

Hedensted Kommune – kommunal praksis vedrørende garantistillelse

Vi har efter aftale udarbejdet et notat, med henblik på at assistere Hedensted Kommune i relation til en henvendelse fra Hedensted Fjernvarme a.m.b.a., p.v.a. fjernvarmeværker i Hedensted Kommune.

1 Baggrund for opkrævning af en garantiprovision

Det er en forudsætning for forsyningsvirksomheders optagelse af lån i KommuneKredit, at der stilles en kommunal garanti for lånet. Det ses herudover, at andre (private) långivere tillige kræver en kommunalgarantistillelse med henblik på at fastsætte gunstige lånevilkår.

De primære årsager til kravet om opkrævningen af en garantiprovision ved lånoptagelse i KommuneKredit udspringer dels af EU's statsstøttere regler og dels af national lovgivning, her varmforsyningsloven.

I relation til EU's statsstøttere regler, sætter disse normalt ind, hvor der er tale om et konkurrenceudsat marked. Beskyttelseshensynet er her, at der ikke med offentlige midler må ydes støtte eller hjælp, som kan fordreje eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder. Såfremt en kommune stiller en garanti for en virksomhed, som derved opnår en lavere rente på et lån, uden at opkræve en garantiprovision, vil kommunen derved indirekte yde støtte til virksomheden.

Der har gennem tiden været en del diskussion om, hvorvidt forskellige forsyningssektorer kan anses at være på et konkurrenceudsat marked, det vil sige, hvorvidt statsstøttere reglerne overhovedet regulerer garantistillelsen.

I relation til de nationale regler, følger det af varmforsyningsloven, at en kommune skal opkræve en markedsræssig garantiprovision i forbindelse med garantistillelse. Varmeforsyningslovens ordlyd henviser umiddelbart til EU's statsstøttere regler, men det følger af fremsættelsesbemærkningerne, til bestemmelserne i varmforsyningsloven, at de kommunalretlige principper er opretholdt sideløbende med bestemmelserne i varmforsyningsloven.

Der henvises således, i de generelle fremsættelsesbemærkningerne til L177 af 25. marts 2015, til at en kommunal garantistillelse skal overholde såvel de nationale regler samt EU-reglerne om statsstøtte, herunder henvises videre til EU Kommissionens meddelelse (2008/C155/02). Endeligt indeholder fremsættelsesbemærkningerne følgende passus omkring forholdet til kommunalfuldmagtsreglerne:

2.1.1.2:

Det fremgår udtrykkeligt af reglerne, at garantistillelse kun kan ske inden for de rammer, der er fastsat i EU-reglerne om statsstøtte. Der ændres således ikke på den gældende ret, hvorefter kommunerne både skal påse, at der er adgang til garantistillelse efter den nationale lovgivning, og at garantistillelsen sker i overensstemmelse med statsstøttere reglerne. Kommunerne har selv ansvar for at sikre, at garantistillelsen er forenelig med EU-statsstøttere reglerne. Der henvises til de almindelige bemærkninger afsnit 7.

Afsnit 7

"Forslaget fastsætter nationale regler om kommuners adgang til bl.a. garantistillelse for kollektiv varmforsyning. Garantistillelse kan indebære støtte og er i så fald omfattet af EU-reglerne om statsstøtte. Dette lovforslag indebærer ikke en undtagelse til statsstøttere reglerne. Det betyder, at en kommunal garantistillelse både skal overholde de regler, der er fastsat herom i den nationale lovgivning og EU-reglerne om statsstøtte."

"Den foreslåede regulering af kommunernes hjemmel til varetagelse af varmforsyningsvirksomhed bygger videre på de principper, der i dag er fastlagt i kommunalfuldmagtsreglerne, herunder om, at kommuner som udgangspunkt ikke må

drive virksomhed med fortjeneste for øje. Kommuner kan alene drive virksomhed med fortjeneste for øje, hvis der er lovhjemmel hertil. Der er i de foreslåede regler i varmforsyningsloven ikke hjemmel til, at en kommune tjener på garantistillelse og opkræver en større garantiprovision end statsstøtteregler forpligter til. Opkrævning af garantiprovisionen må alene ske til at dække kommunens risiko ved garantistillelse, men det må ikke anvendes til at få en fortjeneste.”

Ovenstående afspejles ligeledes i Ankestyrelsens praksis og udtalelser, eksempelvis udtalelse vedrørende Ærø Kommune fra 2. oktober 2017, hvori det kommunalretlige hvile-i-sig-selv princip fremhæves.

”Det er Ankestyrelsens vurdering, at Ærø Kommune - ved at stille garantier for forsyningsselskaber uden at kræve garantiprovision - har ydet støtte til forsyningsselskaberne i strid med det kommunalretlige hvile-i-sig-selv-princip.”

Det bemærkes, at principperne blev gentaget under fremsættelsen af L115 af 26. april 2023:

”For at en kommunal garantistillelse kan sige at være givet på markedsvilkår skal de kollektive varmforsyningsanlæg opkræve en garantiprovision på markedsmæssige vilkår. Garantiprovisionen skal svare til det, som en privat garant, der opererer under markedsøkonomiske forhold, vil kræve under de tilsvarende betingelser. En vederlagsfri garanti ville derimod indebære, at kommunen yder et tilskud til forsyningsvirksomheden, og en sådan garanti vil betyde en forrykning af byrdefordelingen mellem kommunens borgere. Endvidere sikrer garantiprovisionen, at kommunen overholder princippet om økonomisk at hvile i sig selv, som kommunen er underlagt. Kommunerne er forpligtede til at foretage rimelige og sædvanlige bestræbelser på at konstatere, hvad et vederlag på markedsvilkår i forhold til den konkrete garanti indebærer. Dette krav blev fremhævet i Ankestyrelsens afgørelser af 2. oktober 2017 og 19. januar 2021, hvori Ankestyrelsen udtalte, at det vil dette være i strid med den kommunalretlige hvile i sig selv-princip, hvis en kommune undlader at opkræve en markedskonform garantiprovision for en kommunal garanti, der stilles for et forsyningsselskabs lån”

Ovenstående blev imidlertid fjernet under udvalgsbehandlingen, men det fremgår af tillægsbetænkningen afgivet af Klima- Energi- og Forsyningsudvalget af 31. maj 2023, at ovennævnte principper er opretholdt uændret:

”Jeg vil bekræfte, at jeg i forbindelse med udvalgsbehandlingen har stillet tre ændringsforslag af substantiel karakter, som blev vedtaget ved 2. behandling af lovforslaget. (...) Hertil har jeg stillet et ændringsforslag om garantiprovisioner. Ændringsforslaget indebærer, at indsættelsen af kravet om markedsvilkår i ordlyden af bestemmelsen tages ud af lovforslaget. Det er for mig vigtigt at understrege, at der med lovforslaget ikke ændres på nuværende retstilstand, hvad angår opkrævning af garantiprovisioner på markedsmæssige vilkår ved kommunal garantistillelse. Hertil vil jeg bemærke, at kravet om garantistillelse er national regulering, som stammer fra kommunalfuldmagtsreglerne og senere lovfæstet, og der er derfor ikke tale om overimplementering af EU-retten.”

Som det fremgår af ovenstående, vil en kommunal garantistillelse, hvor der ikke samtidigt opkræves en garantiprovision, kunne betyde at en kommune overtræder hvile-i-sig-selv princippet. Der kan argumenteres for at overtrædelsen først aktualiseres i det omfang en stillet garanti aktualiseres. Omvendt må det antages, at en udløst garanti i første omgang vil skulle dækkes af skattefinansierede midler. Kommunens mulighed for efterfølgende at søge dækning herfor, indenfor det pågældende takstfinansierede område, må anses for mindre sandsynlige, hvorfor hensynet til muligheden for overholdelse af hvile-i-sig-selv princippet indtræder allerede på tidspunktet for garantistillelsen.

1.1 Fastsættelse af garantiprovision ved garantistillelse for en varmforsyningsvirksomhed

Det følger af varmforsyningslovens § 2 d, at kommuner, i overensstemmelse med EU's statsstøtteregler, kan stille garanti for lånoptagelse til finansiering af anlægsinvesteringer eller driftsaktiviteter.

Det fremgår videre af fremsættelsesbemærkningerne til § 2 d (lovforslag nr. 177 af 25. marts 2015), at der herved er fastsat nationale regler om kommuners adgang til garantistillelse for kollektive varmforsyninger og det præciseres, at kommunal garantistillelse skal overholde såvel de nationale regler som EU-reglerne om statsstøtte. Det understreges i lovbemærkningerne, at kommunerne har ansvaret for at sikre sig, hvorvidt den stillede garanti er forenelig med statsstøttereglerne.

Der henvises i bemærkningerne til lovforslaget til Kommissionens meddelelse om anvendelse af EF traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier (2008/C 155/02).

”F.eks. kan statsstøttereglerne medføre, at garantien højst må vedrøre 80 pct. af lånebeløbet og at der desuden skal opkræves en garantiprovision. Afhængig af en virksomheds kreditværdighed skal garantiprovisionen efter Kommissionens meddelelse af den 20. juni 2008 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 (i øvrigt nu artikel 107 og 108) på statsstøtte i form af garantier (2008/C155/02) ligge på mellem 0,4 pct. for garantistillelse for virksomheder med meget stærke betalingsevne (AAA eller AA vurdering) og mindst 3,8 pct. ved garantistillelse for virksomheder, hvor det er sandsynligt, at betalingsevnen forringes af negative forhold. Det kan f.eks. gælde små og mellemstore virksomheder, der ikke tidligere har fået en kreditvurdering, eller hvis vurdering er baseret på balancen, såsom virksomheder med særligt formål eller nystartede virksomheder. Provisionen kan i så fald dog aldrig være lavere end den, der gælder for moderselskabet.”

I relation til Ankestyrelsens praksis, som eksempelvis udtryk i Ankestyrelsens udmelding i relation til Mariagerfjord Kommune, så anerkender Ankestyrelsen anvendelsen af EU Kommissionens meddelelse, herunder anvendelsen af minimumspræmier, som udtryk for at der ikke foreligger ulovlig statsstøtte:

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

På ovennævnte grundlag antages det, at Kommissionens meddelelse finder anvendelse som fortolknings- og inspirationsgrundlag ved afdækning af, om en garantiprovision er fastsat på markeds-mæssige vilkår. Det bemærkes hertil, at der ikke fra offentlige myndigheder side er udarbejdet andet fortolkningsgrundlag til afdækning af fastsættelsen af en garantiprovision.

Det vil sige, at en kommune, i relation til forsyninger omfattet af SMV-begrebet, kan vælge at anvende de såkaldte Safe Harbour satser. Safe Harbour satserne er skematiske satser der knytter sig til kreditvurderingen låntager. Som det også fremgår af Ankestyrelsens udtalelse ovenfor, er der tale om etårige minimumssatser. Anvendelsen heraf kræver således som udgangspunkt, at der gennemføres en årlig kreditvurdering af låntager.

1.2 Samspil med gruppefritagelsesforordningen

KommuneKredit udsendte den 10. januar 2023 en skrivelse til landets kommuner, hvori der blev redegjort for, at KommuneKredit fremadrettet ville ændre praksis i relation til udstedelse af nye lån. Af skrivelsen fremgår, at ændringen skete med henblik på, at KommuneKredit kunne opfylde kriterierne for at yde lån i henhold til EU's regler om ”særlige kreditinstitutter”, som er en undtagelse fra EU's regler om kreditvirksomhed.

Når KommuneKredit yder lån, gælder den helt grundlæggende forudsætning, at et ”særligt kreditinstitut” ikke må ydes lån til konkurrenceudsatte aktiviteter, idet der i modsat fald foreligger statsstøtte. Der gælder dog den undtagelse, at der lovligt kan ydes statsstøtte, hvis lånet ydes til en aktivitet, som er omfattet af den såkaldte gruppefritagelsesforordning. Med henblik på at kunne dokumentere dette, og dermed opretholde aktiviteten i KommuneKredit, vil

KommuneKredit, jf. ovennævnte skrivelse, fremadrettet søge at dokumentere overholdelsen statsstøttereglerne. I første omgang vedrører dette KommuneKredits virksomhed.

KommuneKredit har ved samme skrivelse antydnet at, efter KommuneKredits vurdering, vil de samme vurderinger, ad gruppefritagelsesforordningen, kunne lægges til grund for vurderingen af det statsstøtteelement, som ligger i relation til en garantistillelse. Vi skal hertil bemærke, at dette, som udgangspunkt, vil være vanskeligt i relation til eksisterende lån og garantistillelser, idet disse ikke kan opfylde et af de grundlæggende kriterier i gruppefritagelsesforordningen, nemlig at statsstøtten skal opfylde et krav om tilskyndelsesvirkning. Det vil sige at aktiviteten kun gennemføres som følge af statsstøtten, hvorfor det også er et krav, at statsstøtten skal være kendt før igangsættelsen af den underliggende aktivitet.

Det skal her bemærkes, at ovennævnte ændringer i gruppefritagelsesforordningen trådte i kraft medio 2023. Det vil sige, at det blev "lovlig statsstøtte" at yde lån fra KommuneKredit til varmforsyninger. Garantier for lån ydet før dette tidspunkt kan således ikke være omfattet heraf.

I princippet ville en kommune også, med afsæt i gruppefritagelsesforordningen kunne yde lovlig statsstøtte til et varmeværk. Men dette er imidlertid ikke muligt ud fra dansk lovgivning. Det følger direkte af varmforsyningsloven, at der skal opkræves en garantiprovision, og derudover ville det stride imod kommunalfuldmagten (hvilket netop er afspejlet i varmforsyningsloven).

Det forhold, at man - når gruppefritagelsesforordningens betingelser er opfyldte - er udenfor EU-retten, og dermed i princippet også garantimeddelelsen, har skabt det paradoks, at der reelt stadig skal fastsættes garantiprovisioner efter national lov. Det vil sige, at man reelt før som efter ændringen af gruppefritagelsesforordningen skal opkræve en markedsræssig garantiprovision.

Spørgsmålet er herefter, om man kan anvende garantimeddelelsens mere enkle løsning, dvs. Safe Harbour satserne. Vores umiddelbare vurdering er, at såvel Ankestyrelsen (i tidligere praksis) og lovgiver har henvist hertil, hvorfor det må være lovmedholdeligt at tage afsæt i Safe Harbour modellen også efter de nationale regler.

1.3 Energistyrelsens vejledende udtalelse af 20. december 2023

Energistyrelsen udsendte, som opfølgning på ministersvar afgivet under behandlingen af L115 af 26. april 2023, jf. ovenfor, den 20. december 2023 en vejledende udtalelse om gældende ret i relation til kommunernes opkrævning af garantiprovision efter lov om varmforsyning.

Det fremgår indledningsvist af den vejledende udtalelse, at denne ikke har til formål at vejlede om selve udregningen af garantiprovisionerne. Det må således også lægges til grund, at udtalelsen på nær nogle sproglige ændringer afspejler gældende ret og praksis.

Energistyrelsen redegør, i den vejledende udtalelse, for at fastsættelsen af en garantiprovision på markedsræssige vilkår - efter varmforsyningsloven - er udtryk for, at en kommune "*skal foretage en faktisk vurdering af kommunens konkrete risiko i det enkelte tilfælde, inden den stiller en garanti for*" et lån.

Energistyrelsen har anført følgende:

"Det påhviler i den forbindelse kommunen at udfolde rimelige bestræbelser på at konstatere, hvad en garantiprovision, som dækker kommunens risiko, indebærer i det konkrete tilfælde for kommunal garantistillelse. Det kan for eksempel ske ved konsultation af kommunens bank eller andre finansielle rådgivere, eller ved at undersøge prisniveau i andre tilsvarende sager. Der må dog tilkomme kommunen et vist skøn, hvis der er flere vurderinger, som når frem til forskellige beløb."

Ovenstående er i det store hele en gentagelse af Indenrigsministeriets udtalelse til Solrød Kommune fra 22. november 2012 (sagsnr. 2012-00326) og Statsforvaltningens udtalelse til Langeland Kommune af 14. december 2012.

Energistyrelsen har dog omskrevet de tidligere udtalelser en anelse, idet disse tog afsæt i følgende formulering ”...*hvad et vederlag på markedsvilkår indebærer*” som af Energistyrelsen er omskrevet til ”...*hvad en garantiprovision som dækker kommunens risiko indebærer*”.

Energistyrelsen har videre anført, at en kommune ikke må tjene på en garantistillelse. Dette følger ligeledes af gældende praksis og er eksempelvis udtrykt i Ankestyrelsens udtalelse i Mariagerfjord-sagen.

Eftersom Energistyrelsens vejledende udtalelse ikke har til formål at vejlede om udregningen af garantiprovisionerne må det lægges til grund, at den ændrede formulering har til hensigt at understrege, at der skal ske en konkret vurdering af den risiko som en kommune påtager sig ved at stille en garanti.

Henset til at der ikke er sket ændringer i lovgivningen og set i sammenhæng med tillægsbetænkningen afgivet af Klima- Energi- og Forsyningsudvalget af 31. maj 2023, jf. ovenfor, må det således lægges til grund, at der ikke er ændret på gældende ret siden vedtagelsen af varmemeforsyningslovens § 2 d.

Det må herunder lægges til grund, at Ankestyrelsen, senest i 2021 har afgivet en tilsynsudtalelse om Ankestyrelsens forståelse af gældende ret:

Det er samlet set vores vurdering, at Svendborg Kommune er forpligtet til at opkræve garantiprovision på markedsmæssige vilkår, og at kommunen er forpligtet til at udfolde rimelige bestræbelser på at konstatere, hvad et vederlag på markedsmæssige vilkår i forhold til den konkrete garanti til fjernvarmeselskabet indebærer.

Herefter skal kommunen fastsætte størrelsen af garantiprovisionen over for fjernvarmeselskabet i overensstemmelse med kommunens vurdering af, hvad markedsprisen er for den konkrete garanti.

Vi er bekendt med at brancheforeningen Dansk Fjernvarme - uagtet at det fremgår af udtalelsen, at den netop ikke berører udregningen af garantiprovisioner - søger at fortolke Energistyrelsens udtalelse derhen, at en garantiprovision på ”markedsmæssige vilkår” skal fastsættes uden hensyntagen til markedsprisen. Dansk Fjernvarme har således, i januar 2024, udsendt et notat, hvor der ud fra en række generelle betragtninger argumenteres for en garantiprovisions-sats på 0,02% (baseret på en generisk europæisk misligholdelsesrisiko på 0,08% sammenholdt med en fiktiv korrektion for en tabsandel). Det vil i realiteten sige, en lavere sats end de 0,4%, som kan anvendes på en SMV med en AAA-vurdering efter EU Kommissionens meddelelse.

Det er vores umiddelbare opfattelse, at Dansk Fjernvarmes holdning må anses at være af politisk karakter. Den savner således, efter vores opfattelse, juridiske holdepunkter i gældende dansk ret og tilsynspraksis samt EU Kommissionens meddelelse (2008/C 155/02).

1.4 Perspektivering

Hvorvidt et lån/garantistillelse er omfattet af EU's statsstøtteregler, er i princippet ikke af afgørende betydning, idet en garantiprovision fastsat efter Garantimeddelelsens principper, i praksis, accepteres som fyldestgørende - også i de tilfælde, hvor den er fastsat udenfor statsstøttereglerne. Dvs. at anvendelsen af Safe Harbour satserne (garantimeddelelsens afsnit 3.3) accepteres som markedsmæssig, selvom disse i princippet ikke er markedsmæssige, men blot skematiske satser fastsat i 2008. Ved anvendelse af Safe Harbour satserne er der tale om en årlig sats, hvorfor garantiprovisionen bør revurderes årligt, da der er tale om et øjeblikbillede.

Det er videre vores opfattelse, at der ikke er ændret på praksis eller regler omkring fastsættelse af garantiprovisioner. Det følger således af såvel varmemeforsyningsloven som praksis, at en garantiprovision skal fastsættes, således at den er markedsmæssig, og at en kommune ikke må sætte en højere garanti end, hvad der er markedsmæssigt.

KommuneKredit og Dansk Fjernvarme har påpeget, at en markedspris for en garantiprovision indeholder en gevinst for garantistiller, hvorfor kommuner ikke må opkræve en markedspris, men skal eliminere den del af en markedsmæssig garantiprovision, som må antages at være en

uafhængig garantistillers gevinst. Opdelingen i en risikopræmie-del og fortjeneste-del giver ingen mening, idet en markedsræssig pris er den samlede pris. Dertil kommer, at ingen udenforstående vil kunne afdække, hvad fortjenesten er hos en ekstern garantistiller (eksempelvis hvad Nordea eller Danske Bank tjener på at stille en given garanti). Det er ligeledes ikke understøttet i Ankestyrelsespraksis, eksempelvis Mariagerfjord-sagen, hvor det blev lagt til grund, at Mariagerfjord Kommune ikke måtte, og heller ikke havde, opkrævet en garantiprovision, som oversteg markedsprisen (Mariagerfjord Kommune havde vurderet, at markedsprisen var 0,75%). Ankestyrelsen lagde til grund, at Kommunen ikke kunne anses at have fastsat en garantiprovision højere end markedsprisen med henblik på at opnå en fortjeneste.

Det bemærkes, at hvis et fjernvarmeværk har et skriftligt lånetilsagn, så vil en kommune altid kunne matche dette, dvs. nedsætte garantiprovisionen, så den afspejler det faktiske lånetilsagn.

Ovenstående fordrer at der er tale om sammenlignelige lån, og der skal følgelig forholdes til, at:

- i) realkreditlån kan opnås med indtil 60% af anlægsværdien, hvor KommuneKreditlån udgør 100%
- ii) realkreditlån kan kun ydes mod pantsikkerhed og betaling af tinglysningsafgift på 1,45%.