

NOTAT - ETABLERING AF SOLCELLESELSKAB

1. INDLEDNING OG OPDRAG

Byrådet i Aarhus Kommune har i februar 2022 truffet beslutning om at bevillige 1,5 mio. kr. til projektet "Nye veje til mere solenergi". Formålet med projektet er bl.a. at etablere et nyt selskab, som skal eje og drive alle kommunens fremtidige – og evt. også eksisterende – solcelleanlæg ("Solcelleselskabet"). Kommunen ønsker på den baggrund at få belyst, hvilke selskabsformer der kan anvendes til formålet, og en beskrivelse af de regulatoriske rammer for et sådant selskab.

Det er oplyst, at selskabet ud over ejerskab til nuværende og fremtidige solcelleanlæg evt. også skal kunne rumme andre el- og klimarelaterede aktiviteter, herunder evt. batterier til brug for lagring af el.

2. ANBEFALING

På baggrund af de oplysninger, vi har modtaget fra kommunen, vurderer vi, at de mest relevante selskabsformer for kommunens etablering af Solcelleselskabet vil være et A/S eller et ApS.

Hvis kommunen ved stiftelsen af Solcelleselskabet ønsker at foretage et kapitalindskud, som er mindre end 400.000 kr., og/eller kommunen foretrækker, at selskabets ledelse skal kunne udgøres alene af en direktør (dvs. uden bestyrelse eller et tilsynsråd), anbefaler vi, at Solcelleselskabet stiftes som et ApS.

Hvis kommunen derimod ønsker, at ledelsen i Solcelleselskabet består både af en direktør og en bestyrelse/et tilsynsråd, og kommunen samtidig er indstillet på at foretage et kapitalindskud i selskabet på mindst 400.000 kr., vil det være oplagt, at Solcelleselskabet stiftes som et A/S.

Hvis Solcelleselskabet etableres som et ApS, vil det være muligt og relativt enkelt at omdanne det til et A/S på et senere tidspunkt, hvis dette måtte ønskes.

3. KOMMUNERS HJEMMEL TIL AT EJE OG DRIVE SOLCELLEANLÆG

Elforsyningslovens § 4, stk. 1, indeholder kommuners hjemmel til aktiviteter på elforsyningsområdet. Kommuner har hjemmel til aktiviteter nævnt i elforsyningslovens § 2, stk. 1. Det drejer sig om produktion, transport, handel og levering af el samt aggregering og energilagring. Bestemmelsen omfatter ejerskab og drift af solceller (produktion af el). Det er dog en forudsætning, at aktiviteten er udskilt i et selskab med begrænset ansvar.

Det er muligt, at kommunen placerer samtlige sine solcelleanlæg, uanset forskellig geografiske placeringer, i samme selskab. Mindre solcelleanlæg på bygninger, som er etableret med henblik på at producere el til bygningens eget forbrug, kan også placeres i samme selskab som større solcelleparker (eller andre elproduktionsanlæg, fx vindmøller) etableret med henblik på produktion af el til salg på nettet.

4. VE II-DIREKTIVET – RET TIL EGEN VE-PRODUKTION

Efter VE II-direktivets artikel 21 er medlemsstaterne forpligtede til at sikre, at alle forbrugere kan blive VE-egenforbrugere. Det gælder også kommuner. Det fremgår af artikel 21, stk. 5, at VE-egenforbrugerens anlæg kan ejes af en tredjepart eller forvaltes af en tredjepart med hensyn til installation og drift, herunder måling, samt vedligeholdelse, forudsat at tredjeparten forbliver underlagt VE-egenforbrugerens instrukser. En kommune kan derfor i medfør af den pågældende bestemmelse godt være egenforbruger af el produceret på et solcelleanlæg, selvom dette anlæg ejes af et kommunalt selskab.

VE-egenforbrugere må ikke blive underlagt diskriminerende eller urimelige byrder, omkostninger og gebyrer.

På baggrund af VE II-direktivet er identitetskravet ved øjeblikafregning ophævet. Kommunerne har dermed fået samme rettigheder som andre egenforbrugere, også hvis solcelleanlægget ejes af tredjepart, herunder er udskilt i et selskab. Det betyder, at kommunen for så vidt angår den del af den producerede el, der forbruges af kommunen selv, kan spare distributionstarifferne. Der vil dog i stedet for skulle betales rådighedstarif eller rådighedsbeløb for denne del af elforbruget. Er solcelleanlægget under 50 kW, vil der kun skulle betales en mindre årlig rådighedsbetaling (på hidtil 65 kr. ekskl. moms). Er anlægget over 50 kW, betales en rådighedstarif, hvor der kun er tale om en mindre besparelse i forhold til distributionstarifferne.

5. VALG AF SELSKABSFORM

5.1 Selskaber med begrænset ansvar

En kommunes solcelleanlæg skal som nævnt udskilles i et selskab med begrænset ansvar. Det betyder, at Solcelleselskabet fx kan stiftes som et anpartsselskab

(ApS), aktieselskab (A/S), et partnerselskab (P/S) eller et andelsselskab med begrænset ansvar (a.m.b.a.).

Vi vurderer umiddelbart, at de mest relevante selskabsformer for kommunens etablering af et solcelleselskab vil være et A/S eller et ApS.¹ Der er mange ligheder mellem disse to selskabsformer. Den væsentligste forskel er kravet til selskabskapitalen.

Efter selskabslovens § 4, stk. 2, skal selskabskapitalen for et ApS som udgangspunkt mindst udgøre 40.000 kr. og for et A/S mindst 400.000 kr. Afhængigt af størrelsen af aktiverne i selskabet kan der være behov for en større egenkapital, for at selskabet ikke skal være for tyndt kapitaliseret.

Både A/S og ApS skal aflægge årsregnskab og årsrapport efter årsregnskabslovens § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1. Små virksomheder² er dog ikke forpligtede til at aflægge årsrapport. For begge selskabsformer er der som udgangspunkt revisionspligt. Revisionspligten kan fravælges, hvis selskabet har en balancesum på op til 4 mio. kr., en nettoomsætning på op til 8 mio. kr. og færre end 12 fuldtidsansatte.

De væsentligste forskelle i de administrative krav vedrører kravene til selskabernes ledelse. I et A/S skal ledelsen bestå af en direktion og en bestyrelse eller af en direktion og et tilsynsråd. Direktionen ansættes af bestyrelsen/tilsynsrådet. Bestyrelsen eller tilsynsrådet skal bestå af mindst tre personer.

Et ApS kan vælge en ledelsesform, som alene består af en direktion. Et ApS kan dog også vælge at have enten en bestyrelse eller et tilsynsråd. Der gælder ingen krav til sammensætningen heraf.

Afgørende for, om kommunen skal vælge et A/S eller et ApS, er derfor, hvor stort et kapitalindskud kommunen ønsker at foretage, og om man ønsker at gøre brug af den mere simple ledelsesstruktur, som kan vælges i et ApS.

Hvis kommunen ved stiftelsen af Solcelleselskabet ønsker at foretage et kapitalindskud, som er mindre end 400.000 kr. (dog minimum 40.000 kr.), og/eller kommunen foretrækker, at selskabets ledelse skal kunne udgøres alene af en direktør (dvs. uden bestyrelse eller et tilsynsråd), bør Solcelleselskabet stiftes som et ApS.

Et valg af ApS-formen frem for A/S-formen indebærer som udgangspunkt ikke nogen begrænsninger på Solcelleselskabets muligheder fremadrettet, så længe

¹ Der kan i nogle sammenhænge være skattemæssige årsager til at vælge P/S selskabsformen. Vi har ikke i dette notat vurderet de skattemæssige fordele og ulemper ved valg af de forskellige selskabsformer.

² Små virksomheder er virksomheder, der i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser: 1) En balancesum på 7 mio. kr., 2) en nettoomsætning på 14 mio. kr. og 3) et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 10.

der er tale om et selskab, som skal ejes 100 % af kommunen.³ Dog kan der være et evt. hensyn til omverdenens opfattelse af selskabet, hvor et A/S typisk er forbundet med lidt højere grad af troværdighed og seriøsitet end et ApS. Det er dog formentlig et hensyn, som er mindre relevant for et 100 % ejet kommunalt solcelleselskab som det påtænkte.

Det er muligt og relativt enkelt at omdanne et ApS til et A/S (og omvendt), hvis dette måtte ønskes på et senere tidspunkt.

5.2 Kapitalindskud og garantistillelse

Selskabskapitalen kan finansieres med kontantindskud eller indskud i andre værdier end kontanter, kaldet apportindskud. Apportindskud skal have en økonomisk værdi, der svarer til kapitalkravet. Hvis et eller flere af kommunens solcelleanlæg repræsenterer den fornødne værdi til brug for opfyldelse af kapitalkravet i enten et ApS eller et A/S, kan det/de som udgangspunkt anvendes som apportindskud i Solcelleselskabet.

Det følger af hjemlen i elforsyningslovens § 4, stk. 1, 2. pkt., til, at kommuner kan etablere og eje et selskab, der varetager elproduktion på solceller, jf. herom i punkt 3 ovenfor, at kommunerne også har hjemmel til at anvende midler til etablering af et sådant selskab, herunder foretage kapitalindskud, samt yde lån og stille garanti for selskabet. Det forudsættes dog, at kommunens engagement sker på markedsmæssige vilkår, idet der ellers kan være tale om ulovlig statsstøtte, jf. nærmere herom under punkt 6. Den nævnte fortolkning af § 4, stk. 1, nr. 2, understøttes af en udtalelse fra Energistyrelsen til Københavns Kommune af 14. maj 2013 om "kommunale garantier og statsstøtte til vindmøller m.v."

Et kapitalindskud ved stiftelsen af Solcelleselskabet skal ikke umiddelbart opfylde særlige forudsætninger eller vilkår, da det er sædvanligt og nødvendigt, at investorer, herunder også private investorer, kapitaliserer deres selskaber ved stiftelsen gennem et kapitalindskud. Kapitalinskuddet er et indskud af ansvarlig ejerkapital og ikke et lån, og der skal derfor betales nogen ydelse fra selskabet til kommunen, for at kapitalen stilles til rådighed. Kapitalinskuddet kan derfor ikke kræves tilbagebetalt, jf. dog reglerne om kapitalnedsættelse omtalt nedenfor.

I selskaber, hvor der er andre medejere af selskabet end kommunen, kan kommunen kun indskyde (og stille garanti for) en forholdsmæssig andel af kapitalen, som svarer til kommunens ejerandel i selskabet.

Hvis kommunen ønsker at trække midler ud af Solcelleselskabet, kan dette ske som en udlodning af evt. overskud efter reglerne herom i selskabsloven. Det vil efter omstændighederne også være muligt at trække selskabskapital ud af selskab efter selskabslovens regler om kapitalnedsættelse, dog er det ikke muligt

³ Hvis der var tale om et selskab, som i fremtiden kunne tænkes at skulle udvide ejerkredsen til en bredere kreds af kapitalejere, kunne der være fordele ved A/S-formen frem for ApS-formen. Det er dog ikke tilfældet med et selskab, som er 100 % ejet af kommunen.

at reducerer kapitalen til et niveau under de ovennævnte minimumsselskabskapitaler på henholdsvis 40.000 kr. og 400.000 kr.

Uanset om der trækkes overskud eller kapital ud af Solcelleselskabet til kommunen, vil det provenu, som kommunen modtager, blive underlagt modregning i kommunens bloktilskud efter reglerne i elforsyningslovens § 37, jf. beskrivelsen heraf under punkt 6.

5.3 **Processen med at stifte et selskab**

Processen med at stifte et ApS eller A/S indeholder overordnet følgende skridt:

- 1) Stiftelsesdokument, vedtægter, ejerbog og evt. ejeraftale udarbejdes og underskrives efter godkendelse i kommunalbestyrelsen.
- 2) Valg af ledelse og eventuel revisor. Små virksomheder kan fravælge revision. Der henvises til pkt. 4.6. Valget sker ved stiftelsen.
- 3) Indbetaling af selskabskapitalen til stiftende advokat.
- 4) Registrering hos Erhvervsstyrelsen (på virk.dk).
- 5) Selskabsregistreringen behandles af Erhvervsstyrelsen, som sender en e-mail med CVR-nummer, når registreringen er færdigbehandlet.
- 6) Der oprettes Nemid/MitID og bankkonto. Overførsel af selskabskapitalen til selskabets bankkonto.

Stiftelsen af Solcelleselskabet har ingen skattemæssige implikationer for kommunen.

6. **KOMMUNEGARANTI OG STATSSTØTTEREGLERNE**

Elproduktion er en konkurrenceudsat aktivitet. Hvis kommunen stiller kommunegaranti for lån til finansiering af solcelleanlæg i Solcelleselskabet, skal dette derfor ske på markedsmæssige vilkår for at undgå, at garantien indeholder et støtteelement, som vil kunne udgøre ulovlig statsstøtte.

Det fremgår af EU-Kommissionens meddelelse om anvendelsen af traktatens statsstøtteregler på statsstøtte i form af garantier, at man kan udelukke, at en garanti udgør statsstøtte, hvis følgende betingelser alle er opfyldt:

- a) Låntageren er ikke en kriseramte virksomhed.
- b) Garantien størrelse kan måles korrekt på det tidspunkt, hvor garantien ydes. Dette indebærer, at garantien skal være knyttet til en bestemt finansiel transaktion (et bestemt lån), være fastsat til et bestemt maksimumsbeløb og være tidsbegrænset.

- c) Garantien dækker højst 80 % af det pågældende lån.
- d) Der betales markedspris (markeds­mæssig garantiprovision) for garantien.

Betingelserne under a) og b) vil efter vores vurdering være opfyldt, hvis kommunen stiller en sædvanlig kommunegaranti.

Hvis garantien samtidig kun dækker 80 % af lånet, og der betales en markeds­mæssig garantiprovision, kan det derfor lægges til grund, at garantien ikke ud­gør statsstøtte.

Rationalet bag 80 %-grænsen er, at hvis der gives 100 % garanti, mener Kommissionen, at långiveren er mindre motiveret til at vurdere, sikre og mindske risikoen i forbindelse med lånetransaktionen og især til at foretage en ordentlig vurdering af låntagerens kreditværdighed.

6.1 **Undtagelser fra 80 %-grænsen**

Grænsen for garantistillelse på 80 % gælder ifølge Kommissionens meddelelse ikke for en garanti, der ydes for at finansiere en virksomhed, der har fået over­draget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, når disse tjenesteydelser udgør virksomhedens eneste aktiviteter, og når garantien stilles af den offentlige myndighed, som har overdraget virksomheden at udføre de pågældende tjenesteydelser.

Der findes ikke en præcis og udtømmende definition af begrebet "tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse", men som eksempler på sådanne tjene­steydelser kan nævnes offentlig transport og postvæsen. Vi vurderer ikke, at et kommunalt ejet solcelleselskab, som producerer og sælger el til kommunen, er omfattet af begrebet, og kommunegaranti stillet for lån optaget af Solcelleselskabet er derfor efter vores vurdering ikke undtaget fra den ovennævnte 80 %-grænse på den baggrund.

Det er dog ikke udelukket, at der kan gives garantier på mere end 80 %, uden at det bliver statsstøtte. I så fald skal man dog kunne dokumentere/argumentere særskilt for dette og anmelde det til Kommissionen, så Kommissionen kan foretage en undersøgelse af, om garantien udgør statsstøtte.

Hvis der stilles en garanti, der dækker mere end 80 % af lånet, og garantien må antages at indebære statsstøtte, er dette ikke ensbetydende med, at der er tale om ulovlig statsstøtte. Støtte til vedvarende energi, herunder produktion af el på solceller, kan under visse betingelser anses for foreneligt med EU-retten. En sådan støtte kan endvidere være undtaget fra anmeldelsespligt til Kommissionen efter den såkaldte gruppefritagelsesforordning, hvis betingelserne i forordningen herfor er opfyldt. Vi kan ikke på det foreliggende grundlag vurdere, om en mulig kommunegaranti fra Aarhus Kommune, som dækker 100 % af Solcelleselskabets lån, vil kunne anses for lovlig statsstøtte, som er omfattet af gruppefritagelsesforordningen.

7. MULIGHED FOR OVERSKUD OG REGLER OM MODREGNING

7.1 Selskabet skal drives på "kommercielle vilkår"

Elproduktionsaktiviteter er – uanset om de er kommunalt eller privat ejet – ikke underlagt prisregulering, men skal drives på kommercielle vilkår. Solcelleselskabet kan således sælge el til markedspris og opnå et overskud, men også lide tab. Opnår Solcelleselskabet et overskud, kan det udloddes til kommunen, hvilket dog vil medføre modregning i kommunens bloktilskud efter reglerne i elforsyningslovens § 37, jf. nærmere herom nedenfor.

El, der sælges fra Solcelleselskabet til kommunen, skal som udgangspunkt sælges til markedspris.

Solcelleselskabet vil være skattepligtigt af sit overskud efter de almindelige selskabsskatteregler.

7.2 Modregningsregler

Kommunale elproduktionsvirksomheder er omfattet af modregningsreglerne i elforsyningslovens § 37 og § 15 i lov om kommunal udligning og generelle tilskud til kommuner. Uddelinger fra et kommunalt ejet elproduktionselskab til kommunen medfører modregning med 40 (ved deponering og løbende frigivelse af uddelingen eller vederlaget) eller 60 % af værdien af udlodningen.

Ved en uddeling, der medfører modregning, forstås enhver økonomisk værdi, der tilflyder kommunen, uanset form.⁴ Det omfatter ikke kun uddelinger af fx vederlag eller udbytte, men enhver økonomisk fordel, som kommunen opnår.

Forsyningstilsynet har i den forbindelse tilkendegivet, at ved økonomisk gevinst forstås også den besparelse i udgifterne til elforsyning, som kommunen opnår ved egenproduktion på kommunale solcelleanlæg i forhold til at købe el på markedet. Denne besparelse må ifølge Forsyningstilsynets tilkendegivelse anses for en økonomisk fordel, der udløser modregning i kommunens bloktilskud. Det vil ud fra denne fortolkning formentlig kunne føre til modregning i bloktilskuddet, hvis Solcelleselskabet sælger el til kommunen til kostpriser, forudsat at disse ligger under markedsprisen. Denne problemstilling undgås, hvis Solcelleselskabet sælger elektriciteten til kommunen til markedspris, hvilket vi har forstået, er hensigten fra kommunens side.

I øvrigt er den nævnte fortolkning fra Forsyningstilsynet ikke prøvet for Energiklagenævnet. Vi vurderer, at fortolkningen hviler på et tvivlsomt hjemmelsgrundlag, og det er derfor muligt, at Energiklagenævnet i en evt. klagesag vil vurdere, at Forsyningstilsynets praksis er i strid med reglerne i elforsyningsloven. Forsyningstilsynet har i øvrigt oplyst, at tilsynet har indledt drøftelser med Indenrigsministeriet og Energistyrelsen om at ændre reglerne, således at det

⁴ Bekendtgørelse nr. 1624 af 18. december 2017 om kommuners indberetninger og erklæringer efter elforsyningslovens §§ 37 og 37 a og varmeforsyningslovens §§ 23 l og 23 m.

udtrykkeligt fremgår, at der alene skal ske modregning ved udlodning af midler til kommunen.

8. SOLCELLESELSKABETS UDVEKSLING AF YDELSER MED KOMMUNEN

8.1 Solcelleselskabets leje af tagarealer og salg af el til kommunen

Udveksling af alle ydelser mellem kommunen og Solcelleselskabet skal ske på markedsvilkår. Som nævnt ovenfor skal kommunen derfor købe den producerede el af Solcelleselskabet til markedspris. Det er ikke nærmere defineret i den gældende regulering, hvad der skal forstås ved markedspris. Hvad prisen skal være, afhænger efter vores vurdering bl.a. af, hvad det er for en elkøbsaftale, der indgås mellem kommunen og Solcelleselskabet. Hvis der fx indgås en langtidskontrakt mellem Solcelleselskabet og kommunen, kan de fordele, der er herved for Solcelleselskabet i form af afsætningssikkerhed mv., afspejles i en lavere pris for kommunen, end hvis der er tale om en korttidskontrakt. Her kan man evt. lade sig inspirere af prisniveauet for power purchase agreement (PPA'er) af tilsvarende varighed på det private el-marked. Solcelleselskabet vil også have gavn af en langtidskontrakt med kommunen i forbindelse med hjemtagning af lånefinansiering af solcelleanlæggene.

Som en del af de markedsmæssige vilkår er det vores vurdering, at kommunen over for Solcelleselskabet kan kræve en markedsmæssig pris for selskabets brug af kommunens tagarealer til opsætning af solcelleanlæggene. Værdien heraf kan indgå i den samlede afregning mellem kommunen og Solcelleselskabet.

8.2 Solcelleselskabets køb af ydelser hos kommunen vedrørende drift, administration og ledelse

Solcelleselskabets opgaver består hovedsageligt af etablering, drift og vedligeholdelse af solcellerne, salg af el, fakturering af el, bogføring, momsregnskab, årsregnskab og skatteregnskab, revision, samt aflønning af ansat(te) og betaling for indkøbte ydelser og materialer.

Solcelleselskabet skal have en direktør, som skal være ansat af selskabet. Det kan dog ske ved, at en hos kommunen ansat får en delt ansættelse, således at den pågældende er ansat til at bruge en vis tid mv. på Solcelleselskabets forhold som ansat af selskabet og resten af sin tid som ansat af kommunen. En del af den pågældendes løn vil derfor som udgangspunkt skulle udbetales af Solcelleselskabet som løn for det for selskabet udførte arbejde og det ansvar, der følger med direktørjobbet.

Ud over en direktør behøver Solcelleselskabet ikke at have egne ansatte, men kan outsource de driftsmæssige og administrative opgaver.

Det kan fx ske ved at købe ydelser fra kommunen til markedspris inden for rammerne af reglerne i kommunalfuldmagten om kommuners salg af overkapacitet. Der skal i givet fald være tale om kapacitet hos kommunen, som kommunen ikke umiddelbart vil kunne skaffe sig af med. Der er således ikke hjemmel til, at

kommunen fx ansætter folk primært med henblik på at levere ydelser til Solcelleselskabet.

Vi har intet grundlag for at vurdere omfanget af Solcelleselskabets drifts- og vedligeholdelsesopgaver eller administrative opgaver. Vi kan derfor ikke vurdere, om kommunen lovligt kan levere disse ydelser til Solcelleselskabet efter reglerne om overkapacitet. Omfanget af de pågældende opgaver vil formentlig også blive større, i takt med at der investeres i flere anlæg, og Solcelleselskabet evt. også begynder at varetage andre el- og klimarelaterede aktiviteter.

Hvis Solcelleselskabets køb af drifts- og administrationsydelser antager et sådant omfang, at det overstiger, hvad kommunen kan levere efter reglerne om overkapacitet, vil Solcelleselskabet være nødsaget til at udbyde ydelserne eller - om muligt - købe ydelserne af et koncernforbundet serviceselskab, hvis ikke Solcelleselskabet ønsker at ansætte de nødvendige ressourcer selv.

Markedsprisen for ydelser, som kommunen leverer til Solcelleselskabet, kan formentlig fastsættes efter en cost plus-model inklusive overhead og et evt. tillæg, hvis det skønnes, at prisen i markedet ville være højere end kostprisen. Ydelserne bør timeregistreres af de pågældende medarbejdere.

Kommunen kan godt ansætte personale til at varetage kommunens interesser, herunder yde teknisk rådgivning og varetage koordineringsopgaver, i forbindelse med etableringen af solcelleanlæggene på kommunens tage. Kommunen kan efter vores vurdering lade sine udgifter til teknisk rådgivning mv. i forbindelse med etablering af solcellerne indgå i fastsættelse af prisen for afregning af el fra solcellerne

En aftale mellem kommunen og Solcelleselskabet om levering af ydelser bør være skriftlig og angive visse regler for bestilling af ydelserne samt pris, fakturering og betaling.

Hellerup, den 25. november 2022

Horten



René Frisdahl Jensen