

[Kommentarer]  
Til Forsyningstilsynet

Dok. ansvarlig: TSK  
Sekretær:  
Sagsnr: s2017-634  
Doknr: d2020-20439-10.0  
19-08-2020

## **Svar til høring af vejledning om aftalers markedsmæssighed på området for realisering af energibesparelser**

Dansk Energi vil gerne takke for muligheden for at afgive kommentarer i forbindelse med høringen af udkast til vejledning om markedsmæssighed på energispareområdet. Kommentarerne består af både overordnede, principielle kommentarer og efterfølgende kommentarer, der er mere tekstnære. Vi står naturligvis til rådighed for en uddybning, såfremt Forsyningstilsynet måtte have spørgsmål til nærværende kommentarer.

### **1. Overordnede bemærkninger**

Overordnet set vil Dansk Energi fremhæve særligt disse forhold i vejledningen som afstedkommer principiel undren:

- 1.1. Timingen af vejledningen er kritisabel og udtryk fra manglende operationel og markedsmæssig indsigt
- 1.2. Vejledningen anlægger en uhjemlet tilsynspraksis
- 1.3. Forsyningstilsynet (FSTS) risikerer med den beskrevne praksis at forvride konkurrencen

Disse principielle forhold uddybes i nedenstående overordnede bemærkninger.

***Samlet set er det Dansk Energis overordnede anbefaling, at vejledningen trækkes tilbage i sin helhed, fordi 1) timingen gør den irrelevant, 2) den anlægger en uhjemlet praksis og 3) den beskrevne praksis risikerer at forvride konkurrencen.***

#### **1.1 Timingen af vejledningen er kritisabel og udtryk for manglende operationel og markedsmæssig indsigt**

Vejledningen til markedsmæssighed i energispareforpligtelsen er sendt i høring mere end et år efter udstedelse af bekendtgørelsen og 6 måneder, inden ordningen udløber. Dette er stærkt kritisabelt af to årsager.

For *det første* fordi, samtlige elnetselskaber på nuværende tidspunkt i al væsentlighed har afsluttet deres kontraktindgåelser med kommercielle parter om energibesparelser til levering i 2020, hvilket betyder, at vejledningen reelt er irrelevant ift. selskabernes aftaleindgåelse, eftersom prisdokumentationen for indgåede aftaler iflg. bekendtgørelsen skal foreligge på tidspunktet for aftalernes indgåelse. Denne fremadrettede aftaleindgåelse har været anvendt af netselskaberne til opfyldelse af deres energispareforpligtelser lige siden, den første Energispareaftale blev indgået og er således helt almindelige markedsprocedure. Når FSTS udsender en vejledning så sent som 6 måneder inden ordningens udløb, er det derfor udtryk for manglende operationel og markedsræssig indsigt i netselskabernes varetagelse af energispareforpligtelsen.

For *det andet* fordi, selskaberne i mere end et år således ikke har haft kendskab til FSTS administrative praksis og har alene haft bekendtgørelsen at rette sig efter i tiden før bekendtgørelsen om markedsræssighed blev udstedt, har udfordringen været den samme, da det her alene var bestemmelserne i elforsyningsloven, der har været rettesnor ved aftaler om markedsræssighed. Alligevel finder FSTS åbenbart det nødvendigt at præcisere denne administrative praksis i en vejledning på et alt for sent tidspunkt. Vejledningen må på den baggrund tages som udtryk for, at FSTS fastlægger praksis med tilbagevirkende kraft, hvilket er forvaltningsmæssigt betænkeligt og uden værdi for de virksomheder, vejledningen er adresseret til.

Hvis det er formålet med vejledningen at skabe klarhed og forudberegnelighed, bør FSTS i vejledningen starte ud med at gøre det tydeligt, at FSTS ikke har til hensigt at udmønte lov nr. 704 af 8. juni 2018 og bekendtgørelse nr. 215 af 6. marts 2019 med bagudvirkende kraft. Hvis det er FSTSs vurdering, at man har mandat til at administrere behandlingen af sager om markedsræssighed for energibesparelser med de skærper og beføjelser, der er indskrevet i disse, for aftaler indgået inden 1. juli 2018 og 15. marts 2019, bør det fremgå fuldstændig eksplicit af vejledningen med henvisning til, hvor i loven der gives en sådan usædvanlig bemyndigelse.

Det, at FSTS udsender et høringsudkast til vejledning mindre end 6 måneder inden udløb af ordningen, viser, at FSTS er ude af trit med energisparemarkedets processer og på den måde viser mangel på fundamental forståelse for de markedsforhold, selskaberne opererer under. Det må således konstateres, at vejledningen reelt ikke vil få virkning i praksis som en administrativ støtte til virksomhederne, og det må derfor forstås, at den alene tjener et formål om at fastlægge administrativ tilsynspraksis med tilbagevirkende kraft. Dette må betragtes som uhørt i forhold til almindelige retsgrundsætninger og god forvaltningsskik.

Hvis FSTS imidlertid anerkender, at der er en tidsræssig afgrænsning for anvendelsen af bestemmelserne i nævnte lov og bekendtgørelse, bør det af vejledningen fuldstændig klart fremgå, hvilke regler der gælder samt hvornår og hvordan der skelnes mellem disse. Ellers opnår man med vejledningen det modsatte af formålet om klarhed og forudberegnelighed.

Som vejledningen fremstår i det offentliggjorte udkast, behandles i realiteten alene retningslinjer for aftaler indgået efter 15. marts 2019, dvs. efter både bekendtgørelse nr. 215 og lov nr. 704 er trådt i kraft. Hvis vejledningen skal være brugbar og reelt give klarhed og forudberegnelighed, må så godt som alle afsnit i vejledningen omskrives, så der behandles retningslinjer, krav og pligter for de tre perioder: Tiden op til 1. juli 2018, tiden op til 15. marts 2019 og tiden

efter 15. marts 2019. Hvis ikke den omskrives, vil den modsat medvirke til forvirring og uigenkendskuelighed og tvivl om retsgrundlag

***Uanset en sådan foreslået præcisering i vejledningen vil den, som anført ovenfor, i praksis ikke have værdi for de regulerede virksomheder, fordi aftaleindgåelser frem til energispareaftalens udløb reelt allerede er gennemført, og derfor anbefales det grundlæggende, at vejledningen trækkes tilbage i sin helhed.***

## 1.2 Vejledningen anlægger en uhjemlet tilsynspraksis

FSTS beskriver generelt ganske loyalt de anerkendte TP-metoder i vejledningen i overensstemmelse med gældende Transfer Pricing Guidelines (TPG) fra OECD og Skattestyrelsens vejledninger på området. Men ender med at konkludere, at tilsynet med aftalers markedsmæssighed i sidste ende altid vil blive udført med anvendelse af en avancebaseret Transfer Pricing (TP) metode, dvs. Transactional Net Margin Method (TNMM) via en efterprøvning. Dette uanset hvilken TP-metode, det enkelte selskab har anvendt i deres egen dokumentation for markedsmæssigheden af indgåede energispareaftaler.

Dermed lægger FSTS op til at indføre en praksis, som indebærer en énsidig indsnævring af metodeapparatet i OECDs TPG, hvor der i alt er beskrevet fem alternative TP-prisfastsættelsesmetoder, som selskaberne kan gøre brug af i deres TP-dokumentation, og som FSTS efter lovgivningen ligeledes er forpligtet til at følge. Som udgangspunkt er de fem metoder ligeværdigt anvendelige, dog gøres det klart i TPG, at hvis der foreligger sammenlignelige uafhængige transaktioner, er en direkte prissammenligning baseret på Comparable Uncontrolled Price (CUP) metoden den mest pålidelige og bør dermed være den foretrukne metode, herunder fremfor TNMM.

Et énsidigt metodevalg fra FSTSs side baseret på TNMM er således i strid med TPG, selvom det i forarbejderne til elforsyningslovens § 46, stk. 2 udtrykkeligt fremgår, at:

*”Det forudsættes, at Energitilsynet (Forsyningstilsynet, red.) vil udøve sit skøn indenfor rammerne af OECD’s Guidelines for Transfer Pricing og SKAT’s (Skattestyrelsen, red.) vejledning...”.*

Det ligger klart udenfor såvel TPG og Skattestyrelsens vejledning, at regulator lægger sig fast på et énsidigt á priori metodevalg uanset hvilken metode, de selskaber, der føres tilsyn med, har benyttet i deres TP-dokumentation. Dermed ville den praksis, FSTS nu lægger op til i udkast til vejledning reelt ikke være hjemlet i hverken elforsyningsloven eller skattemæssige regler og praksis.

Endvidere må det konstateres, at FSTS de facto er i færd med at indføre en praksis svarende til FSTSs eget forslag i *Rapport om analyse af effektiviseringspotentialet i el-distributionssektoren*<sup>1</sup>, selvom FSTS i denne rapport netop selv bemærker, at forslaget ville forudsætte regelændringer. Forslaget i rapporten lyder:

<sup>1</sup> Se <https://forsyningstilsynet.dk/aktuelt/publikationer/elmarkedet/analyse-af-effektiviseringspotentialet-i-el-distributionssektoren>

*”Derfor foreslås følgende tiltag, til skærpelse af tilsynet med netvirksomhedernes koncerninterne transaktioner på følgende punkter:*

1. *Udvidelse og præcisering af gældende markedsmæssighedsbekendtgørelse*
2. *Tilsyn med avancen i koncerninterne transaktioner efter TPG (avancemodell)*

*Forslaget indebærer, at reglerne om markedsmæssighed ændres, at der kræves dokumentation for, at der ikke gennem koncerninterne transaktioner er blevet skabt nettoavancer, der er større end det sammenlignelige, uafhængige virksomheder opnår på et marked med effektiv konkurrence”*

Det synes således særdeles betænkeligt, at FSTS nu lægger op til at fastlægge en administrativ praksis, der, netop som FSTS selv bemærker i forslaget ovenfor, ville forudsætte regelændringer. En uddybende TP-faglig kommentar til ovennævnte forslag i FSTSs rapport er vedlagt som bilag<sup>2</sup> til nærværende notat.

### **1.2.1 Énsidigt og uhjemlet TP-metodevalg i udkast til vejledning**

FSTSs oplæg til skærpet administrativt TP-metodevalg fremgår af vejledningsudkastets afsnit 3.4.1 om efterprøvelse af avanceniveauer i koncernforbundne selskaber. Heri anføres:

*”Forsyningstilsynet vil i forbindelse med det almindelige tilsyn med aftalers markedsmæssighed på energispareområdet kunne foretage efterprøvelse af den avance, der er blevet skabt hos de virksomheder, der sælger ydelser til en koncernforbunden net eller distributionsvirksomhed.*

*Efterprøvelsen vil blive anvendt for at underbygge eventuel utilstrækkelig eller usikker dokumentation efter en af metoderne, som gengivet under 3.2. Efterprøvelsen vil ske inden for rammerne af TNMM som beskrevet ovenfor under afsnit 3.2.4.”*

Andre steder i vejledningsudkastet anfører FSTS ganske vist, at deres praksis skal følge TPG og de skattemæssige regler. Men i ovenstående afsnit fastslår FSTS altså, at tilsynet i alle tilfælde vil kunne blive gennemført efter TNMM uden vejledning i hvordan denne ”tilbagefaldsregel” vil kunne komme i anvendelse.

**Dette er i direkte modstrid med TPG og de skattemæssige regler**, som fordrer, at FSTS – før et selskabs eget metodevalg kan tilsidesættes – skal basere sine vurderinger og analyser af den dokumentation, selskabet har forelagt i overensstemmelse med kravene i de skatteretlige regler og praksis<sup>3</sup>. Dette fremgår klart af forarbejderne til elforsyningslovens § 46, stk. 2:

*”Det forudsættes, at Energitilsynet vil udøve sit skøn inden for rammerne af OECD’s Guidelines for Transfer Pricing og SKATs vejledning »Transfer Pricing*

<sup>2</sup> Transfer pricing-faglig kommentering af Forsyningstilsynets udtalelser om markedsmæssighed i ”Rapport om analyse af effektiviseringspotentialet i eldistributionssektoren”, udarbejdet af EY for Dansk Energi, juni 2020.

<sup>3</sup> Se bl.a. afgørelse i Landsskatteretten SKM2016.436.LSR, <https://skat.dk/skat.aspx?oid=2234312>

*– Dokumentationspligten«. Energitilsynet skal primært beskæftige sig med væsentlige aftaler. Da regelgrundlaget vedrørende aftalers markedsmæssighed er ensartede på skatteområdet og energiområdet vil det i konkrete tilfælde kunne være hensigtsmæssigt med en dialog med skatteforvaltningen i forbindelse med Energitilsynets sagsbehandling.” (egen understregning)*

Elforsyningslovens § 46, stk. 2 indeholder således en klar reference til de skattemæssige regler, hvor det i skattekontrollovens § 46, stk. 1 fremgår, at

*”Har en skattepligtig omfattet af § 38 eller § 40, stk. 1, ikke udarbejdet dokumentation for kontrollerede transaktioner efter § 39 eller indsendt revisorerklæring efter § 43, stk. 1, kan told- og skatteforvaltningen efter udløbet af oplysningsfristen i §§ 11-13 for det pågældende indkomstår foretage en skønsmæssig ansættelse, for så vidt angår de kontrollerede transaktioner for dette indkomstår, i overensstemmelse med ligningslovens § 2, stk. 1.” (egen understregning)*

Af forarbejderne til denne bestemmelse fremgår klart, at:

*”Skønnet vil altid skulle udøves i overensstemmelse med principperne i OECD’s retningslinjer om transfer pricing. I OECD’s retningslinjer findes forskellige metoder, som kan anvendes til at fastlægge priser og vilkår for transaktioner mellem kontrollerede parter. De forskellige transfer pricing-metoder er beskrevet i OECD’s retningslinjer, kapitel 2. Der er tale om den fri markedsprismetode (Comparable Uncontrolled Price Method eller CUP-metoden), videresalgsprismetoden (Resale Price Method), kostpris plus avance-metoden (Cost plus-metoden), den transaktionsbestemte nettoavancemetode (Transactional Net Margin Method), avancefordelingsmetoden (Profit Split Method) og andre metoder, hvis de er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.”*

Det er på denne baggrund klart, at FSTS skal følge TPG i sit metodevalg, hvis der skal kunne findes grundlag for at tilsidesætte den af et selskab valgte TP-dokumentationsmetode som følge af, at FSTS finder den af selskabet forelagte dokumentation mangelfuld eller manglende. Dette indebærer, at FSTS i sin vurdering er forpligtet til at anvende den i den konkrete transaktion bedst egnede metode og ikke á priori énsidigt kan fastlægge en praksis baseret på én bestemt metode. FSTS er altså – ligesom selskaberne – forpligtet til konkret at begrunde deres metodevalg for den konkrete transaktion.

Når FSTS alligevel søger at fastlægge en praksis baseret på et énsidigt metodevalg, kan det derfor konstateres, at FSTS dermed demonstrerer en fundamental mangel på forståelse for de grundlæggende rationaler, praksis og regler på TP-området, som det netop blev forudsat i elforsyningslovens § 46, stk. 2, at FSTS skulle følge i sit tilsyn med elnetselskabernes koncerninterne aftaler i det hele taget og specifikt på energispareområdet.

FSTS begrundet i afsnit 3.4.1 i vejledningsudkastet sit énsidige á priori metodevalg med følgende overvejelser:

*”Det er imidlertid en helt afgørende forudsætning for det skatteretlige armslængdeprincip og de herunder udviklede Transfer Pricing Guidelines, at to uafhængige aftaleparter vil søge at profitmaksimere, herunder henholdsvis at købe billigst muligt og sælge så dyrt som muligt.*

*Denne forudsætning eksisterer enten ikke eller har en meget begrænset rækkevidde for de naturlige monopoler (net- og distributionsvirksomhederne), der har en reguleret økonomi, og som f.eks. på området for energibesparelser og nettab har en lovbestemt ret til at lade omkostningerne - uanset størrelse - indregne i tariffene i forholdet 1:1 uden for omkostningsrammen og forrentningsrammen. Net- eller distributionsvirksomhederne har således ikke et nævneværdigt incitament til at omkostningsminimere, hvilket har en betydning for virksomhedernes kontrollerede transaktioners priser. Der er således på dette område en risiko for, at priserne – selv i uafhængige transaktioner – er fastsat efter andre interessestrukturer end de rene markeds kræfter.”*

FSTSs begrundelse af det énsidige metodevalg beror således på en tydelig forudsætning om, at elnetselskaberne ikke følger dansk lovgivning.

*Ingen ansvarlige ejere accepterer ødselhed i deres netselskabers varetagelse af bevillingsansvaret for distributionsvirksomhed – det være andelshavere, kommuner, fonde, selvejende institutioner mv. Forrentningsmæssig drift er således en grundpræmis for ethvert netselskab uanset, hvorledes reguleringen af netselskabets omkostninger gennemføres. FSTSs begrundelse ovenfor udgør dermed en mistænkeliggørelse af og mangel på anerkendelse af og respekt for ansvarligt ejerskab og drift af de danske elnetselskaber. På den baggrund fremstår FSTSs begrundelse for det énsidige metodevalg spekulativ, usaglig, og ikke mindst udokumenteret.*

Derudover skal det bemærkes, at uanset usaglig generel begrundelse, er FSTS forpligtet af principperne i TPG såvel som af elforsyningsloven og skattekontrolloven til, i hvert enkelt konkrete tilfælde at begrunde deres specifikke TP-metodevalg, som samtidigt skal kunne udgøre en saglig begrundelse for en tilsidesættelse af den af selskabet, valgte TP-metode i en given transaktion.

Videre anfører FSTS i afsnit 3.4.1 i vejledningsudkastet, at:

*”Forsyningstilsynet vil af de grunde efterse de avancer, der bliver skabt i forbindelse med koncerninterne transaktioner med net- og distributionsvirksomhederne, således at det sikres, at avancen, og dermed de midler der overføres fra den regulerede økonomi til de kommercielle søsterselskaber, er i overensstemmelse med de avanceniveauer, som eksterne uafhængige selskaber opnår ved indgåelse af aftaler om levering af lignende ydelser.”*

Det skal hertil bemærkes, at såfremt en transaktion er dokumenteret ved en direkte TP-metode – fx en CUP – findes intet belæg hverken i elforsyningsloven eller regler og praksis på skatteområdet for, at regulator insisterer på at udføre avancekontrol af de kommercielle selskaber, som netselskaberne handler med. Det vil ikke alene være i strid med det forvaltningsretlige forbud mod at sætte skøn under regel ved ensidigt at anvende TNMM, men kan også medføre,

at priser, der er fastsat efter gældende anerkendte principper om markedsmæssighed ændres til administrativt fastsatte priser, som de facto ikke afsejler markedet.

Mange forhold kan afstedkomme en helt legitim forskel i avancenniveauer hos kommercielle virksomheder – ikke mindst forskelle i effektivitet og risiko på de ydelser, de leverer til det marked, de agerer på. Dette anerkendes fuldt ud af TPG, som netop lægger vægt på, at CUP-metoden bør være den foretrukne, når der forekommer sammenlignelige ukontrollerede transaktioner, hvor avancebaserede, indirekte TP-metoder ses som inferiøre. Denne fundamentale anerkendelse af, at forskellige kommercielle aktører helt legitimt kan oppebære forskellige avancer afhængigt af deres performance på det marked, de opererer på, er således et underliggende grundrationale i TPG, men som FSTS øjensynligt ikke anerkender.

FSTS anlægger således en meget subjektiv vurdering af elnetskabernes forretningsmæssige dispositioner, som ikke synes forvaltningsretligt sagligt begrundet, og når frem til, at der derfor altid skal udføres avancekontrol overfor det koncernforbundne, kommercielle selskab. Og dette må forstås sådan, at FSTS så vil lægge sin egen subjektive bedømmelse af, hvad der udgør en rimelig avance, til grund for spørgsmålet om markedsmæssigheden af en konkret transaktion, uanset hvad netselskabet i øvrigt har fremlagt af TP-dokumentation. Dette er de facto en underkendelse af det frie TP-metodevalg iflg. TPG og udgør samtidigt en generel underkendelse af CUP-metoden. Dette strider direkte mod hele grundlaget og intentionen i TPG og dermed mod den helt klare forudsætning i forarbejderne til elforsyningslovens § 46, stk. 2.

### **1.2.2 Bekendtgørelsen giver ikke anledning til særtolkning på energispareområdet**

Den specifikke bestemmelse om FSTSs tilsyn med aftalers markedsmæssighed på energispareområdet fremgår af § 7 i *Bekendtgørelse om markedsmæssighed af aftaler om realisering af energibesparelser*<sup>4</sup>:

*§ 7. Kan en net- og distributionsvirksomhed ikke dokumentere, at en aftale er markedsmæssig, kan Forsyningstilsynet på grundlag af den fremsendte dokumentation efter §§ 4 og 5 og supplerende oplysninger efter § 6 fastsætte den markedsmæssige pris, der indgår i den økonomiske regulering af virksomheden, jf. § 46, stk. 2, 5. pkt., i lov om elforsyning, § 28 c, stk. 2, 5. pkt., i lov om naturgasforsyning, og § 28 b, stk. 4, 2. pkt., i lov om varmeforsyning ved anvendelse af andre prisfastsættelsesmetoder end de af virksomheden anvendte.*

Disse bestemmelser er i overensstemmelse med elforsyningslovens § 46, stk. 2 og er udarbejdet efter bemyndigelse indsat i elforsyningslovens § 46, stk. 3 og stk. 4 ved LOV nr. 704 af 08/06/2018<sup>5</sup>. De ved denne lov indsatte bestemmelser i elforsyningslovens § 46, stk. 3 og stk. 4 lyder:

*Stk. 3. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan fastsætte regler om vurdering af markedsmæssigheden og om fastsættelse af den markedsmæssige pris, herunder regler om metoder til fastsættelse af den markedsmæssige pris efter stk.*

<sup>4</sup> Bekendtgørelse om markedsmæssighed af aftaler om realisering af energibesparelser (BEK nr. 215 af 06/03/2019), <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/215>

<sup>5</sup> Se <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2018/704>

2, for de aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår for at opfylde forpligtelsen til at realisere dokumenterbare energibesparelser efter § 22, stk. 1, nr. 5, og for at opfylde regler udstedt i medfør af § 22, stk. 4.

Stk. 4. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan fastsætte regler om revisionspligt, om dokumentationspligtens indhold og rækkevidde og om sagsbehandling, herunder at oplysninger og dokumentation skal indsendes elektronisk.

Som det fremgår, fik ministeren ved denne lov bemyndigelse til at fastsætte regler om vurdering af markedsmæssigheden specifikt på energispareområdet, herunder om metoder til fastsættelse af den markedsmæssige pris samt om dokumentationspligt. Det bemærkes, at folketinget ved denne lovændring *ikke* vedtog ændringer til elforsyningslovens § 46, stk. 2, herunder forarbejderne hertil. Dette understreges i høringsnotatet til lovforslaget<sup>6</sup>:

*”Ministeriet bemærker, at det i forbindelse med tilsynet efter de gældende bestemmelser forudsættes, at tilsynet med aftalernes markedsmæssighed sker inden for rammerne af OECD’s Guidelines for Transfer Pricing og SKAT’s vejledning »Transfer Pricing – Dokumentationspligten«. Energitilsynet skal som nævnt ovenfor primært beskæftige sig med væsentlige aftaler, og det angives endvidere i bemærkningerne til de gældende bestemmelser, at da regelgrundlagene vedrørende aftalers markedsmæssighed er ensartede på skatteområdet og energiområdet, vil det i konkrete tilfælde kunne være hensigtsmæssigt med en dialog med skatteforvaltningen i forbindelse med Energitilsynets sagsbehandling. En fremtidig ordning bør fortsat administreres inden for disse rammer.” (egen understregning)*

Derved indebærer § 7 i bekendtgørelsen om markedsmæssighed af energispareaftaler reelt *intet* fortolkningsrum ift. den grundlæggende forudsætning i elforsyningslovens § 46, stk. 2 om, at FSTSs praksis skal følge TPG såvel som regler og praksis på skatteområdet. Bestemmelsen i bekendtgørelsens § 7 præciserer således blot, at tilsynet skal tage udgangspunkt i den af netselskabet valgte TP-prisfastsættelsesmetode og den af selskabet forelagte dokumentation herfor, og findes prisfastsættelsen ikke tilstrækkeligt dokumenteret af selskabet, er FSTS forpligtet til at følge de gængse prisfastsættelsesmetoder efter TPG, herunder selv konkret at begrunde FSTSs metodevalg. Først når alle muligheder for pålidelig prisfastsættelse på baggrund af den af selskabet frembragte dokumentation, herunder efter yderligere forespørgsler fra FSTS til selskabet, kan FSTS iflg. bekendtgørelsen af egen drift fastsætte en regulatorisk pris under anvendelse af en avancebaseret metode. Dette fremgår af bekendtgørelsens § 8:

*§ 8. Kan den fremsendte dokumentation, jf. §§ 3-6, ikke danne grundlag for en skønsmæssig fastsættelse af den markedsmæssige pris kan Forsyningstilsynet fastsætte den pris, jf. § 46, stk. 2, 5. pkt., i lov om elforsyning, § 28 c, stk. 2, 5. pkt., i lov om naturgasforsyning, og § 28 b, stk. 4, 2. pkt., i lov om varmforsyning, der indgår i den økonomiske regulering af virksomheden, til de faktisk afholdte dokumenterede omkostninger, der er medgået til den leverede ydelse eventuelt tillagt et mindre avancetillæg. (egen understregning)*

<sup>6</sup> Se høringsnotat s. 36 på <https://www.hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/61296>.



En ultimativ anvendelse af en avancebaseret prisfastsættelsesmetode kan således efter bekendtgørelsen først komme på tale, når FSTS har udtømt *alle* muligheder for at foretage en skønsmæssig prisfastsættelse på baggrund af den af selskabet fremsendte prisfastsættelsesdokumentation i overensstemmelse med TPG. Derfor eksisterer der i bekendtgørelsen *intet* fortolkningsrum til, at FSTS legitimt kan fastlægge et énsidigt á priori valg af skønsmæssig prisfastsættelsesmetode til TNMM. Det gældende lovgrundlag indebærer således helt utvetydigt, at kravet om markedsmæssighed skal forstås i overensstemmelse med TPG samt regler og praksis på skatteområdet, de skatteretlige TP-regler og herunder OECD's TP guidelines (TPG).

Det er senest slået helt fast ved Højesteretsdom af 25. juni 2020<sup>7</sup>. Dommen fastslår, at der er grænser for hvornår myndighederne kan udøve et skøn i transfer-pricing-sager og hvornår myndighederne kan afvise valg af metode. For at følge Højesteretsdommen bør det tydeliggøres i vejledningen, at FSTS skal tage udgangspunkt i den dokumentationsmetode som selskabet har valgt, da det alene er ved væsentlige mangler i dokumentationen at myndighederne kan udøve skøn. Det er ikke i sig selv tilstrækkeligt at myndighederne er "uenige" eller at der rejses tvivl om sammenlignelighedsanalysen. Dertil bør FSTS ikke på forhånd afvise f.eks. CUP-metoden, da dommen gør op med, at CUP-metoden og priser og argumenter, der er fremlagt under denne skal tilsidesættes alene fordi vilkår og betingelser ikke er fuldstændigt sammenlignelige.

Det betyder også, at alle de fem TP-metoder efter omstændighederne vil kunne/skulle anvendes som grundlag for dokumentation af markedsmæssighed af elnetselskaberne såvel som af FSTS ud fra konkrete vurderinger af hvilken af metoderne, der er bedst egnet i den konkrete situation.

Det er derfor i strid med gældende ret, at FSTS nu i sin administrative praksis bestemmer, at markedsmæssigheden af en hvilken som helst konkret aftale altid skal efterprøves ud fra TNMM uanset elnetselskabets TP-metodevalg og dokumentation herfor.

***Dansk Energi anbefaler også af ovenstående årsager om manglende hjemmel samlet set, at vejledningen trækkes tilbage i sin helhed.***

### **1.3 FSTS risikerer at forvride konkurrencen**

FSTS løber ved deres énsidige TP-metodevalg desuden en betydelig risiko for, at deres skønsmæssige prisfastsættelse ikke vil være udtryk for et reelt markedsmæssigt prisniveau. På den måde kan FSTSs skønsmæssigt fastsatte priser i realiteten både føre til højere eller lavere resulterende priser, end hvad der svarer til et markedsmæssigt prisniveau.

FSTS har i vejledningen alene fokus på, at elnetselskaberne ikke indkøber energispareydelser fra koncernforbundne selskaber, der indebærer højere avancer, end hvad FSTS finder rimeligt, sammenlignet med de avancer i markedet for energirådgivning, som FSTS ved egen afgrænsede markedsindsigt fremfinder via databaseanalyser af energirådgivningsvirksomheders nettoavancer. Ydelsesspecifikke nettoavancer fremgår ikke eksplicit af virksomheders årsrapporter og til trods for, at der i bekendtgørelse om netvirksomheders reguleringsregnskaber er indsat et krav om specificering af omkostninger til energispareaktiviteten i Bilag 2, B-2, vil enhver

<sup>7</sup> SKM2020.303 H

analyse heraf være præget af de undersøgte virksomheders subjektive interne omkostningsfordeling, ligesom markedet for generel energirådgivning relaterer sig til generel byggerådgivning under begrænset ansvar i byggeprojekter<sup>8</sup>, medens produktion og frembringelse af energibesparelser for energivirksomheder ikke alene er knyttet til byggeprojekter med begrænset ansvar og derfor indebærer en markant anderledes risikoprofil.

Det er samtidigt væsentligt at påpege, at markedsmæssighedsbegrebet fortolket i lyset af lov- bemærkningerne til elforsyningslovens § 46, stk. 2, TPG samt skattemæssige regler og praksis først og fremmest skal sikre, at *prisen* er på markedsmæssige vilkår uanset den indeholdte avance. Dette betyder også, at koncerninterne priser hverken må ligge *over* eller *under* det markedsprisniveau, der findes i aftaler indgået mellem ikke-koncernforbundne parter. Det vækker derfor undren, at FSTS definitivt afskærer sig selv fra at føre kontrol ved hjælp af OECD's andre metoder, herunder ikke mindst anvendelse af CUP-metoden, som giver direkte markedsmæssige incitament til omkostningseffektivitet for både køber og sælger samt udgør den mest pålidelige TP-prisfastsættelsesmetode for sammenlignelige transaktioner. Ved FSTSs énsidige fokus på avancenniveauet risikerer FSTS reelt at fastsætte konkurrenceforvridende priser med direkte negativ samfundsøkonomisk effekt for det marked, elnetselskaberne samt både koncernforbundne og ikke-koncernforbundne parter agerer i.

***Af denne årsag er det ligeledes Dansk Energis samlede anbefaling, at vejledningen trækkes tilbage i sin helhed.***

---

<sup>8</sup> Jf. ABR 18, se: <https://www.retsinformation.dk/eli/retsinfo/2019/9021>

## 2. Tekstnære kommentarer

Samlet set er det det af ovenstående principielle årsagen Dansk Energis overordnede anbefaling, at vejledningen trækkes tilbage i sin helhed. Vejledningen relevans, hjemmel og rationale tvivlsom og det er derfor principielt ikke relevant med tekstnære rettelser, men Dansk Energi anfører for en god ordens skyld alligevel nedenstående tekstnære bemærkninger.

## 2. Markedsmæssighedsbekendtgørelsen

### 2.4 Aftaler mellem forbundne foretagender

Det beskrevne eksempel på side 13 og 14 om, hvordan der i net- og distributionsvirksomheder kan være en anden incitamentsstruktur viser desværre, at FSTS ikke har gjort sig den ulejlighed at forstå de selskaber, som det udøver tilsyn over. Elnetselskaber må kun udøve aktiviteter inden for bevillingen<sup>9</sup> og den præmis som FSTS opstiller kan Dansk Energi ikke genkende. Den beskrevne incitamentsstruktur er derfor helt grundlæggende fejlbehæftet.

FSTS bør angive væsentlighedskriterier for, om en aftale er væsentlig. Uden sådan en vejledning vil det i praksis betyde at selskaberne skal udarbejde den fulde dokumentation for alle aftaler.

### 2.5 Forsyningstilsynets vurdering

En mangel på væsentlighedskriterier i afsnittet resulterer i en usikkerhed for selskaberne om, hvornår selskaberne kan forvente at blive ført tilsyn med. Det er ikke fuldt betryggende at der henvises til, at reglen skal ses i sammenhæng med bekendtgørelsens §4, stk. 5 om indsendelses af koncern- og organisationsdiagrammer mv.

Således er det ikke muligt at se hvor Forsyningstilsynets vurdering afgrænses, hvilket er uhensigtsmæssigt.

Vurderingen bør klart bero på det anvendelsesområde som bekendtgørelsen beskriver for forbundne foretagender, og skal ikke udvides herfra.

Dansk Energi vil overordnet bemærke, at vi ikke finder det hensigtsmæssigt at anvendelsesområdet for energispareområdet er udvidet i forhold til, hvad der er gældende for skattekontrollen. Vi anerkender dog, at det afspejler anvendelsesområdet i bekendtgørelsen.

## 3. Dokumentationsforpligtelsen

### 3.2 Metoder til opfyldelse

FSTS skriver "*på baggrund af hidtidige erfaringer med tilsyn*".

Kan FSTS oplyse hvilke konkrete erfaringer der er tale om? Hvor mange afsluttede sager og på hvilken baggrund er de afgjort?

Praksis kan ikke dannes på baggrund af lukkede processer og udkast til afgørelser, men bør alene bero på konkrete endelige afgørelser. Herudover henvises til Dansk Energis generelle bemærkninger om rammerne for bekendtgørelsen og den hjemmel der er givet.

#### 3.2.1

---

<sup>9</sup> Kun for selskaber under 100.000 kunder og hvis der gives særlig tilladelse kan der fraviges fra denne regel i elforsyningsloven.

FSTS skriver "*CUP-metoden forudsætter høj grad af sammenlignelighed.*" Det bemærkes, at sammenlignelighed kan etableres og dokumenteres via ud fra korrektioner i funktioner, aktiver, risici og vilkår. Bemærkningen er en unødigt og uhjemlet indskrænkning af skattemæssig praksis for etablering af sammenlignelighed. I lyset af bl.a. Højesteretsdom af 25. juni 2020 (SKM 2020.303 H) bør det være FSTSs opgave at sikre, at der vejledningen beskrives metoder til sammenlignelighed frem for blot at konstatere, at de kræver høj grad af sammenlignelighed.

FSTS skriver "*... sammenligneligheder med databaser og benchmarks, der indeholder kontrollerede transaktioner ikke lever op til definitionen af en CUP*". Hvilke databaser og benchmarks menes der? FSTS har alene gjort opmærksom på den årlige energisparebenchmark, men antyder her at der er andre (og forkerte).

FSTS skriver i sidste afsnit: "*hvis der er tale om sammenlignelige produkter, markeder og vilkår. Selv små produktforskelle kan have en væsentlig indflydelse på prisen på et produkt*". Dansk Energi foreslår, at der efter første sætning tilføjes: "*eller hvis der foreligger dokumenteret korrektion for eventuelle forskelle i funktioner, risici mv.*". Derudover bør det forklares, at der i forhold til en CUP er forskel på forskelle i vilkår, slutprodukt og tilvejebringelse. Net- eller distributionsvirksomhederne har en forpligtelse til at opnå et vist antal kWh energibesparelser, som er indberetningsberettiget og af en fastsat kvalitet. Når der prissættes på grundlag af CUP-metoden og der er en sammenlignelig markedspris, er det således irrelevant, hvordan besparelserne opnås, da markedsprisen og alternativet til den ukontrollerede transaktion er defineret af vilkår og krav til slutproduktet, ikke hvor mange 'knæbøjninger' leverandøren har gjort for at tilvejebringe ydelsen. Dette er en klar forskel i forhold til omkostningsbaserede prissætningsmetoder, hvor interne omkostninger har betydning for vurderingen af markedsmæssigheden.

### **3.2.3 Cost plus**

FSTS skriver "*Metoden er mindre sårbar over for små produktforskelle, end CUP-metoden*". Dansk Energi mener her at der kan og bør korrigeres for eventuelle forskelle i funktioner, risici, aktiver mv i lighed med CUP-metoden.

### **3.2.4 TNMM**

FSTS skriver "*metoden er mindre følsom over for forskelle i varetyper... fordi det er muligt at benytte en databaseundersøgelse af nettoavancer i lignende virksomheder...*". Dansk Energi mener, at behovet for sammenlignelighed her negligeres. Også i databaseundersøgelse er der behov for sammenlignelighed, herunder særligt at der sammenlignes med virksomheder, der opererer på et sammenligneligt marked og efter sammenlignelige forretningsmodeller.

FSTS skriver "*Den ikke kontrollerede sammenlignelige transaktion kan både være virksomhedens egen sammenlignelige transaktion med en uafhængig part...*"  
Dansk Energi mener, at det så må tale for en intern CUP.

FSTS skriver "*TNMM er meget udbredt til brug for prifsættelse af interne services og vurderes derfor at være meget relevant i forhold til fastsættelse af priser på energispareområdet*". Det er korrekt, at TNMM er meget udbredt til brug for prifsættelse af interne services, men bliver generelt mest anvendt i forhold til generiske services, som IT, administration og facility management, da styrken i prissætningsmetoden ligger i generaliserbarhed. Når TNMM er mindre følsom og når den bruges på interne services så skal det ses i meget nær sammenhæng

med at TNMM metoden har sin styrke når den bruges generisk på en mængde af forskellige services. Lige så vel som at sammenligningsgrundlaget er puljet sammen af forskellige (sammenlignelige) ydelser fra forskellige selskaber, ligeså vel kan den have en berettigelse på en pulje af interne services fremfor enkelt transaktioner.

Som det også fremgår af FSTSs kopi fra SKATs juridiske vejledning af ulemper ved metoden kan det være svært at finde tilstrækkelige kvalitative oplysninger vedrørende de uafhængige transaktioner. Når der er tale om særegne eller meget specifikke ydelser, såsom energibesparelser, vil det derfor være svært at finde sammenlignelige tal for ikke-kontrollerede transaktioner.

Realisering af energibesparelser kan ikke karakteriseres som en "intern service" på linje med eksempelvis IT, administration, Facility management mv. Der er tale om en komplet anden ydelse med større risici og værdiskabelse for den realiserende virksomhed, som ofte også kun er en mindre del af en virksomheds ydelser. Dette afsnit indsnævrer selskabernes reelle metodefrihed ifølge bekendtgørelsen og peger således på én bestemt metode i praksis. Dette findes der ikke grundlag for i bekendtgørelsen. Samme fejlagtige antagelse gentages i eksemplet på side 24.

FSTS skriver "*i den sammenhæng vil den relevante PLI være en nettoavance...*".

FSTS bedes begrundet dette nærmere?

FSTS skriver "*Forsyningstilsynet vil kunne anvende denne metode til efterprøvelse af prisen i koncerninterne transaktioner hvor markedsmæssigheden er dokumenteret ved andre metoder*".

Dansk Energi mener, at udgangspunktet må være, at FSTS efterprøver markedsmæssighed efter den metode, det enkelte selskab har benyttet, jf. §7. Som tidligere nævnt kan man ikke efterprøve en markedsmæssighedsmetode med en anden, da de bygger på fundamentalt forskellige forudsætninger. Alternative metoder bør alene komme på tale, hvis den fremlagte dokumentation ikke er tilstrækkelig og FSTS ikke, ved anvendelse af den af selskabet valgte metode, kan fastslå markedsmæssighed.

FSTS skriver "*Der stilles ikke samme strenge krav til sammenlignelighed med hensyn til egen-skaber og funktioner...*".

Også her vil Dansk Energi gerne på pege, at der fortsat er høje krav til sammenlignelighed mellem selskaber/branche/forretningsmodel eller til valid korrektion for forskelle. Netop derfor er der behov for, at der i vejledningen opstilles en række klare retningslinjer til avance-benchmarken samt kriterier for vurderingen af allokering af omkostninger, da vurderingen af TNMM skal på samme vis som CUP'en bygger på sammenlignelighed.

### **3.3 Sammenlignelighedsanalyse**

FSTS skriver "*Ud over en sammenligning af kontraktvilkår og realydelse skal sammenlignelighedsanalysen også indeholde en sammenligning af de funktioner, risici og aktiver, de handlende parter udfører og håndterer som led i realiseringen af transaktionen. Denne funktions- og risikoanalyse har til hensigt at afdække de værdiskabende aktiviteter og risici forbundet med realiseringen af aftalen. Analysen skal på denne måde vise, hvordan værdien i aftalen er skabt, hvilket har betydning for, hvordan prisen kan fastsættes. Eksemplet nedenfor viser en situation, hvor funktions- og risikoanalysen afdækker væsentlige forskelle mellem to aftaler, der i øvrigt kunne minde meget om hinanden.*" (s. 24 nederst)

FSTS undlader en væsentlig detalje. Der kan være stor forskel på vægtning af forskellige elementer i en sammenlignelighedsanalyse afhængigt af hvilken metode der er valgt. Er CUP metoden valgt, vil hovedvægten typisk være sammenligningen af produktkarakteristika, mængde og risici. Hvordan, man som FSTS beskriver i eksemplet, har brugt funktioner/tid på at fremskaffe/realisere og kvalitetssikre en energibesparelse vil oftest ikke være de væsentligste parametre, når det forudsættes, at det er prisen på en indberetningsklar energibesparelse man sammenligner under CUP-metoden og ikke som under TNMM en avance på en serviceydelse. Se hertil TPG, D.1., 1.37, hvor det klart er anført, at det kun er relevant at inddrage de sammenlignelighedsfaktorer, som eksterne parter ville vurdere, har en egentlig økonomisk relevans for transaktionen.

Eksemplet:

Det beskrevne eksempel bygger grundlæggende på en omkostningsbaseret prissætning. Som tidligere nævnt er det for en transaktionsbaseret markedspris fuldstændig irrelevant, hvordan ydelsen er fremkommet, så længe slutproduktet overholder de objektivt givne krav. Alternativet for "Service A/S" og "Spar Energi A/S" er at sælge deres ydelser i markedet, og med mindre der er en kvalitativ forskel i slutproduktet (eks. hvis der ikke leveres kvalitetssikring) eller vilkårene for salget, så vil de kunne sælge deres ydelse til en anden køber til samme pris – uanset hvordan de har frembragt ydelsen. Derfor er det beskrevne eksempel misvisende i forhold til en CUP-baseret prissætning.

FSTS bemærker at administrativt personale i selskabet "Service A/S" kunne stå for kvalitetssikring af besparelserne. Dette medfører blandt andet at FSTSs vurderer at der er stor forskel på de værdiskabende funktioner. Dette er bestemt ikke tilfældet da kvalitetssikring er en høj specialiseret opgave som kræver stor teknisk viden og indsigt. Derudover er det en direkte værdiskabende funktion da kvalitetssikringen er et krav i henhold til energisparebekendtgørelsen.

#### **3.4.1 Efterprøvelse af avancenniveauer**

FSTS skriver "*Forsyningstilsynet vil... foretage efterprøvelse af den avance der er blevet skabt...*"

Dansk Energi mener ikke, at FSTS har hjemmel til denne efterprøvelse. Såfremt en aftale er tilstrækkelig dokumenteret efter eksempelvis en CUP, er der således intet grundlag for at efterprøve avancen.

FSTS skriver "*...i forbindelse med sagsbehandlingen af sager... har vist sig at være svagheder forbundet... ved brug af andre metoder*".

Dansk Energi ønsker endnu engang at FSTS oplyser hvilke afgørelser/praksis der henvises til. Virksomhedernes metodefrihed iflg. BEK om dokumentation af kontrollerede transaktioner og FSTSs pligt til at efterprøve den af selskabet valgte prisfastsættelsesmetode efter §7 kan ikke tilsidesættes i en vejledning. At FSTS giver her udtryk for at TNMM er den eneste metode som ikke har svagheder. Dette vil Dansk Energi stille spørgsmålstejn ved. Det skal bemærkes, at FSTS tidligere har afgjort en række sager efter CUP-metoden. Der er p.t. offentliggjort 5 sager, som er afgjort efter en anden metode end avancemetoden. Hvis vejledningen er udtryk for en ændring af praksis bør begrundelsen herfor fremgå tydeligt af vejledningen

FSTS skriver *"Det er imidlertid en helt afgørende forudsætning for det skatteretlige armslængdeprincip... at to uafhængige aftalparter vil søge at profitmaksimere..."*

Dansk Energi ønsker endnu engang at fremføre at der grundlæggende ikke er principiel forskel mellem skatteområdet og forsyningsområdet her. Situationen er potentielt sammenfaldende interesser på koncernniveau i begge tilfælde, og derfor gælder samme rationale for anvendelse af TP-regler og praksis.

FSTS skriver *"Der er således på dette område en risiko for, at priserne- selv i uafhængige transaktioner- er fastsat efter andre interessestrukturer end de rene markedskræfter"*.

Dansk Energi noterer sig at FSTS her afviser at der eksisterer et marked for energibesparelser til trods for, at der tidligere i vejledningen netop er henvist til dette marked og at der vil "kunne findes en CUP, hvor der er indgået tilsvarende aftaler om indkøb af energibesparelser med uafhængige parter" (side 180). Dansk Energi stiller sig uforstående overfor dette forhold, og henviser til at regler for markedsmæssighed netop har til hensigt at få koncerninterne transaktioner til at stemme overens med hvad der ville kunne handles på markedet. Det er et paradoks at FSTSs opfattelse bryder med selve formålet med de regler de er sat til at føre tilsyn med.

Derudover er der en grundlæggende fejlslutning at påstå, at en regulatorisk omkostningsdækning automatisk medfører, at net- og distributionsselskaber har incitament til at betale for meget for energibesparelser. Det ville kræve, at der var et incitament til dette, og der kan stilles det åbne spørgsmål, hvad dette incitament skulle bestå i, når der er tale om en transaktion med en uafhængig tredjepart i en ukontrolleret transaktion. Tværtimod vil de fleste net- og distributionsselskaber være bevidste om det omkostningsniveau, de påfører forbrugerne, enten fordi disse forbrugere indirekte ejer selskabet, eller fordi højere priser er ensbetydende med højere omkostninger til eksempelvis håndtering af utilfredse forbrugere eller tackling af tvivl om netselskabets legitimitet.

Påstanden om at der selv i ukontrollerede transaktioner skulle eksistere sådanne incitamenter, og at de forfølges af net- eller distributionsvirksomhederne er meget bemærkelsesværdig og virker direkte konspiratorisk. Påstanden må under alle omstændigheder afvises som urigtig.

FSTS skriver *"Forsyningstilsynet vil af de grunde efterse de avancer der bliver skabt i forbindelse med koncerninterne transaktioner med net- og distributionsvirksomhederne, således at det sikres, at avancen, og dermed de midler der overføres fra den regulerede økonomi til de kommercielle søsterselskaber, er i overensstemmelse med de avanceniveauer, som eksterne uafhængige selskaber opnår ved indgåelse af aftaler om levering af lignende ydelse"*

Dansk Energi savner den konkrete hjemmel og begrundelse herfor. Såfremt en intern aftale er tilstrækkeligt og fyldestgørende dokumenteret markedsmæssig, er den indeholdte avance for det kommercielle selskab ikke genstand for yderligere tilsyn. Bemærkningen er udtryk for, at FSTS overfortolker sin kompetence til at føre tilsyn med kommercielle selskabers forretningsmæssige forhold. Dette ligger udenfor elforsyningslovens virkeområde og bør ikke indgå som en del af FSTS prioriteter. Se de overordnede bemærkninger til vejledningen for uddybning.

### **3.4.3 Særligt om udbud som markedsafprøvning**

FSTS skriver *"Hvis en kontrolleret part vinder udbuddet, kan Forsyningstilsynet, hvis dette skønnes nødvendigt for belysningen af markedsmæssigheden af udbudsprisen gennemføre tilsyn med den pågældende transaktion, herunder udføre en efterprøvelse med henblik på at sikre, at der ikke uberettiget overføres midler til den kontrollerede part som led i*

*den koncerninterne transaktion”.*

Dansk Energi vil igen fremføre, at såfremt en CUP er tilstrækkeligt dokumenteret via udbud, findes der ingen anledning eller hjemmel til yderligere efterprøvelse.

## **5 Konsekvenser hvis markedsmæssighed ikke er dokumenteret**

Dansk Energi vil bemærke at vejledningen ikke skaber en klar afgrænsning mellem bekendtgørelsens § 7 og 8. Således giver det store fokus på test af avancenniveauer i vejledningen sammenlagt med FSTSs hidtidige praksis på området et indtryk af at § 8 de facto meget ofte tages i brug. Således tegner der sig et billede af selskabers brug af eks CUP-metoden ofte tilsidesættes til fordel for en TNMM under §7, men som dybest set flugter overens med bestemmelsen i §8. Det underbygges ved at FSTS på side 27 giver udtryk for at TNMM er den eneste metode uden svagheder på dette område.

Der er behov for at skabe klarhed om opdelingen i §§ 7 og 8, og der er behov for at understrege, at FSTS hverken ved regel eller praksis kan fastsætte en bestemt prissætningsmetode, som altid skal anvendes. Der er et tilsvarende behov for at understrege, at FSTS skal overholde den grundlæggende forudsætning i elforsyningslovens § 46 om, at koncerninterne handler skal prissættes markedsmæssigt og at OECD's TPG-retningslinjer skal efterfølges både i vurderingen af virksomhedernes dokumentation og i FSTSs eget skøn. Deraf kan der ikke, som det i vejledningen beskrives indeholdes et penalt element i § 8 for at skabe et incitament for, at virksomhederne overholder bekendtgørelsens regler om dokumentation, men brugen af § 8 må bygge på, at den nævnte prissætning er bedste grundlag til rådighed for at fastsætte en markedsmæssig pris, og at niveauet af betalingen for en ydelse må hvile på dokumentation af markedsværdi eller nytteværdi af denne ydelse.

Dansk Energi ønsker at vejledningen og som følge deraf også FSTS praksis, holder sig indenfor hjemmelsgrundlaget, er loyal over for bekendtgørelsens bestemmelser og bidrager til forudsigelighed i regeludmøntningen. Det følger heraf, at netop vejledning klart bør forklare, hvornår og hvordan § 7 anvendes, hvornår og hvordan der skrives til § 8 og til slut, hvornår der er belæg for at anvendes § 9. Heri er den nuværende beskrivelse på side 36-40 i vejledningen både utilstrækkelig og fejlbehæftet. Hovedlinjerne bør heraf være:

- 1) § 7 anvendes, når der i en sag er gjort et fyldestgørende forsøg i forhold til at fastsætte en pris baseret på net- eller distributionsselskabets egen prissætningsmetode, bl.a. ved anvendelse af § 6 om fremsendelse af supplerende oplysninger. Grundprincippet i § 7 må dernæst være, at FSTSs skøn også skal følge TPG og dermed princippet i TPG og praksis på skatteområdet om, at den 'anden prisfastsættelsesmetode' som kommer i spil ved denne paragraf skal udgøre et beviseligt bedre og mere egnet grundlag for prissætningen end det af selskabet fremsendte, ellers fraviges det grundlæggende formål i bekendtgørelsen – at fastsætte en markedsmæssig pris i henhold til TPG. Dette vil flugte med lovforarbejderne til elforsyningsloven.
- 2) § 8 anvendes kun, når der ikke er grundlag for skønsmæssigt at fastsætte en markedsmæssig pris på basis af nogen af de fem TPG-metoder i henhold til det grundlag, som virksomheden og FSTS har tilvejebragt. Bestemmelsen regulerer således kun de tilfælde hvor alle muligheder for at sætte en skønsmæssig pris efter § 7 er udtømte og, hvor der intet grundlag er for at finde en markedspris ud fra eksterne referencer til priser eller avancer. Dette understreges af, at betoningen af et specifikt avancenniveau



må henvise til, at der er tale om en ydelse, som der ikke kan findes nogen holdepunkter for at prissætte markedsværdi eller nytteværdi af, men alene anvendes en forsimplet avancemodel. Igen må hovedprincippet være, at det skal dokumenteres, at denne prissætning er mere egnet end selskabets egen dokumentation og alle de fem TPG-metoder.

- 3) § 9 anvendes, når der overhovedet ikke er et grundlag for at antage, at der er leveret en egentlig ydelse, hvilken størrelse den har og om der er betalt for en sådan ydelse. Grundlaget for bekendtgørelsen er at bestemme en markedsfølsom pris, og en markedsfølsom pris have en værdi på nul, hvis der ikke kan dokumenteres en egentlig transaktion. Bestemmelsen vil således aldrig kunne anvendes såfremt der blot i et eller andet omfang er tale om at der er leveret en ydelse med en grad af værdi.

Med venlig hilsen  
Dansk Energi



Thomas Skaarup Østergaard

## Transfer pricing-faglig kommentering af Forsyningstilsynets udtalelser om markedsmæssighed i "Rapport om analyse af effektiviseringspotentialet i eldistributionsektoren"

### 1 Opgaveafgrænsning og baggrund

Vi er af Dansk Energi blevet bedt om at udarbejde et notat med henblik på at kommentere på Forsyningstilsynets belysning af markedsmæssighed i "Rapport om analyse af effektiviseringspotentialet i el-distributionssektoren" (herefter "Rapporten") fra et rent transfer pricing-fagligt perspektiv, herunder de konkrete forslag til tiltag, som Forsyningstilsynet kommer med vedr. dokumentation af markedsmæssighed af koncerninterne aftaler, særligt forslaget om, at metodevalget afgrænses til alene at omfatte en avancemethode (herefter "TNMM").

Vores faglige vurdering er sammenfattende, at de foreslåede ændringer giver anledning til følgende overordnede udfordringer og bekymringer:

- ▶ De foreslåede ændringer er reelt ikke mulige at gennemføre inden for rammerne af OECD's Transfer Pricing Guidelines (herefter "TPG"), som foreskrevet i den nuværende § 46 i elforsyningsloven, da et ensidigt afgrænset metodevalg strider mod de faglige grundprincipper i TPG.
- ▶ Forsyningstilsynet foreslår at afskære sig selv og de regulerede selskaber fra et frit metodevalg, dvs. valget blandt de fem anerkendte prisfastsættelsesmetoder, der foreskrives i TPG og nugældende regler i elforsyningslovens § 46 til dokumentation af aftalers markedsmæssighed. Vi vurderer, at dette vil gøre det vanskeligt at føre en effektiv og fagligt konsistent kontrol med, om de interne priser er markedsmæssige både for de regulerede selskaber og for Forsyningstilsynet. Forslaget vil i praksis betyde, at man risikerer at bevæge sig længere væk fra en markedspris, hvilket enten vil betyde for høje priser for forbrugeren eller konkurrenceforvridende priser i markedet.
- ▶ Forsyningstilsynets foreslåede ændringer omkring indførelsen af et ensidigt metodevalg vil have karakter af en særregel. Elnetkoncernerne er ligeledes reguleret af det skatteretlige regelsæt, der har samme formål som elforsyningslovens § 46 - dvs. at der hverken overføres for lav eller for høj avance koncerninternt, men at de opnåede priser svarer til det, som to uafhængige parter ville acceptere i en tilsvarende transaktion. Ved indførelse af en særregel, der dikterer et ensidigt metodevalg, vil der opstå konflikter imellem de to regelsæt - hhv. det skatteretlige og det forsyningsretlige. Denne konflikt forekommer unødvendig og uhensigtsmæssig, da de redskaber, der stilles til rådighed i medfør af TPG, efter vores vurdering allerede er tilstrækkelige og samlet set nødvendige til at opfylde behovet for efterprøvning af markedsmæssighed i elsektoren såvel som i erhvervslivet som helhed.

Vores transfer pricing-faglige kommentering tager konkret udgangspunkt i nedenstående citat fra Rapporten (side 23-24), med fokus på de udtalelser, der er fremhævet nedenfor:

*Herudover eksisterer der også regler om markedsmæssighed, der har til formål at hindre krydssubsidiering af energikoncerners kommercielt udsatte virksomheder gennem netvirksomhedernes koncerninterne transaktioner. Forsyningstilsynets tilsyn med overholdelse af reglerne om markedsmæssighed viser imidlertid, at en energikoncern selvom disse regler er overholdt - kan øge koncernens samlede forrentning gennem koncerninterne handler navnlig gennem høje avancer.*

*Dette har bl.a. følgende effekter på omkostningsrammerne for netvirksomhederne:*

*1) En for højt prissat koncernintern transaktion kan skjule eventuelle ekstraordinære effektiviseringsgevinster i netvirksomheden, således der ikke sker reduktion i netvirksomhedens omkostningsramme i den efterfølgende reguleringsperiode, samtidigt med gevinsten fra den ekstraordinære effektivisering overføres til koncernen gennem den koncerninterne transaktion, fremfor at elforbrugere i den efterfølgende reguleringsperiode bliver opkrævet lavere tariffer.*

*2) Koncerninterne handler med høj forrentning indgår i omkostningsgrundlaget fra 2012-2014: En netvirksomhed kan i teorien have betalt en pris, der indeholder en stor avance for ydelser leveret af en koncernforbundet virksomhed i løbet af perioden 2012-2014. I så fald vil omkostningerne til disse koncerninterne handler således indgå i det omkostningsgrundlag, som anvendes til at genberegne netvirksomhedens omkostningsramme for den næste reguleringsperiode.*

3) Omkostningerne stiger pga. øget forrentning ved koncerninterne handler. I teorien vil en energikoncern inden for rammerne af de gældende regler om markedsmæssighed kunne lade netvirksomhedens omkostninger stige pga. en højere avance på koncerninterne handler således, at netvirksomhedens omkostninger overstiger netvirksomhedens omkostningsramme i løbet af en given reguleringsperiode. Dette kan føre til, at netvirksomhedens omkostningsramme forøges i løbet af den efterfølgende reguleringsperiode således, at netvirksomheden også får dækket de stigende omkostninger til de koncerninterne handler.

I situation 1 og 2 beskrives tilfælde, hvor omkostningsrammen bevares på et for højt niveau, mens omkostningerne i det tredje eksempel forøges i den kommende reguleringsperiode. Dette indikerer, at den pågældende netvirksomhed ikke vil realisere det egentlige effektiviseringspotentiale, der er internt i netvirksomheden. Yderligere kan det ændre fronten og fordelingen i DEA benchmarking modellen, da virksomhedernes relative input og output mellem hinanden bestemmer effektiviseringspotentialerne.

Derfor foreslås følgende tiltag, til skærpe af tilsynet med netvirksomhedernes koncerninterne transaktioner på følgende punkter: 1. Udvidelse og præcisering af gældende markedsmæssighedsbekendtgørelse 2. Tilsyn med avancen i koncerninterne transaktioner efter TPG (avancemodell)

Forslaget indebærer, at reglerne om markedsmæssighed ændres, at der kræves dokumentation for, at der ikke gennem koncerninterne transaktioner er blevet skabt nettoavancer, der er større end det sammenlignelige, uafhængige virksomheder opnår på et marked med effektiv konkurrence. Forsyningstilsynet vil fortsat føre tilsynet inden for rammerne af OECD's Transfer Pricing Guidelines.

I elforsyningsloven har der siden 2012 været reference til TPG og skatteretten. Skattemyndighederne har internationalt udviklet metoder til prissætning af varer og ydelser. I OECD-regi har medlemslandene udviklet fem metoder, som skal sikre, at koncernforbundne virksomheder handler på armslængdevilkår. Armslængdevilkår vil i denne henseende sige, at handel imellem interesseforbundne parter skal være indgået til samme priser og på samme vilkår, som hvis de var indgået imellem eksterne parter. Armslængdeprincippet var i 2015-17 til revision som led i OECD's BEPS-projekt. OECD's konklusion var, at armslængdeprincippet og de fem analysemetoder fortsat udgjorde det bedste grundlag for regulering af den internationale koncerninterne handel. En markedsmæssig pris vil, selv ikke i det mest transparente marked, være fuldstændig entydig, men armslængdeprincippet og de fem analysemetoder giver nogle klare grænser for, hvornår priser er uden for/inden for et acceptabelt niveau fra et markedsmæssighedsperspektiv.

## 2 Transfer pricing-faglig kommentering

Indledningsvis bemærkes, at der forekommer en udfordring ved Forsyningstilsynets udlægning af sammenhængen mellem en markedsmæssig pris og "høje avancer".

I Rapporten skriver Forsyningstilsynet, at

*Forsyningstilsynets tilsyn med overholdelse af reglerne om markedsmæssighed viser imidlertid, at en energikoncern selvom disse regler er overholdt - kan øge koncernens samlede forrentning gennem koncerninterne handler navnlig gennem høje avancer.*

Og senere i rapporten, at

*I teorien vil en energikoncern inden for rammerne af de gældende regler om markedsmæssighed kunne lade netvirksomhedens omkostninger stige pga. en højere avance på koncerninterne handler således, at netvirksomhedens omkostninger overstiger netvirksomhedens omkostningsramme i løbet af en given reguleringsperiode.*

Begge udsagn angiver, at det er muligt at opnå "højere avancer" på baggrund af koncernintern handel, selvom reglerne om markedsmæssighed er opfyldt. Vi må forstå udsagnene sådan, at Forsyningstilsynet er af den opfattelse, at de omtalte "højere avancer" kan opnås i dokumenterede markedsmæssige koncerninterne transaktioner, hvor priser og vilkår for de ydelser, der handles med, svarer til de priser og vilkår, der dokumenterbar og konkret kan opnås mellem uafhængige parter. Dette er ikke et retvisende udsagn, idet en pris netop må være markedsmæssig, hvis reglerne om markedsmæssighed er opfyldt både efter elforsyningslovens § 46 og efter skattelovgivningen, jf. nærmere nedenfor.

Nuværende regelsæt i elforsyningslovens § 46 skal grundlæggende sikre, at de koncerninterne priser er fastsat på markedsvilkår, hvilket jf. bemærkningerne til bestemmelsen skal vurderes inden for rammerne af TPG og Skattestyrelsens vejledninger.

Såfremt reglerne om markedsmæssighed er overholdt, følger det i sagens natur, at priserne - og den markedsbestemte avance, der er indeholdt i disse - ikke er højere end dem, der ville være accepteret imellem uafhængige parter - og derfor er markedsmæssige iflg. både elforsyningslovens § 46 og skatte-lovgivningen. Netvirksomhederne har således handlet på tilsvarende vilkår, som hvis købet var foretaget hos eksterne leverandører. Vi har på denne baggrund vanskeligt ved at følge rationalet i Forsyningstilsynets udsagn, eftersom en pris næppe på én og samme tid både kan være markedsmæssig og indeholde en højere avance end den, der dokumenterbart kan opnås i tilsvarende markedsmæssige transaktioner mellem uafhængige parter.

I Rapporten foreslår Forsyningstilsynet:

*Derfor foreslås følgende tiltag, til skærpelse af tilsynet med netvirksomhedernes koncerninterne transaktioner på følgende punkter: 1. Udvidelse og præcisering af gældende markedsmæssighedsbekendtgørelse 2. Tilsyn med avancen i koncerninterne transaktioner efter TPG (avancemodell)*

*Forslaget indebærer, at reglerne om markedsmæssighed ændres, at der kræves dokumentation for, at der ikke gennem koncerninterne transaktioner er blevet skabt nettoavancer, der er større end det sammenlignelige, uafhængige virksomheder opnår på et marked med effektiv konkurrence. Forsyningstilsynet vil fortsat føre tilsynet inden for rammerne af OECD's Transfer Pricing Guidelines.*

Ovenstående forslag giver umiddelbart anledning til følgende principielle bemærkninger, som uddybes nedenfor:

- ▶ Ensidigt fokus på kontrol via avancemodell (TNMM) er i modstrid med principperne i TPG
- ▶ Afvisning af de direkte metoder vil begrænse muligheden for effektiv kontrol med markedsmæssighed af koncerninterne priser
- ▶ Afgrænsning til én metode medfører risiko for priser, der ikke afspejler markedspriseniveau
- ▶ Negative konsekvenser ved indførelse af særregulering

#### **Ensidigt fokus på kontrol via avancemodell (TNMM) er i modstrid med principperne i TPG**

Til brug for testen af, om aftalte priser og vilkår er markedsmæssige, anvender man både inden for forsyningsretten og skatteretten prisfastsættelsesmetoder, der følger TPG.

I TPG er metodevalget et afgørende element i vurderingen og dokumentationen af, at en transaktion imellem afhængige parter er på markedsvilkår. Derfor er der dedikeret et særskilt kapitel i TPG til at beskrive de forskellige transfer pricing-metoder samt principper for valg af den bedst egnede metode til test af en intern prissætning (TPG Chapter II). Udgangspunktet i TPG er entydigt; at der eksisterer metodefrihed samt, at metodevalget i sig selv udgør et element i transfer pricing-dokumentationen.

TPG og skattestyrelsens vejledninger angiver fem forskellige dokumentationsmetoder. De første tre metoder er kvalificeret som *direkte* metoder (på engelsk refereret til som: "Traditional Transaction Methods") og udgør:

- ▶ CUP-metoden
- ▶ Cost plus-metoden
- ▶ Resale price-metoden

De sidste to metoder er klassificeret som *indirekte* metoder og udgør:

- ▶ TNMM
- ▶ Profit split-metoden

Begreberne "direkte" og "indirekte" metoder refererer til, hvorvidt prisdokumentationen udledes *direkte* på baggrund af en sammenligning med uafhængige transaktioner eller *indirekte* på baggrund af fx nøgletal fra sammenlignelige uafhængige virksomheder. De forskellige metoder er således kendetegnede ved, at de tester priserne på forskellige regnskabsmæssige niveauer, som illustreret nedenfor:

Forsimpleret resultatopgørelse		Transfer pricing metode	
Nettoomsætning	100	<b>CUP-metoden:</b> Sammenligning direkte på varens/ydelsens pris ved sammenlignelige køb/salg.  <b>Cost plus-metoden:</b> Sammenligning af avanceprocent på direkte omkostninger (bruttoavance) på sammenlignelige køb/salg til eksterne. <b>Resale price-metoden:</b> Sammenligning af bruttoavance ved videresalg af virksomhedens varer/ydelse til eksterne.	Direkte metoder
Direkte omkostninger	75		
<b>Bruttoavance</b>	25		
Indirekte omkostninger	15		
Afskrivninger	5		
<b>Nettoavance</b>	5	<b>TNMM:</b> Sammenligning af virksomhedens nettoavance for den kontrollerede transaktion set i forhold til eksterne nettoavancer. Nettoavancen ses i forhold til et relevant nøgletal (typisk nettoavance/omsætning, nettoavance/omkostninger eller nettoavance/anvendte aktiver).  <b>Profit split-metoden:</b> Sammenligning af fordeling af nettoavancen imellem to/flere parter ved at se på den enkelte parts bidrag ved salget af varen/ydelsen til en ekstern part.	Indirekte metoder

Af TPG følger, at transaktionsparterne skal vælge den metode, der vurderes at være bedst egnet til at fastsætte den koncerninterne pris - og at valget i det enkelte tilfælde bør bero på en konkret vurdering, hvor alle faktiske omstændigheder tages i betragtning, herunder at ingen metode kan forudsættes at være anvendelig i alle tænkelige situationer, og at én metode ikke på forhånd kan antages at være den mest egnede i alle situationer. Metodevalget skal i sig selv begrundes og dokumenteres.

---

The selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for a particular case. For this purpose, the selection process should take account of the respective strengths and weaknesses of the OECD recognised methods; the appropriateness of the method considered in view of the nature of the controlled transaction, determined in particular through a functional analysis; the availability of reliable information (in particular on uncontrolled comparables) needed to apply the selected method and/or other methods; and the degree of comparability between controlled and uncontrolled transactions, including the reliability of comparability adjustments that may be needed to eliminate material differences between them. No one method is suitable in every possible situation, nor is it necessary to prove that a particular method is not suitable under the circumstances.

*TPG section 2.2 (vores understregning)*

---

I vurderingen af de enkelte metoder er det et væsentligt element, hvilket eksternt datagrundlag der er tilgængeligt til brug for sammenligningen. Er der to metoder, der begge vurderes at være egnede, bør CUP-metoden ifølge TPG have forrang over andre metoder, ligesom direkte metoder generelt har forrang over f.eks. TNMM (på engelsk refereret til som: "Transactional Net Margin Method"), da de direkte metoder som udgangspunkt er de mest præcise.

Dette fremgår klart af beskrivelsen i følgende afsnit i TPG Chapter II:

---

Where it is possible to locate comparable uncontrolled transactions, the CUP method is the most direct and reliable way to apply the arm's length principle. Consequently, in such cases the CUP is preferable over all other methods.

*TPG section 2.15 (vores understregning)*

Traditional transaction methods are regarded as the most direct means of establishing whether conditions in the commercial and financial relations between associated enterprises are arm's length. This is because any difference in the price of a controlled transaction from the price in a comparable uncontrolled transaction can normally be traced directly to the commercial and financial relations made or imposed between the enterprises, and the arm's length conditions can be established by directly substituting the price in the comparable uncontrolled transaction for the price of the controlled transaction. As a result, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit method. Moreover, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, the comparable uncontrolled price method (CUP) and another transfer pricing method can be applied in an equally reliable manner, the CUP method is to be preferred. See paragraphs 2.14-2.26 for a discussion of the CUP method.

*TPG section 2.3 (vores understregning)*

... As another example, where there is no or limited publicly available reliable gross margin information on third parties, traditional transaction methods might be difficult to apply in cases other than those where there are internal comparables, and a transactional profit method might be the most appropriate method in view of the availability of information.

*Uddrag af TPG section 2.4 (vores understregning)*

However, it is not appropriate to apply a transactional profit method merely because data concerning uncontrolled transactions are difficult to obtain or incomplete in one or more respects. The same criteria listed in paragraph 2.2 that were used to reach the initial conclusion that none of the traditional transactional methods could be reliably applied under the circumstances must be considered again in evaluating the reliability of the transactional profit method.

*TPG section 2.5 (vores understregning)*

It is not possible to provide specific rules that will cover every case. Tax administrators should hesitate from making minor or marginal adjustments. In general, the parties should attempt to reach a reasonable accommodation keeping in mind the imprecision of the various methods and the preference for higher degrees of comparability and a more direct and closer relationship to the transaction. It should not be the case that useful information, such as might be drawn from uncontrolled transactions that are not identical to the controlled transactions, should be dismissed simply because some rigid standard of comparability is not fully met. Similarly, evidence from enterprises engaged in controlled transactions with associated enterprises may be useful in understanding the transaction under review or as a pointer to further investigation. Further, any method should be permitted where its application is agreeable to the members of the MNE group involved with the transaction or transactions to which the methodology applies and also to the tax administrations in the jurisdictions of all those members.

*TPG section 2.11 (vores understregning)*

---

Det er således i uoverensstemmelse med TPG på forhånd at lægge sig fast på én metode, som Forsyningstilsynet anbefaler, uanset hvilken ydelse og transaktionstype der er tale om. Et sådant ensidigt a priori metodevalg kan reelt betyde, at prisfastsættelsen bevæger sig væk fra en markedsmæssig pris. Det kan ligeledes heller ikke udledes på forhånd, hvilken metode eller hvilke metoder der vil føre til højere eller lavere priser set i forhold til andre metoder. En overnormal prissætning vil reelt betyde en højere pris for el-forbrugeren, hvorimod en undernormal prissætning de facto vil føre til konkurrenceforvriddning på de relevante markeder, jf. nærmere nedenfor.

Dertil kommer, at TNMM, som Forsyningstilsynets foreslår, som udgangspunkt rangerer lavere end CUP-metoden og de andre direkte metoder, såfremt der er eksternt sammenlignelige data tilgængeligt på omsætnings- eller bruttoavanceniveau.

Det er således vores vurdering, at det ikke være muligt at indføre en kontrol udelukkende baseret på TNMM som foreslået af Forsyningstilsynet, hvis kontrollen samtidig skal foregå inden for rammerne af TPG, da det grundlæggende strider imod principperne i TPG at indføre et bundet metodevalg á priori. Det er således en grundforudsætning, at det konkret vurderes og dokumenteres, hvilken metode der er bedst egnet baseret på de faktiske omstændigheder, ydelsens karakter, aftalens øvrige vilkår og det tilgængelige eksterne datagrundlag.

#### **Afvisning af de direkte metoder vil begrænse muligheden for effektivt fagligt konsistent kontrol med markedsmæssighed af koncerninterne aftaler**

Det fremgår af lovbemærkningerne, som blev indført i 2012 ved ændringen af bestemmelsen om markedsmæssighed i elforsyningslovens § 46, at:

*Energiltilsynet udøver sit tilsyn og sit skøn inden for rammerne af OECD's Guidelines for transfer pricing og SKAT's vejledning "Transfer Pricing - Dokumentationspligten". Energiltilsynet skal primært beskæftige sig med væsentlige aftaler.*

*Da regelgrundlaget vedrørende aftalers markedsmæssighed er ensartet på skatteområdet og energiområdet vil det i konkrete tilfælde kunne være hensigtsmæssigt med en dialog med skatteforvaltningen i forbindelse med Energiltilsynets sagsbehandling.*

En ændring som foreslået af Forsyningstilsynet vil, efter vores vurdering, gå imod den hensigt, der er udtrykt i lovbemærkningerne, hvorefter tilsyn og skøn i forbindelse med kontrol af markedsmæssigheden efter § 46 skal ligge inden for rammerne af TPG, skattekontrolloven og Skattestyrelsens vejledning på transfer pricing-området. Vi antager, at man med henvisning til de skatteretlige regler har ønsket at sikre ensartet regulering af koncerninterne transaktioner på tværs af hele erhvervslivet og på tværs af skatte- og forsyningslove. Forsyningstilsynets forslag til ændring af gældende regler om markedsmæssighed vil resultere i en særregel, der helt grundlæggende bryder med grundlaget for vurderingen af markedsmæssighed i TPG, som reglerne på skatteområdet er funderet i.

Det er vores faglige overbevisning, at en særregel som foreslået reelt set vil afskære Forsyningstilsynet muligheden for at foretage faglig robust test og kontrol ved hjælp af andre metoder, herunder de direkte metoder og særligt CUP-metoden, der ifølge TPG er at foretrække over andre metoder i tilfælde, hvor denne metode er mulig. I praksis vil dette reelt fratage Forsyningstilsynet muligheden for at føre en retvisende kontrol med, at priserne er fastsat på markedsvilkår, som forudsat i lovbemærkningerne til elforsyningslovens § 46 under henvisning til TPG og skattelovgivningen.

#### **Afgrænsning til én metode medfører risiko for priser, der ikke afspejler markedsprisniveau**

Det er væsentligt at understrege, at markedsmæssighedsbegrebet fortolket i lyset af lovbemærkningerne, TPG og Skattestyrelsens vejledning skal sikre, at priser er fastsat på markedsmæssige vilkår<sup>1</sup>, hvilket vil sige, at priser hverken må være over eller under markedsniveauet. Det er et grundlæggende og afgørende fagligt rationale for TPG, og dermed på tværs af hele OECD, at markeder frembringer effektive priser og ydelser for parterne og i sidste ende for de forbrugere, parternes slutprodukter afsættes til. Dette gælder både i det kommercielle erhvervsliv og på mere regulerede markeder, fx forsyningsområdet.

Såfremt der indføres en særregel om afgrænsning til én bestemt prisfastsættelsesmetode (TNMM) i elforsyningsloven, og der herved ikke længere gives rum for at foretage en konkret afvejning af, hvilken transfer pricing-metode, der er bedst egnet til at teste den interne transaktion for netselskabet, vil der være en betydelig risiko for, at den fastsatte pris kan bevæge sig væk fra en reel markedspris og dermed væk fra det grundlæggende rationale i TPG.

Forsyningstilsynet synes at lægge til grund, at anvendelse af TNMM generelt vil sikre et omkostningseffektivt prisniveau. Det er vores opfattelse, at det ligger i hele rationale i TPG, at man ved dokumentation af en markedspris ved hjælp af den metode, der vurderes at være bedst egnet i det konkrete tilfælde, opretholder velfungerende forretningsmæssige incitamenter for begge parter i en transaktion og herved sikrer et omkostningseffektivt prisniveau.

---

<sup>1</sup> I TPG og skattelovgivning også benævnt "armslængdevilkår".

Hertil kommer, at Forsyningstilsynet synes at overse problematikken i, at et ensidigt metodevalg kan resultere i priser, der reelt ligger under markedsniveau. Er prisen lavere end markedsprisen i henhold til en anden metode, der efter en konkret vurdering er bedre egnet (jf. TPG) end TNMM, risikerer man konkurrenceforvridende priser og dermed et utilsigtet indgreb i de eksterne markeder, som transaktionen berører. Dette vil i værste fald mindske udbuddet og konkurrencen i markedet, hvilket fra et teoretisk økonomisk ræsonnement vil føre til højere markedspriser på længere sigt.

Som anført i afsnittene ovenfor, er en veldokumenteret CUP ofte det mest direkte udtryk for en markedspris. Såfremt der indføres et ensidigt metodevalg, forkaster Forsyningstilsynet således muligheden for at anvende den metode, der er i stand til at give det mest præcise udtryk for en markedspris. I ovenstående kontekst vækker det derfor undren, at Forsyningstilsynet så definitivt ønsker at afskære sig selv fra at føre kontrol ved hjælp af OECD's andre metoder.

### Negative konsekvenser ved indføring af særregulering

Særlovgivning på området vil betyde, at netselskaberne vil blive reguleret efter både de skattemæssige regler og den foreslåede særlovgivning, mens de koncernforbundne, kommercielle selskaber, som netselskaber indgår transaktioner med, reguleres efter de gængse regler på skatteområdet. Dette vil betyde uensartet og asymmetrisk regulering, hvilket vurderes at gå imod intentionen i elforsyningslovens § 46, jf. bemærkningerne hertil, og dermed hindre sikringen af en retvisende markedsprissætning. Helt grundlæggende vil en særlovgivning, som foreslået, give konflikt mellem de to regelsæt, og det vil i mange tilfælde ikke være muligt samtidig at efterleve begge regelsæt - hverken af de regulerede netselskaber eller af de koncernforbundne, kommercielle virksomheder, de indgår transaktioner med.

## 3 Afrunding og konklusion

På tværs af hele OECD respekteres parternes ret til at bestemme, om de vil afslutte en kontrakt, og hvilket indhold den skal have, og derfor findes i TPG principper og vejledninger om metoder mv., der skal sikre, at der ikke finder en skævvridning sted. Korrektionsregler, der indeholder diktater for interne priser, indebærer en indgriben i partsautonomien<sup>2</sup>. I den internationale skatteret er der undertiden udviklingslande, der for at opnå større skatteprovenu, pålægger parterne at fastsætte priser efter én bestemt metode. Såfremt Forsyningstilsynet indfører én metode til prisfastsættelse af alle varer og tjenesteydelser med henblik på at omkostningseffektivisere net-distributionen, er det udtryk for et grundlæggende andet perspektiv end perspektivet for armslængdeprincippet, der efter vores opfattelse henvises til i bemærkningerne til elforsyningslovens § 46.

Såfremt der ønskes indført en regulering, hvor der kun kan anvendes én metode til prisfastsættelse af alle varer og tjenesteydelser, er det udtryk for en markant og grundlæggende ændring af elforsyningslovens § 46, som er baseret på det skatteretlige armslængdeprincip og metodegrundlag, som defineret i TPG.

Vi vil igen fremhæve, at det er vores faglige vurdering, at det ikke inden for rammerne af TPG vil være muligt at gennemføre den foreslåede ændring, hvor TNMM ensidigt skal danne grundlag for tilsyn og kontrol, da det ensidige metodevalg grundlæggende netop strider mod principperne i TPG. Når Forsyningstilsynet foreslår at se bort fra de direkte metoder, vil dette reelt afskære Forsyningstilsynet fra at føre en retvisende kontrol af markedsprissættelsen af de koncerninterne transaktioner, og man risikerer at fastlægge priser, der ligger længere væk fra en reel markedspris, hvilket strider mod de intentioner, der ligger bag elforsyningslovens § 46, og dermed hindrer sikringen af en retvisende markedsprissætning.

Forsyningstilsynet risikerer at bevæge sig væk fra en reel markedspris, når der træffes afgørelser i henhold til samme metode i alle forhold, hvilket kan føre til højere priser for forbrugerne, eller i den omvendte situation til konkurrenceforvridende priser til koncernselskaber set i forhold til eksterne aktører. Under Forsyningstilsynets udsagn er der umiddelbart et ensidigt fokus på, at netvirksomhederne ikke indkøber varer/ydelser for dyrt fra koncernforbundne selskaber. Det er dog væsentligt at påpege, at markedsprissættelsesbegrebet fortolket i lyset af lovbemærkningerne, TPG og Skattestyrelsens vejledning skal sikre, at prisen er på markedsprissættelses vilkår, hvilket vil sige, at priser hverken må være over eller under markedsniveauet. Det vækker derfor undren, at Forsyningstilsynet definitivt ønsker at afskære sig selv fra at føre kontrol ved hjælp af OECD's andre metoder, herunder ikke mindst anvendelse

<sup>2</sup> Jacob Bundsgaard Skatteretten og civil retten side 421 jf. Jens Wittendoff, Transfer pricing side 29ff.





af CUP-metoden, som både giver incitament til omkostningseffektivitet samt det mest direkte udtryk for markedsmæssighed.

Forsyningstilsynets forslag om at indføre særlovgivning, der bryder med de udbredte og anerkendte metoder fra skatteretten, giver anledning til bekymring, da en særlovgivning vil resultere i konflikt med det skatteretlige regelsæt, som forsyningskoncernerne ligeledes er underlagt. Det er direkte afspejlet i bemærkningerne til elforsyningslovens § 46, at der er lagt op til en løbende dialog mellem Forsyningstilsynet og skattemyndighederne, hvilket forekommer oplagt fornuftigt for netop at drage nytte af de mangeårige erfaringer, der foreligger på skatteområdet.