

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo

Oslo, 1. februar 2011
Ansvarlig partner:
Dag Horsberg Hansen

HØRINGSUTTALELSE TIL FORSLAG TIL LOV OM ELSERTIFIKATER

1. INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev av 8. desember 2010 vedrørende forslag til ny lov om elsertifikater. Av høringsbrevet fremgår at også andre enn de som står på høringslisten står fritt til å komme med en uttalelse. Vi ønsker med dette å benytte oss av muligheten til å kommentere lovutkastet.

Grettes advokater har over tid opparbeidet seg betydelig kompetanse på rettsområder knyttet til miljø og fornybar energi, og bistår større og mindre norske og utenlandske selskaper i miljø- og energirettlige spørsmål. Vi anser det dermed som meget positivt at det nå vedtas en lov som har til formål å bidra til økt produksjon av elektrisk energi fra fornybare energikilder.

Hvorvidt et produksjonsanlegg kvalifiserer til rett til elsertifikater vil ha stor økonomisk betydning for det enkelte anlegg. Vi vil i det følgende kommentere enkelte problemstillinger knyttet til elsertifikatretten.

2. FORUTSIGBARHET FOR AKTØRENE I MARKEDET

Vi ønsker innledningsvis å påpeke viktigheten av forutsigbare rammebetingelser for aktørene i markedet. Utbygging av anlegg for produksjon av elektrisitet basert på fornybare energikilder forutsetter betydelige investeringer. Rett til elsertifikater vil innebære at innehaver av produksjonsanlegget vil få inntekter fra salg av elsertifikater i tillegg til inntekter fra salg av elektrisitet. Ved vurderingen av hvorvidt det skal investeres i et nytt produksjonsanlegg eller ikke, vil det dermed kunne være avgjørende å vite om anlegget vil få rett til elsertifikater.

Av høringsnotatet fremgår av punkt 4.1 at elsertifikatmarkedet må evalueres og justeres med jevne mellomrom. Langsiktighet i markedet skal sikres ved at vesentlige endringer i systemet fortrinnsvis vil foretas ved såkalte kontrollstasjoner, hvor eventuelle endringer drøftes mellom landene. Kontrollstasjoner vil holdes hvert femte år fra og med 2015.

Hensynet til forutsigbarhet tilsier i utgangspunktet at vesentlige endringer bør unngås. Videre vil informasjon fra myndighetene både før, under og etter innføringen av elsertifikatmarkedet være avgjørende.

476555-1A

3. RETT TIL ELSERTIFIKATER

Etter lovutkastet § 6 er det tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at innehaver av et produksjonsanlegg skal få rett til elsertifikater. Produksjonsanlegget må produsere elektrisk energi basert på fornybare energikilder etter lovutkastet § 7, være godkjent etter lovutkastet § 8, og oppfylle krav til måling og rapportering etter lovutkastet § 9.

3.1. Godkjenning av produksjonsanlegg

Det følger av lovutkastet § 8 at:

"Departementet skal etter skriftlig søknad fra innehaveren godkjenne produksjonsanlegg som kvalifiserer for rett til elsertifikater. Produksjonsanlegget må:

- a) *ha hatt byggestart etter 7. september 2009*
- b) *være et vannkraftverk med installert effekt inntil 1 MW som hadde byggestart etter 1. januar 2004, eller*
- c) *varig øke sin energiproduksjon med byggestart etter 7. september 2009."*

Lovutkastet avgrenser dermed elsertifikatretten slik at kun ny produksjon av elektrisitet fra fornybare energikilder gir rett til elsertifikater. Begrunnelsen er nært knyttet til formålet i lovutkastet § 1 om å bidra til økt produksjon av elektrisk energi fra fornybare energikilder. Tanken er at tildeling av elsertifikater til eksisterende anlegg ikke nødvendigvis vil bidra til slik økt produksjon.

3.1.1. Byggestart

I lovutkastet § 8 er begrepet byggestart valgt som kriterium for skjæringstidspunktet. For et vindkraftverk vil spørsmålet eksempelvis være om produksjonsanlegget hadde byggestart etter 7. september 2009. Hadde produksjonsanlegget byggestart før 7. september 2009, vil anlegget ikke godkjennes for rett til elsertifikater jfr. lovutkastet § 8.

Vi mener at det bør vurderes nærmere hvorvidt byggestart er et egnet kriterium i denne sammenheng.

Begrepet er ikke definert i lovutkastet § 3 som inneholder definisjoner av sentrale begreper. Dette vil etter vår oppfatning kunne medføre vanskelige tolkningsvurderinger.

(i) Ordlyd

Etter en naturlig språklig forståelse vil byggestart være det tidspunkt når byggingen av et produksjonsanlegg starter. Den nærmere forståelsen av begrepet byggestart kan reise mange spørsmål.

(ii) Forarbeider

Av høringsnotatet punkt 4.2.1 fremgår at "det er tilstrekkelig å søke om godkjenning for tildeling av elsertifikater etter reglene i loven når endelig konsesjon foreligger". Det kan reises spørsmål ved om utsagnet kan tolkes slik at departementet har ment at byggestart foreligger allerede når endelig konsesjon foreligger.

Etter merknadene til § 8 kan den som søker om anleggsgodkjenning på flere måter dokumentere at anlegget hadde byggestart etter 7. september 2009. Som eksempler nevnes fremleggelse av kontrakter som viser når byggestart har skjedd eller dokumentasjon som viser omfanget av fysiske arbeider på byggeplassen etter 7. september 2009. Det fremgår imidlertid ikke hvor omfattende arbeidene må være for at byggestart kan sies å ha funnet sted.

(iii) Analogier fra entrepriseretten

Byggestart er heller ikke et begrep som er definert i entrepriseretten eller i plan- og bygningslovgivningen, og kan derfor være vanskelig å fastslå. Det reneste tilfellet av byggestart er det tidspunktet hvor entreprenøren faktisk påbegynner det arbeidet som er hans kontraktsleveranse på byggeplass. Herunder ligger også tilrigging som etablering av brakkerigg, inngjerding av anleggsplassen mv. selv om det ikke er byggearbeider eller kontraktsarbeider i sin klare form.

Et spørsmål i den forbindelse er hvor langt slike forberedende arbeider – riggen - må være kommet for at det utgjør byggestart. Problemstillingen er praktisk dersom entreprenøren eksempelvis står for etablering av anleggsvei til byggeplassen og dette arbeidet stanses før man har kommet frem til stedet for produksjonsanlegget, på det foreslåtte skjæringstidspunktet. Tilsvarende uklar er situasjonen dersom grunneier for egen hånd har stått for enkelte mindre forberedende arbeider, for eksempel foretatt rydding av plassen og lignende, før entreprenører overhodet er kontrahert inn.

For det andre er det uklart hvorvidt prosjekteringen vil være omfattet av utkastets begrep byggestart. I totalentrepriser er prosjektering del av entreprenørens kontraktsytelse og det kan derfor være logisk å anse prosjektering for omfattet av begrepet selv om dette språklig kan synes litt anstrengt.

For det tredje er det uklart hvilket tidspunkt som skal legges til grunn dersom byggeaktiviteten har foregått i strid med offentlige tillatelser.

(iv) Svensk rett

Den svenske lag (2003:113) om elcertifikat (elcertifikatlagen) inneholder bestemmelser om utfasing av eldre anlegg i 2. kapittel, 7 §. Vilkåret er her at produksjonsanlegget er "tatt i drift" før 1. mai 2003. Det samme kriterium benyttes også i elcertifikatlagen 2. kapittel, 2 § om skjæringstidspunkter for vannkraftverk.

Ettersom en norsk elsertifikatlov vil opprette et felles elsertifikatmarked med Sverige, vil det kunne være en fordel at begrepsbruken harmoniseres.

(v) EUs fornybardirektiver

I dag er det EUs direktiv 2001/77/EC (fornybardirektiv I) som gjelder for Norge. I EU er imidlertid fornybardirektiv I avløst av direktiv 2009/28/EC (fornybardirektiv II). Fornybardirektiv II er i dag ikke en del av EØS-avtalen. Etter fornybardirektiv II artikkel 3 skal andel fornybar energi i medlemslandenes forbruk utgjøre 20 % i år 2020. For å nå dette målet er det fastsatt fornybarmål for det enkelte land i annex I til direktivet. Norske myndigheter forhandler for tiden om hvilket fornybarmål som skal gjelde for Norge.

Innføringen av et elsertifikatmarked i Norge vil være et virkemiddel for å nå fornybarmålet som vil fastsettes for Norge i fornybardirektiv II. Dette tilsier at det vil være fordelaktig at en norsk elsertifikatlov harmoniseres med fornybardirektiv II.

I fornybardirektiv II er "satt i drift" benyttet flere steder hvor et anleggs alder har betydning for om produsert energi fra dette anlegget kan bidra til et lands måloppnåelse, jfr. eksempelvis direktivets artikkel 7 nr. 2.

(vi) Reelle hensyn

Vet utforming av kriteriet for skjæringstidspunktet bør hensynet til forutsigbarhet for aktørene tillegges vekt. Innholdet av begrepet byggestart vil ha stor betydning ved at begrepet er avgjørende for hvorvidt et anlegg kvalifiserer til tildeling av elsertifikater eller ikke. Dette tilsier at hensynet til forutsigbarhet her bør være særlig tungtveiende.

(vii) Konklusjon

Vi mener at "idriftsettelse" vil være et mer presist begrep i denne sammenheng enn forslaget "byggestart", og foreslår derfor dette anvendt.

Dersom begrepet byggestart allikevel brukes, bør dette fortrinnsvis defineres i lovens § 3 om definisjoner. I så fall, og for i størst mulig grad å unngå fremtidig tolkningstvil, bør byggestart defineres som det tidspunkt hvor fysiske arbeider, som ledd i oppføring av produksjonsanlegget og i overensstemmelse med godkjent landskaps- og miljøplan, første gang igangsettes. En slik definisjon vil utelukke problemstillinger som pekt på i pkt. (iii) over, idet også prosjekteringen i all vesentlighet vil skje før planene sendes inn til NVE.

Nærmere kriterier for hvilken dokumentasjon som kan benyttes for å bevise på hvilket tidspunkt byggestart har funnet sted bør fastsettes i forskrift.

Begrepet byggestart var også benyttet i lovutkastet av 2004, og flere høringsinstanser stilte spørsmål ved hvorvidt begrepsbruken er hensiktsmessig.

3.1.2. Unntak for vannkraftverk inntil 1 MW

Av lovutkastet § 8 første ledd bokstav b fremgår at vannkraftverk med installert effekt inntil 1 MW vil kunne få rett til elsertifikater dersom anlegget hadde byggestart etter 1. januar 2004. Dette er i samsvar med overgangsordningen som ble skissert i pressemelding av 26. november 2009.

NVE deler småkraftverk inn i tre kategorier. Mikrokraftverk under 100 kW, minikraftverk mellom 100 og 1000 kW og småkraftverk mellom 1000 og 10 000 kW. Etter lovutkastet kan dermed mini- og mikrokraftverk med byggestart etter 1. januar 2004 få rett til elsertifikater. Det bør imidlertid vurderes om alle småkraftverk med kapasitet på inntil 10 000 kW med byggestart etter 1. januar 2004 bør få rett til elsertifikater. I følge Småkraftforeninga ble 183 småkraftverk bygget mellom 1. januar 2004 og 7. september 2009.

I den svenske elsertifikatlagen oppstilles skjæringstidspunkter for vannkraftverk i 2. kapittel, 2 §. I bestemmelsens første punkt unntas imidlertid vannkraftverk med en installert effekt som ikke overstiger 1500 kW fra skjæringstidspunktet. Det vil kunne virke tilfeldig at den norske elsertifikatloven ikke benytter den samme effektgrensen som i Sverige. Vi mener derfor at effektgrensen i § 8 ikke under noen omstendighet bør settes under 1500 kW.

Vi mener imidlertid at gode grunner kan tale for å innlemme all småkraftverk i unntaket slik at vannkraftverk med installert effekt inntil 10 MW som hadde byggestart (eller ble satt i drift) etter 1. januar 2004 kan få rett til elsertifikater.

Det fremgår verken av høringsnotatet eller av merknadene til § 8 hva som er hensynet bak regelen i lovutkastet § 8 første ledd bokstav b. En begrunnelse for å inkludere i elsertifikatordningen småkraftverk inntil 1000 kW som er bygget fra 1. januar 2004 er at disse kraftverkene er mer miljøvennlig enn store vannkraftverk. Denne begrunnelse gjør seg imidlertid også gjeldende med en viss styrke for all småkraft inntil 10 MW.

Etter den svenske elsertifikatlagen 2. kapittel 3 § 2. punkt kan eldre vannkraftverk få rett til elsertifikater dersom ombygginger eller investeringer i anlegget medfører at produksjonen ikke ellers kan være lønnsom. I slike tilfeller gjelder en effektgrense, slik at kun anlegg som har en installert effekt på maks 15 MW kan gi rett til elsertifikater. Av de svenske forarbeidene følger at en viktig begrunnelse for effektgrensene i elsertifikatlagen er at store vannkraftverk ofte er lønnsomme uten den ekstraintekt som elsertifikatene vil gi. Dette argumentet bør kunne tillegges vekt også ved vurderingen av hvilke vannkraftverk som bør gis rett til elsertifikater dersom byggestart fant sted etter 1. januar 2004. Som småkraft regnes i Norge vannkraftverk inntil 10 MW. Slike vannkraftverk bør dermed etter vår oppfatning få rett til elsertifikater dersom de hadde byggestart etter 1. januar 2004.

Det at all småkraft med byggestart etter 1. januar 2004 gis rett til elsertifikater vil i tillegg få den positive virkning at likviditeten i elsertifikatmarkedet økes. Dette er særlig viktig i startfasen hvor mengden norsk produksjon som kvalifiserer til rett til elsertifikater trolig vil være liten. Innlemming av småkraft vil dermed kunne bidra til at man unngår høy sertifikatpris med korresponderende høy strømpris i forbindelse med innføringen av elsertifikatmarkedet.

3.1.3. Tilbakebetaling av støtte

Av lovutkastet § 8 fjerde ledd følger at:

"Produksjonsanlegg som har mottatt statlig investeringsstøtte og som har hatt byggestart etter 7. september 2009 skal bare godkjennes dersom den mottatte investeringsstøtten tilbakebetales. Departementet kan fastsette nærmere forskrifter om tilbakebetaling, herunder om renter."

Av merknadene til bestemmelsen følger at bestemmelsen har betydning for vindkraft som har fått investeringsstøtte fra Enova SF og finansiert gjennom Energifondet.

Vi mener at det er positivt at mottatt investeringsstøtte ikke utelukker et anlegg fra deltakelse i elsertifikatmarkedet. Den enkelte innehaver av slike produksjonsanlegg vil dermed kunne vurdere hvorvidt det er sannsynlig at rett til elsertifikater i større grad vil bidra til lønnsom produksjon enn investeringsstøtten. Det må her tas i betraktning at elsertifikatene vil gi en løpende inntekt. Det vil dermed for de fleste anlegg trolig ikke være mulig å tilbakebetale mottatt investeringsstøtte i én transaksjon. Forskrifter om tilbakebetaling bør dermed utformes slik at disse produksjonsanleggene vil ha en reell mulighet til å delta i elsertifikatmarkedet.

Vennlig hilsen
Advokatfirmaet Grette DA



Harald Fosse
partner
hafo@grette.no


Maria T. Haga
advokatfullmektig
math@grette.no