



White paper

Fremtiden for åben dør-ordningen – nogle retlige perspektiver

Gorrissen Federspiel

I det følgende sætter vi nogle retlige perspektiver på Energistyrelsens beslutning om at sætte sagsbehandlingen af ansøgninger under den såkaldte ”åben dør-ordning” i bero grundet bekymringer om foreneligheden med EU’s regler for statsstøtte. Vi sætter særligt fokus på de retlige betingelser i en statsstøttevurdering samt om en betalingsmodel kan løse eventuelle statstøtteretlige udfordringer.

Mens Danmark og resten af EU livligt arbejder for at sætte mest muligt fart på den grønne omstilling, offentliggjorde Energistyrelsen den 6. februar – til udbredt overraskelse – at behandlingen af 33 ansøgninger om havvindmølleparker under åben dør-ordningen blev sat i bero på ubestemt tid. Ansøgningerne dækker samlet over en kapacitet på op mod 23 GW, der vil repræsentere en markant udvidelse af den danske VE-kapacitet, hvis ansøgningerne imødekommes, og projekterne gennemføres.

Beslutningen grunder i en bekymring for, at åben dør-ordningen kan være i strid med EU’s statsstøtte-regler, og at det derfor er nødvendigt at involvere EU-Kommissionen.

I forlængelse af beslutningen om at sætte åben dør-ordningen i bero har Energistyrelsen den 3. marts 2023 truffet afgørelse om at opretholde to etableringstilladelser, der blev givet i efteråret 2022, da tilladelserne ikke vurderes i strid med EU-retten. Samme dag offentliggjorde Energistyrelsens en redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen. Det fremgår af redegørelsen, at statsstøtterisiko-koen ved åben dør-ordningen egentlig først materialiserede sig i takt med, at der blev arbejdet indgående med eventuelt at indføre en betalingsmodel, som kan sikre indtægter til staten. Af redegørelsen fremgår endvidere, at den uformelle henvendelse til Kommissionen også har til formål at afklare et særligt juridisk spørgsmål om tilskyndelsesvirkning i tilknytning til indførelse af en eventuel betalingsmodel.

Mens der i den offentlige debat er heftig kritik af beslutningen om berostillelse og mange holdninger om ordningens betydning for bl.a. udbredelsen af vedvarende energi, det danske PtX-eventyr, statens muligheder for at tjene på havvind og investeringslysten i den grønne omstilling i Danmark, er der fortsat efter Energistyrelsens redegørelse mindre fokus på, hvori statsstøtterisiko-koen egentlig består, og hvad det retlige udfaldsrum kan være, efter at Kommissionen er blevet inddraget.

På trods af Energistyrelsens redegørelse af 3. marts 2023 er detaljerne i Energistyrelsens vurdering dermed fortsat ikke offentligt kendte, og ligeledes er detaljerne i den igangværende dialog med Kommissionen ikke offentlige. Vi kender derfor ikke de helt konkrete omstændigheder bag berostillelsen.

Markedsaktørerne inden for vedvarende energi har behov for retlige rammer, der sikrer langsigtet projektudvikling og understøtter meget betydelige investeringer i vedvarende energi. Derfor er det helt afgørende, at der ikke kan sættes spørgsmålstegn ved, om en eventuel fremtidig løsning på åben dør-ordningen kan være i strid med EU-retten.

Med en ambition i *Renewables* om at understøtte den grønne omstilling har vi sat os for at se lidt nærmere på problemstillingen, herunder om og hvordan åben dør-ordningen – med den rette vilje – kan opretholdes. I det følgende vil vi således søge at bidrage konstruktivt til debatten set fra et retligt udgangspunkt.

Åben dør-ordningen og dens baggrund

I Danmark er det i henhold til lov om fremme af vedvarende energi grundlæggende muligt at få tilladelse til at opstille VE-anlæg på havet på to forskellige måder – via statslige udbud eller via åben dør-ordningen.

Ved de statslige udbud er det staten og politikerne, som beslutter at sende et bestemt areal/projekt i udbud. Det kunne eksempelvis være et udbud for etableringen af en havvindmøllepark, og private aktører kan herefter byde ind på retten til at projektudvikle og etablere den udbudte havvindmøllepark.

Med henblik på statslige udbud har staten valgt at reservere store dele af de danske farvande. De statslige arealreservationer angår områder i Nordsøen, Kattegat, Østersøen samt de indre danske farvande.

Arealreservationen indebærer, at staten har fortrinsret til at udbygge havvind i de reserverede områder. Det indebærer, at der ikke kan indgives ansøgninger gennem åben dør-ordningen inden for de udpegede områder, så længe arealreservationen opretholdes.

I praksis har der indtil for nyligt været konkurreret om den *laveste* direkte statsstøtte i udbuddene (via fx pristillæg/CfD-modeller), men dette ændrede sig i slutningen af 2021 med udbuddet af Thor Havvindmøllepark. Udbuddet endte med, at stort set alle de prækvalificerede tilbudsgivere de facto tilbød ikke blot at opføre parken uden statsstøtte, men derimod, via en CfD-model, at betale staten 2,8 mia. kr. for retten til det i takt med, at der produceres strøm fra havvindmølleparken (beløbet var maksimeret i udbudsbetingelserne).¹

Åben dør-ordningen blev som et supplement til de statslige udbud indført i 1999.² Ordningen indebærer, at private aktører med den fornødne finansielle og tekniske kapacitet frit og med lige adgang kan søge om at etablere VE-anlæg på områder på havet, hvor der ikke er en statslig arealreservation. Kendetegnen for ordningen er, at projektet gennemføres på udviklerens eget initiativ og for dennes regning og risiko uden direkte statslig subsidiering. Ansøgninger i ordningen behandles efter et først til mølle-princip, der indebærer, at den første ansøger til et område får en prioritetsstilling til det ansøgte område – i første omgang til en eneret til en forundersøgelsestilladelse, idet selve retten til at etablere et konkret VE-anlæg på området selvsagt kræver, at der efter myndighedsbehandling og miljøvurderinger mv. i sidste ende kan gives tilladelse til projektet.³

Formålet med at indføre åben dør-ordningen var bl.a. at understøtte udviklingen og udbygningen af vedvarende energi, og ordningen var især tiltænkt små og kystnære projekter eller projekter, der bygger på opdagelse af nye områder, som ikke indgår i de statslige udbudsrunder.⁴

Åben dør-ordningen har i mange år levet et relativt stille liv, men i juni 2021 besluttede et politisk flertal på baggrund af en analyse fra Energistyrelsen at justere ordningen.⁵ Energistyrelsens analyse pegede bl.a. på, at de ansøgte havvindmølleparker blev stadigt større og længere fra kysten, og at der var et øget behov for strategisk planlægning på havet og for integrationen på land af de store mængder strøm fra havvindmølleparkerne. Energistyrelsen analyserede endvidere – med afsæt i politiske ønsker – hvordan staten inden for ordningen kunne sikres indtægter fra havvindmølleparkerne og foreslog, at åben dør-ordningen kunne tilpasses således, at der opkræves betaling til staten for leje af havarealerne.⁶ Dette forslag blev dog *ikke* gennemført.

Justeringen indebar i stedet, at der bl.a. blev indført en afstandsbeholdning, hvormed projekter inden for åben dør-ordningen maksimalt kan ligge 15 km fra kysten, og at den kommunale indsigelsesret blev ændret til en vetoet. Samtidig blev ordningen gjort teknologineutral, således at alle VE-teknologier kan byde ind, hvor ordningen før kun omfattede vind- og vandkraft.⁷

Det er værd at bemærke, at det under behandlingen af lovforslaget blev konstateret, at lovforslaget *ikke* indeholdte EU-retlige aspekter,⁸ ligesom Energistyrelsen så sent som i december 2022 i et notatudkast konkluderede, at tildeling af vederlagsfrie etableringstilladelser under åben dør-ordningen umiddelbart ikke udgjorde statsstøtte.⁹

1 Med beløbsmaksimeringen var det således ikke muligt for tilbudsgiverne at tilbyde en større betaling til staten, og udbuddet blev derfor afgjort ved lodtrækning. Det vides derfor ikke med sikkerhed, om staten ville have opnået en anden betaling, såfremt beløbet ikke var maksimeret, og tilbudsgiverne fx kunne have konkurreret direkte om at yde den største betaling til staten frem for "kun" at kunne lægge de facto nul-bud i CfD-modellen.

2 Lov 1999-06-02 nr. 375 om elforsyning.

3 Først til mølle-princippet har ifølge Energistyrelsens redegørelse af 3. marts 2023 indtil foråret 2022 ikke været i anvendelse, da der ikke har været flere ansøgere til samme område.

4 Lovforslag nr. L 234. Fremsat den 29. april 1999.

5 Aftale om justering af åben dør-ordningen for VE-anlæg på havet af den 2. juni 2021.

6 Energistyrelsens "Analyse af åben dør-ordningen" af den 18. marts 2021.

7 LFF 2022-02-23 nr 138, Forslag til lov om ændring af lov om fremme af vedvarende energi.

8 LFF 2022-02-23 nr 138, Forslag til lov om ændring af lov om fremme af vedvarende energi.

9 Energistyrelsens redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen af 3. marts 2023, jf. side 10.

Ændringerne af åben dør-ordningen trådte i kraft den 1. juli 2022,¹⁰ men Energistyrelsen modtog kort inden da en række ansøgninger for havvindmølleparker for en samlet kapacitet på mellem 12 og 16 GW, der – hvis de gennemføres – vil mangedoble den vindkraft, der pt. udnyttes i de danske farvande, og som vil have stor betydning for den danske PtX-sektor.¹¹ Det er blandt andre disse ansøgninger, der efter det oplyste er sat i bero.

Åben dør-ordningen og statsstøtte

Statsstøtte kan fremme udviklingen af den økonomiske velfærd ved at sikre, at projekter, der muligvis ellers ikke ville være rentable at gennemføre, kan gennemføres. Ulempen ved statsstøtte er dog, at det kan skævvride konkurrencen på det indre marked i EU, da støtten sænker omkostningerne for de begunstigede virksomheder, hvorved de får en fordel i konkurrencen.

Afvejningen af statsstøttens gavnlige og uhensigtsmæssige virkninger sker gennem EU's statsstøtteregler i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 107-109.

Statsstøtte er grundlæggende defineret ved en økonomisk fordel, som den modtagende part ikke ville have opnået på sædvanlige markedsvilkår. Denne fordel skal være tildelt af statsmidler, og det er et krav, at fordelene er selektiv, og at der har været (eller har været en risiko for) fordrejning af konkurrencen, jf. TEUF artikel 107, stk. 1. Dermed kan der for vurderingen af statsstøtte opstilles fire betingelser, der alle skal være opfyldt samtidigt:

- i. der skal være tale om en statslig intervention med statsmidler,
- ii. interventionen skal kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater,
- iii. interventionen skal give den begunstigede en selektiv fordel,
- iv. som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen.

I et åbent samråd med klima-, energi- og forsyningsministeren den 21. februar 2023 beskrev ministeren, at den manglende konkurrence i tildelingsmekanismen kombineret med markedsudviklingen kunne udgøre et problem i relation til EU's statsstøtteregler. Derfor vil disse to forhold blive belyst nedenfor med særligt fokus på den statsstøtteretlige betingelse om en ”selektiv fordel”.

Kan åben dør-ordningen indebære en selektiv fordel?

En foranstaltning giver den støttemodtagende virksomhed (udvikleren) en *fordel*, hvis den bringer virksomheden i en bedre finansiel situation end den, som virksomheden ville have opnået på sædvanlige markedsbetingelser,¹² dvs. uden statslig indgriben.

For statsstøttebekymringen ved åben dør-ordningen er det derfor nødvendigt at overveje, om og i givet fald hvordan ansøgerne under ordningen opnår en fordel. At myndighederne nu har fundet denne overvejelse nødvendig skyldes den markedsudvikling, der kom til udtryk i udbuddet af Thor Havvindmøllepark.¹³ Som omtalt ovenfor resulterede udbuddet af Thor Havvindmøllepark således for første gang i, at der i Danmark reelt tilbydes en betaling til staten i et havvindudbud. Dette kan indikere, at markedet er modnet i en sådan grad, at retten til at projektudvikle og etablere en havvindmøllepark på et givent areal (uden direkte subsidier) repræsenterer en værdi, som udviklerne er villige til at forpligte sig til at betale staten for. I så fald kan bekymringen være, at åben dør-ordningen indebærer en fordel for ansøgerne, i og med ordningen ikke involverer en betaling til staten.

¹⁰ Ændringer vedtaget den 19. maj 2022, Forslag til Lov om ændring af lov om fremme af vedvarende energi.

¹¹ Energistyrelsen modtog i perioden 4. april 2022 til 30. juni 2022 43 ansøgninger om forundersøgelsestilladelse gennem åben dør-ordningen, heraf 16 beliggende i arealreservationer som derfor blev afvist.

¹² Se f.eks. Domstolens dom af den 11. juli 1996, SFEI and Others, C-39/94, EU:C:1996:285, pr. 60, og Domstolens dom af den 29. juni 1999, DM Transport, C-256/97, EU:C:1999:332, præmis 22.

¹³ I Energistyrelsens redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen af 3. marts 2023 nævnes det bl.a., at Thor Havvindmøllepark blev den første udbudspark i Danmark, som kunne opføres uden støtte og som forventes at medføre en betaling til staten, jf. side 5.

I den forbindelse kan det som den seneste konkrete udvikling i problemstillingen som nævnt ovenfor noteres, at Energistyrelsen den 3. marts 2023 offentliggjorde, at sagsbehandlingen er genoptaget for to ud af de 33 projekter, der blev sat i bero, da Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet vurderer, at etableringstilladelse til disse to projekter ikke er i strid med EU-retten. Det er endvidere vurderet, at tilladelse til allerede etablerede havvindmølleparker under ordningen heller ikke er i strid med EU-retten. Den nærmere baggrund herfor er ikke oplyst, men de to projekter er kendetegnet ved, at der allerede er meddelt etableringstilladelse, ligesom det nævnes i offentliggørelsen, at de to projekter modtog forundersøgelsestilladelse i 2018 hhv. 2019. Dette kan eventuelt indikere, at der arbejdes med et tidsmæssigt kriterium ud fra en betragtning om, at resultatet af Thor Havvindmøllepark udgør et paradigmeskifte, hvorefter der først efter dette tidspunkt kan tales om et eventuelt fordelselement.

Ud over resultatet af Thor Havvindmøllepark kan det også tyde på, at Energistyrelsen i sine overvejelser om markedsudviklingen har lagt vægt på det relativt store antal ansøgninger, der blev indleveret i forsommeren 2022, herunder ansøgninger for samme arealer, hvorved først til mølle-princippet for første gang måtte anvendes.¹⁴ Indtil da har billedet således været præget af, at der under ordningen har været relativt få og spredte ansøgninger, hvormed der ikke kan siges at have været en konkurrence.

Imod at der med Thor Havvindmøllepark skete et paradigmeskifte kan tale, at Energistyrelsen ifølge redegørelsen offentliggjort den 3. marts 2023 i december 2022 sendte et udkast til et notat om en statsstøtteretlig vurdering af åben dør-ordningen og indførelse af betaling til Klima-, Energi-, og Forsyningsministeriets departement. Energistyrelsen konkluderede i dette notatudkast, at tildeling af vederlagsfri etableringstilladelse under åben dør-ordningen umiddelbart ikke udgjorde statsstøtte. Denne vurdering er foretaget lang tid efter udbuddet af Thor Havvindmøllepark. Efterfølgende anbefalede Erhvervsministeriet imidlertid, at Energistyrelsens statsstøttevurdering blev drøftet nærmere i Statsstøtteudvalget.

Uanset er det vores umiddelbare opfattelse, at dette fordelselement sandsynligvis vil variere fra areal til areal. Antageligt vil værdien af denne fordel – udtrykt som det beløb en udvikler ville være villig til at betale – således variere afhængigt af det konkrete projekt. Dette tæller bl.a. de konkrete havbund- og vindforhold, afstanden til kysten, forventningerne til priserne på strøm samt omkostningerne til fundamenterne, møllerne, nettilslutning mv. Jo større etablerings- og driftsomkostningerne for en given havvindmøllepark må forventes at være i forhold til den estimerede produktion, desto sværere må business-casen og følgelig betalingsvilligheden også forventes at være. Det kan derfor ikke udelukkes, at der for visse arealer ikke er en betalingsvillighed og dermed et fordelselement i ovennævnte forståelse.

At der i et enkelt udbud – som en konsekvens af de tilbudte priser i en CfD-model, der i princippet var møntet på direkte subsidiering – de facto vil ske en betydelig betaling til staten, er således ikke nødvendigvis ensbetydende med, at der i alle tilfælde er tale om en statsstøtteretlig fordel, hvis der ikke skal ydes en betaling til staten. Det kan i den forbindelse også fremhæves, at området for Thor Havvindmøllepark, så vidt vi er orienteret, er en af de mest attraktive lokationer i de danske farvande for etableringen af havvindmøller. Hvorvidt resultatet af Thor-udbuddet er udtryk for en generel og varig ændring, eller Thor Havvindmøllepark var et særligt tilfælde, må tiden vise.

Er der et eventuelt fordelselement, kræves det for at kunne statuere statsstøtte desuden, at fordelene er selektiv. Betingelsen om ”selektiv fordel” indebærer dermed to selvstændige, kumulative kriterier. Her kan det være særligt relevant at sætte spørgsmålstegn ved, om tildelingskriterierne i åben dør-ordningen finder anvendelse for de berørte erhvervsdrivende på en ikke-diskriminerende måde. Med andre ord om fordelselementet i åben dør-ordningen kan karakteriseres som værende selektivt ved, at ordningen begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, der under hensyntagen til formålet med den relevante ordning befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation som ikke-begunstigede virksomheder eller produktioner.¹⁵

14 Dette forhold fremhæves således i Energistyrelsens redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen af 3. marts 2023, ligesom det anføres i det tilhørende følgebrev fra Energistyrelsen, at “[...] markedsudviklingen og en kraftig stigning i ansøgninger under åben dør-ordningen kan medføre, at der er en betydelig risiko for, at tilladelse meddelt på baggrund af åben dør-ordningen vil kunne udgøre ulovlig statsstøtte.”

15 Domstolens dom af 14. januar 2014, Eventech, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, præmis 56.

Det må også inddrages i overvejelserne, at foranstaltninger med et helt generelt anvendelsesområde, og som ikke kun begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, falder uden for statsstøttereglerne. Dette følger bl.a. klart af EU-Domstolens dom af den 21. december 2016 i sag C-20/15 og C-21/15, World Duty Free Group, præmis 56.¹⁶ Dette indebærer, at hvis en generel foranstaltning kan anvendes uden forskel på alle erhvervsdrivende, skal det ikke anses for at udgøre statsstøtte.¹⁷

I den forbindelse kan det indledningsvis fremhæves, at der ifølge forarbejderne gives ”*alle interesserede parter lige adgang og vilkår*” under åben dør-ordningen.¹⁸ Ordningen er således åben for alle aktører, der dermed både kan ansøge om åben dør-projekter og deltage i parallelle statslige udbud.

Det kan overvejes, om åben dør-ordningen, der har eksisteret som et supplement til de statslige udbud siden 1999, kan anses for at være en ”generel ordning” for arealer, som staten ikke har ønsket at reservere til udbud. Idet ordningen umiddelbart er åben for alle kvalificerede ansøgere, synes det ikke oplagt at statuere, at et eventuelt fordelselement er forbeholdt visse aktører og dermed er selektivt. Med ordningens åbne karakter kan der sættes spørgsmålstegn ved, om ordningen har sådanne konkurrencebegrænsende virkninger, som statsstøttereglerne har til formål at værne imod.

I andre sager, hvor der er tale om en foranstaltning, der mindsker virksomhedens normale byrder, er der i praksis opstillet den såkaldte ”referencerammemetode”, der er en metode i tre trin.¹⁹ Denne metode er primært anvendt til vurdering af skattesager, hvor en stat eksempelvis har indført en foranstaltning, der indebærer en undtagelse til et generelt udgangspunkt om beskatning. I det lys kan der rejses det spørgsmål, om åben dør-ordningen kan anses for at være en generel foranstaltning, hvor der ikke sker en fravigelse fra en hovedregel eller generel ordning om betaling, som kan siges at være udtryk for en forskelsbehandling. Det har tværtimod været et varigt kendetegn for ordningen, at der ikke er krav om betaling til staten, og dette blev ikke ændret ved den seneste lovændring i 2022, hvor Energistyrelsens forslag om at indføre en lejebetaling til staten, som nævnt ovenfor, ikke blev gennemført. Det kan dermed anføres, at der ikke er tale om, at staten opgiver en betaling, som den normalt ville have opkrævet, hvilket ellers ville kunne tale for selektivitet. Udvikleren påtager sig til gengæld at udvikle og etablere projektet for egen regning og risiko, og der skal herunder betales for myndighedsbehandlingen.

Med en åben ordning kan det herunder anføres, at åben dør-ordningen ikke bør vurderes ud fra, om den giver en fordel sammenlignet med tilbudsgivere i et statsligt udbud. Åben dør-ordningen er en parallel ordning, og det synes derfor ikke oplagt at tale om forskelsbehandling, hvorefter tilbudsgivere i et statsligt udbud – eller andre aktører – generelt er udelukket fra ordningen. Der kan – i al fald indtil nu – heller ikke tales om, at de statslige udbud har til formål at sikre en betaling, og at der i forhold til dette formål sker en forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne i statslige udbud og ansøgerne i åben dør-ordningen. Der kan med andre ord ikke tales om, at der sondres mellem kategorier af aktører, som undergives en forskelsbehandling, fordi nogle aktører henhører under åben dør-ordningen, mens andre henhører under de statslige udbud.

Heroverfor kunne det indvendes, at kun én aktør i åben dør-ordningen kan tildeles retten til at udnytte VE-ressourcerne inden for det ansøgte areal, og at der gælder visse tekniske og finansielle krav til ansøgerne, ligesom der er et relevanskriterium i VE-lovens § 23, stk. 4, hvorefter klima-, energi- og forsyningsministeren er overladt et relativt bredt skøn i vurderingen af, om et ansøgt projekt i sidste ende

16 Domstolens dom af 21. december 2016, Commission v World Duty Free Group and Others, C-20/15 P og C-21/15 P, EU:C:2016:981.

17 I nylig retspraksis kan muligvis spores et begrænsende anvendelsesområde for de generelle foranstaltninger, der er omfattet af World Duty Free Group-dommens præmis 56. Dette særligt med Domstolens dom af 19. december 2019, A-Brauerei, sag C-374/17, EU:C:2018:1024. Sagen handlede om en tysk skatteordning, der tillod en undtagelse fra ejendomsoverdragelsesafgiften. Undtagelsen var tilladt, når virksomheder erhvervede en ejendom i forbindelse med omstrukturingsprocedurer inden for koncerner. I præmis 33 fandt Domstolen, at de virksomheder, der kunne anvende den pågældende undtagelse, var i en sammenlignelig situation med virksomheder, der ikke kunne, i lyset af formålet med den pågældende skatteordning. Derfor fandt skatteordningen ikke uden for TEUF's artikel 107, og blev fundet ”prima facie” selektiv, eftersom den sondrede mellem selskaber, der var en del af en koncern og uafhængige selskaber. Imidlertid fandt Domstolen også, at undtagelsen var begrundet i arten og den overordnede struktur af den tyske skat på overdragelse af fast ejendom, da den havde til formål at undgå dobbeltbeskatning. Derfor konkluderede Domstolen, at ordningen ikke var selektiv.

18 Jf. Forslag til lov om elforsyning, L 234, fremsat 29. april 1999, specielle bemærkninger til § 14, s. 47.

19 Først skal den ”almindelige ordning” afgrænses, hvorefter det skal undersøges, om den pågældende ordning udgør en fravigelse til den almindelige ordning, i det omfang den sonder mellem aktører, der er i en sammenlignelig situation. Hvis det konstateres, at ordningen udgør en fravigelse, skal det fastslås, om undtagelsen er begrundet i den almindelige ordnings karakter eller generelle opbygning, og dermed ikke anses for at være selektiv.

kan tillades.²⁰ Disse forhold kan tale for, at kriteriet om selektivitet er opfyldt, og navnlig det brede skøn, hvis der ikke er en fast administrativ praksis for, hvilke hensyn der bliver inddraget i ministerens skøn.²¹ Den blotte omstændighed, at ansøgerne skal leve op til visse forudsætninger om teknisk og finansiel kapacitet, bør ikke være tilstrækkelig til at anse en eventuel fordel i ordningen for selektiv, men der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt ministerens skøn trækker i den modsatte retning.

Ved anvendelse af referencerammemetoden i denne type af sager til vurdering af, om åben dør-ordningen er selektiv, kan det også nævnes, at hvis åben dør-ordningen anses for at udgøre en undtagelse til et generelt system, er det nødvendigt at rejse spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende undtagelse er begrundet i den almindelige ordnings karakter eller generelle opbygning. Uden at gå ind i en nærmere diskussion af, hvad der vil være den almindelige ordening, og om denne ordening indeholder udbudsprocesser eller ej, kan der henvises til, at formålet med at opstille VE er at fremme den grønne omstilling, og at områderne omfattet af åben dør-ordningen netop ikke indgår i de statslige udbudsrunder. Dette kan tale for, at ordningen alligevel ikke anses for at være selektiv.

Når det gælder tildelingsmekanismen, har ministeren som nævnt ovenfor givet udtryk for, at den manglende konkurrence i tildelingsmekanismen kan skabe en udfordring. Det antages, at der her ved tænkes på, at tildelingen af havarealet sker ved hjælp af en først til mølle-metode, der ikke er konkurrencebaseret, som vi eksempelvis kender fra udbud. Det kan derfor ikke afvises, at det er en del af Energistyrelsens overvejelser, om der også kan ligge en fordel i selve den prioritetsstilling og eneret til et areal, som en ansøger opnår ved at være først til mølle, og om denne fordel i givet fald er selektiv, fordi der netop er tale om en først til mølle-ordning og ikke fx et konkurrencebaseret udbud.

Derudover må det haves for øje, at det er nødvendigt at adskille spørgsmålet om et fordelselement fra spørgsmålet om selektivitet; indebærer først til mølle-princippet, at ordningen er selektiv, er der ikke nødvendigvis tale om statsstøtte, hvis der fortsat ikke er en fordel, eksempelvis fordi retten til et areal ikke har værdi. Der kan i den forbindelse næppe heller sluttes modsætningsvist, hvorefter en tildeling efter en ikke-konkurrencebaseret proces per definition giver en selektiv fordel. Er der en fordel, kan markedsværdien således opgøres på anden vis, eksempelvis gennem ekspertvurderinger, hvorefter fordelselementet fx kunne elimineres, hvis der stilles krav om betaling til staten svarende til markedsværdien, jf. nærmere nedenfor.

De nærmere betragtninger i Energistyrelsens vurdering er som nævnt ikke kendte, herunder hvad der nærmere kunne begrunde en selektiv fordel og dermed statsstøtte. Det er på det foreliggende grundlag derfor vanskeligt entydigt at konkludere, om og hvordan åben dør-ordningen indebærer et fordelselement, og om dette i givet fald er selektivt. Som det fremgår ovenfor, kan der fremsættes argumenter både for og imod, men mere overordnet kan det spørgsmål måske rejses, om åben dør-ordningen savner nogle af de karakteristika, der normalt er kendetegnende for selektive fordele, hvilket også kan være en forklaring på, at spørgsmålet om statsstøtte ikke har været rejst i de første 24 år af ordningens levetid.

Proces og konsekvenser i tilfælde af statsstøtte

Kan Energistyrelsen fortsætte sagsbehandlingen?

Såfremt der er tale om statsstøtte, skal denne godkendes i henhold til anmeldelsesproceduren i TEUF's artikel 108 samt procedureforordningen og implementeringsforordningen.²² Det følger blandt andet heraf, at støtte, som skal anmeldes, ikke må gennemføres, før Kommissionen har godkendt støtten – den såkaldte standstill-forpligtelse. Endvidere følger det af kravene om loyalt samarbejde i EU, at myndighederne i en medlemsstat er forpligtede til at give afslag på enhver ansøgning om støtte, som skulle have været anmeldt.²³

20 Energistyrelsens "Analyse af åben dør ordningen" af den 18. marts 2021, s. 17.

21 Ifølge Energistyrelsens rapport er det netop tilfældet med vurderingen af relevanskriteriet efter åben dør-ordningen, se "Analyse af åben dør ordningen" af den 18. marts 2021, s. 17.

22 Kommissionens forordning (EF) Nr 794/2004 af den 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EU) 2015/1589 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

23 I denne retning Domstolens dom af 5. marts 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, præmis 93.

Dette betyder imidlertid ikke i sig selv, at Energistyrelsen skal standse sagsbehandlingen, da det er selve tildelingen af støtte, der er omfattet af standstill-forpligtelsen. Det følger i denne forbindelse af EU-Domstolens praksis, at støtte først er ydet på det tidspunkt, hvor retten til at modtage støtten overdrages til støttemodtageren i henhold til de gældende nationale retsregler. Her er det afgørende moment støttemodtagerens erhvervelse af en *sikker ret* til at modtage statsstøtten og statens tilsvarende forpligtelse til at yde den.²⁴

Klima-, energi- og forsyningsministeren har på samrådet den 21. februar 2023 indikeret, at støtten allerede kan foreligge på tidspunktet, hvor forundersøgelsestilladelsen udstedes til ansøgeren, og at det derfor har været nødvendigt at indstille sagsbehandlingen.

For en umiddelbar betragtning kan der muligvis sættes spørgsmålstejn herved. For det første kan det således overvejes, om sagsbehandlingen for ansøgninger, hvor der endnu ikke er udstedt en forundersøgelsestilladelse, kunne fortsætte indtil den endelige beslutning om tildelingen af forundersøgelsestilladelsen. For det andet kan der rejses spørgsmål om, hvornår støtten reelt er tildelt, hvilket naturligt hænger sammen med, hvori støtten nærmere består, jf. ovenfor – altså hvornår ansøgeren efter dansk ret reelt har opnået en *sikker ret* til den relevante selektive fordel. I den forbindelse kunne man eksempelvis argumentere for, at det først er på tidspunktet, hvor etableringstilladelsen gives, idet det først er fra dette tidspunkt, der faktisk kan udøves en økonomisk aktivitet på havarealet. Her kan til sammenligning påpeges, at betalingen til staten for Thor Havvindmøllepark som nævnt først vil falde i takt med, at der produceres strøm, og der dermed skal afregnes under CfD-modellen, dvs. når parken er endeligt tilladt, opført og i drift. Er det fraværet af en sådan betaling i åben dør-ordningen, der udgør det selektive fordelselement, kunne der derfor argumenteres for, at der ikke er ydet statsstøtte, førend etableringen af parken er endeligt tilladt.

Afhængig af det eventuelle statsstøtteelement synes det således muligt at argumentere for, at Energistyrelsen kunne fortsætte sagsbehandlingen, indtil en endelig løsning er fundet, i al fald frem til beslutningen om at give forundersøgelsestilladelse for de ansøgninger, hvor denne endnu ikke er givet.

Kommissionens afgørelse

Ved en anmeldelse af mulig statsstøtte kan Kommissionen træffe én af følgende afgørelser:

- i. Den anmeldte foranstaltning udgør ikke støtte,
- ii. Den anmeldte foranstaltning udgør støtte, men er forenelig med det indre marked, eller
- iii. Den anmeldte foranstaltning udgør støtte, men er uforenelig med det indre marked.

Kommissionens sagsbehandlingstid varierer fra 2 måneder (hvis den anmeldte foranstaltning ikke giver anledning til tvivl)²⁵ til 18 måneder eller eventuelt længere (hvis sagen er kompliceret).²⁶

Hvorvidt Kommissionen vil nå det ene eller andet resultat kræver en nærmere analyse af de faktiske, herunder økonomiske, omstændigheder for de enkelte ansøgninger. Ud over selve spørgsmålet, om der er tale om anmeldelsespligtig statsstøtte, som redegjort for ovenfor, er den eventuelle vurdering af, om en sådan (eventuel) støtte er forenelig med det indre marked som udgangspunkt heller ikke altid ligetil.

Det kræves således, at støtten har en tilskyndelsesvirkning, og at det støttede projekt enten ikke ville kunne gennemføres eller kun ville kunne gennemføres i væsentlig mindre skala, hvis ikke støtten blev ydet. Dette vurderes ofte gennem en såkaldt kontrafaktisk analyse og betyder konkret, at de ansøgte projekter ikke ville kunne realiseres, hvis ikke arealerne blev tildelt og tilladelserne givet uden det eventuelle støtteelement.

På den anden side er den grønne omstilling højt på EU's dagsorden, og der er for tiden ”medvind” til, at der gives mere statsstøtte på dette område (herunder set i lyset af den amerikanske Inflation Reduction Act, der sigter på at give massive subsidier til grønne virksomheder). Til eksempel kan nævnes Kommissionens nylige statsstøttegodkendelse af det kommende danske PtX-udbud, hvor

²⁴ Domstolens dom af den 25. januar 2022, Kommissionen mod European Food m.fl., C-638/19 P, EU:C:2022:50, præmis 105 og 124.

²⁵ Procedureforordningens artikel 4.

²⁶ Procedureforordningens artikel 9.

Kommissionen bl.a. vurderede, at støtten vil have "[...] *positive virkninger for især miljøet i overensstemmelse med den europæiske grønne pagt, som opvejer eventuelle negative virkninger i form af konkurrencefordrejninger*".²⁷ Det er derfor næppe den store udfordring at argumentere for, at en eventuel støtte via åben dør-ordningen vil have positive virkninger for samfundet som helhed.

Hvordan ser fremtiden ud for åben dør-ordningen?

Som redegjort for ovenfor er det ikke uden videre klart, om og hvordan åben dør-ordningen kan indebære statsstøtte. Bliver udfaldet af Kommissionens vurdering imidlertid, at ordningen ikke indebærer statsstøtte, er det dog klart, at åben dør-ordningen retligt set kan opretholdes, og at Energistyrelsen kan fortsætte sagsbehandlingen af samtlige ansøgninger, der er sat i bero.

Udfordringerne koncentrerer sig derfor naturligt om, hvad fremtiden for åben dør-ordningen og de igangværende ansøgninger kan blive, hvis Kommissionen når frem til, at ordningen indebærer eller kan indebære statsstøtte. Det er selvsagt vanskeligt at spå om, hvordan de danske politikere og myndigheder i så fald vil reagere, men i praksis tales om *ulovlig* statsstøtte, og man kan derfor spørge, om og hvordan den danske ordning kunne *lovliggøres*. Der er således ingen tvivl om, at der politisk er stærke ambitioner om, at den grønne omstilling ikke skal forsinkes unødigt, og det må derfor formodes, at der fra politisk hold vil være en interesse for så vidt muligt at finde – eller i al fald at kortlægge – en *lovlig* vej frem for de mange ansøgninger/projekter under åben dør-ordningen, der lige nu er sat i bero.

Godkendelse som statsstøtte

Hvis ordningen indebærer eller kan indebære statsstøtte, bliver et første spørgsmål, om der er politisk vilje til at yde statsstøtten. Som redegjort for ovenfor er statsstøtte således ikke i ethvert tilfælde udelukket. Statsstøtte benyttes på mange områder og har også i en lang periode spillet – og spiller fortsat – en afgørende rolle for udbredelsen af vedvarende energi i Danmark og EU. Det er derfor retligt set en mulighed, at den danske stat kan vælge at anmelde ordningen med henblik på Kommissionens godkendelse af, om statsstøtten er forenelig med det indre marked. Udsigterne for en sådan godkendelse og betydningen for den enkelte ansøgning vil som behandlet ovenfor kræve en nærmere vurdering, der også vil afhænge af, hvori statsstøtten består, men der er ingen tvivl om, at den danske stat kan vælge at gå efter, at ordningen godkendes som statsstøtte, hvis der er politisk vilje.

Hvis åben dør-ordningen derimod indebærer støtte, der er uforenelig med det indre marked, eller staten ikke ønsker at yde støtten og dermed at søge at få den godkendt som forenelig, er der i hvert fald to relevante retlige overvejelser.

Kan støtteelementet tages ud af ligningen?

For det første må det overvejes, om det er muligt at tilpasse åben dør-ordningen, således at den ikke indebærer statsstøtte. Er det med andre ord muligt at fjerne det eventuelle statsstøtteelement, som pt. er årsagen til, at ordningen er sat i bero?

En besvarelse af dette spørgsmål vil naturligt afhænge af, hvori statsstøtteelementet nærmere består. Energistyrelsens nærmere vurdering heraf er som nævnt, så vidt vi er orienteret, ikke offentligt kendt, ligesom vurderingen nu er overladt til Kommissionen. Som redegjort for ovenfor samler bekymringerne sig dog om, at der med markedsudviklingen og udfaldet af Thor Havvindmøllepark i dag kan være tale om, at retten til at projektudvikle og etablere en havvindmøllepark på et givent areal repræsenterer en værdi, som markedsaktørerne er villige til at betale staten for, og at staten derfor ikke uden videre kan tildele en sådan ret uden betaling – modsat situationen i praksis, siden ordningen blev etableret i 1999, hvor spørgsmålet primært har været, hvor *lidt* direkte statsstøtte der skulle til, for at markedsaktørerne ville påtage sig at opføre havvindmølleparker.

Antages det, at statsstøtteelementet er denne værdi, som en åben dør-udvikler "slipper for" at betale for, må det overvejes, om ordningen kan tilpasses sådan, at der indføres en betaling til staten svarende til dette statsstøtteelement.

27 Jf. offentliggørelsen på Kommissionens hjemmeside (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/ip_23_323).

Hvis udvikleren således betaler staten for værdien, vil der alt andet lige ikke være tale om statsstøtte. Det er i den forbindelse værd at notere sig, at flere af ansøgerne bag de igangværende ansøgninger offentligt har udtrykt vilje til at finde frem til en betaling til staten²⁸ (i den offentlige debat typisk benævnt et ”samfundsbidrag”), selvom de ikke er forpligtede til at betale under ordningen i dag, ligesom klima-, energi- og forsyningsministeren under de sidste ugers offentlige debat også har italesat muligheden for, at der – som en løsning på statsstøtteudfordringen – kan overvejes en betalingsmodel. Det er i den forbindelse særligt værd at bemærke, at der allerede primo november 2022 blev afholdt et tværministerielt møde i klima-, energi- og forskningsministeriets departement, hvor det blev besluttet at igangsætte arbejdet med henblik på at undersøge mulige betalingsmodeller for åben dør-projekter.²⁹ Der kan eksempelvis opkræves en lejebetaling eller et engangsbeløb for arealet eller findes en helt tredje model.

I den forbindelse vil i hvert fald to forhold være centrale fra et retligt synspunkt. For det første må betalingsmodellen nødvendigvis indrettes sådan, at betalingen rimeligvis som minimum er svarende til statsstøtteelementet, da der i modsat fald kan bestå en risiko for indsigelser om, at der fortsat ydes en støtte, som er uforenelig med det indre marked. Til brug for fastsættelse af det konkrete beløb, følger det af Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte pkt. 103, at når der er tale om salg af jord, vil en uafhængig ekspertvurdering af markedsværdien foretaget forud for salgsforhandlingerne på basis af almindeligt accepterede markedsindikatorer og vurderingsmetoder være passende.³⁰ Selvom der ikke her er tale om salg af jord men derimod et havareal, der kan være sværere konkret at værdisætte, jf. ovenstående betragtninger, indikerer pkt. 103 i Kommissionens meddelelse, at det er muligt at tilrettelægge en betalingsmodel, der ikke udgør statsstøtte, hvilket understøtter en fortsættelse af projekterne under åben dør-ordningen, uden at det nødvendigvis kræver afholdelse af udbudsprocesser.

Selv hvis Kommissionen vurderer, at der efter betalingsmodellen ikke kan udelukkes at være et ”tilbageværende” element af støtte, vil støtten kunne godkendes af Kommissionen, hvis den har en tilskyndelsesvirkning. Af hensyn til at sikre stabile rammer for markedsaktørerne og de store investeringer i havvind kan dette overvejes, hvilket muligvis også indgår i myndighedernes overvejelser – som nævnt indledningsvist fremgår det således af Energistyrelsens redegørelse af 3. marts, at et formål med henvendelsen til Kommissionen også er at afklare et særligt juridisk spørgsmål om tilskyndelsesvirkning i tilknytning til indførelse af en eventuel betalingsmodel.

For det andet må det overvejes, om Energistyrelsen inden for det nuværende lovgrundlag har hjemmel til at stille vilkår om betaling, eller om det vil kræve en lovændring. Energistyrelsen har på baggrund af et notatudkast fra Kammeradvokaten i den forbindelse konkluderet, at det forventeligt ville være juridisk muligt at indføre betaling for udnyttelse af havarealer, og at dette vil kræve en lovændring.³¹

Kan ordningen uden videre nedlægges?

Såfremt åben dør-ordningen indebærer statsstøtte, og staten ikke kan eller vil lovliggøre ordningen, bliver konsekvensen umiddelbart, at de ansøgninger, der rammes af et element af statsstøtte, må afvises, og at ordningen – i al fald for disse og eventuelt fremtidige ansøgninger – reelt nedlægges. Herefter vil nye havvindmølleparker i Danmark som udgangspunkt alene blive realiseret gennem statslige udbud.

Nedlægges ordningen på denne måde, kan det give anledning til overvejelser om, hvorvidt staten kan ifalde et ansvar over for ansøgerne, som har handlet i tillid til ordningen. Det kan særligt overvejes, om der kan være grundlag for et krav om omkostninger afholdt i forventning om at kunne få en tilladelse (eller i forventning om den blotte mulighed for det). Denne problemstilling bliver for omfattende at komme nærmere ind på her, men det kan ikke udelukkes, at det kan få betydning, om en nedlæggelse af ordningen er et resultat af statens manglende evne eller vilje til at holde ordningen ”i live” for de ramte ansøgninger, eksempelvis hvis staten kan anvende en mindre indgribende foranstaltning – så som indførelsen af en betalingsmekanisme – til at lovliggøre ordningen i relation til statsstøttereferencerne.

²⁸ Dette forhold fremhæves også i Energistyrelsens redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen, jf. side 10.

²⁹ Det var i forbindelse med undersøgelsen af mulighederne for betalingsmodel, at der blev rejst spørgsmål om åben dør-ordningens forenelighed med EU's statsstøttereferencer, jf. Energistyrelsens redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen af 3. marts 2023, side 9-10.

³⁰ Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, p. 1–50.

³¹ Energistyrelsens redegørelse om forløbet frem mod berostillelse af åben dør-ordningen af 3. marts 2023, s. 10.

Kontakt

Henrik Saugmandsgaard Øe

Partner

T +45 88 93 44 47 | M +45 26 10 64 41
hoe@gorrissenfederspiel.com

Jacob Sandholt

Juridisk konsulent

T +45 33 41 42 63 | M +45 30 51 58 37
jasa@gorrissenfederspiel.com

Christian Halskov Sauer

Partner

T +45 33 41 41 34 | M +45 20 21 42 91
chs@gorrissenfederspiel.com

Hans Nikolaj Amsinck Boie

Advokat

T +45 86 20 74 55 | M +45 27 51 26 48
hbo@gorrissenfederspiel.com



Gorrissen Federspiel

Axeltorv 2
1609 Copenhagen V
Denmark

gorrissenfederspiel.com