

(Varmeforsyning)

Frederiksborggade 15
1360 København K

Besøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København K

Tlf 3395 5785
Fax 3395 5799

www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

ANMODNING Lemvig Varmeværk A.m.b.a. og Lemvig Kraftvarmeværk A/S
FRA om genoptagelse
AF Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999
OM substitutionsprisen for biogas

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

NÆVNETS Nævnensformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Direktør Per Søndergaard
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Birgitte Egelund Olsen
I SAGEN

NÆVNETS Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 genopta-
AFGØRELSE ges ikke.

Lemvig Varmeværk A.m.b.a. og Lemvig Kraftvarmeværk A/S v/advokat Pernille Aagaard Truelsen, Advokatfirmaet Energi & Miljø, (herefter Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarme), har ved brev af 27. april 2011 anmodet Energi-klagenævnet om at genoptage Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999. Ved afgørelsen tog Konkurrenceankenævnet stilling til substitutionsprisen for biogas.

Sagens baggrund

Lemvig Kraftvarme er ejet af Lemvig Varmeværk og er et biogasbaseret kraftvarmeanlæg. Den producerede varme leveres til Lemvig Varmeværk, der videredistribuerer varmen til forbrugerne. Lemvig Varmeværk producerer endvidere biomassebaseret varme (flis m.v.) på værkets egne kedler, som ligeledes videredistribueres til værkets ca. 3000 forbrugere i Lemvig.

Lemvig Biogasanlæg A.m.b.A. (herefter Lemvig Biogas) leverer biogas til Lemvig Kraftvarme.

Lemvig Biogas og Lemvig Kraftvarme er opført efter en specifik forudsætningsskrivelse: ” Specifik forudsætning for omlægning af fjernvarmeforsyningen i Lemvig til biobrændsler og decentral kraftvarme” af 9. januar 1991.

Lemvig Kraftvarme og Lemvig Biogas indgik den 1. januar 1993 en aftale om levering af biogas fra Lemvig Biogas til Lemvig Kraftvarme. Aftalen er gensidig uopsigelig i 20 år. Lemvig Varmeværk opsagde som ejer af Lemvig Kraftvarme aftalen pr. ultimo 2009 med et varsel på ét år. Lemvig Biogas afviste i 2010, at Lemvig Kraftvarme var berettiget til at opsigte aftalen. Lemvig Kraftvarme aftager derfor fortsat biogas fra Lemvig Biogas i henhold til aftalen.

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

Side 2 af 9

På baggrund af en klage fra Lemvig Varmeværk, som ejer af Lemvig Kraftvarme, traf Gas- og Varmeprisudvalget den 28. september 1998 afgørelse vedrørende prisen for den leverede biogas fra Lemvig Biogas til Lemvig Kraftvarme. Gas- og Varmeprisudvalget fandt, at prisen for den leverede biogas skulle fastsættes som den laveste af enten den omkostningsbestemte pris eller ud fra den gennemsnitlige varmepris hos Lemvig Varmeværk, således som den ville kunne beregnes til, hvis hele produktionen blev fremstillet på Lemvig Varmeværk.

Lemvig Biogas indbragte herefter Gas- og Varmeprisudvalgets afgørelse for Konkurrenceankenævnet, som på daværende tidspunkt var klageinstans. Konkurrenceankenævnet ophævede ved afgørelse af 8. april 1999 Gas- og Varmeprisudvalgets afgørelse, da ankenævnet ikke fandt, at substitutionsprisprincippet kunne medføre, at substitutionsprisen var Lemvig Varmeværks gennemsnitlige varmepris ved egenproduktion.

Lemvig Varmeværk har planer om at likvidere Lemvig Kraftvarme, således at kraftvarmeværket overdrages til Lemvig Varmeværk. Lemvig Kommune har endvidere planer om at etablere et biogasengrosfirma, der skal sælge biogas til Lemvig Kraftvarme i stedet for Lemvig Biogas. Efter det i sagen oplyste, har Lemvig Varmeværk endnu ikke likvideret Lemvig Kraftvarme, og Lemvig Kommune forhandler på nuværende tidspunkt med Lemvig Varmeværk om at indtræde i aftalen om levering af biogas til Lemvig Kraftvarme.

Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999

Følgende fremgår bl.a. af afgørelsen:

”[...]

Ankenævnets bemærkninger

Lemvig Biogasanlæg A.m.b.A. fremstiller biogas, som leveres til Lemvig Kraftvarme A/S, der anvender biogasen som brændsel. Efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1, kan biogasanlægget tage

den omkostningsbestemte pris, d.v.s. den pris, som giver dækning for de omkostninger, der kan anses for at være forbundet med at producere biogasen. Efter varmemforsyningslovens § 21, stk. 5, kan Gas- og Varmeprisudvalget – i overensstemmelse med Ankenævnets praksis vedrørende substitutionspris – efter omstændighederne finde biogasanlæggets omkostningsbestemte pris urimelig, hvis den er højere end kraftvarmeværkets substitutionspris, d.v.s. den pris, hvortil kraftvarmeværket under de givne forudsætninger selv ville kunne fremstille eller andetsteds erhverve en ydelse, som kan substituere biogassen i kraftvarmeværkets produktion.

Selv om kraftvarmeværkets produktion af varmt vand, som anvendes ved levering til Lemvig Varmeværks fjernvarmekunder, ville kunne substitueres af varmt vand produceret på varmeværkets kedler, finder Ankenævnet ikke grundlag for i medfør af varmemforsyningslovens § 21, stk. 5, at udvide substitutionsprincipets anvendelse således, at substitutionsprisen på biogas leveret af Lemvig Biogasanlæg til Lemvig Kraftvarme ikke er prisen på kraftvarmeværkets alternative brændsel, men skal beregnes ud fra den resulterede varmepris ved Lemvig Varmeværks produktion af varmt vand på anden måde end ved anvendelse af kraftvarmeværket. Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarme må efter det oplyste om deres indbyrdes forhold identificeres i relation til substitutionsprisprincipets anvendelse på biogassen fra Lemvig Biogasanlæg ved en bedømmelse i henhold til § 21, stk. 5.

[...]"

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

Side 3 af 9

Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarmeværks anmodning om genoptagelse samt bemærkninger

Det er Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarmeværks opfattelse, at Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 bør genoptages. Konkurrenceankenævnets afgørelse bør herefter ændres, således at prisen for biogas fastsættes med udgangspunkt i Lemvig Varmeværks egen varmemproduktionspris. Til støtte herfor har Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarmeværk navnlig anført følgende:

- Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 bør genoptages, da der er fremkommet nye oplysninger af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Baggrunden for anmodningen om genoptagelse er hensynet til økonomien hos Lemvig Varmeværk og værkets forbrugere.
- Ved Konkurrenceankenævnets afgørelse blev det lagt til grund, at Lemvig Biogas indgik i et direkte leveringsforhold til Lemvig Kraftvarme. Lemvig Kommune har imidlertid planer om at etablere et biogas-

engrosfirma, som skal levere biogas til Lemvig Kraftvarme samt nogle andre. Dette vil indebære, at det bliver vanskeligere for Lemvig Varmeværk at gennemskue den omkostningsbestemte pris. Lemvig Varmeværk planlægger desuden at likvidere Lemvig Kraftvarme, således at kraftvarmeværket overdrages til Lemvig Varmeværk.

- Ved Konkurrenceankenævnets afgørelse blev det lagt til grund, at der var naturgas i området, men der er aktuelt ikke naturgas i området. Der er endvidere ikke et ledningsnet, der forbinder Lemvig Kraftvarmeanlæg og Lemvig Varmeanlæg med naturgasnettet.
- Retsgrundlaget har ændret sig siden konkurrenceankenævnets afgørelse. I henhold til varmemforsyningslovens § 20 b, stk. 1, er der nu mulighed for, at der i prisen på biogas kan indregnes et rimeligt overskud. På tidspunktet for Konkurrenceankenævnets afgørelse var det alene varmemforsyningslovens § 20, stk. 1, der regulerede prisfastsættelsen. Efter de nugældende regler i varmemforsyningslovens er det således muligt for biogasproducenter at opkræve en biogasbaseret varmepris med et overskud indregnet, uden at det er muligt for aftageren at påberåbe sig en substitutionspris.
- Substitutionsprisprincippet fremgår ikke direkte af varmemforsyningsloven, men med udgangspunkt i loven, er der i energimyndighederne udviklet en praksis herom. Baggrunden for substitutionsprisprincippet er, at forbrugerne skal beskyttes mod, at der i brændselsanvendelsen eller gennem tekniske forhold bliver etableret en situation, der gør varmen dyrere for forbrugerne end det bedste realistiske alternativ. Substitutionsprisprincippet har udviklet sig gennem årene, og efter nugældende praksis kan det alene anvendes, hvor der foreligger en faktisk substitutionsmulighed. Det er ikke muligt at substituere biogas med naturgas på Lemvig Kraftvarmeværk. Den faktiske substitutionsmulighed er derimod den biomassebaserede varme, som Lemvig Varmeværk selv producerer.
- Konkurrenceankenævnets afgørelse bygger på en forkert eller ufuldstændig anvendelse af substitutionsprisprincippet. Da der foreligger identitet mellem Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarme kan substitutionsprisen for biogas tage udgangspunkt i de faktiske omkostninger ved egenproduktion på Lemvig Varmeværk. Konkurrenceankenævnet er af den modsatte opfattelse, at Lemvig Varmeværk er bundet af substitutionsmulighederne for brændsel på Lemvig Kraftvarme. Denne opfattelse er ikke korrekt.

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML -EKN

Side 4 af 9

- Lemvig Varmeværk havde allerede inden etableringen af Lemvig Kraftvarmeværk fuld produktionskapacitet og værket har efterfølgende opretholdt fuld produktionskapacitet som følge af, at leverancen på biogas er ustabil. Det gør varmen dyrere end den pris, værket selv kan producere varmen til. Denne situation vil opretholdes, medmindre Konkurrenceankenævnets afgørelse ændres, eller bemyndigelsen i varmeforsyningslovens § 20 b, stk. 2, til at fastsætte et prisloft, benyttes.

Lemvig Biogas' synspunkter og bemærkninger

Det er Lemvig Biogas' opfattelse, at Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 ikke bør genoptages. Til støtte herfor har Lemvig Biogas navnlig anført følgende:

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

Side 5 af 9

- Siden Konkurrenceankenævnet traf afgørelse i sagen, er der ikke sket nogen faktiske ændringer af betydning for sagen. Gas- og Varmeprisudvalget forsøgte i sin afgørelse fra 28. september 1998 at udvide substitutionsprisprincippet til at omfatte varmeprisen på Lemvig Varmeværk. Det er imidlertid selve brændslet, der substitueres, og man kan derfor ikke holde en varmeproduktionspris op mod en brændselspris, som det var tilfældet i denne afgørelse. Konkurrenceankenævnet ophævede afgørelsen, og retsstillingen vedrørende substitutionsprisprincippet har således ikke ændret sig.
- Det var ikke en del af Konkurrenceankenævnets afgørelse, hvorvidt der var adgang til naturgas i området. Konkurrenceankenævnet anførte i afgørelsen, at substitutionsprisprincippet alene fører til, at man kan statuere en substitutionspris ud fra en ydelse, der kan substituere biogassen i kraftvarmeværkets produktion. Det betyder i praksis, at et bestemt brændsel, f.eks. biogas, kan undergives en substitutionsprisbetragtning ud fra alternative brændsler, der kan erstatte biogassen i produktionen, dvs. i den pågældende motor. Rent teknisk kan biogas substitueres med naturgas i motoren og omvendt. Hvor der ikke rent fysisk er adgang til sådanne brændsler, er der i praksis ikke nogen substitutionsmulighed. Dette var også gældende på tidspunktet for Konkurrenceankenævnets afgørelse og kan ikke begrunde en genoptagelse af afgørelsen.
- I forbindelse med lovændringen i 2000 blev det indført, at der var mulighed for, at biogasleverandører kan indregne et overskud i prisen. Prisen må imidlertid ikke være urimelig i medfør af varmeforsyningslovens § 21, stk. 4, og denne bestemmelse vil derfor stå som sikkerhed for prisens fortsatte rimelighed.

- Forventningerne til de aftaleretlige relationer mellem de involverede selskaber, herunder Lemvig Varmeværk og Lemvig Biogas og/eller Lemvig Kommune er uden betydning for prisen på biogas, da den, uanset disse forhold, er undergivet varmemforsyningslovens § 21, stk. 4. Hvis der indgås aftaler med et nyt kommunalt selskab, vil både Lemvig Biogas og et eventuelt kommunalt selskab være undergivet varmemforsyningslovens regler om omkostningsbestemt pris med pligt til at indrapportere alle omkostninger m.v. til Energitilsynet. Der er derfor ikke tale om, at Lemvig Varmeværk vil have svært ved at gennemskue omkostningerne.
- Lemvig Varmeværk er blevet pålagt at producere en del af sin varme som kraftvarme. Derfor blev Lemvig Kraftvarme opført. Kraftvarme som produktionsform er dyrere end ren kedelvarme. Lemvig Varmeværk fik på baggrund af forudsætningsskrivelsen mulighed for at producere den resterende del af varme som biomassebaseret kedelvarme. Den økonomiske virkning af pålægget om kraftvarmeproduktion skal ikke ved hjælp af en forvridning af substitutionsprisprincippet væltes over på Lemvig Biogas. Når Lemvig Varmeværk skal producere en del af sin varme som kraftvarme, bliver der ikke spørgsmål om substitution i forhold til den øvrige del af varmemforbruget, som Lemvig Varmeværk producerer på fliskedler eller andre tilsvarende varmekilder, men kun om substitution af brændslet i kraftvarmemotoren.

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

Side 6 af 9

Retsgrundlag

En myndighed kan i visse tilfælde genoptage behandlingen af en sag. Det gælder navnlig i tilfælde, hvor der i forbindelse med en anmodning om genoptagelse fremkommer nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med myndighedernes oprindelige stillingtagen til sagen. Derudover kan sagen bl.a. genoptages, hvis der er mangler ved den oprindelige afgørelse, herunder ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl. Der kan endvidere ske genoptagelse i tilfælde, hvor der efterfølgende fremkommer nye retlige forhold, dvs. en ændring med tilbagevirkende kraft i det retsgrundlag, som forelå på tidspunktet for den oprindelige afgørelse i sagen.

Såfremt en myndighed genoptager en sag, skal det herefter vurderes, hvorvidt myndigheden vil kunne ændre afgørelsen, herunder tilbagekalde en begunstigende forvaltningsafgørelse. En myndigheds begunstigende forvaltningsafgørelse kan ikke uden videre tilbagekaldes. Hvorvidt der kan ske tilbagekaldelse af en sådan afgørelse beror på en samlet vurdering af hensynene til afgørelsens adressat, herunder navnlig adressatens berettigede forventninger om, at den oprindelige afgørelse står ved magt, og myndighedens interesse i, at afgø-

relsen ophæves. Endvidere indgår tilbagekaldelsens årsag og afgørelsens karakter som væsentlige momenter i denne vurdering.

Reglerne om genoptagelse samt tilbagekaldelse følger af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger og er beskrevet nærmere i den forvaltningsretlige litteratur. Nævnet kan bl.a. henvise til Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2002), side 915 ff, og Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. udgave (2009), side 493 ff.

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Konkurrenceankenævnet var tidligere klageinstans for afgørelser truffet af Gas- og Varmepreisudvalget, nu Energitilsynet, efter varmemforsyningsloven. Ved en ændring af varmemforsyningsloven i 1999¹ blev kompetencen til at behandle klagesager efter loven eller regler udstedt i medfør heraf overført til Energiklagenævnet.

Såfremt en myndighed, der tidligere har truffet afgørelse i en sag, er nedlagt, eller kompetencen er overført til en anden myndighed, er det den myndighed, der har kompetencen på tidspunktet for anmodningen om genoptagelse, som er forpligtet til at tage stilling hertil. På den baggrund tager Energiklagenævnets stilling til spørgsmålet om genoptagelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999.

Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarme har anmodet om, at Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 genoptages under henvisning til, at substitutionsprisprincippet ikke er anvendt korrekt i Konkurrenceankenævnets afgørelse. Konkurrenceankenævnet burde således have fastsat en substitutionspris ud fra Lemvig Varmeværks egen varmeproduktionspris. De faktiske omstændigheder er endvidere efter Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarmes opfattelse ændret, idet Lemvig Kommune vil etablere et biogasengrosfirma, som skal levere biogas til Lemvig Kraftvarme samt andre biogasaftagere. Lemvig Varmeværk planlægger desuden at likvidere Lemvig Kraftvarme, således at kraftvarmeverket overdrages til Lemvig Varmeværk. Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarme har endelig anført, at retsgrundlaget er blevet ændret siden afgørelsen, da biogasleverandører nu har mulighed for at indkalkulere et overskud i prisen i medfør af varmemforsyningslovens § 20 b, stk. 1.

Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 omhandlede spørgsmålet om fastlæggelse af en eventuel substitutionspris for den biogas, som Lemvig Biogas leverer til Lemvig Kraftvarme. Konkurrenceankenævnet fandt – i mod-

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

Side 7 af 9

¹ Lov nr. 379 af 2. juni 1999 om ændring af varmemforsyningsloven.

sætning til Gas- og Varmeprisudvalget – at der ikke var grundlag for at fastsætte prisen for biogas til den laveste af enten den omkostningsbestemte pris eller substitutionsprisen, hvor substitutionsprisen var den gennemsnitlige varmepris, som Lemvig Varmeværk kunne producere varmen til på egne kedelanlæg.

Energiklagenævnet finder, at Lemvig Varmeværk og Lemvig Kraftvarme ikke har fremlagt oplysninger om nye faktiske forhold af så væsentlig betydning for sagen, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999. Energiklagenævnet har ved vurderingen heraf navnlig lagt vægt på, at de faktiske forhold omkring Lemvig Biogas' levering af biogas til Lemvig Kraftvarme efter det i sagen oplyste på nuværende tidspunkt er uændrede. De planer m.v., der efter det oplyste foreligger for oprettelsen af et kommunalt ejet biogasengrosfirma samt likvidation af Lemvig Kraftvarme og overdragelse af kraftvarmeværket til Lemvig Varmeværk, har herefter endnu ikke resulteret i konkrete ændringer af disse forhold. Leveringsforholdet er således fortsat reguleret af parternes aftale, ligesom aftaleparterne på nuværende tidspunkt stadig er Lemvig Biogas og Lemvig Kraftvarme.

Energiklagenævnet finder endvidere, at der ikke er væsentlige ændringer med tilbagevirkende kraft i det retsgrundlag, der forelå på tidspunktet for Konkurrenceankenævnets afgørelse. Energiklagenævnet bemærker hertil, at det forhold, at biogasproducenterne nu efter varmemforsyningslovens § 20 b, stk. 1, har mulighed for at indkalkulere et overskud i prisen, ikke har betydning for vurderingen af, hvorledes substitutionsprisen skal fastsættes.

Endelige finder Energiklagenævnet, at der ikke er mangler ved den oprindelige afgørelse, herunder ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl, der kan begrunde en genoptagelse af sagen.

Energiklagenævnet finder herefter ikke grundlag for at genoptage Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999.

Energiklagenævnets afgørelse

Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 1999 genoptages ikke.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 5. december 2011.

Afgørelsen er truffet i henhold til varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML –EKN

Side 8 af 9

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter varmemforsyningsloven eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 4.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P.N.V.

5. december 2011

J.nr 1021-11-16-55

TML -EKN

Poul K. Egan
Nævnnsformand

Side 9 af 9

/Tina Maria Alander Lindfors
Fuldmægtig, cand.jur.