

AFGØRELSE

(Naturgasforsyning)

energi

KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA HNG I/S og Midt-Nord I/S over
AFGØRELSE FRA Energitilsynet af 18. december 2007
OM program for intern overvågning

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

NÆVNETS Nævnensformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Civilingeniør Jens Packness
SÆTNING Sektionsdirektør Bente Østerbye
I SAGEN

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 18. december 2007 stadfæ-
AFGØRELSE stes.

Advokat Søren Hornbæk Svendsen, Advokataktieselskabet Horten, har på vegne af HNG I/S og Midt-Nord I/S ved brev af 16. januar 2008 indbragt Energitilsynets afgørelse af 18. december 2007 for Energiklagenævnet. Ved afgørelsen meddelte Energitilsynet pålæg til HNG I/S og Midt-Nord I/S om fremover at FFO*-godkende deres medarbejdere individuelt med udgangspunkt i medarbejderens jobfunktioner, eller implementere tilsvarende tiltag, således at det sikres, at kun nødvendige FFO-godkendelser foretages.

Det bemærkes, at Energiklagenævnet behandler den fælles klage fra HNG I/S og Midt-Nord I/S under to journalnumre - j.nr. 1031-1 (HNG I/S) og 1031-2 (Midt-Nord I/S) – da selskaberne er to selvstændige juridiske personer. Klagen er dog behandlet samlet i denne afgørelse.

Sagens baggrund

HNG I/S og Midt-Nord I/S er distributionsselskaber efter naturgasforsyningsloven. De to selskaber er selvstændige virksomheder, men selskaberne har et tæt samarbejde med fælles afdelinger, it-systemer og arbejdsprocesser.

* Forretningsmæssigt følsomme oplysninger

En FFO-godkendt medarbejder har ret til at modtage og håndtere såkaldte forretningsmæssigt følsomme oplysninger (FFO), som distributionsselskabet har modtaget under udøvelse af sin virksomhed.

Forretningsmæssigt følsomme oplysninger er oplysninger, som distributionsvirksomhederne modtager og behandler som led i driften af distributionsnettet, og som indeholder oplysninger om naturgasmarkedets aktører og deres aktiviteter, der kan anvendes til at opnå markedsmæssige fordele. Det kan endvidere være fortrolige oplysninger om de enkelte gaskunder, der kan have kommerciel værdi for gasleverandørerne. Forretningsmæssigt følsomme oplysninger kan mere konkret f.eks. være oplysninger om den enkelte gasleverandør, der ikke er offentlig tilgængelige, herunder oplysninger om den enkelte leverandørs kundeportefølje og markedsandele. Det kan endvidere være oplysninger om den enkelte gaskunde, der kan have kommerciel værdi for gasleverandørerne, herunder oplysninger om faktisk og forventet forbrug, afregningsmetode, tekniske oplysninger om installationer på forbrugsstedet, gaskundernes batalingsmønstre og restanceforhold, finansiering og serviceordninger m.v. Sådanne oplysninger ophører med at være følsomme, når de på lovlig vis er blevet almindelig kendte i markedet.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 2 af 26

HNG I/S og Midt-Nord I/S ejer og driver distributionsnet i henholdsvis Storkøbenhavn og Midt-/Nordjylland og udøver med eneret distributionsvirksomhed inden for disse nærmere afgrænsede geografiske distributionsområder. HNG I/S og Midt-Nord I/S har pligt til at distribuere naturgas til alle gasforbrugere inden for distributionsområdet på lige vilkår, uanset hvilket gasforsyningselskab der forsyner (sælger til) forbrugerne. HNG I/S og Midt-Nord I/S modtager og behandler som led i distributionsvirksomheden således en række forretningsmæssigt følsomme oplysninger om gasforsyningselskaberne og gaskunderne i distributionsområderne.

HNG I/S og Midt-Nord I/S ejer i fællesskab gasforsyningsselskabet HNG Midt-Nord Salg A/S, der driver forsyningspligtig virksomhed med salg af naturgas til kunder i forsyningspligtområder i Storkøbenhavn og Midt-/Nordjylland. HNG Midt-Nord Salg A/S ejer handelsvirksomheden HNG Midt-Nord Handel A/S, der på kommerciel basis og i konkurrence med andre naturgasleverandører sælger naturgas til kunder i hele Danmark. HNG Midt-Nord Handel A/S indkøber endvidere naturgas til HNG Midt-Nord Salg A/S.

HNG I/S og Midt-Nord I/S (herefter benævnt HNG Midt-Nord I/S) er således såkaldte vertikalt integrerede naturgasselskaber, der indgår i en koncern, der både beskæftiger sig med monopolaktiviteter i form af distribution af naturgas og med kommercielle aktiviteter i form af salg af naturgas på det frie naturgasmarked.

Med henblik på at sikre konkurrencen på naturgasmarkedet skal distributionsvirksomheder som HNG Midt-Nord I/S, der indgår i koncerner med konkurrenceudsatte aktiviteter som f.eks. salg af naturgas, være uafhængig fra

disse konkurrenceudsatte og kommercielle aktiviteter. Det gælder i det mindste for så vidt angår retlig form, organisation og beslutningstagning. Uafhængigheden sikres bl.a. ved et krav i lovgivningen om, at distributionsvirksomhederne skal udarbejde et program for intern overvågning. Programmet skal beskrive de foranstaltninger, der er truffet for at sikre, at diskriminerende adfærd fra distributionsvirksomhedernes side er udelukket, samt sikre, at programmets overholdelse kontrolleres på passende måde. Der skal endvidere udarbejdes en årsberetning med en beskrivelse af de truffede foranstaltninger. Programmet har til formål at sikre en lige og ikke-diskriminerende adgang for handelsvirksomhederne til distributionsnettet, således at distributionsvirksomhedens koncernforbundne handelsvirksomhed ikke opnår særlige konkurrencemæssige fordele, og således at der ikke lægges hindringer for konkurrerende handelsvirksomheder. Forretningsfølsomme oplysninger (FFO), som distributionsvirksomheden modtager under udøvelsen af sin virksomhed, skal behandles fortroligt, og eventuel videregivelse af sådanne oplysninger må kun ske på en ikke-diskriminerende måde i forhold til handelsvirksomhederne og andre. Oplysninger om distributionsvirksomhedens egne aktiviteter, som kan være forretningsmæssigt følsomme (FFO-EA), må ligeledes ikke videregives på en diskriminerende måde.

Da HNG Midt-Nord I/S indgår i en koncern med bl.a. kommercielle handelsaktiviteter på naturgasmarkedet, har HNG Midt-Nord I/S udarbejdet det lovpåkrævede program for intern overvågning, der skal sikre adskillelse af distributionsvirksomheden fra andre aktiviteter i koncernen. Det interne overvågningsprogram definerer nærmere, hvilke oplysninger der betragtes som forretningsmæssigt følsomme.

Sagen drejer sig nærmere om, hvorvidt HNG Midt-Nord I/S' interne overvågningsprogram overholder kravene i § 2, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse om program for intern overvågning for transmissions-, distributions- og lagerselskaber i henhold til naturgasforsyningsloven (bekendtgørelse nr. 1358 af 11. december 2006 – herefter benævnt bekendtgørelse nr. 1358).

Den påklagede afgørelse

Energitilsynet har efter virksomhedsbesøg hos HNG Midt-Nord I/S truffet den påklagede afgørelse af 18. december 2007. Ved afgørelsen gav Energitilsynet følgende pålæg til HNG Midt-Nord I/S:

”[...]

At Energitilsynet, i medfør af bekendtgørelse nr. 1358 § 2, stk. 1, nr. 1 jf. naturgasforsyningslovens § 46, stk. 1, pålægger HNG MIDT-NORD fremover at skulle FFO-godkende deres medarbejdere individuelt med udgangspunkt i medarbejderens jobfunktioner, eller implementere tilsvarende tiltag, således at det sikres, at kun nødvendige FFO-godkendelser foretages. Denne FFO-godkendelse skal være implementeret og beskrevet i programmet første gang for kalenderåret 2007 med indleveringsfrist den 1. juni 2008.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 3 af 26

[...]”.

Afgørelsen er nærmere begrundet i et notat af 9. november 2007 udarbejdet af Energitilsynets sekretariat til brug for Energitilsynets vurdering af sagen. Begrundelsen for den påklagede del af afgørelsen fremgår nærmere af notatets punkterne 47 – 60:

”[...]

47. 1) Selskabets tiltag for behandling og videregivelse af forretningsmæssigt følsomme oplysninger (FFO) i medfør af § 2, stk. 1, nr.1, jf. naturgasforsyningslovens § 46, stk. 1.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 4 af 26

48. Sekretariatets bemærkninger: I HNG MIDT-NORDs program for intern overvågning er der en beskrivelse af hvad FFO er. Det drejer sig blandt andet om informationer vedrørende relationer mellem leverandører og gasforbrugere. Endvidere drejer det sig om informationer om den enkelte leverandør, som ikke er offentligt tilgængeligt såsom leverandørers kundeporteføljer.

49. Oplysninger om den enkelte gasforbruger, som kan have kommerciel værdi for gasleverandørerne, behandler HNG MIDT-NORD som om de var forretningsmæssigt følsomme. Det drejer sig om stamdata såsom målerstednummer, tilslutningsstatus, afregningsmetode, forventet årsforbrug mv.

50. HNG MIDT-NORD har også en udmærket beskrivelse af tiltagene for håndtering af FFO. Det betyder, at medarbejdere, rådgivere og ansatte i tilknyttede VVS-firmaer skal være FFO-godkendt for at kunne modtage og håndtere FFO. HNG MIDT-NORD har også en god beskrivelse af hvilke medarbejdere, som ikke kan blive FFO-godkendt. Det drejer sig fx om direktører og ledende medarbejdere i Salg og Handel. Slutteligt beskriver HNG MIDT-NORD principperne for videregivelse af FFO.

51. HNG MIDT-NORD bruger endvidere medarbejdererklæringer for deres medarbejdere.

52. For at behandle FFO korrekt, så skal der også være adgangsstyringer til visse IT-systemer, når distributionsselskabet deler IT-systemer med handelsselskabet. HNG MIDT-NORD har derfor oprettet adgangsrettighedsgrupper med tilhørende afgrænsning af, hvilke IT-systemer de enkelte brugergrupper må have adgang til. Endvidere opdateres medarbejdernes adgangsrettigheder løbende. Energitilsynets sekretariat har også modtaget lister over FFO-

godkendte medarbejdere, og fik på virksomhedsbesøget elektronisk fremvist denne løbende opdaterede FFO-liste.

53. Medarbejderne er kategoriseret i 3 grupper. Medarbejdere i kategorien "Net" omfatter alle medarbejdere i HNG MIDT-NORD, samt medarbejdere i kundeservice. Disse medarbejdere må have adgang til alle FFO. Medarbejdere i kategorien "Udstilling" omfatter medarbejdere i HNG MIDT-NORDs udstilling samt enkelte andre medarbejdere i Salg og Handel[4], hvis arbejdsopgaver nødvendiggør adgang til begrænsede typer af FFO. Det drejer sig om apparatdata samt forventet årsforbrug for alle gasforbrugere. Medarbejdere i kategorien "Forsyning" omfatter øvrige medarbejdere i Salg og Handel. Disse medarbejdere får ikke adgang til FFO udover oplysninger, som distributionsselskabet skal stille til rådighed for enhver gasleverandør.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 5 af 26

54. Energitilsynets sekretariat finder det ikke hensigtsmæssigt, at HNG MIDT-NORD godkender alle medarbejdere i HNG MIDT-NORD Net til at have adgang til samtlige FFO uden hensyntagen til medarbejdernes konkrete arbejdsopgaver i distributionsselskabet. Der er således ikke en tungtvejende grund til, hvorfor selskabet clearer folk til mere, end de har behov for, udover at det er den administrativt letteste løsning.

55. Energitilsynets sekretariat finder, at FFO-godkendelserne skal foretages således, at medarbejderen individuelt skal FFO-godkendes med udgangspunkt i medarbejderens jobfunktion. Dette opfylder HNG MIDT - NORD ikke, ved at selskabet clearer alle medarbejdere indenfor et selskab til samme niveau eller clearer alle medarbejdere indenfor et bredt arbejdsområde til samme niveau uden hensyntagen til den jobfunktion pågældende medarbejder varetager.

56. HNG MIDT-NORD anfører i sit høringssvar, at når den IT-mæssige adskillelse overfor handelsselskaberne er sikret, så er det ifølge HNG MIDT-NORD uvedkommende hvilke af distributionsselskabets medarbejdere, der har FFO-adgang. Ifølge HNG MIDT-NORD vil næsten alle medarbejdere på et tidspunkt skulle have adgang til informationer, der er omfattet af FFO-retningslinjerne for at kunne løse deres opgaver.

57. HNG MIDT-NORD bruger FFO-godkendelsen som instrument til at styre adgangsrettigheder til alle IT-systemer. HNG MIDT-NORD anfører endvidere, at individuel FFO-godkendelse og ret-

tighedstildeling til IT-systemer i stedet for en organisatorisk vil afstedkomme forøget administration.

58. Energitilsynets sekretariat har forståelse for, at der ikke kan indføres en meget stram rettighedstildeling således eksempelvis, at medarbejdere på ugebasis skal tilføjes eller fratages rettigheder afhængig af ugens arbejdsopgaver. Dette er ikke hensigtsmæssigt. Dog vil Energitilsynets sekretariat opretholde sin indstilling, da det er vigtigt at sikre, at uvedkommende medarbejdere i distributionsselskabet ikke automatisk har adgang til samtlige FFO. Det er i sekretariatets øjne ikke den korrekte måde at behandle FFO på, og alt andet lige vil risikoen for utilsigtet videregivelse af FFO mv. være større, jo større kredsen af FFO-clearede personer er.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

59. Energitilsynets sekretariat vil dog lade det være op til selskabet, hvis de på anden måde end efter individuel rettighedstildeling kan sikre, at uvedkommende distributionsmedarbejdere ikke uden videre har adgang til samtlige FFO i distributionsselskabet.

Side 6 af 26

60. Vurdering: HNG MIDT-NORD opfylder ikke kravet til beskrivelsen af den IT-mæssige adskillelse af databehandlingen vedrørende FFO, som fremgår af Energitilsynets afgørelse fra december 2006, og selskabet anses herefter på nuværende tidspunkt ikke i tilstrækkeligt omfang at opfylde bekendtgørelsens krav til § 2, stk. 1 nr. 1.

[...]"

Ved afgørelsen blev der også meddelt HNG Midt-Nord I/S andre pålæg efter bekendtgørelse nr. 1358. Disse dele af Energitilsynets afgørelse er ikke påklaget til Energiklagenævnet.

Ved afgørelse af 19. februar 2008 (journalnummer 31-27) imødekom Energiklagenævnet en anmodning fra HNG Midt-Nord I/S om, at klagen tillægges opsættende virkning. Afgørelsen er offentliggjort på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk, hvortil der henvises.

Klagen til Energiklagenævnet

HNG Midt-Nord I/S ønsker ovennævnte pålæg tilsidesat og gør til støtte herfor navnlig gældende, at overvågningsprogrammet opfylder lovgivningens krav. Såfremt Energiklagenævnet ikke måtte give HNG Midt-Nord I/S medhold i klagen, således at pålægget stadfæstes, anmoder HNG Midt-Nord I/S om, at HNG Midt-Nord I/S får en frist på mindst 6 måneder til implementering af det påklagede påbud.

HNG Midt-Nord I/S har til støtte for klagen i det væsentlige gjort gældende,

at Energitilsynets afgørelse er ugyldig, da den er behæftet med en væsentlig mangel. Energitilsynet har været i en faktisk vildfarelse om, at alle FFO-godkendte medarbejdere hos HNG Midt-Nord I/S automatisk har adgang til alle FFO-oplysninger i distributionsvirksomheden. Energitilsynets faktuelle forståelse af sagen på dette punkt er ikke korrekt, da adgangen til FFO-oplysninger afhænger af medarbejdernes adgangsrettigheder til IT-systemerne i virksomheden, hvor der gælder forskellige begrænsninger i de enkelte medarbejders adgang. Vildfarelsen har haft bestemmende indflydelse på den påklagede afgørelse,

at HNG Midt-Nord I/S' interne overvågningsprogram overholder lovgivningen. Der er desuden ikke hjemmel til at stille krav til HNG Midt-Nord I/S om fremover at skulle FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner,

at pålægget om fremover at skulle FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner er udtryk for usaglig forskelsbehandling af distributionsselskaberne. Energitilsynet har således ved en samtidig kontrol af de interne overvågningsprogrammer for henholdsvis DONG Gas Distribution A/S (herefter DONG) og Naturgas Fyn ikke givet tilsvarende pålæg, og

at pålægget om fremover at skulle FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner er i strid med proportionalitetsprincippet. Implementeringen af pålægget vil medføre vidtgående administrative, organisatoriske og økonomiske konsekvenser for klager. Desuden yder overvågningsprogrammet en bedre beskyttelse mod diskriminerende videregivelse af oplysninger end det pålagte krav om skulle FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner.

HNG Midt-Nord I/S har ved breve af 16. januar, 5. februar, 19. februar, 8. april og 17. juni 2008 nærmere uddybet disse hovedanbringender.

Vedrørende anbringendet om, at Energitilsynet har været i en faktisk vildfarelse, da tilsynet traf afgørelse i sagen, har HNG Midt-Nord I/S nærmere anført, at afgørelsen bygger på forkerte antagelser om, at HNG Midt-Nord I/S FFO-godkender medarbejdere, således at medarbejderne får adgang til flere oplysninger end nødvendigt. Dette er ikke tilfældet, og antagelserne er ikke dokumenteret af Energitilsynet. Selvom hovedparten af HNG Midt-Nord I/S' medarbejdere er FFO-godkendt, har disse medarbejdere ikke automatisk ad-

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 7 af 26

gang til alle FFO. Godkendelsen medfører alene, at medarbejderne har ret til at modtage FFO, når medarbejderne i medfør af deres jobfunktion har behov herfor. Tildelingen af adgangsrettigheder til HNG Midt-Nord I/S' forskellige IT-systemer bygger på en forudsætning om, at de relevante informationer, herunder FFO, kan videregives fra medarbejdere med adgang til de pågældende FFO-oplysninger i IT-systemerne til øvrige medarbejdere i distributionsvirksomheden, når dette er nødvendigt i relation til udførelsen af de pågældende medarbejders jobfunktioner.

Energitilsynet har begået en væsentlig fejl ved ikke at sondre mellem selve FFO-godkendelsen og tildelingen af adgangsrettigheder til IT-systemer, som giver medarbejderne adgang til FFO. En FFO-godkendelse af en medarbejder giver ikke automatisk den pågældende medarbejder adgang til alle FFO i IT-systemet. De medarbejdere, der ikke har adgang til FFO via deres IT-adgangsrettigheder, vil - i det omfang medarbejdernes jobfunktion kræver det - kunne få FFO overdraget fra andre medarbejdere, som har den nødvendige IT-adgang. Næsten alle distributionsmedarbejdere skal enten dagligt eller i særlige situationer kunne få adgang til og håndtere FFO. Det er derfor nødvendigt, at stort set alle medarbejdere hos HNG Midt-Nord I/S er FFO-godkendte. Udgangspunktet for tildeling af IT-adgangsrettigheder til de i alt 412 distributionsmedarbejdere er, at kun de daglige brugere eller medarbejdere med et jævnt behov for adgang tildeles adgang til de relevante IT-systemer. Det bærende element i begrundelsen for Energitilsynets påbud bygger således på en vildfarelse, hvorfor afgørelsen er behæftet med så væsentlig en mangel, at den ikke kan opretholdes.

Vedrørende anbringendet om, at det påklagede pålæg om individuel FFO-godkendelse af medarbejderne savner hjemmel, har HNG Midt-Nord I/S nærmere anført, at overvågningsprogrammet er i overensstemmelse med lovgivningens krav, herunder kravene i § 2, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1358 og § 46, stk. 1, i naturgasforsyningsloven. Overvågningsprogrammet opfylder de objektive krav i § 2, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1358. Det drejer sig om kravene om beskrivelse af de tiltag, der skal sikre, at FFO behandles fortroligt, kravene om beskrivelse af, hvilke oplysninger der er FFO, samt hvilke procedurer der gælder for HNG Midt-Nord I/S' modtagelse og behandling af sådanne oplysninger. Energitilsynet ses ikke at have anfægtet, at de objektive krav er opfyldte. Det må således være det subjektive krav i § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1358 - at tiltagene i overvågningsprogrammet skal være egnede til at forhindre diskriminerende adfærd - som tilsynet har vurderet, at HNG Midt-Nord I/S' overvågningsprogram ikke overholder.

HNG Midt-Nord I/S' interne overvågningsprogram sikrer en effektiv beskyttelse mod videregivelse af FFO til tredjeparter uden for distributionsvirksomheden. Dette sker gennem en kombination af en meget bred definition af FFO,

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 8 af 26

en restriktiv medarbejdererklæring samt en effektiv IT-mæssig adskillelse af distributionsvirksomheden over for HNG Midt-Nord I/S' forsyningspligtselskab, HNG Midt-Nord Salg A/S, og det kommercielle handelsselskab, HNG Midt-Nord Handel A/S.

Der er ikke hjemmel til at stille krav om, at hver enkelt medarbejder i distributionsvirksomheden skal FFO-godkendes individuelt ud fra de arbejdsopgaver, som den pågældende medarbejder varetager. Der kan hverken i ordlyden af naturgasforsyningslovens § 46 eller § 2, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1358 udledes et krav om individuel FFO-godkendelse af medarbejdere. Hvis HNG Midt-Nord I/S effektivt forhindrer videregivelse af FFO fra distributionsvirksomheden til tredjeparter, stilles der i § 2, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1358 ikke særskilte krav til distributionsselskabets interne håndtering af FFO. Forarbejderne til naturgasforsyningslovens § 11 a, stk. 2 – som bekendtgørelse nr. 1358 er udstedt i medfør af – og naturgasforsyningslovens § 46, indeholder heller ikke bemærkninger, som Energitilsynet kan støtte sit pålæg på. Det fremgår af forarbejderne til § 11 a, stk. 2, at hensigten med bestemmelsen er at sikre en reel adskillelse mellem monopolaktiviteter og kommercielle aktiviteter. Forarbejderne fokuserer således ikke på, hvorledes FFO behandles internt i de enkelte monopolvirksomheder, men kun på hvordan oplysningerne bruges af virksomheden og medarbejdere udadtil. Det understreges af, at bestemmelsen bl.a. har til formål at implementere gasdirektivets art. 13. Forarbejderne til § 46 indeholder heller intet, der kan støtte en indfortolkning af Energitilsynets krav om individuel FFO-godkendelse af medarbejderne i bestemmelsen. § 46 implementerer gasdirektivets art. 14, som heller ikke støtter Energitilsynets fortolkning af bestemmelsen. Der foreligger endvidere ingen relevant domspraksis, og den eneste administrative praksis, der foreligger, er Energitilsynets egne afgørelser vedrørende DONG og Naturgas Fyn, der er truffet samtidig med den påklagede afgørelse vedrørende HNG Midt-Nord I/S.

Der antages i den juridiske litteratur at gælde et forvaltningsretligt retsbeskyttelseshensyn, der taler afgørende imod at anse væsentlige indgreb over for borgere eller virksomheder for hjemlet, hvis der er fortolkningstvivel om den retsregel, der skal udgøre hjemmelsgrundlaget for indgrebet, hvilket er tilfældet i denne sag. Det afgørende efter de for sagen relevante bestemmelser er, hvilken materiel beskyttelse den enkelte distributionsvirksomheds overvågningsprogram giver i forhold til håndtering af FFO ud ad til og i relation til at undgå diskriminerende adfærd.

Energitilsynets påbud om individuel FFO-godkendelse af klagers medarbejderne er derfor mere vidtgående, end der er hjemmel til i bekendtgørelse nr. 1358 § 2, stk. 2, nr. 1.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 9 af 26

Vedrørende HNG Midt-Nord I/S' anbringende om forskelsbehandling, har HNG Midt-Nord I/S' nærmere anført, at overvågningsprogrammet sikrer en fortrolig behandling af FFO og forhindrer videregivelse af FFO på en diskriminerende måde lige så effektivt, som de øvrige naturgasdistributionsselskabers interne overvågningsprogrammer. HNG Midt-Nord I/S har gennemgået DONG's og Naturgas Fyn's interne overvågningsprogrammer. Hverken DONG eller Naturgas Fyn synes at foretage en individuel FFO-godkendelse af distributionsmedarbejdere med udgangspunkt i medarbejdernes jobfunktioner. HNG Midt-Nord I/S har endvidere indhentet oplysninger fra DONG vedrørende virksomhedens FFO-godkendelse og tildeling af adgangsrettigheder til IT-systemer. Det fremgår heraf, at der grundlæggende ikke er forskel på, hvordan FFO håndteres hos DONG og HNG Midt-Nord I/S. De øvrige naturgasdistributionsselskaber har ikke modtaget tilsvarende pålæg fra Energitilsynet, og tilsynet har i øvrigt ikke fremlagt dokumentation for eller sandsynliggjort, at HNG Midt-Nord I/S' overvågningsprogram ikke er fuldt på højde med de andre distributionsselskabers overvågningsprogrammer. Den påklagede afgørelse er derfor udtryk for usaglig forskelsbehandling af distributionsselskaberne.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 10 af 26

Vedrørende anbringendet om, at pålægget strider mod proportionalitetsprincippet, har HNG Midt-Nord I/S nærmere anført, at implementeringen af pålægget vil medføre vidtgående administrative, organisatoriske og økonomiske konsekvenser for HNG Midt-Nord I/S, som ikke står i forhold til det formål, der forfølges. Implementeringen af pålægget vil medføre flere fordyrende tiltag og vil vanskeliggøre den måde, som HNG Midt-Nord I/S har organiseret arbejdet på i distributionsvirksomheden. Den påklagede afgørelse strider derfor mod proportionalitetsprincippet.

Energitilsynets bemærkninger

Energitilsynet er ved breve af 29. januar, 10. marts og 20. maj 2008 fremkommet med bemærkninger til klagen.

Vedrørende HNG Midt-Nord I/S' hovedanbringende om, at Energitilsynet har været i en faktuel vildfarelse, da tilsynet traf afgørelse i sagen, har Energitilsynet anført, at det er korrekt, at tilsynet ved behandlingen af sagen har lagt til grund, at FFO-godkendelse af medarbejderne hos HNG Midt-Nord I/S automatisk medførte adgang til IT-systemet, der indeholder de forretningsmæssigt følsomme oplysninger (FFO). Den omstændighed, at det forholder sig anderledes, som anført af HNG Midt-Nord I/S, ændrer dog ikke ved Energitilsynets vurdering af sagen, da det afgørende er, at samtlige medarbejdere hos HNG Midt-Nord I/S er godkendt til at modtage og behandle FFO. Medarbejderne er således ikke FFO-godkendte individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktion. Herved har HNG Midt-Nord I/S ikke sikret, at kun nødvendige FFO-godkendelser er foretaget, og risikoen for eventuel utilsigtet videregivelse af FFO-oplysninger er herved forøget.

Vedrørende HNG Midt-Nord I/S' anbringende om, at det påklagede pålæg om individuel FFO-godkendelse af medarbejderne savner hjemmel, har Energitilsynet anført, at det fremgår af § 2 i bekendtgørelse nr. 1358, at overvågningsprogrammerne skal være egnede til at forhindre diskriminerende adfærd. Energitilsynet har på denne baggrund ved udøvelsen af tilsynet med programmerne både mulighed for at vurdere, om programmerne indeholder samtlige de beskrivelser, som bekendtgørelsen foreskriver, om disse programmer er implementerede i virksomheden, herunder om programmerne overholdes, ligesom tilsynet skal vurdere, om udformningen af programmerne er egnet til at forhindre diskriminerende videregivelse af FFO. Skønner Energitilsynet, at udformningen af programmerne ikke lever op til bekendtgørelsens regler, eller at oplysninger i strid med bestemmelsen i naturgasforsyningslovens § 46 ikke behandles fortroligt, har Energitilsynet i medfør af lovens § 47 b mulighed for at påbyde, at sådanne forhold bringes i orden.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 11 af 26

Det fremgår af naturgasforsyningslovens § 46 og bekendtgørelse nr. 1358 § 2, stk. 1, nr. 1, at FFO skal behandles fortroligt. En fortrolig behandling af oplysninger kræver en begrænsning i adgangen hertil. HNG Midt-Nord I/S har IT-mæssigt adskilt data mellem sig og handelsselskabet HNG Midt-Nord Handel A/S og forsyningspligtselskabet HNG Midt-Nord Salg A/S. Men HNG Midt-Nord I/S skal også sikre en afgrænsning blandt HNG Midt-Nord I/S' medarbejdere. Af bemærkningerne til lovens § 11 a fremgår, at forslaget skal sikre en reel adskillelse mellem distributionsaktiviteter og monopolaktiviteter. For at have en reel adskillelse mellem aktiviteterne skal de mest effektive regler vedrørende fortrolig modtagelse, behandling samt videregivelse af FFO internt i distributionsselskabet anvendes. Et sådant regelsæt om fortrolighed er kun effektivt, hvis det sikres, at alene vedkommende medarbejdere har adgang til og mulighed for at kunne modtage og behandle FFO.

Hvis overvågningsprogrammerne skal være med til at sikre konkurrencen på gasmarkedet, er det vigtigt, at der i overvågningsprogrammerne stilles krav, som reelt kan sikre de mål, som lovgivningen på gasområdet tilsigter. Et effektivt middel til at opnå dette mål er de individuelle FFO-godkendelser.

Energitilsynet vedtog den 18. december 2006 retningslinier vedrørende den IT-mæssige adskillelse. Det angår den faktiske adgang til FFO, når koncerner har fælles IT-systemer. I retningslinierne fastslog Energitilsynet, at vertikalt integrerede el- og naturgasselskaber med fælles IT-systemer i deres overvågningsprogram skal beskrive adskillelsen og i anmeldelse af årsberetning medsende dokumentation for den IT-mæssige adskillelse af databehandlingen. Det er dette hensyn, som Energitilsynet nu følger. Energitilsynet kræver ikke, at distributionsselskabet skal have et selvstændigt IT-system – et krav som ellers beskrives i EU-regi.

En bred definition af begrebet FFO er som udgangspunkt ikke i strid med Energitilsynets afgørelse, men når HNG Midt-Nord I/S bruger den brede definition som et værn mod at skulle FFO-godkende medarbejdere ud fra deres jobfunktioner, er det i strid med Energitilsynets retningslinier af 18. december 2006.

Energitilsynet har ved den påklagede afgørelse af 18. december 2007 været opmærksom på, at vidensdeling er et vigtigt redskab for enhver organisation. Energitilsynet har i afgørelsen således lagt vægt på, at tilsynet ikke vil kræve en meget stram rettighedstildeling, som eventuelt skal ændres ofte. Men rettighedstildelingen skal ske ud fra nogle nærmere definerede arbejdsområder, så kun relevante medarbejdere hos HNG Midt-Nord I/S FFO-godkendes. Hvis det sikres, at personkredsen, der har adgang til disse fortrolige oplysninger, er så lille som mulig – og således alene omfatter de personer hos HNG Midt-Nord I/S, for hvem FFO er relevant – så kan dette mindske muligheden for potentiel diskriminerende adfærd. FFO skal behandles fortroligt, og fortrolige oplysninger er kun til brug for en sluttet og ikke mindst relevant kreds. Såfremt oplysningerne er tilgængelige for alle i en større kreds end de relevante personer, kan oplysningerne ikke længere reelt anses som fortrolige. Det betænkelige element ved HNG Midt-Nord I/S' overvågningsprogram er, at samtlige medarbejdere i HNG Midt-Nord I/S automatisk opnår en FFO-godkendelse. Det betyder nemlig, at samtlige medarbejdere i distributionsselskabet er godkendt til at modtage og håndtere FFO. Jo flere personer, der har opnået en sådan godkendelse, des større er risikoen for, at FFO utilsigtet flyder fra distributionsselskabet til forsyningspligt- og handelsselskabet. Eksempelvis indeholder HNG Midt-Nord I/S' overvågningsprogram ingen begrænsninger i mulighederne for at videregive fortrolige oplysninger fra de medarbejdere, der har adgang til det IT-system, der indeholder oplysninger om de timeafleste kunders forbrug, til samtlige andre FFO-godkendte medarbejdere i HNG Midt-Nord I/S. Energitilsynet er i øvrigt ikke bekendt med, at en afgræsning i dataadgangen til FFO er teknisk eller praktisk vanskeligt for andre distributionselskaber.

Endelig bestrider Energitilsynet, at der er sket forskelsbehandling af HNG Midt-Nord I/S i forhold til andre distributionsselskaber. Energitilsynet har foretaget virksomhedsbesøg hos både DONG og Naturgas Fyn med samme dagsorden. Selskaberne har ikke modtaget tilsvarende pålæg, da Energitilsynet har fundet, at selskaberne overholder kravene til behandling af FFO. Skulle det mod forventning vise sig, at DONG automatisk FFO-godkender alle medarbejdere uden hensyntagen til medarbejdernes jobfunktioner, vil Energitilsynet følge op på dette.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 12 af 26

Andre oplysninger

Energitilsynet behandlede på møde den 18. december 2006, hvorledes kontrollen af de interne overvågningsprogrammer for bl.a. naturgasdistributions-selskaberne skulle ske. Energitilsynet besluttede at henstille til, at vertikalt integrerede naturgasselskaber med fælles kundecentre anvender skriftlige medarbejdererklæringer for de involverede medarbejdere og beskriver anvendelsen heraf i årsberetningen. Det blev endvidere besluttet, at vertikalt integrerede naturgasselskaber med fælles IT-systemer skal beskrive den IT-mæssige adskillelse af databehandlingen, og i anmeldelse af årsberetning at medsende dokumentation for de IT-mæssige adskillelse, f.eks. passwords, firewalls o.lign. Energitilsynets retningslinier (j.nr. 4/0720-0200-0026) er offentliggjort på Energitilsynets hjemmeside www.energitilsynet.dk.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Den påklagede afgørelse af 18. december 2007 vedrørende HNG Midt-Nord I/S's interne overvågningsprogram er behandlet på Energitilsynets møde den 17. december 2007, hvor også de interne overvågningsprogrammer for Naturgas Fyn samt DONG Gas Distribution A/S blev behandlet.

Side 13 af 26

Procedurer for modtagelse og behandling af forretningsmæssigt følsomme oplysninger hos henholdsvis DONG Gas Distribution A/S og Naturgas Fyn er nærmere beskrevet i disse selskabets interne overvågningsprogrammer.

Om DONG's overvågningsprogram fremgår af afgørelsen vedrørende dette distributionsselskab, jf. afgørelsens pkt. 40 – 45, følgende:

”[...]

40. 1) Selskabets tiltag for behandling og videregivelse af forretningsmæssigt følsomme oplysninger (FFO) i medfør af § 2, stk. 1, nr.1, jf. naturgasforsyningslovens § 46, stk. 1.

41. Sekretariatets bemærkninger: DONG beskriver FFO som oplysninger, der vil kunne anvendes af andre aktører til at opnå en markeds-mæssig fordel. Endvidere beskrives, hvornår informationer ikke længere kan anses at være FFO, det vil sige, når informationen er almindelig kendt i markedet. Dong har også en god beskrivelse af selskabets procedurer for modtagelse samt behandling af FFO. Det betyder, at kun personer der er cleareret til rette systemniveau, har adgang til bestemte informationer. Endvidere clearer personer kun i det omfang, det er nødvendigt for varetagelsen af deres opgaver.

42. DONG har udarbejdet 3 clearings-niveauer, som medarbejderne kan have. DONG har individuelt for hver medarbejder taget stilling til i hvilket omfang pågældende medarbejder skal være

clearer, og clearer således medarbejderne ud fra hvor nødvendigt det er i forhold til udførelsen af deres konkrete arbejdsopgaver.

43. Niveau 1 er clearing til at modtage FFO eller FFO-EA[3] på orienteringsniveau. Dette medfører ikke clearing til IT-systemer hvor kundeinformation eller FFO-EA er registreret. Niveau 2 giver adgang til FFO og FFO-EA på strategisk niveau, såsom dokumenter vedrørende distribution og lager i dokumenthåndteringssystemet ProArc. Niveau 3 giver adgang til at se specifikke dataoplysninger om distributionskunder i økonomisystemet SAP.

44. Udgangspunktet ved FFO eller FFO-EA clearinger er niveau 1. Clearing på niveau 2 er typisk medarbejdere fra forretningsaktiviteter i distribution, lager eller fra DONG's stabsfunktion Corporate affairs. Clearing til niveau 3 er normalt medarbejdere fra distribution, fakturerings personale, controllere og SAP-konsulenter.

45. Vurdering: DONG opfylder bekendtgørelsens krav til § 2, stk. 1, nr. 1.
[...]"

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 14 af 26

Om Naturgas Fyn's overvågningsprogram fremgår af afgørelsen vedrørende dette distributionsselskab, jf. afgørelsens pkt. 43 – 51, følgende:

"[...]

43. 1) Selskabets tiltag for behandling og videregivelse af forretningsmæssigt følsomme oplysninger (FFO) i medfør af § 2, stk. 1, nr.1, jf. naturgasforsyningslovens § 46, stk. 1.

44. Sekretariatets bemærkninger: Naturgas Fyn beskriver i deres program hvad FFO er, det vil sige informationer, der kan give selskaber i Naturgas Fyn koncernen en konkurrencemæssig fordel. Endvidere beskriver Naturgas Fyn, at alle FFO som tidligere er blevet offentliggjort ikke længere kan betegnes som værende FFO. Naturgas Fyn anfører også, at FFO reglerne er gældende både ved mundtlige, skriftlige og elektroniske FFO.

45. Naturgas Fyn beskriver endvidere hvordan FFO behandles i selskabet. Teknisk Center udmelder de navngivne personer, som kan modtage og behandle FFO. Naturgas Fyn bruger således ikke skriftlige medarbejdererklæringer. Medarbejdererklæringer eller tilsvarende tiltag skal bruges for involverede medarbejdere i vertikalt integrerede gasselskaber, der har fælles kundecenter, jf. Energitilsynets afgørelse af 18. december 2006.

46. Naturgas Fyn anfører i deres høringssvar, at de ikke vil indføre medarbejdererklæringer, da selskabet har et kvalitetssikrings-system som erstatning for disse. Naturgas Fyn anfører, at det drejer sig om: Løbende intern audit, ledelsens kvartalsvise vurdering, årlig gennemgang af manual, styring af afvigelser samt korrigerende handlinger.

47. Naturgas Fyn har dog ikke yderligere tilfredsstillende redegjort for dette kvalitetssikringssystem, hvilket selskabet således skal gøre ved indsendelse af program og årsberetning for kalenderåret 2008, således at det sikres, at disse forskellige tiltag vil have samme effekt som medarbejdererklæringer har.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

48. Slutteligt behandler Naturgas Fyn forholdet mellem FFO og eventuel udlevering af dette til offentlige myndigheder. Naturgas Fyn anerkender, at offentlige myndigheder jf. naturgasforsyningslovens § 40 samt § 45 kan få udleveret FFO. Dog skal dette altid først godkendes af Naturgas Fyns direktion. Endvidere står Naturgas Fyns direktion til rådighed, hvis der skulle opstå tvivl om udleveringer.

Side 15 af 26

49. Energitilsynets afgørelse af 18. december 2006 fastslog endvidere, at vertikalt integrerede naturgasselskaber med fælles IT-systemer skal beskrive den IT-mæssige adskillelse af databehandlingen. Endvidere skal dokumentation for denne indsendes sammen med årsberetningen. Dette har Naturgas Fyn ikke gjort, men har efter sekretariatets henvendelse indsendt diverse relevant ekstra materiale.

50. Naturgas Fyn beskriver i selskabets eftersendte materiale, at det er muligt at styre hvilke medarbejdere, der skal have adgang til regnskabsmæssige data, debitor data, leverandørskifte informationer samt målerdata. Selskabet beskriver endvidere hvilke systemer forskellige medarbejderkategorier skal have adgang til ud fra medarbejdernes arbejdsopgaver.

51. Vurdering: Naturgas Fyn har ikke iværksat tiltag, som opfylder bekendtgørelsens krav til § 2, stk. 1. nr. 1. Dette lægges til grund eftersom selskabet ikke har eller er begyndt at implementere skriftlige medarbejdererklæringer eller godtgjort, at der er implementeret tilsvarende tiltag tilfredsstillende.

[...]"

Energitilsynets afgørelser vedrørende DONG og Naturgas Fyn er offentliggjort på Energitilsynets hjemmeside www.energitilsynet.dk.

HNG Midt-Nord I/S har for Energiklagenævnet fremlagt et brev af 7. april 2008 fra DONG Gas Distribution A/S til HNG Midt-Nord I/S med nærmere oplysninger om DONG's intern overvågningsprogram med hensyn til behandling af forretningsmæssigt følsomme oplysninger.

Retsgrundlaget

DONG og de regionale naturgasselskaber havde frem til år 2000 monopol på naturgasforsyningen i deres respektive forsyningsområder. Ved naturgasforsyningsloven, der trådte i kraft 1. juli 2000 (lov nr. 449 af 31. maj 2000), skete der en gradvist åbning af det danske naturgasmarked. Naturgasforsyningsloven medførte bl.a. en selskabsmæssig opsplitning af de hidtidige monopolaktiviteter med transmission, distribution, lager samt forsyning. Åbningen skete på baggrund af EU's gasdirektiv fra 1998 (Europa Parlamentets og Rådets Direktiv 1998/30/EF af 22. juni 1998 om fælles regler for det indre marked for naturgas), der blev ændret i 2003 ved EU's andet gasdirektiv (Europa Parlamentets og Rådets Direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF). Det ændrede direktiv stiller større krav til adskillelse af infrastrukturen fra de kommercielle aktiviteter, større krav om gennemsigtighed i adgangsvilkårene til naturgasnettene og lægger op til en hurtigere markedsåbning.

Et element i det andet gasdirektiv er bl.a. et krav om, at transmissions- og distributionsselskaber skal opstille programmer for intern overvågning med henblik på at undgå diskriminerende adfærd over for andre selskaber. Af direktivet fremgår bl.a.:

"[...]

Artikel 13

Adskillelse af distributionssystemoperatører

1. Er distributionssystemoperatøren en del af et vertikalt integreret selskab, skal vedkommende i det mindste være uafhængig, hvad angår retlig form, organisation og beslutningstagning, fra andre aktiviteter, der ikke vedrører distribution. Disse regler indebærer ikke en forpligtelse til at adskille ejerskab til aktiver i distributionssystemet fra det vertikalt integrerede selskab.

2. Ud over kravene i stk. 1 skal distributionssystemoperatøren, når denne er en del af et vertikalt integreret selskab, være uaf-

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 16 af 26

hængig hvad angår organisation og beslutningstagning fra de andre aktiviteter, der ikke vedrører distribution. Med henblik herpå gælder følgende minimumskriterier:

- a) personer, som har ansvaret for ledelsen af distributions-systemoperatøren, må ikke indgå i virksomhedsstruktu-rer inden for det integrerede naturgasselskab, der direkte eller indirekte har ansvaret for den daglige drift af pro-duktion, transmission og forsyning af naturgas
- b) der skal træffes passende foranstaltninger for at sikre, at de erhvervsmæssige interesser, som de ansvarlige for le-delsen af distributionssystemoperatøren måtte have, ta-ges i betragtning på en sådan måde, at de kan handle uafhængigt
- c) distributionssystemoperatøren skal have en reel vidt an-går de aktiver, der er nødvendige for at drive, vedligeholde og udvikle nettet. Dette bør ikke hindre, at der kan eksis-tere passende samordningsmekanismer, der sikrer, at moderselskabets økonomiske og ledelsesmæssige tilsyns-rettigheder med hensyn til udbyttet, der er indirekte re-guleret i henhold til artikel 25, stk. 2, af midler investeret i et datterselskab tilgodeses. Navnlig skal moderselskabet kunne godkende distributionssystemoperatørens årlige finansieringsplan eller et tilsvarende instrument og sætte samlede grænser for datterselskabets gældsætning. Mo-derselskabet kan ikke give instrukser om den daglige drift eller om individuelle afgørelser om oprettelse eller opgradering af distributionslinjer, som ikke går ud over beløbene i finansieringsplanen eller i et tilsvarende in-strument
- d) distributionssystemoperatøren skal opstille et overvåg-ningsprogram, der beskriver de foranstaltninger, der er truffet for at sikre, at diskriminerende adfærd er udeluk-ke, samt sikre, at dets overholdelse kontrolleres på pas-sende måde. Programmet skal fastlægge de ansattes spe-cifikke forpligtelser for at opfylde dette mål. En årsberet-ning med en beskrivelse af de truffe foranstaltninger fo-relægges af den person eller det organ, der har ansvaret for kontrollen med overvågningsprogrammet, for den i ar-tikel 25, stk. 1, omhandlede nationale regulerende myn-dighed, og denne årsberetning offentliggøres.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 17 af 26

Medlemsstaterne kan bestemme, at stk. 1 og 2 ikke gælder for integrerede naturgasselskaber, der betjener færre end 100.000 tilkoblede kunder.

Artikel 14

Distributionssystemoperatørernes tavshedspligt

1. Den enkelte distributionssystemoperatør har tavshedspligt om forretningsmæssigt følsomme oplysninger, som modtages i forbindelse med udøvelsen af systemoperatørens virksomhed, og skal forhindre, at oplysninger om egne aktiviteter, som kan være forretningsmæssigt fordelagtige, bliver videregivet på en diskriminerende måde, jf. dog artikel 16 eller anden lovbestemt pligt til at videregive oplysninger.

2. Distributionssystemoperatøren må ikke i forbindelse med tilknyttede selskabers køb og salg af naturgas misbruge forretningsmæssigt følsomme oplysninger, som er modtaget fra tredjepart i forbindelse med tildeling af eller forhandling om adgang til systemet.
[...].”

Direktivets artikel 13 om adskillelse af distributionssystemoperatører er gennemført ved naturgasforsyningslovens § 11 a (indsat ved lov nr. 494 af 9. juni 2004 om ændring af bl.a. naturgasforsyningsloven, nu lovebekendtgørelse nr. 1116 af 8. november 2006 med senere ændringer), der er sålydende:

”[...]

§ 11 a. Transmissions-, distributions- og lagerselskaber skal opstille et program for intern overvågning, som beskriver selskabets tiltag for at forhindre diskriminerende adfærd. Selskaberne skal sikre overholdelsen af programmet for intern overvågning samt sikre, at det kontrolleres på passende måde. En årsberetning med en beskrivelse af programmet samt kontrollen af dette skal offentliggøres og anmeldes til Energitilsynet.

Stk. 2. Transport- og energiministeren kan fastsætte nærmere regler om de i stk. 1 nævnte forhold, herunder om, hvad programmet for intern overvågning skal indeholde, og hvordan det skal kontrolleres.

[...]

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 18 af 26

Direktivets artikel 14 om distributionssystemoperatørernes tavshedspligt er gennemført ved naturgasforsyningslovens § 46, der er sålydende:

”[...]

§ 46. Transmissions-, distributions-, lager- og LNG-selskaber skal behandle forretningsmæssigt følsomme oplysninger, som de modtager under udøvelsen af deres virksomhed, fortroligt og forhindre, at oplysninger om egne aktiviteter, som kan være forretningsmæssigt fordelagtige, bliver videregivet på en diskriminerende måde, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1 er selskaberne forpligtet til at anmelde eller meddele oplysninger til transport- og energiministeren, Energitilsynet og Energiklagenævnet i overensstemmelse med gældende regler herom.

Stk. 3. Transmissions-, distributions-, lager- og LNG-selskaber må ikke i forbindelse med det pågældende selskabs eller tilknyttede selskabs køb og salg af naturgas misbruge oplysninger, som de har fået fra tredjepart i forbindelse med tildeling af eller forhandling om adgang til systemet.

Stk. 4. Klager over selskaber vedrørende forholdene omhandlet i stk. 1 og 3 kan indbringes for Energitilsynet.

[...]

...

”[...]

§ 47 b. Transport- og energiministeren og Energitilsynet kan påbyde, at forhold, der strider mod loven, mod regler eller afgørelser i henhold til loven eller mod Europa-Parlamentets og Rådets forordning om betingelserne for adgang til naturgastransmissionsnet, bringes i orden straks eller inden en nærmere angiven frist.

[...]”.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 19 af 26

Om den nærmere baggrund for naturgasforsyningslovens § 11 a og § 46 fremgår af lovforslag nr. 236 af 21. april 2004 om forslag til lov om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmforsyning:

”[...]

Til nr. 14

(§ 11 a)

Forslaget vedrører programmer for intern overvågning i distributions- og transmissionsvirksomheder. Forslaget har til formål at gennemføre gasdirektivets artikel 9, stk. 2, litra d, og artikel 13, stk. 2, litra d. Forslaget skal medvirke til at sikre en reel adskillelse mellem monopolaktiviteter og kommercielle aktiviteter. Trans-

missions- og distributionsselskaberne skal opstille et program for intern overvågning, som beskriver selskabets tiltag for at sikre, at det ikke diskriminerer mellem selskaber, som det har en ejermæssig relation til, og andre selskaber. Således skal det blandt andet sikres, at adgangen til nettet sker på ikkediskriminerende og gennemsigtige vilkår, og at selskaber, som transmissions- eller distributionsselskabet har interessesammenfald med, ikke favoriseres med oplysninger om kundeforhold og lignende.

Programmet for intern overvågning skal beskrive de foranstaltninger, transmissions- og distributionsselskabet har truffet for at sikre, at diskriminerende adfærd over for andre selskaber ikke finder sted. Programmet skal bl.a. fastlægge de ansattes specifikke forpligtelser for at opfylde dette mål. Det kan være regler om, hvilke oplysninger der er fortrolige, og om, at de ansatte i deres kontakt med kunderne ikke må favorisere bestemte kommercielle selskaber.

Transmissions- og distributionsselskaberne skal sikre, at overholdelsen af programmet kontrolleres på en passende måde. De skal udarbejde og offentliggøre en årsberetning med en beskrivelse af de truffe foranstaltninger. Den person eller det organ i selskabet, som har ansvaret for kontrollen med programmet for intern overvågning, skal anmelde årsberetningen til Energitilsynet. Økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte nærmere regler for, hvad programmet for intern overvågning skal indeholde, og hvordan det skal kontrolleres.

[...]"

"[...]

Til nr. 45

(§ 46)

Bestemmelsen svarer med mindre ændringer til den gældende lovs § 46. Ændringerne har til formål at opfylde gasdirektivets krav til selskabernes tavshedspligt, jf. artikel 10 og artikel 14. Selskaberne skal som hidtil behandle forretningsmæssigt følsomme oplysninger fortroligt, men det fremgår nu også, at de har pligt til at forhindre, at oplysninger om deres egne aktiviteter, som kan være forretningsmæssigt fordelagtige, bliver videregivet på en diskriminerende måde, jf. stk. 1.

Stk. 2 svarer med en mindre ændring til den gældende naturgasforsyningslovs § 46, stk. 1, 2. punktum. Det fremgår, at selskaberne uanset bestemmelsen om tavshedspligt i stk. 1 er forpligtede til at videregive visse oplysninger til økonomi- og erhvervsministeren, Energitilsynet og Energiklagenævnet i overensstemmelse med gældende regler herom. Det fremgår f.eks. af naturgasforsy-

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 20 af 26

ningslovens § 40 og § 45, at selskaberne har pligt til at videregive forskellige oplysninger.

Stk. 3 svarer til den gældende naturgasforsyningslovs § 46, stk. 2.

I henhold til den gældende naturgasforsyningslovs § 46, stk. 3, skal transmissions-, distributions-, lager- og LNG-selskaber over for Energitilsynet dokumentere, at der i selskaberne er udarbejdet administrative procedurer med henblik på at undgå misbrug af oplysninger. I lyset af lovforslagets § 2, nr. 14 (§ 11 a) om transmissions- og distributionsselskabers forpligtelse til at opstille et program for intern overvågning er der ikke behov for at videreføre bestemmelsen.

Det foreslås i et nyt. stk. 4, at Energitilsynet behandler klager over selskaberne vedrørende overtrædelse af § 46, stk. 1 og 3. Ændringerne foreslås på baggrund af drøftelserne i arbejdsgruppen om Energitilsynets fremtidige myndighedsrolle, jf. afsnit 2.D.2. i de almindelige bemærkninger. Opgaven hænger naturligt sammen med Energitilsynets øvrige opgaver med hensyn til at sikre, at der ikke sker forskelsbehandling, og at naturgasmarkedet fungerer effektivt. Bestemmelsen har også til formål at gennemføre gasdirektivets artikel 25, stk. 1, litra g. Der henvises i denne forbindelse til bemærkningerne til den foreslåede § 45 a, stk. 5, jf. lovforslagets § 2, nr. 44.

[...]"

Transmissions-, distributions- og lagerselskabers program for intern overvågning i henhold til naturgasloven er nærmere reguleret i bekendtgørelse nr. 1358. Af bekendtgørelsen fremgår bl.a.:

"[...]

§ 1. Transmissions-, distributions- og lagerselskaber skal opstille et program for intern overvågning, som har til formål at forhindre diskriminerende adfærd.

Stk. 2. Programmet skal beskrive selskabets tiltag for at forhindre diskriminerende adfærd, herunder beskrive de specifikke forpligtelser, som selskabets ansatte, rådgivere og øvrige personer, som udfører opgaver for selskabet, er underlagt for at opfylde det i stk. 1 nævnte formål.

§ 2. Programmet skal som minimum beskrive følgende tiltag, som skal være egnede til at forhindre diskriminerende adfærd:

1) De tiltag, som skal sikre, at forretningsmæssigt følsomme oplysninger, som selskabet modtager under udøvelsen af sin virk-

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 21 af 26

somhed, behandles fortroligt, jf. naturgasforsyningslovens § 46, stk. 1, og såfremt sådanne oplysninger kan videregives, at dette sker på en ikke diskriminerende måde. Programmet skal herunder beskrive, hvilke oplysninger der er forretningsmæssigt følsomme, samt hvilke procedurer der gælder for selskabets modtagelse og behandling af sådanne oplysninger.

[...]

”[...]

§ 6. Energitilsynet fører tilsyn med at, programmet udformes i overensstemmelse med reglerne i §§ 1 og 2, og at årsberetning udformes, offentliggøres og anmeldes efter reglerne i § 5.

Stk. 2. I forbindelse med anmeldelsen af årsberetningerne, jf. § 5, fører Energitilsynet endvidere tilsyn med, at programmet er gennemført, og at der er foretaget den i programmet beskrevne kontrol af programmet.

[...]”.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 22 af 26

Der gælder lignende krav om behandling af forretningsmæssigt følsomme oplysninger m.v. og fortrolighed herom i lovgivningen for elforsyning, jf. nærmere elforsyningslovens § 20a og 84a, (lovbekendtgørelse nr. 1115 af 8. november 2006).

Energiklagenævnets bemærkninger

ad Faktuel vildfarelse

HNG Midt-Nord I/S gør gældende, at Energitilsynets afgørelse er ugyldig, da afgørelsen er behæftet med en væsentlig mangel, idet Energitilsynet har været i en faktuel vildfarelse om, at alle FFO-godkendte medarbejdere hos HNG Midt-Nord I/S automatisk har adgang til alle FFO-oplysninger i distributionsvirksomheden.

Energitilsynet har oplyst, at det er korrekt, at tilsynet ved sagens afgørelse var af den opfattelse, at alle FFO-godkendte medarbejdere hos HNG Midt-Nord I/S automatisk har adgang til alle FFO-oplysninger via selskabets it-systemer. Energiklagenævnet bemærker, at denne opfattelse også synes forudsat i Energitilsynets sekretariats notat af 9. november 2007, punkterne 52 – 59, der har dannet baggrund for den påklagede afgørelse.

Energitilsynet har til Energiklagenævnet oplyst, at den omstændighed, at det faktisk forholder sig anderledes, dog ikke ændrer ved Energitilsynet vurdering af sagen. Tilsynet har henvist til, at HNG Midt-Nord I/S ved at godkende alle medarbejdere uanset jobfunktion ikke har sikret, at der kun sker nødvendige FFO-godkendelser. Risikoen for potentiel diskriminerende adfærd er derfor forøget.

Energitilsynet har således under sagens behandling ved Energiklagenævnet fået den rette faktuelle opfattelse af det omhandlede forhold, og Energitilsynet har efter den ændrede faktuelle opfattelse af sagen fastholdt sin afgørelse med en nærmere begrundelse. Dette har HNG Midt-Nord I/S haft lejlighed til at forholde sig til over for Energiklagenævnet.

Energiklagenævnet finder herefter ikke, at der af denne grund er grundlag for at anse Energitilsynets afgørelse for ugyldig.

ad Overvågningsprogrammet og hjemmel til pålægget

HNG Midt-Nord I/S gør endvidere gældende, at HNG Midt-Nord I/S' interne overvågningsprogram overholder lovgivningen, og at der ikke er hjemmel til at stille krav om, at HNG Midt-Nord I/S fremover skal FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 23 af 26

Som led i at sikre adskillelse af distributionsvirksomhedernes monopolaktiviteter over for koncernforbundne kommercielle aktiviteter skal der i det interne overvågningsprogram beskrives en række minimumstiltag, som skal sikre, at forretningsmæssigt følsomme oplysninger, som distributionsvirksomheden modtager under udøvelse af sin virksomhed, behandles fortroligt, og at eventuel videregivelse sker på en ikke diskriminerende måde, jf. bekendtgørelse nr. 1358 § 2, stk. 1, nr. 1, jf. naturgasforsyningslovens § 46, stk. 1.

Energiklagenævnet lægger til grund, at HNG Midt-Nord I/S har FFO-godkendt stort set alle medarbejdere i distributionsvirksomheden, i alt 412 medarbejdere. Godkendelserne er sket uden individuel hensyntagen til medarbejdernes jobfunktion i distributionsvirksomheden. FFO-godkendelse giver medarbejderne ret til at modtage og behandle FFO-oplysninger. Energiklagenævnet lægger desuden til grund, at FFO-godkendte medarbejdere ikke uden videre har adgang til samtlige FFO-oplysninger via selskabets it-systemer, at den direkte adgang til FFO-oplysninger afhænger af den enkelte medarbejders adgangsrettigheder til it-systemerne, der indeholder de forskellige former for FFO-oplysninger, samt at kun daglige brugere eller medarbejdere med et jævnligt behov for adgang tildeles adgangsrettigheder til de relevante it-systemer.

Energiklagenævnet lægger endvidere til grund, at FFO-godkendte medarbejdere, der ikke selv har adgangsrettigheder til de dele af IT-systemerne, hvor FFO-oplysninger er tilgængelige, vil kunne få overdraget FFO-oplysninger fra andre FFO-godkendte medarbejdere, der har de fornødne adgangsrettigheder til de relevante it-systemer. Efter det oplyste vil en sådan overdragelse af FFO-oplysninger kun ske i det omfang, at medarbejdernes jobfunktion kræver det.

Energiklagenævnet forstår på denne baggrund HNG Midt-Nord I/S' interne overvågningsprogram vedrørende FFO-oplysninger således, at der ikke i programmet er beskrevet nærmere tiltag, der sikrer en vurdering af behovet for intern videregivelse af FFO-oplysninger mellem FFO-godkendte medarbejdere i virksomheden.

Bekendtgørelse nr. 1358, § 2, stk. 1, stiller krav om, at de tiltag, der skal sikre en fortrolig behandling af FFO-oplysninger og sikre at en eventuel videregivelse af FFO-oplysninger sker på en ikke diskriminerende måde, skal være egnede til at forhindre diskriminerende adfærd.

Energiklagenævnet finder, at der ved vurderingen af om tiltagene er egnede, skal lægges afgørende vægt på, om tiltagene sikrer en reel og effektiv adskillelse af distributionsvirksomhedernes monopolaktiviteter over for koncernforbundne kommercielle handelsaktiviteter. Tiltagene skal effektivt kunne sikre distributionsvirksomhedernes tavshedspligt og forhindre diskriminerende og derved konkurrenceforvridende adfærd – både aktuelt og potentielt.

Energiklagenævnet finder, at det ikke er foreneligt med lovgivningens krav om en fortrolig behandling af forretningsmæssigt følsomme oplysninger, at stort set alle medarbejdere i HNG Midt-Nord I/S – uanset jobfunktion - er forhåndsgodkendte til at modtage og behandle alle former for FFO-oplysninger i virksomheden. Energiklagenævnet finder det i denne sammenhæng ikke afgørende, om medarbejderne har direkte adgang til FFO-oplysninger via it-systemerne, eller om medarbejdernes adgang sker mere indirekte gennem de medarbejdere, der er adgangsautoriserede til it-systemerne. Det afgørende er efter Energiklagenævnets opfattelse, at HNG Midt-Nord I/S' FFO-godkendelser giver de pågældende medarbejdere adgang til – uanset jobfunktion – at modtage og behandle alle former for FFO-oplysninger. Der er således ikke ved FFO-godkendelserne foretaget en individuel vurdering af, hvilke former for FFO-oplysninger, der er relevante for den enkelte medarbejders udførelse af sit arbejde. Der er ikke i overvågningsprogrammet implementeret tiltag, der effektivt kan hindre intern videregivelse af FFO-oplysninger til medarbejdere, der ikke har behov for oplysningerne til varetagelse af deres jobfunktioner. Herved foreligger der en potentiel risiko for uberettiget videregivelse af FFO-oplysninger, der dermed taber karakteren af at være fortrolige oplysninger.

HNG Midt-Nord I/S' interne overvågningsprogram er derfor ikke på dette punkt i overensstemmelse med kravene til beskrivelse af de tiltag, der er omfattet af bekendtgørelse nr. 1358, § 2, stk. 1, nr. 1.

Af denne grund, og af de af Energitilsynet i øvrigt anførte grunde, kan Energiklagenævnet tiltræde Energitilsynet vurdering af, at der bør ske en individuel

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 24 af 26

FFO-godkendelse af medarbejderne med udgangspunkt i medarbejdernes jobfunktioner, eller at HNG Midt-Nord I/S implementerer tilsvarende tiltag, for at sikre, at der kun foretages nødvendige FFO-godkendelser. Et sådant tiltag vil være egnet til at forhindre diskriminerende adfærd, jf. bekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 1.

ad Forskelsbehandling

HNG Midt-Nord I/S gør endvidere gældende, at pålægget om fremover at skulle FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner er udtryk for usaglig forskelsbehandling af distributionsselskaberne. Energitilsynet har bestridt dette.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Side 25 af 26

Energiklagenævnet bemærker hertil, at Energitilsynet ved sine virksomhedsbesøg hos DONG og Naturgas Fyn har fundet, at de to selskaber overholder kravene til behandling af FFO. Energiklagenævnet lægger i den forbindelse til grund, at Energitilsynet ikke ved disse virksomhedsbesøg eller i anden sammenhæng har kunnet konstatere, at DONG og Naturgas Fyn ikke foretager en individuel FFO-godkendelse af medarbejderne med udgangspunkt i disses jobfunktioner. Energiklagenævnet finder herefter, at Energitilsynets afgørelse af 18. december 2007 ikke er udtryk for en usaglig forskelsbehandling af HNG Midt-Nord I/S i forhold til DONG og Naturgas Fyn. Energiklagenævnet har i den forbindelse noteret sig, at Energitilsynet har oplyst, at tilsynet vil følge op på tilfælde, hvor det måtte vise sig, at selskaber – herunder DONG – automatisk FFO-godkender alle medarbejdere uden hensyntagen til medarbejdernes jobfunktioner.

ad Proportionalitet

HNG Midt-Nord I/S gør endelig gældende, at pålægget om fremover at skulle FFO-godkende medarbejderne individuelt med udgangspunkt i deres jobfunktioner er i strid med proportionalitetsprincippet.

Energiklagenævnet bemærker hertil, at Energiklagenævnet finder, at Energitilsynets påbud af 18. december 2007 er nødvendigt for at opfylde kravet om fortrolig behandling af FFO og egnethed i bekendtgørelse nr. 1358. Det er endvidere Energiklagenævnets opfattelse, at påbuddet står i et rimeligt forhold til det mål, der forfølges. Energiklagenævnet bemærker herved navnlig, at det ikke nærmere er dokumenteret over for nævnet, hvorfor efterlevelse af Energitilsynets påbud af 18. december 2007 skulle medføre vidtgående økonomiske konsekvenser. Energiklagenævnet finder således, at Energitilsynets påbud af 18. december 2007 ikke er i strid med proportionalitetsprincippet.

Med denne begrundelse stadfæstes Energitilsynets afgørelse af 18. december 2007 i det påklagede omfang. Det af HNG Midt-Nord I/S i øvrigt anførte til støtte for klagen kan ikke føre til et andet resultat.

Med hensyn til HNG Midt-Nord I/S' anmodning om at få en frist på mindst 6 måneder til at implementere det nu stadfæstede pålæg, bestemmer Energiklagenævnet, at det overlades til Energitilsynet at fastsætte en ny frist med et varsel på mindst 6 måneder for implementering af pålægget.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 18. december 2007 stadfæstes.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 25. august 2008.

25. august 2008

J.nr.: 1031-1

Afgørelsen er truffet efter § 51, stk. 1, i naturgasforsyningsloven (lovbekendtgørelse nr. 1116 af 8. november 2006).

Eksp.nr.: 40803

SSH-EKN

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Side 26 af 26

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter naturgasforsyningsloven 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. naturgasforsyningslovens § 51, stk. 4.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P. N. V.

Poul K. Egan
Nævnensformand

/ Henrik Chieu
Sekretariatschef