

Energistyrelsen
e-mail: ens@ens.dk
cc: chfe@ens.dk

København, 20. maj 2022

Høringssvar på fire bekendtgørelser, der implementerer stemmeaftalen af 4. juni 2021

Green Power Denmark har med tak modtaget høringen over fem bekendtgørelser, der implementerer stemmeaftalen af 4. juni 2021. Green Power Denmark vil indledningsvis gerne kvittere for høringen og dialogen i forløbet op til denne høring, som har medført at visse forhold er ændret i lyset af intentionen i stemmeaftalen af 4. juli 2021. Green Power Denmark ser dog fortsat en række udfordringer, som vi finder bør adresseres.

Green Power Denmark skal dertil påpege, at den foreslåede udmøntning vil have forskellig effekt på netvirksomhederne. Der er ingen tvivl om, at de nye regler vil medføre eller allerede medfører ændringer i de enkelte netvirksomheders organisation, men det vil være forskellige elementer, der får betydning og konsekvenser afhængig af den konkrete netvirksomhed. Med dette in mente ønsker Green Power Denmark at fremhæve de elementer i den kommende regulering, der på nuværende tidspunkt fremstår ikke proportionale og/eller ikke tilstrækkeligt klare og afgrænsede, og som foreningen er bekymret for de facto vil binde netvirksomhedernes ressourcer til en række administrative tunge krav i stedet for de nuværende kerneopgaver med at bidrage til den accelererede grønne omstilling, herunder den væsentlige opgave at udbygge elnettet. Green Power Denmark vil i den forbindelse særligt nævne følgende:

- At beskrivelsen og fortolkningen af centrale begreber af betydning for habilitetsreglerne er uklare
- At begrebet "*personlige relationer*" i § 5, stk. 5, er et ukvalificeret og ikke juridisk funderet begreb, der skal udgå af bestemmelsen.
- At dataadskillelseskrauet er uforholdsmæssigt omfattende og omkostningstungt, og at opgavens omfang ikke er tilstrækkeligt tilgodeset i den fastsatte implementeringsfrist.
- At dokumentationskravene i relation til markedsmæssighed ikke er proportionale og bør præciseres.
- Den korte frist, hvormed de nye krav vedr. markedsmæssighed skal være implementeret.

Det bemærkes, at udkast til ændring af bekendtgørelse om indtægtsrammer for netvirksomheder behandles i et andet særskilt høringssvar fra Green Power Denmark.

Regulerings formål, det politiske mandat og behovet for fortolkningsbidrag samt vejledning

Med netvirksomhedsbekendtgørelsen og i tilknytning hertil bekendtgørelse om netvirksomheders interne overvågning iværksættes en række tiltag, der har til hensigt at skabe yderligere adskillelse mellem konkurrenceudsatte aktiviteter og monopolaktiviteter i koncerner med el-net og kommercielle elektricitetsaktiviteter. Bekendtgørelserne er den endelige opfølgning på Konkurrenceanalysen, der blev iværksat for at afdække konkurrenceforholdene i elsektoren med det formål at styrke konkurrencen på detailmarkedet for elektricitet. Konkurrenceanalysens konklusion var, at der ikke var indikationer på, at elhandelsvirksomheder, der er koncernforbundet med en netvirksomhed, har en konkurrencefordel i forhold til uafhængige elhandelsvirksomheder, men at der kunne påpeges nogle risikoområder. De skærpselser af reguleringen, som nu indføres, er således *ikke* for at rette op på en konstateret konkurrenceforvridning i elsektoren.

Dette er en vigtig pointe, særligt når det kan konstateres, at tiltagene, som fremgår af bekendtgørelserne, vil kunne få vidtrækkende konsekvenser for de selskaber, som omfattes. Dertil kommer, at der ikke i alle tilfælde ses at være den fornødne proportionalitet mellem mål og middel.

Efter Green Power Denmarks opfattelse giver betænkningen til lovforslaget (L53) et kraftigt signal om, at det fortsat skal være muligt at drive netvirksomhed i både store og små energikoncerner, og at der ikke skal pålægges netvirksomhederne uproportionale byrder. Landskabet af de danske elnetvirksomheder er kendetegnet ved, at nogle er store og har mange kunder, mens andre er små og har ganske få kunder helt ned til få tusinde. De omkostninger, der pålægges netvirksomhederne, betales af de kunder, der er i bevillingsområdet. På flere områder er Green Power Denmark i tvivl om den udmøntning af loven og stemmeaftalen, der ligger i bekendtgørelsen, står mål med de formål, der har været hensigten at opnå samtidig med, at de kan ramme nogle af de mindre netvirksomheder hårdt.

Fremtidig regulering på bekendtgørelsesniveau

Ministerbemyndigelsen i forhold til såvel habilitetsreglerne som netvirksomhedernes interne overvågning er ganske bred og hensigten er ifølge lovbemærkningerne¹ at sikre en vis fleksibilitet i forhold til implementeringen af de overordnede rammer, herunder angående deres tilpasning over tid, hvis der skulle vise sig et behov herfor. I lyset af, at de nuværende ændringer er sket med udtrykkelig politisk mandat i henhold til stemmeaftalen af 4. juni 2021, finder foreningen igen anledning til at understrege, at ministerbemyndigelsen ikke bør anvendes som en carte blanche til at sætte yderligere krav, der går videre end indholdet i stemmeaftalen og intentionen i den politiske betænkning.

I bemærkningerne til L 53 anføres det, at ministeren i tilfælde af eventuelle fremtidige fastsættelse af krav til netvirksomhedernes funktionelle adskillelse samt krav til netvirksomhedernes

¹ Lovforslag nr. L 53 om ændring af lov om elforsyning og forskellige andre love. Vedtaget den 21. december 2021.

interne overvågning, der går videre end, hvad der er aftalt i stemmeaftalen, vil inddrage et af Folketinget nedsat udvalg. Det antages, at der derved menes Klima-, Energi- og Forsyningsudvalget. GPD ønsker klarhed omkring dette, ligesom det må være en forudsætning, at partierne bag stemmeaftalen inddrages. GPD skal i den forbindelse henvise til betænkning afgivet af Klima-, Energi- og Forsyningsudvalget den 14. december 2021, hvor et flertal i udvalget klart udtrykker bekymring angående ministerbemyndigelsen, herunder anfører ”*Partierne mener, at forligskredsen bag stemmeaftalen altid skal inddrages rettidigt og indholdsmæssigt, og at ministeren bør indhente opbakning fra forligskredsen, såfremt ministeren påtænker at gennemføre eventuelle ændringer i reglerne, der ligger uden for det aftalte i stemmeaftalen*

Behov for fortolkningsbidrag og vejledning

Med bekendtgørelserne indføres der nye og omfattende krav til netvirksomhedernes funktionelle adskillelse, overholdelse af markedsmæssighedsreglerne samt krav til netvirksomhedernes interne overvågning. Krav og forpligtelser, som Forsyningstilsynet skal føre tilsyn med.

Henset til omfanget og konsekvenserne af de nye krav og forpligtelser, er det af væsentlig betydning, at reglerne ikke giver anledning til uklarheder eller fortolkningstvivel – hverken i implementeringsfasen eller i forbindelse med et konkret tilsyn. Reglerne, som de foreligger på nuværende tidspunkt, skaber dog ikke den fornødne forudsigelighed for, at de relevante tiltag og dispositioner, som netvirksomhederne træffer, vil blive anset for tilstrækkelige og derved i overensstemmelse med lovgivningen. Dette er naturligvis uhensigtsmæssigt for netvirksomhedernes muligheder for at kunne indrette sig efter reglerne med en vis grad af sikkerhed for ikke senere at blive underkendt.

Denne usikkerhed er netvirksomhederne ikke tjent med. Det er alt afgørende, at rammerne for forvaltningen og fortolkningen af reglerne på forhånd er afgrænset, således at der i reglernes efterlevelse og administration heraf ikke indføres krav og elementer, der ikke var tilsigtet ved reglernes vedtagelse. Det bemærkes i den forbindelse, at der med de brede ministerbemyndigelser i elforsyningsloven netop ikke foreligger detaljerede lovbemærkninger, som virksomheder og myndigheder kan støtte sig til.

Det er derfor vigtigt, at de uklarheder og fortolkningstvivel, som høringen afstedkommer, giver anledning til behørig overvejelse, og at de konkrete spørgsmål, overvejelser og svar nedfældes i et høringsnotat eller andet, som kan anvendes som relevante fortolkningsbidrag – både i forhold til netvirksomhedernes praktiske implementering af reglerne og i forhold til Forsyningstilsynets efterfølgende tilsyn. Hvis der er uklarhed om reglerne vil det være et forsinkende og fordyrende procesled ikke alene til skade for netvirksomhederne med også til skade for netvirksomhedernes kunder.

GPD skal endvidere opfordre til, at der med udgangspunkt i et kommende høringsnotat og Energistyrelsens tilkendegivelser, hurtigst muligt inden ikrafttræden udarbejdes en vejledning, som netvirksomhederne kan ty til i det forestående arbejde med at implementere reglerne.

Netvirksomhedsbekendtgørelsen

Med ændringerne af netaktivitetsbekendtgørelsen udmøntes centrale elementer i aftalen af 4. juli 2021 vedrørende aftalens bilag 1 om solide og ansvarlige rammer. De initiativer, der gennemføres i bekendtgørelsen, er nye og supplerende habilitetsregler for netvirksomheder over og under 100.000 kunder, krav om dataadskillelse, nye generelle krav til markedsmæssighed og ejerskab til direkte og indirekte deltagelse og ejerskab til konkurrenceudsatte elektricitetsaktiviteter.

En række nye definitioner og ordvalg, der skaber uklarhed

Reglerne i netvirksomhedsbekendtgørelsen har samlet en stor betydning for netvirksomhedernes og energikoncernernes fremadrettede interne organisering. Foruden Green Powers overordnede betragtninger om proportionalitet, er derfor helt afgørende, at bestemmelserne fremstår med tilstrækkelig klarhed.

Med bekendtgørelsen foreslås række nye definitioner som har central betydning for forståelsen af bl.a. habilitetsbestemmelserne.

Dette er navnlig tilfældet i forhold til alle de nye definitioner for ”forbindelser” mellem netvirksomheder og andre juridiske og fysiske personer, der gøres brug af i bekendtgørelsen. Der henvises til begreber som *forbundne foretagender, kontrollerede transaktioner og selskabsmæssige forbindelser, direkte og indirekte deltagelse i drift eller ledelsen*. Foreningen har noteret, at begreberne *Selskabsmæssige forbindelse og direkte og indirekte deltagelse i drift eller ledelse* primært anvendes i relation til habilitetsreglerne, mens *forbundne foretagender* og kontrollerede *transaktioner* fortrinsvis anvendes i bestemmelser om markedsmæssighed.

I flere tilfælde optræder ord som eksempelvis ”ledelse”, ”deltagelse” og ”virksomhed” i forskellige sammenhæng, som skaber usikkerhed om disses forståelse i lyset af, at de samme ord indgår i en række definitioner.

Denne usikkerhed omkring forståelsen af centrale begreber og deres indbyrdes forskellighed er betænkelig, og GPD skal derfor opfordre til, at der sker en gennemgående ensretning af begreberne i bekendtgørelsen, ligesom det skal tydeliggøres, såfremt der er tale om forskellige forhold. Det bør endvidere overvejes om der med fordel kan anvendes færre definitioner.

I det følgende gennemgås nogle af de mest centrale bemærkninger i den anledning.

Centrale begreber af betydning for habilitetsreglerne

§ 12, nr. 11 ”Forbundne foretagender”

Definitionen af forbundne foretagender relaterer sig til bestemmelserne om markedsmæssighed i bekendtgørelsens kapitel 12. Bestemmelsen regulerer således ”forbindelser” mellem netvirksomheder og konkurrenceudsatte aktiviteter, der adskiller sig fra selskabsmæssigt forbundne virksomheder og definitionen finder alene anvendelse i forhold til krav om

offentliggørelse i bekendtgørelsens § 47. Green Power Denmark foreslår for overskuelighedens skyld, at definitionen indskrives i bestemmelsen frem for i definitionsafsnittet.

§ 2, nr. 15 "Kommerciel virksomhed"

Kommerciel virksomhed defineres som: Fysisk og juridisk person, der leverer ydelser til en virksomhed mod betaling.

Det er efter Green Power Denmarks opfattelse en meget bred begrebsanvendelse, der potentielt kan omfatte transaktioner, som det ikke kan have været hensigten at omfatte. Definitionen kan isoleret set f.eks. også omfatter netvirksomheders bevillingspligtige aktivitet, som "juridiske personer, der leverer ydelser til en virksomhed mod betaling." Det kan ikke have været intentionen og denne tvivl om rækkevidden bør fjernes ved at afgrænse definitionen, således at netvirksomheder ikke er omfattede. Efter Green Power Denmarks forståelse har definitionen til formål at definere en virksomhed, der agerer på et konkurrenceudsat marked.

§ 2, nr. 16 "konkurrenceudsat elektricitetsvirksomhed"

En tydelig afgrænsning af forbuddet mod direkte eller indirekte deltagelse i driften eller ledelsen af en selskabsmæssigt forbundet kommercielt virksomhed, der er en konkurrenceudsat elektricitetsvirksomhed, er afgørende for energikoncerners mulighed for at indrette sig efter reglerne med en vis grad af sikkerhed for ikke senere at blive underkendt.

GPD lægger i den forbindelse vægt på, at definitionen af konkurrenceudsat elektricitetsvirksomhed i § 2, nr. 16, er udtømmende, og at eventuelle ændringer heri vil kræve en bekendtgørelsesændring med behørig inddragelse af forligskredsen i overensstemmelse med flertallets udtalelse i den politiske betænkning af 14. december 2021.

§ 2, nr. 22 og 21 "Ledelse" og "Ledende medarbejdere"

Med bekendtgørelsen defineres både "ledelse" og "ledende medarbejdere". Mens begrebet ledelse er beskrevet ret konkret kan begrebet "ledende medarbejder" fortsat rejse en række spørgsmål om rækkevidden.

Definitionen er præciseret yderligere i forhold til første udkast, således at der ikke længere står "*beføjelsen til at træffe ledelsesmæssige beslutninger om varetagelsen af en given aktivitet*" men i stedet "*beføjelsen til at træffe ledelsesmæssige beslutninger, der påvirker netvirksomhedens overordnede drift og forretning*".

GPD finder fortsat, at begrebet kan give anledning til fortolkningstvivel. Det er væsentligt, at begrebet ikke udvides til at ramme funktioner, det ikke var tiltænkt, og ikke videre den en naturlig forståelse af en funktion med en overordnet beslutningskompetence.

§ 3, "Selskabsmæssigt forbundet virksomhed"

I bekendtgørelsens § 3 defineres selskabsmæssige forbindelser. Det er et centralt begreb i forståelsen af habilitetsreglerne, og det er derfor væsentligt, at der ikke er tvivl om forståelsen.

Ved anvendelsen af "virksomhed" hhv. "juridiske personer" i indledningen i § 3, stk. 1, nr. 1 – 3 som enheder der er forskellige fra hinanden, gives der ikke umiddelbart klarhed over hvori

forskellene består. Uklarheden består bl.a. i at en "virksomhed" også oftest er en juridisk person. Det er Green Power Denmark's opfattelse, at "juridisk person" i § 3, stk. 1, nr. 3, skal omfatte et holdingselskab i en koncernstruktur. Samtidigt står "virksomhed" som begreb alene mens der i øvrigt er en definition af "kommerciel virksomhed" og konkurrenceudsat elektricitetsvirksomhed". Green Power Denmark foreslår, at begreberne tydeliggøres og ensrettes med andre begreber.

Green Power Denmark kan i øvrigt konstatere, at selv den mindste ejerandel eller deltagelse via et indirekte ejerskab vil betyde, at en forbindelse kan blive omfattet af definitionen, der regulerer habilitetsreglerne. Det er problematisk og det kan udfordre netvirksomhedens mulighed for at kontrollere om en indirekte forbindelse er til stede.

§ 4 deltagelse i virksomhed.

Det fremgår af § 4, at når bestemmelser i denne bekendtgørelse omtaler deltagelse i en virksomhed forstås herved beføjelsen til at udøve rettigheder over virksomheden, herunder beføjelsen til at udøve stemmerettigheder eller beføjelsen til at udpege medlemmer til organer, der repræsenterer virksomheden juridisk. Begrebet "deltagelse i en virksomhed" forekommer dog ikke særskilt i bekendtgørelsen uden for § 4. Det er vanskeligt præcist at læse, hvornår begreb skal finde anvendelse, når det ikke bruges som fast begreb særligt sammenholdt med definitionen i § 5, stk. 5. Derfor bør det præciseres, hvornår bestemmelsen kommer til anvendelse eksempelvis ved en henvisning til de enkelte bestemmelser.

Habilitetskrav til netvirksomheder med 100.000 tilsluttede elkunder eller mere

Det var givet, at den politiske aftale, som ligger forud for ændringerne i bekendtgørelse om netvirksomhedsaktiviteter, ville medføre ændringer for alle netvirksomheder. Ændringerne vil således også medføre ændringer for de større netvirksomheder, hvis ikke de allerede er gennemført. På nogle punkter er der dog behov for præciseringer eller ændringer af teksten, men det er for at sikre, at der ikke opstår uklarhed om, hvordan de enkelte ændringer skal forstås, så vi får en ujævn implementering og efterfølgende fortolkningstvivel, eller for at sørge for, at bekendtgørelsen ikke utilsigtet går videre end bemyndigelsen i den politiske aftale samt betænkningen til L 53.

§ 5

§ 5, stk. 5 "personlige forhold, eksempelvis ejerskab af en betydelig aktiepost eller personlige relationer"

Green Power Denmark undrer sig over begrebet "personlige relationer", der anvendes som et eksempel på et personligt forhold, der kan være udslagsgivende i forhold til, hvorvidt habilitetsreglerne finder anvendelse på et medlem af netvirksomhedens ledelse eller en ledende medarbejder. Det er et begreb, der ikke tidligere er set anvendt i relation til habilitetsreglerne, og tilmed et ikke-juridisk begreb, der let kan give anledning til vidtgående og

uhensigtsmæssige fortolkninger. GPD kan i den forbindelse i øvrigt konstatere, at der fra myndighedssiden ikke har været muligt at påpege det saglige og juridiske grundlag for, hvorfor dette begreb er blevet tilføjet, eller hvad det helt præcist forventes at omfatte.

Forsyningstilsynet har på direkte forespørgsel under et spørgemøde den 6. maj 2022, bekræftet, at tilsynet *ikke* har oparbejdet en praksis på dette område.

I betragtning af ovennævnte samt, at der er tale om et begreb med "elastik i metermål", skal Green Power Denmark på det kraftigste opfordre til, at begrebet udgår fra bestemmelsen.

Habilitetsreglerne forudsætter væsentlige og omkostningstunge omstruktureringer, herunder i medarbejdersammensætningen, hvorfor det er altafgørende, at anvendte begreber og krav er klare, saglige og tydeligt afgrænset på tidspunktet for reglernes ikrafttræden. Denne konkretisering er altafgørende for reglernes forståelse og efterlevelse.

Denne konkretisering efterlyses i relation til begrebet "*betydelige aktieposter*", der også anvendes som et eksempel på et personligt forhold af betydning for anvendelsen af habilitetsreglerne.

§ 5, stk. 7 "Dokumentation... skal fremsendes til Forsyningstilsynet"

Efter § 5, stk. 7, skal netvirksomheden sikre, at der udarbejdes dokumentation, der beskriver arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen. Det fremgår af bestemmelsen, at dokumentationen skal fremsendes til Forsyningstilsynet. Det fremgår ikke af bestemmelsen, hvornår og hvor ofte det bør ske. Green Power Denmark foreslår, at det fremgår direkte og tydeligt af bestemmelsen, at seneste version indsendes sammen med årsberetningen for Intern Overvågning, altså en gang årligt. Desuden bør der udelukkende være tale om et anmeldelseskrav, og at der i øvrigt ikke følger en nærmere godkendelsesprocedure i Forsyningstilsynet. Dette bør tydeliggøres.

§ 6

Efter Green Power Denmark forståelse er det hensigten, at gældende bestemmelse i netvirksomhedsbekendtgørelsens § 31 om *ledelsens erhvervsmæssige interesser* ophæves og ændres ved de foreslåede bestemmelser i § 5, stk. 5, som nævnt ovenfor, og § 6.

§ 6, stk. 2, nr. 2

Det fremgår af bestemmelsen, at netvirksomheden skal sikre, at direktionens medlemmer og netvirksomhedens ledende medarbejdere ikke indgår i faste procedurer for de omfattede personers eventuelle skifte i ansættelse mellem netvirksomheden og en selskabsmæssigt forbundet kommerciel virksomhed, der er nævnt i stk. 1, nr. 1-3. Det kan efter Green Power Denmarks opfattelse medføre en ændring i forhold til gældende regler, men det fremgår ikke med tilstrækkelig klarhed. Hvis det er hensigten, at der ikke må indføres faste rokeringsordninger, bør det fremgå mere klart.

Desuden fremgår det af overgangsbestemmelsen i § 54, stk. 5, nr. 2, at netvirksomhederne skal opfylde denne ændring allerede ved bekendtgørelsens ikrafttræden 1. juli 2022, og ikke først 1. januar 2024, som er den øvrige hovedregel for ikrafttræden. Det virker ikke logisk og det foreslås, at der ikke skabes denne forskel i ikrafttrædelsestidspunktet.

Habilitetskrav til øvrige netvirksomheder

For netvirksomheder under 100.000 fastsættes habilitetsbestemmelser, der for to medlemmer af netbestyrelsen svarende til dem, der er fastsat for de store netselskabers bestyrelse i § 5, stk. 4. Der gælder derfor et krav om uafhængighed for mindst to medlemmer af bestyrelsen. Samtidigt stilles der krav om at der skal være tilstrækkelig viden i bestyrelsen og at der skal holdes særskilte bestyrelsesmøder.

Kravet om to uafhængige bestyrelsesmedlemmer rejser et særskilt spørgsmål i relation til andelselskaber og repræsentantskabet. Kan de to uafhængige bestyrelsesmedlemmer udpeges blandt repræsentantskabet? Dette skal GPD anmode Energistyrelsen om at bekræfte, ligesom styrelsen bedes redegøre for det eventuelle samspil mellem § 5, stk. 4 og stk. 5.

Undtagelser fra habilitetsreglerne

I bekendtgørelsens §§ 8 - 9, er der fastsat nogle undtagelsesbestemmelser til habilitetsreglerne, der gælder for hhv. rene multiforsyningsselskaber og særlige selskabskonstruktioner, der udelukkende ejes af og udfører opgaver for netvirksomheder, og når opgaverne er relateret til den bevillingspligtige aktivitet eller en tilknyttet aktivitet. Green Power Denmark hilser undtagelsesbestemmelserne velkomne.

Dataadskillelse

Kravene om dataadskillelse, som foreslået, kan vanskeliggøre en effektiv drift af koncernfælles funktioner og udgør derved en potentiel barriere for en effektiv drift af energikoncerner. Bestemmelsens konsekvenser vil derfor afhænge af, at der – hvor det er relevant og i øvrigt uproblematisk – anlægges nuancerede og ikke mindst håndterbare krav til dataadskillelse.

Green Power Denmark finder det positivt, at det allerede tidligt i forløbet blev fastslået, at kravet om dataadskillelse ikke indebar adskilte databaser, men derimod tekniske adgangsbegrænsninger i forhold til netvirksomhedsdata i netvirksomhedernes IT-systemer.

Green Power Denmark undersøgte i den forbindelse i hvilket omfang netvirksomhederne har mulighed for at aktivere en teknisk adgangsbegrænsningsfunktion samt de ressourcemæssige omkostninger forbundet hermed. Der tegnede sig hurtigt et billede af, at de faktiske muligheder for aktivering af en adgangsbegrænsning afhang af, hvorvidt netvirksomheden havde nye eller ældre systemer, hvorvidt de nuværende systemer kunne udbygges, samt hvorvidt konkrete digitaliseringsprocesser allerede var iværksat.

Kravet om dataadskillelse opleves som en udfordring ikke mindst hos de netvirksomheder, der gør brug af ældre systemer, hvor det ikke er muligt at aktivere en adgangsbegrænsningsfunktion. For disse netvirksomheder er vurderingen, at det vil være meget ressourcemæssigt byrdefuldt (omkostningstungt) at implementere adgangsbegrænsninger, idet dette – afhængige af det konkrete system – vil skulle ske enten ved udbygning af det eksisterende system, eller ved helt at udskifte systemet. Dertil kommer, at mindre energikoncerner med fælles service funktioner med få tværgående medarbejdere, vil blive hårdt ramt, da dette i yderste konsekvens kan

medføre bemanding af dobbelt funktioner, ligesom ferie og sygdom kan få direkte betydning for opgavevaretagelsen.

For så vidt angår netvirksomheder, der allerede har iværksat tekniske adgangs begrænsninger eller har mulighed for at aktivere en sådan funktion i deres primære IT-systemer, påpeges det, at såvel implementeringstiden samt omkostningerne forbundet hermed afhænger af omfanget af den IT-mæssige opgave samt antallet af IT-systemer, der skal ændres og/eller opdateres. Dertil kommer tidsforbruget i at foretage den indledende og nødvendige afdækning af, hvilke systemer og medarbejdere, der berøres af kravet om dataadskillelse. I dialogen med netvirksomhederne har mange af samme grund også peget på vigtigheden af, at Energistyrelsen ved udmøntningen af bekendtgørelsen indtænker en realistisk og rimelig implementeringsfrist, som tager højde for denne afdækning samt det efterfølgende arbejde med at etablere de faktiske og tekniske adgangs begrænsninger, herunder effektivering af nødvendige organisationsændringer.

Vurderingen er, at det samlet set ikke vil være muligt at indfri kravet om dataadskillelse ved udgangen af 2023, hvorfor GPD klart skal opfordre til, at kravet om dataadskillelse først træder i kraft 1. januar 2026 i lighed med § 38, stk. 1, nr. 2.

Netvirksomhedsdata

GPD lægger til grund, at definitionen af netvirksomhedsdata er lig med definitionen i elforsyningslovens § 84 a. For at undgå tvivl herom anbefales det, at der henvises udtrykkeligt hertil i bekendtgørelsens § 2, nr. 25.

Negativlisten

GPD finder som udgangspunkt, at det er en konstruktiv tilgang at udarbejde en negativliste, der definerer, hvilke medarbejdere, der ikke kan gives adgang til netvirksomhedsdata. Det er dog samtidig vigtigt at sikre en rimelig afgrænsning, der ikke får utilsigtede og ikke proportionale konsekvenser. Foreningen skal særligt pege på § 11, stk. 4, nr. 3, litra a, der udelukker medarbejdere, der har opgaver, der omfatter enhver form for direkte kundekontakt. Denne formulering er unødigt bred, og der bør fx sondres mellem, hvorvidt kundekontakt er en essentiel del af opgavevaretagelsen, der involverer daglig adgang til kundedata, eller et mere perifert element. Sidstnævnte kan fx være medarbejdere, der for den konkurrenceudsatte elektricitetsvirksomhed varetager viderestillingsfunktioner eller faste kontaktfunktioner uden adgang til den konkurrenceudsatte elektricitetsvirksomheds kundedata.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at den negative afgrænsningsbestemmelse forventes at have særskilte implikationer for nogle af de mindre netvirksomheder, der ganske enkelt ikke vil have tilstrækkeligt medarbejdere til at kunne opfylde kravene om adgangsregimer. Det vil tilsvarende kunne gøre sig gældende i multiforsyningsselskaber med fx konkurrenceudsatte elektricitetskativiteter.

GPD finder det i øvrigt positivt, at IT-funktioner undtages, men skal samtidig advare mod, at dette begreb fortolkes for restriktivt, navnlig i relation til udviklingsopgaver, hvor det ikke giver mening at begrænse funktionen til alene at omfatte programmering og implementering. I digitaliseringsprojekter må det tillige omfatte de forudgående og indledende drøftelser om mulige IT-løsninger m.v.

Driftsselskaber

I bemærkningerne til lovforslaget L 53 fremgår det eksplicit, at medarbejdere i driftsselskaber ville være omfattet af de nuancerede adgangs begrænsninger i dataadskillelseskrevet i § 11 fx hvor driftsselskabet ud over at udføre opgaver for netvirksomheden alene udfører infrastrukturrelaterede opgaver for andre virksomheder, der ikke varetager konkurrenceudsatte elektricitetsaktiviteter, og at dette ville blive udmøntet i bekendtgørelsen. GPD er dog i tvivl om, hvorvidt dette reelt er tilfældet, og skal derfor bede Energistyrelsen om at redegøre herfor.

Dokumentation for markedsmæssighed

OECD's Transfer Pricing Guidelines finder anvendelse

Green Power Denmark hilser det velkomment, at det nu er blevet tydeliggjort i bekendtgørelsens §§ 43-45, at OECD's Transfer Pricing Guidelines finder anvendelse, som dokumentation for markedsmæssighed i kontrollerede transaktioner, og at det med bekendtgørelsen er bekræftet og fastslået, at netselskaberne i den forbindelse er tillagt fuld metodefrihed inden for OECD's TPG, samt at Forsyningstilsynet skal udøve skøn inden for OECD's TPG.

Dette svarer til, hvad der fremgår af bemærkningerne til lovforslaget (L 53 - 2021/22) samt høringsnotatet hertil, hvori det er bekræftet, at der

"skal tilstræbes parallelitet mellem regler og kontrolpraksis på skatteområdet og elområdet i forhold til reglernes anvendelsesområde og ved Forsyningstilsynets vurdering af markedsmæssigheden"

samt at

"Forsyningstilsynet i sin sagsbehandling med blandt andet valg af metode for fastsættelse af den markedsmæssige pris skal følge OECD's Transfer Pricing Guidelines og skattelovgivningens regler og praksis herom".

Det bemærkes, at det af ovenstående følger, at Forsyningstilsynet i sin administration af reglerne også skal følge *praksis, herunder retspraksis* på skatteområdet, uanset at det ikke fremgår direkte af reglerne i bekendtgørelsen. Det er således væsentligt, at Forsyningstilsynet følger og tilrettelægger sit tilsyn efter den væsentlige domstolspraksis, der også findes på området.

I det tilfælde, hvor Forsyningstilsynet ikke finder, at der er fremlagt en tilstrækkelig dokumentation, forstår Green Power Denmark, jf. ovennævnte bestemmelse i bekendtgørelsens § 45, således, at Forsyningstilsynet skal anvende den af netvirksomheden anvendte TPG-metode og herunder det dokumentationsmateriale, der er fremlagt af netvirksomheden, til efterprøvning af markedsmæssigheden med mindre væsentlige forhold taler imod. Green Power Denmark forstår bestemmelsen således, at det i givet fald er Forsyningstilsynet, der skal godtgøre og begrunde, at væsentlige hensyn taler imod. Dette bedes Energistyrelsen bekræfte.

Det fremgår af bekendtgørelsens § 45, stk. 3, at Forsyningstilsynet skal foretage skøn inden for OECD's Transfer Pricing Guidelines samt Skatteforvaltningens juridiske vejledning. Det er samtidigt væsentligt at Forsyningstilsynet følger og tilrettelægger sit tilsyn efter den væsentlige domstolspraksis, der også findes på området.

Det fremgår af § 46, stk. 1, at er dokumentationen åbenlys mangelfuld, herunder at der ikke kan fremvises dokumentation for betalinger, fastsætter Forsyningstilsynet den skønsmæssige pris i indtægtsrammen til nul. Det bør i den forbindelse være tilstrækkelig dokumentation, at der er foretaget en fakturering, hvilket også fremgår af bestemmelsen i § 46, stk. 2, hvor det er mere ekspliciteret hvad der skal til for at dokumentationen anses for åbenlys mangelfuld. Green Power Denmark foreslår på den baggrund, at 2. og 3. komma i § 46, stk. 1 (*herunder at der ikke kan fremvises dokumentation for betalinger, som foretages i henhold til transaktionen*) udgår, da det vil gøre den indholdsmæssige opbygning af stk. 1 og stk. 2 mere stringent.

Det er i den forbindelse væsentligt at understrege, at bestemmelsen kun finder anvendelse i yderst sjældne tilfælde, hvor en aftaleindgåelse ikke kan dokumenteres, herunder gennem en fakturering, eftersom bestemmelsen kan have voldsomme økonomiske konsekvenser for en netvirksomhed. Dette bedes Energistyrelsen bekræfte.

Dokumentationskravet

Green Power Denmark anerkender, at det indgår som en del af aftalen af 4. juli 2022, at der skal fastsættes skærpede krav til dokumentation for markedsmæssighed, men bekendtgørelsesudkastets medfører i sin nuværende udformning et meget vidtgående dokumentationskrav, som i uændret form er meget byrdefuld for netvirksomhederne at løfte. Særligt er kravet om supplerende dokumentation ved udbud en nyskabelse som for nogle kan være særdeles byrdefuld.

I bekendtgørelsens § 43, fastsættes krav til omfanget af dokumentationen for markedsmæssigheden af en kontrolleret transaktion. Det fremgår, at der skal fremlægges dokumentation på aftaletidspunktet i henhold til bekendtgørelsens bilag 2.

Dokumentationen for markedsmæssighed skal desuden opfylde kravene i bilag 3 eller alternativt kravene i bekendtgørelse om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner.

Green Power Denmark finder, at de dokumentationskrav, der stilles i bekendtgørelsens bilag 3, er meget omfattende, bebyrdende og unødvendige med udgangspunkt i, at der er metodefrihed for netvirksomhederne.

Bilag 3 kunne opfattes således, at der kræves fuld dokumentation efter alle TP-metoder i alle transaktioner. Det kan ikke have været hensigten. Det bør derfor præciseres i § 43, stk. 4, 1. pkt. at ***”Dokumentation for markedsmæssigheden af den kontrollerede transaktion skal indholdsmæssigt opfylde kravene i bilag 3 i det omfang, det er relevant for den af netvirksomheden valgte prisfastsættelsesmetode efter OECD’s Transfer Pricing Guidelines.***

Green Power Denmark stiller sig desuden fortsat undrende overfor, at der kræves en særskilt, supplerende Transfer Pricing-dokumentation i de tilfælde, hvor der er indgået en aftale i en kontrolleret transaktion efter gennemført udbud – også i de tilfælde hvor udbud er lovpligtig. Energistyrelsen har begrundet dette med, at udgangspunktet i skatteretten er, at transaktioner mellem uafhængige parter som ikke er gennemførte, ikke kan benyttes ved fastlæggelsen af prisen for koncerninterne transaktioner.

Dette er et nybrud i forhold til tidligere praksis, som beskrevet i Forsyningstilsynets vejledning af 14. juni 2018 *Bilagsoversigt til vejledning om udbud og markedsmæssighed*. I vejledningen anerkendes udbud som grundlag for aftaleindgåelse også i kontrollerede transaktioner, hvis visse nærmere beskrevne betingelser er opfyldte, herunder at kontraktbetingelser og løbetid overvejes nøje og begrundes. Kravet om særskilt dokumentation som supplement til en udbudsrunde vil være særdeles byrdefuldt og kan i praksis, og ud fra de nuværende reglers formulering være vanskelige overhovedet at kunne opfylde. Green Power Denmark er særdeles tvivlende overfor om det er en proportional implementering fra skattelovgivningens område, hvor der senest ved en ændring af skattekontrolloven er indført lempelser i dokumentationskravet ved kontrollerede transaktioner mellem danske virksomheder. Det bør derfor overvejes, om der som et kan indføres lempeligere krav, når en kontrakt i en kontrolleret transaktion er indgået efter gennemført udbud.

Som det har været drøftet på de afholdte informationsmøder vedrørende indholdet af bekendtgørelsen, bør det i øvrigt være sådan, at kravene til dokumentation i Bilag 3 bør være lempelige, såfremt der er tale om såkaldte low value services, hvor der ved transaktionen er anvendt en metode, der inden for skatteretten er anerkendt som en "safe haven".

Med hensyn til tidspunktet for, hvornår de forskellige dele af dokumentationen skal foreligge samt præcist, hvad der skal indeholdes i dokumentationen, kunne bestemmelserne godt have større grad af klarhed. I det følgende gives eksempler på, hvad vi opfatter som uklart:

- I § 43, stk. 2, fremgår det at "transaktioner" skal foreligge skriftligt på tidspunktet for indgåelse af "transaktionen". Green Power Denmark opfatter dette som at det er aftalen, der skal foreligge skriftligt på tidspunktet for indgåelse af transaktionen.
- I Bilag 3, Litra B, nummer 3 fremgår det at der skal foreligge en kopi af transaktionen. Igen opfatter vi det som at det er aftalen, der skal sendes frem.
- I § 43, stk. 3, fremgår det, at transaktioner skal ledsages af et aftalebilag, der indholdsmæssigt opfylder kravene i bilag 2. Dette forstår Green Power Denmark sådan, at der som et bilag til aftalen, som skal foreligge skriftligt på transaktionstidspunktet, skal udarbejdes et aftalebilag, som opfylder indholdet af Bilag 2. Mht. dokumentationskravene i Bilag 3 forstår vi imidlertid § 43, stk. 4 og § 44, stk. 1 sådan, at der ikke er krav om at denne dokumentation udarbejdes på et bestemt tidspunkt, men at dokumentationen på anmodning skal fremsendes til Forsyningstilsynet inden for 60 dage. Dette svarer til, hvad der gælder inden for skatteretten.
- Bestemmelsen i § 43 gælder i forhold til kontrollerede transaktioner svarende til det skatteretlige begreb jf. også definitionen i § 2, nr. 18). Når der i Bilag 3 Litra B og C er anført "forbundne parter". Det er Green Power Danmarks forståelse, at det ikke ændrer det ved denne afgrænsning og dette skal dermed ikke forstås som "forbundne foretagender", som er den afgrænsning der anvendes i forhold til §§ 47 og 48 og som er defineret i § 2, nr. 11.

Væsentlighed og bagatelgrænse

Green Power Denmark anser bagatelgrænsen i § 43, stk. 5 for at være meget lav, og foreslår et højere beløbsmæssigt niveau.

I forhold aspektet om væsentlighed finder vi det desuden vigtigt, at princippet om væsentlighed kommer til at fremgå af bekendtgørelsen også udover en beløbsmæssige bundgrænse. Reglerne om markedsmæssighed og transfer pricing er ikke nogen eksakt disciplin, og derfor bør Forsyningstilsynet også konkret afholde sig fra at træffe afgørelser, hvor den fastsatte markedsmæssige pris kun afviger marginalt fra den af netvirksomheden anvendte pris. Dette illustreres af, at der efter flere af prisfastsættelsesmetoderne opereres med et udfaldsrum (price range) hvor prisen anses for markedsmæssig, hvis den ligger indenfor dette udfaldsrum. Efter forarbejderne til lovforslaget skal Forsyningstilsynet med henblik på en effektiv tilrettelæggelse og gennemførelse af tilsynsopgaven basere udøvelsen af tilsynet på en vægtning af risiko og væsentlighed af de aftaleforhold, som vurderes. Dette kunne med fordel fremgå af bestemmelserne eller alternativt bekræftes i et høringsnotat.

Ikrafttrædelsesdato i 2024 – også for reglerne om markedsmæssighed

Helt overordnet vil reglerne få stor indflydelse på den fremtidige koncernstruktur, da en efterlevelse af reglerne vil kræve omstruktureringer, vedtagelse på generalforsamlinger, større ændringer af IT-systemer og af medarbejdernes opgaver m.v. Derfor er det fornuftigt, at der på de fleste områder gives netvirksomhederne tid til at indrette sig ved, at reglerne træder i kraft den 1. januar 2024.

Dette gælder dog ikke de nye regler om markedsmæssighed, der ganske overraskende træder i kraft allerede den 1. juli 2022. Green Power Denmark vil kraftigt opfordre til, at dette ændres, så ikrafttræden for markedsmæssighedsreglerne tillige fastsættes på et senere tidspunkt. Dette gælder uanset, hvorvidt der differentieres mellem igangværende projekter og aftaler indgået efter skæringsdatoen. Netvirksomhederne har i øjeblikket en betragtelig opgave i at skulle nettilslutte producenter, og derfor vil den administrativ byrde, som de nye markedsmæssighedsregler medføre, være en ressourcemæssig udfordring for flere selskaber.

Bekendtgørelse om netvirksomheders interne overvågning

Af bilag 1 til stemmeaftalen af 4. juni 2021 fremgår det, at de skærpede regler om netvirksomhedernes adskillelse medfører styrkede krav til alle netvirksomheders interne overvågning.

Green Power Denmark er indledningsvis indforstået med, at reglerne, der skal opstille rammerne for den enkelte netvirksomheds program for intern overvågning, opdateres i tråd med de nye krav og forpligtelser, der nu indføres for at sikre netvirksomhedernes funktionelle adskillelse fra resten af koncernen. Det er dog samtidig vigtigt, at reglerne, der opstilles i bekendtgørelsen, er forståelige, hensigtsmæssige og ikke mindst opstiller dokumentationskrav, der er realistiske. Dette skal særligt ses i lyset af den betragtelige udvidelse af

overvågningsforpligtelsen, som de nye regler medfører – både i forhold til omfanget af forpligtelsen såvel som i relation til at kunne dokumentere (den forventede) effekt af de indførte tiltag.

GPD har ikke umiddelbart bemærkninger til de formelle krav, der indføres med bekendtgørelsen som fx underskrift og separat offentliggørelse af overvågningsprogrammerne, men finder

derimod at flere af de nye indholdsmæssige krav giver anledning til uklarheder samt bemærkninger, der uddybes nedenfor.

Potentielle interessekonflikter

I § 2, stk. 1, 1 og 2. punkt fremgår det, at netvirksomhederne i kraft af deres interne overvågningsprogrammer skal afdække potentielle interessekonflikter i drift og ledelsen af netvirksomheden, og at programmet skal beskrive, hvordan en eventuel potentiel interessekonflikt undgås eller håndteres. Dette er en ny formulering og er indført ordret fra bilag 1 til stemmeaftalen.

GPD lægger til grund, at forpligtelsen til at afdække potentielle interessekonflikter i koncernen er implicit i de nuværende krav og forpligtelser, der har til formål at sikre neutral adfærd og uafhængig ledelse, og at der derfor ikke med ordlyden er tilsigtet en materiel udvidelse af de gældende krav. Energistyrelsen bedes bekræftet dette.

Såfremt dette ikke er tilfældet, skal foreningen venligst anmode Energistyrelsen om at uddybe, hvori forskellen består. Det er endvidere uklart om denne formulering skal ses i sammenhæng med udkastets § 10, stk. 2, nr. 2 og kravet om i beretningen at beskrive eventuelle nye risikoområder, der er kommet til i perioden, som årsberetningen dækker.

Deling af samme overvågningsansvarlig

Bekendtgørelsen giver ifølge § 7, stk. 5, flere netvirksomheder med mindre end 100.000 tilsluttede elkunder hver, mulighed for at udpege den samme overvågningsansvarlig. Tilsvarende gælder distributionsselskaber omfattet af lov om gasforsyning. Foreningen finder det positivt, at der hermed også gives mulighed for at dele samme overvågningsansvarlig på tværs af forsyningsarter fx i en multiforsyningskoncern, hvor der både er el- og gasdistributører.

Netvirksomheder, der hver især har 100.000 eller flere tilsluttede elkunder, skal derimod hver især have en internt overvågningsansvarlig ansat i den enkelte netvirksomhed. Kravet om særskilte overvågningsansvarlige gælder tilsyneladende også i de situationer, hvor en koncern har flere netvirksomheder. Reglerne tager imidlertid ikke hensyn til den situation, hvor fx én ud af to netvirksomheder i en koncern har under 100.000 tilsluttede elkunder. Som bekendtgørelsesudkastet er udformet, vil det i praksis betyde, at den mindre netvirksomhed også skal have ansat sin egen overvågningsansvarlig ligesom den store netvirksomhed med over 100.000 tilsluttede elkunder. Dette forekommer imidlertid hverken rimeligt eller proportionalt, og GPD skal derfor anbefale, at der indarbejdes en særlig undtagelse, der i disse afgrænsede tilfælde giver mulighed for at dele en overvågningsansvarlig i en koncern.

Krav om relevant faglig indsigt i netvirksomhedsdrift og gældende regulering

Bekendtgørelsesudkastets § 8 stiller krav om, at en overvågningsansvarlig skal have relevant faglig indsigt i netvirksomhedsdrift og de gældende regler i lov om elforsyning og regler fastsat i medfør heraf. GPD er enig i, at vedkommende, der udpeges og/eller særskilt ansættes til at være intern overvågningsansvarlig, naturligvis skal være klædt på til at varetage denne rolle.

Det er uklart, hvad der nærmere ligger i kravet om relevant faglig indsigt i driften og gældende regulering, men det bør under alle omstændigheder først og fremmest være netvirksomheden, der afgør, hvorvidt den fornødne faglige indsigt i såvel drift som regulering er til stede og/eller

hurtigt vil kunne oparbejdes. For ikke at indsnævre det felt, hvorfra der kan rekrutteres egne kandidater, bør der selvsagt være en vis ramme for at kunne opkvalificere den valgte kandidats indsigt i sektoren eller i de gældende regler, der regulerer området. Det bemærkes i øvrigt, at dette i og for sig må anses for uproblematisk og i øvrigt en nødvendig forudsætning også i de tilfælde, hvor det skal være muligt for flere distributionselskaber på tværs af forsyningsarter at dele en overvågningsansvarlig.

§ 9 "rapportere til"

Ifølge bekendtgørelsesudkastets § 9, skal den overvågningsansvarlig afrapportere til både bestyrelsen og direktionen.

GPD har lagt vægt på, at der med begrebet afrapportere ikke ligger en materiel udvidelse af den intern overvågningsansvarliges opgaver, men alene en understregning af, at det er bestyrelsen og direktionen, som den intern overvågningsansvarlige skal gå til, når der opstår væsentlige interessekonflikter og/eller situationer i strid med overvågningsprogrammet m.v.

§ 9, stk. 3

GPD er overrasket over den foreslåede formulering i § 9, stk.3 der ret beset er ganske vidtgående, og i praksis vil kunne være svær at effektuere. Det bemærkes i den forbindelse, at dette vil kunne omfatte selskaber i koncernen, som ikke løser opgaver for netvirksomheden eller hvor betydningen af *selskabsmæssigt forbundet virksomhed* reelt består i en ganske lille aktieandel.

Angivelse af den udpegede overvågningsansvarliges kompetencer

I § 10, stk. 2, nr. 3, fremgår, at årsberetningen skal indeholde en angivelse af den udpegede overvågningsansvarliges "kompetencer". Det fremgår ikke af bestemmelsens ordlyd, hvad der nærmere forstås ved begrebet kompetencer.

Foreningen lægger dog til grund, at der med begrebet ikke er tiltænkt en udvidelse af de krav, som stilles til den overvågningsansvarliges faglige indsigt i netvirksomhedsdrift og gældende regulering i henhold til § 8.

Dette bestyrkes af henvisningen til § 8 i bestemmelsen om Forsyningstilsynets tilsyn med den overvågningsansvarlige, jf. § 16.

For at undgå usikkerhed om, hvilke krav, der stilles i de indbyrdes bestemmelser, skal GPD opfordre til, at ordvalg og begreber anvendes konsistent i bekendtgørelsen.

Tilsyn med den overvågningsansvarliges ansættelsesforhold

I relation til ansættelsesforholdet lægger GPD til grund, at tilsynet indebærer en kontrol af, hvor den pågældende er ansat og ikke har til formål at fastsætte regler om den interne overvågningsansvarliges ansættelsesforhold generelt. Dette bør præciseres fx ved "*ansættelsessted samt beføjelser*". Med sidstnævnte omfattes tillige kravet om, at pågældende skal have adgang til såvel direktion som bestyrelse.

I forhold til den praktiske dokumentation af ansættelsesforholdet ønsker GPD at få uddybet, hvordan dette kan efterleves uden at skulle fremsende selve ansættelseskontrakten eller en

lønsedel? Dette vil alt andet lige være uproportionalt i forhold til, at der er tale om medarbejderens private ansættelsesretlige forhold.

Ikrafttrædelsesbekendtgørelsen

Green Power Denmark har ingen særskilte bemærkninger til ikrafttrædelsesbekendtgørelsen.

Green Power Denmark indgår gerne i de videre drøftelser om udmøntningen af bekendtgørelserne, ligesom vi står til rådighed, såfremt vores høringssvar giver anledning til spørgsmål eller bemærkninger.

Med venlig hilsen



Mette Louise Horneman
Chefkonsulent, cand.jur.
Green Power Denmark
meh@greenpowerdenmark.dk