

## **Notat om garantiprovision pålagt et fjernvarmeværk til en kommune i forbindelse med et fjernvarmeværks optagelse af lån med kommunegaranti i KommuneKredit**

### **Indledning**

Vesthimmerlands Kommune har på baggrund af en rådgivning fra dets revisionsfirma BDO på sit byrådsmøde besluttet, at der fra den 1/1-2019 skal opkræves en garantiprovision på 0,4 % af den til enhver tid værende restgæld på lån optaget i KommuneKredit, hvor der samtidig er givet en kommunegaranti. Beslutningen vedrører alle forsyningsarter (og kun forsyningselskaber, og ikke andre former for virksomheder), men i dette notat behandles alene lån til fjernvarmeværker.

Det anføres i sagsfremstillingen til byrådet, at Revisionsfirmaet BDO har udtalt, at det mindste, man kan og skal opkræve, er 0,4% i løbende provision af den til enhver tid værende restgæld på lånene i KommuneKredit, men kun tilbagevirkende fra 1/1 2019. Endvidere fremhæver direktionen ordet ”SKAL” som en uomtvistelig sandhed om, at kommunen er forpligtet til at altid at opkræve en løbende provision.

Det er uomtvisteligt, at kommunen, når den skal fastsætte en løbende garantiprovision, skal foretage en individuelt vurdering af risikoen. Man skal altså vurdere, hvor stor risikoen er for, at kommunens andre borgere, der ikke er tilsluttet fjernvarmenettet, kommer til over skatten at betale for et evt. tab, hvis fjernvarmeværket ikke kan opfylde tilbagebetalingsforpligtelsen overfor KommuneKredit.

Man kan spørge, om man kan opfatte ”individuel” vurdering som en ”samlet individuel” vurdering af alle kommunens fjernvarmeværker under ét, eller skal man tage individuelle hensyn som f.eks. til, om et fjernvarmeområde er pålagt tilslutningspligt?

I nogle fjernvarmeområder har kommunen indført tilslutningspligt. I andre områder er dette ikke tilfældet. Man må vel logisk komme frem til, at i områder med tilslutningspligt er risikoen for, at kommunen løber en risiko mindre – eller måske rettere ikke eksisterende – end i områder, hvor der ikke er indført tilslutningspligt, men hvis BDO’s udsagn om at garantiprovisionen aldrig kan være under 0,4 %, er udsagnet jo i strid med risikobetragtningen.

Endvidere er det også et spørgsmål, om kommunen (og BDO) lægger en korrekt fortolkning af loven (se nedenfor) til grund for udsagnet om, at en kommune altid skal opkræve en garantiprovision.

### **Først lidt om det lovmæssige grundlag for kommunernes pligt til at opkræve garantiprovision.**

Et EU-direktiv har umiddelbart ikke retskraft overfor et medlemslands borgere i modsætning til en EU-forordning. For, at et direktiv kan få retskraft over for borgerne, skal det implementeres i den danske lovgivning. Statsstøttedirektivet blev i forhold til varmesyningsområdet implementeret ved fremsættelsen af forslag til ændring af lov om varmforsyningsloven og byggeloven den 25. marts 2015 (Lov 745 ad 1. juni 2015). Samtidig med lovforslaget blev bemærkninger til lovforslaget udgivet.

### **Andre kriterier end risiko.**

Er der andre kriterier end risikobetragtninger, der skal lægges til grund ved vurderingen af, om der skal opkræves en garantiprovision? Et fingerpeg herom findes i Meddelelse fra Kommissionen om retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020 (2014/C 200/01), hvori der anføres en række forhold, som Kommissionen lægger vægt på i vurderingen af, om en kommunegaranti til et fjernvarmeværk ikke vil være i strid med reglerne for det indre marked. Det fremgår bl.a. heraf:

*I Europa 2020-strategien fokuseres der på at skabe grundlag for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst. I den henseende er der fastsat en række overordnede mål, herunder for klimaændringer og bæredygtighed på energiområdet: i) en nedbringelse af Unionens drivhusgasudledninger med 20% i forhold til niveauet i 1990, ii) en forøgelse af den andel af unionens andel af*

*energiforbrug, der stammer fra vedvarende ressourcer, til 20% og iii) en Meddelelsen indledes således:*

- 1. For at forhindre, at statsstøtte fordrejer konkurrencevilkårene i det indre marked og påvirker samhandlen mellem medlemsstaterne på en måde, der strider mod den fælles interesse, fastlægges i artikel 107, stk. 1 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsområde ("traktaten") det princip, at statsstøtte er forbudt. I visse tilfælde kan statsstøtte dog være forenelig med det indre marked i h.t. traktatens artikel 107, stk. 2 og 3.*
- 2. På grundlag af traktatens artikel 107, stk. 3, litra c), kan Kommissionen betragte statsstøtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgrøner i EU som forenelig med det indre marked, når den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse.*
- 3. forbedring af Unionens energieffektivitet på 20% sammenlignet med niveauet i 1990. De første af disse nationale bindende mål blev nået gennem "klima- og energipakken".*
- 5, litra c) og d): at sikre forsynings sikkerheden med hensyn til grundlæggende ressourcer og at imødegå klimaforandringer og begrænse de miljømæssige virkninger af ressourceforbruget.*

*Det fremgår endvidere under*

- 18. Kommissionen har udpeget en række foranstaltninger på miljø- og energiområdet, hvor statsstøtte på visse betingelser kan være forenelig med det indre marked i henhold til traktatens artikel 107, stk. 2, litra c)*
  - e) støtte til foranstaltninger, hvor der anvendes energi fra vedvarende energikilder,*
  - f) støtte energieffektivitetsforanstaltninger, herunder kraftvarmeproduktion og fjernvarme og fjernkøling.*
  - k) støtte til energiinfrastruktur.*

Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier henvises der ofte til (jf. nedenfor), men man synes at overse, at den ovenfor nævnte: Meddelelse fra Kommissionen om retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020 (2014/C 200/01) på visse områder udvider området for støtte, uden at det samtidig skal betragtes som statsstøtte.

## **Lovfortolkning**

Når man skal fortolke en lov, kan man bl.a. finde fortolkningsbidragene i bemærkningerne, og læser man disse, kan man finde følgende formuleringer under pkt. 7, Forhold til EU-retten (tredje, fjerde og femte afsnit):

*”Hvis en garantistillelse sker i overensstemmelse med de rammer, som er fastsat i Kommissionens meddelelse, er der ikke tale om statsstøtte, og det skal i så fald ikke notificeres. Ønsker en kommune at stille en garanti ud over disse rammer, vil garantistillelse kunne betragtes som statsstøtte, og skal derfor notificeres. I tilfælde af, at notificeringen er påkrævet efter EU-reglerne, er der stadig mulighed for, at tilskuddet eller garantistillelsen vurderes at være forenelig med statsstøttereglerne, f.eks. under gruppeforordningen eller miljørammebestemmelserne. Disse regler tillader f.eks. under visse forudsætninger støtte til højeffektiv kraftvarme, fjernvarme eller fjernkøling.*

*Kommuner, der er usikre på, om statsstøtteregler skal finde anvendelse om den garantistillelse, de overvejer, er forenelig med statsstøttereglerne, skal notificere sagen til Kommissionen i overensstemmelse med de regler, der gælder herfor, herunder at notifikation skal ske forinden den pågældende støtteordning iværksættes.*

*Den foreslåede regulering af kommunens hjemmel til varetagelse af varmforsyningsvirksomhed bygger videre på de principper, der i dag er fastlagt i kommunalfuldmagtsregerne, herunder om, at kommunen 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 varmforsyningsloven ikke hjemmel til, at en kommune tjener på garantistillelse og opkræver en større garantiprovision end statsstøtteregler forpligter til. Opkrævningen af garantistillelsen må alene ske til at dække kommunens risiko ved garantistillelse, men det må ikke anvendes til at få en fortjeneste.”*

Udover ovenstående kan følgende fra bemærkningerne til lovforslaget også refereres (Afsnit 7, første afsnit i.f. samt første del af afsnit 2):

*”..... Der skal i hver konkret situation tages stilling til, hvorvidt statsstøttereglerne finder anvendelse. Kommunerne har ansvaret for at sikre, at den garanti, de vil stille, er forenelig med statsstøttereglerne.*

*F.eks. kan statsstøttereglerne medføre, at garantien højst må vedrøre 80% af lånebeløbet og at der desuden skal opkræves en garantiprovision. Afhængig af en virksomheds kreditværdighed skal garantiprovisionen efter Kommissionens meddelelse af den 20. juni 2008 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 (i øvrigt nu artikel 107 og 108) på statsstøtte i*

*form af garantier(2008/C155/02) ligge på mellem 0,4% for garantistillelse for virksomheder med meget stærk betalingsevne (AAA eller AA vurdering) og mindst 3,8% ved garantistillelse for virksomheder, hvor det er sandsynligt, at betalingsevnen forringes af negative forhold..... ”*

Det er herefter min opfattelse, at der er tale om en ukorrekt rådgivning af kommunen, at det er ulovligt, såfremt kommunen ikke altid opkræver en løbende mindste garantiprovision på 0,4% af den til enhver tid værende restgæld på lån i KommuneKredit. Dette gælder kun, såfremt kommunegarantien er i strid med statsstøttereglerne.

I Energistyrelsens skrivelse dateret 20. august 2019 (FOR, j.nr. 2019 - 1044) til Vesthimmerlands Kommune – en skrivelse, der sendes på vegne Klima-, energi- og forsyningsministeren – er der da bl.a. også anført følgende:

*”.....Som nævnt i tidligere svar fra Økonomi- og Indenrigsministeriet påhviler det generelt kommunerne selv at fastsætte, hvad en garantiprovision på markedsmæssige vilkår indebærer i det konkrete tilfælde. Dette følger blandt andet af, at der ikke i alle forsyningslove er taget eksplicit stilling til spørgsmålet om garanti og garantiprovision, herunder fastsættelse af størrelsen på et eventuelt vederlag. I de tilfælde gælder de generelle regler for kommunernes stillingtagen og meddelelse af garantier.*

*Generelt gælder det, at den generelle garantistillelse skal være i overensstemmelse med EU's statsstøtteregler. EU-Kommissionen har udarbejdet en meddelelse om anvendelsen af garantier, som kan være til hjælp til brug for en konkret fastsættelse af garantiprovision i de tilfælde, hvor en vederlagsfri garanti vurderes at kunne udgøre statsstøtte.”*

Ministeriet siger her til sidst(indirekte), at man godt kan tænke sig, at en garanti i nogle tilfælde godt kan vurderes ikke at være i strid med statsstøttereglerne, og derfor ikke kræve en provision.

Udover risikobetragtningerne skal anføres, at fjernvarme er karakteriseret ved at være ”stedbunden” og derfor ikke kan antages at kunne påvirke konkurrencevilkårene i det indre marked – i hvert fald ikke, når fjernvarmen alene produceres til private forbrugere. Hvis man antager, at det kan påvirke konkurrenceforholdene, hvis en virksomhed modtager fjernvarme, kunne man måske tænke sig at en løbende provision alene skal påvirke virksomhedens varmeforbrug. Imidlertid vil det formentlig kun have marginal betydning og ikke stå mål med de administrative omkostninger herved, jf. meddelelsens pkt. 116:

- *For at gøre det muligt for medlemsstaterne at nå deres mål i overensstemmelse med Europa 2020-målsætningerne, antager Kommissionen, at støtten er hensigtsmæssig, og at dens konkurrencefordrejende virkninger er begrænsede, forudsat at alle øvrige betingelser er opfyldt.*

Det kan endvidere være hensigtsmæssigt at citere meddelelsens pkt. 118: *Et centralt princip i EU-lovgivninger om affald er affaldshierarkiet, som bruges til at prioritere, hvordan affald skal behandles. Statsstøtte til energi fra vedvarende kilder, hvortil der benyttes affald, herunder overskudsvarme, som råenergiform, kan yde et positivt bidrag til miljøbeskyttelsen, forudsat at den ikke omgår dette princip.*

### **Retspraksis.**

Jeg skal her henvise til to afgørelsen, nemlig

- en landsretsdom gengivet i UfR 2016.1701 V (Sønderborg Kommune mod Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a.), og
- Ankestyrelsens udtalelse om beslutning truffet af Ærø Kommune (Ankestyrelsens j.nr. 2014 – 190941 fra den 7. oktober 2017) om at friholde hidtil afgivne garantier for betaling af garantiprovision.

Jeg skal nærmere kommentere disse to afgørelser.

Landsretsdommen er flere gange overfor kommunerne brugt som argument for, at der altid skal opkræves en løben garantiprovision, men man har tilsyneladende (bevidst eller ubevidst) undladt at henvise til landsrettens præmisser for dommen. Der er heri bl.a. anført følgende:

- *Fjernvarmeværkets forsyningsområde omfatter 5.283 matrikler, hvorpå der er placeret bygninger, hvor der ikke er tilslutningspligt (min understregning). 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 biobrændsler.*
- *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 rumopvarmning.”*

Selve dommen beror altså på det forhold, at der skal skelnes mellem fjernvarmeområder, der er belagt med tilslutningspligt eller ikke er det, og det er ikke acceptabelt at henvise til dommen som et generelt udtryk for, at

kommunegarantier uden løbende provision altid er strid med statsstøtteregele  
uden samtidig at henvise til dommens præmisser.

Hvad angår Ankestyrelsens beslutning har denne lagt til grund, at det skulle  
være i strid med det kommunalretlige ”hvile-i-sig selv princip” ikke at opkræve  
garantiprovision.

Som grundlag for beslutninger, har Ankestyrelsen henvist til førnævnte  
landsretsdom, som nærmere blive citeret i beslutningen, men (også) her glimrer  
beslutningen ved helt at undlade at henvise til dommen præmis. Man kan derfor  
ikke udelukke, at Ankestyrelsen ville være kommet frem til et andet resultat,  
såfremt man havde foretaget en korrekt henvisning til dommen – medmindre  
altså, at Ankestyrelsen (uden at skrive det) har lagt til grund, at der ikke i Ærø  
Kommune er truffet beslutning om tilsynspligt (uden at jeg ved, om der faktisk  
er indført tilslutningspligt i Ærø Fjernvarmes forsyningsområde). Endvidere har  
Ankestyrelsen lagt den tidligere nævnte ændring af Varmeforsyningsloven fra  
2015 til grund for beslutningen og også her henvist til de ovenfor anførte citater  
fra bemærkningerne, hvorfor jeg her alene skal henvise til min kommentarer til  
citaterne.

Det er herefter et spørgsmål, om garantier uden provision af andre grunde end  
statsstøtteregele skal opkræves med provision, f.eks. som følge af  
kommunalfuldsmagsregele.

Der er hertil at sige, at kommunerne i mange år efter de regele, der er udstukket  
af Indenrigsministeriet, kan give garantier på fjernvarmeområdet i forbindelse  
med disse investeringer – og det er vel at mærke garantier, der i øvrigt ikke  
belaster kommunernes lånerammer.

Efter praksis, må det derfor antages, at sådanne garantier kan gives uden at  
komme i konflikt med kommunalfuldmagten – medmindre statsstøtteregele  
eller retspraksis siger noget andet, hvilket de efter min opfattelse, jf. ovenfor  
ikke gør.

Det er min opfattelse, at man herefter må kunne konkludere følgende:

### **Konklusion.**

Af ovenstående må følgende kunne fastslås:

1. Der skal kun opkræves en garantistillelse, såfremt kommunegarantien er  
i konflikt med EU's statsstøtteregele.
2. En kommune skal selvstændigt vurdere, om man i et konkret tilfælde  
kommer i konflikt med de nævnte statsstøtteregele.

Kommunen skal i sin vurdering lægge vægt på følgende:

- a. Er der en risiko forbundet med at give en kommunegaranti og i givet fald hvilken?
- b. Er kommunegarantien i givet fald i strid med reglerne om EU's indre marked?
- c. Er det konkrete fjernvarmeområde belagt med tilslutningspligt eller ikke?

**Herefter må følgende kunne konkluderes om lånegarantier til fjernvarmeværker:**

- **Vurderer kommunen i et konkret tilfælde, at en garanti er i strid med statsstøttere reglerne, herunder reglerne i relation til EU's indre marked, men at garantien gives til en virksomhed med meget lav risiko, skal der opkræves en løbende provision på mindst 0,4%.**
- **Vurderer kommunen imidlertid i et konkret tilfælde, at en garanti ikke er i strid med statsstøttere reglerne, herunder reglerne i relation til EU's indre marked (f.eks. en garanti til et fjernvarmeværk, der forsyner et område pålagt tilslutningspligt), skal der ikke opkræves en løbende provision.**
- **Hvis en kommune imidlertid ønsker at give en garanti til en fjernvarmevirksomhed, overfor hvilken statsstøttedirektivet ikke er blevet implementeret i den danske lovgivning, skal der ikke opkræves provision.**
- **Hvis en kommune vil opkræve en garantiprovision uden at være forpligtet til det, vil provisionen blive betragtet som en ulovlig indtægt med de konsekvenser, det har.**

**NB:**

- 1. En kommune er omfattet af statsstøttere reglerne på samme måde, som staten er.**
- 2. En kommune kan, ligesom staten søge notifikation.**
- 3. Hvis fjernvarmeværker i flere kommuner ønsker det, kan de sammen søge om en gruppefritagelse ved EU-Kommissionen.**
- 4. Hvis en kommune opkræver en ulovlig afgift, kan den blive modregnet i bloktilskuddet og fjernvarmeværket vil kunne søge det for meget betalte tilbage til forbrugerne.**