

Olje- og energidepartementet
Postboks 8148 Dep
0033 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@oed.dep.no

Deres ref: 10/01381-
12

Vår ref: 107111/v1

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@advokatforeningen.no
T +47 22 03 50 61

01.02.2011

Høringsuttalelse - ny lov om elsertifikater

Vi viser til departementets høringsbrev av 8. desember 2010 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for energirett, vannkraft, olje og gass. Lovutvalget består av Gunnar Martinsen (leder), Cecilie Bjelland, Astrid Skjønborg Brunt, Preben Falck og Odd Harald Berg Wasenden.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

Departementets lovforslag om et sertifikatmarked for fornybar elektrisitet bygger på de rammer og grunnprinsipper som er lagt gjennom forutgående Stortingsmeldinger om samme tema, og er i stor grad en videreføring av utkastet til lov om pliktige elsertifikater i 2004.

Et pliktig elsertifikatmarked er et tiltak for å øke produksjonen av elektrisitet fra fornybare energikilder. Lovforslaget innebærer i hovedtrekk at produsenter av fornybar elektrisitet mottar sertifikater etter hvor mye de produserer. Kraftleverandørene blir samtidig pålagt å kjøpe sertifikater i forhold til sine leveranser, og kostnadene fordeles på sluttbrukerne av elektrisitet. I tillegg er visse forbrukere av elektrisk kraft gjort elsertifikatpliktige. Produsentene av fornybar

elektrisitet vil dermed få en inntekt fra salg av sertifikater i tillegg til inntekten fra salg av elektrisitet. Denne tilleggsinntekten skal bidra til å gjøre det lønnsomt for utbyggerne å bygge ny fornybar elektrisitetsproduksjon.

Advokatforeningen vil innledningsvis påpeke at en ordning med pliktige elsertifikater synes å være et positivt og hensiktsmessig virkemiddel for å stimulere til utbygging og produksjon av fornybar energi. Advokatforeningen er enig i de grunnleggende hensyn og prinsipper lovforslaget bygger på, og ser det som særlig viktig at den kommende loven gjøres så enkel og lett anvendelig som mulig. Dette både for å sikre at markedet for elsertifikater ikke hemmes av et for omfattende og komplisert regelverk, samt for at regelverket skal være så tilgjengelig og forutberegnelig som mulig for aktørene i markedet.

I denne sammenheng nevnes at for å kunne etablere et felles sertifikatmarked i Norge og Sverige, må de to lands regelverk harmoniseres og samordnes. Advokatforeningen vil påpeke at de nødvendige avklaringer som gjenstår før den norske loven kan tre i kraft bør skje raskt, slik at oppstart av markedet ikke utsettes unødige. Det forutsettes at en slik harmoniserings- og samordningsprosess ikke leder til endringer i de grunnleggende prinsippene og kjernebestemmelsene i lovforslaget.

Advokatforeningen legger til grunn at det er en grunnleggende forutsetning ved ordningen at elsertifikatene kan omsettes uavhengig av omsetningen av den fysiske kraften.

Advokatforeningen vil i det følgende peke på og kommentere en del sentrale problemstillinger i departementets høringsnotat:

1. I høringsnotatets innledende kapitler synes departementet å forutsette at en ordning med pliktige elsertifikater i stor grad skal være et alternativ til dagens virkemidler for de aktuelle teknologiene. Departementet tar imidlertid ikke stilling til hvorvidt dette innebærer at dagens virkemidler, og eventuelt hvilke av disse, skal avvikes som følge av innføringen av pliktige elsertifikater. Hvorvidt det er hensiktsmessig at slike ordninger avvikes eller erstattes når loven om elsertifikater trer i kraft, har imidlertid Advokatforeningen ikke hatt grunnlag for å ta stilling til.
2. I kapittel 4.2 redegjøres for hvilke typer produksjonsanlegg som skal kvalifisere for rett til elsertifikater.

Advokatforeningen er i hovedsak enig i de vurderinger og prinsipper departementet her legger til grunn, herunder at det er hensiktsmessig med mest mulig objektive og nøytrale krav slik at ordningen blir enkel å praktisere og forutsigbar for utbyggerne.

Når det gjelder hvilken fornybar energi som skal omfattes av ordningen, er imidlertid Advokatforeningen av den oppfatning at en grense som regnes fra byggestart, jf lovforslaget § 8 første ledd, kan være uheldig. Både reelle hensyn og retts tekniske hensyn taler for at skillet bør gå ved driftssetting av anleggene, ikke byggestart. Det vil kunne by på betydelige praktiske problemer å definere hva som skal anses som byggestart og hva som er rene forberedende arbeider. Hensynet til at ordningen skal være enkel å praktisere og gi mest mulig forutsigbarhet for aktørene, tilsier derfor at grensen settes til driftssetting, ikke byggestart. Det er heller ikke ønskelig at prosjekter stanses for sikkerhets skyld, for at det deretter søkes om ny konsesjon for samme eller lignende

prosjekt for å bli omfattet av sertifikatordningen. Advokatforeningen viser for øvrig til NVEs vurderinger og kommentarer i rapport 11/2004 om grønne sertifikater på s 58, og slutter seg til det som er sagt der. Advokatforeningen viser også til at den svenske loven legger driftssetting til grunn, og ikke byggestart, jf kapittel 2 § 2 i lag 2003:113 om elsertifikat. Advokatforeningen gjør for ordens skyld oppmerksom på at en endring fra ”byggestart” til ”idriftsettelse” vil ha materiell betydning (ved at flere anlegg blir omfattet), dersom man ikke samtidig korrigerer de datoene som fremgår i lovutkastet.

3. I kapittel 4.3 redegjøres for omfanget av elsertifikatplikten, det vil si hvem som skal være pliktige til å anskaffe elsertifikater samt hvor store kvotene (antall elsertifikater som må anskaffes) skal være.

Departementet foreslår at enhver som leverer elektrisk energi til sluttbruker samt visse kraftforbrukere er sertifikatpliktige. Ordningen er i tråd med det gjeldende svenske regelverket, og synes hensiktsmessig ut i fra et harmoniseringsperspektiv.

Videre har departementet lagt opp til at elsertifikatplikten gjelder ved leveranser av elektrisk energi som nevnt i Stortingets vedtak om forbruksavgift på elektrisk kraft § 1, slik det lyder for budsjetterminen 2011. Dette innebærer at bare levering eller uttak av elektrisitet med ordinær eller redusert sats på forbruksavgift for elektrisk kraft er omfattet. Henvisning til reglene om forbruksavgift på elektrisk kraft innebærer en oversiktlig avgrensning av sertifikatpliktige kraftleveranser, og fremstår som grei å håndtere av strømleverandørene. Nettselskapene har i dag ansvaret for å fakturere forbruksavgiften på elektrisk kraft og har dermed oversikt over hvilke leveranser som vil være beregningsrelevante. Lovforslaget pålegger nettselskapene en plikt til å opplyse de elsertifikatpliktige som selger kraft i deres områder om hvilke leveranser som skal tas med i beregningen av elsertifikatplikten. Etter Advokatforeningens syn er dette er en fornuftig løsning.

4. I kapittel 4.4 beskrives forvaltningen av elsertifikatordningen, herunder oppgavefordelingen mellom de ulike aktørene.

I kapittelet nevnes blant annet nettselskapenes rolle og ansvar i en ordning med elsertifikater. I henhold til departementets lovforslag vil nettselskapene pålegges enkelte informasjons- og rapporteringsoppgaver i forbindelse med ordningen. Dette vil typisk være innrapportering av den mengde energi elsertifikatberettigede produsenter har levert inn på nettet, samt mengde energi som er forbrukt i nettet og som er relevant for beregningen av omfanget av elsertifikatplikten for de elsertifikatpliktige. Dette innebærer at rapporteringen fra nettselskapene vil danne det viktigste faktagrunnlaget for fastsettelse av de rettigheter og plikter loven omhandler.

Nettselskapenes rapportering av levert energi til sluttbrukerne baserer seg i stor grad på tall som fremkommer av måleinstrumenter som avleses av den enkelte sluttbruker. Det er med andre ord rom for flere feilkilder, både fordi det kan være feil ved målerne, og fordi ikke alle sluttbrukere leser av måleren jevnlig eller ikke gjør det på en korrekt måte. I lovforslaget omtales ikke nettselskapenes eventuelle ansvar verken overfor myndighetene eller øvrige aktører i elsertifikatordningen for eventuelle feil ved de tall som rapporteres.

Etter Advokatforeningens syn vil det være hensiktsmessig om det i loven slås fast at i den grad feil ved antall utstedte elsertifikater eller antall annullerte elsertifikater beror på feil ved de tall som er rapportert av nettselskapene, skal dette ikke gi grunnlag for tilbakekalling av utstedte sertifikater eller ileggelse av avgift for manglende annullering av elsertifikater. Lovens system bør med andre ord være at de tall som er rapportert av nettselskapene legges til grunn som endelige idet de er benyttet som grunnlag for enten utstedelse eller annullering av sertifikater. Noe annet vil kunne skape en unødig usikkerhet i markedet og blant aktørene, og kan også medføre kompliserte etteroppgjør i etterhånd mellom aktørene. Eventuelle feilmålinger vil i alle tilfelle normalt gå begge veier, og mengden feilmålt energi vil jevne seg ut over tid.

5. I forlengelsen av ovennevnte har Advokatforeningen kommentarer til lovforslagets manglende regulering av adgangen til å tilbakekalle eller omgjøre utstedelse og annullering av elsertifikater. Departementet legger til grunn at den fortløpende utstedelse av sertifikater skal utføres av registeransvarlig, og av den grunn ikke vil være å anse som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Dette innebærer i tilfelle at heller ikke forvaltningslovens bestemmelser om blant annet omgjøring av vedtak kommer til anvendelse på utstedelsen av elsertifikater.

På denne bakgrunn anser Advokatforeningen det som nødvendig at det i loven fastsettes begrensninger i adgangen til å rette eller endre, herunder tilbakekalle, utstedte elsertifikater. Dette vil også være nødvendig av hensyn til aktørene i ordningen, som bør kunne stole på at utstedte sertifikater ikke kan trekkes tilbake, og særlig ikke etter at de er omsatt. Som hovedregel bør det etter Advokatforeningens syn ikke være adgang til å gjøre endringer i utstedelsen etter at elsertifikatene er registrert på den elsertifikatberettigedes konto.

Advokatforeningen antar videre at en elsertifikatberettiget som, uansett årsak, har behov for et stadfestende vedtak fra kontrollmyndighetens side med hensyn til omfanget av tildelingen, skal kunne kreve dette. Bestemmelsen i forslaget § 10 femte ledd synes noe snevert formulert for dette formål.

6. Ut fra departementets lovforslag oppfylles elsertifikatplikten ved at registeransvarlig hvert år annullerer antallet elsertifikater som den elsertifikatpliktige har angitt til annullering. Det er imidlertid noe uklart i hvilket øyeblikk det overfor den enkelte sertifikatpliktige foreligger et endelig vedtak om omfanget av sertifikatplikten hvert år, og som danner grunnlaget for annulleringen av sertifikater. Etter Advokatforeningens oppfatning er det vesentlig at et slikt vedtak må foreligge før annullering faktisk foretas for å sikre aktørene den nødvendige forutberegnelighet. Særlig gjelder dette fordi ikke all levert energi skal anses som beregningsrelevant, idet det da lett vil kunne oppstå tvil om omfanget av beregningsrelevante leveranser. Slik tvil må nødvendigvis avklares før annullering foretas, slik at den elsertifikatpliktige unngår uønsket avgift for manglende annullering av elsertifikater som følge av uklarheter i regelverket.
7. Etter departementets vurdering utgjør ikke elsertifikater finansielle instrumenter etter verdipapirhandelloven. Det følger imidlertid av høringsforslaget at elsertifikater vil kunne være fysiske underliggende for varederivater etter verdipapirhandelloven, og at dette vil reguleres i verdipapirlovgivningen. Advokatforeningen bemerker at slike avledede

kontrakter ikke vil være varederivater etter gjeldende definisjon i verdipapirforskriften § 2-1 første ledd, men etter omstendighetene vil representere finansielle instrumenter etter definisjonen i verdipapirforskriften § 2-1 tredje ledd (c).

8. Det fremkommer av høringsnotatet kapittel 5.7 at etter departementets vurdering innebærer ikke lovforslaget offentlig støtte, og at norske myndigheter derfor ikke plikter å notifisere ESA om elsertifikatordningen. Likevel uttaler departementet at det vil vurdere om det av hensyn til rettslig sikkerhet kan være hensiktsmessig å forhåndsmelde tiltaket til ESA. Etter Advokatforeningens oppfatning må eventuelle avklaringer overfor ESA gjennomføres på et tidlig tidspunkt, slik at man ikke risikerer at gjennomføringen av loven forsinkes av dette.
9. I kapittel 7 redegjør departementet nærmere for de enkelte bestemmelsene. I det følgende fremkommer Advokatforeningens syn på disse, der det finnes særskilt å bemerke i tillegg til det som fremkommer foran.
10. Når det gjelder angivelsen av elsertifikatberettigede anlegg i §§ 6-8, vises i hovedsak til det som er sagt over i punkt 2 vedrørende avgrensningstidspunktet for fornybar energi som omfattes av ordningen.
11. Lovforslaget § 12 omhandler omsetning og registrering av elsertifikater. I bestemmelsens sjette ledd foreslås regler om registeransvarligs adgang til å rette feil i registeret. Advokatforeningen antar at denne rettingsadgangen ikke omfatter feil av materiell art og som griper inn i tildelte rettigheter eller plikter. I den grad det skal være adgang til å gjøre slike endringer i ettertid, for eksempel i antall tildelte sertifikater, bør dette kun skje etter vedtak og instruks fra kontrollmyndigheten. For øvrig vises til Advokatforeningens kommentarer i punkt 5 over, med hensyn til adgangen til tilbakekall eller omgjøring av utstedelse av elsertifikater mv.
12. I § 13 er det foreslått en noe annen ordlyd i andre ledd første punktum, sammenlignet med § 12 andre ledd første punktum, med hensyn til henholdsvis pantsetters og selgers ansvar for at rettshandelen registreres i registeret. Advokatforeningen antar imidlertid at det ikke er hensikten at det skal være noen realitetsforskjell her, og ordlyden i de to bestemmelsene bør da være lik.
13. I § 28 gis en hjemmel for å fastsette bestemmelser om gebyrer for registrering, kontoføring mv. Slike gebyrer bør bygge på et selvkostprinsipp for å unngå unødig fordyring av sertifikatordningen. Advokatforeningen legger til grunn at det utarbeides forskrifter som nærmere regulerer registerførers rolle, ansvarsponering og prinsipper for fastsettelse av gebyr.

Advokatforeningens hovedsynspunkter kan oppsummeres slik:

Advokatforeningen er positiv til innføringen av en ordning med elsertifikater, og er i hovedsak enig i de vurderinger som ligger til grunn for departementets lovforslag.

Etter Advokatforeningens syn, kan det være hensiktsmessig at avgrensningen av hvilken fornybar energi som skal omfattes av loven settes til det enkelte anleggs driftssetting, ikke byggestart.

Etter Advokatforeningens syn bør det slås fast i loven at utstedte elsertifikater som hovedregel ikke kan kalles tilbake etter at de er registrert på den sertifikatberettigedes konto i elsertifikatregisteret. Videre bør de tall nettselskapene leverer og som danner grunnlaget for antall utstedte og annullerte elsertifikater anses som endelige, og det bør ikke åpnes for etteroppgjør eller korreksjoner i etterkant dersom det viser seg at det hefter feil ved disse tallene.

Vennlig hilsen

Merete Smith
generalsekretær