelt fjernvarmeværkerne ved enslydende breve af 21. december 2012 med oplysning om, at stiftelsesprovision alene blev opkrævet ved fremtidige garantistillelser, og at den løbende provision blev opkrævet første gang for året 2013 af såvel nye som af tidligere lånegarantier.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at Sønderborg Fjernvarmeværk A.m.b.a. og Gråsten Varme A/S leverer fjernvarme til forbrugerne i Sønderborg Kommune efter ”hvile i sig selv princippet”. Der er efter bevisførelsen for landsretten ikke grundlag for at fastslå, at de to fjernvarmeværker tillige er elproducerende.

Fjernvarmeværkernes forsyningsområde omfatter 7.305 matrikler, hvorpå der er placeret bygninger med tilslutningspligt. Aftagere med tilslutningspligt kan vælge, om de vil købe varme fra fjernvarmeværkerne eller fra andre, men er forpligtede til at betale bl.a. en tilslutningsafgift til fjernvarmeværkerne.

Fjernvarmeværkernes forsyningsområder omfatter 5.283 matrikler, hvorpå der er placeret bygninger, hvor der ikke er tilslutningspligt. Inden for dette område kan forbrugerne vælge at lade sig forsyne med fjernvarme fra enten Gråsten Varme A/S eller Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. eller fra alternative forsyningskilder, herunder eksempelvis varmepumper, solvarme eller fyr til biobrændsel.

På denne baggrund lægger landsretten til grund, at de to fjernvarmeselskaber driver virksomhed, der er omfattet af TEUF artikel 107, stk. 1, og som er i konkurrence med andre producenter af installationer og materialer til rum-opvarmning.

Sønderborg Kommunes ydelse af garantier uden betaling af provision giver de to fjernvarmeværker en fordel, der begunstiger dem i konkurrencen med andre producenter af installationer og materialer til rumopvarmning, og støtten må antages at påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne. Garantistillelserne er derfor i strid med TEUF artikel 107, stk. 1.

Sønderborg Kommunes afgørelse af 13. oktober 2010 om at stille en vederlagsfri garanti for Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. for en låneramme på 440 mio. kr. og kommunens afgørelse af 14. september 2011 om at stille en vederlagsfri garanti for Gråsten Varme A/S for en låneramme på 114,8 mio. kr. er derfor ugyldige.

Sønderborg Kommune har herefter været berettiget til at træffe afgørelse om, at der skulle opkræves provision for garantistillelserne.

Landsretten tager derfor Sønderborg Kommunens påstand om frifindelse til følge.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. og Gråsten Varme A/S solidarisk betale delvise sagsomkostninger for begge retter til Sønderborg Kommune med i alt 304.000 kr. Beløbet omfatter 4.000 kr. til retsafgift for landsretten og 300.000 kr. til udgifter til advokatbistand.

Beløbet til dækning af udgifter til advokatbistand er inkl. moms, da Sønderborg Kommune ikke er momsregistreret. Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på sagens økonomiske værdi og dens omfang. Landsretten har endvidere lagt vægt på, at Sønderborg Kommune ikke fik medhold i sin anmodning om forelæggelse for EU-Domstolen, der blev behandlet mundtligt, og at Sønderborg Kommune var - eller i hvert fald burde have været - opmærksom på risikoen for, at garantistillelser uden opkrævning af provision var ugyldige. Landsretten har endelig lagt vægt på, at hovedforhandlingen i landsretten kun varede ca. 3 timer.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Sønderborg Kommune frifindes.

Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. og Gråsten Varme A/S skal solidarisk betale sagens om-

kostninger for begge retter til Sønderborg Kommune med i alt 304.000 kr.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Hanne Harritz Pedersen

Annette Dellgren

Niels Klitgaard

(kst.)

Udskriften udstedes uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg, den 25. januar 2016

Julia Østergaard Varga

retssekretær