



HjulmandKaptain  
Advokatpartnerselskab  
Østre Havnegade 12  
9000 Aalborg

Dato: 01-09-2017

**HjulmandKaptains sagsnr. 125-198219 nva**

## **Henvendelse vedrørende Mariagerfjord Kommunes fastsættelse af garantiprovision**

Ankestyrelsen

Du har den 9. juni 2017 som advokat for 10 nærmere angivne private varmforsyningsselskaber rettet henvendelse til Ankestyrelsen vedrørende Mariagerfjord Kommunes beslutning i brev af 28. april 2017 om at indføre garantiprovision i forbindelse med garantistillelse for dine klienter.

7998 Statsservice

**Sagsnummer.:** 2016 - 28237

**SAGSBEHANDLER:**

Trine Roslyng Jensen

Tilsynet med kommunerne varetages af Ankestyrelsen, jf. kommunestyrelseslovens § 47, stk. 1. Der henvises til lovbekendtgørelse nr. 318 af 28. marts 2017.

Telefon: 3341 1200

EAN-Nr. 5798000354821

skriv til os via [ast@ast.dk](mailto:ast@ast.dk)

[www.ast.dk](http://www.ast.dk)

Du gør i din henvendelse gældende, at kommunens beslutning om at indføre en generel sats for garantiprovisioner på 0,75% for samtlige varmeværker er ugyldig, og at kommunen ikke kan ændre i vilkårene for allerede udstedte garantier.

### **Resumé**

Det er Ankestyrelsens opfattelse, at der ikke er grundlag for at antage, at en nærmere undersøgelse af sagen vil føre til en konstatering af, at Mariagerfjord Kommunes beslutning om at indføre garantiprovision på 0,75 % for 10 konkrete varmeværker er i strid med regler, som Ankestyrelsen påser overholdelsen af.

Ankestyrelsen rejser derfor ikke en tilsynssag.

Ankestyrelsen har dog bemærket, at kommunen har besluttet, at der ikke skal opkræves garantiprovision med tilbagevirkende kraft for de garantier, der blev stillet vederlagsfrit før 1. januar 2013, uagtet at kommunen har vurderet, at der var tale om statsstøtte i strid med reglerne.

Ankestyrelsen har på den baggrund og med henvisning til gennemførelsesforbuddet i TEUF artikel 108, stk. 3, 3. pkt., og procedureforordningen, oversendt sagen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med henblik på en vurdering af, om sagen giver

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anledning til foranstaltninger i henhold til konkurrencelovens § 11 a.

Her følger en gennemgang af sagens baggrund og en nærmere begrundelse for Ankestyrelsens opfattelse.

### **Sagens baggrund**

Det fremgår af kommunens brev af 28. april 2017, at byrådet i Mariagerfjord Kommune har vedtaget, at der skal opkræves løbende garantiprovision for garantier givet før 1. januar 2013, og således at garantiprovision på den baggrund vil blive opkrævet af de fjernvarmeværker, der ikke tidligere er opkrævet en sådan.

Det fremgår videre af brevet fra kommunen, at byrådet har besluttet, at garantiprovisionen fastsættes efter en konkret vurdering på samme niveau som tidligere til 0,75% af restgælden opgjort den 31. december 2017 og vil blive opkrævet med virkning fra 2018. Det fremgår desuden, at det er besluttet, at spørgsmålet om størrelsen af den opkrævede garantiprovision kan genoptages, hvis forsyningsvirksomhederne kan dokumentere – med udgangspunkt i konkrete lånetilbud – at Mariagerfjord Kommunes garantiprovision ikke følger det generelle markedsniveau.

Endvidere fremgår det, at kommunen ikke opkræver garantiprovision med tilbagevirkende kraft med mindre, der på et tidspunkt kommer en lovgivningsmæssig afklaring, der pålægger kommunerne at gøre det.

Mariagerfjord Kommunes beslutning om opkrævning af garantiprovision blev truffet på møde i byrådet den 27. april 2017.

På kommunens hjemmeside fremgår følgende om baggrunden for beslutningen af referat fra byrådsmødet den 27. april 2017 under behandling af pkt. 61 på dagsordenen vedrørende "Garantiprovision for kommunegarantier til forsyningselskaber som er givet før 2013":

"(...)

#### **Indstilling**

Økonomidirektøren indstiller:

1. at Byrådet godkender, at der opkræves en løbende garantiprovision for garantier givet før 1. januar 2013. Garantiprovisionen opkræves med virkning fra 2018 af restgælden ultimo året forinden,
2. at Byrådet godkender, at garantiprovisionen opkræves efter en konkret vurdering,
3. at Byrådet godkender, at Mariagerfjord Kommune ikke opkræver garantiprovision med tilbagevirkende kraft med mindre, at der på et senere tidspunkt kommer en lovgivningsmæssig afklaring, der pålægger kommunerne at gøre det.

(...)

#### **Sagsfremstilling**

Den 25. januar 2016 afsagde Vestre Landsret dom i tvist mellem Sønderborg Kommune og to lokale fjernvarmeselskaber. Dommen betyder, at kommuner, der yder garantier, som udgangspunkt skal opkræve en markedsmæssig garantiprovision. Vederlagsfrie garantier kan sidestilles med ulovlig statsstøtte og er dermed ugyldige. En sådan garanti vil betyde en forrykning af den byrdefordeling mellem kommunens borgere, som hvile-i-sig-selv princippet forudsætter. På den baggrund konkluderede landsretten, at Sønderborg Kommune skulle opkræve provision for garantistillelse. Landsretten begrundede afgørelsen med, at fjernvarmeselskaberne driver virksomhed på et

konkurrenceudsat marked. Selskaberne leverer varme til kunder, som selv kan vælge varmforsyningskilde. Det omfatter både tilslutningspligtige og ikke-tilslutningspligtige kunder. Begge typer kunder kan vælge, om de vil bruge fjernvarme eller få varme fra alternative varmforsyningskilder.

Det kan oplyses, at fjernvarmeselskaberne har ønsket at anke ovennævnte afgørelse til Højesteret. Procesbevillingsnævnet har dog den 20. juni 2016 afslået at lade sagen prøve ved 3. instans, og afgørelsen er derfor definitiv.

Dommens konsekvenser for kommunerne:

I 2012 besluttede Mariagerfjord Byråd, at opkræve garantiprovision for garantier til forsyningsselskaber med virkning fra 1. januar 2013. Kommunen skal dog i forhold til eksisterende garantier stillet før 2013 sikre, at disse er lovlige i henhold til ovennævnte dom. Der er tale om i alt 10 eksisterende garantier til private forsyningsselskaber stillet før januar 2013.

Som konsekvens af dommen skal kommunen således fremadrettet opkræve provision af ovenstående garantier. Forvaltningsretligt er kommunen formentlig ikke forpligtet eller berettiget til at opkræve provision med tilbagevirkende kraft. Dette vil blive vurderet nærmere, idet det som udgangspunkt foreslås, at ændringen med opkrævning af garantiprovision kun indføres fremadrettet (fra 2018) for restgælden af garantier givet før 2013. Hvis det viser sig, at der også skal opkræves med tilbagevirkende kraft, vil sagen blive forelagt på ny til politisk behandling. Der er overfor forsyningsselskaberne taget forbehold for dette.

Forsyningsselskaberne har modtaget høringsbrev om sagen, forinden sagen behandles politisk. Advokatpartnerselskabet HjulmandKaptain har ved mail - vedhæftet - den 1. marts 2017, på vegne af følgende værker

1. Als Fjernvarme Amba
2. Assens Fjernvarme A.M.B.A.
3. Arden Varmeværk AMBA
4. Astrup Kraftvarmeværk A. M.B.A,
5. Hadsund Fjernvarmeværk Amba
6. Hobro Varmeværk A.M.B.A
7. Mariager Fjernvarme A.M.B.A
8. Oue Kraftvarmeværk A.M.B.A
9. Rostrup Kraftvarmeværk Amba
10. Veddum Skelund-Visborg Kraftvarmeværk Amba
11. Øster Hurup Kraftvarmeværk A.M.B.A.,

fremsendt svar på høringsbrevet. Svaret er vedhæftet.

Svaret indeholder bl.a. en anerkendelse af, at der skal beregnes en garantiprovision, idet der stilles spørgsmålstejn ved fastsættelse af den opkrævede garantiprovision. Det problematiseres, at der ikke er forskel i størrelsen af garantiprovisionen de enkelte værker imellem, uanset "forskelle i værkernes størrelse, økonomiske forhold, regler om tilslutningspligt, garantiernes størrelse eller andre forhold, der kan antages at have betydning for markedsprisen for garantien". Advokatpartnerselskabet HjulmandKaptain vurderer på baggrund af dette, at kommunen ikke har udfoldet rimelige og sædvanlige bestræbelser på at konstatere størrelsen af et vederlag på markedsvilkår, herunder ved konsultation af kommunens bank eller andre finansielle rådgivere, undersøgelse af prisniveau i tilsvarende sager.

HjulmandKaptain er orienteret om, at der er foretaget supplerende henvendelse til pengeinstitut med henblik på at afdække den markedsmæssige garantiprovision. Der foreligger ikke telefonnotat af henvendelsen til pengeinstituttet, men indholdet indgår som en del af svaret til Hadsund Fjernvarmeværk i forbindelse med værkets anmodning om at få ændret garantiprovisionsprocenten. Sagen blev behandlet på Økonomiudvalgets møde den 16. november 2016.

I svaret fra advokaten står der også. "Bestemmelsen indeholder alene et forbud mod statsstøtte og indeholder således ikke hjemmel til, at kommunen må beregne sig en fortjeneste ved fastsættelse af provisionens størrelse. Dette følger også af det almindelige princip om forbud mod, at kommuner driver erhvervsvirksomhed, hvilket forbud alene fraviges, hvis der er hjemmel i lovgivningen eller i de uskrevne regler om kommunalfuldmagt." Hertil skal bemærkes, at garantiprovisionen alene skal ske på markedsmæssige vilkår. Spørgsmålet om beregning af fortjeneste, indgår derfor ikke i den garantiprovision der opkræves.

Der har været afholdt møde med repræsentanter fra forsyningsselskaberne i Mariagerfjord Kommune og deres advokat den 14. marts 2017. Referatet fra mødet er vedhæftet. På mødet blev det aftalt, at Mariagerfjord Kommune skulle undersøge om det, set i lyset af, at der var tale om gamle lån, som var i gang med at blive afviklet, kunne være en mulighed at opkræve en lavere garantiprovision for disse. Det har administrationen efterfølgende undersøgt hos KL, som oplyser, at det ikke er muligt, idet garantiprovision skal fastsættes på de markedsvilkår, der var gældende, på det tidspunkt, hvor garantien blev givet.

På mødet blev det ligeledes aftalt, at forsyningsselskaberne skulle fremsende eksempler på forsyningsvirksomheders låneoptagelse på det private marked, som underbygning af påstanden om, at Mariagerfjord Kommunes garantiprovision ikke er fastsat på markedsvilkår.

Der er modtaget høringssvar fra Advokatpartnerselskabet HjulmandKaptain dateret den 31. marts 2017. Vedhæftet.

Høringssvaret indeholder ikke eksempler på andre forsyningsselskabers låneoptagelse på det private marked. Advokaten har supplerende oplyst, at "Vi har vurderet, at en undersøgelse af kommercielle pengeinstitutters vilkår ikke var relevant, eftersom disse i modsætning til kommunen har krav om forrentning af egenkapitalen."

Ved fastsættelse af garantiprovision er Kommissionens meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02) anvendt. Meddelelsen fastslår bl.a., at der skal betales markedspris for garantien og at

kommissionen kan acceptere en enklere vurdering af, om en lånegaranti ikke indebærer støtte og hvor der samtidig er anført nogle minimumspræmier. Endvidere indeholder meddelelsen, at der ikke kan accepteres en fælles sats, der anses for at svare til en generel branchestandard.

Størrelsen af garantiprovisionen er alene fastsat ud fra en vurdering af de markedsmæssige vilkår. Der er indhentet oplysninger fra Mariagerfjord Kommunes pengeinstitut og været drøftelser med KL om opkrævning af garantiprovision. Der er taget afsæt i dels den af PWC gennemførte analyse for Dansk Fjernvarme, hvor en af konklusionerne er, at den gennemsnitlige provision for fjernvarmeværker var 0,77 pct. årligt af restgælden samt EY Energi og Forsynings analyse af 16. februar 2016, der stort set viser det samme billede som PWC's analyse.

På baggrund heraf, er det administrationens vurdering, at administrationen, i henhold til de gældende regler, har udvist rimelige bestræbelser på at indhente oplysninger forud for fastsættelsen af garantiprovisionens størrelse.

Der vil således fremadrettet blive opkrævet provision på markedsmæssige vilkår. Denne forventes som udgangspunkt at blive fastsat til, efter konkret vurdering af de enkelte garantier, en procentsats af restgælden ultimo året i garantiens restløbetid. Første gang provisionen opkræves sker med virkning for restgælden opgjort pr. 31. december 2017. (...)"

Det fremgår af din henvendelse til Ankestyrelsen af 9. juni 2017, at værkerne anerkender, at der på baggrund af varmforsyningslovens § 2B (red.: rettelig § 2d) skal beregnes garantiprovision, uanset at der tidligere har været langvarig praksis for, at sådanne garantier blev stillet vederlagsfrit. Samtidig bemærker du, at bestemmelsens henvisning til EU's statsstøtteregler indebærer, at garantien skal stilles på markedsvilkår, og at det er kommunens ansvar at sikre sig, at dette er tilfældet.

Det er din opfattelse, at kommunen ikke har sandsynliggjort, at der er foretaget en konkret vurdering af markedsprisen ved at fastsætte ens garantiprovision på 0,75 % for samtlige varmeværker, uanset at værkerne er forskellige med hensyn til en række forhold, der normalt indgår i kreditvurderinger. Du henviser til, at kommunen ikke kan fremvise materiale, der kan dokumentere, at kommunen har foretaget undersøgelser af markedsprisen for garantier af denne type, herunder eksempelvis telefonnotater eller oplysninger om beregningsmetoder (ratingmodeller), der anvendes i kreditmarkedet til beregning af garantiprovisioners størrelse.

Du anfører på den baggrund, at garantiprovisionen fastsat af Mariagerfjord Kommune er i strid med EU's statsstøtteregler.

Til støtte for det anførte har du henvist til Kommissionens meddelelse 2008/C 155/02, hvoraf bl.a. fremgår, at Kommissionen ikke vil acceptere, at garantipræmien fastsættes efter en fælles sats, der anses for at svare til en generel branchestandard. Du henviser videre til, at der af samme meddelelse fremgår en række minimumssatser for garantipræmier, som afhænger af ansøgerens kreditkvalitet. Det er din vurdering, at de varmeværker, som du repræsenterer har højeste kreditkvalitet henset til medlemmernes solidariske hæftelse for værkets gæld. Du anfører hertil, at garantipræmien derfor bør svare til den minimumssats på 0,4 %, der er angivet i kommissionens meddelelse for højeste kreditkvalitet.

Du har videre anført, at det er værkernes opfattelse, at der ikke er hjemmel til, at der kan fastsættes garantiprovisioner for allerede udstedte garantier med henvisning til, at kommunen for disse garantier er bundet af det tilsagn, der er givet ved garantiens afgivelse. Du har til

støtte herfor henvist til Økonomi- og Indenrigsministeriets brev af 22. december 2012 vedrørende Solrød Kommune og til Vestre Landsrets dom (VL B-1704-14 ) af 25. januar 2015 vedrørende Sønderborg Kommune.

### **Ankestyrelsens kompetence og vurdering**

Ankestyrelsen fører efter kommunestyrelseslovens § 48, stk. 1, tilsyn med, at kommunerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder. Ankestyrelsen kan ikke tage stilling til en kommunes overholdelse af aftaler eller lignende privatretlige dispositioner.

Ankestyrelsen kan heller ikke tage stilling til kommunens skøn, så længe skønnet udøves inden for de rammer, der er fastsat i lovgivningen.

Ankestyrelsen har gennemgået sagen og finder ikke grundlag for at antage, at en nærmere undersøgelse af sagen vil føre til en konstatering af, at Mariagerfjord Kommunes beslutning om at indføre garantiprovision på 0,75 % for de omhandlede varmegværker er i strid med de regler, som Ankestyrelsen påser overholdelsen af. I det følgende foretages en gennemgang af retsgrundlaget og redegøres for Ankestyrelsens vurdering.

#### Retsgrundlag:

Det følger af de uskrevne kommunalfuldmagtsregler, at kommuner som udgangspunkt ikke må drive erhvervsvirksomhed i form af handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed med det formål at tilstræbe økonomisk overskud. Det følger videre, at en kommune ikke må yde støtte til individuelle erhvervsvirksomheder uden lovhjemmel. Dette forbud gælder uanset støttens form, herunder støtte i form af tilskud, underskudsgaranti, lån eller kommunalt finansieret rådgivning mv.

Om støtteforanstaltninger iværksat af offentlige myndigheder i EU´s medlemsstater – bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser – følger det endvidere af artikel 107, stk. 1, i Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), at 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, er uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

Det følger desuden af TEUF artikel 108, stk. 3, og af artikel 2 i procedureforordningen (Rådets forordning (EU) Nr. 734/2013 af 22. juli 2013 om ændring af forordning (EF) nr. 659/1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93), at alle offentlige myndigheder i medlemsstaterne, der planlægger at yde støtte, er forpligtet til at anmelde påtænkt støtte og afvente iværksættelse ("stand still-forpligtelse"), indtil Kommissionens godkendelse foreligger - medmindre andet er fastsat i forordninger udstedt i henhold til TEUF artikel 109 eller andre relevante bestemmelser.

Der er tale om et direkte gennemførelsesforbud mod at iværksætte støtteforanstaltninger, før Kommissionen har godkendt støtten, jf. artikel 108, stk. 3, 3. pkt. Overtrædelse af gennemførelsesforbuddet bevirker, at støtten betragtes som uanmeldt og dermed ulovlig støtte.

Gennemførelsesforbuddet har direkte virkning i medlemsstaterne og er udtryk for lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, som dermed er lovgivning, der er omfattet af Ankestyrelsens kompetence efter kommunestyrelseslovens § 48, stk. 1.

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

"(...)

#### 2.1. Generelle bemærkninger

....

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.

.....

#### 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 investor-princip") 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.

..."

De kommunale tilsynsmyndigheder har ved flere lejligheder taget stilling til spørgsmålet om opkrævning af garantiprovision i forbindelse med kommunal garantistillelse for fjernvarmeværkers lånoptagelse. Der kan i den forbindelse bl.a. henvises til Statsforvaltningens Syddanmarks udtalelse af 14. december 2012 til Langeland Kommune og til Økonomi- og Indenrigsministeriets brev af 22. november 2012 til Solrød Kommune.

Følgende fremgår blandt andet af brev af 22. november 2012 fra Økonomi- og Indenrigsministeriet til Solrød Kommune:

"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 vil efter ministeriets opfattelse indebære, at kommunen yder et tilskud til forsyningsvirksomheden, og en sådan garanti vil betyde en forrykning af den byrdefordeling mellem kommunens borgere, som hvile i sig selv-princippet forudsætter.

Det påhviler i den forbindelse kommunen at udfolde rimelige og sædvanlige bestræbelser på at konstatere, hvad et vederlag på markedsvilkår indebærer i det konkrete tilfælde. Det kan for eksempel ske ved konsultation af kommunens bank eller andre finansielle rådgivere, eller foretagelse af undersøgelse af prisniveau i andre tilsvarende sager. Der må dog tilkomme kommunen et vist skøn, hvis der er flere vurderinger, som når frem til forskellige beløb.

Det er Økonomi- og Indenrigsministeriets opfattelse, at en kommune, der ikke - hvor den efter ovennævnte praksis er forpligtet hertil - har opkrævet garantiprovision for kommunens garantistillelse - f.eks. på grund af ukendskab til reglerne herom - er forpligtet til, når kommunen bliver opmærksom herpå, at tage skridt til at bringe forholdet i overensstemmelse med lovgivningen m.v.

Det indebærer efter Økonomi- og Indenrigsministeriets opfattelse, at kommunen må udfolde rimelige bestræbelser på, inden for de rammer, som de privatretlige regler sætter herfor, at søge den pågældende garanti opsagt, alternativt videreført på vilkår af opkrævning af garantiprovision i overensstemmelse med ovennævnte praksis."

Den 25. januar 2015 afsagde Vestre Landsret dom i ankesagen Sønderborg Kommune mod Sønderborg Fjernvarme A.m.b.a. og Gråsten Varme A/S (V.L.B-1704-14).

Af dommen fremgår bl.a. følgende:

"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."

Videre fremgår, at:

"Sønderborg Kommunes ydelse af garantier uden betaling af provision giver de to fjernvarmeværker en fordel, der begunstiger dem i konkurrence 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 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."

Det skal videre bemærkes, at der ved lov nr. 745 af 1. juni 2015 med ikrafttræden 1. juli 2015 nu er fastsat bestemmelse om kommuners opkrævning af garantiprovision i varmforsyningslovens § 2 d, hvoraf fremgår følgende af bestemmelsens stk. 1:



"En kommune kan i overensstemmelse med EU's statsstøtteregler stille garanti for lånoptagelse til finansiering af anlægsinvesteringer eller driftsaktiviteter i en virksomhed som nævnt i § 2 b med undtagelse af virksomhed, som driver varmepumper til kombineret produktion af varme og køling, jf. dog stk. 2-6."

Vedrørende den nationale håndhævelse af statsstøttereglerne skal det endelig bemærkes, at det følger af § 11 a i konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 700 af 18. juni 2013 med senere ændringer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.

### Ankestyrelsens vurdering

#### *1. Vedrørende beslutningen om at fastsætte garantiprovision*

Det fremgår af sagen, at Mariagerfjord Kommune før 1. januar 2013 har stillet en række garantier for lån optaget af private forsyningsselskaber i kommunen, uden at der samtidig med indgåelse af aftale om garantistillelsen blev opkrævet vederlag for den risiko, som kommunen herved påtog sig.

Ankestyrelsen har imidlertid noteret sig, at Mariagerfjord Kommune i 2012 besluttede, at opkræve garantiprovision for nye garantier, som blev stillet af kommunen til forsyningsselskaber fra 1. januar 2013 og frem.

Ankestyrelsen har videre noteret sig, at Mariagerfjord Kommune har vurderet, at ovennævnte dom afsagt af Vestre Landsret den 25. januar 2015 i tvisten mellem Sønderborg Kommune og to lokale fjernvarmeselskaber, har den konsekvens, at Mariagerfjord Kommune skal opkræve markedsmæssig garantiprovision for de 10 eksisterende og oprindeligt vederlagsfrie garantier, som kommunen har stillet til private forsyningsselskaber før 1. januar 2013.

Det fremstår for Ankestyrelsen dermed sådan, at Mariagerfjord Kommune har konstateret, at der ved ydelse af de vederlagsfrie garantier, som kommunen har stillet før 1. januar 2013, var tale om statsstøtte i strid med EU's statsstøtteregler, og på den baggrund har taget skridt til at opkræve garantiprovision for såvel nye som eksisterende garantier, efter at kommunen er blevet opmærksom på kommunens pligt til, i henhold til lovgivningen, at kræve vederlag for garantistillelse.

Ankestyrelsen har endvidere bemærket, at de omhandlede forsyningsselskaber tillige anerkender, at EU-reglerne om forbud mod statsstøtte indebærer, at kommunen ikke må stille vederlagsfrie garantier til selskaberne.

Som sagen foreligger oplyst, finder Ankestyrelsen således, at det må lægges til grund, at der – for så vidt angår de eksisterende vederlagsfrie garantier – var tale om ulovlig statsstøtte, og at kommunen med de nævnte tiltag har bestræbt sig på at bringe forholdene i overensstemmelse med lovgivningen.

Ankestyrelsen har dog bemærket, at kommunen har besluttet, at der ikke skal opkræves garantiprovision med tilbagevirkende kraft for de garantier, der blev stillet vederlagsfrit før 1. januar 2013, uagtet at kommunen har vurderet, at der var tale om statsstøtte i strid med reglerne.

Ankestyrelsen skal i den forbindelse henvise til, at det følger af Kommissionens meddelelse 2008 C 155/02, at "Støtten ydes på det tidspunkt, hvor garantien stilles, ikke når den påberåbes, eller når der foretages udbetalinger i henhold til garantien".

Ankestyrelsen har på den baggrund og med henvisning til gennemførelsesforbuddet i TEUF artikel 108, stk. 3, 3. pkt., og procedureforordningen, oversendt sagen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med henblik på en vurdering af, om sagen giver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anledning til foranstaltninger i henhold til konkurrencelovens § 11 a.

Ankestyrelsen har ikke taget stilling til, om kommunens bestræbelser på at iagttage pligten til at opkræve vederlag for garantistillelse, sker inden for rammerne af de privatretlige regler – herunder aftaleretlige regler – idet det følger af kommunestyrelseslovens § 48, stk. 1, at det falder uden for Ankestyrelsens kompetence, at påse kommunens overholdelse af privatretlige dispositioner.

Ankestyrelsen har således ikke taget stilling til spørgsmålet om lovligheden af kommunens senere ændring af de oprindelige vilkår, som blev aftalt eller forudsat i forbindelse med garantistillelsen set i relation til aftaleretlige regler. Dette spørgsmål henhører i sidste ende til bedømmelse ved domstolene.

## *2. Vedrørende størrelsen af garantiprovisionen*

Henvendelsen har givet Ankestyrelsen anledning til at overveje, om Mariagerfjord Kommune har handlet i strid med forbuddet efter kommunalfuldmagtsreglerne mod at drive erhvervsvirksomhed med det formål at tjene penge.

I den forbindelse henviser Ankestyrelsen til Mariagerfjord Kommunes redegørelse for, hvordan garantiprovisionen er fastsat.

Ankestyrelsen finder på den baggrund, at kommunen har udfoldet rimelige og sædvanlige bestræbelser på at konstatere, hvad et vederlag på markedsvilkår indebærer.

Ankestyrelsen har lagt vægt på, at det fremgår af referat fra byrådsmødet den 27. april 2017 med tilhørende bilag, at Mariagerfjord Kommune forud for beslutningen om at opkræve garantiprovision på 0,75% har foretaget en række undersøgelser af markedsniveauet, herunder ved supplerende henvendelse til Mariagerfjord Kommunes pengeinstitut, ved drøftelse med KL om kravene til kommuners ansvar for at afdække hvilken garantiprovisionssats, der afspejler markedsvilkår, ved at inddrage Kommissionens meddelelse 2008 C 155/02 samt ved at tage afsæt i to analyser af garantiprovisioner for fjernvarmeværker foretaget af henholdsvis PWC for Dansk Fjernvarme og EY Energi og Forsynings Analyse af 16. februar 2016.

Hertil kommer, at det forud for fastsættelse af garantiprovisionssatsen på 0,75% på møde den 14. marts 2017 mellem repræsentanter for værkerne i Mariagerfjord Kommune og Mariagerfjord Kommune blev aftalt, at forsyningsvirksomhederne skulle fremsende eksempler på forsyningsvirksomheders låneoptagelse på det private marked, som kunne underbygge påstanden om, at Mariagerfjord Kommunes garantiprovision ikke var fastsat på markedsvilkår. Det fremgår imidlertid, at sådanne eksempler ikke blev fremsendt, og at du i høringssvar til kommunen supplerende oplyste, at "Vi har vurderet, at en undersøgelse af kommercielle pengeinstitutters vilkår ikke er relevant, eftersom disse i modsætning til kommunen har krav om forrentning af egenkapitalen."

Ankestyrelsen har videre lagt vægt på, at det fremgår, at kommunen har besluttet, at sag om fastsættelse af garantiprovisionen kan genoptages, hvis forsyningsvirksomheden kan

dokumentere – med udgangspunkt i konkrete lånetilbud – at Mariagerfjord Kommunes garantiprovision ikke følger det generelle markedsniveau.

I forhold til henvisningen til de årlige præmier, der fremgår af tabellen under pkt. 3.3. i Kommissionens meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02), skal Ankestyrelsen bemærke, at tabellen opregner minimumspræmier, der ikke fastslår, at højere præmier er ulovlige, men alene at lavere præmier kan indebære, at der er tale om statsstøtte.

Ankestyrelsen bemærker afslutningsvis, at der ikke i øvrigt er oplysninger i sagen, der giver Ankestyrelsen grundlag for at antage, at garantiprovisionen fastsat af Mariagerfjord Kommune er højere end markedsprisen, således at kommunen skulle have fastsat garantiprovisionen med henblik på at opnå fortjeneste.

Ankestyrelsen foretager sig ikke yderligere i anledning af din henvendelse på det foreliggende grundlag, men oversender som beskrevet ovenfor sagen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til eventuel videre foranstaltning.

Kopi af dette brev er sendt til Mariagerfjord Kommune til orientering.

Udtalelsen vil blive offentliggjort på [www.ast.dk](http://www.ast.dk) i anonymiseret form.

Venlig hilsen



Trine Roslyng Jensen