

(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

KLAGE FRA Farum Fjernvarme A.m.b.a.
OVER Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011
OM forkøbsret til transmissionsledning

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

NÆVNETS Nævnnsformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
I SAGEN Professor, cand.jur. & Ph.D. Birgitte Egelund Olsen
Fhv. direktør, cand.polyt. H. C. Mortensen

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 ophæves, og sa-
AFGØRELSE gen hjemvises til fornyet behandling i Energitilsynet.

Farum Fjernvarme A.m.b.a. (herefter klager) har ved e-mail af 9. november 2011 klaget over Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011. Afgørelsen er truffet af Energitilsynets sekretariat. Klager er repræsenteret af advokat Pernille Aagaard Truelsen, Advokatfirmaet Energi & Miljø. Ved afgørelsen fastslog Energitilsynet, at overdragelsen af den sydgående transmissionsledning fra DONG Energy Power A/S (herefter DONG) til Vattenfall A/S (herefter Vattenfall) i 2006 var sket i strid med varmemforsyningslovens¹ § 23 f, stk. 1, da forkøbsretten ikke var iagttaget. Transmissionsledningen forbinder klager med Hillerød Kraftvarmeværk. Overdragelsen var således efter tilsynets opfattelse i henhold til § 23 f, stk. 5, ugyldig. Ved afgørelsen afviste Energitilsynet endvidere at fastsætte markedsprisen for transmissionsledningen samt en ny tre måneders frist i medfør af varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4.

Vattenfall er under sagens behandling repræsenteret af advokat Christian Sinding, Bruun & Hjejle, I/S Vestforbrænding (herefter Vestforbrænding), der senere er blevet tilbudt at købe transmissionsledningen af Vattenfall, er re-

¹ Nugældende lovbekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011 om varmemforsyning.

præsenteret af specialistadvokat Agnete Nordentoft, Bech-Bruun. DONG er repræsenteret af advokat Anders Stubbe Arndahl, Kromann Reumert.

Sagens baggrund

Klager og Værløse Varmeværk a.m.b.a. (herefter Værløse Varmeværk) modtager varme fra Hillerød Kraftvarmeværk via en transmissionsledning, som forbinder værkernes net med Hillerød Kraftvarmeværk. Hillerød Kraftvarmeværk og transmissionsledningen er etableret af Sjællandske Kraftvarmeværker. Den sydgående transmissionsledning, som klager og Værløse Varmeværk er forbundet med, er etableret i 1996.

DONG Energy A/S og Vattenfall AB indgik med virkning fra 1. juli 2006 aftale om, at Vattenfall-koncernen overtog en række aktiviteter fra DONG/Energi E2. Disse aktiviteter omfattede bl.a. andet Hillerød Kraftvarmeværk med tilhørende transmissionsledninger.

Klager modtog den 16. juni 2006 en orientering fra Vattenfall om overdragelsen af transmissionsledningen, hvoraf det bl.a. fremgik, at transmissionsledningen fra Hillerød Kraftvarmeværk i henhold til varmemforsyningslovens § 23 f skulle tilbydes varmemforbrugerne i forbindelse med salg/overdragelse. Det fremgik endvidere, at det tidsmæssigt ikke havde været muligt at nå dette før 1. juli 2006, men at Vattenfall efter 1. juli 2006 ville tage initiativ til en proces, der skulle sikre opfyldelsen af denne bestemmelse. Vedlagt brevet af 16. juni 2006 var et bekræftelsesbrev, hvor klager skulle skrive under på at være indforstået med, at Vattenfall Danmark A/S overtog Energi E2 A/S' rettigheder og forpligtelser i henhold til aftaler indgået mellem Energi E2 A/S og klager.

Klager underskrev denne bekræftelse den 22. juni 2006. Klager havde forud for orienteringsbrevet ved brev af 25. november 2005 henvendt sig til Energi E2 A/S vedrørende klagers forkøbsret. Klager bad om at få stillet de nødvendige oplysninger til rådighed for at vurdere, om klager ville gøre brug af forkøbsretten.

Efter Vattenfalls overtagelse af Hillerød Kraftvarmeværk rykkede klager løbende for oplysninger vedrørende forkøbsretten. Den 26. november 2009 sendte Advokatfirmaet Bruun & Hjejle på vegne af Vattenfall et tilbud til klager om udnyttelse af forkøbsretten. Markedsprisen var af Vattenfall fastsat som nutidsudgifterne til etablering af transmissionsanlægget i 2008 nedskrevet lineært fra det faktiske etableringstidspunkt over anlægsdelenes forventede, tekniske levetid. Markedsprisen blev på dette grundlag fastsat til XX mio. kr. ekskl. moms. Vattenfall var endvidere villig til at yde en rabat på XX mio. kr. Klager fik en 3-måneders frist til at acceptere dette tilbud.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 2 af 16

Klager anmodede ved brev af 10. december 2009 om at få stillet nødvendige oplysninger til rådighed for, at klager og Værløse Varmeværk kunne vurdere tilbuddet. Klager og Værløse Fjernvarme modtog ikke noget svar fra Vattenfall før ved en e-mail af 31. august 2010, hvori Vattenfall henviste til en sag, der aktuelt var under behandling i Energitilsynet om forkøbsret og markedspris. Vattenfall oplyste at ville vende tilbage, når Energitilsynets afgørelse forelå, og ville som følge heraf tidligst regne fristen for svar på tilbud fra dette tidspunkt.

Samtidig med tilbud af 26. november 2009 modtog klager ved brev af 30. november 2009 et tilbud fra Deloitte på vegne af Vattenfall på køb af hele produktionsanlægget, Hillerød Kraftvarmeværk inklusive den nord - og sydgående transmissionsledning, benævnt Projekt Hippo. I relation til dette projekt indgik klager i samarbejde med Hillerød Forsyning, Værløse Varmeværk og Vestforbrænding med henblik på at afgive et samlet tilbud. Det blev understreget, at denne proces var en separat og selvstændig proces i forhold til forkøbsretsprocessen vedrørende transmissionsnettet, der hidrørte fra Vattenfalls overtagelse af de decentrale kraftvarmeværker og transmissionsnet i 2006. Det lykkedes ikke parterne at blive enige om afgivelse af et samlet tilbud. Klager oplyste ved e-mail af 1. juli 2010 Deloitte om, at selskabet trak sig fra samarbejdet. Vestforbrænding og Hillerød Forsyning valgte herefter at afgive et samlet tilbud på køb af anlægget i henhold til Projekt Hippo.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML -EKN

Side 3 af 16

Vattenfall oplyste ved pressemeddelelse af 22. december 2010, at selskabet havde solgt Hillerød Kraftvarmeværk samt den nordgående transmissionsledning til Hillerød Forsyning og den sydgående transmissionsledning til Vestforbrænding. I forlængelse af Vattenfalls pressemeddelelse modtog klager et brev fra Vattenfall dateret 22. december 2010, hvoraf det bl.a. blev oplyst, at Vattenfall havde modtaget et købstilbud (betinget købsaftale) på XX mio. kr. fra Vestforbrænding med overtagelse den 1. januar 2011. Vattenfall oplyste, at selskabet tidligere havde tilbudt klager at udøve sin forkøbsret, og at dette tilbud blev gentaget nu til den anførte pris og på vilkårene angivet i den betingede købsaftale. Vattenfall bemærkede, at en forhandlet pris efter Energitilsynets praksis er udtryk for markedsprisen.

Klager skulle senest tre måneder efter, at tilbuddet om udøvelsen af forkøbsretten var kommet frem, meddele Vattenfall, om klager ønskede at udøve sin forkøbsret som tilbudt. Vedlagt var den betingede købsaftale med overdragelsesvilkår. Brevet af 22. december 2010 indeholdt ingen nærmere oplysninger om transmissionsledningen, og klager udbad sig i forlængelse af Vattenfalls brev igen oplysninger om transmissionsledningen. Klager fik fortsat ikke de efterspurgte oplysninger stillet til rådighed, og der blev rykket herfor ved brev af 3. februar 2011. Ved brev af 21. marts 2011 indbragte klager sagen for Energitilsynet. Energitilsynet behandlede på baggrund af klagers henvendelse

til Energitilsynet spørgsmålet om forkøbsretten efter varmemforsyningsloven på tilsynets møde den 30. maj 2011. Energitilsynet fremkom herefter med følgende tilkendegivelse:

”[...]

Tilkendegivelse

16. På baggrund af vedlagte sagsfremstilling og vurdering tilkendegav Energitilsynet:

- At overdragelse af et privat- eller statsejet fremføringsanlæg til et 100 % kommunalt ejet selskab ikke udløser forkøbsret for forbrugerne, jf. varmemforsyningslovens § 23f, stk. 1.
- At overdragelse af et privat- eller statsejet fremføringsanlæg til et andet privat ejet selskab udløser forkøbsret for forbrugerne, jf. varmemforsyningslovens § 23f, stk. 1.
- At ”fremføringsanlæg” er betegnelsen for den samlede rørføring fra et produktionsanlæg og til slutforbrugerne, og at de slutforbrugere, der aftager varme fra en rørføring, har forkøbsret hertil, jf. varmemforsyningslovens § 23f, stk. 1, uanset om varmen undervejs også transporteres gennem rør, der selskabsmæssigt er adskilt fra det sælgende selskab.
- At ”slutforbruger” skal forstås som den, der aftager varme til eget forbrug som rumvarme, proces eller viderefordeling blandt en lukket kreds af forbrugere, når denne person er i et direkte kundeforhold med et kollektivt varmemforsyningsanlæg, jf. varmemforsyningslovens § 2, stk. 1, nr. 1-3.
- At Energitilsynet, hvis tilsynet finder, at bestemmelserne i § 23f ikke er overholdt, ikke har hjemmel til at træffe afgørelse om retsvirkningerne af ugyldighed, og at parterne, hvis de ikke blive enige om retsvirkninger, må henvises til at rejse en sag ved domstolene herom, jf. varmemforsyningslovens § 23f, stk. 5.
- At det falder uden for Energitilsynets kompetence at tage stilling til, om et distributionsanlæg organiseret som et a.m.b.a. har den fornødne fuldmagt til at handle på forbrugernes vegne.

[...]”

12. marts 2012
J.nr 1021-11-51-34
TML –EKN

Side 4 af 16

Energitilsynet behandlede endvidere klagers henvendelse om fastsættelse af vilkårene for overdragelsen af transmissionsledningen i medfør af § 23 f, stk.

4, samt forlængelse af tremåneders fristen i tilbuddet om forkøbsret og traf den 2. december 2011 afgørelse i sagen.

Ved afgørelsen fastslog Energitilsynet, at overdragelsen af den sydgående transmissionsledning mellem klager og Hillerød Kraftvarmeværk fra DONG til Vattenfall i 2006 var sket i strid med varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1, da forkøbsretten ikke var iagttaget. Overdragelsen var således i henhold til § 23 f, stk. 5, ugyldig. Ved afgørelsen afviste Energitilsynet endvidere at fastsætte markedsprisen for transmissionsledningen samt en ny tremåneders frist i medfør af varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 5 af 16

I forlængelse af Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 rettede Vattenfall henvendelse til tilsynet ved e-mail af 21. oktober 2011. Vattenfall bad om Energitilsynets eventuelle bemærkninger til en fremgangsmåde, der bl.a. indebar, at Vattenfall på vegne af DONG, der efter Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 formentlig fortsat er ejer af den sydgående transmissionsledning, solgte denne til Vestforbrænding på de vilkår, der allerede var aftalt mellem Vattenfall og Vestforbrænding i forbindelse med den betingede overdragelse af ledningen i 2010. Vattenfall henviste til, at forbrugernes forkøbsret ifølge tilsynets tilkendegivelse af 30. maj 2011 ikke gælder ved afståelse til et fælleskommunalt selskab som Vestforbrænding. Tilsynet afviste foreløbigt at foretage sig yderligere i sagen før udløbet af klagefristen for afgørelsen af 13. oktober 2011. Klager protesterede mod denne fremgangsmåde, da klager mente at varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1, derved ville blive omgået ved, at overdragelsen til Vestforbrænding ikke udløser forkøbsretten til klager.

Klager indbragte herefter Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 for Energiklagenævnet. Det er klagers opfattelse, at Energitilsynet har kompetence til at fastsætte vilkårene for overdragelsen af transmissionsledningen i medfør af varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, og at tilsynets afgørelse på denne baggrund skal ophæves og hjemvises til Energitilsynet med henblik på, at vilkårene fastsættes.

Klager, Vattenfall og DONG afholdt møde om sagen den 13. december 2011. På mødet tilkendegav DONG, at DONG var indstillet på formelt at bemyndige Vattenfall til at sælge transmissionsledningen til Vestforbrænding efter en tilsvarende fremgangsmåde som den, Vattenfall havde forelagt for Energitilsynet. DONG bekræftede endvidere ved e-mail af 22. december 2011 dette over for klager.

Den påklagede afgørelse

Af Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2012 fremgår bl.a. følgende:

”[...]

Farum Fjernvarme har anmodet Energitilsynet om:

- At afgøre, hvordan markedsprisen opgøres i det konkrete tilfælde, jf. varmemforsyningslovens § 23f, stk. 4.
- At pålægge Vattenfall at forlænge tre måneders fristen i tilbuddet om forkøbsret, indtil Energitilsynet har truffet afgørelse om prisfastsættelsen, og Farum Fjernvarme har haft adgang til det fornødne materiale, jf. varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, og § 23f, stk. 3.
- At tage stilling til, om den opgørelse af afskrivninger på transmissionsledningen, der indgår i varmeleveringsaftalen mellem Farum Fjernvarme og Vattenfall, er i overensstemmelse med varmemforsyningsloven, jf. varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, og § 20, stk. 2.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 6 af 16

Henvendelsen besvares af Sekretariatet for Energitilsynet [herefter sekretariatet].

Afgørelse

Sekretariatet træffer følgende afgørelse:

- At den sydgående transmissionsledning, der forbinder Farum Fjernvarme med Hillerød Kraftvarmeværk, er overdraget fra DONG til Vattenfall i strid med varmemforsyningslovens § 23f, stk. 1, idet DONG forud for overdragelsen skulle have tilbudt anlægget til slutforbrugere.
- At overdragelsesaftalen mellem DONG og Vattenfall herefter er ugyldig, jf. varmemforsyningslovens § 23f, stk. 5. Retsvirkningerne af ugyldighed følger dansk rets almindelige regler, jf. lovbemærkningerne til bestemmelsen.
- At sekretariatet ikke skal fastsætte markedsprisen efter varmemforsyningslovens § 23f, stk. 4, 2. pkt., da transmissionsledningen er overdraget fra DONG til Vattenfall uden iagttagelse af forkøbsretten, og denne overdragelse derfor efter reglerne er ugyldig.
- At sekretariatet dermed heller ikke skal fastsætte en ny 3-måneders frist i medfør af varmemforsyningslovens § 23f, stk. 4, 1. pkt.

[...]"

Klagers synspunkter og bemærkninger

Det er klagers opfattelse, at Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 bør ophæves og sagen hjemvises til tilsynet med henblik på, at vilkårene for overdragelsen af transmissionsledningen efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, fastlægges. Til støtte herfor har klager navnlig anført følgende:

- Der er efter klagers opfattelse enighed mellem sagens parter om, at sagen for tilsynet alene vedrører vilkårene for overdragelsen af anlægget, og tilsynet blev derfor anmodet om at fastlægge disse vilkår efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4. Energitilsynet afviste imidlertid at realitetsbehandle parternes anmodning om at fastsætte markedsprisen for den sydgående transmissionsledning efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4. pkt.
- Det er klagers opfattelse, at forkøbsretten fra 2006 stadig består. Klager er enig med Energitilsynet i, at overdragelsen i 2006 var i strid med forkøbsretten, da DONG efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1, skulle have tilbudt ledningen til forbrugerne, inden ledningen kunne afstås. Klager har som nævnt ikke ønsket at gøre ugyldigheden efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 5, gældende, da Vattenfall har erklæret sig indstillet på at iagttage forkøbsretten på DONG's vegne.
- Hvis overdragelsen af ledningen i 2006 fra DONG til Vattenfall imidlertid er ugyldig, som Energitilsynet konstaterer, gælder forkøbsretten til ledningen stadig under de forudsætninger, der forelå forud for overdragelsen i 2006. Forbrugernes forkøbsret efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1, er udtrykt ved ejerens forpligtelse til at tilbyde de tilknyttede forbrugere at købe anlægget til markedsprisen inden en eventuel overdragelse. Forkøbsretten til den sydgående transmissionsledning opstod dermed inden, ledningen blev overdraget til Vattenfall i 2006. Efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, bortfalder forkøbsretten først, hvis forbrugerne eller kommunen ikke inden tre måneder efter, at tilbuddet er kommet frem, tilkendegiver at ville benytte den. Forkøbsretten bortfalder således ikke af, at den overdragelse mellem DONG og Vattenfall, som udløste forkøbsretten, efterfølgende annulleres som ugyldig. Tværtimod gælder forkøbsretten stadig under de forudsætninger, der forelå forud for overdragelsen i 2006.
- Energitilsynet kan ikke afvise parternes anmodning om at fastsætte vilkårene for udøvelsen af forkøbsretten efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, blot fordi forkøbsretten i første omgang blev tilsidesat. Ugyldighed kan i øvrigt alene påberåbes af klager, og klager er derfor

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 7 af 16

ikke enig med tilsynet i, at ugyldigheden af en overdragelsesaftale er uafhængig af, om ugyldigheden gøres gældende af parterne.

- For så vidt angår ugyldighedsvirkningen henviser tilsynet til dansk rets almindelige regler herom. Udgangspunktet efter disse regler er imidlertid, at ugyldigheden af en aftale kun kan påberåbes af den, som ugyldigheden skal værne. I et tilfælde som det foreliggende, hvor ugyldigheden skal sikre beskyttelsen af en forkøbsret for tredjemand, vil ugyldigheden således alene kunne påberåbes af den forkøbsberettigede. At retsstillingen efter ugyldighedsbestemmelsen i § 23 f, stk. 5, er klar, ændrer ikke ved denne generelle retsstilling. Tilsynet kan derfor ikke tillægge ugyldigheden den retsvirkning, at tilsynet skal afslå at fastlægge vilkårene for overdragelsen af anlægget efter § 23 f, stk. 4, hvor den forkøbsberettigede på det foreliggende grundlag selv afstår fra at påberåbe sig ugyldighedsvirkningen ind til videre.
- Hensynet bag bestemmelsen kan også iagttages, hvis den forkøbsberettigede som alternativ til uden videre at påberåbe sig ugyldighed efter § 23 f, stk. 5, indgår i forhandlinger om vilkårene for udnyttelse af forkøbsretten med den aktuelle besidder af anlægget. I denne sag har Vattenfall som den foreløbige køber af ledningen samt DONG som overdrager tilkendegivet at ville respektere klagers forkøbsret efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1. Når uenigheden mellem parterne herefter alene drejer sig om vilkårene for udnyttelsen af en allerede konstateret forkøbsret, er Energitilsynet også forpligtet til at fastlægge vilkårene for overdragelsen efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, når parterne anmoder herom.
- Den fremgangsmåde, som Vattenfall – og i konsekvens heraf DONG – påtænker om, at Vattenfall skal sælge på DONG's vegne til Vestforbrænding, vil efter klagers opfattelse være i strid med klagers forkøbsret, da denne som anført tidligere stadig består på samme vilkår, som da forkøbsretten blev aktuel ved salget til Vattenfall i 2006. Energitilsynets afvisning af at fastsætte vilkårene for overdragelsen af ledningen uden at vurdere, om forkøbsretten for klager stadig består, vil i givet fald have den konsekvens, at ledningen sælges til Vestforbrænding i strid med forkøbsretten. Tilsynets kompetence afhænger ikke af, om den overdragelse, der udløste forkøbsretten er ugyldig, men af om forkøbsretten stadig består. Det fremgår således ikke nærmere af tilsynets afgørelse, hvorfor tilsynets kompetence afskæres, blot fordi den overdragelse, der gjorde forkøbsretten aktuel, konstateres at være ugyldig. Tilsynets kompetence til at fastsætte vilkårene for overdragelsen efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, 2. pkt., forudsætter, at

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 8 af 16

der består en forkøbsret efter § 23 f, stk. 1, og at parterne ikke kan blive enige om vilkårene for overdragelsen af anlægget.

- Tilsynets kompetence påvirkes ikke af, at ledningen muligvis nu ejes af DONG, og forudsætter ikke, at DONG har tilbudt ledningen til klager. I den aktuelle sag har Vattenfall faktisk tilbudt transmissionsledningen til klager i overensstemmelse med forkøbsretten og efterfølgende indvilliget i, at tilsynet fastsætter vilkårene for overdragelsen efter lovens § 23 f, stk. 4, 2. pkt.

- Hvis det imidlertid lægges til grund, at tilsynets afvisning af at fastsætte vilkårene for overdragelsen også skyldes, at DONG endnu ikke har tilbudt ledningen til klager i overensstemmelse med forkøbsretten, gøres det gældende, at varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, 2. pkt., ikke indebærer en sådan begrænsning af tilsynets kompetence. Tilsynets håndhævelse af forkøbsretten ville herved blive gjort illusorisk. Tilsynets afgørelser i tidligere konkrete sager viser imidlertid også, at tilsynet i praksis netop ikke afstår fra at fastsætte vilkårene for overdragelsen, selvom omfanget af forkøbsretten bestrides af den ene part, og der ikke (længere) foreligger et tilbud til forbrugerne om køb af anlægget. I forbindelse med tilsynets afgørelse af 23. september 2002 (j.nr. 3/1322-0102-0005) havde Præstø Fjernvarme således bedt tilsynet fastsætte markedsprisen efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, 2. pkt., uden at parterne var enige om, hvilke anlæg forkøbsretten omfattede. Tilsynet fastslog, at forkøbsretten alene omfattede transmissionsledningen og ikke selve produktionsanlægget, som pristvisten angik. Det fremgår forudsætningsvis af afgørelsen, at tilsynet ville have fastsat vilkårene for overdragelsen efter lovens § 23 f, stk. 4, 2. pkt., hvis tilsynet mod den anden parts anbringender var nået frem til, at forkøbsretten også omfattede produktionsanlægget. Endnu videre gik tilsynet ved sin afgørelse af 13. december 2004 (j.nr. 3/1322-8901-0258) vedrørende NESAs Varmes salg af et kraftvarmeværk og tilhørende varmedistributionsnet. Tilsynet nøjedes her ikke med at konstatere, at forkøbsretten bestod, men pålagde endda NESAs Varme med hjemmel i varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, at forlænge fristen for forbrugernes accept af tilbuddet til den 22. januar 2005. Tilsynet gjorde dette, selvom det oprindeligt fremsatte tilbud efter sin ordlyd udløb allerede den 1. oktober 2004 og ifølge NESAs Varme derfor ikke længere var gældende, da tilsynet traf sin afgørelse. Den sidstnævnte afgørelse vedrører ganske vist ikke fastlæggelsen af overdragelsesvilkår efter varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, 2. pkt., men viser, at tilsynet både har kompetence til at vurdere, om en aktuel forkøbsret stadig består og til at meddele pålæg efter lovens § 21, stk. 4, for at sikre, at

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 9 af 16

forbrugerne tilbydes anlægget i overensstemmelse med lovens § 23 f, stk. 1.

- Ugyldigheden efter lovens § 23 f, stk. 5, omfatter efter bestemmelsens ordlyd alene den aftale, som gjorde forkøbsretten aktuel. Ugyldigheden sikrer, at den oprindelige ejer fortsat kan opfylde sin forpligtelse til at tilbyde forbrugerne anlægget efter stk. 1, og at tilsynet i mangel af mindelig overenskomst om overdragelsesvilkårene kan fastsætte disse efter § 23 f, stk. 4, 2. pkt. Det følger ikke af dansk rets almindelige regler om ugyldighed, at en forkøbsret skulle bortfalde, fordi en overdragelse foretaget i strid med forkøbsretten herefter må anses for ugyldig. Tværtimod er udgangspunktet, at forkøbsretten består, og at den forkøbsberettigede, hvis forkøbsretten er tilsidesat, kan kræve ejendommen – i dette tilfælde transmissionsledningen – overdraget til sig, jf. U 2000.1654 Ø, hvor forkøbsretten til et sommerhus fandtes at bestå også efter første ejerskifte. Efter lejelovens regler om tilbudspligt, der efter deres indhold i vidt omfang svarer til reglerne om forkøbsret efter varmemforsyningslovens § 23 f, har tilsidesættelse af forkøbsretten ligeledes ikke kun ugyldighedsvirkning. Lejerne kan også forlange naturalopfyldelse ved at kræve ejendommen tilskødet dem på markedsvilkår.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 10 af 16

Vattenfalls synspunkter og bemærkninger

Vattenfall har ved e-mail af 26. januar 2012 meddelt Energiklagenævnet, at selskabet ikke har bemærkninger til sagen.

Vestforbrændings synspunkter og bemærkninger

Vestforbrænding har ved e-mail af 15. februar 2012 meddelt Energiklagenævnet, at selskabet ikke har bemærkninger til sagen.

DONG's synspunkter og bemærkninger

Det er DONG's opfattelse, at overdragelsen af transmissionsledningen er sket i overensstemmelse med varmemforsyningslovens bestemmelser herom. Til støtte herfor har DONG navnlig anført følgende:

- Med virkning fra 1. juli 2006 overdrog DONG den sydgående transmissionsledning til Vattenfall under betingelse af, at forkøbsretten i henhold til varmemforsyningsloven blev iagttaget. Ejendomsretten til transmissionsledningen overgår således ikke til Vattenfall, før betingelsen om udbud af forkøbsretten er blevet iagttaget. Af tidsmæssige årsager blev det ved fuldmagt overladt til Vattenfall på DONG's vegne at forestå gennemførelsen af forkøbsprocedurer, som måtte være påkrævet efter varmemforsyningsloven. Vattenfall har endvidere tilbudt klager at købe transmissionsledningen. DONG er på denne baggrund

ikke enig med Energitilsynet i, at overdragelsen var ugyldig. DONG noterer sig, at Energitilsynet efter eget udsagn alene har tilkendegivet, at overdragelsen skulle være ugyldig, men ikke truffet afgørelse herom.

- DONG har givet Vattenfall fuldmagt til at forhandle en overdragelse af den sydgående transmissionsledning på DONG's vegne, og DONG har således ikke specifikt hverken bemyndiget eller godkendt et salg af transmissionsledningen til nogen bestemte tredjeparter, herunder Vestforbrænding. DONG betragter sagen som et anliggende mellem Vattenfall og klager. DONG har ikke været inddraget i sagen ved Energitilsynet.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Energitilsynets udtalelse til sagen

Det er Energitilsynets opfattelse, at afgørelsen af 13. oktober 2011 bør stadfæstes. Til støtte herfor har tilsynet navnlig anført følgende:

Side 11 af 16

- Ved udmøntningen af Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 har tilsynet ved en fejl formuleret afgørelsen, så den vedrører konstateringen af, om forkøbsretten er overholdt. Afgørelsen burde alene have omhandlet afslaget på at træffe afgørelse om overholdelsen af § 23 f, stk. 5. Af denne grund burde punkt 1 og 2 i tilsynets brev af 13. oktober 2011 således ikke have stået under afsnittet "afgørelse". Det fremgår efter tilsynets opfattelse af begrundelsen for afgørelsen, at Energitilsynet ikke mener at have hjemmel til at træffe afgørelse om retsvirkningerne af en eventuel ugyldighed. Energitilsynets tilkendegivelse af, at sagsforløbet afspejler, at forkøbsretten ikke er iagttaget, hvilket fører til ugyldighed, er således alene en tilkendegivelse af Energitilsynets vurdering af sagsforløbet.
- Klager forudsætter i sin klage, at retsvirkningen af ugyldighed er, at den oprindelige forkøbsret består uændret. Energitilsynet er ikke givet nogen håndhævelsesbeføjelse i forbindelse med bestemmelserne om forkøbsret. Dette er der endvidere argumenteret for i Energitilsynets tilkendegivelse af 30. maj 2011, og i afgørelsen af 13. oktober 2011. Det er i medfør af varmeforsyningslovens § 21, stk. 4, at Energitilsynet udøver det egentlige offentligretlige tilsyn med varmeforsyningsvirksomhedernes priser og betingelser. Bestemmelsen indeholder ikke en henvisning til § 23 f, eller kapitel 4 b i øvrigt om overdragelse af virksomhed, udskillelse af aktiviteter og forbrugerindflydelse. Det følger heraf, at Energitilsynet ikke har hjemmel til at træffe afgørelse om, at der foreligger ugyldighed og om retsvirkningerne af denne ugyldighed, og at parterne, hvis de ikke blive enige om retsvirkninger, må rejse en sag ved domstolene herom.

- Det, Energitilsynet har hjemmel til i relation til bestemmelserne om forkøbsret, er, at fastsætte overdragelsesvilkårene, hvis parterne ikke kan opnå enighed, jf. § 23 f, stk. 4, 2. pkt. En sådan fastsættelse forudsætter, at alle relevante parter har fået tilbudt anlægget efter stk. 1. Er forkøbsretten ikke iagttaget og indbringes dette forhold senere for Energitilsynet af den, som mener at have forkøbsretten, er det tilsynets vurdering, at tilsynet kan vurdere, om forkøbsretten burde have været iagttaget. Det skyldes, at hvis forkøbsretten burde have været iagttaget, har indehaveren af forkøbsretten ikke kunnet varetage sin forhandlingsposition som forudsat i bestemmelsen herom, herunder haft mulighed for at indbringe uenigheden for Energitilsynet.
- Retsvirkningerne af, at en overdragelsesaftale mellem to parter kendes ugyldig både mellem parterne og over for tredjemand hviler ikke på et offentligretligt grundlag. Energitilsynet træffer afgørelser på et offentligretligt grundlag, mens civilretlige tvister er henlagt til Ankenævnet på Energiområdet eller domstolene. Der er derfor heller ikke efter tilsynets vurdering rekursadgang til Energiklagenævnet for så vidt angår spørgsmålet om ugyldighed og retsvirkningerne heraf. Efter tilsynets vurdering skal det således først afklares, om retsvirkningerne er, at forkøbsretten består, herunder om forkøbsretten består uændret, som anført af klager.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 12 af 16

Retsgrundlag

Varmeforsyningsloven indeholder bl.a. bestemmelser om forkøbsret i forbindelse med salg af anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp. Af lovens § 23 f fremgår følgende:

”[...]

§ 23 f. Inden et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, som ikke ejes af de forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet det pågældende anlæg, kan afstås til andre end kommuner, skal disse forbrugere tilbydes at købe anlægget til markedspris.

Stk. 2. Inden et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, som ejes af de forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet det pågældende anlæg, kan afstås til andre, skal den eller de kommuner, hvori anlægget er beliggende, tilbydes at købe anlægget til markedspris.

Stk. 3. Forkøbsretten efter stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse ved afståelse af ejerandele i et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp eller af ejerandele i virksomheder, der ejer sådanne fremføringsanlæg.

Stk. 4. Forkøbsretten efter stk. 1 og 2 bortfalder, hvis forbrugere eller kommunen ikke inden tre måneder efter, at tilbuddet

er kommet frem, tilkendegiver at ville benytte den. Vilklårene for overdragelsen af anlægget fastsættes i mangel af mindelig overenskomst af Energitilsynet.

Stk. 5. En aftale, som er indgået i strid med stk. 1, 2 eller 3, er ugyldig.

[...]"

Varmeforsyningslovens § 23 f blev indsat ved lovforslag nr. 240 til lov om ændring af lov om varmforsyning, som blev fremsat den 29. marts 2000. Af lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

"[...]

Med § 23 f indføres der en forkøbsret for forbrugerne henholdsvis kommunerne ved salg af distributions- eller transmissionsanlæg. Ejer forbrugerne på salgstidspunktet ikke anlægget, tilfalder forkøbsretten som udgangspunkt forbrugerne, hvorimod retten tilfalder kommunen, når anlægget, der sælges, er forbrugerejet.

Bestemmelsen har til formål at sikre, at forbrugerne og kommunerne, såfremt de eksisterende ejere måtte ønske at sælge, får mulighed for at opretholde den forbrugerindflydelse og kommunale indflydelse, som varmforsyningssektoren er præget af i dag. Bestemmelsen om forbrugernes forkøbsret skal derfor ikke finde anvendelse i situationer, hvor anlægget overdrages til en anden kommune. Endvidere vil forkøbsretten vige for forkøbsrettigheder, der måtte eksistere på tidspunktet for lovforslagets fremsættelse.

Efter stk. 3 gælder forbrugernes og kommunernes forkøbsret også i tilfælde, hvor der er tale om afståelse af ejerandele både i et distributions- eller et transmissionsanlæg og i en virksomhed, der ejer et distributions- eller et transmissionsanlæg.

Forkøbsretten bliver kun aktuel, såfremt de nuværende ejere ønsker at afhænde anlæg eller en virksomhed, der ejer et anlæg. Såfremt forbrugerne respektive kommunerne ikke inden for en frist på tre måneder erklærer at ville gøre brug af forkøbsretten, bortfalder denne.

Forkøbsretten indebærer, at henholdsvis forbrugerne og kommunerne har fortrinsret til at overtage anlæg eller virksomhed til disses værdi. Prisen fastsættes på almindelige markedsvilkår. Kan der ikke opnås enighed om værdien af det pågældende aktiv, vil denne blive fastsat af Energitilsynet, idet tilsynet i forvejen besidder den nødvendige sagkundskab til vurdering af disse spørgsmål. Hvis en aftale indgås uden iagttagelse af bestemmelserne om forkøbsretten som omtalt i stk. 1-3, er aftalen ugyldig. Retsvirkningerne af ugyldighed følger af dansk rets almindelige regler.

[...]"

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML -EKN

Side 13 af 16

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Det fremgår af varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1, at før et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, som ikke ejes af forbrugerne, der er tilsluttet anlægget, kan sælges til andre end kommuner, skal forbrugerne tilbydes at købe anlægget til markedspris. Det følger videre af § 23 f, stk. 4, at forkøbsretten bortfalder, hvis forbrugerne eller kommunen ikke inden tre måneder efter, at tilbuddet er kommet frem, tilkendegiver at ville benytte forkøbsretten. Vilkårene for overdragelsen af anlægget fastsættes endvidere i mangel af mindelig overenskomst af Energitilsynet. En aftale, som er indgået i strid med bestemmelsen, er ugyldig, jf. § 23, stk. 5.

Energitilsynets generelle kompetence efter varmemforsyningsloven er fastsat i lovens § 21, stk. 4 og 5, hvorefter Energitilsynet udøver det egentlige offentlige tilsyn med varmemforsyningsvirksomhedernes priser og betingelser. I relation til varmemforsyningslovens § 23 f om forkøbsret, fremgår Energitilsynets kompetence af § 23 f, stk. 4, hvorefter tilsynet i mangel af mindelig overenskomst mellem parterne i forbindelse med fastsættelse af vilkårene for overdragelse kan fastsætte disse vilkår. Energiklagenævnet er på denne baggrund enig med Energitilsynet i, at tilsynet ikke har kompetence til at tage stilling til, hvorvidt en aftale om overdragelse af et anlæg som nævnt i § 23 f, stk. 1, er sket i strid med bestemmelsen, herunder om overdragelsen er ugyldig i medfør af § 23 f, stk. 5, samt hvad retsvirkningen af ugyldighed i givet fald skal være. Energiklagenævnet finder derfor, at det er beklageligt, at Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 er formuleret således, at tilsynet tager stilling til, at overdragelsen mellem DONG og Vattenfall i 2006 er sket i strid med § 23 f, stk. 1, og herefter konstaterer, at aftalen om overdragelse er ugyldig, jf. § 23 f, stk. 5. Energiklagenævnet har noteret sig, at tilsynet har oplyst, at det er en fejl, at afgørelsen er formuleret på denne måde, da tilsynet heller ikke selv mener at have kompetence til at tage stilling hertil.

Som nævnt ovenfor er Energitilsynets afgørelseskompetence efter § 23 f således alene at fastsætte vilkårene for overdragelse, såfremt disse ikke kan fastsættes i mindelighed mellem parterne, jf. § 23 f, stk. 4.

Da Energitilsynet som før nævnt ikke har kompetence til at tage stilling til, om en overdragelse er sket i overensstemmelse med varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1, er spørgsmålet herom uden betydning for Energitilsynets fastsættelse af vilkår efter § 23 f, stk. 4. Energiklagenævnet finder derfor, at tilsynet i den konkrete situation, hvor transmissionsledningen ved forkøbsretten er blevet tilbudt klager, og hvor tilsynet alene er blevet anmodet om at tage stilling til vilkårene for overdragelse i medfør af § 23 f, stk. 4, skulle have taget stilling hertil. Energiklagenævnet bemærker hertil, at det forhold, at Energitilsynet tager stilling til vilkårene for overdragelse af transmissionsledningen ef-

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 14 af 16

ter Energiklagenævnets opfattelse ikke er udtryk for, at Energitilsynet hermed indirekte tager stilling til, om overdragelsen af transmissionsledningen er sket i overensstemmelse med varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 1. Energitilsynets fastsættelse af vilkårene i medfør af varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, er alene udtryk for Energitilsynets vurdering af, hvilke vilkår en overdragelse bør ske på, herunder navnlig tilsynets prisfastsættelse af et givent aktiv i den konkrete sag.

Da Energitilsynet således burde have taget stilling til vilkårene for overdragelsen i medfør af varmemforsyningslovens § 23 f, stk. 4, i afgørelsen af 13. oktober 2011, ophæver Energiklagenævnet afgørelsen og sagen hjemvises til Energitilsynet med henblik på, at tilsynet fastsætter vilkårene for overdragelsen af den sydgående transmissionsledning i henhold til § 23 f, stk. 4.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML –EKN

Side 15 af 16

For så vidt angår Energitilsynets sagsbehandling bemærker Energiklagenævnet, at DONG – i lighed med Vattenfall, Vestforbrænding og klager – efter nævnets opfattelse er part i sagen og derfor burde have været inddraget i Energitilsynets sagsbehandling. Afgørelsen af 13. oktober 2011 lider på denne baggrund af en væsentlig mangel, da DONG ikke er blevet partshørt i forbindelse med tilsynets sagsbehandling. DONG har dog fået fremsendt afgørelsen af 13. oktober 2011. Endvidere er DONG blevet partshørt i forbindelse med nævnets behandling af sagen, Energiklagenævnet finder derfor, at tilsynets sagsbehandlingsfejl herved er blevet repareret.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 13. oktober 2011 ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling i Energitilsynet.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 12. marts 2012.

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

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

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

På nævnets vegne

Poul K. Egan
Nævnshoved

/Tina Maria Alander Lindfors
Fuldmægtig, cand.jur.

12. marts 2012

J.nr 1021-11-51-34

TML -EKN

Side 16 af 16