

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 28. juli 2022 i sag nr. VFL-5-2021

Vejen Renseanlæg A/S
mod
Forsyningssekretariatet

Resume af afgørelsen

Forsyningssekretariatet har den 15. oktober 2021 truffet afgørelse om økonomiske rammer for Vejen Renseanlæg A/S for perioden 2022-2023.

Vejen Renseanlæg A/S har ved skrivelse af 1. november 2021 anmodet Forsyningssekretariatet om at indbringe afgørelsen for Konkurrenceankenævnet, hvilket er sket den 15. november 2021.

Klagen vedrører fortolkning af § 9, stk. 4, nr. 13, i bekendtgørelse nr. 2291 af 30. december 2020 om økonomiske rammer for vandselskaber (ØR-bekendtgørelsen). Hovedspørgsmålet i sagen er, om Vejen Renseanlæg A/S har krav på at få godkendt et af selskabet indberettet beløb som ikke-påvirkelige omkostninger som følge af COVID-19 efter force majeure-bestemmelsen i den nævnte § 9, stk. 4, nr. 13.

I pådømmelsen har deltaget fire nævnsmedlemmer, jf. bekendtgørelse om Konkurrenceankenævnet (bekendtgørelse nr. 496 af 17. marts 2021) § 2, stk. 4, 2. pkt.

Konkurrenceankenævnet har ophævet Forsyningssekretariatets afgørelse af 15. oktober 2021 for så vidt angår den del, der vedrører ”ikke-påvirkelige omkostninger” på 178.624 kr. og har hjemvist sagen til fornyet behandling.

Påstande

Vejen Renseanlæg A/S har nedlagt påstand om, at Forsyningssekretariatet skal godkende det af selskabet indberettede beløb på 178.624 kr. som ikke-påvirkelige omkostninger, jf. § 9, stk. 4, nr. 13, om force majeure, i ØR-bekendtgørelsen.

Forsyningssekretariatet har nedlagt påstand om stadfæstelse, subsidiært at Forsyningssekretariatets afgørelse af 15. oktober 2021 hjemvises til sekretariatets fornyede behandling med henblik på godkendelse af de ikke-påvirkelige omkostninger, som Konkurrenceankenævnet måtte finde var en følge af force majeure, i det omfang omkostningerne kan dokumenteres.

Sagens faktiske omstændigheder

Vejen Renseanlæg A/S indberettede den 1. april 2021 oplysninger til brug for Forsyningssekretariatets fastsættelse af selskabets økonomiske rammer for 2022-2023. I den forbindelse ansøgte Vejen Renseanlæg om at få godkendt 178.264 kr. som ikke-påvirkelige omkostninger som følge af force majeure i forbindelse med COVID-19-pandemien.

Det fremgår af ansøgningen bl.a., at omkostningerne er relateret til deling af driftspersonalet på forskellige lokationer for at sikre forsyningssikkerheden i tilfælde af et coronaudbrud, ekstra rengøring på de bemandede anlæg og til løn til hjemsendte medarbejdere med tjenestefri i forbindelse med smitteopsporing, for at de pågældende medarbejdere kunne gå i selvisolation med familien.

Omkostningerne fordeler sig ifølge ansøgningen således:

Ekstra rengøring:	165.225,00 kr.
Løn til hjemsendte medarbejdere med tjenestefri:	13.038,50 kr.
I alt:	178.263,50 kr.

I ansøgningen er der ikke opgjort omkostninger til deling af driftspersonalet på forskellige lokationer.

Forsyningssekretariatet sendte den 14. september 2021 udkast til afgørelse om selskabets økonomiske rammer for 2022-2023 i høring hos Vejen Renseanlæg, hvoraf fremgår bl.a., at

Forsyningssekretariatet ikke ville godkende de af Vejen Renseanlæg indberettede omkostninger som følge af COVID-19 som en ikke-påvirkelig omkostning.

Vejen Renseanlæg sendte den 28. september 2021 et høringssvar til udkastet, hvoraf fremgår bl.a.:

”Vi er ikke enig i jeres afslag og mener at omkostninger relateret til Covid-19 pandemien skal betragtes som force majeure.

Begrundelse:

I indberetningsvejledningen står der: ”Force majeure omfatter omkostninger til uforudsigelige hændelser, som selskabet ikke har haft nogen indflydelse på eller kan gardere sig imod”.

På pressemødet den 11. marts 2020, hvor statsministeren sender alle offentlig ansatte hjem der kan arbejde hjemme, og beder medarbejdere i en kritisk funktion at blive på arbejde, forsyning betragtes som en kritisk funktion og derfor opretholder vi et beredskab således at vi kan fortsætte med at håndtere spildevandet i kommunen.

I begrundelsen for jeres vurdering, er at forholdene var almindeligt kendte for afholdelse af omkostningerne.

Da vi sender medarbejderne hjem for at arbejde hjemme, deler driften for at opretholde et beredskab, iværksætter ekstra rengøring. Gøres det som følge af statsministeren tale den 11. marts og tiltagene sættes i gang den 12. marts. Vi har på ingen måde haft et kendskab til, at vi ville blive pålagt disse omkostninger eller at denne hændelse ville ske.

Denne hændelse og de efterfølgende omkostninger som Vejen Renseanlæg har, må betragtes som force majeure.

Jeg henviser til ”København Byrets afgørelse af 4. marts 2021 i sag nr. BS-27102/2020-KBH og afgørelse af 15. februar 2021 i sag nr. BS-19267/2020-KBH” hvori hændelsen COVID-19 bliver betragtet som force majeure begivenhed i juridisk forstand. Dommen relaterer sig til hændelsen, hvor statsminister Mette Frederiksen den 17. marts kl. 19.00, holder et pressemøde hvor hun tvangslukker liberale erhverv, der kan trækkes direkte paralleller mellem de 2 pressemøder og hændelser.”

Forsyningssekretariatet traf den 15. oktober 2021 sin endelige afgørelse om økonomiske rammer for Vejen Renseanlæg for perioden 2022-2023. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

”5. Ikke-påvirkelige omkostninger

Vi justerer hvert år jeres ikke-påvirkelige omkostninger i forhold til det indberettede niveau for samme type omkostninger året før.

Afgørelse

I har indberettet i alt 178.624 kr. som omkostninger til force majeure. I har oplyst, at omkostningerne relaterer sig til løn til hjemsendte medarbejdere med tjenestefri, flytning af medarbejdere til andet arbejdssted og ekstra rengøring. I har endvidere oplyst, at omkostningerne er en følge af COVID-19-pandemien.

For at der kan være tale om force majeure i ØR-bekendtgørelsens forstand, skal omkostningerne være en følge af en helt ekstraordinær og uforudsigelig hændelse, f.eks. krig og naturkatastrofer, som vandselskabet ikke har haft nogen indflydelse på eller kan gardere sig imod. Begrebet skal i lighed med dansk rets almindelige forståelse af begrebet anvendes meget restriktivt.

Det er vores vurdering, at COVID-19-pandemien ikke generelt kan betegnes som en helt ekstraordinær og uforudsigelig hændelse, som kan sammenlignes med f.eks. krig og naturkatastrofer.

Det er endvidere vores vurdering, at der ikke foreligger force majeure i det konkrete tilfælde. Vi har lagt vægt på, at COVID-19-pandemien og forholdene som følge heraf var almindeligt kendte på tidspunktet for afholdelsen af omkostningerne. De pågældende omkostninger var højst en følge af regeringens retningslinjer/anbefalinger til arbejdsmiljø mv. og dermed alene en indirekte følge af COVID-19-pandemien. Samlet set kan hændelsen – og dermed omkostninger som følge heraf – derfor ikke betegnes som uforudsigelig i force majeure-begrebets forstand.

Vi kan på denne baggrund ikke godkende det indberettede beløb på 178.624 kr. som en ikke-påvirkelig omkostning.

Vi har godkendt jeres øvrige indberettede ikke-påvirkelige omkostninger.

Samlet set er jeres ikke-påvirkelige omkostninger 2.119.880 kr. De er indregnet i jeres økonomiske ramme for 2022.

...

11. Høringssvar

...

Indregning af ikke-påvirkelige omkostninger som følge af COVID-19

I har i jeres høringssvar derudover på ny anmodet om at få godkendt indberettede omkostninger på 178.624 kr. som ikke-påvirkelige omkostninger i medfør af bestemmelsen om force majeure.

I angiver, at I efter regeringens pressemeddelelse af den 11. marts 2020 har haft omkostninger i form af løn til hjemsendte medarbejdere, opdeling af driften for at opretholde et beredskab og ekstra rengøring. I skriver endvidere, at I betragter betingelserne for at anse omkostningerne som omfattet af bestemmelsen for opfyldt. Her henviser I også til to utrykte domme fra Københavns Byret af 4. marts 2021 i sag nr. BS-27102/2020-KBH og af 15. februar 2021 i sag nr. BS-19267/2020-KBH.

Jeres bemærkninger har ikke givet anledning til ændringer i jeres økonomiske rammer, da vi i det hele fastholder afgørelsen om afslag på indregning af ikke-påvirkelige omkostninger, der følger af kapitel 5.

Vi bemærker også, at I for så vidt angår omkostninger til opdeling af driften for at opretholde et beredskab ikke har dokumenteret meromkostninger i forhold til den ordinære drift, idet I udelukkende fordeler det ansøgte beløb på omkostninger til ekstra rengøring og løn til hjemsendte medarbejdere.

For så vidt angår omkostninger til ekstra rengøring og løn til hjemsendte medarbejdere finder vi, at omkostningerne ikke er en følge af en force majeure-hændelse. Begrundelsen herfor fremgår af kapitel 5.

Vi bemærker i øvrigt, at I i høringssvaret har skrevet, at I har sendt medarbejdere hjem for at arbejde hjemmefra. Vi finder derfor, at I ikke har dokumenteret meromkostninger forbundet med hjemsendelser.

Vi har endvidere bedt jer fremsende de to utrykte domme fra Københavns Byret af 4. marts 2021 i sag nr. BS-27102/2020-KBH og af 15. februar 2021 i sag nr. BS-19267/2020-KBH. Da I har oplyst, at I ikke er i besiddelse af dommene, har vi ikke haft mulighed for at forholde os til dem.”

Vejen Renseanlæg klagede den 1. november 2021 over afgørelsen.

Retsgrundlaget

Af § 8 i lov nr. 1693 af 16. august 2021 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold (vandsektorloven) fremgår:

”Klima-, energi- og forsyningsministeren fastsætter regler om fastsættelse og kontrol af indtægtsrammer, jf. § 6, og regnskabsmæssige kontrolrammer, jf. § 6 a, herunder om beregningsmetode, effektiviseringskrav, reguleringsperioder, indfasningsperioder, kontrolperioder, hvilke økonomiske og andre oplysninger der skal indgå i fastsættelsen, samt om vandselskabernes indberetning af oplysninger til Forsyningssekretariatet, indberetningens form, herunder at indberetning skal ske elektronisk, og frister for indberetningen. Ministeren fastsætter endvidere regler om tillæg til indtægtsrammer og regnskabsmæssige kontrolrammer og om betingelser for tillæg, herunder om samfundsøkonomisk hensigtsmæssighed.”

Af forarbejderne til vandsektorlovens § 8 (Folketingstidende 2015-2016, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 91, s. 45) fremgår bl.a.:

”Det er hensigten, at der ved anvendelse af bemyndigelsen fortsat skal kunne tages hensyn til omkostninger, som vandselskabet ikke kan påvirke eller kun kan påvirke

marginalt, herunder skat og akkumuleret restskat, afgift på ledningsført vand, køb af tjenesteydelser fra andre vandselskaber reguleret af vandsektorloven, tjenestemandspensioner, betaling til Forsyningssekretariatet, erstatninger og force majeure.”

Klima-, energi- og forsyningsministeren har med hjemmel i bl.a. vandsektorlovens § 8 fastsat bekendtgørelse nr. 2291 af 30. december 2020 om økonomiske rammer for vandselskaber (ØR-bekendtgørelsen). ØR-bekendtgørelsens § 9, stk. 1, stk. 3 og stk. 4, nr. 13, lyder:

”§ 9

Forsyningssekretariatet korrigerer indtægtsrammerne med et individuelt effektiviseringskrav, jf. lovens § 6, stk. 5, for de vandselskaber, som i benchmarkingen ikke har opnået en effektivitet, som er højere end den i henhold til § 7, stk. 3, offentliggjorte effektiviseringsgrænse. Indtægtsrammerne korrigeres herefter med et generelt effektiviseringskrav, jf. lovens § 6, stk. 3. Det generelle effektiviseringskrav, jf. lovens § 6, stk. 3, nr. 1, udgør 2 pct. af de driftsomkostninger, der indgår i det enkelte vandselskabs indtægtsramme for 2017, jf. dog stk. 4. Det generelle effektiviseringskrav, jf. lovens § 6, stk. 3, nr. 2, udgør en procentdel af de anlægsomkostninger, som indgår i grundlaget for indtægtsrammen for 2017, jf. dog stk. 4. Procentdelen fastsættes i overensstemmelse med § 10, stk. 2.

...

Stk. 3. Forsyningssekretariatet korrigerer de regnskabsmæssige kontrolrammer efter lovens § 6 a, stk. 3, med et generelt effektiviseringskrav, som udgør 1,7 pct. af drifts- og anlægsomkostningerne, jf. dog stk. 4, der indgår i det enkelte vandselskabs kontrolramme for 2017.

Stk. 4. Korrektionen efter stk. 1 og 3 omfatter ikke

...

13) force majeure”

Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens indberetningsvejledning til økonomiske rammer fremgår bl.a. (s. 13):

”Force Majure

Omfatter omkostninger til uforudsigelige hændelser, som selskabet ikke har haft nogen indflydelse på eller kan gardere sig imod.”

Parternes argumenter

Vejen Renseanlæg A/S har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at COVID-19 skal anses som en force majeure-begivenhed, da pandemien må anses som en uforudsigelig og ekstraordinær

begivenhed. Dette er ligeledes bekræftet i andre tilfælde, jf. herved de to utrykte domme fra Københavns Byret af 4. marts 2021 i sag nr. BS-27102/2020-KBH og af 15. februar 2021 i sag nr. BS-19267/2020-KBH. Vejen Renseanlæg oplyste også Forsyningssekretariatet om disse domme. Forsyningssekretariatet bad dog ikke om, at Vejen Renseanlæg fremsendte dommene, som det fremgår af afgørelsen, men Vejen Renseanlæg sendte hyperlink til DI's hjemmeside, hvor de var omtalt.

Under statsministerens pressemøde den 11. marts 2020 blev alle offentligt ansatte opfordret til at arbejde hjemme, dog således at medarbejdere med kritiske funktioner fortsat skulle være på arbejde. Da forsyning betragtes som en kritisk funktion, opretholdt Vejen Renseanlæg herefter et beredskab til at håndtere kommunens spildevand.

Vejen Renseanlæg har haft forskellige omkostninger, som var direkte relateret til COVID-19, herunder omkostninger i forbindelse med hjemsendelser (tjenestefrihed med løn) grundet smitteopsporing, ekstra omkostninger til rengøring på bemandede anlæg, og omkostninger i forbindelse med opdeling af driftspersonalet på forskellige lokationer, for at sikre forsyningssikkerheden i tilfælde af et COVID-19-udbrud.

Vejen Renseanlæg havde desuden hjemsendt medarbejdere, som kunne arbejde hjemmefra, men har dog ikke søgt om tillæg til disse omkostninger.

Forsyningssekretariatet har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at de af Vejen Renseanlæg afholdte omkostninger i forbindelse med COVID-19 ikke er en følge af en helt ekstraordinær og uforudsigelig hændelse, som selskabet ikke har haft nogen indflydelse på eller kunne gardere sig imod.

Den generelle COVID-19-situation i Danmark i 2020 kan ikke i sig selv medføre, at der indtræder force majeure. Det bemærkes i den forbindelse, at den udtømmende opstilling over ikke-påvirkelige omkostninger i ØR-bekendtgørelsens § 9, stk. 4, skal fortolkes indskrænkende, da der er tale om en undtagelse til hovedreglen i bestemmelsens stk. 1 og 3.

Selskabet har ikke dokumenteret, at selskabet konkret har været forpligtet til at afholde meromkostningerne i forbindelse med COVID-19. Selskabet har i sit høringssvar af 28. september

2021 angivet, at omkostningerne er en følge af regeringens pressemeddelelse af 11. marts 2020, men har ikke dokumenteret eller godtgjort, at selskabet var forpligtet til at afholde de pågældende omkostninger til ekstra rengøring og løn til hjemsendte medarbejdere med tjenestefri. Forsyningssekretariatet har lagt til grund, at der højst var tale om retningslinjer eller anbefalinger, hvorfor selskabets afholdelse af omkostninger ikke var en følge af en force majeure-hændelse, herunder fordi selskabet selv havde indflydelse på afholdelse af omkostningerne.

De to utrykte domme fra Københavns Byret, som Vejen Renseanlæg har fremlagt, kan ikke føre til et andet resultat. Det bemærkes, at de begge handler om en virksomheds afskedigelse af to medarbejdere i restaurationsbranchen, og sagerne er relaterede til det myndighedspåbud, der blev givet i marts 2020, hvorefter restauranter, cafeer og spisesteder blev pålagt at holde lukket som følge af COVID-19. Københavns Byret fandt i begge disse sager, at dette myndighedspåbud var en force majeure-begivenhed. Retten lægger i sagerne vægt på det konkrete påbud og ikke den generelle COVID-19-situation i Danmark.

Dommene er på linje med Østre Landsrets dom af 4. maj 2021 som gengivet i UfR 2021.3485 Ø, som angik opfyldelsen af en aftale om et bryllupsarrangement. Landsretten fandt, at der først forelå force majeure i det konkrete aftaleforhold på det tidspunkt, hvor forsamlingsforbuddet ved bekendtgørelse nr. 445 af 19. april 2020 omfattede dagen for det aftalte arrangement. Landsretten lagde således vægt på, at der skulle træde en egentlig bekendtgørelse i kraft, som forbød afholdelsen af den pågældende aktivitet, førend der forelå force majeure med hensyn til opfyldelsen af parternes aftale. Landsretten tillægger dermed ikke retningslinjer eller anbefalinger indeholdt i regeringens pressemeddelelser nogen afgørende betydning.

Retspraksis tegner dermed et samlet billede af, at den generelle COVID-19-situation i Danmark i 2020 ikke i sig selv kan medføre, at der indtræder force majeure. Det afgørende er, om der foreligger en for selskabet bindende forskrift, som pålægger selskabet at udføre en bestemt handling eller undladelse, f.eks. et myndighedspåbud i form af en bekendtgørelse.

COVID-19-situationen i Danmark i 2020 og forholdene som følge heraf var almindeligt kendte på tidspunktet for afholdelsen af omkostningerne, som blev afholdt løbende i hele 2020. I hvert fald på et tidspunkt inden udgangen af 2020 var forholdene omkring COVID-19 almindeligt kendte,

og det fulde beløb for selskabets afholdte omkostninger kan derfor ikke være en følge af en uforudsigelig hændelse.

Selv hvis Konkurrenceankenævnet måtte komme frem til, at COVID-19-pandemien skal anses som force majeure, har Vejen Renseanlæg ikke fuldt ud dokumenteret eller godtgjort størrelsen af de afholdte omkostninger. Dette ses bl.a. ved, at Vejen Renseanlæg ikke har været i stand til at opgøre omkostninger forbundet med deling af driftspersonalet på forskellige lokationer på trods af, at selskabet i sin klage oplyser, at delingen af driftspersonalet på forskellige lokationer har medført ekstra omkostninger.

Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Sagen angår, om Forsyningssekretariatet ved sin afgørelse af 15. oktober 2021 med rette har afvist at godkende Vejen Renseanlæg A/S' omkostninger på i alt 178.624 kr. som ikke-påvirkelige omkostninger efter ØR-bekendtgørelsens § 9, stk. 4, nr. 13.

Det følger af ØR-bekendtgørelsens § 9, stk. 4, nr. 13, at det individuelle og generelle effektiviseringskrav ikke omfatter force majeure. Af forarbejderne til vandsektorlovens § 8, som bekendtgørelsens bestemmelse er fastsat med hjemmel i, fremgår bl.a., at det er hensigten, at der skal kunne tages hensyn til omkostninger, som vandselskabet ikke kan påvirke eller kun kan påvirke marginalt, herunder force majeure.

Konkurrenceankenævnet finder, at begrebet force majeure i ØR-bekendtgørelsens § 9, stk. 4, nr. 13, må antages at omfatte tilfælde, hvor uforudsigelige hændelser, som vandselskaberne ikke har kontrol over og ikke kan afværge, midlertidigt eller permanent nødvendiggør afholdelse af omkostninger, som vandselskabet ikke ellers ville have afholdt. Det er nævnets opfattelse, at COVID-19 – i hvert fald i perioden, hvor COVID-19 blevet karakteriseret som en samfundskritisk sygdom, jf. lov nr. 285 af 27. februar 2021 om epidemier mv. (epidemiloven) § 2, stk. 4 – må anses som en ekstraordinær og uforudsigelig hændelse omfattet af dette begreb. Heraf følger, at de omkostninger, som vandselskaber har måtte afholde udelukkende for at opfylde de nationale sundhedsmyndigheders konkrete anbefalinger til forebyggelse af smittespredning af COVID-19, herunder rengøringskrav, afstandskrav og hjemsendelse i forbindelse med opfyldelse af krav om selvisolation, må anses som omkostninger omfattet af ØR-bekendtgørelsens § 9, stk. 4, nr. 13.

Konkurrenceankenævnet ophæver på den baggrund Forsyningssekretariatets afgørelse af 15. oktober 2021 for så vidt angår den del, der vedrører ”ikke-påvirkelige omkostninger” på 178.624 kr. og hjemviser sagen til fornyet behandling ved Forsyningssekretariatet med henblik på godkendelse af dokumenterede meromkostninger i anledning af vandselskabets opfyldelse af de nationale sundhedsmyndigheders konkrete anbefalinger til forebyggelse af smittespredning af COVID-19.

Herefter bestemmes

Forsyningssekretariatets afgørelse af 15. oktober 2021 ophæves for så vidt angår den del, der vedrører ”ikke-påvirkelige omkostninger” på 178.624 kr., og sagen hjemvises til fornyet behandling.

Klagegebyret tilbagebetales til Vejen Renseanlæg A/S.

David Dreyer Lassen

Birgitte Sloth

Claus Berg

Jan Schans Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.
Konkurrenceankenævnet den 28. juli 2022

Sign. af Nævnenes Hus

Anja Sunesen
Sekretariatsmedarbejder