

Advokatfirma Bruun & Hjejle
Advokat Christian Sinding og
advokat Poul Heidmann
Bredgade 38
1260 København K

Frederiksborggade 15
1360 København K
Besøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København K
Tlf 3395 5785
Fax 3395 5799
www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

Klage over Helsingør Kommunes afgørelse af 26. marts 2010 om godkendelse af projektforslag for flisfyret kedel 2 på Central H.P. Christensens Vej – Anmodning om opsættende virkning, Deres j.nr. 4300080 og j.nr. 4300083

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Energiklagenævnet har fra Helsingør Kommune den 6. maj 2010 modtaget to klager af 23. april 2010 over kommunens afgørelse af 26. marts 2010, hvorved Helsingør Kommune, Teknisk Udvalg, godkendte Helsingør Varme A/S' projektforslag om etablering af flisfyret kedel 2 på Central H.P. Christensens Vej. Helsingør Varme er under sagens behandling ved Energiklagenævnet repræsenteret af advokat Per Hemmer ved advokat Agnete Nordentoft, Bech-Bruun Advokatfirma.

Klagerne af 23. april 2010 er indgivet af henholdsvis:

- Vattenfall A/S ved advokat Christian Sinding, Advokatfirma Bruun & Hjejle (herefter benævnt Vattenfall) (Energiklagenævnets journalnummer 1021-269), og
- HMN Naturgas I/S ved advokat Poul Heidmann, Advokatfirma Bruun & Hjejle (herefter benævnt HMN) (Energiklagenævnets journalnummer 1021-270).

Vattenfall og HMN har i klagerne af 23. april 2010 anmodet om, at klagerne tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet tager i den foreliggende afgørelse alene stilling til, hvorvidt klagerne af 23. april 2010 skal tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet vil senere tage stilling til selve klagen.

De to klager behandles samlet i denne afgørelse under journalnummer 1021-269.

Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet imødekommer ikke anmodningen om at tillægge klagerne opsættende virkning. Sagens baggrund og en nærmere begrundelse for Energiklagenævnets afgørelse fremgår nedenfor.

Sagens baggrund

Vattenfall ejer og driver det naturgasfyrede Helsingør Kraftvarmeværk, der leverer varme til Helsingør Varme, mens HMN er naturgasdistributør til bl.a. Helsingør-området. En del af den varme, som Vattenfall leverer til Helsingør Varme, er affaldsvarme fra Nordforbrændingen. Helsingør Varme producerer endvidere varme på forsyningens egne anlæg.

Helsingør Kommune, Teknisk Udvalg, godkendte på udvalgets møde den 23. marts 2010 Helsingør Varmes projektforslag af september 2009 om etablering af flisfyret kedel 2 på Central H.P. Christensens Vej. Af projektforslaget fremgår bl.a., at projektet angår etableringen af et flisfyret fjernvarmeanlæg med en varmeeffekt på ca. 6 MW med baggrund i et udvidet varmebehov i Helsingør Varmes forsyningsområde, idet forsyningens forsyningsområde er blevet udvidet. Projektforslaget blev sendt i høring i oktober 2009. Beregningerne i projektforslaget blev revideret den 11. januar 2010.

Helsingør Kommune fremsendte ved enslydende breve af 26. marts 2010 den påklagede afgørelse til Vattenfall og HMN. Afgørelsen var vedlagt sagsfremstillingen fra Helsingør Kommunes Teknisk Udvalgs behandling af projektforslaget.

Vattenfall finder, at Helsingør Kommunes afgørelse af 26. marts 2010 skal ophæves eller subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved kommunen. Vattenfall har til støtte for, at selskabets klage af 23. april 2010 tillægges opsættende virkning navnlig anført følgende:

- Vurderingen af, om klagen skal tillægges opsættende virkning, skal ske på baggrund af en konkret og individuel afvejning. Det er således mulighed for at fravige udgangspunktet om, at en klage ikke har opsættende virkning.
- Energiklagenævnet lagde i afgørelse af 19. januar 2006 (Energiklagenævnets j.nr. 31-19) vægt på, at der ikke forelå en særlig risiko for at Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005 i væsentlig grad ville miste sin betydning, eller at formålet ville forspildes. Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005 vedrørte effektivitetskrav og indtægtsrammer for DONG Distribution A/S, Naturgas Fyn A/S og HNG/Midt-Nord I/S for perioden 2006-09. Energiklagenævnet fandt det endvidere i afgørelse af 21. september 2009 (j.nr. 1031-7) sandsynliggjort, at efterlevelse af et påbud fra Energitilsynet af 22. juni 2009 ikke uden betydelige vanskeligheder lod sig genoprette i tilfælde af, at klager fik helt eller delvist medhold i klagen. Energitilsynets påbud af 22. juni 2009

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 2 af 9

angik efterregulering m.v. for år 2007 for Statoil Gazelle Forsyning A/S.

- Af Højesterets dom af 23. februar 2000 (Ugeskrift for Retsvæsen årgang 2000, side 1203 ff.) fremgår, at risikoen for skader som følge af uoprettelige handlinger må tillægges større vægt end det offentlige og privates interesser i, at gennemførelsen af en afgørelse ikke bliver udsat. Søgsmålet vedrørte gyldigheden af en afgørelse truffet af Klagenævnet for Udbud. Højesteret tillagde søgsmålet opsættende virkning. Det fremgår af præmisserne i dommen, at der ved stillingtagen til en anmodning om at tillægge en klage opsættende virkning kan lægges vægt på, om der efter en foreløbig vurdering er rimeligt grundlag for klagers påstand om tilsidesættelse af den påklagede afgørelse.
- Etablering af den flisfyrede kedel 2 vil medføre store konsekvenser for Vattenfall. Helsingør Kraftvarmeværks leverancer til fjernvarmeforsyningen vil falde med 27 pct. af fjernvarmeforsynings varmebehov. Dette vil have en betydelig effekt på både el- og varmesalget fra kraftvarmeværket og betyde en væsentlig reduktion af kraftvarmeværkets omsætning. Efter etableringen af den flisfyrede kedel 1 er der uudnyttet kapacitet på Vattenfall's kraftvarmeværk, som langt overstiger det øgede varmebehov.
- Fuldbyrnelsen af godkendelsen af flisfyret kedel 2 vil have følger, der kun vanskeligt eller slet ikke lader sig genoprette. Etableringen af kedlen vil indskrænke Energiklagenævnets muligheder for at ændre den påklagede afgørelse uden et betydelig værdisplid til følge.
- Såfremt Energiklagenævnet stadfæster den påklagede afgørelse, vil det alene føre til en udskydelse af tidspunktet for, hvornår kedlen kan etableres. Forskydningen er uvæsentlig, da der ikke er dokumentation for, at det øgede varmebehov rent faktisk indtræffer allerede i 2011. Afgørelsen vil således ikke miste sin betydning, såfremt klagen tillægges opsættende virkning, ligesom øjemedet ikke forspildes. Der er endvidere et rimeligt grundlag for klagen. Helsingør Kommunes afgørelse af 26. marts 2010 mangler hjemmel for godkendelsen efter projektbekendtgørelsens § 15, stk. 4. Den manglede hjemmel indebærer, uanset de samfundsøkonomiske beregninger, at betingelserne for at godkende kedlen ikke er opfyldte. Endvidere lider afgørelsen af alvorlige mangler ved sagens oplysning og tilblivelse, herunder mangler ved de samfundsøkonomiske beregninger.
- Helsingør Varme begrundet behovet for den flisfyrede kedel i en forøgelse af varmebehovet besluttet for fire år siden ved Helsingør Kommunes

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 3 af 9

godkendelse i 2006 af tre projektforslag. Det er i strid med projektbekendtgørelsens § 15, stk. 4, hvis varmebehovet for områderne godkendt i 2006 danner grundlag for godkendelsen af kedlen. Det fremgår af Energistyrelsens vejledning¹ til projektbekendtgørelsen, at der ved et udvidet varmebehov forstås et efterfølgende planlagt varmebehov. Kedlen kan således ikke begrundes med et forudgående planlagt varmebehov.

- Energiklagenævnet hjemviste ved afgørelse af 13. juli 2010 (j.nr. 1021-268) Helsingør Kommunes afgørelse om godkendelse af projektforslag for varmforsyning af 10 områder i Helsingør by til fornyet behandling. Det forventede varmebehov ved dette projektforslag på 72.000 MWh kan således ikke indgå i vurderingen efter projektbekendtgørelsens § 15, stk. 4, vedrørende kedlen. Godkendelsen af projektforslaget om den flisfyrede kedel lider af samme begrundelsesmangel som den kommunale afgørelse, der blev hjemvist ved Energiklagenævnets afgørelse af 13. juli 2010.
- Helsingør Kommunes varmeplanmæssige forpligtelser kan ikke i sig selv tale for, at klagen ikke bliver tillagt opsættende virkning. Kommunernes almindelige varmeplanmæssige forpligtelser har ikke forrang over Energiklagenævnets adgang til at tillægge en klage opsættende virkning. Det er endvidere udokumenteret, at forbrugerne vil være nødt til at udskifte deres oliefyr o. lign., hvis kedlen forsinkes. Det kan ikke lægges vægt på eventuelle økonomiske konsekvenser for kommunen eller forsyningen, da det er udokumenteret, at kedlen er det samfundsøkonomiske mest fordelagtige projekt.

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 4 af 9

HMN finder, at Helsingør Kommunes afgørelse af 26. marts 2010 skal ophæves eller subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved kommunen. HMN henholder sig til bemærkningerne fra Vattenfall og har til støtte for, at selskabets klage af 23. april 2010 tillægges opsættende virkning endvidere navnlig anført følgende:

- Såfremt projektet iværksættes, er der en betydelig risiko for, at HMN reelt vil fortabe muligheden for at få projektet standset eller ændret.
- Helsingør Varme forventer, at anlægsarbejdet tidligst igangsættes i april 2011. Det fremgår af projektforslaget, at der i hvert fald i et område konverteres kunder allerede i 2010, og at kunder som er konverteret fra naturgas og olie skal aftage fjernvarme allerede i 2010. Der vil

¹ Vejledning til bekendtgørelse nr. 1295 af 13/12/2005 om godkendelse af projekter for kollektive varmforsyningsanlæg af december 2007.

derfor allerede den 1. oktober 2010 være trukket fjernvarmerør til de pågældende kunder. Anlægsarbejdet for området vil derfor allerede være afsluttet.

- Det kan ved en afgørelse om opsættende virkning tillægges vægt, om der er sandsynligt, at rekursinstansen vil give medhold i klagen.
- Energiklagenævnets afgørelse af 13. juli 2010 taler for, at tillægge klagen opsættende virkning. Det er ikke påkrævet, at påbegynde opførelsen af kedlen før Energiklagenævnets afgørelse i sagen foreligger, dels fordi kommunen hidtil har klaret sig uden, og dels fordi der allerede er fuld kapacitet til at dække varmebehovet fra Vattenfalls anlæg.

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Helsingør Varme finder, at klagerne af 23. april 2010 ikke skal tillægges opsættende virkning. Til støtte herfor har Helsingør Varme navnlig anført følgende:

Side 5 af 9

- Helsingør Kommune godkendte i 2006 3 projektforslag, som udvider fjernvarmeforsyningsområdet i kommunen. Udvidelsen af fjernvarmeforsyningsområdet, tilslutningen af nye forbrugere i de gamle forsyningsområder og statens tilskudsordning til konvertering fra oliefyr til fjernvarme medfører, at der fremadrettet vil være et behov for øget produktionskapacitet til dækning af det øgede varmebehov. Fliskedel 2 er således begrundet i et behov for forsyningssikkerhed, idet der med forøgelsen af varmebehovet ikke er tilstrækkelig produktionskapacitet, herunder i reservelastsituationer, på de nuværende anlæg. Helsingør Kommune godkendte i marts 2010 tillige et projekt for fjernvarmeforsyning af yderligere 10 delområder i Helsingør, som øger varmebehovet yderligere.
- Det fremgår af projektforslaget, at det øgede varmebehov er opgjort til ca. 26.500 MWh/år, svarende til et effektbehov på 8-9 MW. Dertil kommer, at projektgodkendelsen af de 10 delområder øger varmebehovet med 72.000 MWh, svarende til et effektbehov på 24,3 MW. Endelig forventes skrotningsordningen for oliefyr at øge effektbehovet med ca. 4 MW. Det samlede fremtidige forøgede varmebehov er derfor opgjort til ca. 37 MW. Dette varmebehov skal sammenholdes med, at Helsingør Varme i dag alene har rådighed over en varmeeffekt på 79 MW, hvoraf der i dag er et spidslastbehov på ca. 70 MW. Effektbehovet på 70 MW er det konstaterede behov i vinteren 2009/2010. Varmebehovet opstår løbende i takt med tilslutningen af nye fjernvarmeforbrugere og forventes endeligt opnået i 2011.

- Det følger af Energitilsynets vejledning til projektbekendtgørelsen, at klager som hovedregel *ikke* har opsættende virkning. Efter almindelige forvaltningsretlige regler er udgangspunktet ligeledes, at en klage *ikke* tillægges opsættende virkning, og at der skal foreligge særlige grunde for at fravige dette udgangspunkt. I den forbindelse skal der bl.a. ske en vurdering og afvejning af 1) om Helsingør Kommunes projektgodkendelse mister sin betydning, eller formålet med denne forspildes, hvis klagen tillægges opsættende virkning, og 2) om klageadgangen bliver illusorisk, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. En afvejning af disse hensyn kan ikke føre til, at klagerne af 23. april 2010 skal tillægges opsættende virkning.
- Det tager ca. 16 måneder at etablere kedlen, som derfor tidligst kan sættes i drift i oktober 2011, hvis etableringen igangsættes på nuværende tidspunkt. Hvis etableringen af kedlen ikke kan igangsættes, før Energiklagenævnet har truffet afgørelse i sagen, vil idriftsættelsen blive forsinket i 12 måneder, idet en del af de afsluttende anlægsarbejder skal foretages om sommeren, hvor fliskedel 1 (som fliskedel 2 skal kobles på) er ude af drift. Hvis klagen tillægges opsættende virkning, kan kedlen derfor tidligst sættes i drift i efteråret 2012. Det betyder, at Helsingør Varme må standse alle yderligere udbygninger af ledningsnettet, idet der ikke i alle situationer er tilstrækkelig kapacitet til også at forsyne de nye forbrugere med varme. Dette er i strid med Helsingør Kommunes varmeplanlægning. Dette kan indebære, at de potentielle nye fjernvarmeforbrugere vælger andre opvarmningsformer.
- Formålet med klagen vil ikke forspildes, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det følger af vejledningen til projektbekendtgørelsen, at projektansøgers eventuelle påbegyndelse af anlægsarbejder under verserende sager sker på egen risiko. Hvis projektgodkendelsen annulleres, er Helsingør Kommune derfor forpligtet til at lovliggøre projektet. Dermed mister Energiklagenævnets afgørelse ikke sin betydning, selv om anlægsarbejderne måtte være påbegyndt, når afgørelsen bliver truffet. Det bemærkes herved, at anlægsarbejdets forventede stade om 8 måneder er, at fliskedel 2 er detailprojekteret og udbudt, og fundamenter til det udvidede flislager vil være under etablering. Der er således ikke tale om uoprettelige handlinger, som ikke kan lovliggøres enten faktisk eller retligt.
- Det er veldokumenteret i projektforslaget, at betingelserne i projektbekendtgørelsens § 15, stk. 4, er opfyldt, idet etableringen af kedlen er nødvendiggjort af et øget varmebehov, og idet kedlen alene er dimensioneret til at dække det øgede varmebehov.

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 6 af 9

Retsgrundlaget

Varmeforsyningslovens § 26 indeholder ikke bestemmelser om, at en klage til Energiklagenævnet kan tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet træffer således afgørelse om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning efter almindelige forvaltningsretlige regler. Dette retsgrundlag er nærmere beskrevet i den forvaltningsretlige litteratur og i praksis. Der kan bl.a. henvises til "Forvaltningsret" af Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., 2. udgave, 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 985 ff.; hvoraf bl.a. fremgår:

"[...]

I tilfælde hvor der ikke i loven er taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, har klagen ikke uden videre suspensiv virkning. Spørgsmålet om opsættende virkning må afgøres ud fra en – i nogle tilfælde ganske kompliceret – afvejning af forskellige almindelige hensyn.

...

Der må derfor foretages en konkret afvejning med følgende hovedelementer: 1) vil underinstansens afgørelse i væsentlig grad miste sin betydning, eller vil øjemedet hermed ligefrem forspildes hvis klage har opsættende virkning, og 2) vil klageadgangen blive gjort mere eller mindre illusorisk hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

[...]"

Der henvises tillige til "Forvaltningsret, Almindelige emner" af Jens Garde m.fl., 5. udgave, 1. oplag, 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 326 ff.; hvoraf bl.a. fremgår:

"[...]

Når en myndighed tager stilling til, om en klage skal have opsættende virkning, lægger den normalt nogen vægt på sandsynligheden for, at rekursinstansen ændrer afgørelsen. Stillingtagen til opsættende virkning vil altså ske med en vis hensyntagen til det materielle spørgsmål i sagen. Om myndigheden vil tillægge en klage opsættende virkning, beror i øvrigt på en konkret afvejning af en række hensyn. Her må det bl.a. indgå, om en udnyttelse af tilladelsen eller fuldbyrdelse af et påbud eller forbud vil have følger, som vanskeligt lader sig genoprette, hvis rekursorganet senere afgør sagen efter klagerens ønske, f.eks. hvor en tilladelse menes at kunne have sundhedsskadelige følger, eller et påbud vil medføre, at en bygning skal rives ned.

[...]"

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 7 af 9

Der skal i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret og individuel vurdering af sagen.

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Ved afgørelsen af 26. marts 2010 godkendte Helsingør Kommune Helsingør Varmes projektforslag for etableringen af en flisfyret kedel 2 på Central H.P. Christensens vej. Projektforslaget og godkendelsen heraf er begrundet i et øget varmebehov.

En klage kan tillægges opsættende virkning, såfremt underinstansens afgørelse i væsentlig grad vil miste sin betydning, eller såfremt klageadgangen vil blive gjort mere eller mindre illusorisk, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. I afvejningen af, om en klage skal tillægges opsættende virkning, kan der bl.a. lægges vægt på, om en udnyttelse af tilladelsen eller fuldbyrdelse af et påbud eller forbud vil have følger, som vanskeligt lader sig genoprette, hvis rekursorganet senere afgør sagen efter klagerens ønske. Det kan endvidere lægges vægt på sandsynligheden for, at klageinstansen vil ændre den påklagede afgørelse.

Efter en konkret vurdering af sagen imødekommer Energiklagenævnet ikke anmodningen om at tillægge klagerne fra henholdsvis Vattenfall A/S og HMN Naturgas I/S over kommunens afgørelse opsættende virkning. Energiklagenævnet har herved lagt vægt, at klageadgangen til nævnet ikke vil blive gjort illusorisk, såfremt nævnet finder, at afgørelsen af 26. marts 2010 skal ændres, ophæves eller hjemvises til fornyet behandling. Energiklagenævnet finder endvidere, at den påklagede afgørelse ikke vil have følger, som vanskeligt vil lade sig genoprette, hvis klagerne gives medhold i klagen. Det fremgår af projektforslaget, at der er plads til kedlen i den eksisterende ovnhal langs den eksisterende flisfyrede kedel 1. Etableringen af den flisfyrede kedel 2 indebærer efter nævnets vurdering derfor ikke følger, som kun vanskeligt lader sig genoprette. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at risikoen – herunder som anført af Helsingør Varme forpligtelsen til at skulle lovliggøre projektet - for at påbegynde det af kommunen godkendte projekt på et tidspunkt, hvor kommunens godkendelse af projektforslaget er påklaget, og hvor der således endnu ikke foreligger en endelig administrativ afgørelse i sagen, påhviler Helsingør Varme for det tilfælde, at Energiklagenævnets afgørelse i sagen går Helsingør Varme imod.

Energiklagenævnet imødekommer på denne baggrund ikke anmodningen om at tillægge klagerne af 23. april 2010 opsættende virkning.

Energiklagenævnet forventer på nuværende tidspunkt at kunne træffe afgørelse i sagen i december 2010.

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 8 af 9

Afgørelsen er truffet af Energiklagenævnets formand på vegne af nævnet efter § 6, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 644 af 19. juni 2006 om forretningsorden for Energiklagenævnet. Forretningsordenen er offentliggjort på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter tilslutningsbekendtgørelsen skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. jfr. § 26, stk. 4, i lov om varmemeforsyning.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

25. august 2010

J.nr.: 1021-269

Eksp.nr.: 50563

SSH-EKN

Side 9 af 9

Med venlig hilsen

Poul K. Egan
Nævnnsformand