

3. august 2020
18/03188

ENERGIKLAGENÆVNETS AFGØRELSE

i sag om overdragelse af andele i tilladelse til etablering og drift af Tyra-gasrørledningen, jf. undergrundslovens § 29

Energiklagenævnet har modtaget en klage fra Ørsted Pipelines A/S (herefter Ørsted Pipelines) og Ørsted A/S (herefter Ørsted) (herefter klagerne) over Energistyrelsens afgørelse om godkendelse af overdragelse af andele i tilladelse til etablering og drift af Tyra-gasrørledningen.

Energiklagenævnet ophæver Energistyrelsens afgørelse og hjemviser sagen til fornyet behandling.

Energiklagenævnet

NÆVNENES HUS

Toldboden 2

8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00

CVR-nr. 37 79 55 26

EAN nr. 5798000026070

ekn@naevneneshus.dk

www.naevneneshus.dk

Nævnets sammensætning

Nævnetsformand og dommer Peter Ulrik Urskov

Næstformand, professor og cand.jur., ph.d. Bent Ole Gram Mortensen

Professor og cand.jur., ph.d. Birgitte Egelund Olsen

Professor og cand.jur., ph.d. Michael Gøtze

Revisor Torben Kristensen

Professor og dr.tech. Ida Lykke Fabricius

Seniorkonsulent, marinebiolog, lektor emeritus Michael Olesen

1. Klagen til Energiklagenævnet

Energiklagenævnet modtog den 15. maj 2018 klagen over Energistyrelsens afgørelse af 18. april 2018.

Sagen drejer sig om, hvorvidt det i afgørelsen anførte vilkår om subsidiær hæftelse for Ørsted har hjemmel i lov om anvendelse af Danmarks undergrund (herefter undergrundsloven),¹ og om hvorvidt vilkåret er sagligt og konkret begrundet.

2. Sagens oplysninger

Ørsted Pipelines indgik den 23. november 2017 aftale om salg af sin 50 % ejerandel i Tyra-gasrørledningen² samt tilladelsen til etablering og drift af

¹ Lovbekendtgørelse nr. 960 af 13. september 2011 om anvendelse af Danmarks undergrund, som senere ændret ved lov nr. 535 af 29. april 2015, lov nr. 427 af 18. maj 2016 og lov nr. 1400 af 5. december 2017, der fandt anvendelse på tidspunktet for Energistyrelsens afgørelse.

² Tyra-gasrørledningen er en gasrørledning, der forbinder Tyraplatformen med den holland-

denne til DUC-partnernes (Dansk Undergrunds Consortium) rørledningsselskaber³ samt Nordsøfonden. Salget var betinget af relevante energimyndigheders godkendelse af transaktionen, jf. salgsaftalens pkt. 7.1, (i).

Energistyrelsen godkendte ved afgørelsen af den 18. april 2018 overdragelsen af Ørsted Pipelines' andel i tilladelsen til etablering og drift af Tyra-gasrørledningen. Godkendelsen var betinget af opfyldelse af et vilkår om, at Ørsted Pipelines' ultimative ejer, Ørsted,⁴ senest 60 dage fra godkendelsen skulle afgive erklæring om subsidiær hæftelse i medfør af § 29, stk. 2, 2. pkt., i undergrundsloven.

Det fremgår af den påklagede afgørelse, at Energistyrelsen har skønnet, at Ørsted Pipelines på sigt ophører med at drive aktiviteter inden for olie- og gastransport. Energistyrelsen har derfor fundet det rimeligt at antage, at selskabet enten ophører med at fungere som selskab, eller at selskabet på afviklingstidspunktet ikke vil komme til at råde over finansielle midler, der vil kunne opfylde vilkåret om subsidiær hæftelse. På den baggrund, og for at reducere statens og de øvrige deltageres finansielle risiko, pålagde Energistyrelsen Ørsted en forpligtelse om subsidiær hæftelse for udgifter til afvikling af anlæg.

3. Klagernes bemærkninger

Klagerne ønsker, at Energistirelsens afgørelse ændres, så alene Ørsted Pipelines, og ikke Ørsted, pålægges subsidiær hæftelse. Subsidiært ønsker klagerne, at Ørsted Pipelines' direkte moderselskab, Ørsted Salg & Service A/S (herefter Ørsted Salg & Service), pålægges en subsidiær hæftelsesforpligtelse i stedet for Ørsted, og at Ørsted Pipelines i det indbyrdes forhold er den primært hæftende i forhold til Ørsted Salg & Service.

Klagerne gør gældende, at der ikke er hjemmel i undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt., til at pålægge et vilkår om, at Ørsted skal afgive erklæring om subsidiær hæftelse.

Klagerne henviser i den forbindelse til forarbejderne til undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt., hvoraf fremgår, at *"Endvidere foreslås indført hjemmel til at stille vilkår for godkendelse af overdragelser. Der vil f.eks. kunne være tale om vilkår om sikkerhedsstillelse, subsidiær hæftelse jf. forslagens § 29 a"*. Klagerne bemærker hertil, at et sådant vilkår skal være i overensstemmelse med undergrundslovens § 29 a, således som bestemmelsen var formuleret på tidspunktet for overdragelsen af Tyra-gasledningen, der ikke efter sin ordlyd gav hjemmel til, at andre end den direkte overdrager er subsidiært økonomisk ansvarlig.

Lovgiver har således ifølge klagerne specifikt og præcist angivet, at det er den

ske gasrørledning NOGAT og muliggør eksport af gas produceret på dansk sokkel til Holland.

³ Shell Olie- og Gasudvinding Danmark Pipelines ApS (nu Noreco DK Pipeline ApS), APM Pipelines A/S (nu TOTAL DANMARK PIPELINES A/S) og Chevron Denmark Pipeline ApS (nu Total Denmark ASW Pipeline ApS).

⁴ Ørsted pipelines er 100 % ejet af Ørsted Salg & Service A/S, der er 100 % ejet af Ørsted.

overdragende deltager – og ikke andre – der er subsidiært økonomisk ansvarlig ved en direkte overdragelse af andele i tilladelsen.

Klagerne henviser endvidere til forarbejderne til undergrundslovens § 29 a, hvoraf fremgår, at *”Hvis der ansøges om indirekte overdragelse af andele i en tilladelse, kan der ved godkendelsen efter forslagens § 29, stk. 2, stilles vilkår om subsidiært økonomisk ansvar hos det selskab eller lignende, som helt eller delvis ejer deltageren med andel i tilladelsen”*. På den baggrund gør klagerne gældende, at der alene ved indirekte overdragelser af andele i en tilladelse kan stilles krav om subsidiær hæftelse fra moderselskabet.

Klagerne bemærker endvidere, at indførelsen af den nugældende bestemmelse i undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt., ved lov nr. 535 af 29. april 2015, skal ses som udtryk for, at lovgiver har fundet, at et så indgribende vilkår som subsidiær hæftelse kræver fornøden hjemmel i lov eller forarbejder og ikke kan funderes på adgangen til at fastsætte vilkår efter almindelige forvaltningsretlige principper. Det kræver således efter klagernes opfattelse klar støtte i lov eller forarbejder, hvis Energistyrelsen ønsker at stille et vilkår om, at en anden end den direkte overdrager afgiver en erklæring om subsidiær hæftelse. Det er klagernes opfattelse, at der gælder et skærpet hjemmelkrav, idet der er tale om et økonomisk byrdefuldt vilkår.

Klagerne bemærker i øvrigt, at en opretholdelse af vilkåret vil føre til det urimelige resultat, at både Ørsted og Ørsted Pipelines vil være subsidiært hæftende i konsekvens af overdragelsen, ligesom det ikke fremgår klart, om staten først skal søge et eventuelt krav dækket af Ørsted Pipelines, inden kravet kan søges fyldestgjort hos Ørsted. Det er derfor klagernes opfattelse, at Energistyrelsen ikke har hjemmel til ved et direkte salg af andele i rørledningen at stille krav om, at Ørsted skal afgive erklæring om subsidiær hæftelse i tillæg til den subsidiære hæftelse, som Ørsted Pipelines er pålagt i medfør af undergrundslovens § 29 a.

Det er endvidere klagernes opfattelse, at hensynene bag reglerne om subsidiær hæftelse er fuldt tilgodeset, uden at andre end den efter undergrundslovens § 29 a, stk. 1, direkte forpligtede (Ørsted Pipelines) afgiver erklæring om subsidiær hæftelse, og at der ikke foreligger reale hensyn, der taler for at pålægge andre end Ørsted Pipelines at afgive erklæring om subsidiær hæftelse. Hensynet bag reglerne om subsidiær hæftelse sikres ifølge klagerne primært gennem de krav, Energistyrelsen kan stille og stiller til rettighedshaverens operationelle og finansielle formåen i forbindelse med tildelingen af tilladelsen.

Klagerne påpeger også, at afgørelsen tillige er betinget af, at moderselskaberne til DUC-partnernes rørledningsselskaber stiller garanti for alle de forpligtelser, som disse selskaber har ifølge tilladelsen, hvilket øger sikkerheden for disse deltagers opfyldelse af deres forpligtelser betragteligt.

Endvidere påpeger klagerne, at det umiddelbare moderselskab til Ørsted Pipelines, Ørsted Salg & Service, har afgivet en hensigtserklæring om økonomisk støtte til Ørsted Pipelines, hvilket er afspejlet i note 1 til årsrapporten for 2017

for Ørsted Pipelines. Ørsted Salg & Service er selvstændigt rated og har en Moody's rating på Baa1 med stable outlook (juni 2017), hvilket svarer til en BBB+ rating ved Standard & Poors. Klager oplyser endvidere, at Ørsted Salg & Services bogførte egenkapital pr. 31. januar 2017, i henhold til koncernregnskabet for 2017, er 8,8 mia. kr.

Energistyrelsens antagelser om Ørsted Pipelines fremtidige aktiviteter, herunder vedrørende ophør med driften af aktiviteterne inden for olie- og gas-transport, ses ifølge klagerne ikke nærmere begrundet.

Såfremt Energistyrelsens antagelse måtte dække over, at Ørsted Pipelines på et tidspunkt muligvis kunne blive likvideret (hvilket der altså ikke er nogen aktuelle planer om), bemærker klagerne, at en likvidator ved beslutning om eventuel udlodning af likvidationsprovenu vil skulle tage stilling til eventuel forpligtelser i Ørsted Pipelines, herunder eksistensen af den subsidiære hæftelse. Det er uklart, på hvilket grundlag Energistyrelsen mener at kunne antage, at en likvidator vil afslutte en likvidation med udlodning af likvidationsprovenu uden hensyntagen til en sådan subsidiær hæftelse.

Energistyrelsens antagelse er desuden ifølge klagerne vanskeligt forenelig med de selskabsretlige regler om kapitalafgang fra kapitalselskaber. Det påhviler efter selskabslovens § 115 ledelsen i Ørsted Pipelines at sikre, at Ørsted Pipelines til enhver tid har et forsvarligt kapitalberedskab, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser. Det følger endvidere af selskabsloven, at der ikke kan udloddes flere midler fra selskabet til ejere, end hvad ledelsen indstiller. Ledelsen skal ved sådanne indstillinger, blandt andet forholde sig til om selskabet også efter udlodningen har et forsvarligt kapitalberedskab, herunder om der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser. Det medfører, at enhver udlodning fra Ørsted Pipelines vil skulle ske blandt andet under hensyntagen til den subsidiære hæftelse.

Energistyrelsens antagelse er derfor ifølge klagerne kun rigtig, hvis Energistyrelsen antager, at ledelsen for Ørsted Pipelines ikke vil iagttage disse selskabsretlige regler, hvilket der ikke synes at være belæg for.

Hensynet til de øvrige deltageres finansielle risiko er ifølge klagerne et ulovligt hensyn, der savner støtte i undergrundsloven, idet de øvrige deltagere jo netop som erhververe af Ørsted Pipelines andele i tilladelsen er de direkte hæftende, også over for Ørsted Pipelines. De har ved aftalen over for Ørsted Pipelines netop forpligtet sig til (blandt andet) at overtage alle forpligtelser vedrørende Ørsted Pipelines' andele i tilladelsen.

Undergrundslovens § 29 a sigter ikke mod at beskytte erhververne af andele i en tilladelse, men derimod øvrige deltagere i tilladelsen (og staten), som ikke selv er en del af overdragelsen. Hensynet til statens finansielle risiko kan varetages – og er varetaget – ved krav om afgivelse af moderselskabsgarantier fra de øvrige deltagere.

Det er uklart, hvad Energistyrelsen mener med, at Ørsted er "den reelle deltager", og der ses ikke at være hverken faktisk eller retligt grundlag for at antage, at Ørsted, og ikke Ørsted Pipelines, skulle være den reelle ejer af rørledningen og deltager i tilladelsen. Ørsted Pipelines har ejet rørledningen, og har haft tilladelsen, siden 2005, og har således både de facto og de jure deltaget i driften af rørledningen siden 2005. Det betyder blandt andet, at Energistyrelsen selv har fundet, at Ørsted Pipelines opfylder kravene til at få og opretholde tilladelsen i medfør af undergrundslovens § 17. Der er derfor ikke belæg for at anse Ørsted Pipelines som "formel" deltager. Det bemærkes endvidere, at begreberne "reelle deltager" og "formel deltager" i øvrigt savner retligt indhold og ikke ses anvendt i undergrundsloven.

Der er ifølge klager ikke tale om, at der er indskudt "tomme skuffeselskaber" mellem Ørsted og Ørsted Pipelines. At der eventuelt i andre tilfælde end det foreliggende kunne forekomme indskud af "tomme skuffeselskaber" ses i øvrigt ikke at kunne være et forhold, der kan begrunde vilkåret.

Begrundelsen for vilkåret om subsidiær hæftelse for Ørsted savner således efter klagerens opfattelse fornødent retligt og faktisk grundlag.

Energistyrelsen har endvidere ikke godtgjort, at den subsidiære hæftelse for den direkte overdrager, Ørsted Pipelines, ikke er tilstrækkelig. En oversikring af staten er ikke et lovligt hensyn og er i strid med proportionalitetsprincippet.

Klagerne gør endvidere gældende, at den af Energistyrelsens fremhævede praksis vedrørende indirekte overdragelser ikke har nogen relevans for denne sag, der vedrører en direkte overdragelse. Undergrundsloven og dennes forarbejder sonderer ifølge klagerne klart mellem indirekte overdragelser og direkte overdragelse i relation til subsidiær hæftelse. Klagerne bemærker endvidere, at Energistyrelsen ikke ses at kunne dokumentere eksistensen af den påståede praksis.

I forhold til Energistyrelsens subsidiære påstand om, at sagen hjemvises i sin helhed, såfremt Energiklagenævnet tilsidesætter vilkåret om subsidiær hæftelse, har klagerne anført, at den subsidiære påstand ikke kan tages til følge af Energiklagenævnet, idet klagen er begrænset til at angå vilkåret om subsidiær hæftelse. Energistyrelsen har således ikke adgang til at udvide sagen ved Energiklagenævnet til at angå hele Energistyrelsens afgørelse, og Energiklagenævnet kan derfor ikke hjemvise sagen til fornyet behandling i sin helhed.

4. Energistyrelsens bemærkninger

Energistyrelsen fastholder afgørelsen af 18. april 2018.

Såfremt Energiklagenævnet ikke kan godkende vilkåret om subsidiær hæftelse for Ørsted, ønsker Energistyrelsen, at sagen hjemvises til fornyet behandling i sin helhed, herunder med henblik på en vurdering af om der eventuelt er behov for at stille andre vilkår som betingelse for godkendelse af overdragelsen.

Det er Energistyrelsens opfattelse, at undergrundslovens § 29, stk. 2, udgør fornøden hjemmel til at fastsætte vilkår, om at Ørsted Pipelines skal indhente en erklæring om subsidær hæftelse fra sit ultimative moderselskab.

Det følger direkte af undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt., at ministeren kan stille vilkår ved godkendelser af overdragelser. Som det fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, kan der være tale om vilkår om subsidær hæftelse. Bestemmelsen gælder både for direkte og indirekte overdragelser.

Det fremgår ifølge Energistyrelsen ikke af hverken undergrundslovens § 29, stk. 2, eller bemærkningerne hertil, at vilkår om subsidær hæftelse alene kan fastsættes i forhold til det overdragende selskab, idet bemærkningerne til bestemmelsen alene indeholder en række eksempler på vilkår.

Det er endvidere Energistyrelsens opfattelse, at såfremt forpligtelsen om subsidær hæftelse pålægges Ørsted Pipelines, vil det udhule værdien af den subsidære hæftelseserklæring. Energistyrelsen har således i sin godkendelse af overdragelsen lagt til grund, at staten og de øvrige deltagere i tilladelsen opnår en reel supplerende sikkerhed for dækning af afviklingsomkostninger på afviklingstidspunktet, hvorfor der ligger konkrete, saglige hensyn bag fastsættelsen af vilkåret om, at det ultimative moderselskab til Ørsted Pipelines skal hæfte subsidiært. Hensynet er endvidere i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Som det også fremgår af de almindelige bemærkninger til undergrundslovens regler om subsidær hæftelse, er statens risiko ifølge Energistyrelsen blevet øget siden Nordsøfondens indtræden i tilladelserne til kulbrinteindvinding, hvis andre deltagere i en tilladelse ikke er i stand til at opfylde deres forpligtelser (herunder til afvikling).

Energistyrelsen understreger, at der kan gå årtier fra en overdragelse godkendes, til et subsidiært ansvar opstår. Det er derfor ifølge Energistyrelsen nødvendigt, at den subsidære hæftelsesforpligtelse pålægges et selskab, som har den fornødne økonomiske formåen til at kunne efterleve et subsidiært ansvar, såfremt et sådant skulle opstå.

Energistyrelsen oplyser, at den danske del af Nordsøen er karakteriseret som et såkaldt modent område for olie- og gasindvinding. Det betyder, at størstedelen af forekomsterne af kulbrinter allerede er udnyttet, og at det primære fokus for indvindingsaktiviteterne er at optimere indvindingen af de tilbageværende ressourcer i undergrunden. I takt hermed er afvikling af eksisterende og kommende anlæg i højere grad blevet relevant, og der er derfor fra statens side opstået et ønske om nærmere at regulere afviklingen af kulbrinteanlægene i Nordsøen.

Energistyrelsen bemærker endvidere, at omkostningerne i forbindelse med afvikling af anlæg kan være betydelige. Energistyrelsen har estimeret, at fjernelse af de eksisterende platforme og lukning af borer m.v. i hele Nordsøen vil koste i størrelsesordenen af 41 mia. kr.

Energistyrelsen oplyser, at Energistyrelsen siden 2015 i de fleste godkendelsessager om indirekte overdragelser, hvor der har været fastsat vilkår om subsidær hæftelse, har fastsat vilkåret om subsidær hæftelse således, at forpligtelsen har påhvilet det ultimative moderselskab i den koncern, som det overdragede selskab tilhørte.

Energistyrelsen oplyser, at dette efter en konkret vurdering har vist sig nødvendigt, blandt andet fordi sikkerheden er større i moderselskabet end i et datterselskab, der har større risiko for at blive lukket eller gå konkurs, og fordi moderselskabet typisk er det selskab i koncernen, som har kontrol over værdierne i koncernen. Derfor giver en hæftelseserklæring fra moderselskabet den største sikkerhed for staten og de øvrige deltagere både på kort og på langt sigt. I nærværende sag vil Ørsted Pipelines efter overdragelsen have meget få eller ingen aktiver, og det vurderes, at der derfor ikke umiddelbart er nogen klar interesse fra koncernens side i at opretholde selskabet eller at kapitalisere det tilstrækkeligt med henblik på at opfylde en eventuel fremtidig forpligtelse til subsidær hæftelse.

Der er ifølge Energistyrelsen intet i hverken ordlyden af § 29 eller bemærkningerne hertil, som giver anledning til at tro, at lovgiver har ønsket at forskelsbehandle direkte og indirekte overdragelser, ligesom der intet er i ordlyden af § 29 a eller i bemærkningerne hertil, som indikerer, at bestemmelsen skal anses for udtømmende. Det ville ifølge Energistyrelsen forekomme usagligt og savne støtte i de grundlæggende hensyn bag undergrundsloven, hvis Energistyrelsen i sin sagsbehandling skulle forskelsbehandle to rettighedshavere som følge af, at den ene foretog en direkte og den anden en indirekte overdragelse.

Undergrundsloven indeholder ifølge Energistyrelsen ingen nærmere afgrænsning af det deltagerbegreb, som er anvendt i § 29 a. I forvaltningen af § 29 a har Energistyrelsen derfor anlagt en fortolkning af begrebet, som svarer til den, der anvendes i forbindelse med myndighedens øvrige forvaltning af de bestemmelser i undergrundsloven, som vedrører finansielt tilsyn med kulbrintevirksomhed.

Selskaber, der deltager i tilladelser til kulbrintevirksomhed i Nordsøen, indgår typisk i større koncerner. Dette forhold inddrager Energistyrelsen i sin forvaltning, da et selskabs koncernforhold kan have betydning for vurderingen af eksempelvis den finansielle kapacitet i det konkrete selskab, der deltager i en tilladelse. I et vist omfang er der således tale om en vurdering af koncernen i sin helhed. En anden ting er, at det deltagende selskab typisk vil være underlagt bestemmende indflydelse fra et moderselskab, som ligeledes kan være underlagt bestemmende indflydelse osv., indtil der fremkommer et ultimativt moderselskab, hvorfra de overordnede strategiske beslutninger på koncernniveau tages.

Hovedformålet med reglerne om subsidær hæftelse er at skabe sikkerhed hos staten og de tilbageværende deltagere i en tilladelse for ikke at skulle dække de uforudsete og ofte betydelige omkostninger ved afvikling, der kan opstå,

hvis en deltager i en tilladelse misligholder sine forpligtelser i forbindelse hermed. For at kunne administrere reglerne om subsidier hæftelse mest hensigtsmæssigt anlægger Energistyrelsen derfor en helhedsvurdering af den udtrædende koncern. Det kan i den forbindelse være mest hensigtsmæssigt at fastsætte vilkår om subsidier hæftelse hos et moderselskab eller lignende.

Det subsidier ansvar vil, såfremt det måtte opstå, tidligst opstå mange år efter, overdragelsen er gennemført. Hvis hensynet til staten og de øvrige deltagere i tilladelsen skal kunne varetages fyldestgørende, er der behov for at forpligtelsen pålægges et selskab, som også kan forventes at kunne imødekomme ansvaret på det tidspunkt.

Det er endvidere Energistyrelsens opfattelse, at Energistyrelsens afgørelse er konkret og sagligt begrundet, idet Energistyrelsen bl.a. har baseret sin vurdering af Ørsted Pipelines' evne til at bære et senere opstået subsidier ansvar på en række oplysninger, som fremgår af selskabets årsrapport fra 2016.

Energistyrelsen finder denne vurdering velbegrundet, hvilket understøttes af oplysningerne i årsrapporten for selskabet for 2017, hvoraf det blandt andet fremgår, at selskabet har mistet sin kapital og at selskabets fortsatte drift beror på moderselskabets ønske om at opfylde hensigtserklæringen om økonomisk støtte til Ørsted Pipelines. Det fremgår endvidere, at selskabet har en negativ egenkapital på 207 mio. kroner.

Det er Energistyrelsens vurdering, at en hensigtserklæring ikke er juridisk bindende og derfor ikke bør tillægges vægt i en vurdering af værdien af den subsidier hæftelsesforpligtelse.

Energistyrelsen bemærker endvidere, at det ikke er korrekt, at hensynene bag reglerne om subsidier hæftelse sikres gennem Energistyrelsens krav til teknisk og finansiell kapacitet. Uanset omfanget af Energistyrelsens prøvelse af ansøgerens nuværende tekniske og finansielle kapacitet i forbindelse med overdragelser, er der således en risiko for, at fremtidige markedsudsving, ændringer i prisudviklingen på kulbrinter eller andre ændringer af de kommercielle forudsætninger for kulbrinteaktivitet vil medføre, at der på et givent tidspunkt vil mangle midler til at afvikle et givent aktiv på dansk sokkel.

Energistyrelsen bemærker endvidere, at styrelsen formodentlig ikke vil kunne godkende en overdragelse, uden afgivelse af en erklæring om subsidier hæftelse, som repræsenterer en reel værdi.

I forhold til Energistyrelsens påstand om, at sagen hjemvises i sin helhed, hvis vilkåret om subsidier hæftelse for Ørsted måtte blive tilsidesat af Energiklagenævnet, har Energistyrelsen anført, at vilkåret om subsidier hæftelse er en central del af afgørelsen, og at grundlaget for afgørelsen ikke længere er til stede, såfremt vilkåret måtte blive tilsidesat. Det er derfor nødvendigt, at sagen hjemvises i sin helhed, hvis vilkåret måtte blive tilsidesat.

5. Øvrige parter bemærkninger

Noreco DK Pipeline ApS, Total Danmark Pipelines A/S, Nordsøfonden og

Total E&P Danmark A/S har ikke haft bemærkninger til klagen.

6. Retsgrundlaget

Retsgrundlaget fremgår af bilag til denne afgørelse.

7. Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Det fremgår af undergrundslovens § 29, stk. 1, at en tilladelse hverken direkte eller indirekte kan overdrages til andre, medmindre energi-, forsynings- og klimaministeren tillader overdragelsen og godkender vilkårene for denne.

Energi-, forsynings- og klimaministeren kan alene godkende overdragelsen, hvis rettighedshaveren også efter overdragelsen skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet og kan forventes at udøve virksomheden sådan, at samfundet har mest mulig indsigt i og gavn af denne, jf. undergrundslovens § 29, stk. 2, 1. pkt. Ministeren kan i den forbindelse stille vilkår for godkendelse af overdragelser, jf. undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt.

Bestemmelsen i undergrundslovens § 29, stk. 2, gennemfører dele af off-shoresikkerhedsdirektivets⁵ artikel 4, stk. 1. Heraf fremgår, at medlemsstaterne skal sikre, at der ved afgørelse om udstedelse eller overdragelse af en kulbrintetilladelse skal tages hensyn til den kapacitet, som ansøgerne har, til at opfylde kravene til aktiviteterne inden for rammerne af tilladelsen.

Energistyrelsen har i den påklagede afgørelse med henvisning til undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt., fastsat et vilkår om, at Ørsted Pipelines' ultimative ejer, Ørsted, senest 60 dage fra godkendelsen skal afgive erklæring om subsidiær hæftelse.

Energiklagenævnet bemærker, at der som udgangspunkt er en bred adgang til at stille vilkår ved udstedelse af en begunstigende forvaltningsakt. Det er et krav, at vilkåret er begrundet i de hensyn, som kan varetages efter den pågældende lov, ligesom det er et krav, at vilkåret i øvrigt skal stå i rimeligt forhold til hensynet til at sikre staten og de øvrige deltagere mod at betale en udtrædende deltagers andel af afviklingsomkostningerne.

Det følger direkte af undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt., at ministeren i forbindelse med godkendelser efter undergrundslovens § 29, stk. 1, kan fastsætte vilkår for overdragelsen.

Formålet med godkendelsesordningen er netop at sikre, at rettighedshaveren til enhver tid har den fornødne tekniske og finansielle kapacitet og kan forventes at udøve virksomheden sådan, at samfundet har mest mulig indsigt i og gavn af denne, jf. undergrundslovens § 29, stk. 2, 1. pkt. Det fremgår endvidere af forarbejderne til undergrundslovens § 29 a, at der ved godkendelse

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/30/EU af 12. juni 2013 om sikkerheden i forbindelse med offshore olie- og gasaktiviteter og om ændring af direktiv 2004/35/EF.

af en overdragelse efter § 29, kan fastsættes vilkår til sikring af midler i forbindelse med subsidært ansvar for gennemførelse af en afviklingsplan,⁶ ligesom det fremgår af forarbejderne til undergrundslovens § 29, at der i medfør af bestemmelsen blandt andet vil kunne fastsættes vilkår om sikkerhedsstillelse, subsidær hæftelse og indgåelse af samarbejdsaftaler.⁷

Det er Energiklagenævnets opfattelse, at et vilkår om subsidær hæftelse for et direkte moderselskab eller for et ultimativt moderselskab, efter omstændighederne vil kunne fastsættes under henvisning til den generelle adgang til at fastsætte vilkår for overdragelsen i undergrundslovens § 29, stk. 2, 2. pkt. Der er således ikke efter Energiklagenævnets opfattelse behov for en konkret og særskilt hjemmel for at fastsætte vilkår om subsidær hæftelse for et det ultimative moderselskab i en koncernstruktur. Adgangen til at stille vilkår om subsidær hæftelse er ikke begrænset til overdrageren af tilladelsen til efterforskning og indvinding af råstoffer, ligesom de vilkår, der kan stilles med hjemmel i undergrundslovens § 29, stk. 2, ikke er begrænset til de eksempler, der fremgår af forarbejderne til undergrundslovens § 29, stk. 2, i lovforslag nr. L 116.⁸

Energiklagenævnet skal samtidig bemærke, at det er en forudsætning, at vilkåret i det konkrete tilfælde ikke går videre end påkrævet, og at vilkåret ud fra en vurdering af de konkrete omstændigheder i øvrigt er sagligt begrundet.

Vurderingen af det af Energistyrelsen stillede vilkår skal ske i lyset af, at der er tale om et vilkår, som pålægges Ørsted, der hverken er part i aftalen om overdragelse af andele af tilladelse til efterforskning og indvinding af råstoffer, eller som i øvrigt er direkte ejer af det overdragende selskab. Disse omstændigheder skærper efter Energiklagenævnets opfattelse kravene til bestemtheden af de vilkår, som kan stilles over for Ørsted.

Størrelsen af de omkostninger, som Ørsted hæfter for i tilfælde af den subsidiære hæftelsesforpligtelses aktualisering, er efter de foreliggende oplysninger af uvis karakter og er i sagens natur i øvrigt forbundet med væsentlig usikkerhed. Der er heller ikke i Energistyrelsens afgørelse nogen nærmere beløbsmæssig afgrænsning af den subsidiære hæftelsesforpligtelse, som påhviler Ørsted i henhold til det fastsatte vilkår.

Hertil kommer, at staten og de øvrige deltagere i tilladelsen med den subsidiære hæftelsesforpligtelse for Ørsted alt andet lige opnår en væsentlig forøget sikkerhed for dækning af afviklingsomkostningerne på afviklingstidspunktet.

Energiklagenævnet bemærker, at nævnet er enig i Energistyrelsens vurdering af, at Ørsted Pipelines efter overdragelsen ikke råder over finansielle midler, der vil kunne opfylde vilkåret om subsidær hæftelse.

⁶ Folketingstidende 2014-15, tillæg A, L 116 som fremsat, specielle bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 21

⁷ Folketingstidende 2014-15, tillæg A, L 116 som fremsat, specielle bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 20.

⁸ Folketingstidende 2014-15, tillæg A, L 116 som fremsat, specielle bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 20.

Energistyrelsen har imidlertid på intet tidspunkt forud for overdragelsesaftalen fundet anledning til at stille krav om supplerende sikkerhed fra Ørsted Pipelines eller fra Ørsted. Det er Energiklagenævnets opfattelse, at vurderingen af sagligheden af det stillede vilkår til en vis grad må ske i lyset af den sikkerhed, som bestod forud for overdragelsesaftalen.

Efter en samlet vurdering er Energiklagenævnets opfattelse, at vilkåret om subsidiær hæftelse fra Ørsted ikke er tilstrækkeligt proportionalt i forhold til ønsket om sikring af midler i forbindelse med subsidiært ansvar for gennemførelse af en afviklingsplan. Endvidere er det Energiklagenævnets opfattelse, at vilkåret ud fra en vurdering af de konkrete omstændigheder ikke er tilstrækkelig sagligt begrundet.

Energiklagenævnet har ved vurderingen heraf lagt vægt på, at de købende selskaber har overtaget Ørsted Pipelines' forpligtelse til at betale omkostningerne forbundet med afvikling af anlæg og installationer, såfremt afviklingen af de etablerede anlæg mv. måtte blive aktualiseret, og at Ørsted Pipelines i forbindelse med overdragelsen har lidt et betydeligt tab, som må formodes blandt andet at hidrøre fra, at Ørsted Pipelines via den negative salgssum har betalt for, at de købende selskaber har overtaget afviklingsforpligtelsen. Ved at pålægge Ørsted en subsidiær hæftelsesforpligtelse er der en risiko for, at Ørsted-koncernen pålægges at betale den samme omkostning to gange.

Samtidig har Energistyrelsen som vilkår for overdragelsen stillet krav om moderselskabsgarantier fra de købende selskaber, hvilket blandt andet har til formål at tilgodese hensynet til, at staten ikke kommer til at hæfte for afviklingsomkostningerne.

Under disse omstændigheder og hensyn til, at Energistyrelsen i øvrigt ikke tidligere har fundet anledning til at stille vilkår om sikkerhed fra Ørsted Pipelines eller Ørsted, er det Energiklagenævnets opfattelse, at vilkåret om subsidiær hæftelse for Ørsted, som ikke er part i aftalen om overdragelse af Tyra-gasrørledningen eller direkte ejer af det overdragende selskab, er for vidtgående og ikke er tilstrækkeligt sagligt begrundet.

Efter undergrundlovens § 29 a, stk. 5, er det i øvrigt en forudsætning for godkendelse efter § 29 af en overdragelse af en tilladelse efter blandt andet § 17, at den overdragende deltager har afgivet en erklæring om subsidiært ansvar, jf. stk. 1-4, over for de deltagere, som til enhver tid udgør rettighedshaveren til tilladelsen, og over for staten. Der ses ikke i forbindelse med godkendelsen at foreligge en erklæring i overensstemmelse med denne bestemmelse.

Da det fastsatte vilkår om subsidiær hæftelse for Ørsted er en egentlig betingelse for Energistyrelsens godkendelse af Ørsted Pipelines overdragelse af andelen i tilladelse til etablering og drift af Tyra-gasrørledningen, ophæver Energiklagenævnet Energistyrelsens afgørelse og hjemviser sagen i sin helhed til fornyet behandling i Energistyrelsen.

Energiklagenævnet bemærker i den sammenhæng, at nævnet foretager en fuld

prøvelse af Energistyrelsens afgørelse, og at Energiklagenævnet ved behandling af klagen ikke er bundet eller begrænset af de af klagerne fremsatte klagepunkter.

8. Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet ophæver Energistyrelsens afgørelse af 18. april 2018 og hjemviser sagen til fornyet behandling.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 16. juni 2020.

Afgørelsen er truffet i henhold til § 37 a i lovbekendtgørelse nr. 1190 af 21. september 2018 om anvendelse af Danmarks undergrund.

Energiklagenævnet beklager den lange sagsbehandlingstid.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Afgørelsen offentliggøres på hjemmesiden www.naevneneshus.dk under menupunktet Nævnene > Energiklagenævnet > Tidligere afgørelser i anonymiseret form under iagttagelse af persondatalovens bestemmelser.

På nævnets vegne

Peter Ulrik Urskov
Nævnsformand

Clara Agnes Trolle Mikkelsen
Specialkonsulent

Afgørelsen er sendt til:

Kromann Reumert på vegne af Ørsted A/S og Ørsted Pipelines A/S
Energistyrelsen
Noreco DK Pipeline ApS
Total Danmark Pipelines A/S
Nordsøfonden
Total E&P Danmark A/S

Bilag

Uddrag af dagældende lovbekendtgørelse nr. 960 af 13. september 2011 om anvendelse af Danmarks undergrund, som senere ændret ved lov nr. 535 af 29. april 2015, lov nr. 427 af 18. maj 2016 og lov nr. 1400 af 5. december 2017:

”[...]

§ 29. En tilladelse kan hverken direkte eller indirekte overdrages til andre, medmindre energi-, forsynings- og klimaministeren tillader overdragelsen og godkender vilkårene for denne.

Stk. 2. Energi-, forsynings- og klimaministeren kan alene godkende overdragelser som nævnt i stk. 1, hvis rettighedshaveren også efter overdragelsen skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet og kan forventes at udøve virksomheden sådan, at samfundet har mest mulig indsigt i og gavn af denne. Ministeren kan stille vilkår for godkendelse af overdragelser.

Stk. 3. En tilladelse i henhold til denne lov er undtaget fra retsforfølgning.

§ 29 a. En deltager i en tilladelse efter §§ 5, 17 eller 23, som helt eller delvis overdrager tilladelsen, er subsidiært økonomisk ansvarlig over for de øvrige deltagere med andel i tilladelsen, for så vidt angår udgifter til afvikling af anlæg, herunder afvikling af påbegyndte anlæg m.v., jf. § 32 a, som eksisterer på tidspunktet for overdragelsen. Den overdragende deltager er subsidiært økonomisk ansvarlig over for staten, hvis de udgifter, der er nævnt i 1. pkt., ikke dækkes af en anden deltager i tilladelsen.

Stk. 2. En overdragende deltager er ligeledes subsidiært økonomisk ansvarlig over for staten for de i stk. 1 omhandlede udgifter, såfremt staten har måttet påtage sig afvikling for rettighedshaverens regning.

Stk. 3. Det økonomiske ansvar efter stk. 1 og 2 beregnes på grundlag af størrelsen af den overdragede andels del af omkostningerne til gennemførelse af afviklingen.

Stk. 4. Den overdragende deltagers økonomiske ansvar gælder, uanset om andelen eller dele heraf senere overdrages, dog således at krav først rettes mod den deltager, som senest overdrog andelen.

Stk. 5. Det er en forudsætning for godkendelse efter § 29 af en overdragelse af en tilladelse efter §§ 5, 17 eller 23 eller en andel af en sådan, at den overdragende deltager har afgivet en erklæring om subsidiært ansvar, jf. stk. 1-4, over for de deltagere, som til enhver tid udgør rettighedshaveren til tilladelsen, og over for staten.

Stk. 6. Energi-, forsynings- og klimaministeren skal godkende erklæringer efter stk. 5 og kan fastsætte vilkår herfor.

[...]"

Uddrag af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/30/EU af 12. juni 2013 om sikkerheden i forbindelse med offshore olie- og gasaktiviteter og om ændring af direktiv 2004/35/EF:

"[...]

Artikel 4

Sikkerheds- og miljømæssige hensyn vedrørende koncessioner

Medlemsstaterne sikrer, at afgørelser om udstedelse eller overførsel af koncessioner til at udføre offshore olie- og gasaktiviteter tager hensyn til den kapacitet, som ansøgeren om en sådan koncession har, til at opfylde kravene til aktiviteterne inden for rammerne af koncessionen som krævet i de relevante bestemmelser i EU-lovgivningen, navnlig dette direktiv.

[...]"