



24. august 2021

20/15667

SBCL

Afgørelse om [REDACTED] klage over tariffen for transport i opstrømssystemet Tyra-Nybro

RESUMÉ

Denne sag drejer sig om Forsyningstilsynets kompetence i medfør af opstrømsbekendtgørelsen til at behandle [REDACTED] klage af den 14. december 2020 over de tariffer, som Ørsted har opkrævet for transport af naturgas i opstrømsrørledningen Tyra-Nybro. Klagen vedrører perioderne fra den 1. april 2014 til og med den 30. september 2014 og 1. oktober 2014 til og med den 31. maj 2020.

Klagen er indgivet af [REDACTED] til Forsyningstilsynet i tilsynets egenskab af tvistbilæggelsesmyndighed og tager udgangspunkt i to rammeaftaler for transport af gas med indgået henholdsvis den 25. marts 2014 mellem [REDACTED] og Ørsted og 29. februar 2016 indgået mellem [REDACTED] og Ørsted.

Ørsteds Standardvilkår for transport af gas indgår som en integreret del af rammeaftalerne, herunder Addendum 1 til standardvilkårene om midlertidigt regulerede tariffer og supplerende betalingsforpligtelser.

Addendum 1 dokumenterer ifølge [REDACTED] at der på tidspunktet for indgåelsen af Rammeaftalerne, det vil sige på tidspunktet for [REDACTED] ansøgning om adgang til opstrømssystemet, forelå et omtvistet element i parternes aftaleforhold om fastsættelsen af tarifferne, som parterne aftalte at afklare på et senere tidspunkt.

Det er en forudsætning for Forsyningstilsynets kompetence til at meddele ejeren eller operatøren et påbud i medfør af opstrømsbekendtgørelsen, at der foreligger en tvist om adgangsvilkårene, som ikke har kunnet løses ved en forhandling mellem parterne.

I den konkrete sag er det Forsyningstilsynets vurdering, at Forsyningstilsynet ikke har kompetence til at behandle klagen. Begrundelsen herfor er, at Rammeaftalens punkt 8 og Addendum 1 til standardbetingelserne om "*midlertidigt regulerede tariffer og supplerende betalingsforpligtelser*" ikke kan anses for at udgøre en tvist mellem parterne om tariffen. [REDACTED] har således ikke taget et aftaleretligt forbehold for tariffen i de indgåede transportaftaler.

Forsyningstilsynet bemærker ligeledes, at indgåelsen af Rammeaftalerne ikke på relevant vis blev fulgt op af en klage fra [REDACTED] til Forsyningstilsynet. Rammeaftalerne

FORSYNINGSTILSYNET
Torvegade 10
3300 Frederiksværk

Tlf. 4171 5400
post@forsyningstilsynet.dk
www.forsyningstilsynet.dk

indgået henholdsvis den 25. marts 2014 og 29. februar 2016 blev således først fulgt op af en klage til Forsyningstilsynet den 14. december 2020. Det indikerer efter Forsyningstilsynets opfattelse, at der ikke foreligger en tvist om tariffen mellem Ørsted og [REDACTED]

Samlet set er det derfor Forsyningstilsynets vurdering, at tilsynet ikke har kompetence til at behandle [REDACTED] klage i medfør af opstrømsbekendtgørelsen. Forsyningstilsynet afviser derfor klagen.

[REDACTED]

[REDACTED]

Forsyningstilsynet kan i forlængelse heraf henvise til, at Forsyningstilsynet i en nyhed på tilsynets hjemmeside den 8. juli 2021 har oplyst, at Forsyningstilsynet anser sig for kompetent til at foretage en fornyet vurdering af tarifferne for 2011-12.

AFGØRELSE

[REDACTED] klage af 14. december 2020 afvises.

Afgørelsen er truffet i medfør af § 7, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1090 af 6. december 2000 om adgang til opstrømsrørledningsnet.

Sagens baggrund og begrundelsen for Forsyningstilsynets afgørelse fremgår nedenfor.

SAGSFREMSTILLING

Forsyningstilsynet skal i denne sag tage stilling til, om Forsyningstilsynet har kompetence til at behandle [REDACTED] klage af den 14. december 2020 over de tariffer, som Ørsted Salg og Service A/S har opkrævet for transport af naturgas i opstrømsrørledningen Tyra-Nybro fra 2014 og frem.

SAGENS HIDLIGTE FORLØB OG SAGENS VÆSENTLIGSTE AKTER

[REDACTED] (herefter [REDACTED] repræsenteret ved Gorrissen Feder-spiel har den 14. december 2020 indgivet en klage over de tariffer, som Ørsted har opkrævet for transport af naturgas i opstrømsrørledningen Tyra-Nybro (bilag 1). Klagen vedrører perioderne fra den 1. april 2014 til og med den 30. september 2014 og 1. oktober 2014 til og med den 31. maj 2020.

Klagen er ifølge [REDACTED] blevet aktualiseret som følge af tre fakturaer, der blev udstedt af Ørsted den 25. juni 2020. Baggrunden for udstedelsen af de pågældende fakturaer

fremgår af Ørsteds e-mail til [REDACTED] af den 3. juli 2020, hvoraf det fremgår, at Ørsted betragter Vestre Landsret dom af 16. april 2020 i sag BS-117/2014-VLR som en endelig afgørelse om tariffen (bilag 2).¹ Som følge heraf har Ørsted aktiveret en clawback klausul i to indgåede rammeaftaler med [REDACTED] hvilket indebærer, at [REDACTED] har modtaget et betalingskrav på de resterende 27,853 pct. af kapacitetstariffen og 100 pct. af volumentariffen.

[REDACTED] bestrider grundlaget for fastsættelsen af tariffene, der ligger til grund for fakturaerne, idet Vestre Landsret ifølge [REDACTED] ikke traf en endelig afgørelse om det korrekte tarifniveau. Rammeaftalerne tager ifølge [REDACTED] ikke højde for en situation, hvor Vestre Landsret ikke fastsætter grundlaget for beregningen af niveauet for de opkrævede tariffer.

[REDACTED] anmoder i klagen af 14. december 2020 derfor Forsyningstilsynet om at træffe afgørelse om, at tariffene er for høje, hvorfor Ørsted skal påbydes at fastsætte tariffene til et niveau, der er i overensstemmelse med markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang, samt at Forsyningstilsynet i fornødent omfang bistår parterne med tvistbilæggelse i tvisten.

Klagen tager udgangspunkt i to rammeaftaler (bilag 3 og 4) for transport af gas indgået henholdsvis den 25. marts 2014 mellem [REDACTED] og Ørsted (på daværende tidspunkt DONG Naturgas A/S, herefter DONG) og 29. februar 2016 indgået mellem [REDACTED] og Ørsted (Danish Offshore Gas Systems A/S) vedrørende tredjepartsadgang til opstrømssystemet og transport af naturgas gennem Tyra-Nybro rørledningen (herefter Rammeaftalerne).

Rammeaftalerne suppleres af Ørsteds Standardvilkår for transport af gas - Standard Terms and Conditions (bilag 5), jf. Rammeaftalernes pkt. 1. De til enhver tid gældende Standardvilkår med tilhørende addendums og bilag udgør således en integreret del af Rammeaftalen. Standardvilkårene har i den relevante aftaleperiode mellem [REDACTED] og Ørsted foreligget i fire versioner: 3.0, 4.0, 4.1, samt 4.2 (herefter Standardvilkårene).

Som en del af Standardvilkårene indgår et tillæg "Addendum 1" om midlertidigt regulerede tariffer og supplerende betalingsforpligtelser (bilag 6). På tidspunktet for aftaleindgåelsen den 25. marts 2014 var det version 1.0 af Addendum 1 fra den 17. marts 2014, der var gældende mellem parterne. På tidspunktet for aftaleindgåelsen den 29. februar 2016 var det version 2.0 af Addendum 1 fra den 15. september 2014, der var gældende mellem parterne. De relevante bestemmelser i Addendum 1 er imidlertid identiske i begge versioner, hvorfor de behandles under ét. Addendum 1 vil blive selvstændigt behandlet i et afsnit nedenfor.

¹ Med dommen ophævede Vestre Landsret Energiklagenævnet og Forsyningstilsynets afgørelser fra 2012 og 2014, hvor tariffen for transport af naturgas i opstrømssystemet i aftaleforholdet mellem Ørsted og MEMAS (Nu TEMAS) blev fastsat til 5,75 øre/m³. Forsyningstilsynet har i en pressemeddelelse 8. juli 2020 oplyst, at Forsyningstilsynet vil foretage en fornyet vurdering af tariffene for 2011-12.

Parterne har derudover den 30. maj 2017 indgået en aftale om suspension af både lov- og aftalebestemte forældelsesfrister vedrørende de midlertidigt regulerede tariffer - Agreement for the Suspension of Limitations (bilag 6).

Klagen har været i partshøring hos Ørsted, der fremsendte deres bemærkninger til klagen den 17. februar 2021 (bilag 7). [REDACTED] har den 9. juni 2021 fremsendt supplerende oplysninger til klagen (bilag 8), der bl.a. indeholder en henvisning til en e-mail korrespondancen mellem [REDACTED] og Ørsted vedrørende indgåelsen af Addendum 1 (bilag 10).

Udkast til afgørelse har været i partshøring i perioden fra den 22. juni 2021 til den 30. juli 2021.

Ørsted har den 30. juli 2021 oplyst, at de ikke har bemærkninger til Forsyningstilsynets afgørelsesudkast. Ørsted fastholder bemærkningerne af den 17. februar 2021.

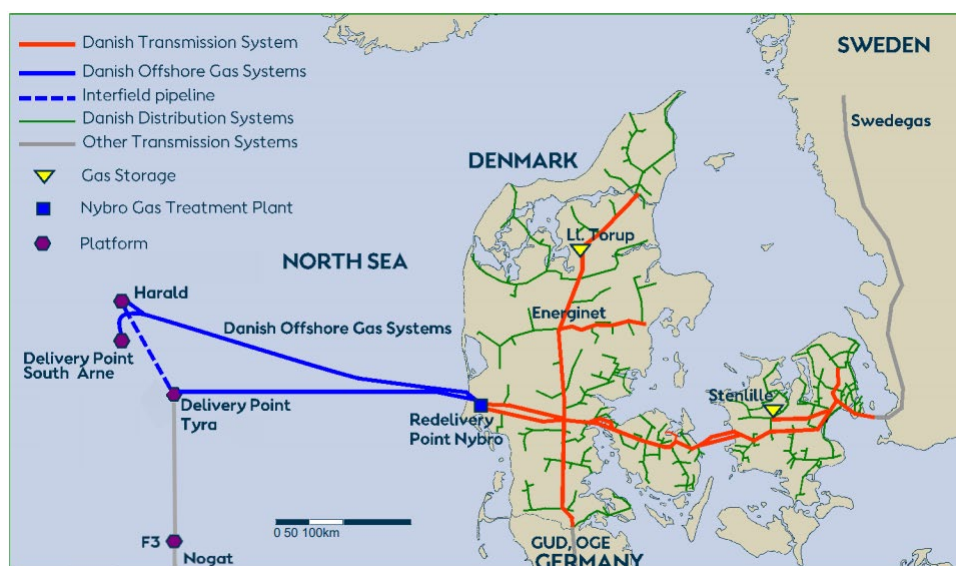
[REDACTED] har den 30. juli 2021 afgivet bemærkninger til Forsyningstilsynets afgørelsesudkast (bilag 11).

DET DANSKE OPSTRØMSSYSTEM

Det danske opstrømssystem for naturgas er de rørledninger, som udgør transportforbindelsen fra produktionsfelterne i den danske del af Nordsøen. Ørsteds opstrømssystem består i dag af to opstrømsrørledninger og gasbehandlingsanlægget ved Nybro på den jyske vestkyst, hvorfra gassen føres videre i transmissionssystemet, som ejes og administreres af Energinet.

Ørsted ejede fra 2005 til og med 2017 halvdelen af ledningen Tyra Vest-F3, som indgik i Ørsteds opstrømssystem. Tyra Vest-F3 forbinder produktionsfelterne til det nederlandske opstrømssystem NOGAT, jf. figur 1.

FIGUR 1 | OPSTRØMSSYSTEMET



Kilde: Danish Offshore Gas Systems A/S

Ørsted ejer opstrømsrørledningen Tyra-Nybro, der transporterer gas fra produktionsfeltet Tyra ind til Nybro-gasbehandlingsanlæg.

Danish Offshore Gas Systems A/S er et datterselskab til Ørsted Salg og Service A/S. Selskabet er stiftet i 2012 og overtog den 1. oktober 2014 administrationen af adgangen til transport i opstrømssystemet fra Ørsted Salg og Service A/S. Danish Offshore Gas Systems A/S varetager marketing, salg og håndtering af transportservice, mv. Ørsted Salg og Service A/S og Danish Offshore Gas Systems A/S benævnes herefter samlet under ét som Ørsted.

Der er forhandlet tredjepartsadgang til opstrømssystemet, dvs. transportkunder skal have adgang til opstrømssystemet på vilkår, som forhandles med ejeren/operatøren af opstrømssystemet.

Der har siden 1. januar 2001 været krav om, at ejer/operatør af opstrømsrørledninger skal give tredjepartsadgang til transport af naturgas. Tredjepartsadgang er et direktivkrav. Der var første gang tredjepartstransport i Ørsteds opstrømssystem i 2007. Indtil da var det alene Ørsteds egne gasmængder, som blev transporteret i systemet.

OPSTRØMSBEKENDTGØRELSEN

De nærmere regler for adgang til opstrømssystemet følger af bekendtgørelse nr. 1410 af 16. december 2019 om adgang til opstrømsrørledningsnet og til opstrømsanlæg (opstrømsbekendtgørelsen). Det fremgår af § 5, i bekendtgørelsen, at priser og betingelserne for ydelser i forbindelse med adgang fastsættes ved forhandling mellem ansøger om adgang til et opstrømsrørledningsnet og dets ejer eller operatør. Priser og betingelser skal fastsættes således, at der ikke diskrimineres mellem ansøgere.

Forsyningstilsynet fører i medfør af § 6 i opstrømsbekendtgørelsen tilsyn med, at priser og betingelser for tredjepartsadgang er rimelige. Forsyningstilsynet har således en generel tilsynsbeføjelse og mulighed for at påbyde, at priser og betingelser for adgang til opstrømsrørledningen ændres. For så vidt angår denne indgrebsbeføjelse for Forsyningstilsynet, antages denne som udgangspunkt alene at være en fremadrettet hjemmel. Dette følger bl.a. af Energitilsynets (nu Forsyningstilsynet) afgørelse i HMN-sagen, der blev påklaget og senere stadfæstet af Energiklagenævnet i en afgørelse af 5. oktober 2016². Energiklagenævnet tilsluttede sig Energitilsynets betragtninger i den påklagede afgørelse.

Energistilsynet anfører i afgørelsen, at bestemmelsen i § 6, stk. 2, efter sin ordlyd må fortolkes sådan, at den ændring, som Energitilsynet kan pålægge ejeren alene har virkning for fremtiden. En afgørelse med tilbagevirkende kraft vil have karakter af en bebyrdende forvaltningsakt, som bestemmelsen efter Energitilsynets sekretariatets opfattelse ikke indeholder den fornødne hjemmel til.

² J.nr. 1031-16-1-40.

Energitilsynet bemærkede i forlængelse heraf, at tilsynskompetencen i § 6, stk. 1, retter sig mod de aktuelle tariffer. Dette har en naturlig sammenhæng med, at påbudshjemlen i § 6, stk. 2, som nævnt giver Energitilsynet hjemmel til at pålægge ejer eller operatør at bringe et urimeligt forhold til ophør med virkning for fremtiden. Tilsynskompetencen i opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, indebærer derfor hverken en ret eller en pligt for Energitilsynet til at tage stilling til rimeligheden af priser og vilkår, som ikke længere er gældende.

Den generelle tilsynsforpligtigelse suppleres af opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, hvorefter Forsyningstilsynet tillægges kompetence til at behandle tvister om vilkårene for adgang til opstrømsrørledninger.

Det er en forudsætning for Forsyningstilsynets kompetence til at meddele ejeren eller operatøren et påbud i medfør af bekendtgørelsens § 7, stk. 4, at der foreligger en tvist om adgangsvilkårene, som ikke har kunnet løses ved en forhandling mellem parterne.

Den rimelighedsbedømmelse, som skal foretages i medfør af tilsynsforpligtelsen i opstrømsbekendtgørelsens § 6, svarer til den bedømmelse, som tilsynet skal foretage i henhold til § 7. Forsyningstilsynet kan således i anledning af en klage eller af egen drift vurdere, om tarifniveauet er rimeligt, jf. opstrømsbekendtgørelsens §§ 6 og 7.

Klagen i denne sag er indgivet af [REDACTED] til Forsyningstilsynet i tilsynets egenskab af tvistbilæggelsesmyndighed.

RAMMEAFTALENS PUNKT 8 & ADDENDUM 1 TIL STANDARDVILKÅRENE

Klagen tager udgangspunkt i to rammeaftaler for transport af gas indgået henholdsvis den 25. marts 2014 mellem [REDACTED] og Ørsted og 29. februar 2016 indgået mellem [REDACTED] og Ørsted.

Rammeaftalens punkt 8 vedrører midlertidigt regulerede tariffer og supplerende betalingsforpligtelser som følge af Forsyningstilsynets og Energiklagenævnets afgørelser fra 2012, 2013 og 2014 i aftaleforholdet mellem Ørsted og Mærsk Energy Marketing A/S (nu Total Energy Marketing A/S), hvor tariffen for transport af naturgas i opstrømssystemet blev nedsat i perioden 1. juni 2011 til og med oktober 2012. Mærsk Energy Marketing A/S og Total Energy Marketing A/S benævnes herefter som henholdsvis MEMAS og TEMAS.

Det følger endvidere af Rammeaftalens punkt 8, at operatøren (Ørsted) ikke er enig i afgørelserne og derfor overvejer at prøve sagerne ved domstolene. Som følge heraf aftaler parterne midlertidigt at regulere tarifferne og betalingsforpligtelserne, indtil der foreligger en endelig dom i sagen. De nærmere principper herfor er beskrevet i Addendum 1 til Standardvilkårene.

Som anført ovenfor indgår Ørsteds Standardvilkår for transport af gas som en integreret del af Rammeaftalen. Addendum 1 om midlertidigt regulerede tariffer og supplerende betalingsforpligtelser udgør således en integreret del af Rammeaftalen mellem Ørsted og [REDACTED]

På tidspunktet for aftaleindgåelsen den 25. marts 2014 var det version 1.0 af Addendum 1 fra den 17. marts 2014, der var gældende mellem parterne. På tidspunktet for aftaleindgåelsen den 29. februar 2016 var det version 2.0 af Addendum 1 fra den 15. september 2014, der var gældende mellem parterne. De relevante bestemmelser i Addendum 1 er imidlertid identiske i begge versioner, hvorfor de behandles under ét nedenfor.

Addendum 1 er opbygget således, at den tager udgangspunkt i Forsyningstilsynets afgørelse af 28. januar 2014, hvor tariffen for transport af naturgas i opstrømssystemet i aftaleforholdet mellem Ørsted og MEMAS (nu TEMAS) i perioden juli 2011 og med oktober 2012 blev fastsat til 5,75 øre/m³.

Det følger af Addendum 1, litra B, at artikel 10 i standardbetingelserne ændres til at inkludere en ny artikel 10.5 og 10.6, så længe vilkårene i Addendum 1 er gældende. Vilkårene for Addendum 1 er fastsat i § 3, hvoraf det fremgår, at Addendum 1 er gældende, indtil den bliver helt eller delvist erstattet eller transportsaftalen mellem parterne løber ud.

Artikel 10.5 vedrører transportkundens reducerede betalingsforpligtelse. Bestemmelsen indebærer, at forpligtelsen til at betale den gældende kapacitetstarif, volumentarif og hour-ahead tarif vil blive reduceret, så den korresponderer med tarifferne i Forsyningstilsynets afgørelse af 28. januar 2014. Det indebærer, at transportkundens betalingsforpligtelse midlertidigt nedjusteres til at udgøre 72,147 pct. af den kapacitetstarif og hour-ahead-tarif, som Ørsted ser sig berettiget til at opkræve i henhold til Rammeaftalen. Tilsvarende nedsættes volumentariffen til 0 pct.

Artikel 10.6 vedrører transportkundens ansvar for at betale de endelige tariffer. Bestemmelsen indebærer, at transportkunden og operatøren anerkender, at grundlaget for de regulerede tariffer er midlertidigt. Den endelige opgørelse af tarifferne afventer således en endelig afgørelse enten i form af en dom eller et udenretsligt forlig i sagen om tariffen i Ørsteds transportaftaler med MEMAS (nu TEMAS) i perioden juli 2011 til oktober 2012. Den erlagte betaling i henhold til artikel 10.5 er således ikke nødvendigvis udtryk for det beløb, som transportkunden skal betale for transporten af gas.

[REDACTED] SYNSPUNKTER

[REDACTED] anfører i klagen af 14. december 2020, at Addendum 1 til Standardvilkårene fra henholdsvis den 17. marts 2014 og 15. september 2014, blev indgået som en direkte konsekvens af uenighed og usikkerhed omkring fastsættelsen af det korrekte niveau for tarifferne. Ifølge [REDACTED] suspenderede parterne med Addendum 1 således alle tvister vedrørende tarifferne og foretog en regulering af tarifferne frem til Vestre Landsret dom for, på grundlag heraf, at kunne fastslå det korrekte juridiske grundlag for beregning af niveauet for tarifferne.

[REDACTED] anfører endvidere i klagen, at parterne som led i aftalen om suspension af tvister om tariffer den 30. maj 2017 indgik en aftale om suspension af både lov- og aftalebestemte forældelsesfrister. Suspensionsaftalen indebærer, at alle frister for krav og fakturaer vedrørende tarifferne suspenderes, indtil der foreligger en endelig afgørelse om beregning af niveauet for tarifferne, eller en part opsiger aftalen.

Dette dokumenterer ifølge [REDACTED] at der på tidspunktet for indgåelsen af Rameaftalerne, det vil sige på tidspunktet for [REDACTED] ansøgning om adgang til opstrømssystemet jf. opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, forelå et omtvistet element i parternes aftaleforhold om fastsættelsen af tarifferne, som parterne aftalte at afklare på et senere tidspunkt.

Parternes aftale i Addendum 1 og i Suspensionsaftalen kan således ifølge [REDACTED] direkte sidestilles med et aftaleretligt forbehold om, at [REDACTED] ikke accepterede Ørsteds tariffer som bestemmende for niveauet for tarifferne på tidspunktet for aftalens indgåelse.

I forlængelse heraf bemærker [REDACTED] at det forhold, at [REDACTED] og Ørsted indgik Addendum 1 og Suspensionsaftalen ikke bevirker, at Forsyningstilsynet ikke længere har kompetence til at behandle sagen. Dette princip følger direkte af Vestre Landsrets dom, hvorved landsretten med henvisning til Forsyningstilsynets tilsynsforpligtelse og formål jf. Bekendtgørelsens § 6, stk. 1, fastslår, at Forsyningstilsynet også har kompetence, når en aftale er indgået.

Det er desuden [REDACTED] opfattelse, at de af Ørsted fastsatte tariffer er urimelige, jf. opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1. Det er således [REDACTED] opfattelse, at den pris, som Forsyningstilsynet i medfør af Opstrømsbekendtgørelsens § 6 fører tilsyn med, ikke adskiller sig fra den pris, som Forsyningstilsynet i medfør af bestemmelsen i Opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 4, kan fastsætte. [REDACTED] gør i den sammenhæng opmærksom på, at Ørsteds position på markedet for transport af gas potentielt øger behovet for, at Forsyningstilsynet behandler nærværende klage om størrelsen på tarifferne. Endelig anfører [REDACTED] at Ørsted er retligt forpligtet til at fastsætte rimelige tariffer, jf. opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 2, hvorefter priser og betingelser fastsættes således, at der ikke diskrimineres mellem ansøgere.

[REDACTED] har den 9. juni 2021, som følge af Ørsteds bemærkninger til klagen den 17. februar 2021, fremsendt supplerende bemærkninger til klagen.

[REDACTED] gentager i den forbindelse, at tvisten allerede var til stede ved indgåelsen af rammeaftalen Addendum 1. [REDACTED] anfører, at det ved Forsyningstilsynets afgørelse af 30. oktober 2012, som stadfæstet ved Energiklagenævnets afgørelse af 7. oktober 2013, og Forsyningstilsynets afgørelse af 28. januar 2014, som stadfæstet ved Energiklagenævnets afgørelse af 19. juni 2014, blev bestemt, at DONG Naturgas A/S (i dag Ørsted) over for MEMAS (nu TEMAS) havde taget for høje tariffer for transport af gas i rørledningen Tyra-Nybro i perioden juli 2011 til oktober 2012. Tariffen blev fastsat til 5,75 øre/m³. Afgørelserne blev indbragt for domstolene og behandlet ved Vestre Landsrets dom.

For at undgå klager ved Forsyningstilsynet fra andre transportoperatører i Nordsøen, herunder [REDACTED] udarbejdede Ørsted i Addendum 1, afsnit 10.6, et forbehold for at efterregulere tarifferne, når de igangværende klagesager var afgjort.

Addendum 1 viser derfor ifølge [REDACTED] at der på tidspunktet for indgåelse af rammeaftalen ikke var enighed om tariffen, og at der derfor nødvendigvis var en tvist om tariffens størrelse. Alternativt havde Ørsted og [REDACTED] i sagens natur blot fastsat en endelig tarif. Addendum 1 skal derfor sidestilles med et aftaleforbehold.

I de supplerende bemærkninger henvises ligeledes til en mailkorrespondance af 18. marts til 25. marts 2014 vedrørende indgåelsen af Addendum 1. Mailen illustrerer ifølge [REDACTED] at forhandlingerne ikke førte til indgåelse af en aftale om en endelig tarif på markedsvilkår, og at vilkårene i øvrigt ikke var til forhandling, eller i øvrigt var underlagt en tidsplan, der tillod forhandling.

I de supplerende bemærkninger til klagen redegør [REDACTED] ligeledes for, at opstrømsbekendtgørelsens §§ 6 og 7 ikke afskærer [REDACTED] fra at klage. Bemærkningerne fremsættes som følge af Ørsteds bemærkninger af den 17. februar 2021, hvor Ørsted gør gældende, at opstrømsbekendtgørelsens § 6 ikke giver Forsyningstilsynet hjemmel til at påbyde nedsættelse af tariffen med tilbagevirkende kraft. [REDACTED] bestrider denne fortolkning, herunder grundlæggende at tilsynskompetencereglen i bekendtgørelsens § 6 har betydning for Forsyningstilsynets kompetence til at tvistbilægge en sag efter § 7.

[REDACTED] anfører, at tilsynskompetencereglen i opstrømsbekendtgørelsens § 6 efter sin ordlyd ikke indeholder nogen sammenhæng med § 7 og ingen tidsmæssig angivelse af rammerne for Forsyningstilsynets kompetence til at fastsætte tariffen.

[REDACTED] bemærker således, at uanset om Forsyningstilsynet generelt finder, at bekendtgørelsens § 6 alene giver hjemmel til at føre tilsyn med ikke-indgåede transportaftaler, har dette ikke betydning for Forsyningstilsynets kompetence til at klagebehandle efter § 7 i denne sag.

Til støtte herfor henviser [REDACTED] til Vestre Landsrets dom af 16. april 2020, der ifølge [REDACTED] afviser en sammenlæsning mellem opstrømsbekendtgørelsens § 6 og § 7, idet Vestre Landsret anførte, at § 7 indeholder særregler, som skal ses adskilt fra tilsynets generelle tilsynskompetence i § 6: *"Bestemmelserne i bekendtgørelsens § 7, stk. 2, om, at en sag kan indbringes for tilsynet, hvis forhandlinger om adgang, jf. § 3, ikke fører til en aftale inden for en frist, som må anses for at være rimelig og sædvanlig, og § 7, stk. 4, om at tilsynet efter forhandling med de berørte parter kan give pålæg om, hvordan forhandlinger skal tilrettelægges, eller at adgang skal gives og fastsætte priser og betingelser for denne adgang, må anses for særregler, som ikke udelukker tilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale. Dette støttes af, at Energitilsynet efter bekendtgørelsens § 6 fører tilsyn med, at priserne for adgangen er rimelige og har mulighed for at påbyde prisændringer. Det støttes endvidere af, at en indbringelse og afgørelse forud for indgåelse af en aftale om gastransport af tidsmæssige hensyn ofte ikke vil være en reel mulighed, hvorved formålet om sikring af tredjepartsadgang ikke effektivt opfyldes."*

På baggrund af ovenstående præmis udleder [REDACTED] at Forsyningstilsynets kompetence efter § 6 i opstrømsbekendtgørelsen ikke er udelukket, når der er indgået en aftale om transport, herunder om tariffen.

[REDACTED] bemærker desuden, at den omtalte HMN-afgørelse under alle omstændigheder ikke kan tillægges betydning i denne sag, idet de faktiske omstændigheder og de retlige forhold er forskellige.

ØRSTEDS SYNSPUNKTER

Ørsted har afgivet bemærkninger til klagen den 17. februar 2021. Ørsted gør overordnet gældende, at Forsyningstilsynet ikke har kompetence til at træffe afgørelse i overensstemmelse med [REDACTED] anmodning, hvorfor klagen derfor i sin helhed må afvises fra realitetsbehandling.

Ørsted anfører til støtte herfor, at der ikke er hjemmel i opstrømsbekendtgørelsens § 6 til at påbyde at ændre tariffen i transportaftaler med tilbagevirkende kraft. Forsyningstilsynets beføjelser som tilsynsmyndighed efter denne bestemmelse er begrænset til aktuelle tariffer og pålæg om ændring heraf for fremtiden. Forsyningstilsynet kan ikke med hjemmel i bestemmelsen udstede påbud vedrørende bagudrettede forhold. Ørsted henviser i den forbindelse til Energiklagenævnets afgørelse af 5. oktober 2016 i HMN-sagen.

Ørsted anfører endvidere, at opstrømsbekendtgørelsens § 7 ligeledes ikke giver Forsyningstilsynet hjemmel til at behandle [REDACTED] klage over tariffen i de indgåede transportaftaler.

Ørsted henviser til praksis fra Forsyningstilsynet, Energiklagenævnet og Vestre Landsret i forhold til § 7, der ifølge Ørsted alene giver Forsyningstilsynet en vis snæver kompetence til efter omstændighederne at behandle en klage over indgåede aftaler, hvilket bl.a. forudsætter, at der var en konkret tvist mellem parterne i forbindelse med aftaleindgåelsen.

I forlængelse heraf anfører Ørsted, at transportaftalerne er indgået uden forbehold for, at den af Ørsted fastsatte tarif eller andre betingelser ikke kunne accepteres.

Ifølge Ørsted blev Addendum 1 således ikke indgået mellem parterne som en direkte konsekvens af en tvist vedrørende fastsættelsen af det korrekte niveau for tarifferne. Addendum 1 er derimod et tillæg til Ørsteds Standardvilkår, der gælder ens for alle transportkunder. Addendum 1 regulerede Ørsteds' midlertidige nedsættelse af den opkrævede del af tariffen, indtil der foreligger en endelig afgørelse. Ifølge Ørsted vil det sige indtil Vestre Landsrets dom forelå i sagen vedrørende prøvelse af Forsyningstilsynet og Energiklagenævnets afgørelser om tariffen i Ørsteds transportaftaler med MEMAS (nu TEMAS) i perioden juli 2011 til oktober 2012.

Der er således ifølge Ørsted ikke tale om, at parterne med Addendum 1 suspenderede alle tvister om tariffer. Der er derimod tale om en klar reguleringsmekanisme, som regulerer den fremtidige opkrævning af tarifferne i henhold til de indgåede rammeaftaler.

I forhold til Suspensionsaftalen af 30. maj 2017 anfører Ørsted, at den alene suspenderer frister for forældelses- og passivitetsindsigelse inter partes, men ikke er udtryk for nogen konkret tvist mellem parterne om tariffens størrelse eller udtryk for, at parterne var enige om at suspendere fastlæggelse af tariffen til et senere tidspunkt. Der blev endvidere ikke i Suspensionsaftalen taget forbehold for indbringelse til Forsyningstilsynet.

Ørsted bemærker ligeledes, at [REDACTED] klage først er indgivet 6 år efter det påståede aftaleretlige forbehold. Det ville således ifølge Ørsted ligge langt uden for den snævre kompetence, som Forsyningstilsynet efter omstændighederne kan have i medfør af § 7 til at behandle klager over allerede indgåede og opfyldte aftaler, hvis Forsyningstilsynet nu ville påbegynde behandlingen heraf. Det ville selvsagt også stride mod almindelige passivitets- og forældelsesretlige grundprincipper, som Ørsted har indrettet sig på.

Ørsted anfører ligeledes, at parternes uenighed om, hvorvidt der foreligger et "aftaleretligt forbehold" er en civilretlig tvist, der må afgøres efter en aftaleretlig og obligationsretlig bedømmelse, og som derfor ikke er omfattet af Forsyningstilsynets kompetence i medfør af opstrømsbekendtgørelsen, jf. også i den retning Energitilsynets (nu Forsyningstilsynet) delafgørelse af 16. januar 2015 i sagen om MEMAS' klage over tariffer og vilkår i opstrømssystemet til Energitilsynets afgørelse af 29. november 2016.

SAGENS PARTER

Forsyningstilsynet har foretaget en vurdering af sagens parter.

Ørsted Salg og Service A/S ejer opstrømsrørledningen Tyra-Nybro, der transporterer gas fra produktionsfeltet Tyra ind til Nybro-gasbehandlingsanlæg.

Danish Offshore Gas Systems A/S er et datterselskab til Ørsted Salg og Service A/S. Selskabet er stiftet i 2012 og overtog den 1. oktober 2014 administrationen af adgangen til transport i opstrømssystemet fra Ørsted Salg og Service A/S. Danish Offshore Gas Systems A/S varetager marketing, salg og håndtering af transportservice, mv.

Forsyningstilsynet anser således [REDACTED] [REDACTED] Ørsted Salg og Service A/S samt Danish Offshore Gas Systems A/S som parter i den konkrete sag.

HØRING

Klagen har været sendt i partshøring hos Ørsted i perioden fra den 2. februar 2021 til og med 16. februar 2021. Ørsted afgav bemærkninger til klagen den 17. februar 2021.

Udkast til afgørelse er sendt i partshøring den 22. juni 2021 med frist til at komme med bemærkninger til den 30. juli 2021. [REDACTED] bemærkninger er inddraget i Forsyningstilsynets begrundelse for afgørelsen.

ØRSTED

Ørsted har den 30. juli 2021 oplyst, at de ikke har bemærkninger til Forsyningstilsynets afgørelsesudkast.

[REDACTED] har den 30. juli 2021 afgivet bemærkninger til Forsyningstilsynets afgørelsesudkast.

[REDACTED] fastholder heri, at Forsyningstilsynet efter opstrømsbekendtgørelsens §§ 6 og 7 har kompetence til at behandle sagen, og er derfor ikke enig i, at sagen skal afvises.

[REDACTED] fastholder således deres tidligere fremsatte bemærkninger.

[REDACTED] fastholder særligt, at Addendum 1 udgør et gyldigt aftaleforbehold, idet tariffen ikke endeligt kunne fastsættes ved aftaleindgåelsen, og tvisten om fastsættelse derfor blev aftalt udskudt. Endvidere vil [REDACTED] særligt fremhæve, at en afvisning af klagen som anført i udkastet vil være i strid med princippet om lighed i sagsbehandlingen og vil medføre, at alle klagesagerne, der i øjeblikket verserer for Forsyningstilsynet, ikke bliver behandlet parallelt, hvilket Forsyningstilsynet ellers har udtrykt i pressemeddelelse af 8. juli 2020 og brev af 17. maj 2021 var intentionen med revurderingerne. Sidstnævnte er i strid med ikke alene det forvaltningsretlige lighedsprincip, men i høj grad også med hele tilsynsrollens formål.



[REDACTED] anfører, at dette må forstås således, at der efter Forsyningstilsynets opfattelse, endnu ikke foreligger en endelig fastsættelse af de tariffer, der skal gælde mellem [REDACTED] og Ørsted. [REDACTED] bemærker i den sammenhæng, at Forsyningstilsynets opfattelse ikke er samstemmende med, at Ørsted allerede anser Vestre Landsrets dom som en "endelig afgørelse", og på den baggrund har opkrævet [REDACTED] betaling i henhold til Ørsteds tidligere anvendte høje tariffer.

Det fremgår af høringssvaret, at [REDACTED] ikke er enig i Forsyningstilsynets opfattelse af, at principperne i HMN-afgørelsen - trods Vestre Landsrets dom - medfører, at Forsyningstilsynets indgrebsbeføjelser alene er fremadrettede, og at Forsyningstilsynet derfor ikke er kompetent i nærværende sag. Idet Vestre Landsret er en højere retsinstans, tilsidesætter Vestre Landsrets dom de principper, der følger af HMN-afgørelsen.

[REDACTED] anfører endvidere, at den fortolkning af gældende ret, som Forsyningstilsynet har lagt op til i udkastet, må antages at være i strid med lovgivers formål. Som anført af Vestre Landsret vil det af tidsmæssige hensyn ofte ikke være en reel mulighed i praksis, at en part indbringer en tvist for Forsyningstilsynet, og opnår en afgørelse fra Forsyningstilsynet forud for indgåelse af en aftale om gastransport.

Dette støtter ifølge [REDACTED] at parter ikke bør blive afskåret fra at indbringe en klage for Forsyningstilsynet, efter der er indgået en aftale. Hvis det var lovgivers intention, at Forsyningstilsynet alene var kompetent til at vurdere sager med fremadrettet virkning, eller i situationer, hvor en ansøger eksplicit har taget et forbehold for rimeligheden af tariffer opkrævet af ejeren, ville det hovedsagligt være ejeren/operatøren, der profiterede på Forsyningstilsynets rolle som tilsyns- og tvistbilæggelsesmyndighed. Dette ville være til væsentlig skade for de øvrige parter, der derved ikke ville være beskyttet. Ejeren/operatøren ville kunne profitere på at opkræve urimelige tariffer (eller ensidigt opjustere efter

aftaleindgåelsen) indtil dennes aftalepart vælger at indbringe sagen for Forsyningstilsynet, hvorefter en ændring af tarifferne alene ville kunne have virkning fremadrettet; med den følge, at ejeren/operatøren i den forudgående periode vil have nydt godt af de (urimelige) opkrævede tariffer.

[REDACTED] anfører endvidere, at denne ulighed kommer særligt til udtryk i en situation som den foreliggende, hvor parterne er blevet enige om, at en eksisterende tvist om endelig fastsættelse af tarifferne udskydes og har nedfældet dette skriftligt i en aftale. Forsyningstilsynets snævre fortolkning medfører, at [REDACTED] ikke selv ville have mulighed for at få prøvet rimeligheden af de højere tariffer af Forsyningstilsynet. En sådan manglende mulighed for at få prøvet tarifferne må i høj grad antages at være i strid med lovgivers formål.

[REDACTED] henviser ligeledes til Forsyningstilsynets fortolkning af Vestre Landrets dom i afgørelsesudkastet. [REDACTED] bestrider, at Forsyningstilsynets opfattelse af dommen er i overensstemmelse med Vestre Landsrets dom.

Det er ifølge [REDACTED] åbenbart, at tilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale, alene har betydning, såfremt tilsynet tillige har kompetence til at ændre tariffer med tilbagevirkende kraft i allerede indgåede aftaler. Særligt i en situation som denne, hvor parterne har aftalt at udskyde spørgsmålet om fastsættelse af den endelige tarif på grund af en tvist på aftaleindgåelsestidspunktet. Det er vanskeligt at se, hvad formålet ellers skulle være med at indbringe allerede indgåede aftaler for tilsynet til vurdering. Ligeledes er det vanskeligt at se, hvordan Forsyningstilsynet i så fald ville kunne udøve effektivt tilsyn og være en reel tvistbilæggelsesmyndighed, hvilket åbenbart har været lovgivers intention ved udformningen af det enkle sprog i opstrømsbekendtgørelsen.

[REDACTED] henviser også til, at der både i HMN-afgørelsen og i udkastet er anført, at Forsyningstilsynets indgrebsbeføjelse kun "som udgangspunkt" antages at være fremadrettet.

[REDACTED] anfører derudover, at klagen er en del af et større sagskompleks med tæt relaterede sager, og at der for at sikre lighed mellem alle klagere bør foreligge stærke saglige grunde for, at [REDACTED] – modsat de øvrige klagere i sagskomplekset – skal afskæres muligheden for at få vurderet de (selvsamme) tariffer, som de øvrige klageberettigede også er blevet pålagt af Ørsted.

Dette ses ifølge [REDACTED] ikke at være tilfældet. Udkastet indeholder ikke klare grunde til, at [REDACTED] ikke på lige fod med de andre klagere skal have mulighed for at få vurderet rimeligheden af de af Ørsted fastsatte tariffer. Det faktum, at parterne åbenlyst har så divergerende holdninger til, hvordan aftaleforholdet skal opfattes i lyset af Vestre Landrets dom og de gældende niveau for tarifferne, taler i høj grad også for, at der bør foreligge stærke saglige grunde for, at Forsyningstilsynet med rette kan afvise [REDACTED] klage.

[REDACTED]



Det bør således ifølge [REDACTED] indgå i Forsyningstilsynets afgørelsesgrundlag, hvad konsekvenserne af en afvisning har for [REDACTED] og for parternes tvist.

RETSGRUNDLAG

GASFORSYNINGSLOVEN

Opstrømsbekendtgørelsen er udstedt i medfør af § 21 i gasforsyningsloven (oprindeligt lov nr. 449 af 31. maj 2000 om naturgasforsyning). Det fremgik af denne bestemmelse, at:

Miljø- og energiministeren fastsætter efter forelæggelse for et af Folketinget nedsat udvalg regler for adgang til opstrømsrørledningsnet, herunder faciliteter, som yder tekniske tjenester i forbindelse med sådan adgang, bortset fra de dele af sådanne net og faciliteter, der benyttes til lokale produktionsaktiviteter ved et felt, hvor gassen produceres.

Den nuværende hjemmel fremgår af § 21 i lovbekendtgørelse nr. 126 af 6. februar 2020 (Bekendtgørelse af lov om naturgasforsyning).³

§ 21. Klima-, energi- og forsyningsministeren fastsætter efter forelæggelse for et af Folketinget nedsat udvalg regler for adgang til opstrømsrørledningsnet og opstrømsanlæg, herunder faciliteter, som yder tekniske tjenester i forbindelse med sådan adgang, bortset fra de dele af sådanne net og faciliteter, der benyttes til lokale produktionsaktiviteter ved et felt, hvor gassen produceres. *Stk. 2.* Klima-, energi- og forsyningsministeren fastsætter regler om bilæggelse af tvister vedrørende adgang til opstrømsrørledningsnet og opstrømsanlæg.

I bemærkningerne til gasforsyningslovens § 21⁴, er blandt andet anført følgende:

”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 der tages hensyn til sikre og regelmæssige forsyninger, kapacitet, der er eller hurtigt kan stilles til rådighed, og beskyttelse af miljøet. [...]”

Klageadgang er fastsat i gasforsyningslovens § 51:

§ 51. Energiklagenævnet behandler klager over afgørelser truffet af klima-, energi- og forsyningsministeren eller af Forsyningstilsynet efter denne lov eller regler udstedt i henhold til loven. Med

³ Pr. 1. juli 2021 blev naturgasforsyningsloven med ændringslov nr. 923 af 18. maj 2021 ændret til gasforsyningsloven. Ændringen har ikke betydning for bestemmelserne i indeværende retsgrundlag.

⁴ De specielle bemærkninger til § 21 i lov nr. 449 af 31. maj 2000.

de indskrænkninger, der følger af Europa-Kommissionens beføjelser, behandler Energiklagenævnet klager over afgørelser truffet af klima-, energi- og forsyningsministeren eller Forsyningstilsynet efter Europa-Parlamentets og Rådets forordning om betingelserne for adgang til naturgas-transmissionsnet. Energiklagenævnet behandler ligeledes klager over afgørelser truffet af Forsyningstilsynet efter Europa-Parlamentets og Rådets forordning om integritet og gennemsigtighed på engrosenergimarkedene.

Stk. 2. Klima-, energi- og forsyningsministerens og Forsyningstilsynets afgørelser efter loven eller regler fastsat i medfør af loven kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed end Energiklagenævnet. Afgørelserne kan ikke indbringes for domstolene, før den endelige administrative afgørelse foreligger.

føre til en generel fremadrettet indgriben fra Forsyningstilsynets side, samt at klager vedrørende rent offentligretlige tvister undergives behandling i Forsyningstilsynet uden unødigt forsinkelse.”⁵

OPSTRØMSBEKENDTGØRELSEN

Bekendtgørelse nr. 1090 af 6. december 2000 om adgang til opstrømsrørledningsnet trådte i kraft den 1. januar 2001. Bekendtgørelsen er efterfølgende blevet opdateret og genudstedt to gange.

Først ved bekendtgørelse nr. 920 af 25. juni 2018 om adgang til opstrømsrørledningsnet og til opstrømssystemer. Bekendtgørelse fra 2018 indeholder kun mindre ændringer i forhold til den tidligere bekendtgørelse. Ændringerne består primært i, at det nu er præciseret, at bekendtgørelsen ikke alene finder anvendelse på opstrømsrørledningsnet, men også på opstrømssystemer. Der er ikke sket nogen ændringer af bekendtgørelsen i forhold til Forsyningstilsynets kompetence. Bekendtgørelsen trådte i kraft den 1. juli 2018.

Den seneste ændring er foretaget ved bekendtgørelse nr. 1410 af 16. december 2019 om adgang til opstrømsrørledningsnet og til opstrømsanlæg. Ændringen består hovedsageligt af, at Energitilsynet erstattes med Forsyningstilsynet. Der er ikke sket nogen ændringer af bekendtgørelsen i forhold til Forsyningstilsynets kompetence, hvorfor referencerne til disse bestemmelser forbliver de samme i alle bekendtgørelserne. Bekendtgørelsen trådte i kraft 1. januar 2020.

Det er tidspunktet for indgåelsen af transportaftalen, der afgør, hvilken af bekendtgørelsen, som klagen skal afgøres efter. I det omfang behandling af klagerne vedrører perioden forud for 2018 bekendtgørelsens ikrafttræden den 1. juli 2018, så vil klagerne skulle behandles efter bekendtgørelsen fra 2000. I den konkrete klage er begge transportaftaler indgået før den 1. juli 2018.

Reglerne om adgang til Opstrømssystemet fremgår af opstrømsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1410 af 16. december 2019 om adgang til opstrømsrørledningsnet og til opstrømsanlæg)

Følgende fremgår bl.a. af bekendtgørelsen:

Bekendtgørelsens § 5 vedrører fastsættelsen af priser og betingelser:

⁵ Forslag nr. 164 af 28. februar 2018 til lov om Forsyningstilsynet, de specielle bemærkninger til § 3. Den overflyttede bestemmelse, som forarbejderne refererer til, er den tidligere elforsyningslovs § 78, stk. 1, 2. pkt., hvorefter Energitilsynet ikke behandlede klager vedrørende civile tvister, jf. herved bekendtgørelse nr. 114 af 9. februar 2018 af lov om elforsyning, § 78, stk. 1, 2. pkt. Det private ankenævn, som forarbejderne nævner, er Ankenævnet på Energiområdet.

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

Forsyningstilsynets kompetence følger af §§ 6 og 7:

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

Stk. 2. Forsyningstilsynet 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 Forsyningstilsynet, som tilsynet skønner nødvendig til varetagelse af de opgaver, det er pålagt i henhold til denne bekendtgørelse.

§ 7. Forsyningstilsynet behandler tvister opstået i forbindelse med ansøgninger om adgang til opstrømsrørledningsnet eller til opstrømsanlæg.

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 eller for transport og behandling i opstrømsanlæg, kan en part indbringe sagen for Forsyningstilsynet til mægling eller til afgørelse.

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

1) at forhandlinger om adgang ikke sker i henhold til § 3,

2) at der ikke gives adgang til et opstrømsrørledningsnet eller opstrømsanlæg i henhold til § 3 eller 3) priser og betingelser for en ansøgt adgang til et opstrømsrørledningsnet eller et opstrømsanlæg.

Stk. 4. Forsyningstilsynet 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. Forsyningstilsynet skal lægge vægt på markedets praksis for aftaler af tilsvarende varighed og omfang.

Stk. 6. For at sikre en ensartet og konsistent anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF med senere ændringer, skal Forsyningstilsynet ved grænseoverskridende tvister om adgang til opstrømsrørledningsnet, der henhører under mere end et EU-medlemsland, høre Klima-, Energi-, Forsyningsministeriet herom med henblik på overholdelse af direktivets art. 34, stk. 4.

Klageadgang

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

Stk. 2. Påbud og andre afgørelser efter denne bekendtgørelse truffet af Forsyningstilsynet og Energiklagenævnet kan ikke indbringes for energi-, forsynings- og klimaministeren.

GASDIREKTIVET⁶

Gasdirektivets artikel 34 vedrører adgang til opstrømsrørledningsnet (uddrag):

1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at naturgasvirksomheder og privilegerede kunder, uanset hvor de er placeret, kan få adgang til opstrømsrørledningsnet, herunder faciliteter, som yder tekniske tjenester i forbindelse med sådan adgang, i overensstemmelse med denne artikel, bortset fra de dele af sådanne net og faciliteter, der benyttes til lokale

⁶ Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF. Det direktiv, der nu er i kraft, er det 3. i rækken af liberaliseringsdirektiver på gasmarkedet. Det første direktiv – 98/30 af 22. juni 1998 – indeholdt dog præcis samme bestemmelser om adgang til opstrømsledninger som dette 3. direktiv.

produktionsaktiviteter ved et felt, hvor gassen produceres. Kommissionen underrettes om foranstaltningerne i overensstemmelse med artikel 54.

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.”

LIGHEDSPRINCIPPET

Det forvaltningsretlige lighedsprincip er bebehandlet indgående i den juridiske litteratur. En almen forståelse af begrebet er anført på side 253 i Forvaltningsret Almindelige emner, 5. udgave fra 2009, hvoraf det fremgår, det forvaltningsretlige lighedsprincip indebærer, at væsentligt lige forhold skal behandles lige i retlig henseende.

PRAKSIS

Vestre Landsret

Vestre Landsret ophævede ved dom⁷ af 16. april 2020 Forsyningstilsynets afgørelse af 30. oktober 2012, som stadfæstet ved Energiklagenævnets afgørelse af 7. oktober 2013, og Forsyningstilsynets afgørelse af 28. januar 2014, som stadfæstet ved Energiklagenævnets afgørelse af 19. juni 2014 angående tariffen for transport af gas i rørledningen Tyra-Nybro i perioden juli 2011 til oktober 2012. Afgørelserne udsprang af en tvist mellem TEMAS og Ørsted om tariffens størrelse.

Af Vestre Landsrets begrundelse og resultat fremgår det, at:

”Efter opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, behandler Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) tvister opstået i forbindelse med ansøgninger om adgang til opstrømsrørledningsnet eller opstrømsanlæg. Det fremgår videre af § 7, stk. 3, nr. 3, at en ansøger kan klage over priser og betingelser for en ansøgt adgang til opstrømssystemet. Energitilsynet er således et tvistbehandlingsorgan, såfremt parterne ikke kan opnå enighed om vilkårene for adgangen.

Energitilsynets afgørelser af 30. oktober 2012 og 28. januar 2014, som blev stadfæstet ved Energiklagenævnets afgørelser af 7. oktober 2013 og 19. juni 2014, vedrører i alt 16 transportaftaler, som er indgået mellem Ørsted og MEMAS i perioden fra juli 2011 til og med oktober 2012. Transportaftalerne er indgået på de standardvilkår, som Ørsted udbød, og med en tarif svarende til den offentliggjorte indikative tarif. Efter fremlæggelsen af mails af 29. juni 2011 og 30. oktober 2012 fra Thyge Bened Jensen fra MEMAS til Peter Schroll Christiansen fra Ørsted og deres forklaring om uenigheden om tariffen i forbindelse med aftaleindgåelserne, finder landsretten, at klagerne - uanset, at aftalerne blev indgået og gennemført på de udbudte vilkår - derfor angik en konkret tvist mellem parterne om tariffen.

⁷ Sag BS-117/2014-VLR (5. afdeling).

Bestemmelserne i bekendtgørelsens § 7, stk. 2, om, at en sag kan indbringes for tilsynet, hvis forhandlinger om adgang, jf. § 3, ikke fører til en aftale inden for en frist, som må anses for at være rimelig og sædvanlig, og § 7, stk. 4, om at tilsynet efter forhandling med de berørte parter kan give pålæg om, hvordan forhandlinger skal tilrettelægges, eller at adgang skal gives og fastsætte priser og betingelser for denne adgang, må anses for særregler, som ikke udelukker tilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale. Dette støttes af, at Energitilsynet efter bekendtgørelsens § 6 fører tilsyn med, at priserne for adgangen er rimelige og har mulighed for at påbyde prisændringer. Det støttes endvidere af, at en indbringelse og afgørelse forud for indgåelse af en aftale om gastransport af tidsmæssige hensyn ofte ikke vil være en reel mulighed, hvorved formålet om sikring af tredjepartsadgang ikke effektivt opfyldes.

Landsretten finder herefter, at Energitilsynet i medfør af bekendtgørelsens § 7, stk. 1, har kompetence til at træffe afgørelse i tvisten mellem parterne.”

HMN-sagen

I Energitilsynets (nu Forsyningstilsynets) afgørelse af 25. januar 2016⁸ afviste Energitilsynet at behandle en klage fra HMN over DONGs tarif for transport i Opstrømssystemet Tyra-Nybro. Energitilsynets afgørelse blev påklaget til Energiklagenævnet (ENK), som i sin afgørelse af 5. oktober 2016⁹ stadfæstede afgørelsen. ENK tilsluttede sig Energitilsynets betragtninger i den påklagede afgørelse.

Afgørelsen tager udgangspunkt i opstrømsbekendtgørelsens § 7, der tillægger Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet), kompetence til at tage stilling i tvister, som måtte opstå i forbindelse med forhandlinger om tredjepartadgang.

Det er således en forudsætning for Energitilsynets (nu Forsyningstilsynet) kompetence til at meddele ejeren eller operatøren et påbud i medfør af bekendtgørelsens § 7, stk. 4, at der foreligger en tvist om adgangsvilkårene, som ikke har kunnet løses ved en forhandling mellem parterne.

I den konkrete sag vurderede ENK, at HMN i forbindelse med indgåelsen af transportaftalerne ikke havde taget et forbehold for, at den tarif som DONG havde fastsat, ikke kunne accepteres. HMN havde således ikke tilkendegivet over for DONG, at selskabet var uenig med DONG om prisfastsættelsen i aftalerne.

På den baggrund vurderede ENK, at der ikke forelå en tvist mellem HMN og DONG om tariffen i forbindelse med indgåelsen af transportaftalerne. Det var således ENKs vurdering, at Energitilsynet ikke havde kompetence til at behandle klager over tariffen i aftaler, som er indgået i enighed mellem parterne med udgangspunkt i opstrømsbekendtgørelsens § 7.

⁸ Sagsnr. 15/05457.

⁹ J.nr. 1031-16-1-40.

I den konkrete afgørelse blev det ligeledes vurderet, om Energitilsynet havde kompetence til at gå ind i sagen i medfør af bekendtgørelsens § 6, stk. 2. Det følger af bestemmelsen, at Energitilsynet har en generel tilsynsbeføjelse og mulighed for at påbyde, at priser og betingelser for adgang til opstrømsrørledningen ændres.

Det er ENK's vurdering, at bestemmelsen i § 6, stk. 2, efter sin ordlyd må fortolkes sådan, at den ændring, som Energitilsynet kan pålægge ejeren alene har virkning for fremtiden. En afgørelse med tilbagevirkende kraft vil have karakter af en bebyrdende forvaltningsakt, som bestemmelsen efter sekretariatets opfattelse ikke indeholder den fornødne hjemmel til.

ENK bemærkede i forlængelse heraf, at tilsynskompetencen i § 6, stk. 1, retter sig mod de aktuelle tariffer. Dette har en naturlig sammenhæng med, at påbudshjemlen i § 6, stk. 2, som nævnt giver Energitilsynet hjemmel til at pålægge ejer eller operatør at bringe et urimeligt forhold til ophør med virkning for fremtiden. Tilsynskompetencen i opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, indebærer derfor hverken en ret eller en pligt for Energitilsynet til at tage stilling til rimeligheden af priser og vilkår, som ikke længere er gældende.

Endelig fandt ENK for så vidt angår diskriminationsproblematikken i opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 2, at det er en forudsætning for, at ejeren kan anses for at diskriminere mellem ansøgere, at denne behandler ens tilfælde forskelligt ved fastsættelsen af vilkårene for adgang.

I en situation som den foreliggende, hvor alle adgangssøgende er blevet tilbudt samme vilkår, og hvor ejeren er i en uafsluttet tvist med en transportkunde, er der ikke grundlag for at fastslå, at der er diskrimineret ved fastsættelsen af priserne.

Civilretlig tvist

I Energitilsynets afgørelse af 16. januar 2015¹⁰ afviste Forsyningstilsynet at behandle en klage i medfør af opstrømsbekendtgørelsen vedrørende et vilkår i DONG's standardbetingelser for transport af gas. Klagen vedrørte uenighed om, hvorvidt standardbetingelserne indeholdte en reguleringen af forretningen af en eventuel tilbagebetaling som følge af MEMAS tarifklage.

I den konkrete sag vurderede Energitilsynet, at uenigheden om fortolkningen af den indgåede transportaftale var en civilretlig tvist, som ikke er omfattet af Energitilsynets tvistløsningskompetence efter opstrømsbekendtgørelsen. Energitilsynet henviste i den forbindelse til den dagældende bestemmelse i elforsyningslovens § 78, stk. 1, hvorefter Energitilsynet ikke behandler civilretlige tvister. Energitilsynet henviste ligeledes til bemærkningerne til bestemmelsen, hvoraf det fremgår, at Energitilsynets kompetence relaterer sig til sondringen mellem civilretlige og offentligretlige tvister.

Energitilsynet anfører endvidere i afgørelsen, at Energitilsynets kompetence relaterer sig til tvister om adgang til opstrømsrørledninger, jf. § 7 i opstrømsbekendtgørelsen. Reglerne om Forsyningstilsynets kompetence efter opstrømsbekendtgørelsen må for-

¹⁰ Sagsnummer 14/12677

tolkes under hensyn til formålet med tvistbilæggelsesfunktionen, som ifølge gasdirektivets artikel 34 og forarbejderne til naturgasforsyningslovens § 21, stk. 1, er at sikre adgang til en uafhængig myndighed for løsning af tvister, der vedrører selve adgangen til opstrømsrørledningsnet.

FORSYNINGSTILSYNETS BEGRUNDELSE FOR AFGØRELSEN

Denne sag drejer sig om Forsyningstilsynets kompetence til at behandle [REDACTED] klage af den 14. december 2020 over de tariffer, som Ørsted har opkrævet for transport af naturgas i opstrømsrørledningen Tyra-Nybro. Klagen vedrører perioderne fra den 1. april 2014 til og med d. 30. september 2014 og 1. oktober 2014 til og med d. 31. maj 2020.

Forsyningstilsynet skal vurdere klagen iht. §§ 6 og 7, i bekendtgørelse nr. 1090 af 6. december 2000 om adgang til opstrømsrørledningsnet (herefter bekendtgørelsen), idet begge rammeaftaler er indgået forud for genudstedelsen af bekendtgørelsen i henholdsvis 2018 og 2019.

Forsyningstilsynet bemærker indledningsvist, at Ørsted i sit høringssvar af 17. februar 2021 anfører, at parternes uenighed om, hvorvidt der foreligger et "aftaleretligt forbehold", er en civilretlig tvist, der må afgøres efter en aftaleretlig og obligationsretlig bedømmelse, og som derfor ikke er omfattet af Forsyningstilsynets kompetence i medfør af opstrømsbekendtgørelsen, jf. også i den retning Energitilsynets (nu Forsyningstilsynet) delafgørelse af 16. januar 2015 i sagen om MEMAS' klage over tariffer og vilkår i opstrømssystemet til Energitilsynets afgørelse af 29. november 2016.

Hertil bemærker Forsyningstilsynet, at den konkrete sag¹¹ vedrørte uenighed om forretningen af et tilbagebetalingskrav, der efter en konkret vurdering ikke ansås for at være en tvist af sådan en karakter, som Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) havde kompetence til at behandle i medfør af reglerne i opstrømsbekendtgørelsen.

Reglerne om Forsyningstilsynets kompetence efter opstrømsbekendtgørelsen må fortolkes under hensyn til formålet med tvistbilæggelsesfunktionen, som ifølge gasdirektivets artikel 34 og forarbejderne til naturgasforsyningslovens § 21, stk. 1, er at sikre adgang til en uafhængig myndighed for løsning af tvister, der vedrører selve adgangen til opstrømsrørledningsnet. Afgørelsen berørte således ikke Forsyningstilsynets generelle kompetence til at vurdere, hvorvidt der er en tvist om adgang til Opstrømssystemet, såsom det er tilfældet i den konkrete sag mellem Ørsted og [REDACTED]

Udgangspunktet er, at der er forhandlet tredjepartsadgang til Opstrømssystemet, jf. § 5, stk. 1, i bekendtgørelsen. I medfør af § 7, stk. 1, i bekendtgørelsen, har Forsyningstilsynet kompetence til at tage stilling i tvister, som måtte opstå i forbindelse med forhandlinger om tredjepartsadgang.

Det er således en forudsætning for Forsyningstilsynets kompetence til at meddele ejeren eller operatøren et påbud i medfør af bekendtgørelsens § 7, stk. 4, at der foreligger en

¹¹ Energitilsynets afgørelse i sag nr. 14/12677.

tvist om adgangsvilkårene, som ikke har kunnet løses ved en forhandling mellem parterne.

I forlængelse heraf bemærker Forsyningstilsynet, at bestemmelserne i bekendtgørelsens § 7, stk. 2, om, at en sag kan indbringes for Forsyningstilsynet, hvis forhandlinger om adgang, jf. § 3, ikke fører til en aftale inden for en frist, som må anses for at være rimelig og sædvanlig, og § 7, stk. 4, om at Forsyningstilsynet efter forhandling med de berørte parter kan give pålæg om, hvordan forhandlinger skal tilrettelægges, eller at adgang skal gives og fastsætte priser og betingelser for denne adgang, må anses for særregler, som ikke udelukker Forsyningstilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale, jf. Vestre Landsrets dom af 16. april 2020 i sag BS-117/2014-VLR, side 203.

Det forhold at parterne indgik Rammeaftalerne af henholdsvis den 25. marts 2014 og 29. februar 2016 og påbegyndte transport af naturgas udelukker således ikke, at Forsyningstilsynet kan have kompetence til at behandle klagen. Det støttes endvidere af, at en indbringelse og afgørelse forud for indgåelse af en aftale om gastransport af tidsmæssige hensyn ofte ikke vil være en reel mulighed, hvorved formålet om sikring af tredjepartsadgang ikke effektivt opfyldes, jf. Vestre Landsrets dom af 16. april 2020 i sag BS-117/2014-VLR.

OPSTRØMSBEKENDTGØRELSENS § 7

Forsyningstilsynet skal i forlængelse heraf foretage en vurdering af, hvorvidt der i forbindelse med forhandlingen om tredjepartsadgang er opstået en tvist, som ikke er blevet løst via forhandling mellem parterne, jf. bekendtgørelsens § 7, stk. 1.

Der er efter Forsyningstilsynets vurdering ikke holdepunkter for, at der forud for Rammeaftalernes indgåelse henholdsvis den 25. marts 2014 og 29. februar 2016 er taget et forbehold for, at den tarif som Ørsted havde fastsat, ikke kunne accepteres af [REDACTED] Mailkorrespondancen mellem Ørsted og [REDACTED] forud for Rammeaftalens indgåelse den 25. marts 2014 ændrer ikke herpå. Der er efter Forsyningstilsynets vurdering ikke noget i de pågældende e-mails, der dokumenterer, at der er taget et forbehold for rimeligheden af tarifferne opkrævet af Ørsted.

Det er således Rammeaftalerne, Standardvilkårene og Suspensionsaftalen, der skal danne grundlag for vurderingen af, hvorvidt der er en tvist mellem parterne om tariffen.

[REDACTED] anfører i klagen af 14. december 2020, at Addendum 1 til Standardvilkårene blev indgået som en direkte konsekvens af uenighed og usikkerhed omkring fastsættelsen af det korrekte niveau for tarifferne. Ifølge [REDACTED] suspendede parterne med Addendum 1 således alle tvister vedrørende tarifferne og foretog en regulering af tarifferne frem til Vestre Landsret dom, for på grundlag heraf at kunne fastslå det korrekte juridiske grundlag for beregning af niveauet for tarifferne.

[REDACTED] anfører endvidere i klagen, at parterne som led i aftalen om suspension af tvister om tariffer den 30. maj 2017 indgik en aftale om suspension af både lov- og aftalebestedte forældelsesfrister.

Parternes aftale i Addendum 1 og i Suspensionsaftalen kan således ifølge [REDACTED] direkte sidestilles med et aftaleretligt forbehold om, at [REDACTED] ikke accepterede Ørsteds tariffer som bestemmende for niveauet for tarifferne.

Ifølge Ørsted blev Addendum 1 ikke indgået mellem parterne som en direkte konsekvens af en tvist vedrørende fastsættelsen af det korrekte niveau for tarifferne. Addendum 1 er derimod et tillæg til Ørsteds standardvilkår, der gælder ens for alle transportkunder. Addendum 1 regulerer Ørsteds' midlertidige nedsættelse af den opkrævede del af tariffen, indtil Vestre Landsrets dom forelå i sagen vedrørende prøvelse af Forsyningsstyrelsens og Energiklagenævnets afgørelser om tariffen i Ørsteds transportaftaler med MEMAS (nu TEMAS) i perioden juli 2011 til oktober 2012.

Der er således ifølge Ørsted ikke tale om, at parterne med Addendum 1 suspenderede alle tvister om tariffer. Der er derimod tale om en klar reguleringsmekanisme, som regulerer den fremtidige opkrævning af tarifferne i henhold til de indgåede rammeaftaler.

I forhold til Suspensionsaftalen af 30. maj 2017 anfører Ørsted, at den alene suspenderer frister for forældelses- og passivitetsindsigelser inter partes, men ikke er udtryk for nogen konkret tvist mellem parterne om tariffens størrelse eller udtryk for, at parterne var enige om at suspendere fastlæggelse af tariffen til et senere tidspunkt.

Det er Forsyningsstyrelsens vurdering, at Rammeaftalens punkt 8 og Addendum 1 til standardbetingelserne om "*midlertidigt regulerede tariffer og supplerende betalingsforpligtelser*", ikke kan anses for at udgøre en tvist mellem parterne om tariffen.

Forsyningsstyrelsen lægger for det første vægt på, at det klart og tydeligt fremgår af Rammeaftalens punkt 8, at den midlertidige regulering af tarifferne og betalingsforpligtelserne i standardbetingelserne har ophæng i Forsyningsstyrelsens og Energiklagenævnets afgørelser fra 2012, 2013 og 2014 i aftaleforholdet mellem Ørsted og MEMAS (nu TEMAS), hvor tariffen for transport af naturgas i Opstrømssystemet blev nedsat i perioden 1. juni 2011 til og med oktober 2012.

Der er således ikke noget i baggrunden for indførelsen af Addendum 1, der indikerer, at den udgør et aftaleretligt forbehold for tariffen i aftaleforholdet mellem Ørsted og [REDACTED]. Forsyningsstyrelsen bemærker i den forbindelse, at det direkte fremgår af Rammeaftalens punkt 8, at Ørsted ikke er enig i afgørelserne fra Forsyningsstyrelsen og Energiklagenævnet, og derfor overvejer at prøve sagerne ved domstolene. Dette har ikke umiddelbart givet anledning til nogen bemærkninger fra [REDACTED].

Forsyningsstyrelsen lægger endvidere vægt på, at selve Addendum 1 er udformet som en aftalebaseret reguleringsmekanisme, der regulerer opkrævningen af tariffer i de indgåede rammeaftaler. Med artikel 10.5 og 10.6 i Addendum 1 aftales det således midlertidigt at regulere tarifferne og betalingsforpligtelserne. Artikel 10.5 indebærer således, at forpligtelsen til at betale den gældende kapacitetstarif, volumentarif og hour-ahead tarif vil blive reduceret, så den korresponderer med tarifferne i Forsyningsstyrelsens afgørelse af 28. januar 2014. Artikel 10.6 indebærer, at transportkunden og operatøren anerkender, at grundlaget for beregningen af tarifferne er midlertidigt. Den endelige opgørelse af

tarifferne afventer således en endelig afgørelse enten i form af en dom eller et udenretsligt forlig i sagen om tariffen i Ørstedes transportaftaler med MEMAS (nu TEMAS) i perioden juli 2011 til oktober 2012.

Det er Forsyningstilsynets opfattelse, at denne reguleringsmekanisme ikke kan sidestilles med et aftaleretligt forbehold for tariffen i de indgåede transportaftaler. Addendum 1 fastsætter alene en metode for at regulere tarifferne i en midlertidig periode, der er knyttet op på udfaldet af tariffen i Ørstedes transportaftaler med MEMAS (nu TEMAS) i perioden juli 2011 til oktober 2012. Addendum 1 dokumenterer således ikke en selvstændig tvist mellem Ørsted og [REDACTED] om tariffen i de indgåede rammeaftaler.

Forsyningstilsynet bemærker ligeledes, at [REDACTED] i klagen anfører, at Standardvilkårene er ensidigt formuleret af Ørsted og opdateres ensidigt af Ørsted med jævne mellemrum. [REDACTED] har således ikke søgt indvirkning på udarbejdelsen af Addendum 1, hvilket efter Forsyningstilsynets opfattelse bestyrker, at Addendum 1 ikke dokumenterer en tvist mellem parterne. Dette bekræftes ligeledes af den e-mail korrespondance, der gik forud for indgåelsen af Rammeaftalen den 25. marts 2014.

Endelig bemærker Forsyningstilsynet, at indgåelsen af Rammeaftalerne ikke på relevant vis blev fulgt op af en klage fra [REDACTED] Rammeaftalerne indgået henholdsvis den 25. marts 2014 og 29. februar 2016 blev således først fulgt op af en klage til Forsyningstilsynet den 14. december 2020 vedrørende perioderne fra den 1. april 2014 til og med den 30. september 2014 og 1. oktober 2014 til og med den 31. maj 2020. Det indikerer efter Forsyningstilsynets opfattelse, at der ikke bestod en selvstændig tvist om tariffen mellem Ørsted og [REDACTED]

Det er ligeledes Forsyningstilsynets vurdering, at Suspensionsaftalen af 30. maj 2017 mellem parterne ikke kan anses for at udgøre en tvist mellem parterne om tariffen. Forsyningstilsynet lægger vægt på, at Suspensionsaftalen alene suspenderer frister for forældelses- og passivitetsindsigelser i aftaleforholdet mellem parterne. Aftalen er således ikke udtryk for en tvist om tariffen, men skyldes derimod at grundlaget for de regulerede tariffer er midlertidigt. Suspensionsaftalen konstituerer således ikke et aftaleretligt forbehold i aftaleforholdet mellem Ørsted og [REDACTED]

[REDACTED] fastholder i deres partshøringsvar af 30. juli 2021, at Addendum 1 udgør et gyldigt aftaleforbehold, idet tariffen ikke endeligt kunne fastsættes ved aftaleindgåelsen, og tvisten om fastsættelse derfor blev aftalt udskudt. [REDACTED] anfører endvidere, at en afvisning af klagen som anført i udkastet vil være i strid med princippet om lighed i sagsbehandlingen og vil medføre, at alle klagesagerne, der i øjeblikket verserer for Forsyningstilsynet, ikke bliver behandlet parallelt, hvilket Forsyningstilsynet ellers har udtrykt i pressemeddelelse af 8. juli 2020 og brev af 17. maj 2021 var intentionen med revurderingerne. Sidstnævnte er i strid med ikke alene det forvaltningsretlige lighedsprincip, men i høj grad også med hele tilsynsrollens formål.

[REDACTED] anfører derudover, at idet klagen er en del af et større sagskompleks med tæt relaterede sager, er det åbenbart, at der for at sikre lighed mellem alle klagere bør foreligge stærke saglige grunde for, at [REDACTED] modsat de øvrige klagere i sagskomplekset, skal afskæres muligheden for at få vurderet de tariffer, som de øvrige klageberettigede også er blevet pålagt af Ørsted.

Hertil bemærker Forsyningstilsynet, at det forvaltningsretlige lighedsprincip indebærer, at væsentligt lige forhold skal behandles lige i retlig henseende.¹² Som Forsyningstilsynet har redegjort for ovenfor, er det Forsyningstilsynets vurdering, at der i modsætning til de øvrige sager i sagskomplekset¹³ ikke består en tvist om tariffen mellem [REDACTED] og Ørsted. Der er som følge heraf ikke sådanne væsentligt lige forhold, der tilsiger, at sagerne skal behandles lige i retlig henseende.

[REDACTED] anfører ligeledes i partshøringen, at Forsyningstilsynet henholder sig til, at en endelig fastsættelse af niveauet af tariffene mellem parterne "afventer" en endelig afgørelse i TEMAS-sagerne, som Forsyningstilsynet i øjeblikket er ved at revurdere som en del af et større sagskompleks. Ifølge [REDACTED] må dette forstås således, at der efter Forsyningstilsynets opfattelse, endnu ikke foreligger en endelig fastsættelse af de tariffere, der skal gælde mellem [REDACTED] og Ørsted.

Hertil bemærker Forsyningstilsynet, at Forsyningstilsynet i en halv på tilsynets hjemmeside af 8. juli 2020 har oplyst, at Forsyningstilsynet vil foretage en fornyet vurdering af tariffene for 2011-12. Forsyningstilsynet forventer at træffe afgørelse herom i 2. halvår 2022. Denne fornyede vurdering vil således få betydning for, hvad der udgør et rimeligt tarifniveau fra dette tidspunkt og fremefter.

Samlet er det således Forsyningstilsynets vurdering, at der ikke består en tvist om tariffen mellem [REDACTED] og Ørsted, jf. bekendtgørelsens § 7, stk. 1.

OPSTRØMSBEKENDTGØRELSENS § 6

[REDACTED] anfører ligeledes i klagen, at de af Ørsted fastsatte tariffere er urimelige jf. opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1. [REDACTED] bestrider således, at opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1, ikke giver Forsyningstilsynet hjemmel til at påbyde nedsættelse af tariffere med tilbagevirkende kraft.

Til støtte herfor henviser [REDACTED] til følgende præmis i Vestre Landsret dom af 16. april 2020 i sag BS-117/2014-VLR: "Bestemmelserne i bekendtgørelsens § 7, stk. 2, om, at en sag kan indbringes for tilsynet, hvis forhandlinger om adgang, jf. § 3, ikke fører til en aftale inden for en frist, som må anses for at være rimelig og sædvanlig, og § 7, stk. 4, om at tilsynet efter forhandling med de berørte parter kan give pålæg om, hvordan forhandlinger skal tilrettelægges, eller at adgang skal gives og fastsætte priser og betingelser for denne adgang, må anses for særregler, som ikke udelukker tilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale. Dette støttes af, at Energitilsynet efter bekendtgørelsens § 6 fører tilsyn med, at priserne for adgangen er rimelige og har mulighed for at påbyde prisændringer. Det støttes endvidere af, at en indbringelse og afgørelse forud for indgåelse af en aftale om gastransport af tidsmæssige hensyn ofte ikke vil være en reel mulighed, hvorved formålet om sikring af tredjepartsadgang ikke effektivt opfyldes."

¹² Side 253 i Forvaltningsret Almindelige emner, 5. udgave 2009.

¹³ Sagsnummer 18/13001, 18/10978, 20/08407, 20/07059.

Hertil bemærker Forsyningstilsynet, at det er Forsyningstilsynets opfattelse, at ovenstående præmis relaterer sig til, hvorvidt Forsyningstilsynet i henhold til opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 1, har kompetence til at vurdere tariffen i allerede indgåede aftaler.

Vestre Landsret angiver i forhold hertil, at bestemmelserne i opstrømsbekendtgørelsens § 7, stk. 2 og 3, må anses for særregler, som ikke udelukker tilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale. I forlængelse heraf anfører Vestre Landsret, at dette ligeledes støttes af opstrømsbekendtgørelsens § 6.

Det er Forsyningstilsynets opfattelse, at henvisningen til § 6 i opstrømsbekendtgørelsen alene relaterer sig til, om Forsyningstilsynet har mulighed for at vurdere tariffen i allerede indgåede aftaler. Der er således ikke tale om, at Forsyningstilsynet får mulighed for med udgangspunkt i opstrømsbekendtgørelsens § 6 at ændre i tariffen med tilbagevirkende kraft i allerede indgåede aftaler. En afgørelse med tilbagevirkende kraft vil have karakter af en bebyrdende forvaltningsakt, som kræver en klar lovhjemmel. Denne tilstrækkelige lovhjemmel er ikke tilstede i opstrømsbekendtgørelsens § 6.

I forhold til rækkevidden af opstrømsbekendtgørelsens § 6, er det derfor Forsyningstilsynets vurdering, at det fortsat er Energitilsynets afgørelse i HMN-afgørelsen af 25. januar 2016¹⁴, der er stadfæstet af Energiklagenævnet i afgørelse af den 5. oktober 2016¹⁵, der er relevant i den konkrete sag.

Energiklagenævnet anfører i afgørelsen, at for så vidt angår Energitilsynets (nu Forsyningstilsynets) indgrebsbeføjelse som tilsynsmyndighed, antages dette som udgangspunkt at være fremadrettet. Hvorvidt tilsynskompetencen i opstrømsbekendtgørelsens § 6, stk. 1 skal fortolkes til at omfatte historiske og således ikke aktuelle tariffer, er det Energiklagenævnets opfattelse, at bestemmelsen alene retter sig mod aktuelle tariffer.

Energiklagenævnet anfører endvidere, at et pålæg om tilbagebetaling vil være en bebyrdende forvaltningsakt, som forudsætter et klart lovgrundlag. Det følger tillige af almindelig forvaltningsret, at bebyrdende forvaltningsakter kræver udtrykkelig lovhjemmel. Der er ikke en sådan hjemmel i opstrømsbekendtgørelsen, hvorfor Energiklagenævnet ikke finder, at der er hjemmel til at træffe afgørelse om tilbagebetaling. Dette er i øvrigt også i overensstemmelse med den fortolkning, som Kammeradvokaten anlægger i det notat af 27. september 2002, som HMN også henviser til i sit høringssvar.

[REDACTED] anfører i partshøringssvaret af 30. juli 2021, at Vestre Landsrets dom tilside-sætter de principper, der følger af HMN-afgørelsen. [REDACTED] bestrider således, at Forsyningstilsynets opfattelse af dommen er i overensstemmelse med Vestre Landsrets dom.

[REDACTED] anfører i forhold hertil, at det er åbenbart, at tilsynets kompetence i tilfælde, hvor der er indgået en aftale, alene har betydning, såfremt tilsynet tillige har kompetence til at ændre tariffer med tilbagevirkende kraft i allerede indgåede aftaler. Særligt i en

¹⁴ Sagsnr. 15/05457.

¹⁵ J.nr. 1031-16-1-40.

situation som denne, hvor parterne har aftalt at udskyde spørgsmålet om fastsættelse af den endelige tarif på grund af en tvist på aftaleindgåelsestidspunktet.

Det er ifølge [REDACTED] vanskeligt at se, hvad formålet ellers skulle være med at indbringe allerede indgåede aftaler for tilsynet til vurdering. Ligeledes er det vanskeligt at se, hvordan Forsyningstilsynet i så fald ville kunne udøve effektivt tilsyn og være en reel tvistbilæggelsesmyndighed, hvilket åbenbart har været lovgivers intention ved udformningen af det enkle sprog i opstrømsbekendtgørelsen.

[REDACTED] anfører endvidere i partshøringssvaret, at Forsyningstilsynets fortolkning af gældende ret må antages at være i strid med lovgivers formål. Som anført af Vestre Landsret vil det af tidsmæssige hensyn ofte ikke være en reel mulighed i praksis, at en part indbringer en tvist for Forsyningstilsynet og opnår en afgørelse fra Forsyningstilsynet forud for indgåelse af en aftale om gastransport.

[REDACTED] anfører hertil, at såfremt det var lovgivers intention, at Forsyningstilsynet alene var kompetent til at vurdere sager med fremadrettet virkning, eller i situationer hvor en ansøger eksplicit har taget et forbehold for rimeligheden af tariffer opkrævet af ejeren, ville det hovedsagligt være ejeren/operatøren, der profiterede på Forsyningstilsynets rolle som tilsyns- og tvistbilæggelsesmyndighed. Dette ville være til væsentlig skade for de øvrige parter, der derved ikke ville være beskyttet.

[REDACTED] henviser desuden til, at der både i HMN-afgørelsen og i udkastet er anført, at Forsyningstilsynets indgrebsbeføjelse kun "som udgangspunkt" antages at være fremadrettet.

Hertil bemærker Forsyningstilsynet, at [REDACTED] bemærkninger ikke giver Forsyningstilsynet anledning til en ændret fortolkning af Vestre Landsret dom. Som følge heraf, fastholder Forsyningstilsynets anvendelsen af principperne i HMN-sagen i vurderingen af rækkevidden af opstrømsbekendtgørelsens § 6.

Forsyningstilsynet kompetence til at ændre en tarif med tilbagevirkende kraft i en allerede indgået aftale om adgang til opstrømssystemet, er begrænset til Forsyningstilsynet egenskab som tvistløsningsorgan i medfør af bekendtgørelsens § 7. Det er således en forudsætning for Forsyningstilsynets kompetence, at der forud eller i forbindelse med aftaleindgåelsen om adgang er foretaget et gyldigt aftaleretligt forbehold for tariffens rimelighed.

Forsyningstilsynet generelle tilsynsbeføjelse i bekendtgørelsens § 6, kan derimod ikke anvendes til at ændre i en tarif med tilbagevirkende kraft. En afgørelse med tilbagevirkende kraft ville have karakter af en bebyrdende forvaltningsakt, som kræver en klar lovhjemmel. Denne tilstrækkelige lovhjemmel er ikke tilstede i opstrømsbekendtgørelsens § 6. Forsyningstilsynet deler således ikke opfattelsen af, at fortolkningen er i strid med lovgivers formål.

Dette udelukker dog ikke, at Forsyningstilsynet med udgangspunkt i bekendtgørelsens § 6 kan påse allerede indgåede aftaler, jf. ovenstående præmis i Vestre Landsets dom. En sådan afgørelse vil imidlertid være fremadrettet. Modsætningsvist skulle Forsyningstilsynet med tilbagevirkende kraft ændre i en forhandlet aftale mellem ligestillede parter,

hvor der ikke forud eller i forbindelse med indgåelse af aftalen om adgang, var taget et aftaleretligt forbehold for tariffens rimelighed.

Forsyningstilsynet bemærker ligeledes, at indgrebsbeføjelsen som tilsynsmyndighed som udgangspunkt antages at være fremadrettet. I forhold til bekendtgørelsens § 6, stk. 2, er det imidlertid Energiklagenævnets opfattelse, at bestemmelsen alene retter sig mod aktuelle tariffer.

Det er i forlængelse heraf Forsyningstilsynets vurdering, at bestemmelsen i § 6, stk. 2, efter sin ordlyd må fortolkes sådan, at den ændring, som Forsyningstilsynet kan pålægge ejeren, alene har virkning for fremtiden.

OPSTRØMSBEKENDTGØRELSENS § 5

Endelig anfører [REDACTED] at Ørsted er retligt forpligtet til at fastsætte rimelige tariffer, jf. opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 2, hvorefter priser og betingelser fastsættes således, at der ikke diskrimineres mellem ansøgere.

For så vidt angår diskriminationsproblematikken i opstrømsbekendtgørelsens § 5, stk. 2, er det Forsyningstilsynets vurdering, at det er en forudsætning for, at ejeren kan anses for at diskriminere mellem ansøgere, at denne behandler ens tilfælde forskelligt ved fastsættelsen af vilkårene for adgang.

Hertil bemærker Forsyningstilsynet, at der på det foreliggende grundlag ikke er belæg for, at Ørsted har handlet på en måde, som indebærer diskrimination mellem transportkunderne. Reguleringsmekanismen i Addendum 1, der gælder for alle transportkunder, indebærer således, at [REDACTED] stilles på samme måde som TEMAS, når tarifferne skal gøres endeligt op mellem parterne.

Samlet set er det derfor Forsyningstilsynets vurdering, at tilsynet ikke har kompetence til at behandle [REDACTED] klage af 14. december 2020 over Ørsteds tariffer i Opstrømssystemet, jf. §§ 6 og 7, i opstrømsbekendtgørelsen. Forsyningstilsynet afviser derfor klagen.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Forsyningstilsynet kan i forlængelse heraf henvise til, at Forsyningstilsynet anser sig kompetent til at foretage en fornyet vurdering af tarifferne for 2011-12¹⁶. Forsyningstilsynet forventer at træffe afgørelse herom i 2. halvår 2022. Denne fornyede vurdering vil således få betydning for, hvad der udgør et rimeligt tarifniveau fra dette tidspunkt og fremefter.

OFFENTLIGGØRELSE AF AFGØRELSEN

I medfør af § 42 b, stk. 1, i lov om naturgasforsyning, offentliggør Forsyningstilsynet sine afgørelser truffet i henhold til regler i denne lov eller regler udstedt i henhold til loven på tilsynets hjemmeside.

Offentliggørelsen kan omfatte navnet på det selskab, som er adressat for afgørelsen, når dette skønnes at være af almen interesse for offentligheden. Offentliggørelse af selskabets navn kan dog ikke ske, hvis det vil medføre uforholdsmæssig stor skade for selskabet.

Det følger endvidere af stk. 2, at offentliggørelsen ikke må indeholde fortrolige oplysninger, herunder oplysninger om kundeforhold.

På baggrund af ovenstående er det Forsyningstilsynets vurdering, at afgørelsen eksklusiv bilag, kan offentliggøres på Forsyningstilsynets hjemmeside.

KLAGEVEJLEDNING

Eventuel klage over denne afgørelse kan indbringes for Energiklagenævnet, jf. § 51, stk. 1, i lov nr. 126 af 6. februar 2020 om naturgasforsyning, jf. § 8, i Bekendtgørelse nr. 1090 af 6. december 2000 om adgang til opstrømsrørledningsnet. Klage skal være skriftlig og være indgivet inden 4 uger efter, at Forsyningstilsynets afgørelse er meddelt, jf. § 51, stk. 4.

Klagen indgives til:

Energiklagenævnet
Nævnenes Hus
Toldboden 2
8800 Viborg
Tlf.: 72 40 56 00
E-mail: ekn@naevneneshus.dk

¹⁶ Jf. nyhed på Forsyningstilsynets hjemmeside af 8. juli 2020.

Energiklagenævnets kontortid kan have betydning for, om klagen er indgivet i rette tid. Nærmere information om klagefristen, hvem der kan klage (klageberettiget) og nævnets klagebehandling fremgår af Energiklagenævnes hjemmeside www.ekn.dk.

Med venlig hilsen

Direktør

Carsten Smidt