

AFGØRELSE

(Elforsyning)

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

KLAGE FRA DONG Energy Generation A/S og Energi E2 A/S over
AFGØRELSE FRA Energistyrelsen af 1. juli 2008
OM Varsling af nyt vilkår i elproduktionsbevilling for DONG
Energy Generation A/S og Energi E2 A/S

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

NÆVNETS Nævnensformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, dr.scient.adm. Ole Jess Olsen
I SAGEN Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
Konsulent, civilingeniør Knut Berge

NÆVNETS Vilkåret i Energistyrelsens afgørelse af 1. juli 2008
AFGØRELSE ophæves.

Ved brev af 22. juli 2008 har advokat Anders Stubbe Arndahl, Kromann Reumert, på vegne af DONG Energy Generation A/S og Energi E2 A/S påklaget Energistyrelsens afgørelse af 1. juli 2008 om varsling af nyt vilkår i elproduktionsbevilling for selskaberne til Energiklagenævnet.

Sagerne er i Energiklagenævnet behandlet under j.nr. 1011-238 (DONG Energy Generation A/S) og j.nr. 1011-239 (Energi E2 A/S). Sagerne behandles samlet i nærværende sag. På DONG Energy Generation A/S og Energi E2 A/S' anmodning har sagsbehandlingen ved Energiklagenævnet været sat i bero i perioden fra den 21. august 2008 til den 31. oktober 2008.

Sagens baggrund

DONG Energy Generation A/S og Energi E2 A/S (herefter benævnt klagerne) anmodede ved brev af 25. marts 2008 Energistyrelsen om tilladelse til direkte og indirekte overdragelse af bevillinger og tilladelser meddelt i henhold til elforsyningsloven og lov om CO₂-kvoter. Baggrunden herfor var et ønske om en intern omstrukturering i DONG Energy-koncernen i forbindelse med en

fusion mellem selskaberne DONG Energy Generation A/S og Energi E2 A/S. Selskaberne er begge direkte og indirekte ejede og kontrollerede 100% af DONG Energy A/S.

Selskaberne har begge bevillinger af 4. juni 2002 til elproduktion. Det fremgår af bevillingerne, at Energistyrelsen har meddelt selskaberne bevilling til at drive elproduktion fra en række angivne værker i henhold til vilkår og betingelser i bevillingerne i en periode på 20 år. Det fremgår endvidere, at Energistyrelsen efter 5 år fra bevillingernes dato og med et forudgående varsel på 1 år, kan fastsætte nye vilkår i bevillingerne, jf. elforsyningslovens § 52¹.

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

Energistyrelsens afgørelse

Ved afgørelse af 1. juli 2008 meddelte Energistyrelsen tilladelse til direkte og indirekte overdragelse af tilladelser og bevillinger i overensstemmelse med det ansøgte. Energistyrelsen varslede i den forbindelse et nyt vilkår for selskabernes elproduktionsbevillinger i henhold til elforsyningslovens § 52. Energistyrelsen fastsatte i henhold hertil følgende vilkår:

Side 2 af 9

”[...]

Ønsker det fortsættende selskab Energi E2 A/S helt eller delvist at ophøre med at drive elproduktion fra en eksisterende kraftværksplads, er det et vilkår for denne bevilling, at virksomheden inden for rammerne af gældende lovgivning stiller kraftværkspladsen til rådighed for andre.

[...]”

Klagerne har ved brev af 22. juli 2008 påklaget varslingen af dette vilkår til Energiklagenævnet.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Klagerne har anført, at vilkåret i Energistyrelsens tilladelse af 1. juli 2008 ikke har den fornødne hjemmel i elforsyningsloven. Vilkåret i Energistyrelsens tilladelse af 1. juli 2008 bør derfor ophæves.

Til støtte herfor har klagerne navnlig anført følgende:

- Elforsyningsloven indeholder ikke hjemmel til det vilkår, som Energistyrelsen varslede over for klagerne ved afgørelsen af 1. juli 2008. Vilkåret er givet i medfør af elforsyningslovens § 52, hvorefter der efter 5 år og med et forudgående varsel på 1 år kan fastsættes nye vilkår. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at der kun kan stilles sådanne nye vilkår, som har hjemmel i loven. Elforsyningsloven

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1115 af 8. november 2006 om elforsyning.

beskriver i § 12 og § 50, stk. 2 og 3, hvad der kan stilles vilkår om i en bevilling. Ingen af de nævnte bestemmelser hjemler imidlertid et vilkår med det indhold, som Energistyrelsen har stillet. Det antages endvidere i overensstemmelse med den juridiske litteratur, at der som udgangspunkt ikke kan stilles andre vilkår i en bevilling end vilkår, som har hjemmel i elforsyningsloven og som i øvrigt varetager hensyn, der lovligt kan varetages i henhold til elforsyningsloven.

- Energistyrelsen sendte ved brev af 6. maj 2008 en høring ud i forbindelse med et udkast til en rapport om mulighed for placering af nye kraftværker i Danmark. Rapporten omhandler bl.a. muligheden for at sikre tredjeparts adgang til ubenyttede arealer på kraftværkpladser. Det fremgår af Energistirelsens høring, at adgangen til egnede kraftværkpladser ikke er reguleret i energilovgivningen, herunder i elforsyningsloven. Rapporten peger derfor på muligheden for at sikre tredjeparts adgang til kraftværkpladser ved en lovændring. Energistyrelsen synes derfor også selv at være af den opfattelse, at forholdet ikke er reguleret i elforsyningsloven.
- EU's konkurrenceregler, herunder Essential Facilities Doktrinen, kan ikke anvendes som hjemmel til et generelt vilkår i en bevilling, som nærværende vilkår er et udtryk for. For at disse regler kan finde anvendelse, kræver det, at der foretages en konkret vurdering af bl.a. selskabets stilling på det pågældende marked.
- Vilkåret er efter sit indhold for ubestemt og uklart til at kunne håndhæves og bør derfor også af denne grund ophæves. Det fremgår således bl.a. ikke, hvad der skal forstås ved "ønsker", "delvis ophøre", hvad der præcist skal stilles til rådighed, hvor længe det skal stilles til rådighed samt til hvilken betaling. Det fremgår endvidere ikke, hvem der bærer forureningsrisici og skrotningssomkostninger m.m., samt hvem "andre" kan være. Det er endvidere uklart, hvorledes vilkåret skal forstås i forhold til elforsyningslovens § 51, stk. 4, hvorefter bevillingshavere til net-, transmissions- og produktionsvirksomhed skal eje de anlæg, som anvendes til gennemførelsen af de bevillingspligtige aktiviteter.
- Energistirelsens afgørelse af 22. juli 2008 er ikke i henhold til forvaltningslovens § 25 ledsaget af en klagevejledning. Det gøres dog ikke gældende, at dette skal tillægges nogen retsvirkning i det foreliggende tilfælde.

9. marts 2009

J.nr.: 1011-238

Eksp.nr.: 44019

TML-EKN

Side 3 af 9

Energistyrelsens bemærkninger til klagen

Energistyrelsen har anført, at styrelsens afgørelse af 22. juli 2008 bør stadfæstes.

Til støtte herfor har Energistyrelsen navnlig anført følgende:

- DONG Energy og Vattenfall er reelt de eneste store elproducenter i Danmark og råder stort set over samtlige centrale kraftværkspladser. Til denne besiddelse knytter der sig store konkurrencemæssige fordele. Det er herudover ganske vanskeligt at få udlagt nye kraftværkspladser på grund af den fysiske planlægning. På denne baggrund har Energistyrelsen valgt at indføre det pågældende vilkår. Et sådan vilkår er bl.a. også indført i Vattenfalls elproduktionsbevilling.
- Det fremgår af vilkåret, at det gælder inden for rammerne af gældende lovgivning. Det betyder, at pligten til at stille kraftværkspladsen til rådighed for andre kun gælder i det omfang, at gældende retsregler måtte give hjemmel til et sådant krav i en konkret situation. Henvisningen til gældende lovgivning skal endvidere opfattes som en henvisning til grundlovskravet om fuld erstatning. Elforsyningsloven indeholder næppe i sig selv en tilstrækkelig klar hjemmel til at kræve, at en elproducent i en konkret situation skal stille en ubenyttet kraftværksplads til rådighed for andre. Der er imidlertid overvejelser om at søge en sådan udtrykkelig hjemmel gennemført ved lov.
- Essential Facilities Doktrinen medfører, at en virksomhed under særlige omstændigheder kan tvinges til at give en konkurrent adgang til sin ejendom, eksempelvis et havneanlæg, en immaterialrettighed eller en anden væsentlig facilitet. Hovedformålet med vilkåret i Energistyrelsens tilladelse er at gøre elproducenten opmærksom på, at EU's konkurrenceregler, herunder Essential Facilities Doktrinen, kan indebære, at bevillingshaveren har pligt til at stille benyttede kraftværkspladser til rådighed for andre. Vilkåret pålægger ikke bevillingshaveren en ny handlepligt, men oplyser alene om gældende retsregler og om, at bevillingshaveren skal respektere gældende ret samt ny lovgivning på dette punkt, såfremt en sådan lovgivning måtte blive gennemført.

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

Side 4 af 9

Retsgrundlag

Elforsyningslovens § 52 regulerer, hvornår der kan fastsættes nye vilkår i en bevilling. Følgende fremgår af bestemmelsen:

”[...]

§ 52. Efter 5 år og med et forudgående varsel på 1 år kan der fastsættes nye vilkår i en bevilling.

[...]”

Om elforsyningslovens § 52 fremgår følgende af forarbejderne til bestemmelsen (Forslag til lov om elforsyning som fremsat den 29. april 1999, L 234 1999):

”[...]

Bevillinger gives for mindst 20 år til virksomhed med fysiske anlæg. Bevillingsperioden for den systemansvarlige virksomhed gives for 20 år og for forsyningspligtselskaber for 5 år. § 52 giver mulighed for, at der 5 år efter udstedelsen af en bevilling og med et varsel på 1 år kan fastsættes nye krav i en bevilling. Varslet skal i givet fald fremsættes 4 år efter udstedelsen. Der kan kun stilles sådanne nye vilkår, som har hjemmel i loven.

[...]”

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

Side 5 af 9

Elforsyningslovens § 10 regulerer bl.a., hvornår der kan gives bevilling til elproduktion. § 10, stk. 3 og 4, indeholder bestemmelser om, hvilke vilkår der kan fastsættes i forbindelse hermed. § 10 har følgende ordlyd:

”[...]

Elproduktion

§ 10. Elproduktion fra anlæg med en kapacitet på over 25 MW kan kun udøves af virksomheder, der har opnået bevilling fra transport- og energiministeren. Transport- og energiministeren kan dog i særlige tilfælde give tilladelse til, at et elproduktionsanlæg med en kapacitet på over 25 MW midlertidigt drives uden bevilling.

Stk. 2. Bevilling efter stk. 1 gives for mindst 20 år.

Stk. 3. Der kan kun gives bevilling til en ansøger, som kan dokumentere, at denne har den fornødne tekniske og finansielle kapacitet.

Stk. 4. For elproduktionsvirksomheder, som ved lovens ikrafttræden har bevilling til elproduktion, kan bevilling efter stk. 1 gives på vilkår af, at den pågældende virksomhed opfylder de pålæg vedrørende miljøvenlige elproduktionsanlæg, som virksomheden har fået i medfør af § 13 i den hidtil gældende elforsyningslov.

Stk. 5. Transport- og energiministeren kan dispensere fra vilkår i bevillinger som nævnt i stk. 4, hvis dette skønnes

nødvendigt for elproduktionsvirksomhedens mulighed for fortsat økonomisk forsvarlig drift.

Stk. 6. Transport- og energiministeren kan fastsætte regler om, hvilke kraftværkspladser der betegnes som centrale kraftværkspladser, jf. § 5.

Stk. 7. Transport- og energiministeren kan godkende, at en virksomhed, som har modtaget pålæg som nævnt i stk. 4, helt eller delvis overdrager pligter og rettigheder efter pålægget til en anden bevillingspligtig elproduktionsvirksomhed. Forpligtelser ifølge pålægget indføres som et vilkår i bevillingen for den modtagende virksomhed.

[...]"

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

Det fremgår endvidere af elforsyningslovens § 12, hvilke vilkår der kan fastsættes i en bevilling. Af bestemmelsen fremgår følgende:

Side 6 af 9

"[...]

§ 12. Der kan i en tilladelse efter § 11 eller i en bevilling efter § 10 fastsættes vilkår om, at ejeren

- 1) forpligter sig til at ændre produktionsomfanget efter den systemansvarlige virksomheds bestemmelse, når denne finder det nødvendigt for at opretholde en effektiv udnyttelse af nettet, forsyningsikkerheden eller kvaliteten i det sammenhængende forsyningsnet,
- 2) stiller sikkerhed for nedtagning af anlæg,
- 3) påtager sig, for så vidt angår kraft-varme-anlæg, en forsyningspligt for fjernvarme i et nærmere fastlagt forsyningsområde og
- 4) forpligter sig til at underrette den systemansvarlige virksomhed mindst et år i forvejen, såfremt det besluttes, at et anlæg skal lukkes eller tages ud af drift, så det ikke er til rådighed i en længere periode.

[...]"

Elforsyningslovens § 50 indeholder generelle bestemmelser om bevillinger. Af bestemmelsen fremgår følgende:

"[...]

Generelle bestemmelser om bevillinger

§ 50. Bevillinger til kollektive elforsyningsvirksomheder samt forsyningspligtige virksomheder kan kun meddeles til ansøgere, der skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet.

Stk. 2. I bevillinger kan der ud over de vilkår, der kan fastsættes i medfør af kapitel 3-6, i særlige tilfælde af hensyn til opfyldelse af lovens formål fastsættes sådanne vilkår, som er begrundet i den pågældende virksomheds særlige forhold. Endvidere kan der fastsættes vilkår, som er nødvendige af hensyn til overholdelsen af EU-regler eller EU-henstillinger på området.

Stk. 3. Transport- og energiministeren kan i bevillingen stille vilkår om, at ministeren med 1 års varsel kan bestemme, at elproduktionsvirksomheder af hensyn til forsyningssikkerheden skal opretholde en nærmere fastsat mindste produktionskapacitet.

Stk. 4. Ministeren kan i bevillingen stille vilkår om, at ministeren med 1 års varsel kan bestemme, at eltransmissionsvirksomheder af hensyn til forsyningssikkerheden skal opretholde en nærmere fastsat transmissionskapacitet.
[...]"

9. marts 2009

J.nr.: 1011-238

Eksp.nr.: 44019

TML-EKN

Side 7 af 9

Om elforsyningslovens § 50 fremgår bl.a. følgende af forarbejderne til bestemmelsen (Forslag til lov om elforsyning som fremsat den 29. april 1999, L 234 1999):

"[...]

Der vil fortsat i særlige situationer være mulighed for at stille specielle bevillingsvilkår, som er begrundet i den pågældende virksomheds særlige forhold. Vilkårene skal i så fald gives ud fra objektive kriterier og kan kun vedrøre forhold, hvor loven rummer mulighed for, at miljø- og energiministeren kan stille vilkår.

Det er endvidere hensigten med bestemmelsen at præcisere, at det er muligt inden for de i øvrigt fastsatte rammer herfor, at fastsætte vilkår i bevillingerne på baggrund af kommende direktiver, henstillinger eller beslutninger i EU-regi. Blandt gældende EU-regler tænkes navnlig på Rådskonklusion 90/547/EØS af 29. oktober 1990 om transit af elektricitet gennem de overordnede net.

[...]"

Energiklagenævnets bemærkninger

Fastsættelse af nye vilkår i en bevilling efter elforsyningslovens § 52 kan alene ske, hvis de pågældende vilkår i øvrigt har hjemmel i loven.

Udstedelse af bevillinger til at drive elproduktion er reguleret i elforsyningslovens § 10. Det fremgår videre af lovens § 12, hvilke vilkår som kan fastsættes i forbindelse med en bevilling. Disse bestemmelser indeholder ikke hjemmel til at fastsætte vilkår om, at en kraftværksplads skal stilles til

rådighed for tredjemand ved bevillinghaverens ophør af elproduktion fra pladsen.

I henhold til elforsyningslovens § 50, stk. 2, 1. pkt., kan der i særlige tilfælde af hensyn til opfyldelse af lovens formål fastsættes vilkår, som er begrundet i den pågældende virksomheds særlige forhold. Der kan således i overensstemmelse med lovens § 1 bl.a. fastsættes vilkår vedrørende forsyningssikkerhed, samfundsøkonomi og miljø. Fastsættelse af vilkår efter § 50, stk. 2, 1. pkt., forudsætter efter Energiklagenævnets opfattelse en indgående klarlæggelse og vurdering af den pågældende virksomheds konkrete forhold og de forsyningssikkerhedsmæssige m.v. forhold. Der kan således ikke med hjemmel i § 50, stk. 2, 1. pkt., alene ud fra generelle betragtninger fastsættes vilkår om, at en kraftværksplads skal stilles til rådighed for tredjemand ved bevillinghaverens ophør af elproduktion fra pladsen. Dette kan kun ske på baggrund af de enkelte tilfældes konkrete forhold. På baggrund af sagens oplysninger finder Energiklagenævnet, at betingelserne i § 50, stk. 2, 1. pkt., for at fastsætte et vilkår, som det i sagen omhandlede, ikke er til stede i klagers konkrete tilfælde.

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

Side 8 af 9

I medfør af elforsyningslovens § 50, stk. 2, 2. pkt., kan der endvidere fastsættes vilkår, som er nødvendige af hensyn til overholdelsen af EU-regler eller EU-henstillinger på området. Der henvises i sagen til EU's-konkurrenceregler, herunder til EF-traktatens artikel 81 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler samt til artikel 82 om forbud mod misbrug af dominerende stilling. Der henvises endvidere til Essential Facilities Doktrinen vedrørende princippet om væsentlige infrastrukturer og faciliteter samt adgangen hertil. Energiklagenævnet bemærker hertil, at anvendelsen af de pågældende EU-retlige konkurrenceregler, herunder Essential Facilities Doktrinen, fordrer, at der foretages en indgående vurdering af klagers stilling på det pågældende marked, betydningen for konkurrencen samt adgangs nødvendighed. En sådan indgående vurdering af klagers konkrete forhold ses ikke at være foretaget. Energiklagenævnet finder på denne baggrund, at der ikke i medfør af elforsyningslovens § 50, stk. 2, 2. pkt., kan fastsætte et vilkår, som det i sagen omhandlede, i klagers konkrete tilfælde.

Energiklagenævnet ophæver herefter vilkåret i Energistyrelsens afgørelse af 1. juli 2008.

For så vidt angår det af Energistyrelsen anførte om, at vilkåret ikke i sig selv har et retligt indhold, men alene er af informativ karakter, skal Energiklagenævnet bemærke, at Energiklagenævnet finder det uhensigtsmæssigt at knytte vilkår af denne karakter til en bevilling på en sådan måde, at det fremstår som en forudsætning for, at bevillingen gives.

For så vidt angår spørgsmålet om klagevejledning, bemærker Energiklagenævnet, at Energistyrelsens afgørelse af 1. juli 2008 er givet på vilkår, som ikke kan anses for at være til gunst for klager. Afgørelsen kan derfor ikke anses for at give klager fuldt ud medhold. Energistyrelsens afgørelse af 1. juli 2008 burde således have været ledsaget af en klagevejledning, jf. forvaltningslovens § 25, stk. 1.

Energiklagenævnets afgørelse

Vilkåret i Energistyrelsens afgørelse af 1. juli 2008 ophæves.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 9. marts 2009.

Afgørelsen er truffet efter § 89 i lov om elforsyning.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter lov om elforsyning eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. § 89, stk. 5, i lov om elforsyning.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P. N. V.

Poul K. Egan
Nævnensformand

/ Tina Alander Lindfors
Fuldmægtig

9. marts 2009
J.nr.: 1011-238
Eksp.nr.: 44019
TML-EKN

Side 9 af 9