

(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 E.ON Produktion Danmark A/S
OVER Gladsaxe Kommunes afgørelse af 15. juni 2011
OM godkendelse af projektforslag om fjernvarmeforsyning af områder i Buddinge og Søborg

15. maj 2012

J.nr. 1021-11-52-37
UJO-EKN

NÆVNETS Nævnnsformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Professor, dr.jur. Jens Fejø
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
I SAGEN Professor, cand.jur. & Ph.D. Birgitte Egelund Olsen
Direktør Per Søndergaard

NÆVNETS Gladsaxe Kommunes afgørelse af 15. juni 2011 ophæves, og
AFGØRELSE sagen hjemvises.

Energiklagenævnet har fra Gladsaxe Kommune den 10. november 2011 modtaget E.ON Produktion Danmark A/S' (herefter klager) foreløbige klage af 6. juli 2011 og endelige klage af 2. september 2011 over kommunens afgørelse af 15. juni 2011. Ved afgørelsen godkendte Gladsaxe Kommune et projektforslag om fjernvarmeforsyning af områder i Buddinge og Søborg.

Sagens baggrund

Gladsaxe Kommune godkendte i sin egenskab af varmeplanmyndighed ved afgørelse af 15. juni 2011 Gladsaxe Fjernvarmes projektforslag af januar 2011 for ændring af områdeafgrænsning mellem naturgas og fjernvarme (Fjernvarmeforsyning af områder i Buddinge og Søborg). Gladsaxe Fjernvarme er en kommunal forsyningsvirksomhed, der via eget fjernvarmenet distribuerer fjernvarme i Gladsaxe Kommune. Gladsaxe Fjernvarme indgår i Gladsaxe Kommunes forvaltning og er ikke udskilt i et selvstændigt selskab. Fjernvarmen købes hos Centralkommunernes Transmissionsselskab I/S (herefter CTR).

HMN Naturgas I/S (herefter HMN) er et naturgasdistributionsselskab, der ejes ligeligt af 32 kommuner i hovedstaden, herunder Gladsaxe Kommune, og 25 kommuner i Midt- og Nordjylland. HMN distribuerer naturgas til kunderne i det forsyningsområde, der er angivet i projektforslaget.

Klager driver tre mindre naturgasfyrede kraftvarmeanlæg (blokvarmecentraler), som forsyner boligforeningsafdelingerne Mølleparken, Lyngparken og Stengårdsparken, der alle tre er beliggende indenfor det forsyningsområde, der er angivet i projektforslaget. Anlæggene ejes af boligforeningerne, dog således at klager ejer kraftvarmeanlæggenes motoranlæg.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 2 af 26

Projektforslaget, der vedlægges afgørelsen som **bilag 1**, omfatter bl.a. en ændring af varmemforsyningsform fra naturgas til fjernvarme for områder parallelt med Buddingevej og dele af Søborg. Der forventes ifølge projektforslaget en tilslutningsgrad på 90-100 pct. til det nye fjernvarmenet. På tidspunktet for projektforslagets godkendelse havde ca. 80 pct. af det samlede varmegrundlag underskrevet en tilslutningserklæring. Områderne, der er omfattet af projektforslaget, er i kommunens varmeplan udlagt til individuel naturgasforsyning og forsynes i dag med naturgas. Gennemførelse af projektforslaget vil derfor medføre en ændring af områdeafgrænsningen mellem naturgas- og fjernvarmeforsyning. Der er ikke pålagt områdets ejendomme tilslutnings- og forblivespligt til naturgasforsyning. Projektforslaget pålægger heller ikke tilslutningspligt til fjernvarmeforsyningen.

Ifølge projektforslagets oplysninger kompenseres HMN for mistede distributionsindtægter i perioden 2011-2014. Tilsvarende kan der indregnes compensation for ikke foretagne afskrivninger af investeringer i forsyningsnettet til kunder tilsluttet efter 1. januar 2005. For perioden 2011 til 2015 er beregnet en samlet kompensationsbetaling på ca. 9 mio. kr. Kompensationen forfalder i takt med, at de enkelte naturgaskunder konverterer til fjernvarme.

Projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger og vurderinger er udført på baggrund af Energistyrelsens "Vejledning i samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, april 2005", og der er anvendt Energistyrelsens samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger fra april 2010¹.

Følgende fremgår af vejledningen fra 2005 vedrørende diskonteringsrenten:

"[...]"

¹ Energistyrelsens notat: Forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, april 2010. I notatet præsenteres en række forudsætninger om fremtidige energipriser og andre faktorer, der er af betydning ved samfundsøkonomiske beregninger på energiområdet.

4.4. Kalkulationsrente og levetid

Der anvendes som udgangspunkt en beregningsperiode svarende til projektets levetid og en samfundsmæssig kalkulationsrente på 6 pct. realt (renset for inflation), jf. Finansministeriets vejledning.

[...]"

I projektforslaget er dog anvendt en diskonteringsrente (kalkulationsrente) på 3 pct. Den samfundsøkonomiske analyse viser et overskud på 39,1 mio. kr. i nutidsværdi over 20 år. Der er endvidere foretaget en følsomhedsanalyse med en diskonteringsrente på 6 pct., der viser et overskud på 7,7 mio. kr. i nutidsværdi over 20 år. Desuden vil der ske en årlig reduktion af CO₂-emmissioner på ca. 7.500 tons omregnet til CO₂-ækvivalenter.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 3 af 26

Energistyrelsen udsendte nye opdaterede samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger i april 2011². Af Energistyrelsens notat fra april 2011 fremgår bl.a. følgende:

"[...]

Indledning

...

Notatet indeholder prisprognoser for brændsler og for el og fjernvarme, faktorer til beregning af emissioner, enhedsomkostninger til værdisætning af emissioner og som noget nyt oversigter over afgiftssatser for brændsler og el. I kapitel 2 er endvidere præsenteret en række generelle forudsætninger for anvendelse af notatets oplysninger.

Notatet er en revision af notatet *Forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, april 2010*.

Priserne på de fossile brændsler er baseret på den seneste vurdering fra Det Internationale Energiagentur (IEA) i World Energy Outlook, november 2010. Priserne er omregnet til danske kroner med en forventet dollarkurs.

Fremskrivning af biomassepriserne bygger på en særskilt konsulentundersøgelse, der er blevet gennemført primo 2011.

² Energistyrelsens forskellige versioner af notater om forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet er offentliggjort på styrelsens hjemmeside: www.ens.dk. Til de seneste beregningsforudsætninger fra april 2011 er desuden udstedt et tillægsblad af 2. september 2011.

Der er i år udført en ny vurdering af omkostningerne til transport, lager og avancer for brændslerne samt til raffinering af olie. Endvidere er opgørelsen af sunk costs revurderet.

...
[...]"

Klager anførte i forbindelse med høringen over projektforslaget, at klager var berettiget til at modtage en kompensation for tabte afskrivningsmuligheder m.v. på samme vis, som HMN ifølge projektforslaget var tildelt kompensation. Den 15. juni 2011 godkendte Gladsaxe Kommune Gladsaxe Fjernvarmes projektforslag. Som en del af denne godkendelse traf kommunen beslutning om ikke at tildele klager kompensation. Dette blev meddelt klager særskilt ved brev af 11. juli 2011. Kommunens afgørelse af 15. juni 2011 om godkendelse af projektforslaget vedlægges som **bilag 2**, og den særskilte meddelelse til klager om afslaget på kompensationstildeling af 11. juli 2011 vedlægges som **bilag 3**.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 4 af 26

Ved brev af 31. august 2011 har klager rettet henvendelse til Statsforvaltningen Hovedstaden i dennes egenskab af kommunal tilsynsmyndighed. Klager har anmodet statsforvaltningen om at undersøge den kompensationsbetaling, som Gladsaxe Kommune har godkendt ved projektforslaget, idet klager mener, at der er tale om tildeling af statsstøtte i strid med artikel 107 og 108 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. Ved brev af 7. september 2011 videresendte Statsforvaltningen Hovedstaden denne henvendelse til Energiklagenævnet under henvisning til, at Energiklagenævnet som en særlig klagemyndighed i medfør af varmemforsyningslovens § 26³ kunne tage stilling til selve godkendelsen af projektforslaget. Efter aftale med klager meddelte Energiklagenævnet herefter ved e-mails af 24. november 2011 sagens parter og Statsforvaltningen i Hovedstaden, at henvendelsen ville blive inddraget som et af klagers synspunkter i forbindelse med Energiklagenævnets behandling af den generelle klage over projektforslagets vedtagelse.

HMN's bestyrelse besluttede den 30. september 2011 at opsige alle indgåede kompensationsaftaler med den virkning, at HMN ikke længere modtager økonomisk kompensationsbetaling fra den 1. januar 2012. Som en følge heraf har HMN ved brev af 28. november 2011 opsagt den indgåede aftale om kompensationsbetaling overfor Gladsaxe Kommune med virkning fra den 1. januar 2012. HMN har således givet afkald på kompensation for konvertering af naturgaskunder, der sker efter 1. januar 2012. HMN har endnu ikke opgjort og opkrævet en eventuel kompensationsbetaling hos Gladsaxe Fjernvarme. På grundlag af kommunens oplysninger om konverteringer i forsyningsområdet forventes en eventuel kompensation dog alene at blive af en relativt beskeden

³ Bekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011 af lov om varmemforsyning

størrelse, formentlig på ca. 1-2 pct. af den kompensation, som fremgår af projektforslaget.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Klager finder, at det af Gladsaxe Kommune godkendte projektforslag skal ændres således, at klager kompenseres for tabte afskrivninger og underdækning i de af projektforslagets berørte forsyningsområder. Hvis Energiklagenævnet ikke træffer afgørelse om, at der skal fastsættes en kompensation til klager, finder klager, at Gladsaxe Kommunes godkendelse skal ophæves, og sagen hjemvises med henblik på, at kommunen fastsætter en kompensation til klager. Til støtte herfor har klager navnlig anført følgende:

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Klageberettigelse

Side 5 af 26

- Klagers tre motoranlæg (blokvarmecentraler), som forsyner boligforeningsafdelingerne Mølleparken, Lyngparken og Stengårdsparken, er alle tre beliggende indenfor det forsyningsområde, der er angivet i projektforslaget. Klager er derfor et berørt forsyningsselskab i relation til projektbekendtgørelsens⁴ §§ 23 og 26, hvoraf følger, at kommunen skal høre berørte forsyningsselskaber over projektforslag og underrette disse om godkendelse af projektforslag. Gladsaxe Kommune har også hørt klager over projektforslaget og underrettet klaget om dets vedtagelse. Endvidere omtales og behandles klagers tre anlæg flere steder i det pågældende projektforslag. Kommunen har således inddraget klager i behandlingen af projektforslaget, hvilket viser, at kommunen også har anset klager for at være et berørt forsyningsselskab.
- Under alle omstændigheder indeholder projektbekendtgørelsen og varmemforsyningsloven ikke særskilte regler om kredsen af klageberettigede, hvorfor det er de almindelige forvaltningsretlige regler om klageberettigelse, der er afgørende for, hvem der kan indbringe en afgørelse for Energiklagenævnet. De tre boligforeninger, som klagers anlæg forsyner med varme, har underskrevet en tilslutningserklæring om at ville tilslutte sig det nye fjernvarmenet. På grund af det vedtagne projektforslag står klager til at miste hele sit kundegrundlag. Klager har dermed ikke længere mulighed for at indregne afskrivninger på anlæggene og eventuelle underdækninger i varmepriserne, og klager lider på den baggrund et finansielt tab. Ifølge det seneste varmepris-mæssige regnskab, som er anmeldt til Energitilsynet, har anlægget, der forsyner Lyngparken, en uafskrevet restsum ultimo 2010 på 1.077.337 kr. og en underdækning på 906.703 kr. Anlægget, der for-

⁴ Bekendtgørelse nr. 1295 af 13. december 2005 om godkendelse af projekter for kollektiv varmemforsyning med senere ændringer

syner Mølleparken, har en uafskrevet restsum ultimo 2010 på 1.141.239 kr. og en underdækning på 535.462 kr., og anlægget, der forsyner Stengårdsparken, har en uafskrevet restsum ultimo 2010 på 1.028.142 kr. og en underdækning på 622.947 kr. Klagers interesse i projektforslagets vedtagelse er derfor væsentlig.

- Da klager er den eneste, der driver lokale kraftvarmeanlæg i projektforslagets område, er klager også individuelt berørt. Endvidere står klagers tre anlæg for en betragtelig del af den omstilling, som projektforslaget indebærer. De tre anlæg står således for i alt 7.200 MWh ud af projektforslagets anslåede samlede varmebehov på ca. 36.700 MWh, svarende til ca. 20 pct.
- Energiklagenævnet har i adskillige sager taget stilling til, at der ikke er noget til hinder for at anse hidtidige varmforsynere for klageberettigede. Energiklagenævnet har bl.a. ved afgørelse af 21. juni 2010 (j.nr. 1021-263) anset klager for at være klageberettiget i en sag om et konverteringsprojekt i Ballerup Kommune, hvor klager også ejede et lokalt naturgasfyret kraftvarmeanlæg beliggende i det pågældende projektforslags område. Sagens faktiske omstændigheder var således fuldstændig identiske med nærværende sag.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 6 af 26

Kompensationsbetaling

- Konverteringsprojekter kan ifølge projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, bl.a. kun godkendes, hvis de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold ikke forrykkes væsentligt. Klager er et berørt forsyningsselskab, og klagers økonomiske forhold forrykkes væsentligt på grund af den ændrede områdeafgrænsning. Projektforslaget kan derfor ikke godkendes, medmindre klager modtager en kompensation, som afbøder den væsentlige forrykkelse af klagers økonomiske forhold.
- Varmeforsyningsloven indeholder en generel pligt til at tage hensyn til beskyttelsen af afholdte investeringer. Dette kommer til udtryk i varmforsyningslovens § 12, stk. 1, hvorefter kommunalbestyrelsen kan bestemme, at eksisterende bebyggelse inden for en bestemt tidsfrist skal tilsluttes et kollektivt varmforsyningsanlæg, bl.a. under hensyntagen til den naturlige udskiftningstakt for eksisterende opvarmningsanlæg. Ifølge § 12, stk. 3, kan klima-, energi- og bygningsministeren fastsætte regler om, at ejere af ejendomme, der skal tilsluttes et kollektivt varmforsyningsanlæg ifølge en beslutning efter stk. 1, kan få udbetalt en godtgørelse af kommunen og anlægget. Retsgrundsætningen om, at allerede afholdte investeringer ikke bør tabes i forbindelse med overgangen til fjernvarme, er tillige kommet til udtryk i tilslut-

ningsbekendtgørelsens⁵ § 10, jf. § 15, stk. 1, litra a). Efter disse bestemmelser kan bygninger ikke pålægges tilslutningspligt, hvis omstillingen til den kollektive varmforsyning på grund af nødvendige, større installations- eller bygningsmæssige ændringer vil være uforholdsmæssigt bekostelig.

- Den almindelige anerkendte lighedsgrundsætning er til hinder for, at Gladsaxe Kommune godkender, at Gladsaxe Fjernvarme kompenserer en hvile-i-sig-selv reguleret virksomhed (HMN) for dens tab, mens en anden hvile-i-sig-selv reguleret virksomhed (klager) ikke kompenseres tilsvarende. HMN's og klagers situation er udtryk for helt ensartede tilfælde. De er begge forsyningsselskaber, der lider tab ved kommunens godkendelse af projektforslaget, og det bør ikke gøre nogen forskel, at det ene selskabs kunder varmforsynes med individuel naturgas, mens det andet selskabs kunder forsynes via naturgasfyrede lokale kraftvarmeanlæg. Der er ingen saglige grunde, der tilsiger en forskelsbehandling, og det er således i strid med den almindelige forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, at Gladsaxe Kommune har godkendt et projektforslag, hvor Gladsaxe Fjernvarme har valgt at kompensere HMN, men ikke kompenserer klager.
- Gladsaxe Fjernvarmes compensation til HMN udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. Det følger af bestemmelsen, at statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, er uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Dækning af tab er ifølge langvarig retspraksis omfattet af begrebet "støtte". At HMN efterfølgende har afstået fra at modtage compensationen har ingen betydning, da dette er sket efterfølgende. Det har ligeledes ikke betydning, at compensationen herefter er af en mere beskeden karakter. Ifølge traktatens artikel 108, stk. 3, har offentlige myndigheder, der påtænker at yde statsstøtte, pligt til at anmelde ordningen til Kommissionen og pligt til at afvente Kommissionens godkendelse, inden ordningen gennemføres. Gladsaxe Kommune har ikke foretaget en behørig anmeldelse til Kommissionen, og compensationen til HMN er således ulovlig statsstøtte. Kommunen kan derfor ikke godkende projektforslaget, før støtten er behørigt anmeldt til Kommissionen og endeligt godkendt af denne.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 7 af 26

⁵ Bekendtgørelse nr. 690 af 21. juni 2011 om tilslutning m.v. til kollektive varmforsyningsanlæg med senere ændringer.

Klager finder endvidere, at en række andre forhold, herunder det grundlag, som projektforslagets vurderinger af projektets forskellige forudsætninger bygger på, taler for, at Gladsaxe Kommunes godkendelse af projektforslaget skal ophæves. Klager har til støtte herfor navnlig anført følgende:

Andre forhold vedrørende projektforslagets godkendelse

- Gladsaxe Kommune ejer og driver Gladsaxe Fjernvarme, og kommunen kan derfor være myndighedsinhabil i forbindelse med godkendelse af det pågældende projektforslag. Med vedtagelsen af projektforslaget udvides Gladsaxe Fjernvarmes forsyningsområde til også at omfatte de kunder, som klager forsyner. Der foreligger således en interessekonflikt mellem de interesser, som Gladsaxe Kommune skal varetage som varmeplansmyndighed, og de interesser, som Gladsaxe Kommune har som ejer af Gladsaxe Fjernvarme i få udvidet sit forsyningsområde. Endvidere er Gladsaxe Kommune en del af ejerkredsen omkring HMN og kan således også have været myndighedsinhabil ved at have godkendt et projektforslag, hvorefter HMN ydes kompensation.
- Hvis Gladsaxe Kommune ønsker at bringe den lokale kraftvarmeproduktion i området omfattet af projektforslaget til ophør, må kommunen gå frem efter reglerne i varmforsyningslovens kapitel 3 om ekspropriation. Der er derfor tale om procedurefordrejning med godkendelsen af det omhandlede projektforslag, idet klagers anlæg hermed antageligvis vil have tabt deres værdi, hvorefter anlæggene vil kunne eksproprieres uden erstatning eller til minimal erstatning. Dette resultat vil ikke være i overensstemmelse med gældende ret.
- Klager har hovedkontor i Tyskland og har etableret sig i Danmark for at drive virksomhed med produktion og levering af bl.a. varme. Fri etableringsret, som fastsat i artikel 49 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, og dennes effektive udnyttelse, forudsætter, at de erhvervsdrivende har lige muligheder. Gladsaxe Kommune kan derfor ikke ved en administrativ bestemmelse (godkendelse af projektforslaget) udvide Gladsaxe Fjernvarmes – som kommunens helejede erhvervsdrivende kommunale virksomhed – indtægtsgrundlag og muligheder for at høste synergier og reducere omkostninger, til skade for klager. Idet den kommunale fjernvarme udvider sin dominerende stilling til også at omfatte klagers anlæg, og idet dette sker i kraft af en offentlig foranstaltning (projektgodkendelsen), vil projektgodkendelsen også stride mod artikel 106 (Regler for offentlige og monopollignende virksomheder) i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, sammenholdt med dennes artikel 102 (Forbud mod misbrug af dominerende stilling)

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 8 af 26

Projektforslagets forudsætninger

- Det fremgår af projektforslaget, at projektforslaget er baseret på forudsætningerne for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet fra april 2010. Kommunens afgørelse skal træffes på de på afgørelsestidspunktet aktuelle beregningsforudsætninger. Da der er udmeldt nye samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger i april 2011, burde projektgodkendelsen af 15. juni 2011 være baseret på disse, jf. herved Energiklagenævnets afgørelse af 5. januar 2011 (j.nr. 1021-10-8).
- Det fremgår af projektforslaget, at der er anvendt en diskonteringsrentesats på 3 pct., og ikke diskonteringsrentesatsen i henhold til de samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger på 5 pct. (tidligere 6 pct.). Det relevante er ikke, om der konkret kan lånes til en anden sats end det, der følger af de normale forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet. Baggrunden herfor er, at en "privatøkonomisk" lånesats ikke nødvendigvis er det samme som den samfundsøkonomiske diskonteringsrente. En af de væsentligste årsager hertil er risikoelementet. I den samfundsøkonomiske diskonteringsrentesats er det nødvendigt at inkludere et risikotillæg i renten, der afspejler risikoen for, at investeringen ikke er det værd, som man regner med. Derfor har den samfundsøkonomiske diskonteringsrentesats altid betydning, og bør altid lægges til grund, uanset mulige konkrete lånemuligheder.
- Projektforslaget hviler på, at 90 - 100 pct. af det mulige kundegrundlag tilslutter sig. Der foreligger imidlertid ikke dokumentation for, at en så høj tilslutningsprocent er realistisk. Projektforslaget burde derfor indeholde en beregning af en mere realistisk tilslutningsprocent.
- Projektforslagets vurdering af de miljømæssige konsekvenser bygger på et urealistisk og ufuldstændigt grundlag. Ifølge projektforslagets oplysninger vil biomasse fra og med 2011 udgøre 34,8 pct. af energiens kilder. I 2010 udgjorde biobrændslerne imidlertid kun 22 pct. ifølge miljødeklarationen fra CTR, der skal levere varmen til Gladsaxe Fjernvarme. Det er urealistisk, at denne andel øges til 34 pct., eller i øvrigt øges voldsomt, i den nærmeste fremtid. Hvis klager ikke længere skal producere kraftvarme, sådan som projektforslaget lægger op til, og det i øvrigt forudsættes, at hele 34 pct. af varmebehovet kan dækkes af biobrændsler, tabes endvidere kraftvarmefordelen. Den elektricitet, som før blev leveret til elnettet fra klagers anlæg, skal derfor skabes et andet sted, hvilket i praksis vil blive på indenlandske eller udenlandsk centrale kraftværker, der som oftest er kulbaserede. Sam-

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 9 af 26

tidig overses det, at lokal elproduktion forventes at få en øget betydning og samfundsmæssig nytte på grund af den øgede vindenergi i elnettet, der medfører en mere uforudseelig elproduktion. Det vil formentlig være de mindre enheder, der har bedst muligheder for at levere frekvensydelse til at balancere elnettes svingninger og dermed undgå nedbrud i elnettene. Projektforslaget har således ikke sandsynliggjort de miljømæssige forudsætninger, som forslaget bygger på, og det har derfor ikke været muligt for kommunen på baggrund af dokumenterede fakta at foretage en reel vurdering af de miljømæssige konsekvenser.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Gladsaxe Kommunes og Gladsaxe Fjernvarmes synspunkter og bemærkninger

Gladsaxe Kommune og Gladsaxe Fjernvarme har ved Gladsaxe Fjernvarmes indlæg afgivet fælles bemærkninger til sagen. Gladsaxe Kommune og Gladsaxe Fjernvarme finder, at Energiklagenævnet bør afvise at behandle klagen, da klager ikke er klageberettiget. Hvis Energiklagenævnet ikke afviser at behandle klagen, finder Gladsaxe Kommune og Gladsaxe Fjernvarme, at Gladsaxe Kommunes godkendelse af projektforslaget bør stadfæstes. Gladsaxe Kommune og Gladsaxe Fjernvarme har til støtte herfor navnlig anført følgende:

Side 10 af 26

Klageberettigelse

- Klagers tre motoranlæg producerer og leverer fjernvarme, og anlæggene indgår derfor ikke i varmeplansområdets konvertering fra individuel naturgasforsyning til fjernvarme. Projektforslaget indeholder endvidere ikke et projekt for tilslutningspligt til det nye fjernvarmenet, hvorfor klager i princippet frit kan fortsætte med at drive anlæggene efter projektforslagets godkendelse. Gladsaxe Kommune har derfor i relation til konverteringsprojektet ikke anset klager for at være et berørt forsyningsselskab i relation til bestemmelserne i projektbekendtgørelsens §§ 23 og 26.
- Klager er heller ikke klageberettiget efter de almindelige forvaltningsretlige regler herom. Klager har ikke en væsentlig interesse i projektforslagets vedtagelse, da de varmemeforbrugere, der er tilknyttet klagers anlæg (de tre boligforeninger) ikke er, og aldrig har været, underlagt tilslutningspligt til klagers anlæg, hvorfor klager ikke kan have en berettiget forventning om et fortsat leveringsforhold til de tilknyttede varmemeforbrugere. Klager har derfor ikke kunne have en berettiget forventning om at kunne få sine investeringer i anlæggene afskrevet fuldt ud over varmeprisen. På trods af kommunens opfordringer, er klager endvidere ikke fremkommet med konkrete oplysninger, der sandsynliggør, at klager vil lide et væsentligt økonomisk tab som en direkte

følge af projektforslagets godkendelse. Kommunen har i den forbindelse lagt til grund, at anlæggene, som er idriftsat i perioden 1993-1996, alle bør være fuld afskrevet på nuværende tidspunkt. Efter kommunens oplysninger har de tre boligselskaber underskrevet en erklæring om at ville tilslutte sig det nye fjernvarmenet. Tabet skyldes således ikke vedtagelse af projektforslaget, men at kunderne har erklæret at ville opsigte deres leveringsforhold. Klager ses alene at kunne blive berørt af projektforslagets vedtagelse i kraft af klagers egenskab af naturgasaftager på samme linje som områdets øvrige naturgaskunder. Klagers interesse er derfor heller ikke individuel.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 11 af 26

- Klager anmodede selv om at blive hørt i relation til kommunens udbygningsplan for fjernvarmen, som blev offentliggjort i 2008. For god ordens skyld, og som et udslag af god forvaltningsskik, valgte Gladsaxe Kommune derfor at partshøre klager, uanset at klager efter kommunens opfattelse ikke kan anses for part i henhold til reglerne herom i forvaltningsloven og projektbekendtgørelsen. Det var således også alene for en sikkerheds skyld, at klager i forbindelse med projektforslagets høringsfase blev anmodet om oplysninger om, hvorvidt klagers selskabsøkonomi blev forrykket væsentligt i forbindelse med konverteringen.

Kompensationsbetaling

- Bestemmelsen i projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, finder alene anvendelse i forbindelse med ændringer af områdefrænsningen mellem et individuelt naturgasforsynet område og et fjernvarmeforsynet område. HMN er derfor det eneste berørte forsyningsselskab i relation til projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, da det udelukkende er den individuelle naturgas, som udfases ved konverteringen. Klager kan ikke i denne sammenhæng sidestilles med naturgasselskabet, da klager ikke ligesom naturgasselskabet er tildelt et særligt "eneforsyningsområde" i kommunens varmeplanlægning. I forarbejderne til lov nr. 622 af 11. juni 2010 om ændring af bl.a. varmeforsyningsloven omtales endvidere alene muligheden for compensation til naturgasselskaber i forbindelse med konverteringsprojekter. Klager er derfor ikke et berørt forsyningsselskab efter bestemmelsen i projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, og projektforslagets godkendelse er således ikke betinget af, at klagers økonomiske forhold ikke forrykkes væsentligt.
- Ud over de tilfælde, der er omfattet af projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, indeholder projektbekendtgørelsen ikke krav om, at der skal foretages en selskabsøkonomisk vurdering af andre berørte forsyningsselskaber. Det følger tilmed af Energiklagenævnets afgørelse af 19. de-

cember 2006 (j.nr. 21-526), at det udelukkende er projektansøgerens selskabsøkonomiske forhold, der skal vurderes. Kommunen har derfor ikke hjemmel til – uden for anvendelsesområdet af projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2 – at inddrage hensynet til andre selskabers selskabsøkonomi i den samfundsøkonomiske vurdering, der ligger til grund for projektgodkendelsen. Da klager ikke er et berørt forsynings-selskab efter projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, har Gladsaxe Kommune ikke hjemmel til at inddrage hensynet til klagers selskabsøkonomi ved projektforslagets samfundsøkonomiske vurdering. Energi-klagenævnet har ligeledes i afgørelse af 13. juli 2010 (j.nr. 1021-267) givet udtryk for, at der hverken er hjemmel for kommunen eller Ener-giklagenævnet til at pålægge en projektansøger at indregne en kom-pensation i et projektforslag.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 12 af 26

- En generel beskyttelse af investeringer kan ikke udledes af varmemeforsyningslovens § 12 eller bestemmelserne i tilslutningsbekendtgørelsen. Bestemmelserne tilsiger efter deres ordlyd alene at beskytte ejere af eksisterende bebyggelse – det vil sige varmemeforbrugerne – mod værdispild i forbindelse med pålæg af tilslutningspligt.
- Lighedsgrundsætningen og tilsvarende ligebehandlingsprincipper må bygge på den forudsætning, at der i lovgivningsmæssig forstand skal være tale om sammenlignelige forhold, således at lige forhold behandles lige i retlig henseende. Da klager ikke er et berørt forsynings-selskab i relation til projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, er der ikke hjemmel i varmemeforsyningsloven til at fastsætte en compensation til klager. Klagers interesser i forsyningsområdet behandles således ikke efter samme regler som naturgasselskabets, hvorfor der ikke er tale om lige forhold. At Gladsaxe Kommune har godkendt et projektforslag, hvorefter HMN tildeles en compensation, er således ikke i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.
- Klager har under alle omstændigheder ikke dokumenteret, at der eksisterer en restgæld i de pågældende anlæg. Endvidere har klager aldrig kunnet indrette sig i tillid til, at det eksisterende kundegrundlag kunne fastholdes i hele anlæggenes afskrivningsperiode, da der aldrig har været tilslutningspligt til klagers anlæg, og da klager heller ikke i henhold til Gladsaxe Kommunes varmeplanlægning i øvrigt er sikret et ”eneforsyningsområde”.
- For så vidt angår det af klager anførte vedrørende statsstøtte, kan projektforslagets forudsætninger om compensation til HMN ikke karakteriseres som et støttebeløb omfattet af artikel 107 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. Fastsættelsen af kompensatio-

nen sker derimod med henblik på dækning af tab i forbindelse med naturgasselskabets mistede investeringer som følge af ændringen af forsyningsområdets områdeafgrænsning. Kompensationen blev fastsat med hjemmel i projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, og bestemmelsens tilknyttede praksis. Der er ikke hjemmel til at fastsætte en tilsvarende kompensation til klager. Gladsaxe Kommunes projektgodkendelse er således lovlig og dermed ikke udtryk for en usaglig konkurrenceforvridning til fordel for naturgasselskabet.

Bestemmelserne i projektbekendtgørelsen gælder for alle varmeforsyningsvirksomheder, der driver virksomhed i Danmark. Den gælder således for såvel nationale og internationale som offentlige og private varmeforsyningsvirksomheder. Selvom projektforslagets forudsætning om kompensationsbetaling i denne sag angav en betaling af kommunale midler til naturgasselskabet, beror dette alene på den tilfældighed, at Gladsaxe Fjernvarme er et kommunalt fjernvarmeselskab. Kompensationen ville være blevet fastsat på samme måde, og efter samme regler, hvis fjernvarmeselskabet havde været privat.

HMN har ved brev af 28. november 2011 opsagt den indgåede aftale om kompensationsbetaling med virkning fra den 1. januar 2012. HMN har således givet afkald på kompensation for konvertering af naturgaskunder, der sker efter 1. januar 2012. HMN har endnu ikke opgjort og opkrævet en eventuel kompensationsbetaling hos Gladsaxe Fjernvarme. På grundlag af kommunens oplysninger om konverteringer i forsyningsområdet forventes en eventuel kompensation dog alene at blive af en relativt beskeden størrelse, formentlig på ca. 1-2 pct. af den kompensation, som fremgår af projektforslaget. Beløbet er således under alle omstændigheder for beskedent til at have praktisk relevans.

Andre forhold vedrørende projektforslagets godkendelse

- Som varmeplansmyndighed påhviler det Gladsaxe Kommune efter varmeforsyningslovens § 3, stk. 1, at udføre planlægning for varmeforsyningen i kommunen. Kommunen skal som led heri i medfør af § 6, stk. 1, sørge for, at der udarbejdes projektforslag i medfør af projektbekendtgørelsen, som forelægges kommunen, og kommunen skal sørge for, at projektforslagene godkendes, hvis de er i overensstemmelse med de gældende regler. Varmeforsyningslovens § 4, stk. 2, hvorefter godkendelseskompetencen i særlige tilfælde kan overføres til klima-, energi- og bygningsministeren, er alene benyttet i forbindelse med projektgodkendelser af affaldsforbrændingsanlæg, hvor projekterne godkendes af Miljøministeren. Der må gælde en formodning for, at ministeren havde udstedt nærmere regler om f.eks. myndighedssubstituti-

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 13 af 26

on, hvis ikke kommunerne måtte godkende projektforslag fra kommunernes egne forsyningsvirksomheder, uden derved at komme i habilitetsproblemer. Gladsaxe Kommune er derfor ikke myndighedsinhabil i forhold til godkendelse af Gladsaxe Fjernvarmes projektforslag. Dette gælder så meget desto mere, da kommunen selv med hjemmel i varmemeforsyningslovens § 6, stk. 2, kunne have udarbejdet projektforslaget.

- For så vidt angår det af klager anførte vedrørende procedurefordrejning, antager Gladsaxe Kommune, at klager mener, at kommunen kan bringe klagers anlæg til ophør ved ekspropriation efter varmemeforsyningslovens § 16. § 16 kan imidlertid ikke anvendes til at bringe et kollektivt varmemeforsyningsanlæg til ophør, hvorfor der ikke kan tales om eventuel procedurefordrejning. Bestemmelsen indeholder alene hjemmel til at ekspropriere *til fordel for* kollektive varmemeforsyningsanlæg – f.eks. ved ekspropriation af jordarealer eller rettigheder fra almindelige grundejere. Gladsaxe Kommune har herudover ingen aktuelle planer om at ekspropriere klagers anlæg. Derimod har kommunen og klager ført frivillige forhandlinger om Gladsaxe Fjernvarmes overtagelse af klagers anlæg til brug for spids- og reservelastcentraler. Der er dog ikke på nuværende tidspunkt indgået en endelig aftale herom mellem parterne.
- Med hensyn til den frie etableringsret og EU-konkurrenceretten bemærkes, at klager allerede er etableret i Danmark. Klagers anlæg og HMN's net i forsyningsområdet reguleres i øvrigt efter forskellige regler i projektbekendtgørelsen, hvilket bl.a. skyldes, at selskaberne leverer forskellige ydelser. Selskaberne er derfor ikke sammenlignelige, og der forekommer derfor ikke konkurrenceforvridning.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 14 af 26

Projektforslagets forudsætninger

- For så vidt angår projektets samfundsøkonomi, er de samfundsøkonomiske beregninger udført i henhold til Energistyrelsens "Vejledning i samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, april 2005", og der er anvendt de af Energistyrelsen udmeldte forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet fra april 2010. Gladsaxe Kommune begyndte behandlingen af projektforslaget i starten af 2011, og projektforslaget blev sendt i høring 1. februar 2011. Alle hørings-svar er indkommet på baggrund af disse beregningsforudsætninger. Projektgodkendelsen er dermed meddelt i overensstemmelse med de samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger, der var gældende på tidspunktet for sagens behandling, uanset den tilfældighed, at Energistyrelsen i den mellemliggende periode frem til Gladsaxe Kommunes

godkendelse udstedte nye samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger. Anvendelsen af de samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger har derfor ikke været til hinder for kommunens godkendelse af projektforslaget.

- Lån med kommunal garanti og en løbetid på 25 år kan gennem Kommunekredit fås til en fast rente på ca. 4,2 pct. før inflation og dermed en realrente på ca. 2,2 pct. En diskonteringsrenten på 3 pct., stemmer derfor bedre overens med de faktiske forhold, herunder de aktuelle samfundsmæssige rente- og inflationsforhold, end den diskonteringsrente på 6 pct., der foreslås i Energistyrelsens vejledning i samfundsøkonomiske analyser på energiområdet. Endvidere er Energistyrelsens vejledning ikke umiddelbart retligt bindende. Projektgodkendelsen skal meddeles i medfør af projektbekendtgørelsens regler, herunder navnlig på baggrund af kommunalbestyrelsens skøn i henhold til bekendtgørelsens § 24. Det fremgår ligeledes af Energistyrelsens vejledning, at der "som udgangspunkt" anvendes en beregningsperiode svarende til projektets levetid og en samfundsmæssig diskonteringsrente på 6 pct. Gladsaxe kommune har derfor lagt til grund, at en diskonteringsrente på 6 pct. alene skulle anvendes, hvis de faktiske forhold ikke tilsagde anvendelse af en alternativ rentesats. Projektforslaget indeholder imidlertid også en følsomhedsanalyse med en diskonteringsrente på 6 pct. Ifølge denne beregning udviser projektforslaget stadig et mindre samfundsøkonomisk overskud på 7,7 mio. kr. Gladsaxe Fjernvarme har dermed sandsynliggjort, at projektforslaget kan udvise positiv samfundsøkonomi, uanset om der anvendes en diskonteringsrente på 3 pct. eller 6 pct. Den i projektforslagets anvendte diskonteringsrente har derfor ikke været til hinder for kommunens godkendelse af projektforslaget.
- Gladsaxe Kommune har fra Gladsaxe Fjernvarme fået oplyst, at der på nuværende tidspunkt allerede er indgået aftaler om levering af fjernvarme med 91 pct. af ejendommene i forsyningsområdet under forudsætning af, at projektet gennemføres. Endnu flere har positivt tilkendegivet, at de ønsker tilslutning. Alle adspurgte har endnu ikke meldt tilbage, men alene et fåtal har afvist at ville tilsluttes Gladsaxe Fjernvarme. Gladsaxe Kommune har derfor lagt til grund, at den forudsatte tilslutningsprocent på 90 er realistisk og opnåelig.
- De i projektforslaget beskrevne miljøpåvirkninger har baggrund i marginalbetragtninger. Det vil sige, at beregningen har baggrund i en sammenligning af, hvordan miljøpåvirkningen/emissionerne forventes at være for nye fjernvarmekunder, der konverteres fra individuel naturgas, set i forhold til de pågældendes eksisterende miljøpåvirkninger

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 15 af 26

som naturgasaftagere. I øvrigt bemærkes, at der i CTR's net anvendes biobrændsler til kraftvarmeproduktion, og ikke blot til varmeproduktion. Det af klager anførte dokumenterer eller sandsynliggør ikke, at kommunens miljømæssige vurdering af projektet ikke måtte være korrekt.

Retsgrundlaget

Reglerne om adgangen til at klage til Energiklagenævnet over kommuners afgørelser truffet i henhold til varmemforsyningsloven, og regler udstedt i medfør heraf, fremgår af varmemforsyningslovens § 26, stk. 1. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

”[...]

§ 26. Energiklagenævnet behandler klager over afgørelser truffet af kommunen, klima-, energi- og bygningsministeren eller Energitilsynet efter denne lov eller efter regler udstedt i henhold til loven.

Side 16 af 26

...

[...]

Godkendelse af projekter for kollektive varmemforsyningsanlæg samt valg af produktionsform og brændsel er nærmere reguleret i varmemforsyningsloven og projektbekendtgørelsen.

Varmemforsyningslovens § 4, stk. 1, fastslår, at kommunalbestyrelsen er godkendelsesmyndighed:

”[...]

§ 4. Kommunalbestyrelsen godkender projekter for etablering af nye kollektive varmemforsyningsanlæg eller udførelsen af større ændringer i eksisterende anlæg.

[...]”

Kommunalbestyrelsens godkendelse af projekter for kollektive varmemforsyningsanlæg er nærmere reguleret i projektbekendtgørelsen, der i bekendtgørelsens kapitel 3 indeholder en overordnet bestemmelse i § 6 om kommunens behandling af projekter:

”[...]

Kapitel 3

Forudsætninger for kommunalbestyrelsens godkendelse af projekter for kollektive varmemforsyningsanlæg

§ 6. Kommunalbestyrelsen skal for projekter for kollektive varmforsyningsanlæg, der er omfattet af § 3, anvende forudsætningerne i dette kapitel, herunder bl.a. sørge for, at projektet, i overensstemmelse med varmforsyningslovens formålsbestemmelse, ud fra en konkret vurdering er det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt, jf. § 24.
[...]"

Projekter for distributionsnet, herunder ændring af områdeafgrænsningen mellem naturgasforsyning og fjernvarmforsyning, er reguleret i bekendtgørelsens § 7. Hovedreglen er, at områdeafgrænsningen mellem naturgasforsyning og fjernvarmforsyning bør opretholdes. Kommunalbestyrelsen kan dog under nærmere omstændigheder godkende projekter for bl.a. fjernvarmedistributionsnet, som i den foreliggende sag, som ændrer områdeafgrænsningen. Af projektbekendtgørelsens § 7, stk. 1 og 2, fremgår følgende:

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 17 af 26

"[...]

Projekter for distributionsnet og transmissionsnet

§ 7. Projekter for naturgasdistributionsnet og fjernvarmedistributionsnet kan kun godkendes af kommunalbestyrelsen, hvis projektet ud fra en konkret vurdering er samfundsøkonomisk fordelagtigt, og hvis projektet ikke ændrer områdeafgrænsningen mellem naturgasforsyningen og fjernvarmforsyningen, jf. dog stk. 2-3.

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen kan, uanset stk. 1, dog godkende projekter, der er omfattet af stk. 1, og som ændrer områdeafgrænsningen, hvis samfundsøkonomiske hensyn taler imod at opretholde områdeafgrænsningen, og hvis områdeafgrænsningen kan ændres, uden at de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold forrykkes væsentlig, jf. dog stk. 3.
[...]"

For at kunne godkende projektforslaget, skal betingelserne i projektbekendtgørelsens § 24, stk. 1, også være opfyldte. Denne bestemmelse er sålydende:

"[...]

§ 24. Forinden kommunalbestyrelsen kan meddele godkendelse, skal kommunalbestyrelsen foretage en energimæssig, samfundsøkonomisk og miljømæssig vurdering af projektet. Vurderingen skal ske på baggrund af planlægningen efter kapitel 2, de i kapitel 3 fastsatte forudsætninger og de i 21, stk. 1, nr. 10, nævnte samfundsøkonomiske analyser samt de efter § 23 modtagne bemærkninger. Kommunalbestyrelsen skal ved vurderingen påse, at projektet er i overensstemmelse med varmforsyningsloven, herunder formålsbestemmelsen, samt at projektet ud fra en konkret vurdering er det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.
[...]"

Varmeforsyningslovens § 20, stk. 2, er blevet ændret med virkning fra 16. juni 2010⁶, således at der blev indsat en bestemmelse, som bemyndiger klima- og energiministeren (nu klima-, energi- og bygningsministeren) til at fastsætte nærmere regler om indregning i varmepriserne af udgifter til kompensationsbetaling ved ændring af områdeafgrænsning. Det fremgår af ændringsloven, at § 20, stk. 2, affattes således:

”[...]

»Stk. 2. Klima- og energiministeren kan fastsætte regler om, at andre udgifter og omkostninger end de i stk. 1 nævnte kan indregnes i priserne, jf. dog stk. 7. Klima- og energiministeren kan endvidere fastsætte regler om indregning i priserne af compensation ved et projekt til ændring af områdeafgrænsningen og indregning af driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energitilsynets tiltræden forrentning af indskudskapital.«

[...]”

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 18 af 26

Det fremgår af forarbejderne til ændringsloven, at:

”[...]

Klima- og energiministeren vil endvidere med den foreslåede ændring have mulighed for at fastsætte regler for indregning af compensation ved projekter for ændring af områdeafgrænsningen, jf. § 7 i bekendtgørelse nr. 1295 af 13. december 2005 om godkendelse af projekter for kollektive varmforsyningsanlæg (projektbekendtgørelsen). Projektbekendtgørelsen regulerer projekter for distributionsnet, herunder projekter til ændring af områdeafgrænsningen mellem naturgasforsyningen og fjernvarmeforsyningen (også kaldet konverteringsprojekter). Af projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, fremgår det, at kommunalbestyrelsen kun kan godkende konverteringsprojekter, hvis: 1. samfundsøkonomiske hensyn taler imod at opretholde områdeafgrænsningen, og 2. de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold ikke forrykkes væsentligt.

Dette indebærer, at kommunalbestyrelsen ikke kan godkende et konverteringsprojekt, hvis der er tale om, at gasselskabernes økonomiske forhold forrykkes væsentligt ved konverteringen. Compensation til gasselskaberne kan medføre, at kravet om balance i de økonomiske forhold alligevel bliver opfyldt. Kommunalbestyrelsen skal i dette tilfælde vurdere, om den pågældende forrykkelse bliver kompenseret, før projektet kan godkendes.

Energitilsynet har den 23. februar 2009 tilkendegivet, at compensation ved konverteringsprojekter er indregningsberettiget, såfremt kommunalbestyrel-

⁶ Ved lov nr. 622 af 11. juni 2010 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning, lov om varmforsyning og forskellige andre love samt om ophævelse af lov om udnyttelse af vedvarende energikilder m.v.

sen har vurderet, at kompensationen er en forudsætning for gennemførelse af projektet. Energitilsynet vil således lægge den projektkendende myndigheds afgørelse til grund for vurderingen af, om omkostningen kan betragtes som et delelement i enten underskuddet i forbindelse med udbygningen af forsyningssystemerne, eller i anlægssummen. Forslaget giver klima- og energiministeren mulighed for at fastsætte nærmere regler for indregningsberettigede kompensationsbetalinger.

[...]"

Bemyndigelsesbestemmelsen i § 20, stk. 2, er endnu ikke benyttet.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Energiklagenævnets praksis

Energiklagenævnet har i en tidligere afgørelse af 13. juli 2010 (j.nr. 1021-267) udtalt sig generelt om kommuners mulighed for – som led i godkendelse af et konverteringsprojekt efter projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2 – at stille krav om, at der betales kompensation til berørte forsyningsselskaber. Sagen drejede sig om godkendelse af et projektforslag om konvertering til fjernvarmeforsyning i Vinding. Energiklagenævnet hjemviste sagen til fornyet behandling i Vejle Kommune på grund af mangelfuld begrundelse. Energiklagenævnet udtalte i den forbindelse bl.a. følgende:

Side 19 af 26

"[...]

Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at der efter de gældende regler ikke ses at være hjemmel til, at kommunen som varmeplanmyndighed som vilkår for godkendelsen af et projektforslag kan stille krav om, at der betales kompensation og størrelsen heraf. Heller ikke Energiklagenævnet ses at have hjemmel til i forbindelse med behandlingen af en klage over et projektforslag at pålægge den ene part at betale kompensation, herunder at tage stilling til kompensationens størrelse.

[...]"

Energiklagenævnet har tillige i tidligere afgørelse af 5. januar 2011 (j.nr. 1021-10-8) udtalt sig om samme spørgsmål. Sagen drejede sig om godkendelse af et projektforslag om etablering af en transmissionsledning fra Assens til Ebberup og Sønderby og udvidelse af fjernvarmeforsyningen til dette område. Kommunen havde vurderet, at naturgasselskabets økonomiske forhold ikke blev forrykket væsentligt ved den ændrede områdeafgrænsning. Fjernvarmeforsyningen og naturgasselskabet havde ikke indgået aftale om kompensation, men der havde forud for sagens behandling ved kommunen været drøftelser herom mellem parterne. Energiklagenævnet udtalte i den forbindelse følgende:

"[...]

Kommunen har anført i afgørelsen, at man gerne imødeser, at parterne bliver enige om, at der betales en kompensation. Energiklagenævnet bemærker hertil, at kompensationsbetaling angår den situation, hvor et projekt vil forrykke et berørt forsyningsselskabs økonomiske forhold væsentligt, således at en kompensationsbetaling bringer balance i den forventede væsentlige forrykkelse af de økonomiske forhold. Kommunalbestyrelsen skal i givet fald vurdere, om den pågældende forrykkelse ved betalingen bliver kompenseret i en sådan grad, at projektet kan godkendes efter projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2. Denne vurdering skal kommunalbestyrelsen foretage, før projektet kan godkendes. Der henvises til forarbejderne til varmemforsyningslovens § 20, stk. 2, som affattet ved lov nr. 622 af 11. juni 2010, der er gengivet overfor under afsnittet om retsgrundlaget. Da Assens Kommune har vurderet, at projektet ikke vil forrykke klagers økonomiske forhold væsentligt, så vil en efterfølgende kompensationsbetaling fra Assens Fjernvarme til klager ikke kunne have til formål at genoprette en væsentlig forrykkelse af klagers økonomiske forhold. En eventuel aftale om kompensationsbetaling er i øvrigt et privatretligt anliggende mellem parterne.
[...]"

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 20 af 26

I samme sag havde kommunen baseret den samfundsøkonomiske analyse på Energistyrelsens samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger fra maj 2009. Efter kommunens afgørelse af sagen havde Energistyrelsen udstedt nye beregningsforudsætninger, hvorefter det omhandlede projektforslag ville udvise en negativ samfundsøkonomisk analyse. Følgende fremgår bl.a. af Energiklagenævnets afgørelse vedrørende opdatering af de faktiske forudsætninger i forbindelse med den samfundsøkonomiske analyse efter projektbekendtgørelsen:

"[...]

Energistyrelsens notater om forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet har vejledende karakter. De faktiske forudsætninger for den samfundsøkonomiske analyse kan til stadighed ændre sig, hvilket f.eks. er tilfældet med den forudsatte brændselspris. Desuden har analysen et 20-årigt perspektiv, der i sagens natur er usikkert og må antages at være en kvalificeret øjebliksvurdering på bestemte forudsætninger. For at give kommunen et så godt beslutningsgrundlag som muligt, så bør det projektforslag, som kommunen har til godkendelse, være opdateret i henhold til den seneste version af Energistyrelsens udmeldte forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, hvis man vælger at basere projektforslagets samfundsøkonomiske analyse på disse forudsætninger. I den foreliggende sag er projektforslagets samfundsøkonomiske vurdering baseret på Energistyrelsens samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger fra maj 2009, hvilket var de senest gældende beregningsforudsætninger på tidspunktet for kommunens afgørelse i sagen. Der kan således ikke lægges afgørende vægt på, at projektforslaget måtte udvise en anden og negativ sam-

fundsøkonomisk analyse, hvis projektforslaget, som anført af klager, i stedet skal baseres på Energistyrelsens beregningsforudsætninger udstedt efter tidspunktet for kommunens afgørelse i sagen.

[...]"

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Ad Klageberettigelse

Energiklagenævnet kan kun behandle klager fra personer, virksomheder m.v., som er klageberettigede. Såfremt man ikke er klageberettiget, betyder det, at Energiklagenævnet må afvise at behandle klagen.

Hverken varmemforsyningsloven eller projektbekendtgørelsen indeholder særskilte regler om kredsen af klageberettigede. Vurderingen af, hvem der kan indbringe en afgørelse for Energiklagenævnet, skal derfor foretages ud fra de almindelige forvaltningsretlige regler. Efter de almindelige forvaltningsretlige regler kræves en væsentlig og individuel interesse i, at afgørelsen ændres, før der kan klages. Begge betingelser skal være opfyldte, før man kan anses for klageberettiget. At interessen skal være væsentlig indebærer, at betydningen af afgørelsen for den pågældende skal være af en vis styrke og intensitet. At interessen skal være individuel betyder, at den pågældende afgørelse skal være mere indgribende over for den, der vil klage, i forhold til andre personer, som berøres af afgørelsen. Hvis en større kreds af personer berøres på samme måde af en afgørelse, har de enkelte personer således ikke en individuel interesse i afgørelsen. Der henvises i den forbindelse bl.a. til bogen "Forvaltningsret", 2. udgave 2002, s. 67 ff. af Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., og bogen "Forvaltningsret. Almindelige emner", 5. udgave 2009, s. 307 ff. af Jens Garde m.fl.

Da klagers tre motoranlæg producerer og leverer fjernvarme, omfattes anlæggene efter Energiklagenævnets opfattelse som sådan ikke af Gladsaxe Kommunes konverteringsprojekt. Projektforslaget indeholder endvidere ikke et projekt for tilslutningspligt til det nye fjernvarmenet. Omvendt er der heller ikke pålagt de varmemeforbrugere (de tre boligforeningsafdelinger), der i dag forsynes af klagers tre anlæg, forblivelsespligt til anlæggene. Ved projektforslaget åbnes der derfor op for en ny type af konkurrerende, parallel varmemeforsyning ved etablering af det nye fjernvarmenet. Det fremgår således også af sagens oplysninger, at de tre boligforeningsselskaber har underskrevet erklæringer om at ville tilslutte sig det nye fjernvarmenet og dermed opsiges leveringsforholdet til klager. Energiklagenævnet lægger til grund, at de tre boligforeningsselskaber har opsagt deres leveringsaftaler med klager på grund af etableringen af det nye fjernvarmenet.

Energiklagenævnet finder på denne baggrund, at klager har en så væsentlig og individuel interesse i Gladsaxe Kommunes godkendelse af projektforslaget,

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 21 af 26

at klager må anses for klageberettiget. Energiklagenævnet kan derfor behandle klagen af 6. juli 2011.

Ad projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger og vurdering

For så vidt angår Gladsaxe Kommunes vurdering af de samfundsøkonomiske forhold, jf. projektbekendtgørelsens § 7, stk. 1 og 2, samt § 24, fremgår det af sagen, at projektforslagets samfundsøkonomiske beregninger er baseret på Energistyrelsens samfundsøkonomiske beregningsforudsætninger fra april 2010. Energistyrelsen udstedte i april 2011 nye beregningsforudsætninger. Projektforslaget blev imidlertid ikke opdateret i henhold til disse nye beregningsforudsætninger, inden kommunen traf afgørelse om at godkende projektforslaget den 15. juni 2011.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Energiklagenævnet bemærker hertil, at Energistyrelsens notater om forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet har vejledende karakter. De faktiske forudsætninger for den samfundsøkonomiske analyse kan til stadighed ændre sig, hvilket f.eks. er tilfældet med den forudsatte brændselspris. Desuden har analysen et 20-årigt perspektiv, der i sagens natur er usikkert og må antages at være en kvalificeret øjebliksvurdering på bestemte forudsætninger. For at give kommunen et så godt beslutningsgrundlag som muligt, så bør det projektforslag, som kommunen har til godkendelse, være opdateret i henhold til den seneste version af Energistyrelsens udmeldte forudsætninger for samfundsøkonomiske analyser på energiområdet, hvis man vælger at basere projektforslagets samfundsøkonomiske analyse på disse forudsætninger.

Side 22 af 26

Da Gladsaxe Fjernvarme har valgt at basere projektforslagets samfundsøkonomiske analyse på Energistyrelsens beregningsforudsætninger, finder Energiklagenævnet, at projektforslagets samfundsøkonomiske analyse burde have været baseret på de beregningsforudsætninger, der var gældende på tidspunktet for kommunens afgørelse, dvs. Energistyrelsens beregningsforudsætninger fra april 2011. Dette gælder uanset, at sagsbehandlingen i kommunen ville være blevet forlænget herved. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at Energistyrelsen udmeldte nye beregningsforudsætninger i april 2011, og at Gladsaxe Kommune først traf afgørelse om godkendelse af projektforslaget den 15. juni 2011. Gladsaxe Kommune har således haft rimelig tid til at indrette sagsbehandlingen efter de nye beregningsforudsætninger.

Gladsaxe Kommunes vurdering af projektforslagets samfundsøkonomiske forhold, jf. projektbekendtgørelsens § 7, stk. 1 og 2, samt § 24, har således ikke været tilstrækkeligt oplyst, og projektgodkendelsen har derfor været baseret på et ufuldstændigt grundlag. Utilstrækkelig sagsoplysning medfører som udgangspunkt en afgørelses ugyldighed. Energiklagenævnet finder ikke at kunne lægge til grund, at den utilstrækkelige sagsoplysning har været uden betydning for Gladsaxe Kommunens projektgodkendelse. Da godkendel-

se af projektforslag efter projektbekendtgørelsen også indeholder elementer af skønsmæssig karakter, finder Energiklagenævnet det rettest, at Gladsaxe Kommune som 1. instans foretager en fornyet vurdering af projektforslagets samfundsøkonomiske forhold. Derfor ophæves Gladsaxe Kommunes afgørelse af 15. juni 2011, og sagen hjemvises til fornyet behandling ved kommunen med henblik på, at kommunen foretager en fornyet vurdering af projektforslagets samfundsøkonomiske forhold. Energiklagenævnet bemærker, at nævnet ikke herved har taget stilling til, hvilken diskonteringsrente der skal anvendes ved de samfundsøkonomiske beregninger, til brug for kommunens vurdering af disse forhold.

Klager har endvidere anført en række andre forhold, som efter klagers opfattelse bør medføre projektforslagets ændring, alternativt ophævelse og hjemvisning. Energiklagenævnet skal for så vidt angår visse af disse forhold udtale følgende:

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 23 af 26

Ad kompensation til klager

Ifølge projektbekendtgørelsens § 7, stk. 1, kan kommunen som udgangspunkt ikke godkende et projekt for naturgasdistributionsnet og fjernvarmedistributionsnet, hvis projektet ændrer områdeafgrænsningen mellem naturgasforsyningen og fjernvarmeforsyningen. Et projekt, der medfører ændring af områdeafgrænsningen, kan dog godkendes i medfør af § 7, stk. 2, hvis samfundsøkonomiske hensyn taler imod at opretholde områdeafgrænsningen, og hvis de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold ikke forrykkes væsentligt herved. Efter bestemmelsens ordlyd finder kravet om, at de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold ikke må forrykkes væsentligt, alene anvendelse i tilfælde, hvor et projektforslag ændrer områdeafgrænsningen. Hensynet til selskabernes økonomiske forhold skal derfor efter Energiklagenævnets opfattelse alene tages til de selskaber, der på grund af kommunens udlægning af områder til forskellige typer af varmeforsyning, har kunnet have en forventning om et forsyningsområde. Kravet i projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2, om at de berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold ikke må forrykkes væsentligt, skal derfor efter Energiklagenævnets opfattelse forstås således, at det alene relaterer sig til det eller de selskaber, hvis forsyningsform udfases ved ændringen af områdeafgrænsningen, og hvor selskabet har foretaget investeringer i forhold til det hidtidige varmegrundlag. Efter Energiklagenævnets opfattelse er der således ikke sammenfald mellem forsyningsselskaber, der på den ene side må anses for berørte i relation til bekendtgørelsens §§ 23 og 26 om høring m.v., og på den anden side de forsyningsselskaber, der er berørte forsyningsselskaber efter bekendtgørelsens § 7, stk. 2.

Da klager ifølge projektforslaget fortsat kan levere varme fra klagers lokale motoranlæg, udfases klagers forsyningsform ikke direkte ved det pågældende projektforslag. Klager har endvidere ikke været tildelt et særforsyningsområ-

de. Energiklagenævnet finder derfor, at klager ikke kan anses for et berørt forsyningsselskab i relation til projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2. Klagers økonomiske forhold har således ikke betydning for kommunens godkendelse af projektforslaget, og en eventuel forrykkelse af klagers økonomiske forhold som en praktisk konsekvens af projektforslaget er derfor ikke til hinder for kommunens godkendelse af projektforslaget efter projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2.

Varmeforsyningsloven og projektbekendtgørelsen indeholder i øvrigt ikke regler eller principper, som medfører, at en forrykkelse af andre berørte forsyningsselskabers økonomiske forhold – ud over de selskaber, der omfattes af projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2 – er til hinder for en kommunes godkendelse af et projektforslag om ændring af områdeafgrænsningen.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 24 af 26

Den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning indeholder et krav om, at forvaltningen i dens virke skal behandle væsentlige lige forhold lige i retlig henseende, og at der derfor ikke må forekomme usaglig forskelsbehandling. Da klagers og HMN's interesser i det pågældende projektforslag ikke er reguleret af de samme retlige regler, finder Energiklagenævnet, at Gladsaxe Kommunes godkendelse af projektforslaget ikke er i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.

Energiklagenævnet bemærker generelt, at en eventuel aftale mellem et fjernvarmeselskab og et naturgasselskab om kompensationsbetaling i forbindelse med godkendelse af projektforslag omfattet af projektbekendtgørelsens § 7 er et privatretligt anliggende mellem parterne. Dette gælder også, selvom det kompensationsgivende selskab måtte være et kommunalt forsyningsselskab, der indgår i kommunens forvaltning, idet kommunen i denne sammenhæng agerer på privatretligt grundlag, og ikke som varmeplansmyndighed.

Kompensationsbetaling angår den situation, hvor et projekt vil forrykke et berørt forsyningsselskabs økonomiske forhold væsentligt, således at en kompensationsbetaling bringer balance i den forventede væsentlige forrykkelse af de økonomiske forhold. Kommunalbestyrelsen skal i givet fald vurdere, om den pågældende forrykkelse ved betalingen bliver kompenseret i en sådan grad, at projektet kan godkendes efter projektbekendtgørelsens § 7, stk. 2. Denne vurdering skal kommunalbestyrelsen foretage, før projektet kan godkendes. Der henvises til forarbejderne til varmforsyningslovens § 20, stk. 2, som affattet ved lov nr. 622 af 11. juni 2010, der er gengivet overfor under afsnittet om retsgrundlaget. Da en aftale om compensation som nævnt imidlertid er et privatretligt anliggende mellem parterne, er der ikke hjemmel til, at kommunen som varmeplansmyndighed som vilkår for godkendelsen af et projektforslag kan stille krav om, at der betales compensation og størrelsen heraf. Energiklagenævnet har heller ikke hjemmel til i forbindelse med behand-

lingen af en klage over et projektforslag at pålægge den ene part at betale kompensation, herunder at tage stilling til kompensationens størrelse.

Da Energiklagenævnet ikke kan tage stilling til spørgsmål om en konkret kompensationsbetaling, kan Energiklagenævnet som en følge heraf heller ikke tage stilling til, om en sådan konkret kompensationsbetaling måtte udgøre ulovlig statsstøtte i forhold til artikel 107 og 108 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. En vurdering af dette spørgsmål er således ikke knyttet til selve projektkendelsen.

Ad myndighedsinhabilitet og procedurefordrejning

For så vidt angår spørgsmålet om Gladsaxe Kommunes mulige myndighedsinhabilitet i relation til udvidelse af Gladsaxe Fjernvarmes forsyningsområde, bemærker Energiklagenævnet, at det ifølge varmemforsyningslovens § 3, stk. 1, påhviler kommunen som varmeplansmyndighed at udføre planlægning for varmemforsyningen i kommunen. Kommunen skal som led heri sørge for, at der udarbejdes projektforslag i medfør af projektbekendtgørelsen, jf. varmemforsyningslovens § 6, stk. 1. Kommunen kan i den forbindelse selv udarbejde et projekt, jf. § 6, stk. 2. Da det følger direkte af varmemforsyningsloven, at en kommune selv kan udarbejde de projekter, som kommunen efterfølgende skal godkende efter projektbekendtgørelsens regler, finder Energiklagenævnet, at Gladsaxe Kommune ikke i denne sammenhæng har været myndighedsinhabil ved godkendelsen af Gladsaxe Fjernvarmes projektforslag.

Allerede fordi kommunen ikke i forbindelse med godkendelse af et projektforslag om ændring af områdeafgrænsningen kan fastsætte kompensationsbetaling ved en afgørelse, jf. ovenfor, finder Energiklagenævnet, at spørgsmålet om Gladsaxe Kommunes eventuelle myndighedsinhabilitet i relation til HMN's kompensation ikke er relevant.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor Gladsaxe Kommune optræder som både fjernvarmeudbyder, aftalepart og varmeplansmyndighed, kan et vist interessesammenfald imidlertid ikke udelukkes. Dette skærper kravene til hjemmelsgrundlaget for kommunens projektkendelse og begrundelse for afgørelsen. Gladsaxe Kommunes anvendelse af hjemmelsgrundlaget i den pågældende projektkendelse og kommunens begrundelse for afgørelsen giver imidlertid ikke Energiklagenævnet anledning til bemærkninger.

For så vidt angår spørgsmålet om procedurefordrejning, bemærker Energiklagenævnet, at nævnet er enig med Gladsaxe Kommune i, at varmemforsyningslovens § 16 ikke indeholder hjemmel til at ekspropriere klagers tre anlæg. På baggrund af kommunens oplysninger, lægger Energiklagenævnet endvidere til grund, at kommunen ikke i øvrigt har planer om at ekspropriere klagers an-

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Side 25 af 26

læg. Energiklagenævnet finder derfor, at der ikke ved kommunens projekt-godkendelse er tale om procedurefordrejning.

Da Gladsaxe Kommunes afgørelse af 15. juni 2011 som før nævnt ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling ved kommunen, finder Energiklagenævnet ikke anledning til at udtale sig om de øvrige forhold, som klager har anført.

Energiklagenævnets afgørelse

Gladsaxe Kommunes afgørelse af 15. juni 2011 ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling.

15. maj 2012

J.nr 1021-11-52-37

UJO –EKN

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 7. maj 2012.

Side 26 af 26

Afgørelsen er truffet af Energiklagenævnet i henhold til varmeforsyningslovens § 26.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

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

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

Afgørelsen sendes, foruden til sagens parter, også til HMN Naturgas I/S og Statsforvaltningen i Hovedstaden til orientering.

På nævnets vegne

Poul K. Egan
Nævnensformand

/Ulla Østergaard
Specialkonsulent