

København 28. februar 2019

Agnete Nordentoft
Specialistadvokat

T +45 72 27 35 10
ano@bechbruun.com

Sagsnr. 061921-0008 phe/ano/jhp
Dok.nr. 20855222.1

Baggrundsnotat for beslutning om ansvarsfrihed

HMN's sagsanlæg mod Energiklagenævnet

1. Indledning og sammenfatning

På den ekstraordinære generalforsamling den 21. marts 2019 stiller Skive Fjernvarme a.m.b.a.'s ("Skive Fjernvarme") bestyrelse forslag om ansvarsfrihed (såkaldt "decharge") for bestyrelsen og direktionen i forbindelse med gennemførelse af et projekt om etablering af en flisfyret kedelcentral og udvidelse af forsyningsområdet i Skive som godkendt af Skive Kommune den 22. november 2016 og stadfæstet af Energiklagenævnet 9. maj 2018 ("Projektet").

Projektet, der blev startet i 2013, har til formål at sikre produktion af billig og CO₂-neutral fjernvarme samt at give flere forbrugere i Skive-området mulighed for at modtage fjernvarme.

Det er hensigten, at generalforsamlingen gennem sin meddelelse af ansvarsfrihed for bestyrelse og direktion viser sin fulde opbakning til, at Projektet gennemføres uanset den verserende retssag vedrørende godkendelsen af projektet.

Hvis retssagen fører til, at Skive Fjernvarme pålægges at foretage ændringer i et allerede etableret anlæg, kan det medføre omkostninger til disse ændringer.

Da det ikke kan forudses, hvordan retssagens udfald vil blive, ønsker bestyrelsen generalforsamlingens tilslutning til, at det er det rette valg at gennemføre Projektet, selvom retssagen ikke er afsluttet, og generalforsamlingens tilsagn om, at der ikke kan rettes et erstatningskrav mod bestyrelse og direktion i den anledning.

Dette notat redegør kort for indholdet af bestyrelsens forslag om ansvarsfrihed samt baggrunden herfor.

2. Beslutning om ansvarsfrihed

Beslutningen om bestyrelsens og direktionens ansvarsfrihed er et tilsagn fra generalforsamlingen om, at Skive Fjernvarme frafalder at gøre et eventuelt krav på erstatning gældende for ethvert direkte og indirekte tab, Skive Fjernvarme eventuelt måtte lide som følge af beslutningen om at gennemføre Projektet.

Ved gennemførelse af Projektet forstås, at de nødvendige anlæg etableres og idriftsættes i henhold til projektkodkendelsen.

Som eksempler på eventuelle tabsposter, der vil være omfattet af ansvarsfriheden, kan nævnes:

- Et tab som følge af en pligt for Skive Fjernvarme til økonomisk at opfylde aftaler med entreprenører, rådgivere, mv. i forbindelse med planlægning og etablering af anlæg omfattet af Projektet, selvom Skive Fjernvarme må afbryde aftalerne.
- Et tab som følge af forgæves afholdte udgifter til etablering af anlæg og udgifter til nedrivning af anlæg, hvis Skive Fjernvarme senere måtte blive påbudt at nedrive et etableret anlæg.

Ovennævnte eksempler på tabsposter er ikke udtømmende, og andre tab vil også være omfattet.

3. Baggrund for decharge

3.1 Sagsforløb

Projektet har været undervejs siden november 2013, hvor Skive Byråd godkendte en ny varmeplan. Skive Fjernvarme indgav på den baggrund et projektforslag den 5. juni 2014 om etablering af en flisfyret kedelcentral og udvidelse af fjernvarmeforsyningsområdet i Skive i overensstemmelse med projektbekendtgørelsen.

Projektet blev godkendt af kommunen den 30. januar 2015, men blev herefter påklaget til Energiklagenævnet af HMN Gasnet P/S ("HMN"). Projektgodkendelsen blev ved Energiklagenævnets afgørelse af 13. juli 2015 ophævet og hjemvist til fornyet behandling som følge af kommunens mangelfulde begrundelse for godkendelsen.¹

Skive Kommune traf den 22. november 2016 ny afgørelse om at godkende Projektet. Projektforslaget var i mellemtiden blevet opdateret med nyere forudsætninger, der blev lagt til grund for vurderingen af Projektets samfundsøkonomiske konsekvenser.

HMN indbragte også den nye afgørelse for Energiklagenævnet med påstand om ophævelse, subsidiært ophævelse og hjemvisning til fornyet behandling. HMN mente bl.a., at Projektet ikke opfyldte projektbekendtgørelsens betingelse om at være det samfundsøkonomisk mest fordelagtige projekt.² HMN har desuden gjort gældende, at flisanlægget ikke er nødvendiggjort af et øget varmebehov og derfor ikke kan godkendes.

HMN anførte en række indsigelser om, at de forudsætninger, der var lagt til grund i projektforslaget, var urealistiske. Indsigelserne vedrørte bl.a. antagelser om levetiden for gaskedler samt hastigheden for gaskunders konvertering til fjernvarme, samt priser for de anlæg og installationer som indgår i Projektet.

¹ Energiklagenævnets afgørelse af 13. juli 2015 med j.nr. 1021-15-31. Afgørelsen er offentliggjort på Energiklagenævnets hjemmeside: <https://ekn.naevneneshus.dk/afgoerelse/02d0f8c1-612d-4bad-ace0-3bd87c5d4775>

² Det er bl.a. en betingelse for at godkende projekter for kollektive varmeforsyningsanlæg, at projektet er samfundsøkonomisk fordelagtigt. Der er desuden en betingelse for at godkende flis som brændsel, at anlægget er nødvendiggjort af et øget varmebehov og at anlægget ikke bygges med en større kapacitet end nødvendigt.

Energiklagenævnet stadfæstede den 9. maj 2018 Skive Kommunes afgørelse.³ Energiklagenævnet vurderede i forhold til HMN's indsigelser mod Projektets forudsætninger, at de oplysninger, HMN havde fremlagt, ikke var af en sådan beskaffenhed, at det var sandsynliggjort, at projektet hvilede på urealistiske forudsætninger.

HMN anlagde herefter den 8. november 2018 retssag mod Energiklagenævnet med påstand om, at Energiklagenævnets afgørelse, der stadfæster kommunens projektgodkendelse, ophæves eller hjemvises til fornyet behandling.

Den 10. december 2018 afsagde retten i Glostrup dom i en anden sag, som HMN havde anlagt mod Energiklagenævnet i 2015. I sagen havde HMN påstået ophævelse af Energiklagenævnets stadfæstelse af et fjernvarmeprojekt i Helsingør ("Helsingør-sagen"). Retten tog stilling til fire indsigelser vedrørende Helsingør-projektets forudsætninger. På baggrund af materiale, der var fremlagt af sagens parter, vurderede en skønsmand, at de pågældende forudsætninger var urealistiske. Denne vurdering lagde retten til grund og fandt det bevist, at projektet var baseret på urealistiske forudsætninger. Da tilsidesættelsen af disse forudsætninger medførte, at det omstridte projekt ikke var samfundsøkonomisk fordelagtigt, ophævede retten Energiklagenævnets afgørelse.

De fire forudsætninger, som retten behandlede i Helsingør-sagen, vedrørte udskiftningstakt for gaskedler, gaskedlers levetid, udskiftning af oliekedler samt hastighed for gaskunders konvertering til fjernvarme. HMN har ligeledes gjort indsigelser mod forudsætninger i Skive Fjernvarmes projekt, der vedrører disse fire forhold. Kun én af de underkendte forudsætninger i Helsingør-sagen er imidlertid sammenfaldende med en forudsætning i Projektet. De øvrige forudsætninger, som retten behandlede i Helsingør-sagen, afviger fra de forudsætninger, der lægges til grund i Projektet.

På baggrund af dommen i Helsingør-sagen valgte Energiklagenævnet den 28. januar 2019 at genoptage sin stadfæstelse af Skive Kommunes projektgodkendelse. Retssagen om Energiklagenævnets afgørelse af 9. maj 2018 er derfor udsat indtil videre. Energiklagenævnet forventer at træffe ny afgørelse i sagen i juni 2019.

Indtil Energiklagenævnet har truffet afgørelse i genoptagelsessagen, vil Skive Fjernvarmes bestyrelse ikke igangsætte Projektet og påbegynde etablering af de nødvendige anlæg.

Hvis Energiklagenævnet ophæver sin tidligere afgørelse om stadfæstelse af projektgodkendelsen, er projektgodkendelsen ikke gyldig. Bestyrelsen og direktionen vil i givet fald ikke igangsætte Projektet, før der foreligger en ny gyldig godkendelse.

Hvis Energiklagenævnet i genoptagelsessagen fastholder sin stadfæstelse af projektgodkendelsen, er projektgodkendelsen gyldig, medmindre den herefter efterfølgende annulleres af retten. Henset til at der kan gå flere år, før der foreligger en endelig dom om Projektets gyldighed, agter Skive Fjernvarmes bestyrelse og direktion i givet fald at igangsætte Projektet, selvom retssagen om Projektet verserer.

³ Energiklagenævnets afgørelse af 1. maj 2018 med j.nr. 18/000185. Afgørelsen er offentliggjort på Energiklagenævnets hjemmeside: <https://ekn.naevneneshus.dk/afgoerelse/46b7903a-f8a2-491d-9422-9cc2e55e9ca7>

Det er i sidstnævnte situation, hvor projektgodkendelsen opretholdes af Energiklagenævnet ved genoptagelsen, men hvor der er risiko for, at projektgodkendelsen efterfølgende annulleres ved domstolene, som beslutningen om ansvarsfrihed vedrører.

3.2 Projektet kan lovligt gennemføres uanset retssagen

Hvis Energiklagenævnet ved genoptagelsessagen fastholder sin tidligere stadfæstelse af projektgodkendelsen, er projektgodkendelsen fortsat gyldig og kan udnyttes.

I retssagen mod Energiklagenævnet om Projektet har HMN ikke fremsat begæring om, at projektgodkendelsen ikke lovligt kan udnyttes, så længe retssagen er i gang (såkaldt "opsættende virkning"). Med andre ord kan projektgodkendelsen lovligt udnyttes under retssagen. Kun hvis retten finder, at projektgodkendelsen er ugyldig, kan projektgodkendelsen ikke længere bruges.

Underkender Energiklagenævnet ikke Projektet ved sin genoptagelse af sagen, kan Skive Fjernvarme således lovligt gennemføre Projektet. Selvom retssagen ikke er afsluttet, kan de nødvendige anlæg altså lovligt etableres og idriftsættes i henhold til projektgodkendelsen.

3.3 Konsekvenser ved rettens annulation af godkendelsen af det gennemførte Projekt

Ved at igangsætte Projektet før retssagens afslutning vil der være en risiko for, at projektgodkendelsen senere ophæves, og at gennemførslen af Projektet herefter vil være ulovlig.

Hvis det sker, og Projektet er under etablering, vil arbejdet skulle indstilles og vil ikke kunne gennemføres, før der er opnået en ny godkendelse af Projektet. Skive Fjernvarme vil da f.eks. kunne risikere at være bundet til økonomisk at opfylde kontrakter med involverede rådgivere, entreprenører, mv., selvom arbejdet ikke gennemføres eller må udskydes.

Hvis Projektet allerede er etableret og i drift, opstår spørgsmålet om, hvordan Projektet kan lovliggøres. Der skelnes her mellem såkaldt "retlig lovliggørelse" og "fysisk lovliggørelse".

Ved retlig lovliggørelse udarbejdes et nyt projektforslag for Projektet med henblik på godkendelse. Hvis Projektet ikke opfylder kravene for godkendelse, kan der i den forbindelse søges om dispensation herfra. Når det nye projekt er godkendt, eventuelt efter dispensation, kan anlægget (igen) lovligt etableres og anvendes.

Ved fysisk lovliggørelse pålægges Skive Fjernvarme fysisk at foretage ændringer i de etablerede anlæg, så Projektet bliver lovligt. Dette kan indebære krav om tilpasning af anlæggenes indretning eller fuldstændig nedrivning af anlæg. Dette kan bl.a. medføre omkostninger til nødvendige ændringer i anlægget, samt at allerede afholdte udgifter til etablering af anlæg er afholdt forgæves.

Bech·Bruun har tidligere vurderet, at risikoen for et krav om fysisk lovliggørelse er lav, idet Projektet gennemføres i tillid til 2 afgørelser, og idet et krav om fysisk lovliggørelse vil medføre et væsentligt værdispild.

3.4 Vurdering af risiko for senere underkendelse ved domstolene

De konsekvenser, der er redegjort for ovenfor, bliver kun aktuelle, hvis domstolene senere måtte underkende Energiklagenævnets afgørelse. I det følgende skal kort redegøres for vurderingen af risikoen for dette.

Det kan hverken på baggrund af den hidtidige sagsbehandling af Projektet ved Skive Kommune og Energiklagenævnet samt i lyset af Helsingør-sagen vurderes med sikkerhed, hvorledes udfaldet af retssagen om Projektet bliver. Dette er grunden til, at bestyrelsen fremsætter dette forslag.

Projektet og dets forudsætninger blev opretholdt ved både kommunens og Energiklagenævnets afgørelser. Begge instanser vurderede således, at Projektet var baseret på realistiske forudsætninger og derfor kunne godkendes.

Helsingør-sagen udtaler sig om nogle forudsætninger, der i større eller mindre omfang er sammenfaldende med forudsætninger i Projektet. Der er imidlertid tale om, at retten lagde vægt på én skønsmands konkrete, faglige vurdering, der blev foretaget på baggrund af materiale, som parterne fremlagde i sagen. Vurderingen i Helsingør-sagen er derfor ikke uden videre retvisende for vurderingen af Projektets forudsætninger.

Energiklagenævnet har dog vurderet, at Helsingør-sagen kan have betydning for Energiklagenævnets vurdering, og har derfor genoptaget sagen vedrørende Projektet. Hvis Energiklagenævnet til trods for Helsingør-sagen fastholder sin tidligere afgørelse, taler dette for Projektets fortsatte holdbarhed. Nævnet vil da have vurderet, at Projektet fortsat opfylder betingelserne for projektgodkendelse, og at denne revurdering af Projektet ikke senere vil blive underkendt ved domstolene.

Ved domstolenes behandling af Projektet vil en skønsmænd kunne foretage en konkret vurdering af forudsætningerne i Projektet, hvis parterne anmoder herom. En sådan vurdering kan som i Helsingør-sagen have afgørende betydning for, om Projektet underkendes. Hvordan parterne forelægger sagen (fremlægelse af materiale, spørgsmål til skønsmænd, mv.), har stor betydning for udfaldet af en eventuel skønsmænds vurdering og rettens afgørelse i øvrigt.

Det er således uklart, hvordan retssagens udfald vil blive. Bestyrelsen ønsker derfor generalforsamlingens tilslutning til, at det er det rette valg at gennemføre Projektet, selvom retssagen ikke er afsluttet, herunder at der ikke kan rettes et erstatningskrav mod bestyrelse og direktion i den anledning.

København, den 28. februar 2019

Per Hemmer

Agnete Nordentoft