

(Naturgasforsyning)

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 OVER OM	DONG Naturgas A/S og Maersk Energy Marketing A/S Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 DONG Naturgas A/S' transporttariffer i opstrømssystemet Tyra-Nybro	7. oktober 2013 J.nr. 1031-12-1 og J.nr. 1031-12-2 UJO-EKN
----------------------------------	---	--

NÆVNETS SAMMEN- SÆTNING I SAGEN	Nævnensformand, dommer Poul K. Egan Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen Professor, dr.jur. Jens Fejø Professor, dr.scient.adm. Ole Jess Olsen Professor, cand.jur. & ph.d. Michael Gøtze Sektionsdirektør Bente Østerbye Civilingeniør Jens Packness
--	---

NÆVNETS AFGØRELSE	Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 <u>hjemvises</u> til fornyet behandling med henblik på, at tilsynet fastsætter en specifik pris indenfor intervallet 5-7 øre/m ³ for ydelserne i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS indgået i perioden juli 2011-oktober 2012. Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 <u>stadfæstes</u> i øvrigt.
------------------------------	--

DONG Naturgas A/S, der er repræsenteret ved advokat Nicolaj Kleist og advokat Olaf Kockvedgaard, advokatfirmaet Bruun & Hjejle (herefter DONG), har ved foreløbig klage af 27. november 2012 og ved endelig klage af 21. december 2012 indbragt Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 for Energiklagenævnet. Maersk Energy Marketing A/S, der er repræsenteret ved advokat Søren Hornbæk Svendsen og advokat René Frisdahl Jensen, advokatpartnerselskab Horten (herefter MEMAS), har ligeledes ved klage af 27. november 2012 indbragt Energitilsynets afgørelse for Energiklagenævnet. Ved afgørelsen pålagde Energitilsynet DONG, at tariffen i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS, indgået i perioden juli 2011 til oktober 2012, skal fastsættes i intervallet 5-7 øre/m³.

Sagens baggrund

DONG ejer opstrømssystemet fra Tyra platformen i Nordsøen til Nybro gasbehandlingsanlæg. MEMAS erhverver naturgas på platformene i Nordsøen og transporterer det videre til land med henblik på videresalg på engrosmarkedet. Tariffen i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS er 10-10,75 øre/m³.

Etableringen af opstrømssystemet blev påbegyndt i 1980, og Tyra-Nybro rørledningen samt Nybro gasbehandlingsanlæg blev etableret i 1982-84. Opstrømssystemet har i hele perioden, fra 1980 til nu, været ejet og drevet af DONG. Indtil år 2000 var samtlige DONGs gasaktiviteter bundlet i ét selskab og DONG havde eneret til at indføre, transportere, forhandle og lagre naturgas i Danmark. Til og med år 2000 har DONG kun udarbejdet ét regnskab for det samlede selskab. Fra år 2001 har DONG udarbejdet interne regnskaber for henholdsvis transmission, lager, distribution og salg. Siden 2004 har transmission, distribution og lager været selskabsmæssigt adskilte. Opstrømsrørledningerne har i hele perioden imidlertid hverken regnskabsmæssigt, selskabsmæssigt eller ejermæssigt været adskilt fra det øvrige DONG, og opstrømsaktiviteterne og den kommercielle handel med naturgas behandles stadig samlet regnskabsmæssigt.

Der har siden 2001 været tredjepartsadgang til opstrømssystemet, herunder de faciliteter, som yder tekniske tjenester i forbindelse med adgangen. Siden 2004 har DONG offentliggjort de kommercielle hovedvilkår og indikative tariffes for tredjepartsadgang. I 2007 blev den første tredjepartsaftale indgået.

Prisen for adgang til opstrømssystemet fastsættes efter forhandling mellem parterne (såkaldt forhandlet adgang), jf. opstrømsbekendtgørelsens § 5¹. Ifølge bekendtgørelsens § 6, stk. 1, fører Energitilsynet tilsyn med, at priser og betingelser for adgang til opstrømssystemet er rimelige. Ifølge bekendtgørelsens § 7, stk. 3, nr. 3, kan ansøgere om adgang til opstrømssystemet klage til Energitilsynet over priser og betingelser for en ansøgt adgang. Energitilsynet kan i medfør af bekendtgørelsens § 7, stk. 4, efter forhandling med de berørte parter bl.a. fastsætte priser og betingelser for adgang til opstrømssystemet.

Ved beslutning af 20. juni 2011 har Energitilsynet tilkendegivet, at et tarifniveau på op til 7 øre/m³ opfylder opstrømsbekendtgørelsens bestemmelser om, at tariffen skal være rimelige. DONG havde før Energitilsynets tilkendegivelse et tarifniveau på ca. 13 øre/m³, og efter tilkendegivelsen har DONG nedsat tariffen til godt 10 øre/m³. Samtidig har selskabet opdelt tariffen i volumen og kapacitet, hvilket betyder, at tredjepartsbrugere, som anvender systemet, for den del af tariffen, der udgør volumen-elementet, alene opkræ-

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 2 af 59

¹ Bekendtgørelse nr. 1090 af 6. december 2000 om adgang til opstrømsrørledningsnettet.

ves for den flowede mængde. For kapacitetselementet opkræves kunderne den bookedede kapacitet, uanset om denne anvendes eller ej. Tidligere havde DONG en ren kapacitetstarif.

Den 3. oktober 2011 klagede MEMAS til Energitilsynet, idet selskabet fandt, at DONGs tariffer for benyttelse af opstrømssystemet var for høje. På den baggrund traf Energitilsynet den 30. oktober 2012 den påklagede afgørelse.

DONG har i klagen til Energiklagenævnet anført, at Energitilsynets afgørelse skal ophæves, da DONGs tariffer i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS ikke er urimelige eller i øvrigt i strid med opstrømsbekendtgørelsen.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

MEMAS har på sin side i klagen til Energiklagenævnet anført, at Energitilsynets afgørelse skal ændres således, at tariffen fastsættes til DONGs driftsomkostninger for de enkelte måneder svarende til 2,03 øre/m³ i perioden juli 2011 til og med december 2011 og 2,26 øre/m³ i perioden januar 2012 til oktober 2012, eller at Energiklagenævnet fastsætter tariffen for hele perioden til en pris lavere end 5 øre/m³, mere subsidiært til en pris lavere end 7 øre/m³.

Side 3 af 59

DONG har ved sin foreløbige klage af 27. november 2012 anmodet om, at DONGs klage tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet imødekom denne anmodning ved afgørelse af 14. marts 2013, således at den indgivne klage er blevet tillagt opsættende virkning.

Energiklagenævnet behandler og afgør de to klager samlet i denne sag. DONGs klage behandles under journalnummer 1031-12-1. MEMAS' klage behandles under journalnummer 1031-12-2.

Den påklagede afgørelse

Af Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 fremgår bl.a. følgende:

”[...]

Afgørelse

14. Energitilsynet har på baggrund af vedlagte sagsfremstilling og vurdering truffet afgørelse om følgende:

- Det meddeles jf. opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 4, DONG Naturgas A/S, at tariffen i transportaftalerne mellem DONG Naturgas A/S og Maersk Energy Marketing A/S indgået i perioden juli 2011-oktober 2012 skal fastsættes i et interval mellem 5-7 øre/m³ (samlet tarif) baseret på den nuværende tarifstruktur for opdeling mellem kapacitets- og volumenbetaling samt vilkår i aftalerne i øvrigt.

[...]”

Energitilsynets afgørelse er i sin helhed vedlagt som bilag 1.

Energitilsynets metodeanvendelse

Energitilsynet har som grundlag for tilsynets vurdering af, om DONGs tariffer for benyttelse af opstrømssystemet kan anses for rimelige, udarbejdet en beregningsmodel (basismodellen), hvor udgangspunktet er, at DONG skal have dækket driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital set over aktivets samlede levetid. Formålet med beregningerne er at få frembragt et grundlag for at kunne foretage et skøn om det fremtidige tarifniveau, som opfylder ovenstående.

Energitilsynets beregninger er baseret på den præmis, at omkostninger og indtægter ved opstrømsaktiviteten ikke behøver at balancere på årlig basis. Det antages udelukkende, at de samlede omkostninger (inklusive kapitalomkostninger) og indtægter over hele den betragtede tidsperiode skal være lig hinanden. Det vil sige, at tariffen er udtryk for det niveau, der sikrer at overdækningen i 2023 bliver 0. Hvis de samlede omkostninger overstiger indtægterne, antyder dette efter Energitilsynets vurdering, at DONG ikke har fået en rimelig forrentning af den investerede kapital. Hvis de samlede indtægter derimod overstiger omkostningerne, kan det give grundlag for en formodning om, at DONG har fået et afkast på den investerede kapital, der overstiger en rimelig forrentning.

Energitilsynets beregningsmodel fastsætter for hvert år driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af aktivbasen. Dette udgør DONGs samlede omkostninger for det pågældende år. Herfra trækkes DONGs beregnede indtægter. Dette giver for hvert år et over/underskud i forhold til driftsomkostningerne og et rimeligt afkast på investeringerne.

Da der efter Energitilsynets vurdering er en række usikkerhedselementer i forbindelse med beregninger over lange perioder, og særligt omkring historiske data fra før 2004, er der en væsentlig usikkerhed i opgørelsen af omkostninger og indtægter. For at afgrænse denne usikkerhed har Energitilsynet anvendt tre forskellige variationer af basismodellen. Variationerne tager udgangspunkt i forskellige antagelser om startår (1980, 2004 og 2011) og værdien af aktivbasen på dette tidspunkt.

De tre modeller kan med udgangspunkt i Energitilsynets afgørelse kort beskrives således:

- Model 1 baseres på en samlet opgørelse af omkostninger og indtægter ved opstrømsaktiviteten fra projektets start i 1980 og indtil 2023. I modellen beregnes det historiske indtægtsniveau på baggrund af opgjorte faktisk transporterede mængder multipliceret med en antaget

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 4 af 59

tarif svarende til tariffen i den første indgåede transportaftale med tredjepart, som DONG indgik efter liberaliseringen af det danske gasmarked i 2004. Historiske omkostninger beregnes på baggrund af forrentning og afskrivning af de faktisk afholdte anlægsinvesteringer samt antagede driftsomkostninger baseret på 2008-omkostningsniveau. På den baggrund kan der til et givet år beregnes en samlet over/underdækning. Tariffen i et givet år beregnes herefter ud fra forventede indtægter og omkostninger i restperioden, dvs. fra og med 2011 frem til slutåret 2023, inklusive afvikling af den optjente over/underdækning over restperioden.

- Model 2 baseres på en opgørelse af omkostninger og indtægter ved opstrømsaktiviteten for perioden 2004-2023. Modellen er et forsøg på at reducere usikkerheden vedrørende de historiske parametre ved at tage udgangspunkt i et senere startår. Modellens startår er valgt til 2004, som er året med en effektiv åbning for tredjepartsadgang i form af offentligtliggjorte adgangsvilkår og priser. Model 2 viser niveauet for en rimelig tarif, hvis den historiske over/underdækning er nulstillet i 2004 (året, hvor der gives tredjepartsadgang), og rørledningsejeren således alene skal have dækket og forrentet de fremadrettede årlige kapitalomkostninger ved den bogførte værdi af anlægsaktiverne i 2004 samt de årlige driftsomkostninger.
- Model 3 tager udgangspunkt i en opgørelse af omkostninger og indtægter ved opstrømsaktiviteten for perioden 2011-2023. Modellen tager udgangspunkt i et fuldt afskrevet opstrømssystem, således at aktivbasen er lig nul. Modellens resultater bliver således et udtryk for den tarif, som er tilstrækkelig til at oppebære de fremtidige forventede driftsomkostninger. Resultaterne af denne model må derfor efter Energitilsynets opfattelse forventes at udgøre den nedre grænse for et rimeligt tarifniveau.

Beregningerne for model 1 og 2 er desuden opdelt i to scenarier, scenarium A og scenarium B. I scenarium A tages der højde for, at når der købes transportkapacitet i rørledningssystemet over en given periode på f.eks. et år (eller måned), vil transportkunden skulle købe kapacitet svarende til det forventede maksimale flow af gas på en given dag inden for det pågældende år (eller måned). Der vil således skulle købes mere kapacitet, end der anvendes på dage, hvor det faktiske flow er lavere end det maksimale i perioden. I scenarium B tages der ikke højde for dette. Dermed antages det implicit, at det faktiske flow svarer nøjagtigt til den bestilte kapacitet. Energitilsynets sekretariat har for perioden oktober 1998 til september 2010 beregnet forholdet mellem DONGs faktiske flow og estimerede kapacitetsreservationer. Disse beregninger viser, at den estimerede kapacitetsreservation i gennemsnit er 15,7 pct. større

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO -EKN

Side 5 af 59

end det bagvedliggende faktiske flow. Ved beregningerne af de historiske indtægter ved opstrømsaktiviteterne i model 1 og model 2 er der således lavet to scenarier for hver model – scenarie A (estimat for reserveret kapacitet) og scenarium B (faktisk flow). Forskellen mellem scenarium A og B vedrører perioden fra 2010 og tidligere. Da model 3 gælder fra 2011 og frem er tariffene pr. definition identiske for scenarium A og B i denne model. Beregningernes resultater vises i nedenstående tabel²:

Estimeret 2011-tarif, model 1-3, inkl. scenarie A og B

(øre/m ³)	Scenarie A	Scenarie B
2011-tarif (model 1)	- 9,22	6,48
2011-tarif (model 2)	1,14	5,10
2011-tarif (model 3)	4,95	4,95

Note: Negative tariffer er udtryk for, at de historiske indtægter ved opstrømsaktiviteten overstiger både de historiske og fremtidige forventede omkostninger derved.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 6 af 59

Energitilsynet har tillige foretaget konsekvensberegninger af tariffene som følge af ændringer af centrale variabler i basismodellen (bl.a. indregning af WACC-renten³, indregning af skat for perioden 1992-98, eksklusion af [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*], eksklusion af driftsomkostninger for Tyra Vest-F3, og anvendelse af transportbidraget som tarif for perioden 1984-2003). For så vidt angår resultaterne af konsekvensberegningerne henvises nærmere til Energitilsynets afgørelse pkt. 292-325.

Energitilsynet har endvidere foretaget en sammenligning af DONGs tariffer med andre opstrømstariffer. Energitilsynet har til brug herfor indhentet oplysninger om tariffer for transport af gas i opstrømssystemer i de omkringliggende lande Norge og Storbritannien samt tariffer for transport af gas fra den centrale hollandske handelsplads for gas, TTF, til Danmark via det hollandske og nordtyske transmissionssystem. Energitilsynet har i den forbindelse indhentet oplysninger fra Gassco (Norge), Shell og BP (Storbritannien) og GDF SUEZ/NOGAT (Holland). For så vidt angår en nærmere gennemgang af de forskellige tariffers sammensætning, prisniveau mv. henvises til Energitilsynets afgørelse pkt. 215 – 235.

Energitilsynet har også lavet en mindre konkurrenceundersøgelse, dvs. en undersøgelse af betydningen af gasprisen og adgangen til markedet. Undersøgelsen indeholder følgende elementer:

² Tabellen stammer fra Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012, pkt. 291 (tabel 13).

³ WACC står for "Weighted average cost of capital" og kan oversættes til "Vejet (vægtet) gennemsnitlige kapitalomkostninger". WACC er udtryk for de omkostninger, der er forbundet med at fremskaffe kapital til en virksomhed. De gennemsnitlige kapitalomkostninger tager højde for både ejernes og långivernes afkastkrav.

- Undersøgelse af, hvor stor en andel opstrømstariffen på 10 øre/m³ for perioden juli 2011 – maj 2012 udgør af gasprisen på den danske gasbørs Nord Pool Gas. Sammenligningen er foretaget for spotpriser.
- Undersøgelse af aftalevilkårene i en række større bilaterale aftaler.
- Spørgsmål til aktører på engrosmarkedet, der også har en betydelig markedsandel på detailmarkedet, for at klarlægge en eventuel sammenhæng mellem opstrømstariffen og prisen for gas.

Energitilsynet konkluderer på baggrund af undersøgelsen, at opstrømstariffen i praksis har betydning for engrosmarkedet og aktørernes indgåelse af større aftaler og handel med gas. Særligt for så vidt angår konkurrencesituationen konkluderer Energitilsynet, at en prisforskel på 2-4 øre/m³ har betydning for muligheden for at indgå kontrakter. Den prisforskel, som der efter Energitilsynets vurdering er på den reelle kostpris for transport af gas i DONGs opstrømssystem og den pris, som DONG nu opkræver, er på godt 3 øre/m³. Opstrømsaktiviteten er ikke unbundet fra gasaktiviteten, så når DONG kan opkræve 10 øre/m³ fra konkurrenter, medfører det ifølge Energitilsynet, at sel-skabet selv reelt betaler noget mindre for transporten. Det betyder i følge Energitilsynet, at DONGs konkurrenter kan have vanskeligt ved at indgå i skarp priskonkurrence med DONG. En for høj opstrømstarif vil derfor være en barriere for, at andre gasleverandører end DONG fører gas til Danmark. Det gælder både andre producenter end DONG, men også for øvrige leverandører på det danske marked, der har mulighed for at købe gas direkte ved produktionsfelterne og transportere gassen til Danmark. For så vidt angår en nærmere gennemgang af undersøgelsen henvises til Energitilsynets afgørelse pkt. 236-275.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 7 af 59

DONGs synspunkter og bemærkninger

DONG finder, at Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 skal ophæves, idet DONGs tariffer i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS for perioden juli 2011 til oktober 2012 ikke er urimelige eller i øvrigt i strid med opstrømsbekendtgørelsens regler. Subsidiært finder DONG, at Energitilsynets afgørelse skal ophæves og sagen hjemvises til fornyet behandling. DONG har til støtte herfor navnlig anført følgende:

Opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb og Energitilsynets kompetence

- Opstrømsbekendtgørelsen giver ikke hjemmel til et påbud om en 30-50 pct. nedsættelse af DONGs tarif på 10 øre/m³ i 2011 og 10,23 øre/m³ i 2012. Et påbud efter § 6, stk. 2, eller § 7, stk. 4, om anvendelse af en lavere tarif forudsætter, at den anvendte tarif er i strid med reglerne i opstrømsbekendtgørelsen. En tarif er kun i strid med opstrømsbekendtgørelsen, hvis den er urimelig eller diskriminerende, jf.

§ 5, stk. 2, og 6, stk. i. Den påklagede afgørelse hviler alene på, at DONGs tarif er urimelig. Det fremgår af ordlyden af opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 1, at vilkårene for tredjepartsadgang skal fastlægges ved kommerciel forhandling mellem parterne. Der blev i forarbejderne udtrykkeligt taget afstand fra et krav om en reguleret og omkostningsbaseret prisfastsættelse.

Energitilsynets beregningsmodeller

- Energitilsynets økonomiske model 1-3 er udtryk for en omkostningsbaseret indtægtsrammemodel, som opstrømsbekendtgørelsen ikke giver hjemmel til.
- Anvendelsen af Energitilsynets økonomiske model 1 og 2 tager ikke højde for, at opstrømsbekendtgørelsen først trådte i kraft 1. januar 2001, og indebærer et uhjemlet indgreb i værdier opbygget før bekendtgørelsens ikrafttræden. Model 2 udtrykker det anderledes, men forudsætter reelt blot en marginalt anderledes historisk tarif og dermed indtægt end model 1. I model 1 og 2 fastsætter Energitilsynet nærmere en hypotetisk værdi af de historiske indtægter, og i det omfang dette fører til en overskridelse af den fastlagte omkostningsbase-rede indtægtsramme, reduceres niveauet for de fremadrettede tariffer, således at overskridelsen fjernes. Modellerne bygger således på et princip om, at “for høje” historiske indtægter skal tilbageføres til de fremtidige transportkunder gennem en reduktion af de fremtidige tariffer. Med opstrømsbekendtgørelsen blev der imidlertid taget afstand fra en omkostningsbaseret prisfastsættelse, og pålægget om nedsættelse af tariffen kan derfor ikke baseres på Energitilsynets model 1 og 2.
- Ved model 1 og 2 benytter Energitilsynet opgørelserne over DONGs historiske indtægter ved transport af gas i opstrømssystemet til at reducere DONGs fremadrettede tarif væsentligt til et niveau, der ligger under en forholdsmæssig andel af omkostningerne ved opstrømssystemet. Der er ikke hjemmel i opstrømsbekendtgørelsen til en sådan omfordeling, hvor den af Energitilsynet fastsatte værdi af DONGs egen historiske transport i opstrømssystemet indgår i beregningerne som en art “overdækning”, der modregnes i de fremadrettede tariffer. DONG pålægges herved uhjemlet at overføre værdier, der hidrører fra DONGs egen tidligere brug af røret, til senere tredjepartstransportkunder, herunder MEMAS.
- Energitilsynets model 3 hviler på en helt udokumenteret og arbitrær forudsætning om, at DONGs rørsystem skulle være fuldt afskrevet i 2011. Model 3 er i strid med Energitilsynets egen grundlæggende for-

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 8 af 59

udsætning om lineære afskrivninger over systemets levetid og indebærer et uhjemlet indgreb i DONGs værdier ved at afskære DONG fra at forrente og afskrive investeringen i rørsystemet. DONG skal således stille anlægsaktiver til rådighed for tredjeparter alene mod dækning af driftsomkostningerne. Pålægget kan derfor ikke baseres på Energitilsynets model 3.

- Afgørelsen af, om en opstrømstarif er urimelig, må baseres på en helhedsvurdering. Efter bekendtgørelsens § 7, stk. 5, skal der lægges vægt på “markedets praksis for af taler af tilsvarende varighed og omfang”. Andre relevante og retvisende benchmarks kan også indgå i helhedsvurderingen. De anvendte benchmarks skal være egnede til at belyse overgrænsen for, hvornår en tarif i en situation svarende til DONGs er urimelig. DONG bestrider ikke, at det også i forhold til opstrømsbekendtgørelsen kan være relevant at fastlægge størrelsen af de samlede omkostninger ved etablering, forrentning og drift af opstrømssystemet som et hjælpemiddel ved vurderingen af en tarif. Dette giver mulighed for at se, hvordan den påklagede tarif ligger i forhold til omkostningerne pr. m³ transporteret gas. Opgørelsen og anvendelsen af sådanne omkostningsmodeller skal dog ske sådan, at det ikke indebærer et indgreb over for indtægter og overskud opnået før bekendtgørelsens ikrafttræden.
- Efter DONGs opfattelse vil en rimelig tarif være en tarif, der dækker en forholdsmæssig andel af de samlede omkostninger ved opstrømssystemet (her kaldet “balancetarif”). Den af Energitilsynet anvendte økonomiske model viser, at det kræver en gennemsnitlig, samlet tarif på 14,2 øre/m³ (2011-prisniveau) at dække samtlige omkostninger over opstrømssystemets levetid (balancetariffen). Energitilsynet har i afgørelsens pkt. 380 bekræftet disse beregninger. DONGs tarif for den i sagen omhandlede periode på 10/10,23 øre/m³ er ca. 30 pct. lavere end en tarif, der dækker en forholdsmæssig andel af de samlede omkostninger ved opstrømssystemet. På den baggrund kan DONGs tariffer ikke anses for urimelig.

De faktiske modelberegninger

- Energitilsynets modeller 1-3 er behæftet med væsentlige faktuelle og metodiske fejl og usikkerheder, der gør dem uegnede som grundlag for et indgreb over for DONGs tarif. Modellerne er baserede på fiktive og forkerte forudsætninger, der fører til resultater i strid med opstrømsbekendtgørelsen.
- DONG har ikke haft indtægter fra opstrømstransport før 2007, hvilket Energitilsynet udtrykkeligt erkender i afgørelsens pkt. 510. Energitil-

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 9 af 59

synets opgørelse af indtægter for perioden 1984-2006 er en fiktion, der bygger på en faktisk forkert forudsætning om, at DONG i perioden har "betalt sig selv" et vederlag for transport af egne mængder svarende til en af Energitilsynet antaget størrelse af en tredjepartstarif.

- Der er hverken retligt eller faktisk belæg for at tilskrive opstrømsaktiviteten i DONG en indtægt for transporten af DONGs egen gas beregnet på grundlag af en tredjepartstarif. Der var hverken før eller efter opstrømsbekendtgørelsens ikrafttræden krav om, at opstrømsaktiviteten skulle være adskilt fra DONGs gashandelsaktivitet, eller at DONGs egen anvendelse fuldt ud skulle sidestilles med (hypotetisk) salg af transport til tredjeparter. DONGs egen historiske brug af røret er foregået under andre forudsætninger og har ikke krævet samme overvejelser om allokering af kapacitet eller omkostningsdækning pr. transporteret m³.
- Der er desuden ikke belæg for at anvende en antaget tarif på 13,8 øre/m³ i 2004-prisniveau til beregning af et fiktivt historisk indtægtsniveau for perioden 1984-2006. Der fandtes ikke før 2007 en transporttarif fastsat ved forhandling i overensstemmelse med opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 1. I perioden 1984-2003 har der hverken været anvendt eller udmeldt en transporttarif, og i perioden 2004-2006 har der alene været udmeldt en indikativ tarif, der kunne danne udgangspunkt for en forhandling, men som aldrig blev anvendt i praksis og dermed heller ikke blev markedstestet.
- Energitilsynet har i afgørelsen lagt vægt på, at beregningen af et historisk indtægtsniveau er sket ved anvendelse af en antaget tarif svarende til tariffen "i den første indgåede transportaftale med tredjepart" (afgørelsens pkt. 281 og 481). De to første tariffer i tredjepartsaftaler (Shell-aftalen og Chevron-aftalen - begge fra 2007) var imidlertid på henholdsvis *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Forskellen skyldtes forskelle i transportvilkår. Energitilsynets beregning hviler således på en klart forkert antagelse. Anvendelsen af en tarif på 13,8 øre/m³ (2004-prisniveau), *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*, for transport i perioden 1984-2004 fører til et markant fordrejet resultat. Beregningen må allerede af den grund forkastes.
- De udmeldte indikative tariffer for 2004-2006 er ikke fastsat efter forhandling i overensstemmelse med opstrømsbekendtgørelsen og kan derfor ikke uden videre lægges til grund – navnlig ikke, når forhandlingen i 2007 faktisk førte til en lavere tarif. Det må være særligt klart, at den indikative tarif i 2004 under ingen omstændigheder kan lægges

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 10 af 59

til grund for beregning af hypotetiske indtægter for DONGs transport af egne mængder for tiden før 2004.

- Energitilsynets fiktive tarif svarer til 16,0 øre/m³ i 2011-prisniveau og udgør dermed over det dobbelte af det niveau på 5-7 øre/m³ (2011-priser), som ifølge afgørelsen er en rimelig tarif for tredjeparter. Energitilsynets konklusion om, at DONG ved – særligt i perioden 1984-2006 – at have “betalt” en markant for høj (og urimelig) tarif til sig selv har opbygget en “overdækning”, som skal medgå til at dække de fremadrettede omkostninger og derved komme tredjepartsbrugere til gode ved en reduktion af den fremtidige tarif, er udelukkende et resultat af tilsynets eget valg af en fiktivt høj tarif til beregning af værdien af DONGs egen transport.
- Da tredjepartsmængder har udgjort ca. 0,5 pct. af samtlige mængder transporteret gennem DONGs rør frem til 2011, er Energitilsynets model meget følsom over for valget af tarif til værdiansættelse af DONGs egen transport. Tilsynets egne følsomhedsberegninger i tabel 8 i tilkendegivelsen viser, at anvendelsen af et blot 5 pct. lavere historisk tarifniveau i model 1 vil føre til et 2011-tarifniveau på op til 10,2 øre/m³. F.eks. vil et valg af et tarifniveau svarende til den første faktiske tredjepartstarif i 2007, der i 2004-prisniveau er ca. 17 pct. lavere end den af tilsynet valgte tarif, således føre til væsentligt andre resultater.
- Det “transportfradrag”, der er anvendt for visse mængder i DUC⁴-aftalerne fra 1990 (GSA-1990) og 1993 (GSA-1993), er ikke udtryk for en faktisk transporttarif eller -indtægt og kan ikke anvendes som udtryk for en generel transportomkostning pålagt hver enkelt transporteret m³. *[Afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger].*
- Energitilsynets forhøjelse af værdien af DONGs egen transport med fiktive kapacitetsbookinger er ikke i overensstemmelse med opstrømsbekendtgørelsen. Der er ikke hjemmel i naturgasforsyningsloven eller opstrømsbekendtgørelsen til at sidestille DONG med tredjeparter i relation til kapacitetsbooking. Dette er i særlig grad klart for perioden før tredjepartsåbningen. Opstrømsbekendtgørelsen indeholder ikke hjemmel til at pålægge DONG forpligtelser i relation til perioden før bekendtgørelsens ikrafttræden.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 11 af 59

⁴ DUC er en forkortelse for Dansk Undergrunds Consortium. DUC blev grundlagt i 1962 med det formål at assistere A.P. Møller-Mærsk A/S med at udnytte den enekoncession, som selskabet blev tildelt den 8. juli 1962, til at udforske og udnytte olie- og naturgasforekomster i den danske undergrund. DUC består i dag af A.P. Møller-Mærsk A/S, Shell Olie- og Gasudvinding Danmark B.V., Nordsøfonden og Chevron Denmark Inc. Nordsøfonden indtrådte som aktiv statsdeltager den 9. juli 2012.

- Energitilsynet har begrundet korrektionen for kapacitet med, at mængdeusikkerhed, hvad angår månedlig produktion og afsætning, er en helt fast bestanddel af at være aktør på gasmarkedet, og at det derfor vil være fejlagtigt ikke at korrigere herfor i opgørelsen af det historiske indtægtsgrundlag (afgørelsens pkt. 529). Denne forudsætning om behov for kapacitetsbooking som følge af mængdeusikkerhed savner mening for så vidt angår DONGs egen brug af opstrømssystemet – særligt for perioden før tredjepartsadgang. Kapacitetsbooking og -tarif giver kun mening i et system, hvor flere parter har adgang. Der har ikke været behov for at booke kapacitet i en periode, hvor DONG var ejer og eneste bruger af systemet og derfor i sagens natur til enhver tid havde den fulde kapacitet til rådighed. Energitilsynets korrektion er usaglig og i strid med tilsynets egne tilkendegivelser om, at vurderingen skal baseres på de faktiske historiske omstændigheder (afgørelsens pkt. 529, pkt. 521 og pkt. 512).

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 12 af 59

- Energitilsynet undervurderer væsentligt de historiske omkostninger ved alene at forrente det historiske underskud ved driften af opstrømssystemet med en risikofri rente. Infrastrukturinvesteringer i søledninger er karakteriserede ved at være ganske betydelige og ved, at indtægterne i den første del af aktivernes levetid er ganske begrænsede i forhold til omkostningerne. Der akkumuleres derfor et betydeligt underskud over den første årrække. Dette akkumulerede underskud dækkes senere i perioden, hvor årlige indtægter overstiger de årlige omkostninger. Kapitalbehovet til dækning af de akkumulerede, udækkede omkostninger er behæftet med samme risiko som det øvrige kapitalbehov. Der er ikke belæg for at behandle dette kapitalbehov anderledes ud fra en betragtning om, at DONG har haft adgang til låneoptagelse på særlige vilkår. Modellen skal være neutral i forhold til ejerforhold, jf. også neutralitetsprincippet i art. 345 TEUF. Det afgørende er, hvilket forrentningskrav en sædvanlig uafhængig investor vil kræve. Det akkumulerede underskud skal derfor forrentes med samme rentesats som den øvrige kapital i DONG, dvs., den fastlagte WACC-rentesats.
- På grund af den langvarige periode med underskud medfører den ovennævnte metodefejl en betydelig underestimering af det historiske omkostningsniveau og dermed af det fremtidige tarifniveau. I Energitilsynets egen model resulterer en korrektion af fejlen isoleret set i en stigning i den fremtidige tarif fra 6,5 øre/m³ til 21,4 øre/m³, svarende til en stigning på ca. 15 øre/m³ (afgørelsens pkt. 291 og 295).

- Energitilsynet indregner fejlagtigt ikke skatteomkostninger på stand alone-basis. Energitilsynets beregningsmodel er – og skal være – baseret på, at opstrømsaktiviteterne behandles på “stand alone”-basis, dvs., som om aktiviteterne var samlet i et selvstændigt selskab uden andre aktiviteter – og uden sambeskatning med andre koncernforbundne selskaber. Imidlertid opgør tilsynet med henvisning til “regnskabsmæssige årsager” skatteomkostningen på grundlag af DONGs samlede skatteforhold. Denne fejl betyder, at der i modellen først indregnes skat fra 1999, selvom opstrømsaktiviteterne på stand alone-basis var pålagt skattebyrde allerede fra 1992, såfremt der anvendes regnskabsmæssige afskrivninger, eller fra 1994 ved anvendelse af skattemæssige afskrivninger.
- Selvom Energitilsynet principielt anerkender stand alone-synspunktet (afgørelsens pkt. 506), afviser tilsynet konkret indregningen af skat med henvisning til, at opstrømsaktiviteten reelt ikke havde indtægter før 2007, hvor de første tredjepartsaftaler blev indgået (afgørelsens pkt. 510-511), og derfor reelt ikke havde skattebetalinger. Det er korrekt, at der ikke var indtægter før 2007, men når Energitilsynet anvender en model, hvor der indregnes teoretiske, men reelt fiktive indtægter, er det en klar metodefejl at afvise indregning af de omkostninger, som de teoretiske indtægter vil medføre i modellen.
- Ved anvendelse af Energitilsynets egen model resulterer en korrektion af den ovennævnte metodefejl isoleret set i en stigning på 2,8 øre/m³. Samlet fører korrektion for WACC-forrentning og skattebyrde til, at den fremadrettede tarif efter Energitilsynets egen metode forhøjes til 39,1 øre/m³, jf. pkt. 291 og 307 i afgørelsen. Dette illustrerer, hvordan selv få ændringer i modellerne kan have meget betydelige konsekvenser for tariffvurderingen.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 13 af 59

Markedsprisundersøgelse og markedets praksis

- Energitilsynets opgørelse af prisniveauet på markedet for opstrømstransport er misvisende og uegnet som grundlag for et indgreb over for DONGs tarif. Energitilsynet bortser uden sagligt grundlag fra tariffer, der understøtter, at DONGs tarif ikke er urimelig. Energitilsynets omregning (“normering”) af andre tariffer er misvisende, da priser og omkostninger ved et opstrømssystem (inklusive termineringspunkter) ikke retvisende kan opgøres som et fast beløb pr. kilometer gange længden af røret.
- Opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 5, bestemmer, at der skal lægges vægt på “markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang”. Det er derfor både relevant og pligtmæssigt at inddrage prisni-

veauet for lignende aftaler i andre opstrømssystemer. Energitilsynet udelader imidlertid uden sagligt grundlag oplysninger om et væsentligt antal relevante opstrømssystemer fra sin markedsvurdering. En vurdering af DONGs tarif på grundlag af en sammenligning med prisen for opstrømstransport i andre rørsystemer skal ske på et fyldestgørende og korrekt grundlag.

- Energitilsynets markedsvurdering er alene baseret på nogle få, udvalgte opstrømsstrækninger bestående af en enkelt hollandsk, fire norske og to britiske. Energitilsynet har uden nærmere begrundelse og i strid med officialmaksimen set bort fra den af DONG under høringsfasen fremlagte undersøgelse, som er foretaget af NERA⁵, og som omfatter det hollandske opstrømssystem, 29 norske opstrømsstrækninger og 61 britiske strækninger. Undersøgelsen understøtter, at DONGs tarif ikke ligger over markedsniveauet. Energitilsynet udelader dermed et ganske betydeligt antal relevante opstrømssystemer, der kan belyse markedsniveauet for opstrømstariffer i Nordsøen. Energitilsynets markedsvurdering er derfor ikke egnet til at fastslå, om DONGs tarif ligger over markedsniveauet.
- Energitilsynet har ikke godtgjort, at det er sagligt at reducere de hollandske og britiske vådgastariffer med 25 pct. før en sammenligning med DONGs tarif. "Processeringsfaktoren" på 25 pct. stammer tilsyneladende alene fra MEMAS og er ikke nærmere begrundet i afgørelsen. Såfremt Energitilsynet mener, at de anvendte britiske tariffer ikke var direkte sammenlignelige med DONGs, burde tilsynet have inddraget oplysninger om de britiske rørsystemer, hvor vådgasprocessering ikke er inkluderet i tariffen. Det er en væsentlig sagsoplysningsfejl, at tilsynet undlader dette. DONG har vist, at en sammenligning af tariffer uden vådgasbehandling ikke kan føre til en konklusion om, at DONGs tarif er urimelig.
- Der er desuden ikke grundlag for en reduktion af NOGAT-tariffen, idet den oplyste tarif *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]* er betalt af DONG for transport af tørgas.
- Energitilsynets omregning (normering) af de faktiske tariffer efter rør-længde er usaglig og misvisende. Et benchmark for markedsniveauet af prisen for opstrømstransport i andre opstrømssystemer skal baseres på de faktiske priser, som transportkunderne betaler for tilsvarende transportydelser. Ordlyden af bekendtgørelsens § 7, stk. 5, om "markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang" giver

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO -EKN

Side 14 af 59

⁵ NERA Economic Consulting er et engelsk konsulentfirma.

ikke støtte for at sondre mellem de forskellige opstrømssystemer, eksempelvis på grund af længden af rørene. Bekendtgørelsen fokuserer derimod på to grundlæggende karakteristika ved en given kundes transportbehov, nemlig varigheden og omfanget. Det er med basis i de to elementer, at et prisbenchmark skal laves.

- En omregning af de faktiske priser i opstrømsaftaler for at tage højde for forskelle mellem rørsystemerne må derfor – i det omfang sådanne forskelle overhovedet kan inddrages – som minimum forudsætte dels, at der er tale om forhold, som dokumenterbart har væsentlig indflydelse på prisniveauet for transportydelsen, og dels, at omregningen sker i overensstemmelse med den påvirkning af prisen, som forholdet dokumenteres at have.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

- Energitilsynet har selv betegnet deres egen undersøgelse som “overordnet”, jf. afgørelsens pkt. 209. Energitilsynet har ikke i afgørelsen analyseret eller dokumenteret en sammenhæng mellem rørlængde og pris, der kan begrunde den gennemførte omregning af priserne i andre opstrømssystemer på grundlag af en simpel lineær opgørelse af tariffjerne pr. km rørledning (afgørelsens pkt. 234). Omkostningerne til en rørledning kan ikke retvisende udtrykkes som et fast beløb pr. kilometer gange længden af røret. Start- og slutpunkt, herunder ilandføring, er væsentlige omkostningselementer, der rammer forholdsvis hårdere, jo kortere røret er. MEMAS afviser også i sit indlæg af 16. maj 2013, s. 13, at der skulle være en simpel lineær sammenhæng mellem rørlængde og tarif. De i sagen fremlagte oplysninger viser, at der hverken i de norske eller engelske opstrømssystemer er en klar og sikker sammenhæng – endsige en simpel lineær sammenhæng – mellem størrelsen af en tarif og rørlængden. En sådan opgørelse er heller ikke i overensstemmelse med markedspraksis. Ingen opstrømsoperatører fastsætter eller opkræver en opstrømstarif pr. km. Det er heller ikke i overensstemmelse med Energitilsynets sædvanlige praksis, herunder Energitilsynets tilgang til tariffastsættelsen i de to opstrømsledninger til det danske marked.

Side 15 af 59

- Det er usagligt og i strid med bekendtgørelsens § 7, stk. 5, at foretage en justering af priserne på markedet på grundlag af et element, som ikke har væsentlig betydning for prisdannelsen. Fejlen fører til, at Energitilsynets omregning (normering) er usaglig og ikke kan danne grundlag for et bebyrdende indgreb.
- Det er en klar fejl, at Energitilsynet i markedssammenligningen medtager NOGAT-ledningen isoleret og ikke tager højde for betalingen til den nødvendige transport gennem Tyra-F3 (afgørelsens pkt. 230). Den

samlede transportomkostning fra Tyra til Holland udgør [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*]. Transportruten fra Tyra-feltet til Holland udgør det direkte alternativ til DONGs transport og er derfor et relevant sammenligningsgrundlag. Så længe DONGs tarif er lavere end de samlede transportomkostninger fra Tyra til Holland, er der som klart udgangspunkt ikke belæg for, at DONGs tarif er urimelig.

- Det er ikke berettiget, at tilsynet kun vil tillægge NOGAT-tariffen ringe vægt, med henvisning til at oplysningerne stammer fra DONG. Det påhviler Energitilsynet at oplyse sagen, og oplysninger om NOGAT-tariffen er klart relevante. Tilsynet har ikke noget grundlag for at antage, at DONGs oplysninger er forkerte, og måtte i givet fald have rettet henvendelse til de hollandske myndigheder for at få oplyst forholdet. Det har man ikke gjort.
- Det er en klar fejl og savner hjemmel, at Energitilsynet inddrager den hollandske, landbaserede transmissionsledning i prissammenligningen. Vurderingen af markedspraksis efter opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 5, skal baseres på markedet for opstrømstransport. Landbaserede transmissionsledninger er ikke en del af markedet for opstrømstransport og er underlagt en helt anden regulering, herunder prisregulering. Markedet for transmission er væsentligt anderledes og har et andet indtægtsgrundlag. Etablering og drift af landbaserede systemer er samtidig forbundet med helt andre og væsentligt lavere omkostninger end søledninger.
- Tariffen på 10/10,23 øre/m³ er [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*] lavere end den samlede omkostning for transport fra Tyra-feltet til Holland, som udgør det direkte alternativ til transport gennem DONGs opstrømssystem. Den samlede transportomkostning fra Tyra til Holland udgør [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*]. DONGs rør udgør således den billigste transportmulighed fra Tyra-feltet til land. Der er allerede derfor ikke belæg for at betegne DONGs tarif som urimelig.
- Tariffen på 10/10,23 øre/m³ er lavere end de faktiske tariffer i størstedelen af opstrømssystemerne fra Nordsøen til Storbritannien, ligeså vel som tariffen på 10/10,23 øre/m³ er lavere end størstedelen af de faktiske tariffer for transport fra Nordsøen til land i det norske opstrømssystem. Energitilsynet når alene sin konklusion om, at tariffen er urimelig, bl.a. ved i sin markedsundersøgelse at selekttere i sammenligningsgrundlaget og foretage en reduktion af de faktiske priser i

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 16 af 59

andre opstrømssystemer på grundlag af et forhold, der kun har svag prismæssig betydning

Konkurrenceundersøgelse

- Som Energitilsynet har erkendt, er der tale om en “mindre konkurrenceundersøgelse”. En så begrænset undersøgelse er uegnet til at konkludere noget nærmere om konkurrencesituationen. Energitilsynets betragtninger er i øvrigt også irrelevante. Et synspunkt om, at markedet påvirkes, hvis opstrømstariffen er for høj, giver intet svar på, om tariffen er for høj.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 17 af 59

Særlige bemærkninger til MEMAS' klage

- Der er ikke hjemmel i opstrømsbekendtgørelsen til gennem et påbud til DONG at indføre en generel regel om, at opstrømstariffen ikke må overstige størrelsen af driftsomkostningerne eller afskære muligheden for at indregne afskrivninger og forrentning af kapital eller andet sædvanligt overskud i tariffene. Det er klart i strid med opstrømsbekendtgørelsens udgangspunkt om en ureguleret pris, der fastsættes på kommercielle vilkår som led i en forhandling.
- Der er således ikke belæg for MEMAS' synspunkt om, at opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 5, skal forstås således, at tilsynet skal anvende de prisfastsættelsesprincipper (f.eks. omkostningsbaseret prisfastsættelse), der bruges i andre opstrømssystemer. Bekendtgørelsens § 7, stk. 5, kan ikke udgøre hjemmel for indførelse af en omkostningsbaseret prisfastsættelse, som udtrykkeligt blev afvist ved udstedelsen af opstrømsbekendtgørelsen. Det er desuden kun i Norge, at der anvendes en reguleret pris under hensyntagen til omkostninger. Både Storbritannien og Holland har forhandlet adgang som i Danmark. Den af MEMAS nævnte mulighed i visse britiske aftaler for at fastsætte tariffen, så den dækker en forholdsmæssig andel af driftsomkostningerne, er en ret for operatøren/ejeren – ikke for transportkunden. Denne ret skal sikre operatøren/ejeren mod en fremtidig situation, hvor mængderne er så små, at tarifindtægterne ikke kan dække de løbende driftsomkostninger.
- Der er hverken retligt eller faktuel belæg for MEMAS' synspunkt om, at DONGs opstrømssystem i relation til prisvurderingen skal behandles som fuldt afskrevet med den virkning, at der hverken kan indregnes afskrivninger eller forrentning af investeringen. Der er ikke hjemmel til at pålægge DONG fuldt ud at bære omkostningen til afskrivning og forrentning af den investerede kapital. Dette gælder, uanset hvilken afskrivningsprofil man måtte lægge til grund.

- Det er ikke i strid med opstrømsbekendtgørelsen, at DONG fastsætter tariffen således, at også tredjeparter bidrager til at dække en rimelig, forholdsmæssig andel af de samlede omkostninger til afskrivning og forrentning af investeringen. Det bemærkes i den forbindelse, at opstrømssystemet ikke er fuldt afskrevet i DONGs regnskaber.
- *[Afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Der er ikke be-
læg for, at DONG skulle afskrive investeringen, som om den øgede
gasmængde ikke var kendt.

MEMAS' synspunkter og bemærkninger

MEMAS finder, at Energitilsynets afgørelse skal ændres således, at tariffen fastsættes til DONGs driftsomkostninger pr. transporteret m³ gas for de enkelte måneder svarende til 2,03 øre/m³ i perioden juli 2011 til og med december 2011 og 2,26 øre/m³ i perioden januar 2012 til oktober 2012, eller at Energiklagenævnet fastsætter tariffen for hele perioden til en pris lavere end 5 øre/m³, mere subsidiært til en pris lavere end 7 øre/m³. MEMAS har til støtte herfor navnlig anført følgende:

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 18 af 59

Opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb og Energitilsynets kompetence

- MEMAS er enig med Energitilsynet i, at rimelighedsvurderingen og påbud vedrørende fastsættelse af priser og vilkår for adgange til opstrømssystemet efter bekendtgørelsens §§ 6 og 7 skal tage udgangspunkt i en omkostningsbaseret prissætning. Det følger af gældende praksis, at naturgasforsyningslovens rimelighedsbegreb i forhold til transporttariffer m.v. tager udgangspunkt i et omkostningsbaseret princip.
- Der er intet i lovgrundlaget, der taler for, at Energitilsynets rimelighedsvurdering efter opstrømsbekendtgørelsen skal ske på et andet grundlag end efter omkostningsprincippet. Hvis rimelighedsvurderingen efter opstrømsbekendtgørelsen skulle fravige dette generelle princip efter naturgasforsyningsloven, ville det kræve et udtrykkeligt hjemmelsgrundlag. Et sådant hjemmelsgrundlag er ikke til stede.
- At der er forhandlet adgang til opstrømsrørledninger begrænser ikke Energitilsynets beføjelse til at føre tilsyn med tariffene eller tilsynets mulighed for at ændre prisfastsættelsen. Princippet om forhandlet adgang ændrer desuden ikke ved, at rimelighedsvurderingen i opstrømsbekendtgørelsen skal tage udgangspunkt i princippet om omkostningsbaserede priser. Forhandlet adgang betyder helt grundlæggende kun, at der ikke er krav om Energitilsynets forudgående godkendelse af priser og vilkår, som det er tilfældet ved reguleret adgang. Princippet om forhandlet adgang er således på ingen måde til hinder for, at

det efterfølgende tilsyn med de priser og vilkår, der gælder ved forhandlet adgang, underlægges den samme rimelighedsvurdering, som priser og vilkår, der gælder ved reguleret adgang. Dette ses blandt andet i naturgasforsyningslovens oprindelige regulering af lager- og LNG-selskaber, hvor forhandlet adgang ifølge loven og dens forarbejder var kombineret med en rimelighedsvurdering, der netop tog udgangspunkt i selskabernes omkostninger.

- Anvendelse af andre principper end en omkostningsbaseret prisfastsættelse vil desuden føre til en diskrimination af MEMAS i forhold til de vilkår, som DONG selv har ved egen brug af rørledningen. En sådan diskrimination vil være klart i strid med naturgasdirektivets og naturgasforsyningslovens generelle diskriminationsforbud og vil derfor også stride mod naturgasforsyningslovens og opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb. Det er i den sammenhæng uden betydning, at det fremgår af opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 2, at "priser og betingelser fastsættes således, at der ikke diskrimineres mellem ansøgere", da bestemmelsen i sagens natur ikke tilsidesætter det grundlæggende forbud mod diskrimination mellem ledningsejeren selv og tredjeparter, der ønsker at transportere gas i ledningen.
- Forbuddet mod, at ejere af naturgasinfrastruktur diskriminerer tredjeparter til fordel for sig selv, er et af de mest grundlæggende principper i naturgasdirektivet. Det følger af Europa-Kommissionens praksis, at direktivets generelle principper om fair og åben adgang og forbud mod diskrimination gælder for opstrømsrørledninger på samme måde som for andre dele af naturgassystemet, jf. bl.a. Kommissionens statusdokument "State of implementation of the EU Gas Directive (98/30/EC) - An Overview" fra maj 2000. Derfor er Energitilsynet forpligtet til at håndhæve direktivets og lovens diskriminationsforbud i deres tilsyn og indgreb vedrørende DONG's priser og vilkår for adgang til rørledningen.
- Det følger af diskriminationsforbuddet, at DONG skal tilbyde vilkår til MEMAS, der svarer til dem, som DONG selv får, når DONG transporterer sin gas i rørledningen. Dette kan kun ske ved, at tarifferne for brug af rørledningen fastsættes til de omkostninger, der til enhver tid er forbundet med transport af gas i rørledningen. Da rørledningen må anses for fuldt afskrevet, må tarifferne fastsættes til DONGs til enhver tid værende driftsomkostninger pr. transporteret m³ naturgas i rørledningen.
- Det følger af naturgasdirektivets § 34, at regler om adgang til opstrømsrørledninger skal implementeres med henblik på skabelsen af

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 19 af 59

et konkurrencepræget marked og med henblik på at undgå ethvert misbrug af dominerende stilling. De pågældende krav støtter og viser det helt fundamentale i MEMAS' synspunkt om, at tarifferne for brug af rørledningen skal fastsættes på omkostningsbaseret basis. Det forhold, at DONG med den nuværende tarif selv får transporteret gas i rørledningen billigere end MEMAS og andre tredjeparter, skader konkurrencen på det danske naturgasmarked i væsentlig grad.

De faktiske modelberegninger

- Det er forkert, at Energitilsynet har lagt til grund for sin afgørelse, at afskrivningsperioden for rørledningen løber frem til 2023. Rørledningen blev anlagt i 1984 med en forventet samlet transportmængde på *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]* naturgas i rørledningens levetid. DONG forventede dengang, at rørledningen ville være fuldt afskrevet i 2009. Der er på nuværende tidspunkt transporteret *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]* naturgas i ledningen. Siden investeringerne i rørledningen blev foretaget, er renteniveauet for både statsobligationer og markedsrenten faldet markant. De investeringer, der er foretaget i rørledningen, byggede således på en forventning om *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*, en højere rentefod end den faktiske og en levetid, som er udløbet. På den baggrund kan man kun komme til den konklusion, at rørledningen må være fuldt afskrevet med en betydelig margin.
- DONGs reelle afskrivninger har været større end de modelmæssige. Model 1 og 2 bør afspejle de faktiske afskrivninger og de faktiske investeringer. Energitilsynet burde derfor i modelberegningen i model 1 og 2 have taget udgangspunkt i DONGs reelle afskrivninger over en 20 årig periode, og ikke som gjort afskrive aktivbasen lineært i den økonomiske levetid, dvs. frem til år 2023. MEMAS finder, at det regulatoriske princip med at anvende den økonomiske levetid for aktivet bør fraviges, når anvendelsen af den økonomiske levetid fører til en urimelig høj tarif. Opstrømsbekendtgørelsen tilsiger i øvrigt ikke, at Energitilsynet skal anvende den økonomiske levetid. Det er op til Energitilsynet selv ved udøvelsen af det forvaltningsretlige skøn at fastsætte en rimelig og omkostningsægte tarif.
- Når røret er fuldt afskrevet, har det som konsekvens for tariffberegningen, at der ikke er nogen afskrivninger at indregne i omkostningerne vedrørende rørledningen. På tilsvarende vis er der heller ikke længere nogen investeret kapital at forrente og inkludere i omkostningerne vedrørende rørledningen. Det indebærer, at tarifferne for brug af rørledningen alene kan baseres på DONGs driftsomkostninger. Tarifferne bør derfor ikke overstige et beløb, der svarer til de til enhver tid væ-

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 20 af 59

rende driftsomkostninger pr. transporteret m³ naturgas i rørledningen. Dette skulle have været udgangspunktet for Energitilsynets afgørelse.

- Energitilsynets afgørelse er truffet på et uoplyst grundlag, idet oplysningerne i DONGs regnskaber for 1995, 1999 og 2005 ikke er inddraget. Regnskabet for 1999 viser, at DONG nedskriver værdien af Syd Arne/Harald – Nybro med 500 mio. kr. i forhold til anskaffelsesprisen på 1,9 mia. kr. Endvidere har DONG i 1999 opskrevet værdien af rørledningen og behandlingsanlægget med 1,2 mia. kr. Det fremgår af DONGs regnskab for 1995, 1999 og 2005, at DONG afskrev opstrømssystemet over en 20-årig periode og ikke indtil 2023, som det er antaget i model 1 og model 2. Oplysninger om den regnskabsmæssige behandling af DONGs opstrømssystem (rørledningen og Syd Arne/Harald – Nybro) har væsentlig betydning og burde være indhentet af Energitilsynet. Samlet viser regnskaberne ifølge MEMAS, at aktivbasen er blevet overvurderet i forhold til de realiserede afskrivninger og bogførte værdier, uden at der tages højde for dette i model 1 eller model 2 eller i Energitilsynets konkrete afvejning af niveauet for en rimelig tarif.
- Energitilsynet anvender i basismodellerne en historisk tarif for transport af gas i rørledningen, som er fastsat for lavt. Det har som konsekvens, at Energitilsynet undervurderer DONGs historiske overdækning. Det medfører, at den i afgørelsen fastsatte tarif er højere end der faktisk er grundlag for. Energitilsynet bør i perioden frem til 2004 anvende transportfradraget i DONGs gaskøbsaftaler med DUC som den historiske tarif. Transportfradraget er et kommercielt forhandlet fradrag, som er udtryk for, hvad parterne var enige om, at transport af DONGs egen gas i rørledningen skulle koste. Fradraget må derfor sidestilles med en tarif for transport af den købte gas i rørledningen.
- Energitilsynet anerkender, at benævnelsen transportfradrag indikerer, at beløbet dækker over en tarif for transport i rørledningen, men vælger at se bort fra fradraget med den begrundelse, at *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Denne begrundelse giver imidlertid ikke mening. DUC har naturligvis i forhandlingen af gassalgsaftalerne, og særligt i forhandlingen af transportfradraget, foretaget en selvstændig vurdering af, om fradragets størrelse stod i forhold til transportomkostningerne på daværende tidspunkt. DONG har derfor i sagens natur ikke haft mulighed for, endsige interesse i *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Der foreligger desuden intet i sagen, som sandsynliggør, at transportfradraget dækker over andet end prisen for transport af gassen.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 21 af 59

- Det er forkert, når Energitilsynet i model 1B og 2B har baseret beregningerne på det faktiske flow af naturgas i rørledningen. Beregningerne forudsætter, at MEMAS og andre, som reserverer kapacitet i rørledningen, faktisk kan udnytte hele den reserverede kapacitet. De faktisk transporterede mængder vil i praksis altid være en del lavere end den reserverede kapacitet. Det har også været tilfældet for MEMAS, hvor de transporterede mængder har udgjort ca. 85 pct. af den reserverede kapacitet. Da DONG i model 1B og 2B kun betaler tarif til sig selv for faktisk flow og ikke bestiller kapacitet, undervurderer modellerne den nødvendige kapacitetsbestilling, som DONG skulle have foretaget, hvis DONG var tredjepart og skulle booke kapacitet efter samme metode som eksempelvis MEMAS. Dermed favoriserer model 1B og 2B DONG til skade for MEMAS, da modellerne fejlagtigt baserer sig på lavere transportindtægter (DONGs manglende kapacitetsbestillinger). Konsekvensen heraf er, at DONGs historiske overdækning bliver undervurderet, og at tariffen, som MEMAS og tredjeparter skal betale, derfor bliver for høj.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 22 af 59

- *[Afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*
- Tyra Vest - F3 rørledningen er ikke en del af DONGs opstrømssystem, og DONGs anlægsomkostninger, driftsomkostninger og leasingudgifter vedrørende Tyra Vest-F3 bør derfor ikke indgå i grundlaget for fastsættelsen af en rimelig tarif for transport af gas i rørledningen. Inklusionen af dette indebærer derfor, at tariffen fastsættes højere, end de faktuelle forhold berettiger til. DONG har under sagen ikke afvist, at leasingudgifterne til Tyra Vest-F3, som DONG betaler til DONG Energy Pipelines A/S, er medtaget under driftsomkostninger til rørledningen. Derfor må det lægges til grund, at DONG har medregnet leasingudgifterne som driftsomkostninger. Det må være hensigten med Energitilsynets modeller, at DONG skal have dækket reelle driftsomkostninger. De pågældende leasingudgifter bør på den baggrund fratrækkes i DONGs driftsomkostninger. Det indebærer, at volumenbetalingen kan reduceres med 30-45 pct.
- Energitilsynet anvender et estimat for de forventede naturgasmængder fra 2011 til 2023 til transport gennem rørledningen, som er væsentligt lavere end de faktiske forhold tilsiger. Det betyder, at tilsynet undervurderer de tarifindtægter, som DONG må forvente at få fra rørledningen. Energitilsynet har i afgørelsen anvendt et gennemsnit af på den ene side Energistyrelsens prognoser for fremtidige naturgasmængder og på den anden side DONGs estimater fra 2010. DONGs estimater fra 2010 er væsentligt lavere end Energistyrelsens tal. DONGs senere rea-

liserede og forventede mængder ligger imidlertid langt tættere på Energistyrelsens prognose end på DONGs egen prognose fra 2010.

- DONG forventede i 2010 at skulle transportere [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*] i perioden 2011-2016. Medio 2013 var mængdeforventningen for samme periode [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*]. Uanset denne fordobling af mængderne og forøgede indtægter til DONG har DONG hævet tariffen, hvor det logiske og naturlige ville have været en reduktion af tariffen. På den baggrund, og fordi det er i DONG's interesse, at mængderne estimeres lavest muligt, er det usagligt, at Energitilsynet har tillagt DONGs estimer fra 2010 samme vægt som estimatet fra den relevante myndighed på området. Der er reelt tale om, at tilsynet uden begrundelse underkender Energistyrelsens prognose og samtidig ser bort fra DONGs egne opdaterede tal.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO -EKN

Side 23 af 59

- Model 3's resultater er ifølge Energitilsynet et udtryk for den tarif, som er tilstrækkelig til at dække DONGs forventede fremtidige driftsomkostninger ved opstrømsaktiviteten. Tilsynet mener derfor, at resultaterne må anses for at udgøre den nedre grænse for et rimeligt tarifniveau. Ifølge Model 3 er tariffen for 2011 opgjort til 4,95 øre/m³, jf. tabel 13 i afgørelsens punkt 291. DONG har imidlertid selv fastsat den tarif (volumenbetaling), som skal dække DONGs faktiske driftsomkostninger ved opstrømsaktiviteten. DONG har sat den til 2,03 øre/m³ og 2,26 øre/m³ for henholdsvis 2011 og 2012. De beregnede driftsomkostninger i model 3 (4,95 øre/m³) er således markant højere end det tal, som DONG selv opgiver som sine egne faktiske driftsomkostninger ved opstrømsaktiviteten (2,26 øre/m³). Model 3 er derfor uegnet til at indgå som grundlag for tariffastsættelsen, da modellen giver et alt for højt resultat vedrørende DONGs driftsomkostninger ved opstrømsaktiviteten. Ifølge Energitilsynet skulle model 3 afspejle færre transporterede mængder med tiden og dermed færre tarifindtægter i periodens sidste år. Men da MEMAS altid betaler volumenbetaling uanset mængderne, vil DONG altid være sikret betaling af deres driftsomkostninger.
- MEMAS har ingen indvendinger mod, at Energitilsynet bruger forskellige beregningsmodeller i skønnet over den rimelige tarif. Modellerne anvendes og vægtes imidlertid forkert i forbindelse med skønnet. Vægtningen af modellerne har således uden saglig begrundelse været klart i DONGs favør. Hvis vægtningen af modellernes resultater - hvoraf flere på grund af en massiv overdækning til DONG resulterer i en negativ tarif - havde været mere balanceret, ville den af Energitilsynet fastsatte tarif have været betydeligt lavere end 5-7 øre/m³. I Ener-

gitilsynets svarskrift af 4. februar 2012 anfører tilsynet selv, at et simpelt gennemsnit af de i modellerne fremkomne værdier ville føre til en tarif på 1,33 øre/m³.

- Det er endvidere usagligt, at Energitilsynet oven i den skæve vægtning af modellernes resultater har valgt at forhøje tarifniveauet med en buffer på 0,5 øre/m³. Energitilsynet begrundet dette med, at der er forhandlet og ikke reguleret adgang, og at det derfor er væsentligt at sikre, at DONG ikke bliver pålagt at opkræve en urimelig lav tarif. Det er uden betydning for Energitilsynets skøn, om der er forhandlet eller reguleret adgang. I begge tilfælde er der lige store hensyn at tage til begge parter i tvisten, som hver især har krav på, at den fastsatte tarif ikke er urimelig høj, henholdsvis urimelig lav. Når der tages særlige hensyn til DONG ved vægtningen af beregningsmodellerne, og tariffen forhøjes med en sikkerhedsbuffer af hensyn til DONG, har dette negative konsekvenser for MEMAS og andre konkurrenter, som ønsker at transportere gas i rørledningen. De pågældende hensyn er derfor usaglige og medfører, at det af Energitilsynet fastsatte tarifniveau er urimelig højt.
- Energitilsynet har ikke hjemmel til at fastsætte tariffen for transport af gas i rørledningen som et prisinterval, som det er tilfældet i afgørelsen. Det ændrer ikke herved, at der er forhandlet adgang på dette område. MEMAS har klaget over prisen på ét bestemt produkt i én konkret aftale, og det følger af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 4, at Energitilsynet som tvistbilæggelsesmyndighed skal fastsætte en entydig pris for det pågældende produkt og ikke et prisinterval.

Markedsprisundersøgelse og markedets praksis

- Markedets praksis skal inddrages som ét af flere elementer i vurderingen af rimeligheden af DONGs tariffer. Hensynet til markedets praksis kan dog under ingen omstændigheder retfærdiggøre, at DONG tilsidestætter grundlæggende principper i naturgasdirektivet og naturgasforsyningsloven, herunder diskriminationsforbuddet, eller at DONG misbruger sin stilling som ejer af rørledningen i strid med opstrømsbekendtgørelsen.
- DONG både gengiver markedets praksis forkert og tillægger markedets praksis altafgørende vægt, selvom det blot er ét af flere elementer. En inddragelse af markedets praksis kan ikke blot bestå i en simpel sammenligning af nominelle tariffer mellem væsensforskellige opstrømssystemer. Det er også relevant og afgørende at se på de metoder, tarifferne fastsættes efter. Ved sammenligningen af tariffer må der endvidere tages hensyn til, om der er tale om transport af våd eller tør

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 24 af 59

gas, opstrømssystemets alder, anlægsomkostninger, transporterede mængder, tekniske specifikationer af opstrømssystemet og andre individuelle forhold, som har betydning for tariffens størrelse.

- Ved sammenligningen af DONG's tariffastsættelse med markedets praksis, må der lægges særlig vægt på praksis i Norge, som er det klart mest udviklede af opstrømssystemerne i Nordsøen. Desuden er der i Norge transport af tør gas direkte fra produktionsplatforme til land. Dette er lig situationen for opstrømssystemet i den danske del af Nordsøen. Energitilsynets afgørelse viser, at tariffen for brug af DONGs opstrømssystem er væsentligt højere end sammenlignelige norske tariffen. De norske tariffen er desuden fastsat med udgangspunkt i omkostningerne ved driften af opstrømssystemet. Den norske regering har i juni 2013 vedtaget en ændring af den norske "tarifforskrift". Det overordnede formål med denne ændring er at sænke tariffen for brug af opstrømssystemet for at sikre en effektiv brug af systemet - og dermed opnå, at der produceres så meget gas som muligt. Et grundlæggende princip i den norske regulering er således, at indtjeningen i naturgassektoren skal ske ved salg af naturgasforekomsterne og ikke ved tarifindtægter for brug af infrastrukturen.
- I den norske tarifforskrift sammenlignes i øvrigt de forventede mængder gas ved etableringen af GassLed i 2003 med de nye forventninger i 2013 til de fremtidige mængder. Der forventes en øget gasmængde, og derfor er også afkastet til ejerne af Gassled blevet større end forventet. Hvis tariffen ikke bliver reduceret, vil der altså være en kraftig overdækning til ejerne af Gassled. Derfor ændres tariffen i Norge. Dette er en situation meget lig den danske situation, hvor der også har været væsentligt større mængder gas end forventet.
- Markedets praksis i Norge viser, at tariffastsættelsen er omkostningsbaseret og desuden evalueres omkostningerne og transportindtægterne løbende, så tariffen altid er rimelig og dermed sikrer bedst udnyttelse af naturgasforekomsterne. Udviklingen i Norge er det mest relevante eksempel på markedets praksis for tarifering for brug af opstrømssystemer. Der bør derfor lægges afgørende vægt på forholdene i Norge ved inddragelsen af markedets praksis i rimelighedsvurderingen af DONG's tariffen efter opstrømsbekendtgørelsen. En sammenligning af den nuværende norske tarifering og DONGs fører derfor som vist til den klare konklusion, at både DONGs nuværende tariffen og de af Energitilsynet fastsatte tariffen er urimelige, fordi de ikke som de norske tariffen er baseret på de faktiske omkostninger ved drift af opstrømssystemet.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO -EKN

Side 25 af 59

- De britiske opstrømssystemer er væsensforskellige fra det danske, fordi de britiske systemer er vådgassystemer. Det danske er et tørgassystem. De af DONG gengivne tariffer i det britiske system vedrører alle også våd gas og er derfor ikke sammenlignelige med DONG's tarif. Det er faktisk forkert, at DONG's tarif også inkluderer transport af våd gas. Hvis MEMAS ønsker at bruge vådgasfaciliteten i DONGs system på Nybro, skal MEMAS betale en ekstra tarif for dette. DONG's tarif er højere end de aktuelle tariffer i det britiske opstrømssystem. Det gælder i særdeleshed, når tarifferne korrigeres for, at det britiske system er et vådgassystem. Hvis man ved korrektionen tager udgangspunkt i DONGs priser for behandling af våd gas, bør de britiske tariffer reduceres med 40-50 pct. for at være sammenlignelige med DONGs tariffer. Derfor viser alle sammenligninger af DONGs tariffer med de britiske tariffer, at DONGs tariffer er væsentligt højere end de britiske tariffer, og DONGs tariffer er derfor urimelig.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 26 af 59

- DONG har tidligere påstået at have fremlagt tariffer for transport af tør gas i Storbritannien. MEMAS har imidlertid i sit indlæg af 16. maj 2013 i DONG's klagesag påvist, at alle de fremlagte tariffer er tariffer for transport af våd gas. De tariffer, som DONG har anvendt i sin sammenligning af egne tariffer med de britiske tariffer, er i øvrigt historiske – og ikke de aktuelle tariffer. Tarifferne er derfor direkte misvisende ved en undersøgelse af det aktuelle tarifniveau.
- Den hollandske NOGAT-tarif kan ikke tillægges nogen vægt i sammenligningen. *[Afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. NOGAT-systemet er i øvrigt et vådgassystem. Derfor er NOGAT-tarifferne en tarif for transport af våd gas, og tariffen ville således under alle omstændigheder skulle korrigeres væsentligt i nedadgående retning for at kunne sammenlignes med tarifferne for brug af rørledningen. Endelig er NOGATs tariffer individuelt forhandlede. Det må derfor lægges til grund, at der findes flere forskellige tariffer for transport af gas i NOGAT. Der findes således ikke kun én NOGAT-tarif, der kan sammenlignes med.
- DONG har anført, at det er forkert, at Energitilsynet har foretaget sammenligningen af DONGs tariffer med andre opstrømsstariffer på baggrund af en opgørelse af tarifferne pr. km rørledning. DONG finder, at sammenligningen af tariffer skal ske uden hensyntagen til, at nogle opstrømssystemer har været dyrere at etablere end andre. MEMAS er ikke enig heri. Det er klart, at der ved sammenligning af DONGs system med andre opstrømssystemer må tages hensyn til de omkostninger, der har været forbundet med at etablere de forskellige systemer. Forskellige fysiske og geografiske forhold m.v. er således medvirkende

til, at rørledningen på visse punkter har været meget billigere at etablere end de systemer, der sammenlignes med.

Særlige bemærkninger til DONGs klage

- Den af DONG anførte praksis fra konkurrence- og statsstøtteretten udgør ikke et relevant fortolkningsbidrag ved vurderingen af, om tariffen er rimelig. Rørledningen er underlagt en helt særlig sektorlovgivning, hvorefter Energitilsynet er tillagt beføjelser med at føre tilsyn med, at priser og vilkår er rimelige og om nødvendigt at fastsætte, hvad priser og vilkår skal være. Dette er en helt anden rolle end konkurrencemyndighederne har efter konkurrenceretten. Tilsynets prøvelse af priser efter opstrømsbekendtgørelsen er desuden ikke begrænset til en vurdering af, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling i konkurrenceretlig forstand, men en prøvelse med et langt bredere fokus. Derfor er det ikke relevant at inddrage den af DONG anførte konkurrenceretlige praksis i denne sag. På samme måde er det ikke relevant at drage paralleller fra statsstøtteretten i denne sag, da statsstøtteretten er væsensforskellig fra sektorreguleringen i opstrømsbekendtgørelsen.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 27 af 59

Energitilsynets udtalelse til DONGs klage

Det er Energitilsynets opfattelse, at tilsynets afgørelse bør stadfæstes. Til støtte herfor har Energitilsynet navnlig anført følgende:

Opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb og Energitilsynets kompetence

- Energitilsynet er med bestemmelserne i opstrømsbekendtgørelsen §§ 6 og 7 pålagt at føre tilsyn med tariffernes rimelighed i opstrømssystemet. Der er tale om en klar og utvetydig hjemmel for Energitilsynet til at vurdere prisernes rimelighed. Opstrømsbekendtgørelsen angiver ikke yderligere om, hvad der skal forstås ved "rimelige", og Energitilsynet lægger derfor til grund, at anvendelsen af kriteriet "rimelige" må udfyldes ved et konkret skøn. Energitilsynet har foretaget dette skøn på baggrund af en række modelberegninger, sammenligning med tariffen i andre udvalgte sammenlignelige opstrømssystemer samt en mindre konkurrenceanalyse af markedet. Det samlede skøn er således udøvet inden for rammerne af de bestemmelser, som Energitilsynet skal tage udgangspunkt i.
- Der er på baggrund af ordlyden af bestemmelserne i opstrømsbekendtgørelsen, forløbet omkring udstedelse af bekendtgørelsen, og forarbejderne til naturgasforsyningsloven ikke holderpunkter for at antage, at rimelighedsbegrebet i opstrømsbekendtgørelsen skal fortolkes anderledes end rimelighedsbegrebet i naturgasforsyningsloven, hvor

rimelige priser tager udgangspunkt i afholdte omkostninger samt en rimelig forrentning af den investerede kapital.

- Energitilsynet er ikke enig med DONG i, at "forhandlet adgang" er et entydigt begreb. Det kan således på baggrund af forarbejderne til naturgasforsyningslovens § 20 a (ophævelse af forhandlet adgang til lagre), konkluderes, at "forhandlet adgang" ikke er et entydigt begreb, men at "forhandlet adgang" både kan kombineres med efterfølgende tilsyn af prisernes rimelighed og stå alene uden tilsyn med priser og uden en bestemmelse, som foreskriver, at priserne skal være rimelige.
- Det fremgår adskillige steder i direktivteksten (direktiv 2009/73/EF om fælles regler for det indre marked for naturgas), af forarbejderne til naturgasforsyningslovens § 21, stk. 1, samt af det høringsnotat, som Energistyrelsen har udarbejdet i forbindelse med udstedelsen af opstrømsbekendtgørelsen, at der skal udstedes regler og føres tilsyn bl.a. med henblik på at hindre misbrug af dominerende stilling (dvs. forbud mod urimelige priser/forretningsbetingelser). Et centralt element i den forbindelse er omkostningselementet.
- Energitilsynet er ikke enig med DONG i, at tilsynet ved vurderingen af, om opstrømstarifferne er rimelige, alene skal tage udgangspunkt i opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 5, som foreskriver, at tilsynet skal lægge vægt på markedets praksis. Bestemmelsen om, at tilsynet skal lægge vægt på markedets praksis blev ikke tilføjet til opstrømsbekendtgørelsen, da omkostningsbestemmelsen i forslaget § 5, blev fjernet. Bestemmelsen er at genfinde i det oprindelige udkast, og der er således ikke holdepunkter for at antage, at der er et modsætningsforhold mellem på den ene side bestemmelsen om, at tilsynet skal lægge vægt på markedets praksis, og på den anden side en omkostningsbaseret tilgang til tarifferne. Endvidere er bestemmelsen i opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, som foreskriver, at tilsynet skal føre tilsyn med, at priser og betingelser i henhold til § 5, stk. 1 og 2, er rimelige, skrevet ind i bekendtgørelsen samtidig med, at bestemmelsen om faktiske omkostninger og en for branchen rimelig fortjeneste er fjernet. Hvis ministeren og Energipolitisk Udvalg med ændringen ville signalere, at Energitilsynet alene skulle lægge vægt på markedets praksis, kunne man forvente, at dette ville fremgå af § 6, stk. 1, i stedet for den nugældende ordlyd, hvorefter tilsynet skal sikre, at priserne er rimelige.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 28 af 59

De faktiske modelberegninger

- Energitilsynet er ikke enig med DONG i, at tilsynet ikke tager tilstrækkelig hensyn til de usikkerheder, der er knyttet til modelbereg-

ningerne. Energitilsynet bemærker generelt, at tilsynet i medfør af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, behandler tvister opstået i forbindelse med ansøgninger om adgang til opstrømssystemet. MEMAS har indgivet en klage til Energitilsynet, og tilsynet har derfor både ret og pligt til at vurdere tariffernes rimelighed. Energitilsynet medgiver, at der er tale om vanskelige beregninger, især fordi der er tale om en meget lang årrække, og at opstrømsaktiviteten og naturgasaktiviteten ikke har været adskilt – hverken selskabsmæssigt eller regnskabsmæssigt. Energitilsynet har dog ikke mulighed for at afvise en sådan klage under henvisning til, at der er tale om vanskelige beregninger. Energitilsynet har i forbindelse med udøvelse af sit skøn taget hensyn til, at der er tale om vanskelige og usikre beregninger, og tilsynet har i den forbindelse taget rimelige hensyn til DONG.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

- At Energitilsynet har taget hensyn til, at der er tale om vanskelige og usikre beregninger, og at tilsynet har taget rimelige hensyn til DONG kommer bl.a. til udtryk ved, at 1) modelberegningerne viser i visse scenarier, at investeringen i opstrømssystemet er fuldt forrentet og tilbagebetalt, men tilsynet har ikke villet lægge dette til grund, 2) de normerede tariffer fra opstrømssystemer i andre lande ligger noget lavere end det interval for en rimelig pris, som fremgår af den påklagede afgørelse, 3) Energitilsynet har lagt til grund, at DONGs tariffer ikke skal ligge under 5 øre/m³, fordi denne nedre grænse svarer til den tarif, der finansierer driften af et fuldt afskrevet opstrømssystem i perioden 2011-2023, uanset at selskabets aktuelle driftsomkostninger udgør 2,77 øre/m³, 4) Energitilsynet har set bort fra transportfradraget, 5) Energitilsynet har ved anvendelse af mængdeprognoserne ikke lagt de officielle tal fra Energistyrelsen til grund, men har derimod anvendt et gennemsnit mellem det officielle tal fra Energistyrelsen og den af DONG fremlagte mængdeprognose, 6) og Energitilsynet har ved fastsættelsen af den rimelige tarif foretaget et bredt skøn på 5-6,5 øre/m³ af hensyn til den usikkerhed, som modelberegningerne er forbundet med, og har i den forbindelse indlagt en buffer på 0,5 øre/m³, hvilket udgør 8-10 pct. af den skønnede pris - dette med henblik på at sikre, at der ikke gribes ind over for priser, som er rimelige. Den tarif, som Energitilsynet fastslår som rimelig, ligger således over et simpelt gennemsnit af modelberegningernes resultater, og der er således ved udøvelsen af skønnet lagt afstand til modellernes lave resultater.
- DONG har anført, at Energitilsynet væsentligt undervurderer de historiske omkostninger ved alene at forrente det historiske underskud ved driften af opstrømssystemet med en risikofri rente (i form af statsobligationer). Under henvisning til statsstøtteretten anfører DONG, at det akkumulerede underskud skal finansieres ved hjælp af egen- og/eller

Side 29 af 59

fremmedkapital på samme måde som selve investeringen i infrastrukturen. Det er i dette tilfælde investorerne på markedet, der vurderer risikoen og på denne baggrund fastsætter lånerenten. Energitilsynet bemærker hertil, at der ved etableringen af naturgasprojektet ikke var tale om investorer på markedet, der vurderede risikoen. Naturgasprojektet er etableret af den danske stat og således ikke af en investor på markedet. Den danske stat har gennem udstedeles af love og regler haft mulighed for at dæmpe risikoen ved naturgasprojektet, og denne mulighed har staten benyttet sig af, bl.a. gennem afgiftsfritagelse for naturgas (1986-2000), tilslutning af de centrale kraftværker til naturgasnettet, tildelingen af eneret til DONG til at indføre, forhandle, transportere og oplagre naturgas i Danmark fra 1972 frem til 2000 (for at indføre gas dog kun frem til 1994). Under hensyntagen til ovenstående og til det forhold, at DONG har haft adgang til låneoptagelse med statsgaranti, finder Energitilsynet, at der skal tages udgangspunkt i DONGs konkrete forhold og ikke i en hvilken som helst investor på markedet.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 30 af 59

- Energitilsynet har ikke indregnet skatteomkostninger på stand alone-basis. Efter Energitilsynets vurdering er det ikke i overensstemmelse med rimelighedskriteriet i opstrømsbekendtgørelsen at lade modelberegninger tage højde for en teoretisk funderet, men reelt fiktiv skattebetaling, da der ikke kan dokumenteres en faktisk skattebetaling på opstrømsaktiviteten. Energitilsynet fastholder således, at der – i det omfang det er muligt – skal tages udgangspunkt i de konkrete forhold.
- For så vidt angår spørgsmålet om beregningen af fiktive historiske indtægter bemærker Energitilsynet, at model 1 er den eneste model, hvor der foretages beregninger af historiske tariffer (1984-2003). Denne model tager udgangspunkt i den af DONG offentliggjorte 2004-tarif. Der er således ikke tale om en fiktiv tarif, men derimod om DONGs egen tarif som offentliggjort af selskabet. På baggrund af 2004-tariffen foretages der en tilbagediskontering med inflationen. Denne fremgangsmåde er oprindeligt foreslået af DONG, ligesom det er DONG selv, der har foretaget tilbagediskonteringen. For årene 2004-2010 (begge inkl.) tager Energitilsynet udgangspunkt i de af DONG offentliggjorte tariffer, og for årene 2010 og frem beregner modellen tarifferne. Model 2 anvender 2004 som startår og opgør omkostninger og indtægter i perioden 2004-2023. Model 2 hviler på den antagelse, at den historiske over/underdækningen er nulstillet i år 2004. Også model 2 inddrager historiske tariffer, men disse tariffer er de af DONG offentliggjorte tariffer. Model 3 anvender 2011 som startår og tager udgangspunkt i et fuldt afskrevet opstrømssystem. Modellen angiver de tariffer, som er nødvendige for at dække fremtidige driftsomkostnin-

ger. Energitilsynet finder, at der nødvendigvis bør ske en værdifastsættelse af DONGs egen brug af opstrømsrørledningerne, idet det naturligtvis siden etableringen af rørledningerne har været hensigten, at investeringen skulle betales af gaskunderne. Det må således lægges til grund, at DONG gennem opkrævning af betaling for naturgas, har indregnet transport fra Tyra til Nybro.

- Ved fastsættelsen af denne historiske tarif, som er indregnet i de gaspriser, som DONG har anvendt, finder Energitilsynet, at anvendelsen af 2004-tariffen, som er den ældste, offentliggjorte tarif, er det mest retvisende. Der er tale om en tarif, som DONG selv har offentliggjort, og det antages, at DONG forinden offentliggørelsen har foretaget beregninger med henblik på at fastslå, hvor meget transportomkostningerne udgjorde af den samlede gaspris. Hvis Energitilsynet skulle se bort fra den periode, der er gået, er der risiko for, at DONG har mulighed for at få dækket etableringsomkostninger to (eller flere) gange, hvilket vil være i strid med opstrømsbekendtgørelsens bestemmelse om, at priserne skal være rimelige. I øvrigt har DONG ikke under behandlingen af sagen fremlagt oplysninger om, at den af selskabet offentliggjorte tarif for 2004 er fejlbehæftet, og selskabet har heller ikke begrundet, hvorfor selskabet skulle have foretaget offentliggørelse af en alt for høj tarif i årene 2004-2007.
- DONG har foretaget en fremskrivning af 2004-tariffen til 2011-prisniveau. Dette fører til en tarif på 16 øre/m³, hvilket efter DONGs vurdering er en høj tarif. Energitilsynet ønsker at understrege, at den fremskrivning, som DONG foretager ikke har støtte i Energitilsynets model. Som ovenfor beskrevet har Energitilsynet for årene 2004-2010 (begge inkl.) anvendt de af DONG offentliggjorte tariffer. I Energitilsynets model 1, udgør tariffen i 2011 6,48 øre/m³. Energitilsynet fastholder, at tariffen fra 2004 er den, der bedst kan anvendes til beregning af de historiske tariffer, først og fremmest fordi det er den første, offentliggjorte tarif. Det kan i den forbindelse tilføjes, at DONG på et tidligere tidspunkt, nemlig august 2001, har tilbudt Mærsk Olie og Gas A/S transport af naturgas fra Syd Arne/Harald til Nybro til en pris *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Der er således holdepunkter for, at den tilbagediskonterede 2004-tarif ikke er for høj.
- For så vidt angår spørgsmålet om forhøjelse af værdien af DONGs egentransport med fiktive kapacitetsbookinger (til illustration af, hvad DONGs transportomkostninger ville have udgjort, hvis DONG havde været henvist til at foretage kapacitetsbookinger) bemærker Energitilsynet, at tilsynet ganske rigtigt har foretaget en sådan omregning i

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 31 af 59

scenarium A. Det fremgår imidlertid, at tariffen ved anvendelse af scenarium A fremadrettet skulle udgøre henholdsvis -10,68 øre/m³ (model 1) og -0,32 øre/m³ (model 2). Ved anvendelse af scenarium B (som ikke indregner kapacitetsbooking) skulle tariffen udgøre 5,01 øre/m³ (model 1) og 3,63 øre/m³ (model 2). Da Energitilsynet ved den påklagede afgørelse ikke har pålagt DONG negative tariffer, er der i realiteten ikke blevet lagt vægt på scenarium A ved den endelige skønsudøvelse. Energitilsynet finder imidlertid, at disse beregninger bør inddrages til illustration af, hvorledes tarifferne skulle have ligget, hvis scenarium A skulle lægges til grund. På den ene side finder Energitilsynet, at model 1 A er den mest retvisende, da denne model inddrager anlæggets samlede levetid og tager højde for kapacitetselementet i transportprisen, altså de principper, som tilsynet lægger vægt på. På den anden side har tilsynet ikke anvendt den pålydende tarif, som følger af model 1A, i fastlæggelsen af intervallet for en rimelig tarif, da den pålydende værdi er negativ som konsekvens af en stor, historisk, akkumuleret overdækning. Dette modelresultat peger således på, at DONG til dato kunne have opnået en overdækning på investeringen i opstrømssystemet. Det forhold, at Energitilsynet ikke har anvendt udtrykket for en overdækning – negative tariffer – i den endelige fastlæggelse af intervallet for en rimelige tarif, understreger, at tilsynet i udøvelsen af skønnet har taget rimelige hensyn til DONG som investor.

- Energitilsynet har i forbindelse med behandlingen af sagen afvist at anvende den af DONG foreslåede model med balancerede tariffer (balancetarif). Dette hænger i særdeleshed sammen med, at tarifferne i den balancerede model ikke tager hensyn til de faktiske forhold, herunder ikke tager hensyn til de af DONG offentliggjorte tariffer for årene 2004-2007. DONG offentliggjorde i disse tre år den samme tarif, nemlig 13,8 øre/m³. Som tidligere påpeget må det lægges til grund, at DONG forud for offentliggørelsen har foretaget beregninger, der viste det rimelige niveau for tariffen. Under anvendelse af den af DONG foreslåede balancetarif fremkommer der for årene 2004, 2005 og 2006 tariffer i størrelsesordenen 12,4, 12,5 og 12,7 øre/m³. Disse ligger alle under det af DONG offentliggjorte beløb på 13,8 øre/m³. Det er korrekt, at den af DONG opkrævede tarif er mindre end den af DONG foreslåede balancetarif, men da Energitilsynet ikke finder, at den af DONG foreslåede tarif i tilstrækkelig grad tager hensyn til de faktiske omstændigheder, nemlig størrelsen på de af DONG offentliggjorte tariffer, finder Energitilsynet heller ikke den af DONG udførte beregning, hvor balancetariffen sammenlignes med den af MEMAS betalte tarif, relevant.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 32 af 59

- DONG har anført, at MEMAS betaler en tarif, der er 33-38 pct. lavere end den tarif, som DONGs egen transport i opstrømssystemet er værdisat til. DONG fremdrager endnu en gang tariffen på 16 øre/m³ i 2011-niveau. Som tidligere redegjort for, anvendes der ikke i Energitilsynets modeller en tarif for 2011 på 16 øre/m³. Fra 2004 og frem anvender Energitilsynet de af DONG offentliggjorte tariffer. Energitilsynet finder, at DONG ved at kritisere en tarif, der i 2011-niveau udgør 16 øre/m³, reelt kritiserer sin egen offentliggjorte 2004-tarif for at være for høj. Som tidligere påpeget må det lægges til grund, at DONG forinden offentliggørelsen af tariffen i 2004 (og 2005 og 2006) har foretaget beregninger, der understøtter, at tariffen på 13,8 øre/m³ nogenlunde svarer til den transportomkostning, som DONG pålægger gasprisen ved videresalg. Energitilsynet finder derfor ikke sammenligningen retvisende.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 33 af 59

Markedsprisundersøgelse og markedets praksis

- Energitilsynet finder ikke, at der nødvendigvis skal lægges afgørende vægt på markedets praksis – specielt i en situation som den foreliggende, hvor markedets praksis ikke er særlig entydig. Energitilsynet har inddraget markedets praksis i sin vurdering, og det er tilsynets vurdering, at markedets praksis generelt tilsiger en lavere tarif end den påklagede tarif.
- Med hensyn til priser i andre opstrømssystemer, så har Energitilsynet udvalgt systemer, der er underlagt regulering (GASSCO i Norge), systemer, der udelukkende er underlagt tvisteløsning (Storbritannien) og et ikke-reguleret system, som end ikke offentliggør priser (NOGAT i Holland). Det er kendetegnende for de systemer, som Energitilsynet har udvalgt til prissammenligningen, at samtlige systemer, inkl. Tyra-Nybro er beliggende i den del af Nordsøen, som af GASSCO betegnes zone D). Tilsynet finder, at dette udvælgelseskriterium er mere retvisende, end det af NERA valgte, hvor også opstrømssystemer, der strækker sig over både 2 og 3 priszoner inddrages.
- Ydermere har Energitilsynet lagt vægt på, at tarifferne skal være eller gøres sammenlignelige. Dette er meget vigtigt, idet det fremgår af opstrømsbekendtgørelsen § 7, stk. 5, at Energitilsynet skal lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang. Med hensyn til den af Energitilsynet foretagne normering af tarifferne (omregning til et fast beløb pr. kilometer gange længden af røret), er det tilsynets vurdering, at denne fremgangsmåde under de givne forudsætninger er den bedste til at gøre de udvalgte tariffer sammenlignelige, således at også opstrømsbekendtgørelsens krav om "tilsvarende omfang" opfyldes. Det skal i den forbindelse erindres, at Energitilsynet

foretager normeringen for at kunne sammenligne den ydelse, som transportkunderne modtager (output) og ikke for at sammenligne selskabernes omkostningseffektivitet (input).

- Energitilsynet har forholdt sig til NERAs rapport og oplysningerne heri. Indvendingen i forhold til NERAs rapport er hovedsageligt, at NERA foreslår en egentlig omkostningsbenchmark, som anvendes ved effektivitetsregulering, og ikke en metode til tarifsammenligning.
- Det fremgår af NERA's rapport om opstrømstariffer i andre lande, at der sammenlignes opstrømssystemer, der spænder fra en længde på bare 10 km til en længde på 1903 km. Energitilsynet finder det åbenlyst, at opstrømssystemer med så forskellige længder i sagens natur ikke kan sammenlignes direkte, da produktet, der sammenlignes (transportydelse og markedsadgang) er vidt forskellige.
- Tarifferne i det norske system er regulerede, og i et reguleret system er der de facto en klar sammenhæng med etablerings- og driftsomkostninger på den ene side og tariffer på den anden side. I den forbindelse vil det dog også spille ind, hvor meget gas, der transporteres. I Norge er der reguleret tredjepartsadgang. Klagers påstand om, at det er markedsværdien af kapaciteten, der er afgørende for prissætningen, må derfor kategorisk afvises for så vidt angår GASSCOs tariffer.
- Det kan i forbindelse med de norske tariffer nævnes, at det norske Olje- og Energidepartement d. 15. januar 2013 har sendt et forslag til tariffnedsættelser for nye transportaftaler i GASSCOs opstrømssystem i høring. Der er tale om, at et såkaldt K-element (fast del af kapitalelementet pr. enhed) nedsættes markant, og nedsættelserne er særligt markante i zone D, hvor kapitalelementet for betaling for indgang (entry) i systemet nedsættes fra 2,43 norske øre/m³ til 0 og betalingen for udgang (exit) nedsættes fra 5,57 norske øre/m³ til 0,71 norske øre/m³. En oversigt over GASSCOs tariffer i zone D (både de gældende og de fremtidige) viser, at der trods alt er en vis sammenhæng mellem pris og rørlængde. DONGs opstrømstarif Tyra-Nybro ligger nok på nogenlunde niveau med de norske tariffer – om end 5 ud af de 12 norske tariffer ligger under DONGs tarif. Men DONGs opstrømsrørledning er den korteste af dem alle. Det fremgår, at alle de fremtidige tariffer for fremtiden vil ligge væsentligt under DONGs tariffer.
- Efter, at Energitilsynet har foretaget den omtalte normering af samtlige GASSCOs tariffer i den norske zone D, fremgår det, at DONGs normerede tarif adskiller sig markant fra de øvrige tariffer.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 34 af 59

- Med hensyn til de af klager fremlagt britiske tariffer fremgår det af NERA-rapporten, at nogle af tarifferne er hentet fra "Energy Trends". Disse tariffer er indsamlet i perioden 1996-2004 og er således et sted mellem 16 og 8 år gamle. NERA har omregnet disse tariffer til 2011-priser. Samtidig har NERA indsamlet gældende tariffer fra opstrøms-operatørernes hjemmesider, idet operatørerne siden 2004 har været forpligtet til at offentliggøre opstrømstariffer fra indgåede kontrakter. NERA oplyser ikke yderligere om de fremlagte tariffer, men Energitilsynet har foretaget en beregning af det simple gennemsnit af tarifferne fra "Energy Trends" og det simple gennemsnit af tarifferne fra operatørernes hjemmesider. Gennemsnittet af priserne fra "Energy Trends" ligger på 20,7 øre/m³, medens gennemsnittet af priserne fra operatørernes hjemmesider ligger på 8,5 øre/m³. Energitilsynet finder det påfaldende, at oplysninger om de historiske tariffer falder ud på denne måde, og finder – henset til den markante forskel, der er på de to datasæt – at der ikke kan lægges afgørende vægt på det ældste datasæt. På denne baggrund fremtræder DONGs nuværende tarif høj i forhold til de nuværende britiske tariffer, og dette endda uden der er foretaget en normering af tarifferne. Energitilsynet finder også på den baggrund, at NERA-rapporten ikke godtgør, at DONGs tariffer er i overensstemmelse med markedets praksis, idet NERA-rapporten har inddraget tariffer over flere zoner, og idet NERA-rapporten har inddraget meget gamle og tilsyneladende meget høje tariffer i sammenligningsgrundlaget.
- Energitilsynets beregninger viser meget lave tal for transport af 1 m³ naturgas i de norske opstrømsrørledninger, men alligevel fremgår det af afgørelsen, at den endelige, rimelige pris bør ligge i et spænd mellem 5-6,5 øre/m³ og med en buffer på 0,5 øre/m³. Energitilsynet har således ikke lagt afgørende vægt på de meget lave, normerede tariffer
- Energitilsynet kan ikke tiltræde det af DONG anførte om, at i det omfang DONGs tariffer ligger inden for det spænd, som kan udledes ved at sammenligne samtlige opstrømstariffer i Nordsøen, så er DONGs pris rimelig. Enkeltstående meget høje tariffer kan ikke begrunde, at DONG samlet set kan opkræve en høj tarif, ligesom tariffer, der ligger under DONGs omkostninger ikke kan begrunde, at DONG skal tilpligtes at opkræve en pris, der ligger under driftsomkostningerne.
- Energitilsynet har ikke opgjort tariffen fra Tyra til Holland med henblik på at foretage en tarifsammenligning. Energitilsynet har ladet NOGAT-tariffen indgå i sammenligningen, hvorefter tilsynet har foretaget en normering. Energitilsynet har ved denne sammenligning fået oplysningen om NOGAT-tariffens størrelse fra DONG, og som det

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 35 af 59

fremgår af klageskriftet er det DONG, der har begået en fejl, da selskabet oplyste Energitilsynet om størrelsen på denne tarif.

- Energitilsynet har fra MEMAS fået oplysninger om, at NOGAT-systemet er et vådgassystem. Det kan diskuteres, om det skal betragtes som et vådgas-system eller et tørgassystem, når selskaberne har mulighed for at sende tørgas gennem systemet. Energitilsynet finder, at det bør betragtes som et vådgas-system, hvor der ikke gives rabat til selskaber, der alene ønsker at transportere tørgas. Teknisk er det muligt uden yderligere behandlingsomkostninger at transportere tør gas i et vådgassystem, medens transport af vådgas i et tørgassystem kræver behandling. Hvis det imidlertid skulle betragtes som et tørgassystem, således at tariffen ikke skal korrigeres med 25 pct., så betyder det blot, at den af DONG opnåede tarif for transport af gas i NOGAT i endnu højere grad fremtræder som "outlier" i forhold til stort set samtlige opstrømssystemer i Nordsøen. En normeret tarif vil i dette tilfælde udgøre 9,59 øre/m³.

- DONG finder, at NOGAT-tariffen skal tillægges fuld vægt. Efter Energitilsynets opfattelse bør NOGAT-tariffen ikke anses som repræsentativ for markedets praksis i Nordvesteuropa. For det første er tarifsætningen i NOGAT i modsætning til systemerne i Norge og Storbritannien uigennemsigtig. Operatøren/ejeren af NOGAT-opstrømsrørledningen har over for Energitilsynet ikke ønsket at oplyse tariffen, og der publiceres ikke indikative tariffer på selskabets hjemmeside. Energitilsynet har derfor alene oplysninger om NOGAT-tariffen fra DONGs ene transportaftale med NOGAT. Hverken DONG eller Energitilsynet kan vide, om den tarif er gældende for alle selskaber, der transporterer naturgas gennem NOGAT-rørledningen. For det andet fremstår den pågældende tarif så høj i forhold til de andre opstrømstariffer på det nordvesteuropæiske marked (på nær DONGs egen tarif), at der databehandlingsmæssigt er tale om en såkaldt "outlier".
- Det har under behandlingen af klagesagen hele tiden været lagt til grund, at tariffen Tyra-Nybro er en tørgas-tarif. I sit høringssvar til Energitilsynets udkast til afgørelse anførte DONG, at da der i Nybro er et gasbehandlingsanlæg, må den påklagede tarif anses for at være en vådgas-tarif. I forlængelse heraf har MEMAS over for Energitilsynet forklaret, at der er tale om en tørgas-tarif, og at MEMAS *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Dette betyder, at der ikke er tale om en vådgastarif. Disse oplysninger har Energitilsynet modtaget fra MEMAS under behandlingen af sagen, og tilsynet har således, forinden der blev truffet afgørelse, sikret sig, at der er tale om en tør-gas

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 36 af 59

tarif. På denne baggrund finder Energitilsynet ikke, at tilsynet har tilsidesat sin oplysningspligt.

- Den behandling af gassen, der foregår i Nybro er ikke den samme behandling, som når vådgas transformeres til tørgas – der er blot tale om, at gassen tilsættes et lugtstof. MEMAS har da også over for tilsynet oplyst, at der transporteres tørgas i Tyra-Nybro, ligesom DONGs egen gas i Tyra-Nybro efter det oplyste er tørgas. Det forhold, at behandlingsanlægget i Nybro som back up funktion til offshore anlægene potentielt kan "fange" gasmængder, der ikke lever op til specifikationerne for salgsgas i Danmark, herunder svovlholdig gas og vådgas, ændrer efter Energitilsynets vurdering ikke ved, at der er tale om transport af tør gas i opstrømssystemet, og at tariffen ikke dækker systematisk gentagen behandling af vådgas mængder, som tilfældet er i de systemer, hvor Energitilsynet korrigerer med 25 pct. inden sammenligningen.

- Det er ikke korrekt – som anført af DONG – at Energitilsynet korrigerer fra vådgastransport til tørgastransport ved at reducere vådgastariffer med 25 pct. uden at angive, hvilket grundlag denne reduktion foretages på. I MEMAS replik af 6. januar 2012 angiver MEMAS, at processering af gassen skønsmæssigt kan anslås til 25 pct. af tariffen. DONG har fået kopi af MEMAS replik ved mail af 11. januar 2012. Som redegjort for ovenfor, så får DONG skønsmæssigt [*afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger*]. Dette indikerer, at DONGs vådgastarif burde reduceres med 50 pct. ved omregning til tørgas-tarif. En korrektion på 25 pct. forekommer på denne baggrund ikke urimelig.
- For så vidt angår Energitilsynets beregninger af tariffer for transport i transmissionssystemet på land, skal det understreges, at tariffen over land ikke som sådan er inddraget i det skøn over DONGs tariffer i forhold til markedets praksis, som Energitilsynet har foretaget. Energitilsynet har foretaget beregning af, hvad det koster at transportere gas fra den hollandske gashub TTF til den danske grænse Ellund. Det fremgår af afgørelsens pkt. 225, at sammenligningen mellem opstrømstariffen og tariffen fra den hollandske gashub TTF til Ellund er relevant i forhold til beslutningen om enten at købe gas fra Nordsøen eller købe gas fra øvrige europæiske lande. Sammenligningen foretages således med henblik på at illustrere, hvor vanskeligt Nordsø-gassen vil have ved at konkurrere med gas fra den centrale nordvesteuropæiske handelsplads, TFF, med de nuværende høje opstrømstariffer. Dermed skaber det nuværende tarifniveau en forvridning af gasmarkedet til ugunst for producenter og købere af naturgas på den danske sokkel i

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 37 af 59

Nordsøen. Ved en beklagelig fejl fremstår tariffen over land i afgørelsens tabel 9 som normeret på linje med de andre tariffer. Dette er en beklagelig fejl, der måske har været medvirkende til at give DONG det indtryk, at tariffen over land er indgået i det samlede skøn over tariffens størrelse på markedet. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Det forekommer dog under alle omstændigheder at være uden betydning, idet prisen over land hverken er den højeste eller den laveste i afgørelsens tabel 9.

- DONG har anført, at MEMAS betaler en tarif, der er lavere end den samlede omkostning for transport fra Tyra-feltet til Holland. Hertil bemærker Energitilsynet, at den af DONG oplyst tarif for DONGs anvendelse af NOGAT er meget høj i forhold til andre transportsystemer i Nordsøen, når henses til rørledningens længde. Energitilsynet finder ikke, at den meget høje NOGAT-tarif kan begrunde, at også DONGs tarif skal være høj. Som tidligere omtalt fremstår NOGAT tariffen i sammenligning med de øvrige tariffer i zone D som en "outliner".
- DONG har anført, at MEMAS betaler en tarif, der er lavere end de faktiske tariffer i størstedelen af opstrømssystemerne fra Nordsøen til Storbritannien. Som påpeget under diskussionen af klagers generelle indsigelse mod en normering af tarifferne på baggrund af længde, så er det alene i sammenligning med de historiske, fremskrevne tariffer i Storbritannien, at DONGs opstrømstarif Tyra-Nybro fremstår som en lav tarif. Når sammenligningen foretages med de gældende tariffer, så fremstår DONGs tarif høj. Gennemsnittet af de nuværende nominelle tariffer i Storbritannien ligger på 8,5 øre/m³ mod DONGs tarif på 10,75 øre/m³.
- DONG har anført, at MEMAS betaler en tarif, der er lavere end størstedelen af de faktiske tariffer for transport fra Nordsøen til land i det norske opstrømssystem. Som tidligere redegjort for, finder Energitilsynet, at NERA i rapporten over tarifsammenligninger medtager tariffer for transport i opstrømssystemer over flere zoner. Energitilsynet finder, at det alene er tarifferne i zone D (hvor også Tyra-Nybro er beliggende), der er relevante, når Energitilsynet skal inddrage markedets praksis. Samtlige GASSCOs opstrømsledninger i zone D er længere end Tyra-Nybro, idet længden på GASSCOs rørledninger i zone D er mellem 440 og 1440 km mod Tyra-Nybro, som er 220 km. Samlet set fremstår DONGs tarif derfor ikke lav i sammenligning med GASSCO-tarifferne.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 38 af 59

- Som følge af uenighed mellem parterne om opstrømsstariffens betydning for engrosmarkedet for gas og som supplement til tilsynets rimelighedsvurdering har Energitilsynet gennemført en mindre analyse af tariffens betydning for engrosmarkedet. Analysen er alene benyttet som et supplement til rimelighedsvurderingen. Energitilsynet ønsker endvidere, at understøtte, at det fremgår af opstrømsbekendtgørelsen, at opstrømsstarifferne skal være rimelige, og dette gælder efter tilsynets opfattelse uanset, om opstrømsstariffen har betydning for engrosmarkedet eller ej.

7. oktober 2013

Energitilsynets udtalelse til MEMAS' klage

J.nr 1031-12-1 og

Det er Energitilsynets opfattelse, at tilsynets afgørelse bør stadfæstes. Til støtte herfor har Energitilsynet navnlig anført følgende:

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Grænserne for opstrømsbekendtgørelsen og Energitilsynets kompetence

Side 39 af 59

- Energitilsynet fører tilsyn med, at de forhandlede priser er rimelige, og tilsynet kan på baggrund af klage fastsætte priser for adgang til opstrømsrørledninger. Ved anvendelsen af denne hjemmel er Energitilsynet tillagt et vidt skøn. Energitilsynet har på baggrund af resultaterne fra de 3 modeller, resultaterne fra markedets praksis og fra tilsvarende aftaler samt den vidtgående skønsbeføjelser foretaget en vurdering af, om tariffen i de indgåede aftaler mellem MEMAS og DONG skønnes rimelige.

Energitilsynets beregningsmodeller

- MEMAS har anført, at Energitilsynets model 3 er uegnet, da tilsynet ikke tager højde for, at DONG siden tilkendegivelsen har ændret tarifstruktur til en kombineret kapacitets- og volumenbetaling. Energitilsynet kommer i basismodellen frem til, at tariffen i model 3 skulle være 4,95 øre/m³. DONG opgør med sin nye tarifstruktur driftsomkostningerne til 2,77 øre/m³, og MEMAS er derfor uforstående over for Energitilsynets konklusion om, at en rimelig tarif ifølge model 3 er næsten dobbelt så høj som DONGs faktiske driftsomkostninger. Energitilsynet bemærker hertil, at model 3 tager udgangspunkt i et fuldt forrentet og tilbagetalt opstrømssystem, således at værdien af aktivbasen i udgangspunktet er nul. Modellens resultater er udtryk for den tarif, der er tilstrækkelig til at kunne dække de fremtidige forventede driftsomkostninger i hele perioden 2011-2023 under hensyntagen til de forventede fremtidige mængder. Hensigten med model 3 er at sikre DONG dækning for sine driftsomkostninger. Men det er forkert at sidestille model 3's tarif for 2011 med DONGs volumenbetaling for 2011. Model 3's tarif for 2011 er *ikke* udtryk for volumenbetalingen for 2011. Det skyldes, at den aktuelle tarif for 2011 i model 3 skal ses i sammenhæng med den resterende periode fremadrettet (fra 2011).

Tariffen sikrer balance mellem et overskud i starten af perioden og svindende indtægter som følge af faldende gasmængder fra Nordsøen mod slutningen af perioden. Indtægterne fra den aktuelle 2011-tarif fra model 3 er dermed alt andet lige større end de aktuelle driftsomkostninger i forhold til de aktuelle transportmængder fra 2011. Det er derfor i overensstemmelse med modelgrundlaget i øvrigt, at Energitilsynet vælger at betragte driftsomkostningerne fra 2011 og frem. Det ville derimod være forkert i model 3 at indregne de 2,77 øre m³, som MEMAS foreslår. De 2,77 øre/m³ er udtryk for et øjebliksbillede af driftsomkostningerne det pågældende år, hvilket Energitilsynets model 3 ikke lægger op til. De af MEMAS foreslåede 2,77 øre/m³ er uden hensyntagen til de fremtidige forventede driftsomkostninger og de fremtidig forventede transportmængder og er således ikke i overensstemmelse med hovedformålet med at anvende model 3.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 40 af 59

- Model 1B og 2B er ifølge MEMAS i strid med de faktiske forhold, fordi scenarie B i modsætning til scenarie A bygger på faktisk flow. Energitilsynet bemærker hertil, at det i lyset af de faktiske forhold og den aktuelle situation med en bundlet opstrøms- og handelsaktivitet, hvor DONG har "handlet med sig selv" ved transport i opstrømssystemet, er vanskeligt for Energitilsynet at se helt bort fra det faktiske flow i tilsynets beregninger. På den anden side er det Energitilsynets vurdering, at det også er væsentligt at inddrage beregninger baseret på den reserverede kapacitet, som de aktuelle flows ville have givet anledning til, såfremt DONG reelt havde skullet reservere transportkapacitet. Det mest korrekte under de givne forudsætninger er derfor efter Energitilsynets vurdering at vise beregninger med både faktisk flow og antagelser om reservation af kapacitet. Energitilsynet har derfor valgt at inddrage beregninger med udgangspunkt i såvel det faktiske flow som en reserveret kapacitet (dvs. scenarie A og B).

De faktiske modelberegninger

- For så vidt angår DONGs regnskabsmæssige behandling af opstrømssystemet (DONGs regnskab for 1995, 1999 og 2005) bemærker Energitilsynet, at de pågældende oplysninger ikke er nye/ukendte oplysninger for Energitilsynet. Oplysninger er imidlertid uden betydning i forhold til de modelberegninger, som Energitilsynet har foretaget. Det skyldes, at Energitilsynet har valgt i sine beregninger, at tage udgangspunkt i de faktiske investeringer – dvs. de faktiske afholdte anlægsinvesteringer, der reelt har været i perioden uafhængigt af eventuelle opskrivninger eller nedskrivninger i perioden. Opskrivninger eller nedskrivninger er i den forbindelse fuldstændig uvæsentlige og uden betydning. Energitilsynets beregninger indeholder derfor ikke DONGs opskrivning i 1999, og MEMAS betaler derfor ikke via tariffen for af-

skrivninger, der historisk har været foretaget. Tilsvarende er nedskrivningen fra samme år heller ikke indregnet. Energitilsynets modelkompleks tager udgangspunkt i de faktiske afholdte anlægsinvesteringer (for model 1 og 2), hvilket er et bevidst valg fra tilsynets side, og dette er således ikke udtryk for, at afgørelsen er truffet på et uoplyst grundlag.

- [Afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger].
- For så vidt angår transportfradraget i DONGs gaskøbsaftaler med DUC, som MEMAS finder bør anvendes som den historiske tarif indtil 2004, bemærker Energitilsynet, at det efter tilsynets vurdering ikke er hensigtsmæssigt at ligestille transportfradraget med en pålydende transportpris. Dette skyldes, at [afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]. Selvom Energitilsynet har vurderet, at det ikke vil være korrekt at inddrage transportfradraget i de endelige modelberegninger, har tilsynet imidlertid valgt at foretage konsekvensberegninger i model 1, hvor transportfradraget indgår som tarif i perioden 1984-2003, jf. afgørelsens p. 322 - 325. Resultatet viser markant høje negative tariffer, hvilket ikke ville være rimeligt at lægge til grund fremadrettet.
- MEMAS har anført, at Tyra-F3 ikke er den del af DONGs opstrømssystem. Energitilsynet bemærker hertil, at tilsynet har valgt i sine modelberegninger at betragte DONGs system som et hele i stedet for at se på hver rørledning isoleret. Denne principielle betragtning finder Energitilsynet både er væsentlig og hensigtsmæssig. Energitilsynet har på den baggrund også lagt driftsindtægterne til Tyra-F3 til grund. Der er således ikke tale om, at Energitilsynet udelukkende har indregnet de faktorer, der måtte trække op i en beregning af den endelige tarif.
- For så vidt angår DONGs afskrivninger bemærker Energitilsynet, at udgangspunktet er, at investor – i dette tilfælde DONG – skal have forrentet den investerede kapital. Energitilsynet har bevidst udvalgt de pågældende beregningsmodeller, og specifikt for model 1 og 2 valgt at se på den samlede økonomiske levetid (fra modellens startår). Udgangspunktet er, at DONG skal have dækket driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital set over aktivets samlede levetid. Opstrømsaktiviteten kan ikke sammenlignes med en typisk on-going forretningsaktivitet, da der på et tidspunkt vil være en naturlig ende på driften, når der ikke er mere gas i Nordsøen. Derfor er det nødvendigt at se på den samlede levetid for aktiviteten, når det rimelige tarifniveau skal vurderes. Energitilsynet har netop ved udøvelsen af det forvaltningsretlige skøn udvalgt disse

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 41 af 59

modelberegninger – herunder valgt at forholde sig til aktivets økonomiske levetid – for derved også fremadrettet at kunne få fastlagt en så rimelig og omkostningsægte tarif som muligt.

- Vedrørende spørgsmålet om leasingudgifter forbundet med Tyra-F3 bemærker Energitilsynet, at tilsynet er enigt med MEMAS i, at det er hensigten med tilsynets modeller, at DONG kun skal have dækket de reelle driftsomkostninger (samt afskrivninger m.v.). Energitilsynet har lagt de oplysninger, der er modtaget fra DONG om etablering, afskrivninger, driftsomkostninger m.v. til grund. DONG har for så vidt angår de specifikke driftsomkostninger oplyst de samlede driftsomkostninger for opstrømsaktiviteten, men har dog præciseret, at de specifikke driftsomkostninger vedrørende Tyra-F3 er *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Energitilsynet lægger til grund, at de driftsomkostninger, som DONG oplyser, er korrekte. Det skal i øvrigt bemærkes, at det af DONG Naturgas A/S årsrapport for 2005 fremgår, at *"DONG Naturgas Pipelines har som leasinggiver den juridiske ejendomsret til rørledningen, men alle væsentlige fordele og risici, herunder vedligeholdelsesforpligtelser relateret til rørledningen, påhviler DONG Naturgas som leasingtager."* Energitilsynet antager heraf, at der med vedligeholdelsesforpligtelser også følger visse driftsomkostninger. Energitilsynet finder i princippet, at det er irrelevant, hvorvidt DONG har medtaget leasingudgifter ved driften af Tyra-F3 eller ej. Hvis et selskab har haft en leasingomkostning, er det isoleret set ikke forkert at medtage denne under en given aktivitet. Det væsentligste er, at den samme omkostning - hvad enten den er angivet som en afskrivning, leasingydelse eller anden omkostning - ikke er medtaget flere gange under samme aktivitet. Det skal understreges, at Energitilsynet lægger til grund, at DONG ikke har oplyst den samme omkostning flere gange. I øvrigt har Energitilsynet på et tidligere tidspunkt foretaget følsomhedsberegninger vedrørende eksklusion af driftsomkostninger Tyra Vest-F3 *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*. Disse beregninger viste meget beskedne udsving i modellernes resultater. Et beløb *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]* vil derfor ikke – henset til den usikkerhed, som Energitilsynet har taget højde for ved den skønsmæssige fastsættelse af den rimelige pris – få afgørende indflydelse på det endelige resultat.
- Det er korrekt at Energitilsynet i udgangspunktet lægger mest vægt på model 1, og at de negative tariffer i model 1A indikerer, at opstrømssystemet er fuldt forrentet og tilbagebetalt. Men med de usikkerheder, der er knyttet til skønnet (generelle usikkerheder ved modelberegninger, en lang tidshorisont, ikke-regnskabsmæssig adskilt aktivitet, et ikke-liberaliseret marked uden tredjepartsadgang i en lang periode

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 42 af 59

samt usikkerheder om fremtidige mængder m.v.) kan Energitilsynet ikke afvise, at systemet ikke er fuldt forrentet og tilbagebetalt. Samtidig er det urimeligt at inddrage negative tariffer. Energitilsynet lægger altså ikke alene vægt på model 1, men også på model 2 og 3. Disse beregningsmodeller supplerer hinanden og giver tilsammen en bedre indikation af et rimeligt tarifniveau end én model ville gøre. Det er væsentligt i rimelighedsvurderingen, at DONG ikke bliver pålagt at opkræve tariffer, der er lavere, end hvad der er tilstrækkeligt for at DONG kan oppebære de fremtidige forventede driftsomkostninger. Rimelighedsvurderingen går altså begge veje – tariffen må ikke være urimelig høj (for transportkunderne), men må samtidig ikke være urimelig lav (for DONG). Ud fra de samlede resultater fra modelberegningerne og markedets praksis m.v. finder Energitilsynet, at den rimelige tarif skal findes i intervallet 5-6,5 øre/m³. Men henset til, at der er forhandlet adgang og henset til de komplekse sammenhænge og historiske usikkerheder finder Energitilsynet, at det er nødvendigt at tillægge en buffer for ikke at skulle gribe ind over for DONG, før det er helt sikkert, at der er tale om en urimelig tarif.

- Energitilsynet har valgt at angive den rimelige tarif i et interval. Intervallet afspejler den usikkerhed, der naturligt forekommer ved modelberegninger og den lange tidshorisont – såvel historisk som i forhold til fremtiden. Intervallet afspejler også, at der er forhandlet adgang. Intervallet signalerer, at det ikke nødvendigvis er urimeligt med en tarif på 5 øre/m³, men at en tarif på 7 øre/m³ heller ikke vurderes at være urimelig. Samtidig giver intervallet mulighed for differentiering mellem forskellige produkter.

Retsgrundlaget for Energiklagenævnets afgørelse

Opstrømsbekendtgørelsen⁶ indeholder regler om adgang til opstrømssystemet, priser og betingelser i forbindelse med adgang, Energitilsynets tilsyn med priser og betingelser, og Energitilsynets behandling af tvister, opstået i forbindelse med ansøgning om adgang. Følgende fremgår bl.a. af opstrømsbekendtgørelsen:

”[...]

§ 5. Priser og betingelser for ydelser i forbindelse med adgang fastsættes ved forhandling mellem ansøger om adgang til et opstrømsrørledningsnet og dets ejer eller operatør.

Stk. 2. Priser og betingelser fastsættes således, at der ikke diskrimineres mellem ansøgere.

Stk. 3. Priser og betingelser anmeldes til Energitilsynet.

⁶ Bekendtgørelse nr. 1090 af 6. december 2000 om adgang til opstrømsrørledningsnettet.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 43 af 59

§ 6. Energitilsynet fører tilsyn med, at priser og betingelser i henhold til § 5, stk. 1 og 2, er rimelige.

Stk. 2. Energitilsynet skal påbyde ejer eller operatør at ændre de i § 5 nævnte priser og betingelser, såfremt tilsynet finder, at de vil være i modstrid med reglerne i denne bekendtgørelse.

Stk. 3. Ejer eller operatør skal på forlangende udlevere den dokumentation til Energitilsynet, som tilsynet skønner nødvendig til varetagelse af de opgaver, det er pålagt i henhold til denne bekendtgørelse.

§ 7. Energitilsynet behandler tvister opstået i forbindelse med ansøgninger om adgang til opstrømsrørledningsnet.

Stk. 2. Hvis forhandlinger om adgang, jf. § 3, ikke fører til indgåelse af en aftale inden for en frist, som må anses for at være rimelig og sædvanlig for indgåelse af lignende aftaler om transport af naturgas i opstrømsrørledninger, kan en part indbringe sagen for Energitilsynet til mægling eller til afgørelse.

Stk. 3. Ansøger om adgang kan klage til Energitilsynet over

- 1) at forhandlinger om adgang ikke sker i henhold til § 3,
- 2) at der ikke gives adgang til et opstrømsrørledningsnet i henhold til § 3 eller
- 3) over priser og betingelser for en ansøgt adgang til et opstrømsrørledningsnet.

Stk. 4. Energitilsynet kan, efter forhandling med de berørte parter, give ejer eller operatør påbud om, hvordan forhandlingerne om adgang skal tilrettelægges, eller at adgang skal gives og fastsætte priser og betingelser for denne adgang.

Stk. 5. Energitilsynet skal lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang.

§ 8. Påbud og andre afgørelser truffet af Energitilsynet efter denne bekendtgørelse kan påklages til Energiklagenævnet, jf. naturgasforsyningslovens § 51.

Stk. 2. Påbud og andre afgørelser efter denne bekendtgørelse truffet af Energitilsynet og Energiklagenævnet kan ikke indbringes for miljø- og energiministeren.
[...].

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 44 af 59

Opstrømsbekendtgørelsen er udstedt i medfør af bl.a. § 21 i naturgasforsyningsloven⁷. Ifølge naturgasforsyningslovens § 21, stk. 1, udsteder ministeren regler for adgang til opstrømssystemet efter forelæggelse for et af Folketinget

⁷ Oprindeligt lov nr. 449 af 31. maj 2000 om naturgasforsyning. Den nugældende naturgasforsyningslov er bekendtgørelse nr. 996 af 13. oktober 2011 af lov om naturgasforsyning med senere ændringer.

nedsat udvalg (Energipolitisk Udvalg). Ministeren udarbejdede først et udkast til en bekendtgørelse⁸, som bl.a. i § 5 indeholdt en bestemmelse, der fastslog, at prisen for adgang til opstrømssystemet skulle fastsættes som de faktiske omkostninger samt en for branchen rimelig fortjeneste. Af dette første udkasts § 6, stk. 1, fremgik, at Energitilsynet skulle påse, at der foreligger en rimelig og åben adgang, at der skabes et konkurrencepræget marked for naturgas, og at ethvert misbrug af dominerende stilling undgås. Af udkastets § 7, stk. 3, sidste pkt. fremgik, at "Tilsynet skal lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang." På baggrund af de indkomne høringssvar, bl.a. fra DONG, besluttede ministeren, at bestemmelsen om, at prisen for adgang til opstrømssystemet fastsættes som de faktiske omkostninger samt en for branchen rimelig fortjeneste, skulle udgå. Samtidig hermed blev der indsat en ny bestemmelse i § 6, stk. 1, hvorefter Energitilsynet skal føre tilsyn med, at priser og betingelser i henhold til § 5, stk. 1 og 2, er rimelige. Bestemmelsen i det første udkastets § 7, stk. 3, sidste pkt., som foreskrev, at Energitilsynet skal lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed, blev placeret i et nyt stk. 5 i bekendtgørelsens § 7.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 45 af 59

Den ændrede bekendtgørelse⁹ blev ligeledes fremlagt for Energipolitisk Udvalg sammen med et af Energistyrelsen udarbejdet høringsnotat af 23. november 2000. Følgende fremgår af Energistyrelsens høringsnotat vedrørende bestemmelsen om prisdannelse:

"[...]

...

"Styrelsen har derfor genovervejet dette spørgsmål, og har ændret reglerne, så det nu fremgår, at adgangen gives på vilkår, som på den ene side følger udviklingen på tilsvarende markeder, og på den anden side tager højde for, at DONGs monopolstilling ikke kan misbruges til skade for brugere af DONGs opstrømsrørledninger. Derfor tages bestemmelsen om prisdannelsen i § 5, stk. 3, i høringsudkastet ud. Det pålægges Energitilsynet i § 6 at føre tilsyn med prisernes og betingelsernes rimelighed, og der [er] i § 7, stk. 3, nr. 3, en ret til at klage over priser og betingelser for at få adgang.

...

[...]".

Opstrømsbekendtgørelsen er som nævnt ovenfor udstedt i medfør af bl.a. § 21 i naturgasforsyningsloven om ministerens adgang til at udstede regler om ad-

⁸ Akt fra Energipolitisk Udvalg, Alm. del - bilag 584 fra FT.samling 1999-2000.

⁹ Akt fra Energipolitisk Udvalg, Alm. del - bilag 179 fra FT.samling 2000/2001.

gang til opstrømssystemet og bilæggelse af tvister vedrørende adgang til opstrømssystemet. Følgende fremgår af forarbejderne til bestemmelsen¹⁰:

”[...]

...

Ved fastsættelse af reglerne skal det sikres, at gasdirektivets krav om adgang til opstrømsrørledningsnet opfyldes. Det fremgår af direktivets artikel 23, at medlemsstaterne ved fastsættelse af regler om adgang til opstrømsrørledningsnet skal have som målsætning, at der foreligger en rimelig og åben adgang, at der skabes et konkurrencepræget marked for naturgas, og at ethvert misbrug af dominerende stilling undgås, idet de tager hensyn til sikre og regelmæssige forsyninger, kapacitet, der er eller hurtigt kan stilles til rådighed, og beskyttelse af miljøet.

...

Stk. 2 giver miljø- og energiministeren hjemmel til at fastsætte regler om bilæggelse af tvister vedrørende adgang til opstrømsrørledningsnet. Ved fastsættelse af reglerne skal gasdirektivets krav om tvistbilæggelse for opstrømsrørledninger opfyldes. Det fremgår af direktivets artikel 23, stk. 3, at tvister skal løses af en af parterne uafhængig myndighed, der har adgang til alle relevante oplysninger, således at tvister kan bilægges hurtigt under hensyn til de kriterier, der er nævnt ovenfor, og antallet af parter, der måtte være involveret i forhandlingerne om adgang til sådanne net.

...

Det vil fremgå af reglerne om adgang til opstrømsrørledningsnet, som udstedes med hjemmel i naturgasforsyningsloven, at priser og betingelser for transport af naturgas i opstrømsrørledningsnet fastlægges ved forhandling mellem ejeren af nettet og ansøgeren om brug af nettet, og at Energitilsynet vil fungere som tvistbilæggelsesmyndighed. Der vil således på disse punkter være parallelitet til reglerne om adgang til transport i transmissionsnet og til lagring af naturgas, jf. lovforslagets § 18 og § 19.

...

[...]”.

Ifølge den dagældende/oprindelige naturgasforsyningslovens § 19, stk. 5, kunne ministeren fastsætte regler om bilæggelse af tvister i forbindelse med

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 46 af 59

¹⁰ De specielle bemærkninger i lovforslag L239 af 29. marts 2000, FT.samling 1999/1. Det senere vedtagne lovforslag blev til lov nr. 449 af 31. maj 2000 om naturgasforsyning.

forhandling om adgang til transmissionsnet, lagre og LNG-faciliteter efter § 18. Følgende fremgår af forarbejderne til bestemmelsen¹¹:

”[...]

...

Reglerne, som fastsættes med hjemmel i stk. 5, skal sikre, at parterne ikke kan trække forhandlingerne unødigt i langdrag. Det er tanken, at Energitilsynet på anmodning af en eller flere af parterne skal kunne optage forhandlinger med henblik på mægling, og at Energitilsynet skal kunne fastsætte priser og vilkår for adgang til systemet, hvis mæglingsforhandlingerne ikke fører til indgåelse af en aftale.

...

[...]”.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

I forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget til den oprindelige naturgasforsyningslov (lov nr. 449 af 31. maj 2000) blev der stillet en række spørgsmål til ministeren (miljø- og energiministeren). Spørgsmål nr. 36¹² har følgende ordlyd:

Side 47 af 59

”[...]

”Kan ministeren bekræfte, at tariffen for transport i DONGs ledninger til Tyra og i DONGs ledninger på land skal være rimelige, og at det er Energitilsynet, der skal sikre dette gennem sit tilsyn?”

[...]”.

Miljø- og energiministerens besvarelse af spørgsmålet har følgende ordlyd:

”[...]

Det fremgår af § 19 og § 21 i lovforslaget om naturgasforsyning og bemærkningerne hertil, at priser for tredjeparts benyttelse af såvel transmissionsnet som opstrømsrørledninger skal fastsættes ved forhandling mellem på den ene side ejeren af transmissionsnettet eller opstrømsrørledningen og på den anden side ansøgeren om adgang til transmissionsnettet eller opstrømsrørledningen. Det fremgår af § 19, stk. 5, og § 21, stk. 2, at miljø- og energiministeren skal fastsætte regler om bilæggelse af tvister i forbindelse med disse forhandlinger om adgang.

I bemærkningerne til § 19, stk. 5, oplyses det, at de kommende regler om tvistbilæggelse skal sikre, at parterne ikke kan trække forhandlin-

¹¹ De specielle bemærkninger i lovforslag L239 af 29. marts 2000, FT.samling 1999/1. Det senere vedtagne lovforslag blev til lov nr. 449 af 31. maj 2000 om naturgasforsyning.

¹² Udvalgsbehandling af lovforslag L239 af 29. marts 2000, FT.samling 1999/1.

gerne unødigt i langdrag. Det fremgår, at det er tanken, at Energitilsynet på anmodning af en eller flere af parterne skal kunne optage forhandlinger med henblik på mægling, og at Energitilsynet skal kunne fastsætte priser og vilkår for adgang, hvis mæglingsforhandlingerne ikke fører til indgåelse af en aftale. Lovforslaget sikrer således, at Energitilsynet i tilfælde af uenighed mellem parterne kan fastsætte den transporttarif, som efter Energitilsynets vurdering er rimelig.

Med hensyn til tarifferne for transport i DONGs ledninger på land følger det af § 38 i lovforslaget, at Energitilsynet fører tilsyn med, at priser og betingelser for ydelser fra transmissionsselskabet er rimelige. Ved bilæggelse af tvister om anvendelse af opstrømsrørledningsnet vil Energitilsynet tilsvarende sikre, at priser og betingelser er rimelige. [...]”.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 48 af 59

Naturgasforsyningslovens § 20 a omhandler fastsættelse af priser og betingelser for benyttelse af lagre. § 20 a blev indsat ved en ændring af naturgasforsyningsloven i 2001 (lov nr. 481 af 7. juni 2001) og fik følgende ordlyd:

”[...]

§ 20 a. Priser og betingelser for benyttelse af lagre efter § 18 fastsættes ved forhandling mellem lagerselskabet og den, der ansøger om brug af lageret. Lagerselskaber skal offentliggøre de kommercielle hovedvilkår for benyttelse af lagre efter § 18 senest en måned efter lovens ikrafttræden og herefter en gang om året.

Stk. 2. Lagerselskaber skal hurtigst muligt indlede forhandlinger med ansøgere om benyttelse af lagre efter § 18.

Stk. 3. Miljø- og energiministeren fastsætter regler om bilæggelse af tvister i forbindelse med forhandlinger om adgang til lagre efter § 18.

[...]”.

Lovændringen skete på baggrund af, at Kommissionen havde fremlagt et forslag til ændring af gasdirektivet, der medførte, at priser og vilkår for adgang til transmissions- og distributionsnet samt LNG-faciliteter skulle ske på regulerede vilkår. Det ville herefter alene være priser og betingelser for lager-delen, der fortsat kunne være forhandlede.

Bestemmelsen i § 20 a er senere blevet ændret ved lov nr. 466 af 18. maj 2011. Ordlyden af § 20 a er herefter følgende:

”[...]

§ 20 a. Adgang til lagerfaciliteter, linepack og andre hjælpefunktioner udbydes af lager- og transmissionsselskaber ved forhandlet adgang, herunder ved auktion, baseret på objektive, gennemsigtige og

ikkediskriminerende kriterier. Bestemmelsen omfatter alle lagerfaciliteter i Danmark og al linepack og andre hjælpefunktioner i transmissionsnettet.

Stk. 2. Lager- og transmissionsselskaber offentliggør en gang om året deres kommercielle hovedvilkår for adgang til lagerfaciliteter, linepack og andre hjælpefunktioner. Inden fastsættelse af vilkårene høres lager- og transmissionsselskabernes brugere herom.

Stk. 3. Energitilsynet fører tilsyn med, at udbudsprocedurer og hovedvilkår for adgang til lagerfaciliteter, linepack og andre hjælpefunktioner er baseret på objektive, gennemsigtige og ikkediskriminerende kriterier.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Af bemærkningerne¹³ til lovforslaget fremgår bl.a. følgende:

Side 49 af 59

”[...]

...

Den gældende regulering af adgang til lagre har som udgangspunkt et markedsorienteret princip (forhandlingsprincippet) kombineret med en mulighed for efterregulering fra Energitilsynet, der tager hensyn til selskabernes omkostninger samt til, at der skal kunne opnås et rimeligt afkast af den investerede kapital.

...

Det nye gasdirektiv 2009/73/EF giver mulighed for enten forhandlet eller reguleret adgang til lagerfaciliteter. Såfremt man vælger reguleret adgang, skal dette ske på grundlag af offentliggjorte tariffer og betingelser. Ved forhandlet adgang skal lager- og transmissionsselskaberne en gang om året offentliggøre deres kommercielle hovedvilkår for brug af lagerfaciliteter, linepack og andre hjælpefunktioner. Hvis der vælges forhandlet adgang, vil denne ikke kunne kombineres med en efterregulering fra Energitilsynet idet det nye gasdirektiv ikke giver mulighed for at kombinere forhandlet adgang med en kontrol af selskabernes priser. Konkurrencemyndighederne vil dog fortsat kunne gribe ind efter de almindelige konkurrenceretlige regler.

...

[...]”.

De danske regler om adgang til opstrømssystemet i opstrømsbekendtgørelsen og naturgasforsyningsloven implementerer reglerne i naturgasdirektiverne¹⁴. Følgende fremgår af artikel 34, stk. 2 i det nugældende gasdirektiv:

¹³ Lovforslag L87 af 1. december 2010, FT.samling 2010/1

¹⁴ Direktiv 1998/30/EF af 22. juni 1998 om fælles regler for det indre marked for naturgas, der blev afløst af direktiv 2003/55/EF, som igen blev afløst af det nugældende naturgasdirektiv direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009.

”[...]

Artikel 34

...

2. Medlemsstaterne beslutter i overensstemmelse med de relevante retsakter, hvordan den i stk. 1 omhandlede adgang gives. Medlemsstaterne skal have som målsætninger, at der foreligger en rimelig og åben adgang, at der skabes et konkurrencepræget marked for naturgas, og at ethvert misbrug af dominerende stilling undgås, idet de tager hensyn til sikre og regelmæssige forsyninger, kapacitet, der er eller hurtigt kan stilles til rådighed, og beskyttelse af miljøet.

..

[...]”.

Artikel 34, stk. 2, svarer til artikel 23, stk. 2, i det oprindelige naturgasforsyningsdirektiv.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 50 af 59

Begrundelsen for Energiklagenævnets afgørelse

Opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb og Energitilsynets kompetence

For en nærmere vurdering af sagen er det nødvendigt at tage stilling til indholdet af opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb.

Det fremgår af opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, at Energitilsynet fører tilsyn med, at priser og betingelser for adgang til opstrømssystemet er rimelige. Energitilsynet kan endvidere på baggrund af en klage fra en adgangsøgende part, jf. § 7, stk. 3, nr. 3, efter forhandling med de berørte parter bl.a. fastsætte priser og betingelser for adgangen, jf. § 7, stk. 4. Energitilsynets vurdering af, hvornår priser og betingelser for adgang er rimelige, beror således på et skøn.

Samtidig fremgår det af opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk.1, at prisen for adgang til opstrømssystemet fastsættes efter forhandling mellem parterne (forhandlet adgang), ligesom det fremgår af § 7, stk. 5, at Energitilsynet ved fastsættelse af priser og betingelser efter stk. 4 (tvistløsningssituationer) skal lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang.

Spørgsmålet er herefter, om bestemmelserne i § 5, stk. 1, om forhandlet adgang, og § 7, stk. 5, om markedets praksis, udgør en sådan normering af Energitilsynets skøn, at tilsynet alene kan lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang ved vurderingen af, om priser og betingelser for adgang er rimelige.

Det er Energiklagenævnets opfattelse, at opstrømsbekendtgørelsens bestemmelser ikke skal forstås således, at Energitilsynet alene kan gribe ind overfor

priser og betingelser for adgang til opstrømssystemet, hvis priserne og/eller betingelserne må anses for urimelige i sammenligning med markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang.

Energiklagenævnet har herved navnlig lagt vægt på tilblivelsen af opstrømsbekendtgørelsen, hvoraf bl.a. følger, at bestemmelsen i § 7, stk. 5, om markedets praksis også fremgik af det oprindelige udkast til bekendtgørelsen. Samtidig med, at omkostningsbestemmelsen i det oprindelige udkasts § 5 udgik af bekendtgørelsesudkastet, blev bestemmelsen i § 6, stk. 1, om Energitilsynets tilsyn med, at priser og betingelser er rimelige, indsat i bekendtgørelsesudkastet. I tilknytning hertil fremgår det af Energistyrelsens høringsnotat af 23. november 2000, at reglerne er blevet ændret med henblik på at sikre, at adgangen gives på vilkår, som på den ene side følger udviklingen på tilsvarende markeder, og på den anden side tager højde for, at DONGs monopolstilling ikke kan misbruges til skade for brugere af DONGs opstrømsrørledninger. Det fremgår endvidere af høringsnotatet, at bestemmelsen om prisdannelsen i § 5, stk. 3, derfor blev taget ud, og at det samtidig blev pålagt Energitilsynet i § 6 at føre tilsyn med prisernes og betingelsernes rimelighed. Energiklagenævnet finder på den baggrund, at det ikke kan udledes af forhistorien til opstrømsbekendtgørelsens udstedelse, at Energitilsynet ved dets tilsyn med prisernes rimelighed alene kan lægge vægt på markedets praksis.

Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på forarbejderne til naturgasforsyningslovens § 21, som opstrømsbekendtgørelsen bl.a. er udstedt i medfør af. Det fremgår i den forbindelse af lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen, at det ved fastsættelse af reglerne i opstrømsbekendtgørelsen skal sikres, at gasdirektivets krav i artikel 23 om adgang til opstrømssystemet opfyldes, herunder bl.a. krav om, at der foreligger en rimelig og åben adgang, at der skabes et konkurrencepræget marked for naturgas, og at ethvert misbrug af dominerende stilling undgås. Det fremgår endvidere af lovforslagets bemærkninger, herunder af bemærkningerne til § 19, stk. 5, hvortil bemærkningerne til § 21 henviser, at priser fastlægges ved forhandling mellem parterne samtidig med, at Energitilsynet fungerer som tvistbilæggelsesmyndighed og i den forbindelse kan fastlægge priser for adgang. Det fremgår endvidere af miljø- og energiministerens besvarelse af spørgsmål nr. 36 vedrørende prisers rimelighed og Energitilsynets tilsyn hermed, at priser fastlægges ved forhandling mellem parterne, og at lovforslaget sikrer, at Energitilsynet i tilfælde af uenighed mellem parterne kan fastsætte den pris for adgangen, som efter tilsynets vurdering er rimelig.

Samtidig har Energiklagenævnet lagt vægt på, at det fremgår af forarbejderne til ændringen af naturgasforsyningslovens § 20 a om ophævelse af forhandlet

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 51 af 59

adgang til lagre¹⁵, at forhandlet adgang i forhold til naturgasforsyningsloven – i hvert fald ikke før vedtagelsen af gasdirektiv 2009/73/EF – ikke er blevet forstået og anvendt som et entydigt begreb, der pr. definition udelukker, at der kan føres et efterfølgende tilsyn med prisernes rimelighed. Det fremgår således af bemærkningerne til bestemmelsen, at den dagældende regulering af adgang til lagre som udgangspunkt havde et markedsorienteret princip (forhandlingsprincippet) kombineret med en mulighed for efterregulering fra Energitilsynet, der skulle tage hensyn til selskabernes omkostninger samt til, at der skulle kunne opnås et rimeligt afkast af den investerede kapital.

Energiklagenævnet har endeligt lagt vægt på, at regler om adgang til opstrømssystemet i opstrømsbekendtgørelsen og naturgasforsyningsloven bygger på reglerne i naturgasdirektiverne, og at det af det nugældende direktivs artikel 34, stk. 2, bl.a. fremgår, at medlemsstaterne skal have som målsætninger, at der foreligger en rimelig og åben adgang, at der skabes et konkurrencepræget marked for naturgas, og at ethvert misbrug af dominerende stilling undgås.

På baggrund af en samlet vurdering af ordlyden af opstrømsbekendtgørelsens bestemmelser, de ovenfor anførte fortolkningsbidrag samt bestemmelsen i naturgasdirektivets artikel 34, stk. 2, er det således Energiklagenævnets opfattelse, at spørgsmålet om rimeligheden af priser og betingelser for adgang til opstrømssystemet ikke alene skal vurderes i forhold til markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang.

Opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb er således bredere, og der vil efter Energiklagenævnets opfattelse ved udøvelsen af skønnet kunne lægges vægt på øvrige kriterier. Hvilke øvrige kriterier der vil kunne lægges vægt på ved udøvelse af skønnet er ikke – udover markedets praksis – nærmere defineret i opstrømsbekendtgørelsen. Energiklagenævnet finder derfor, at der vil kunne lægges vægt på naturgasforsyningslovens generelle rimelighedsbegreb i relation til prisfastsættelse samt øvrige hensyn, der måtte ligge til grund for naturgasforsyningslovens bestemmelser. Naturgasforsyningsloven tager i relation til spørgsmålet om rimelige priser udgangspunkt i afholdte omkostninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital. Ligeledes fremgår det af naturgasforsyningslovens formålsbestemmelse i § 1, at loven bl.a. særligt skal sikre, at der skabes konkurrence på markeder for handel med naturgas.

Rammerne for Energitilsynets pristilsyn efter opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, og indgrebsbeføjelse overfor urimelige priser efter § 7, stk. 4, skal på den baggrund efter Energiklagenævnets opfattelse udøves på grundlag af et bredt skøn, hvori indgår hensynet til det pågældende selskabs (her DONGs)

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 52 af 59

¹⁵ Lovforslag L87 af 1. december 2010, FT.samling 2010/1.

afholdte omkostninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital, hensynet til markedets praksis samt konkurrencemæssige hensyn.

Energitilsynets metodeanvendelse vedrørende afholdte omkostninger, indtægter og en rimelig forrentning af den investerede kapital

Den grundlæggende præmis for den basismodel, som Energitilsynet har udarbejdet, er, at DONG skal have dækket driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital set over aktivets (opstrømssystemets) samlede levetid. Basismodellens beregninger er endvidere baseret på den præmis, at omkostninger og indtægter ved opstrømsaktiviteten ikke behøver at balancere på årlig basis, men alene at de samlede omkostninger (inklusiv kapitalomkostninger) og indtægter over hele den betragtede tidsperiode skal være lig hinanden. Energitilsynets beregningsmodel fastsætter således for hvert år driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af aktivbasen. Dette udgør DONGs samlede omkostninger for det pågældende år. Herfra trækkes DONGs beregnede indtægter. Dette giver for hvert år et over/underskud i forhold til driftsomkostningerne og et rimeligt afkast på investeringerne.

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 53 af 59

Energiklagenævnet finder, at denne basismodel generelt set er egnet til at frembringe et grundlag for at kunne foretage et skøn over det fremtidige tariff-niveau, som sikrer, at DONG får dækket driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital set over aktivets (opstrømssystemets) samlede levetid. Energiklagenævnet bemærker navnlig, at nævnet er enig med Energitilsynet i, at spørgsmålet om at få dækket driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital skal ses over opstrømssystemets samlede levetid. På baggrund af opstrømsbekendtgørelsens rimelighedsbegreb – således som dette skal forstås i henhold til Energiklagenævnets opfattelse, jf. ovenfor – kan der således ikke ses bort fra den periode, der ligger forud for opstrømsbekendtgørelsens ikrafttræden. Hvis denne periode ikke blev inddraget ved vurderingen af en rimelig tarif, ville der være risiko for, at DONG fik dækket investeringen i opstrømssystemet op til flere gange, hvilket ikke kan anses for at være i overensstemmelse med opstrømsbekendtgørelsens og naturgasforsyningslovens rimelighedsbegreb. Energiklagenævnet finder derfor, at der ved udøvelsen af det konkrete skøn efter opstrømsbekendtgørelsen naturligt må ses på perioden for opstrømssystemets samlede levetid. Energiklagenævnet er således ikke enig med DONG i, at Energitilsynets afgørelse er udtryk for, at der på uhjemlet grundlag gøres indgreb i værdier opbygget før opstrømsbekendtgørelsens ikrafttræden.

Energiklagenævnet bemærker herefter, at det i den konkrete sag er forbundet med betydelige vanskeligheder at opgøre omkostninger og indtægter, navnlig fordi der er tale om en meget lang årrække, og at opstrømsaktiviteten og na-

turgasaktiviteten hos DONG hverken selskabsmæssigt eller regnskabsmæssigt har været adskilte.

Det er Energiklagenævnets opfattelse, at Energitilsynets metode ved anvendelse af de tre variationer af basismodellen (model 1, 2 og 3), herunder den nærmere udformning af de enkelte variationsmodeller, samt anvendelse af scenarie A og B for model 1 og 2 er egnet til i videst muligt omfang at tage højde for de usikkerheder, der er forbundet med beregninger over lange perioder samt de historiske data fra før 2004. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at ingen af de anvendte variationsmodeller med tilknyttede scenarier efter nævnets opfattelse kan anvendes enkeltstående som et fast udtryk for, hvad driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af aktivbasen har været for de enkelte år eller over hele den betragtede tidsperiode. De enkeltstående beregninger/resultater kan således ikke hver især tages som udtryk for, hvad det fremtidige tarifniveau bør være. Beregningerne efter de forskellige variationsmodeller samt scenarier er imidlertid efter Energiklagenævnets opfattelse et egnet grundlag for at kunne foretage et samlet skøn over det fremtidige tarifniveau, som sikrer, at DONG får dækket driftsomkostninger, afskrivninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital set over opstrømssystemets samlede levetid.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 54 af 59

Den konkrete anvendelse af forskellige variabler i modellernes beregninger

Sagens parter har forskellige indvendinger mod den konkrete anvendelse af forskellige variabler i modellernes beregninger.

Det er Energiklagenævnets vurdering, at den af Energitilsynet anvendte fremgangsmåde for så vidt angår:

- 1) fastsættelsen af de historiske tariffer (1984-2003),
- 2) manglende anvendelse af transportbidraget i DONGs gaskøbsaftaler med DUC som en egentlig pålydende transportpris,
- 3) inddragelse i det samlede skøn af beregningerne i model 1A og 2A (forhøjelse af værdien af DONGs egentransport med fiktive kapacitetsbookinger) som illustration af en given situation,
- 4) anvendelse af en risikofri rente i stedet for WACC-renten ved beregning af forrentningen af det historiske underskud,
- 5) manglende indregning af skatteomkostninger på stand-alone basis,
- 6) anvendelse af de af DONG faktisk afholdte anlægsinvesteringer (og dermed manglende relevans af de regnskabsmæssige op- og nedskrivninger som fremgår af DONGs regnskaber for 1995, 1999 og 2005),
- 7) *[afsnit udgået, da det indeholder fortrolige oplysninger]*, og
- 8) behandlingen af driftsomkostningerne vedrørende Tyra Vest-F3

hviler på et sagligt grundlag, og at de af parterne anførte indvendinger ikke vurderes at kunne føre til et væsentligt andet resultat.

Det er således samlet set Energiklagenævnets opfattelse, at de konkrete beregninger giver et egnet og efter omstændighederne retvisende billede af forskellige variationer og scenarier, som kan indgå i det samlede skøn ved fastsættelsen af en fremtidig rimelig tarif for benyttelse af DONGs opstrømssystem.

Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at den af DONG foreslåede såkaldte balancetarif efter nævnets opfattelse ikke i tilstrækkelig grad tager hensyn til de faktiske forhold i sagen, herunder de af DONG offentliggjorte tariffer for 2004-2007. Energiklagenævnet finder derfor i lighed med Energitilsynet, at modellen med balancerede tariffer ikke er egnet til anvendelse ved det samlede skøn over fastsættelsen af en fremtidig rimelig tarif.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO -EKN

Markedets praksis og undersøgelse af de konkurrencemæssige forhold

For så vidt angår en undersøgelse af og sammenligning af markedets praksis, bemærker Energiklagenævnet, at der efter nævnets opfattelse er betydelige vanskeligheder forbundet med at foretage en sådan sammenligning. Dette skyldes navnlig de store forskelle, der er i opstrømssystemernes opbygning, længde, etableringsomkostninger, regulatoriske forhold og tarifsammensætninger, herunder våd- og tørgastariffer.

Side 55 af 59

Da det følger af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 5, at markedets praksis skal indgå som en del af det samlede skøn, er det imidlertid nødvendigt at finde en metode/fremgangsmåde til at gøre de forskellige tariffer sammenlignelige på.

Det er Energiklagenævnets vurdering, at den af Energitilsynet valgte metode, hvor der med udgangspunkt i rørets længde foretages en omregning af tariffjerne til et fast beløb pr. kilometer, på baggrund af de meget vanskelige sammenligningsomstændigheder er en egnet metode hertil. Den af Energitilsynet valgte metode kan derfor ikke give Energiklagenævnet anledning til kritik. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at formålet med sammenligningen med markedets praksis efter nævnets opfattelse er at sammenligne den ydelse, som transportkunderne modtager, og ikke at sammenligne selskabernes omkostningseffektivitet. Energiklagenævnet finder samtidig, at det er et sagligt kriterium at udvælge systemer, der er beliggende i zone D, jf. GASSCOs betegnelse. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at dette er den zone, som Tyra-Nybro er beliggende i.

I relation til Energitilsynets fremgangsmåde ved sammenligningen bemærker Energiklagenævnet i øvrigt, at nævnet på baggrund af de konkrete oplysninger i sagen ikke finder det urimeligt, at der korrigeres fra vådgastransport til tørgastransport ved at reducere vådgastariffen med 25 pct. Energiklagenæv-

net finder samtidig, at det på baggrund af sagens oplysninger kan lægges til grund, at tariffen Tyra-Nybro er en tørgastarif.

Det er samlet set Energiklagenævnets opfattelse, at Energitilsynets undersøgelse og sammenligning af markedets praksis under hensyntagen til de vanskelige sammenligningsomstændigheder er egnet til at foretage en sammenligning af DONGs tarif med det øvrige marked.

Med hensyn til den af DONG fremlagte undersøgelse af markedets praksis, som er udarbejdet af NERA, finder Energiklagenævnet, at denne undersøgelse ikke er egnet til at foretage en retvisende sammenligning af DONGs tarif med det relevante markeds praksis. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at NERAs rapport indeholder en sammenligning af opstrømssystemer, der spænder fra en længde på 10 km til en længde på 1903 km, og at rapporten også omfatter opstrømssystemer, der strækker sig over 2-3 priszoner, og ikke kun zone D, hvor Tyra-Nybro er beliggende. Samtidig er NERAs rapport vedrørende de britiske opstrømssystemer til dels bygget på oplysninger om tariffer, der er indsamlet i perioden 1996-2004 (såkaldte historiske tariffer). Energitilsynet har beregnet et simpelt gennemsnit af de historiske tariffer og de nuværende nominelle tariffer, som rapporten har indhentet fra de forskellige operatørs hjemmesider. På baggrund af den markante forskel, som disse gennemsnit viser (henholdsvis 20,7 øre/m³ mod 8,5 øre/m³), finder Energiklagenævnet, at der ikke kan lægges vægt på datasættet vedrørende perioden 1996-2004.

På baggrund af den af Energitilsynet foretagne undersøgelse, finder Energiklagenævnet, at der tegnes et billede af, at DONGs tarif på 10,75 øre/m³ i sammenligning med de nuværende nominelle tariffer i Storbritannien (gennemsnitligt 8,5 øre/m³) fremstår som høj. Det er alene ved sammenligningen med de historiske, fremskrevne tariffer, at DONGs tarif fremstår som lav. På baggrund af Energitilsynets undersøgelse af GASSCOs tariffer i zone D fremstår DONGs tarif endvidere ikke som lav. I forhold til sammenligningen med NOGAT-tariffen fremstår DONGs tarif som lav. Energiklagenævnet er i den forbindelse enig med Energitilsynet i, at NOGAT-tariffen er meget høj i forhold til andre opstrømssystemer i Nordsøen, når rørledningens længde tages i betragtning. Energiklagenævnet finder på den baggrund, at en sammenligning med NOGAT-tariffen ikke isoleret set kan begrunde, at DONGs tarif skal være tilsvarende høj.

For så vidt angår den af Energitilsynet foretagne konkurrenceundersøgelse, er Energiklagenævnet enig med DONG i, at en konklusion om, at markedet påvirkes, hvis opstrømstariffen er for høj, ikke kan tages til indtægt for, at tariffen rent faktisk er for høj. Energiklagenævnet bemærker dog, at den i sagen foretagne konkurrenceundersøgelse heller ikke er anvendt på en sådan måde

7. oktober 2013

J.nr 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 56 af 59

i Energitilsynets samlede skøn over rimeligheden af DONGs tarif. Konkurrenceundersøgelsen, der ikke er af en særlig omfattende karakter, er alene anvendt som et supplement til rimelighedsvurderingen. For Energiklagenævnet er det afgørende, at konkurrenceundersøgelsen ikke tillægges afgørende vægt ved den samlede skønsudøvelse, hvilket heller ikke har været tilfældet i den konkrete sag.

Energiklagenævnets samlede vurdering

Som tidligere nævnt finder Energiklagenævnet, at Energitilsynets pristilsyn efter opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, og indgrebsbeføjelsen overfor urimelige priser efter § 7, stk. 4, skal ske på grundlag af et bredt skøn, hvori indgår hensynet til det pågældende selskabs (her DONGs) afholdte omkostninger og en rimelig forrentning af den investerede kapital, hensynet til markedets praksis samt konkurrencemæssige hensyn.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 57 af 59

Energiklagenævnet finder, at der ved Energitilsynets afgørelse er blevet foretaget et konkret skøn, hvor de enkelte beregninger og undersøgelser efter nævnets opfattelse er blevet tillagt passende vægt. Energiklagenævnet finder således ikke anledning til at anfægte, at Energitilsynet på grund af de forskellige usikkerhedsmomenter har indlagt en såkaldt buffer på 0,5 øre/m³.

På baggrund af en konkret og samlet vurdering af de forskellige modelberegninger og undersøgelser, som er nævnt ovenfor, finder Energiklagenævnet, at en rimelig tarif i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS indgået i perioden juli 2011-oktober 2012 kan fastsættes indenfor intervallet 5-7 øre/m³ (samlet tarif). Energiklagenævnet kan således tiltræde Energitilsynets samlede skøn.

Det er dog Energiklagenævnets opfattelse, at Energitilsynet ved afgørelsen af 30. oktober 2012 burde have fastsat en specifik pris indenfor det ovennævnte interval for den periode (juli 2011-oktober 2012), som sagen omhandler. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at tilsynet ved afgørelsen af 30. oktober 2012 har ageret som tvistbilægelsesmyndighed i medfør af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, og at afgørelsen er truffet på baggrund af MEMAS' klage af 3. oktober 2011, der blev indbragt for tilsynet i medfør af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 3, nr. 3, og hvor selskabet specifikt klagede over tariffen i henhold til de indgåede aftaler i perioden juli 2011-oktober 2012. Det følger således af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 4, at Energitilsynet i forbindelse med klager indgivet efter stk. 3 kan fastsætte priser og betingelser for adgangen. Det er Energiklagenævnets opfattelse, at Energitilsynet i en sådan situation skal træffe en konkret og endelig afgørelse og fastsætte en specifik pris for den indklagede periode, og at prisen derfor ikke kan fastsættes som et interval. Energiklagenævnet bemærker i den forbindelse, at der ved Energitilsynets samlede skøn og vurderinger af de forskellige bereg-

ninger efter nævnets opfattelse er blevet taget tilstrækkelige hensyn til de usikkerheder, der er forbundet med de forskellige beregninger og undersøgelser, herunder indlæggelsen af den såkaldte buffer på 0,5 øre/m³. De nævnte usikkerhedsmomenter kan således efter Energiklagenævnets opfattelse ikke også begrunde, at prisen i den konkrete tvistsituation fastsættes i et interval.

Under henvisning til, at sagens parter fortsat skal have mulighed for at få den endelige afgørelse prøvet ved to instanser, finder Energiklagenævnet det rettest, at sagen hjemvises til Energitilsynet til fornyet behandling for så vidt angår fastsættelsen af en specifik pris efter opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 4. Energiklagenævnet har således ikke fundet det hensigtsmæssigt, at nævnet tager stilling hertil som første instans.

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO –EKN

Side 58 af 59

På den baggrund hjemvises Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 til tilsynet til fornyet behandling alene med henblik på, at tilsynet fastsætter en specifik pris indenfor intervallet 5-7 øre/m³ for ydelserne i transportaftalerne mellem DONG og MEMAS indgået i perioden juli 2011-oktober 2012. Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 stadfæstes i øvrigt.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 hjemvises til tilsynet til fornyet behandling så vidt angår fastsættelsen af en specifik pris efter opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 4. Energitilsynets afgørelse af 30. oktober 2012 stadfæstes i øvrigt.

Sagen har været behandlet ved mundtlig forhandling på nævnets møde den 30. september 2013.

Afgørelsen er truffet i henhold til opstrømsbekendtgørelsens § 8, stk. 1, jf. naturgasforsyningslovens § 51, stk. 1.

Afgørelsen kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. naturgasforsyningslovens § 51, stk. 5.

På nævnets vegne

Poul K. Egan
Nævnshoved

7. oktober 2013

J.nr. 1031-12-1 og

J.nr. 1031-12-2

UJO -EKN

Side 59 af 59

/Ulla Østergaard
Specialkonsulent