

Notat om Energinet.dk's habilitet

- fastsættelse af regler for og køb af systemydelser

1. INDLEDNING OG KONKLUSION

Energinet.dk (ENDK) varetager både opgaver som systemoperatør og myndighedsopgaver. Et eksempel er, at ENDK fastsætter krav til de systemydelser, ENDK indkøber som led i varetagelsen af opgaven med at sikre balancen i elsystemet. Fastsættelse af krav til systemydelser og det efterfølgende køb af systemydelser skal ske under hensyntagen til, hvad der samfundsøkonomisk er det bedste resultat. Der er i branchen udtrykt bekymring for, om ENDK i tilstrækkeligt omfang inddrager samfundsøkonomiske hensyn ved udøvelsen af sine myndighedsopgaver. Bekymringen er, at ENDK snarere er styret af egne virksomhedsøkonomiske interesser.

Energistyrelsen har i lyset af denne problematik bedt mig:

- Beskrive de regler og principper om myndighedsinhabilitet, som følger af forvaltningsloven, retspraksis og ombudsmandspraksis.
- Vurdere om det forhold, at ENDK f.eks. fastsætter rammerne for markedet for systemydelser og efterfølgende indkøber systemydelser, konkret rejser habilitetsmæssige betænkeligheder.
- Vurdere om der bør iværksættes tiltag, som kan mindske risikoen for myndighedsinhabilitet hos ENDK, herunder om eventuelle habilitetsmæssige bekymringer kan overvindes gennem øget transparens og gennemskuelighed i ENDK's beslutningsprocesser.

Det er min vurdering, at kravet om myndighedshabilitet også gælder for ENDK. Det forhold, at ENDK f.eks. fastsætter krav til systemydelser og efterfølgende køber systemydelser, indebærer dog ikke i almindelighed, at ENDK er myndighedsinhabil.

Selv om ENDK ikke i almindelighed er myndighedsinhabil, kan det ikke udelukkes, at der kan opstå situationer, hvor det efter en konkret vurdering kan konstateres, at der er risiko for myndighedsinhabilitet.

Det er ENDK's ansvar altid at vurdere, om en sådan risiko konkret er til stede. Er ENDK habilitetsramt, vil en løsning kunne være, at ENDK forelægger sagen til udtalelse for Energitilsynet med et forslag til, hvordan ENDK agter at løse opgaven. En sådan forelæggelse vil give tilsynet mulighed for at afgøre, om ENDK's dispositioner hviler på saglige og relevante hensyn.

Uanset at ENDK ikke er myndighedsinhabil, bør ENDK's virksomhed tilrettelægges på en sådan måde, at der er almindelig tillid til ENDK's dispositioner. Det kan ske gennem en hensigtsmæssig organisering af ENDK og transparens i ENDK's dispositioner.

På denne baggrund anbefaler jeg, at:

- ENDK dokumenterer, at virksomheden er organiseret sådan, at personalet og ledelsen af den enhed, der f.eks. fastsætter krav til levering af systemydelser, er adskilt fra personalet og ledelsen af den enhed, som driver transmissionsnettet og dermed også køber systemydelser. Dokumentationen skal vise, at adskillelsen er reel således, at der er "vandtætte skotter" mellem enhederne.
- ENDK, når der foretages ændringer i reglerne for markedet for systemydelser, redegør for, hvordan aktørerne har været inddraget i processen. Redegørelsen bør også indeholde oplysninger, som gør det muligt at konstatere, om ændringerne hviler på saglige samfundsøkonomiske overvejelser.
- Det overvejes at stille krav om, at ovennævnte dokumentation og redegørelser indsendes til Energitilsynet til godkendelse.

Min vurdering har som eksempel fokuseret på ENDK's fastsættelse af regler for og køb af systemydelser. Men jeg bemærker, at vurderingerne og anbefalingerne kan overføres på andre dele af ENDK's virksomhed, hvis der her måtte være lignende habilitetsmæssige problemer.

2. ENDK'S VARETAGELSE AF BALANCEANSVAR

Kernen i ENDK's virksomhed er varetagelsen af opgaven som systemansvarlig virksomhed, jf. ELF § 27a, stk. 1. Det indebærer, at ENDK er ansvarlig for forsyningssikkerheden og dermed bl.a. skal sikre, at der hele tiden er balance mellem elproduktionen og elforbruget.

Opgaven skal varetages under hensyntagen til, hvad der er det bedste samfundsøkonomiske resultat.

Efter ELF § 28, stk. 2, nr. 3, skal ENDK samarbejde med systemansvarlige virksomheder i andre lande om etablering af gensidige, ligeværdige principper for elforsyning samt om bl.a. samkøring af transmissionsforbindelser, herunder håndtering af balance- og kapacitetsproblemer.

ENDK's opgave med at sikre balance i elsystemet er også forudsat i eldirektivet. Efter direktivets artikel 15, stk. 6 og 7, skal transmissionssystemoperatører (i Danmark ENDK) fastsætte regler for balancering af elsystemet og anvende gennemsigtige og ikke-diskriminerende markedsbaserede metoder ved anskaffelse af den energi, de anvender til balancering.

Efter § 7, stk. 1, nr. 4, i bekendtgørelse nr. 891 af 18. august 2011 om systemansvarlig virksomhed og anvendelse af eltransmissionsnettet m.v. (systemansvarsbekendtgørelsen) kan ENDK fastsætte forskrifter om balancering i elsystemet.

I medfør af systemansvarsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, nr. 4, har ENDK udstedt "Forskrift C2, Balancemarkedet og balanceafregning", som bl.a. fastsætter krav til systemydelser.

Systemydelser er betegnelsen for ydelser, som ENDK køber hos produktions- eller forbrugsenheder, og som skal sikre, at ENDK har adgang til de ressourcer, som er nødvendige for at sikre, at der hele tiden er balance mellem produktion og forbrug i elsystemet. En systemydelse kan være en opreguleringsreserve eller en nedreguleringsreserve, som ENDK har til rådighed, når der opstår ubalancer i elsystemet.

For at kunne sælge systemydelser til Energinet.dk skal leverandøren have indgået en aftale herom med Energinet.dk. De forskellige typer af systemydelser og de krav, som ENDK stiller til levering af systemydelser er nærmere beskrevet i ENDK's notat om "Systemydelser til levering i Danmark, Udbudsbetingelser", som er offentliggjort på ENDK's hjemmeside.

3. TRANSPARENS OG KONTROL VED ENDK'S FASTSÆTTELSE AF SYSTEMYDELSER

Det fremgår af punkt 2.10 i ENDK's notat om "Systemydelser til levering i Danmark, Udbudsbetingelser", at notatet er anmeldt til Energitilsynet.

Energinet.dk har også udarbejdet et notat med en strategi for systemydelser for perioden 2011-2015, som er offentliggjort på ENDK's hjemmeside. Strategien skal sikre en effektiv tilvejebringelse af systemydelserne med en åben og lige adgang for brugerne til markederne

for systemydelser. Strategien har været til kommentering hos aktørerne. Energinet.dk modtog kommentarer fra ni aktører, og deres kommentarer er sammenfattet i et selvstændigt offentligt notat. Strateginotatet er sendt til Energitilsynet, og det anføres i notatet, at ENDK tager forbehold for Energitilsynets behandling.

Om den fremadrettede transparens i forhold til implementering af strategien anføres det i strateginotatet, at Energinet.dk fremover vil give en status på strategien på de halvårslige aktørmøder. Herudover vil ENDK tilstræbe større aktørinddragelse og gennemsigtighed i forbindelse med implementeringen af strategien. Konkret vil ENDK præsentere nye initiativer og indhente indledende kommentarer på aktørmøderne, indhente detailkommentarer om større ændringer og holde individuelle møder med aktørerne, samt sende større ændringer til skriftlig kommentering hos aktørerne, hvorefter endelig implementering besluttet.

4. ENDK'S ORGANISERING

ENDK har for nylig gennemført en organisationsændring med henblik på at tydeliggøre roller og ansvar i de enkelte afdelinger, så det fremstår mere klart, hvilke afdelinger og personer i ENDK, der har ansvaret for fastsættelsen af regler, henholdsvis ansvaret for driften af ENDK's transmissionsnet.

Efter det oplyste varetages opgaven med udstedelse af regler, herunder regler om ENDK's køb af systemydelser, nu i afdelingen "Elmarked". Opgaven med drift af transmissionsnettet varetages i afdelingen "El drift". De to afdelinger er organisatorisk helt adskilte, og der er ikke personoverlap således, at den samme person kan sidde i begge afdelinger. Begge afdelinger refererer direkte til direktionen.

5. FORVALTNINGSRETTLIGE RAMMER FOR ENDK'S VIRKSOMHED?

ENDK er en selvstændig offentlig virksomhed (en SOV), og står derfor uden for det almindelige administrative hierarki. Det er dog ved særskilt hjemmel bestemt, at reglerne i forvaltningsloven (FVL), offentlighedsloven (OFL) og lov om Folketingets Ombudsmand (generelle forvaltningsretlige love) gælder for ENDK's virksomhed, jf. § 17. Det indebærer bl.a., at forvaltningsretlige regler og principper gælder, når ENDK træffer afgørelser.

Der kan rejses det spørgsmål, om ENDK ud over at være reguleret af de generelle forvaltningsretlige love, også er reguleret af uskrevne forvaltningsretlige principper, herunder kravet om myndighedshabilitet.

Udgangspunktet i dansk ret er en organisatorisk afgrænsning således, at et organs formelle tilknytning til det offentlige er afgørende for, om forvaltningsretlige principper finder anvendelse, jf. f.eks. Folketingets Ombudsmands Beretning (FOB) 1989.104.

Domstolene har i visse tilfælde antaget, at offentligretlige principper var gældende for institutioner, der ikke generelt kunne betragtes som en del af den offentlige forvaltning. Domstolene har her lagt vægt på, at institutionerne udøvede offentlig forvaltning i materiel forstand. I en sag trykt i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1975, side 248, fastslog Vestre Landsret, at et koncessioneret elselskab i kraft af sin monopolstilling i forhold til forbrugerne var omfattet af den almindelige lighedsgrundsætning. Ligeledes antog Østre Landsret i en sag trykt i UfR 1977, side 788/2, at arbejdsløsheds-kasserne (som ikke er en del af den offentlige forvaltning) var omfattet af den almindelige lighedsgrundsætning i forbindelse med a-kassernes arbejdsanvisning.

Fra Folketingets Ombudsmands praksis kan nævnes FOB 1973.275. Her fastslog Ombudsmanden, at Landbrugets Dispositionsfond, hvor landbrugsorganisationerne fordelte offentlige midler, "*principielt [var] bundet af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger og principper*".

Det må på denne baggrund antages, at de almindelige forvaltningsretlige principper, herunder kravet om myndighedshabilitet, gælder for ENDK's virksomhed. Jeg lægger herved også vægt på, at kravet om myndighedshabilitet hviler på de samme retssikkerhedsmæssige hensyn, som ligger til grund for reglen i FVL § 3 om speciel habilitet, der utvivlsomt gælder for ENDK, jf. ENDK-lovens § 17.

6. MYNDIGHEDSINHABILITET

6.1 Regler

Det grundlæggende hensyn bag reglerne om habilitet er at sikre borgernes tillid til, at forvaltningen træffer lovlige og rigtige afgørelser. FVL § 3 indeholder regler om, i hvilke tilfælde personer i den offentlige forvaltning må afstå fra at medvirke ved behandlingen af en sag, fordi der foreligger en interessekonflikt, som vækker tvivl om vedkommendes upartiskhed, såkaldt personlig (speciel) inhabilitet.

Imidlertid kan ikke blot personer, men også myndigheder som sådan rammes af inhabilitet, såkaldt myndighedsinhabilitet. Myndigheden kan nemlig selv være part eller på anden måde have en særlig (og uvedkommende interesse) i sagens udfald. Myndighedsinhabilitet kan foreligge, selv om der i det konkrete tilfælde ikke er tale om personlig (speciel) inhabilitet blandt myndighedens medarbejdere.

Der findes ikke lovfæstede regler om myndighedsinhabilitet. Men det er omtalt i forarbejderne til FVL, hvoraf fremgår, at myndighedsinhabilitet efter Justitsministeriets opfattelse ikke egner sig til en almindelig lovmæssig regulering.

De habilitetskrav, der gælder for myndigheder, beror derfor på den praksis, der har udviklet sig hos domstolene og hos Folketingets Ombudsmand, og som baserer sig på de samme

hensyn, som ligger bag reglerne om personlig inhabilitet. Det antages således, at myndighedsinhabilitet kan indtræde, hvis myndigheden befinder sig i en relation til en sag, der svarer til den, der for offentlige ansatte medfører inhabilitet efter reglerne i FVL § 3, og reglerne i FVL § 3 kan derfor tjene til inspiration, jf. f.eks. FOB 2004, side 226.

Navnlig kan de hensyn, der ligger bag reglen i FVL § 3, stk. 1, nr. 1, være vejledende, når det skal vurderes, om en myndighed er inhabil. FVL § 3, stk. 1, nr. 1, lyder således:

"Den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis

vedkommende selv har en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald eller er eller tidligere i samme sag har været repræsentant for nogen, der har en sådan interesse ..."

En person kan dermed være inhabil i en sag, hvis vedkommende selv har en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald. At interessen skal være "særlig" betyder først og fremmest, at den i forhold til den pågældende skal have en vis konkret karakter.

Når interessen skal være konkret drages der en grænse over for de tilfælde, hvor en eventuel interesse er af mere hypotetisk eller indirekte karakter. Det kan udtrykkes på den måde, at jo flere forudsætninger eller led, der må indlægges i ræsonnementet for, at en bestemt afgørelse kan tænkes at udløse en fordel for den pågældende, des længere fjerner man sig fra, at der er tale om en "særlig" inhabilitetsbegrundende interesse.

Generelt vil interesser, der bygger på hypotetiske forudsætninger, sjældent medføre inhabilitet, medmindre der er forholdsvis klare indikationer for, at forudsætningerne faktisk foreligger eller sandsynligvis vil indtræde - at interessen med andre ord ikke er for fjerntliggende.

Vurderingen af om interessen er "særlig" har et delvist overlap med den vurdering, som må foretages efter afgrænsningsreglen i FVL § 3, stk. 2, der lyder således:

"Inhabilitet foreligger dog ikke, hvis der som følge af interessens karakter eller styrke, sagens karakter eller den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen ikke kan antages at være fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn."

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

"Særlig med hensyn til betydningen af afgørelsens karakter bemærkes, at der i forhold til afgørelser af mere generel karakter i almindelighed ikke vil være helt det samme behov for at antage speciel inhabilitet som i forhold til konkrete afgørelser."

Kravet om, at interessen skal have en vis styrke, tager højde for det forhold, at interessen så at sige "udtyndes", jo mere almen, hypotetisk eller afledt den bliver - interessen mister i styrke. Kravet indebærer, at selv i tilfælde, hvor der klart er tale om en individuel, konkret interesse, kan omfanget eller vægten af denne interesse være så ubetydelig, at der ikke vil foreligge inhabilitet. Oftest vil det dreje sig om økonomiske interesser, fordi det her er relativt nemt at fastslå, om interessen er af ubetydelig størrelse.

6.2 Praksis

Fra praksis er der flere eksempler på sager, hvor myndighedsinhabilitet skyldes betænkeligheden ved at acceptere, at forskellige funktioner forenes hos en myndighed på en sådan måde, at de almindelige kontrolmekanismer formelt eller reelt udhules. Det er f.eks. tilfældet, når en myndighed (konkret Justitsministeriet) skal træffe afgørelse om fri proces til et sagsanlæg mod myndigheden selv, jf. FOB 1992.151. Se også FOB 2008.323, FOB 2004.226 og FOB 1996.75.

I kommunalt regi har myndighedsinhabilitet været statueret i tilfælde af, at en kommune på den ene side som bygherre skal indhente en byggetilladelse, og på den anden side som bygnings- eller miljømyndighed skal træffe afgørelse om byggetilladelse og eventuelle dispensationer, jf. FOB 2007.459, Miljøretlige Afgørelser og Domme (MAD) 2004.95V, FOB 1997.150, FOB 1980.746.

I modsætning hertil kan nævnes MAD 2008.1675 og MAD 2008.1680, hvor Naturklagenævnet ikke fandt, at der forelå inhabilitet i en situation, hvor en gren af et amtsråds forvaltning, der administrerede naturbeskyttelsesloven, ud fra rent saglige vurderinger meddelte dispensation fra visse af lovens bestemmelser til en anden gren af amtsrådets forvaltning, der stod for amtets egne anlægsarbejder. Det har muligvis haft en vis betydning for nævnets vurdering i disse sager, at der ikke var mulighed for at lade en anden myndighed træffe afgørelse (om substitution, se nedenfor under punkt 6.3).

Personlig inhabilitet hos lederen af en hierarkisk forvaltningsmyndighed kan også medføre inhabilitet for myndigheden som sådan, jf. FOB 1996.256 og FOB 2004.226 samt Gammeltoft-Hansen, Inhabilitet i forvaltningen 2011, side 163. I UfR 2009.2706H havde Hovedstadens Udvalgsråd (HUR) meddelt tilladelse til, at et energiselskab kunne opstille nogle vindmøller. Formanden for HUR - der ikke havde deltaget i HUR's afgørelser - var medlem af bestyrelsen i det pågældende energiselskab. Højesteret fandt dog ikke, at formandens bestyrelsespost i energiselskabet kunne bevirke, at HUR som kollegial myndighed var inhabil.

Det forhold, at en statslig myndighed har ejerinteresser i et selskab, indebærer som udgangspunkt ikke, at myndigheden som sådan er inhabil, når myndigheden skal træffe beslutninger, der har betydning for disse selskaber, jf. for statslige selskabers vedkommende Finansministeriets rapport om "Statslige aktieselskaber - tilsyn, ansvar og styring", 2003, side 45-47 og 205-208.

Et tilsvarende udgangspunkt må antages at gælde for kommunalt ejede selskaber, jf. herved "Rapport fra udvalget vedrørende de styringsmæssige relationer mellem kommunalbestyrelser og kommunale selskaber", 2006, side 112-114.

6.3 Substitution

Er myndigheden inhabil i forhold til en sag, må myndigheden som udgangspunkt ikke træffe afgørelse, deltage i afgørelsen eller i øvrigt medvirke ved behandlingen af den pågældende sag, jf. principperne i FVL § 3, stk. 3.

Myndighedsinhabilitet må som udgangspunkt søges løst ved substitution, det vil sige, at en sideordnet eller overordnet myndighed overtager sagen fra den habilitetsramte myndighed. Det er derfor et krav, at myndigheden i tilfælde af myndighedsinhabilitet nøje overvejer, om der foreligger substitutionsmuligheder, jf. FOB 1987.211 og FOB 1996.160.

Ved myndighedsinhabilitet vil der langt oftere end ved personlig inhabilitet være væsentlige vanskeligheder eller betænkeligheder forbundet med substitution. Dette skyldes navnlig, at substitution kan medføre tab eller svækkelse af sagkundskab, hvilket kan tale afgørende imod at sætte en anden myndighed i den umiddelbare kompetente myndigheds sted, jf. Hans Gammeltoft-Hansen, Inhabilitet i forvaltningen 2011, side 150, og Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2013, side 165.

Substitution til en sideordnet myndighed vil særligt kunne tænkes, hvor der på det pågældende sagsområde findes andre ensartede myndigheder. Substitution til en overordnet myndighed vil normalt kræve, at der hos den overordnede myndighed er den fornødne sagkundskab.

Det antages, at i tilfælde af, at forvaltningsmyndigheden handler i henhold til en originær kompetence, kan afgørelsen som udgangspunkt ikke uden udtrykkelig lovhjemmel overlades til en overordnet (eller sideordnet) myndighed, jf. f.eks. Karsten Revsbech m.fl., Forvaltningsret sagsbehandling, 2014, side 116, og samme retning Hans Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2002, side 283, og Hans Gammeltoft-Hansen, Inhabilitet i forvaltningen 2011, side 152. Dette gælder uanset om den originære kompetence fremgår direkte af lovgrundlaget, eller om kompetencen må anses som forudsat i lovgivningen, jf. FOB 197.150 og MAD 2004.95V.

6.4 Hvor substitution ikke er en mulighed

Det følger af FVL § 4, stk. 1, at myndigheden må træffe afgørelse på trods af inhabiliteten, hvis substitution ikke er mulig. Men i den forbindelse bør der, i det omfang det er muligt, træffes foranstaltninger med henblik på at afbøde eller mindske inhabiliteten.

For det første bør det organisatorisk tilstræbes, at sagen ikke behandles af den samme del af myndigheden (det samme kontor, afdeling m.v.), som beskæftiger sig med det område, hvor myndigheden har en særlig interesse, jf. FOB 1981.135 og FOB 1996.160.

Myndigheden bør videre udvise ekstraordinær omhu, når sagen skal behandles og afgøres, herunder udarbejde en særligt udførlig begrundelse for derved at påvise, at afgørelsen er i fuld overensstemmelse med reglerne, herunder praksis, på området, jf. FOB 1996.160 og MAD 2004.95V (særlig klart i den indbragte byretsdom).

I tilfælde af at myndigheden er underordnet en anden myndighed, bør muligheden for at forelægge sagen til udtalelse for den overordnede myndighed overvejes, jf. FOB 2007.459.

Såfremt myndighedens afgørelser kan påklages, er det fast antaget, at klageinstansens prøvelse skal være særligt intensiv, og dette gælder, uanset at klageinstansen normalt kun foretager en begrænset prøvelse, jf. FOB 1996.160, FOB 1997.150 og FOB 2007.459.

7. VURDERING

ENDK er en SOV, men kravet om myndighedshabilitet gælder også for ENDK. Når ENDK udsteder bindende regler og træffer afgørelser, udøver ENDK beføjelser, der svarer til de beføjelser, der tilkommer sædvanlige forvaltningsmyndigheder. ENDK skal ved udøvelsen af denne del af sin virksomhed sikre sig, at der ikke foreligger myndighedsinhabilitet.

Det forhold, at ENDK fastsætter krav til systemydelse og efterfølgende køber systemydelser, indebærer efter min vurdering ikke i almindelighed, at ENDK er myndighedsinhabil.

Jeg lægger herved først og fremmest vægt på, at den almindelige retsgrundsætning om myndighedsinhabilitet må vige i det omfang, andet følger af særskilt lov, jf. f.eks. FOB 1997, side 150. Det er fastsat af lovgiver, at ENDK i egenskab af systemansvarlig myndighed skal varetage opgaven med at sikre balance i elsystemet. Lovgiver må derved antages at have forudsat, at opgaven med fastsættelse af regler for balancering af elsystemet og opgaven med køb af systemydelser kan varetages af den samme enhed. Samme forudsætning fremgår af eldirektivet, hvor det anføres, at transmissionssystemoperatører skal fastsætte regler for balancering af elsystemet og anvende gennemsigtige og ikke-diskriminerende markedsbaserede metoder ved anskaffelse af den energi, de anvender til balancering.

Jeg lægger også vægt på, at ENDK's økonomiske interesse forekommer relativt beskeden og fjernliggende. Kravene til systemydelser sker ved fastsættelse af generelle regler herom. Det gør den økonomiske interesse for ENDK mere hypotetisk og indirekte, end hvis ENDK havde fastsat individuelle krav for hver enkelt af de virksomheder, som leverer systemydelser. Endvidere kan risikoen for, at ENDK usagligt inddrager virksomhedsøkonomiske hensyn ved indkøbet af systemydelser, let overbetones. ENDK's virksomhed drives efter hvile-i-sig-selv princippet, og er derfor ikke på samme måde som andre virksomheder styret af virksomhedsøkonomiske hensyn. Det er et forhold, der svækker den økonomiske interesses styrke.

Endelig lægger jeg vægt på, at det antages, at statslige myndigheders ejerinteresser i et selskab i almindelighed ikke indebærer, at myndigheden som sådan er inhabil, når myndigheden skal træffe beslutninger, der har betydning for disse selskaber. I hvert fald hvor staten er eneste ejer af selskabet, har situationen lighedspunkter med situationen for ENDK.

Jeg bemærker, at selv om ENDK ikke i almindelighed er myndighedsinhabil, kan det ikke udelukkes, at der kan opstå situationer, hvor det efter en konkret vurdering kan konstateres, at der er risiko for myndighedsinhabilitet.

Det er ENDK's ansvar altid at vurdere, om en sådan risiko konkret er til stede. Hvis ENDK er habilitetsramt, er det principielle udgangspunkt substitution, det vil sige, at ENDK må lade en anden, f.eks. Energitilsynet, varetage opgaven. Det er dog meget sandsynligt, at substitution i de fleste tilfælde vil indebære et så betydeligt tab af sagkundskab, at dette ikke er en hensigtsmæssig løsning. Her vil en bedre løsning formentlig være, at ENDK forelægger sagen til udtalelse for Energitilsynet med et forslag til, hvordan ENDK agter at løse opgaven.

Uanset at ENDK ikke er myndighedsinhabil, må det gælde som et generelt synspunkt, at forvaltningens virksomhed skal tilrettelægges på en sådan måde, at det modvirkes, at der skabes mistillid til den. Efter min opfattelse bør ENDK's virksomhed tilrettelægges, så der er almindelig tillid til ENDK's dispositioner. De habilitetsmæssige bekymringer må derfor varetages gennem en hensigtsmæssig organisering af ENDK og transparens i ENDK's dispositioner.

Fastsættelsen af krav til levering af systemydelser kan med fordel henlægges til en enhed i ENDK, der er organisatorisk adskilt fra den enhed i ENDK, som driver transmissionsnettet og dermed også køber systemydelser. Efter det oplyste har ENDK for nylig foretaget netop en sådan organisatorisk adskillelse.

Endvidere bør der skabes transparens i ENDK's fastsættelse af krav til og køb af systemydelser. Aktørerne på markedet bliver allerede i dag hørt, inden ENDK fastsætter krav til

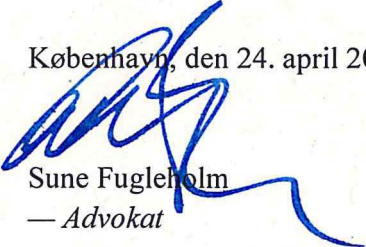
systemydelserne, og de inddrages også i ENDK's fremtidige strategi for systemydelser. Jeg er ikke i stand til at vurdere, om der herved er sikret tilstrækkelig transparens, men jeg bemærker, at ENDK efter det oplyste selv har peget på behovet for mere transparens.

Jeg anbefaler derfor, at ENDK dokumenterer, at virksomheden er organiseret sådan, at den enhed, der fastsætter krav til levering af systemydelser, er adskilt fra den enhed, som driver transmissionsnettet og dermed også køber systemydelser. Dokumentationen skal vise, at adskillelsen er reel således, at der er "vandtætte skotter" mellem enhederne.

Jeg anbefaler videre, at ENDK, når der foretages ændringer i reglerne for markedet for systemydelser, redegør for, hvordan aktørerne har været inddraget i processen. Redegørelsen bør også indeholde oplysninger, som gør det muligt at konstatere, om ændringerne hviler på saglige samfundsøkonomiske overvejelser.

Endelig anbefaler jeg, at det overvejes at stille krav om, at ovennævnte dokumentation og redegørelser indsendes til Energitilsynet til godkendelse.

København, den 24. april 2014



Sune Fugleholm
— Advokat