

Notat

HØRINGSNOTAT

HØRINGSFRIST: 1. NOVEMBER 2010

SIKKERHETSSTILLELSE FOR GARANTIER VED INNGÅELSE AV LANGSIKTIGE KRAFTAVTALER

Innholdsfortegnelse

Sikkerhetsstillelse for garantier ved inngåelse av langsiktige kraftavtaler.....	1
1. Hovedinnhold	1
2. Bakgrunn.....	2
3. Gjeldende rett	6
4. Behovet for pantsettelse av kraftkontrakter	8
5. Om hvilke aktører kraftavtalen skal kunne stilles som sikkerhetsobjekt overfor	9
6. Vurdering av de ulike løsningene	10
6.1 Utvidelse av pantedgangen.....	10
6.2 Presisering av definisjonen varederivat i verdipapirforskriften § 2-1.....	12
6.3 Unntak fra boets inntredelsesrett.....	13
6.4 Departementets forslag	14
7. Økonomiske og administrative konsekvenser	16
8. Forslag til lovtekst og spesialmerknad	16

1. Hovedinnhold

Stortinget vedtok 8.12.2009 i Innst. 8 S (2009-2010) regjeringens forslag om at det skal etableres en garantiordning under Garanti-instituttet for eksportkreditt (GIEK) for kraftintensiv industris kraftkjøp med en ramme på 20 mrd. kroner i statsbudsjettet for 2010. Formålet med ordningen er å gjøre det lettere for industrien å skaffe finansiering ved inngåelse av langsiktige kraftavtaler.

Regjeringen opplyser i Prop. 1 S 125 (2009-2010) at langsiktige kraftavtaler skal kunne stilles som sikkerhet for garantier i ordningen, men at hjemmelsgrunnlaget for en slik sikkerhetsstillelse må vurderes nærmere. Slik sikkerhetsstillelse kan redusere GIEKs risiko i de enkelte garantiengasjementene, og kan således være avgjørende for inngåelse av og vilkårene i de enkelte garantiavtalene i ordningen.

Etter gjeldende rett er det ikke noen generell hjemmel for pant i langsiktige kraftavtaler. Trolig vil kraftavtaler med adgang til finansielt oppgjør kunne pantsettes etter panteloven kapittel 4, men det er neppe alle av de aktuelle langsiktige kraftavtalene som faller inn under definisjonen av finansielle instrumenter i verdipapirhandelloven § 2-2.

En annen form for sikkerhet kan GIEK skaffe seg gjennom å være part i selve kraftavtalen og å sikre seg en inntredelsesrett i fall garantiansvaret blir utløst. En slik privatrettslig avtale om rett til inntreden i kraftavtalen vil imidlertid ikke stå seg overfor konkursboets inntredelsesrett i alle konkurssituasjoner, jf. dekningsloven § 7-3. Der konkursboets inntredelsesrett går foran en avtale om inntredelsesrett, vil en slik avtalt inntredelsesrett bare ha verdi for GIEK hvis boet ikke velger å tre inn i avtalen. For at GIEK skal kunne få tilfredsstillende sikkerhet for sine garantier, må det dermed enten sikres at alle kraftavtaler skal kunne pantsettes, eller det må sikres at GIEK skal kunne avtale inntredelsesrett i kraftavtalene uten hinder av konkursboets inntredelsesrett i skyldnerens avtaler etter lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) § 7-3.

Nærings- og handelsdepartementet vil parallelt med høringen av dette lovforslaget notifisere garantiordningen til EFTAs overvåkningsorgan ESA. Dette vil gi økt rettslig sikkerhet for at innretningen av ordningen er i tråd med EØS-avtalen.

Nærings- og handelsdepartementet foreslår i dette høringsnotatet en lovendring som innebærer et unntak fra dekningsloven § 7-3 om konkursboets rett til inntreden i skyldners avtaler. Lovendringen vil gi garantistiller i langsiktige kraftavtaler inntredelsesrett foran konkursboet i en konkurssituasjon. Nærings- og handelsdepartementet foreslår at bestemmelsen plasseres i dekningsloven.

2. Bakgrunn

Om garantiordningen

Regjeringens forslag om å etablere en ny garantiordning for kraftintensiv industris kjøp av kraft på langsiktige vilkår er omtalt i Prop. 1 S (2009-2010) s. 166 og i Prop. 125 S. (2009-2010) s. 75. Stortinget vedtok regjeringens forslag i Innst. 8 S (2009-2010) og i Innst. 350 S (2009-2010). Garantiordningen er for 2010-budsjettet gitt en ramme på 20 mrd. kroner.

Garantiordningen skal være på ordinære forretningsmessige vilkår og innenfor EØS-avtalens rammer. Ordningen skal notifiseres til EFTAs overvåkningsorgan ESA før den gjøres operativ. Formålet med ordningen er å gjøre det lettere for industrien å skaffe seg langsiktig finansiering ved inngåelse av langsiktige kraftavtaler. Dette vil kunne skape økt likviditet i markedet for lange kraftavtaler

og vil være et viktig bidrag til å sikre at den kraftintensive industrien videreutvikler sine virksomheter i Norge.

Langsiktige kraftavtaler inngås som oftest bilateralt mellom kraftselger og store kraftkjøpere, og er normalt spesialtilpasset kraftkjøpers forbruksprofil. I slike avtaler krever gjerne kraftselger at kraftkjøper stiller med motpartsgarantier. Konsekvensen av mislighold fra kraftkjøpers side reduseres for kraftselger dersom kraftkjøper stiller med slike motpartsgarantier. Krav om motpartsgarantier er relativt nytt i kraftbransjen og har vært aktuelt siden 2004-2005. Tidligere stilte kraftselgere hovedsakelig krav til egenkapitalandel, eventuelt også krav om pant i bedriftens eiendeler, ved inngåelse av kraftavtaler. Departementet antar at de tidligere stilte kravene ikke lenger er tilstrekkelige siden kraftselger nå fremsetter krav om motpartsgarantier.

De siste av de eksisterende myndighetsbestemte langsiktige kraftavtalene utløper i 2010 og i 2011. Selv om store deler av disse kraftvolumene er blitt erstattet med nye langsiktige kraftavtaler, står mange kraftintensive industribedrifter overfor usikre leveringsvilkår fra rundt 2020. Denne situasjonen gjør at flere industribedrifter ønsker å inngå nye langsiktige kraftavtaler. Samtidig finnes det en rekke planer for nye investeringer i den kraftintensive industrien, inkludert oppgradering av eksisterende anlegg, bruk av ny teknologi, energieffektivisering samt nye prosjekter, som innebærer investeringer i nye anlegg. Investeringer i denne industrien har gjerne en tidshorison på 20-40 år, og langsiktige kraftavtaler antas å være avgjørende for nye investeringer. Graden av langsiktighet og den andelen av langsiktige kraftavtaler som ønskes inngått, varierer mellom ulike bransjer innenfor kraftintensiv industri. Aluminiumsindustrien er den bransjen som sterkest uttrykker behov for langsiktighet.

Departementet er kjent med at det ikke tilbys langsiktige garantier for dette formålet utover seks-syv år i markedet. Dette gjelder selv om langsiktige garantier i prinsippet kan være et lønnsomt forretningsområde. Departementet kjenner heller ikke til at det tilbys så lange garantier i andre sektorer. En rekke private finansinstitusjoner er imidlertid aktive i markedet for kortere garantier, for eksempel garantier for handel over Nord Pool.

Ved etableringen av garantiordningen får partene et instrument til å håndtere motpartsrisikoen forbundet med langsiktige kraftavtaler. Etter departements vurdering kan dette gjøre det enklere for flere aktører å ta del i markedet for langsiktige kraftavtaler og således bedre effektiviteten i dette markedet.

Garantiordningen skal gjelde for virksomheter registrert innenfor Statistisk sentralbyrås næringskoder (SN2002) 20, 21, 24 og 27, og som har et årlig kraftforbruk på minst 10 GWh. Dette omfatter 80-90 bedrifter innenfor trelast og trevare, treforedling, kjemiske produkter og metaller. Garantier kan gis til

enkelvirksomheters kraftkjøp eller til kraftkjøp foretatt av en sammenslutning av virksomheter (konsortier) innenfor kraftintensiv industri. Garantier skal ikke ytes til industribedrifter og konsortier som er i økonomiske problemer.

Garantier kan i ordningen stilles både overfor kraftselger og banker eller andre långivere som finansierer kraftkjøpet. Kraftavtaler det garanteres for, må være inngått med en kraftselger i EØS-området. Dette inkluderer både omsettere av kraft og kraftprodusenter. En kraftavtale må ha en varighet på minst sju år for å kunne bli omfattet av ordningen. Formålet med dette vilkåret er å stimulere til inngåelse av langsiktige kraftavtaler samtidig som Nord Pools virksomhet ikke påvirkes for mye negativt av ordningen. Garantier kan gis for kraftavtaler på inntil 25 års varighet.

Garantier i ordningen kan gjelde ved konkurs, insolvens og manglende betalingsvilje. Garantiene skal være koblet til en konkret transaksjon, for et angitt beløp eller beløpsandel og for en begrenset tidsperiode. I tråd med EØS-avtalens statsstøtteregler skal garantien til enhver tid maksimalt dekke 80 pst. av den underliggende finansielle forpliktelsen som garantien svarer mot. Ved mislighold kan GIEKs tapsdekning maksimalt utgjøre 80 pst. av det tapet som oppstår.

GIEK vil ha en risikobasert tilnærming ved inngåelse av garantier og ved fastsettelse av garantipremier. Risikoen vil ved hver enkelt garantistillelse vurderes på grunnlag av alle relevante faktorer, inkludert forhold som garantitakers kredittverdighet, garantitakers sikkerhetsstillelse, den konkrete kraftavtalen og relevante markedsforhold. Klassifikasjonen av risiko danner så grunnlag for garantipremiens størrelse.

Overdragelse av en garantert kraftavtale må godkjennes av GIEK som da vil vurdere vilkårene i garantiavtalen for å sikre at ordningen er på forretningsmessige vilkår.

Ved garantistillelse overfor konsortier skal de faktiske brukerne av kraften være betalingsansvarlige for sine respektive andeler i den grad konsortiet i seg selv ikke anses å utgjøre en akseptabel risiko for GIEK ut fra forutsetningen om at ordningen skal gå i balanse. GIEK skal om nødvendig stille nærmere krav til innholdet i avtalen mellom deltakerne i konsortiet og deres morsekaper. Ved inngåelse av garantier skal GIEK også vurdere kraftselgers soliditet og kreve morselskapsgarantier, bankgarantier eller liknende dersom dette synes nødvendig. Garantien fra GIEK skal på en rimelig måte reflektere nåværende og fremtidig forbruk hos kraftkjøper.

Om Garanti-instituttet for eksportkreditt (GIEK)

Garanti-instituttet for eksportkreditt (GIEK) er en statlig forvaltningsbedrift som har som hovedoppgave å fremme norsk eksport av varer og tjenester og investeringer i utlandet gjennom å utstede garantier på vegne av den norske stat.

GIEK har et styre som er oppnevnt av Nærings- og handelsdepartementet. GIEKs garantitilbud omfatter i dag långiver-, leverandørkreditt-, kontrakts-, bond-, investerings-, remburs-, byggelåns- og anbudsgarantier.

Om notifikisering til ESA

Garantiordningen skal være på ordinære forretningsmessige vilkår og i tråd med fastsatte prinsipper i EØS-regelverket. Ordningen skal notifiseres til EFTAs overvåkningsorgan ESA før den gjøres operativ. Departementet har siden etableringen av ordningen ble offentliggjort høsten 2009 vært i dialog med ESA om notifikisering. Formell notifikasjon vil bli sendt medio september 2010.

Om sikkerhet i kraftavtaler

Regjeringen foreslår i Prop. 125 S (2009-2010) at garanterte kraftavtaler, sammen med andre eiendeler, skal kunne stilles som sikkerhet for garantier i ordningen, men at dette spørsmålet må vurderes nærmere før ordningen er operativ.

Nærings- og handelsdepartementet har vurdert dette spørsmålet. Departementet er kommet frem til at det per i dag neppe er tilstrekkelig hjemmel for pantsettelse av bilaterale langsiktige kraftavtaler. Videre vil en avtale om inntredelsesrett trolig komme i konflikt med konkursboets rett til inntreden i en konkurssituasjon, jf. dekningsloven § 7-3. Se vurdering av disse spørsmålene under punkt 3 og 4 nedenfor.

Om krafthandel over Nord Pool og bilaterale avtaler

Det fysiske kraftmarkedet i Norden er Nord Pools elspotmarked. Her settes prisene for ett døgn av gangen basert på aggregerte tilbuds- og etterspørselskurver. Over Nord Pool handles det med ulike produkter med en varighet fra éndagsavtaler til seksårsavtaler. Med andre ord faller handelen over Nord Pool utenfor garantiordningen for langsiktige kraftavtaler. Felles for all handel over Nord Pool er at avtalene er standardiserte og at handlene foregår over en børs slik at selger og kjøper ikke møter hverandre. Prisen i alle handler over Nord Pool settes i spotmarkedet på dagsbasis. I avtaler som løper over flere dager, måneder eller år, motregnes spotprisen mot de forhåndsavtalte prisene slik at det løper et finansielt oppgjør mellom partene avhengig av prisutviklingen. Langsiktige handler over Nord Pool kan derfor sies å være rene prissikringsavtaler som sikrer partene mot fremtidige svingninger i kraftprisen.

Nettselskapet, og ikke kraftprodusenten, er ansvarlig for den fysiske leveransen til forbrukeren i det norske markedet. Det er også nettselskapet som er ansvarlig for at produsenten får levert produsert kraft ut til kundene i kraftsystemet. Det er ikke mulig å reservere kapasitet i kraftnettet, og forbrukerne forholder seg i utgangspunktet kun til ett nettselskap.

I tillegg til handel over Nord Pool handles det enkelte bilaterale langsiktige kraftavtaler direkte mellom kraftselgere og store kraftforbrukere. Det er i praksis

disse avtalene som omfattes av garantiordningen for langsiktige kraftavtaler. Dette er gjerne skreddersydde kraftavtaler utover seks-syv år og som er tilpasset kjøperens forbruksprofil og prissikringsbehov. Prisen i disse avtalene er gjerne avtalt i kontrakten og motregnes normalt ikke mot spotprisen på Nord Pool. Prisen kan imidlertid være knyttet opp mot relevante prisindekser.

3. Gjeldende rett

Generelt om kraftavtalene som sikkerhetsobjekt

Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven) er den alminnelige loven om pant. I tillegg finnes det enkelte særlover på området. Det panterettslige legalitetsprinsipp i panteloven § 1-2 andre ledd innebærer at det kreves lovhjemmel for å avtale rettsgyldig pant. Uten rettsgyldig pant har man ingen beskyttelse mot konkursboet eller enkelfølgende kreditorer.

En panterett er en sikkerhet for et økonomisk krav, og betyr at en formuesgjenstand står som sikkerhet for det økonomiske kravet kreditor har mot debitor. Den som har panterett har en særlig rett til å søke dekning for kravet i det pantsatte formuesgodet, en rett som går foran eierens øvrige kreditorer. Hvis debitor misligholder det økonomiske kravet (pantekravet), kan panthaveren få dekning for sitt krav i formuesgjenstanden. Dette skjer oftest gjennom salg, men også ved at panthaver overtar objektet eller søker dekning i pantets avkastningsverdi (ved å overta bruken eller leie det ut).

Verken panteloven eller annen spesiallov inneholder bestemmelser som hjemler pant i kraftavtaler spesielt. Trolig kan likevel kraftavtaler i prinsippet innrettes slik at det er mulig å etablere tilfredsstillende sikkerhet for GIEKs eventuelle krav mot kraftkjøper. Det vil være tilfelle hvis avtalene inngås i en form som gjør dem til finansielle instrumenter som kan registreres i et verdipapirregister. I så fall vil de kunne pantsettes etter panteloven § 4-1.

En alternativ måte å sørge for sikkerhet for GIEK, er om GIEK som vilkår for garantistillelse krever å være avtalepart i avtalen mellom kraftkjøper og kraftselger, og at GIEK i denne avtalen gis en inntredelsesrett i kraftkjøpers krav mot kraftselger for det tilfelle at garantiansvaret utløses.

Aktuelle muligheter for å sikre tilstrekkelig sikkerhet gjennom gjeldende regelverk gjennomgås nedenfor, hhv. gjennom pant eller inntredelsesrett i kraftavtalen.

Pant i kraftavtalen

Panteloven § 4-1 hjemler avtalepant i verdipapirer og finansielle instrumenter. Etter tredje ledd kan finansielle instrumenter som er registrert i et verdipapirregister, pantsettes ved registrering i verdipapirregisteret.

Verdipapirregisterloven §§ 2-1 og 2-2 regulerer hvilke finansielle instrumenter som skal eller kan innføres i et verdipapirregister. Det fremgår av § 2-2 første ledd at "finansielle instrumenter som nevnt i verdipapirhandeloven § 2-2 kan innføres i et verdipapirregister, med de rettsvirkninger som følger av denne lov." I verdipapirhandeloven § 2-2 er "finansielle instrumenter" definert blant annet til "derivater", jf. første ledd nr. 4. I § 2-2 femte ledd er "derivater" definert. Det følger av § 2-2 femte ledd nr. 2 at "varederivater" er omfattet av definisjonen. I verdipapirforskriften § 2-1 første ledd bokstav a er varederivater definert: "Opsjoner, terminer, bytteavtaler, framtidige renteavtaler og alle andre avledede kontrakter med varer som underliggende og som enten skal gjøres opp finansielt eller kan gjøres opp finansielt dersom en av partene ønsker det."

Avgjørende for om en kraftavtale vil falle inn under definisjonen på varederivat i forskriftens § 2-1 a) er dermed om forpliktelsene i kraftavtalen kan gjøres opp finansielt.

En kraftavtale er i utgangspunktet en avtale mellom kjøper og selger av kraft om betaling av en viss mengde elektrisk strøm over et angitt tidsrom. Siden nettselskapene står for den fysiske leveransen av strømmen, er avtalen mellom kjøper og selger normalt sett å anse som en ren finansiell avtale. Det finnes en rekke ulike avtaletyper i kraftmarkedet hvorav de aller fleste er standardiserte avtaler som handles over den nordiske kraftbørsen Nord Pool. I tillegg inngås det enkelte langsiktige bilaterale kraftavtaler direkte mellom kraftselgere og store kraftkjøpere. Dette er gjerne skreddersydde avtaler tilpasset kraftkjøpers særegne behov, og slike avtaler kan inneholde betingelser som gjør dem mindre omsettbare enn andre avtaler. Slike betingelser kan for eksempel være at prisene er knyttet til valutaindekser, andre varepriser eller betingelser som sikrer at kraftprodusenten blir kompensert for eventuelt økt skatt ved videresalg eller lavere kraftforbruk hos kraftforbrukeren.

Langsiktige kraftavtaler som inngås over Nord Pool vil kunne pantsettes etter panteloven § 4-1. Etter departementets syn vil imidlertid de langsiktige bilaterale kraftavtalene (ut over seks års varighet) som ønskes i den kraftintensive industrien inngått gjerne falle utenfor definisjonen og dermed ikke kunne pantsettes etter panteloven § 4-1. Dette skyldes at disse kraftavtalene er skreddersydd i en slik grad at de vil falle utenfor definisjonen av finansielle instrumenter.

Usikkerheten rundt kontraktstypene, samt at det ikke er ønskelig fra myndighetenes side å gå særlig langt i reguleringen av hvilke avtaletyper kraftkjøper og kraftselger skal inngå, vanskeliggjør bruk av alminnelig panterett som sikkerhetsform. At vi i Norge ikke har noen tradisjon for pant i kontrakter, taler også for å finne andre løsninger enn panterett i selve kraftkontrakten.

Rett til inntreden i kraftavtalen

Et alternativ til sikkerhet gjennom en panterett er at GIEK gis en inntredelsesrett i kraftavtalen og at denne inntredelsesretten blir tilstrekkelig sikret mot andre kreditorer. Partene kan i utgangspunktet fritt avtale at garantistiller har rett til inntreden i kraftavtalen i kraftkjøpers sted ved mislighold.

Det er imidlertid et spørsmål om en slik inntredelsesrett for GIEK står seg overfor kraftkjøpers konkursbo og enkeltfølgende kreditorer. I en konkurssituasjon vil boet i henhold til lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) § 7-3 ha rett til å tre inn i skyldnerens avtaler. Dekningsloven § 7-3 første ledd første punktum lyder: "Kommer skyldnerens bo under konkursbehandling, har konkursboet rett til å tre inn i de gjensidig tyngende avtaler skyldneren har sluttet."

Hensikten med boets inntredelsesrett er å ivareta hensynet til rasjonell bobehandling. Det kan være vanskelig å gjennomføre bobehandlingen på en rimelig økonomisk måte hvis boet ikke har adgang til å tre inn i skyldnerens avtaler mot den annen parts vilje, jf. NOU 1972:20.¹ Boet får gjennom dekningsloven § 7-3 mulighet til å utnytte verdiene som ligger i skyldnerens kontrakter, enten dette er verdier som ligger opparbeidet i bestillinger under arbeid, eller verdier i form av gunstige avtaler.² Et viktig formål med inntredelsesretten er således å øke omfanget av midlene kreditorfellesskapet kan ta beslag i ved å gi boet en rett til å tre inn i de kontraktene som er gunstige for konkursboet.³ Konkursboet gis altså mulighet til å utnytte de verdiene som ligger i skyldnerens kontrakter.

En privatrettslig avtale om inntredelsesrett vil ikke ha noen verdi i en konkurssituasjon hvis boet velger å tre inn i avtalen etter dekningsloven § 7-3.

4. Behovet for pantsettelse av kraftkontrakter

Om, og på hvilke vilkår GIEK kan tilby garantier avhenger av en rekke faktorer slik som risikoen for mislighold, tapspotensialet og aktuelle objekter GIEK kan ta pant i. Siden sikkerhetsstillelse kan bidra til å minimere GIEKs tap ved mislighold, vil stilte sikkerhetsobjekter følgelig også kunne redusere GIEKs risiko i en garantiavtale.

Sikkerhet kan i utgangspunktet stilles i en rekke av kraftkjøpers nåværende og fremtidige verdier, for eksempel pant i fast eiendom, driftstilbehør, varelager, enkle pengekrav og såkalt factoringpant. I tillegg kan det tas sikkerhet i aksjer,

¹ NOU 1972:20: *Gjeldsforhandling og konkurs* s. 311

² Se om dette i bl.a. Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 1999

³ Se Arne Tjaum: *Valuta og renteswaper* (1996) s. 361-364, Sjur Brækhus: *Konkursrett* (1970) side 163 og Mads H. Andenæs: *Konkurs* (1999) 2. utgave side 149

verdipapirer og andre finansielle instrumenter hvis kjøper har denne typen verdier. Også morselskapsgarantier kan være aktuelt. Morselskapsgarantier innebærer at GIEK kan kreve betaling fra morselskapet i tilfeller der den kraftintensive bedriften, eventuelt kraftselger (datterselskapet) som misligholdt kraftavtalen, har gått konkurs. GIEK skal også kunne kreve tilstrekkelig sikkerhet i andre aktiva og overfor de aktørene GIEK ser behov for knyttet til garantiavtalene.

Ved inngåelse av en garantiavtale vil GIEK i utgangspunktet ønske å ta sikkerhet i alle tilgjengelige verdier hos garantitaker. Departementet er kjent med at enkelte kraftintensive virksomheter ikke nødvendigvis har frie verdier av særlig størrelse som er tilgjengelig for slik sikkerhetsstillelse. Årsaken kan være at virksomheten allerede har pantsatt alle tilgjengelige verdier eller at virksomhetens kreditorer har sikret seg gjennom såkalt negativ panteklausul slik at ytterligere verdier ikke kan pantsettes.

Siden en langsiktig kraftavtale i utgangspunktet kan utvikle seg enten positivt eller negativt sammenlignet med markedsprisen på kraft gjennom avtaleperioden, kan kraftavtalen ha en positiv verdi som et sikkerhetsobjekt for GIEK. Årsaken er at den garanterte kraftavtalen kan ha en positiv restverdi i en situasjon der kraftkjøper har svak lønnsomhet og står i fare for å misligholde kraftavtalen og garantien. Sikkerhet i en langsiktig kraftavtale vil derfor kunne minimere GIEKs tap som følge av mislighold og således redusere GIEKs risiko i de ulike garantiengasjementene. For virksomheter som ikke har andre verdier å stille som sikkerhet, kan sikkerhet i kraftavtalen være en forutsetning for at GIEK vil vurdere risikoen i en garantiavtale som forretningsmessig interessant.

5. Om hvilke aktører kraftavtalen skal kunne stilles som sikkerhetsobjekt overfor

Departementet er kjent med at det i dag ikke tilbys garantier i markedet utover seks-syv år, selv om slike garantier etterspørres av aktører i markedet. En rekke private finansinstitusjoner er imidlertid aktive i markedet for kortere garantier, for eksempel garantier for handel over Nord Pool. Gjennom etablering av en statlig garantiordning under GIEK for langsiktige kraftgarantier gis aktørene i markedet et instrument for håndtering av motpartsrisikoen ved langsiktige kraftavtaler.

Departementet ser ikke bort fra at enkelte private aktører også kan se slike langsiktige garantier som et interessant forretningsområde, noe som vil være et positivt bidrag til å sikre effektiviteten i dette markedet. Kraftkjøper bør dermed ha mulighet til å stille den langsiktige kraftavtalen som sikkerhet både overfor private og offentligrettslige foretak som tilbyr denne typen langsiktige garantier. Av hensyn til EØS-avtalens forbud mot diskriminering med hensyn på nasjonalitet må slik sikkerhet kunne stilles overfor alle selskaper innenfor EØS som tilbyr garantier.

Det er lagt til grunn at garantier i ordningen skal kunne stilles både overfor kraftselgere og banker eller andre långivere som finansierer kjøp av langsiktige kraftavtaler. Industrien selv trekker frem forskuddsbetaling av kraft som et viktig element som vil bidra til inngåelsen av nye kraftavtaler. At private aktører inkluderes kan være positivt for effektiviteten i markedet for lange kraftavtaler. I slike tilfeller kan det være interessant for långiver/banken å ha sikkerhet i kraftavtalen. Behovet for sikkerhet i kraftavtalen kan med rimelighet antas å være tilsvarende som for GIEK. For å kunne fremme private aktørers deltakelse i markedet for finansiering av langsiktige kraftavtaler bør kraftavtalen etter departementets syn derfor også kunne stilles som sikkerhet overfor långivere/banker i EØS-området som bidrar til å finansiere langsiktige kraftavtaler.

Vi har også lagt til grunn at eventuelle andre garantistillere som tilbyr garantier overfor langsiktige kraftavtaler, samt långivere til slike kraftavtaler skal likestilles med GIEK hva angår adgang til å ta sikkerhet i langsiktige kraftavtaler.

6. Vurdering av de ulike løsningene

Departementet har vurdert ulike alternative modellene av hvordan GIEKs grunnleggende behov for sikkerhet i kraftavtalen. De ulike modellene gjennomgås nedenfor.

6.1 Utvidelse av pantedgangen

Det panterettslige legalitetsprinsipp slår fast at det kreves lovhjemmel for at en avtale om pant skal ha rettsvern, jf. panteloven § 2-1. Begrensninger i pantsettelsesadgangen er særlig begrunnet i at det skal være frie midler igjen til usikrede kreditorer. Panteloven har generelle regler om hvilke typer formuesgoder det kan etableres lovlig pant i. Eventuelle hjemler i spesiallovgivningen går foran panteloven.

Som nevnt, vurderer departementet gjeldende rett slik at det ikke foreligger tilstrekkelig hjemmel for å pantsette alle typene kraftavtaler som det er ment skal falle inn under garantiordningen. Det er trolig en åpning for at kraftavtalene i prinsippet kan pantsettes etter reglene for finansielle instrumenter i panteloven § 4-1, men dette vil være helt avhengig av hvordan de enkelte kraftavtalene er utformet.

For at garantier i ordningen ikke skal ekskludere skreddersydde bilaterale kraftavtaler som faller utenfor definisjonen av finansielle instrumenter, kan det følgelig være et alternativ å utvide pantsettelsesadgangen til å favne alle langsiktige kraftavtaler.

Dette kan gjøres enten gjennom en ny bestemmelse i panteloven eller gjennom en ny bestemmelse i en spesiallov, for eksempel energiloven. En slik hjemmel kan sikre pantsettelsesadgang for alle kraftavtaler som faller utenfor definisjonen av varederivater i verdipapirforskriften § 2-1.

Panterett i en kraftavtale vil kunne gis rettsvern ved registrering av kraftavtalene og eventuelle heftelser i et register. Dette alternativet innebærer trolig at det må opprettes et nytt register eller gjøres endringer i et eksisterende register (eksempelvis Løsøreregisteret). Et register vil gi stor legitimitet, notoritet og publisitet, men det vil være ressurs- og tidkrevende å opprette og drifte. Et alternativ er å gi melding om pantsettelsen til kraftselger slik som ved pantsettelse av pengekrav. Dette innebærer mindre ressursbruk, men vil gi samtidig gi mindre notoritet og publisitet.

I norsk rett er det ikke tradisjon for pantsettelse av avtaler, og en adgang til pantsettelse av kraftavtaler vil dermed bryte med denne tradisjonen.

Hvor en slik hjemmel mest hensiktsmessig kan plasseres, vil blant annet avhenge av om hjemmelen skal gjelde for garantiordningen spesielt eller pant i skreddersydde avtaler generelt.

Panteloven er systematisk inndelt etter type formuesgoder og inneholder bestemmelser om pantsettelse av de ulike formuesgodene. En bestemmelse om pantsettelse av langsiktige kraftavtaler vil derfor ikke i utgangspunktet fremstå som et særsyn i loven. Formålet med en utvidelse av pantedgangen er imidlertid begrenset til å øke likviditeten i markedet for langsiktige kraftavtaler alene, og kan tale for at en eventuell hjemmel bør legges til spesiallovgivningen.

Fordelen med en slik pantsettelsesadgang er at den kan være med på å muliggjøre inngåelsen av langsiktige kraftavtaler og skape likviditet i dette markedet. Dette vil hjelpe kraftintensiv industri og legge til rette for langsiktige investeringer og satsninger under forutsigbare rammer.

På den annen side vil en pantsettelsesadgang skje på bekostning av kraftkjøpers usikrede kreditorer fordi de i en konkurssituasjon ikke vil kunne få tilgang til verdiene i en langsiktig kraftavtale.

Departementet ber spesielt om høringsinstansenes vurderinger av om kraftkjøper og kraftselger har en beskyttelsesverdig interesse i å inngå kontrakter som faller utenfor definisjonen i verdipapirhandelloven § 2-2, og som dermed ikke kan pantsettes etter gjeldende rett.

6.2 Presisering av definisjonen varederivat i verdipapirforskriften § 2-1

En rekke kraftavtaler faller inn under definisjonen av varederivat i verdipapirforskriften § 2-1, og kan dermed antakelig pantsettes etter panteloven § 4-1, tredje ledd. Dette gjelder trolig alle avtaler som handles over Nord Pool samt enkelte bilaterale avtaler. Skreddersydde bilaterale kraftavtaler kan imidlertid etter departementets vurdering falle utenfor definisjonen av varederivat fordi ikke alle forpliktelsene i disse avtalene kan gjøres opp finansielt. Dette gjør at slike bilaterale avtaler heller ikke er lett omsettelige.

I utgangspunktet er det ikke helt opplagt om langsiktige bilaterale kraftavtaler kan pantsettes etter dagens regelverk. Odd Harald B. Wasenden (2007)

Energimarkedsrett (s.57) slår fast at: "kontraktene over Nord Pool vil falle innenfor definisjonen etter [verdipapir]forskriften § 2-1 (1) (a)". Videre skriver han at "det samme vil gjelde store deler av den bilaterale handel i det nordiske markedet – i og med at denne foregår i standardiserte kontrakter og meldes inn for clearing på Nord Pool. For den øvrige bilaterale handel må kontraktene analyseres på individuell basis, og det er klart at enkelte mer skreddersydde kontrakter vil falle utenfor definisjonen."

Bortsett fra å antyde en grense, går ikke Wasenden (2007) nærmere inn på å drøfte avgrensningen av hvilke "skreddersydde" avtaler som vil falle utenfor definisjonen av varederivat i verdipapirhandelforskriften § 2-1. Skreddersømmen i bilaterale kraftavtaler varierer mellom de ulike avtalene som inngås og knytter seg til kraftkjøpers særegne behov. Det kan omfatte leveranseprofil, kraft til fysisk mottak og bruk av kraft i henhold til avtalen, kraftprisen kan være knyttet til ulike prisindekser og det kan være vilkår om at kraftselger skal kompenseres for skattekostnader dersom kraftkjøper videreselger kraft. Slike særvilkår kan gjøre kraftavtalen som sådan lite omsettelig og vil også kunne være til hinder for at kraftkjøper videreselger kraft som skal mottas i henhold til avtalen. I de fleste tilfeller er likevel ikke dette noe stort problem siden kraft kjøpt gjennom langsiktige kraftavtaler normalt tilsvarer bedriftens grunnlastbehov for kraft, dvs. den kraftmengden bedriften regner med å bruke uavhengig av mindre svingninger i aktivitetsnivået.

Det avgjørende for om en kraftavtale kan sies å falle inn under definisjonen av varederivat i forskriftens § 2-1 er om forpliktelsene i kraftavtalen kan gjøres opp finansielt. De fleste bilaterale langsiktige kraftavtaler som inngås vil antakelig falle utenfor definisjonen og dermed heller ikke kunne pantsettes etter panteloven § 4-1.

Avgrensningen i forskriftens § 2-1 kan være uklar når det gjelder hvilke langsiktige bilaterale kraftavtaler som vil falle inn under definisjonen av derivater i forskriften. Det kan derfor være hensiktsmessig med en presisering. Finansdepartementet er gitt hjemmel i verdipapirhandelloven § 2-2 sjette ledd til å gi nærmere forskrift om hva som skal anses som finansielle instrumenter etter bestemmelsen. Selv om en

slik presisering vil gjøre avgrensingen klarere, vil løsningen antakelig ekskludere en rekke skreddersydde bilaterale kraftavtaler som ønskes inngått i industrien.

Gjennomføringsforordningen (forordning 1287/2006) til MiFID (verdipapirmarkedsdirektivet, direktiv 2004/39/EG) kap. 6 inneholder nærmere definisjoner av varederivater og såkalte "eksotiske derivater", jf. verdipapirhandelloven § 2-2 femte ledd nr. 2 og nr. 5. Ettersom forordningen skal gjennomføres "som sådan" i norsk rett, jf. EØS-avtalen art. 7, medfører kommisjonsforordningen til MiFID et fullharmonisert regelverk på de områder som omfattes av forordningen. Det vil således være i strid med Norges EØS-forpliktelser dersom man utvider eller presiserer definisjonen av varederivater eller "eksotiske derivater".

Nærings- og handelsdepartementet mener følgelig at dette alternativet ikke kan sies å være i tråd med formålet med etableringen av garantiordningen, nemlig å fremme etableringen av langsiktige kraftavtaler i den kraftintensive industrien.

6.3 Unntak fra boets inntredelsesrett

Avtale om rett til inntreden i den garanterte kraftavtalen kan være et hensiktsmessig alternativ til pantsettelse. Dette vil kunne sikre GIEK rett til de verdier som kan ligge i at en garanterte kraftavtale på misligholdstidspunktet har prisvilkår som ligger under forventede spotmarkedspriser på kraft.

Ut fra gjeldende rett er det i utgangspunktet fritt frem for partene (garantistiller, kraftkjøper og kraftselger) å avtale at garantistiller har rett til inntreden i skyldners avtaler. En slik avtale vil imidlertid etter gjeldende rett trolig ikke komme foran konkursboets rett til inntreden etter dekningsloven § 7-3. For å sikre at avtaler om inntredelsesrett i langsiktige kraftavtaler står seg i en konkurssituasjon vil det dermed være behov for en lovendring.

Det kan gjøres ved et unntak fra hovedregelen i dekningsloven § 7-3. Et slikt unntak vil sikre GIEK rett til å tre inn i avtalen uavhengig av om GIEK rekker å gripe inn før konkursen inntreffer. Dermed vil en slik adgang kunne redusere GIEKs risiko i garantiavtalene siden eventuelle verdier i en garantert kraftavtale vil kunne tilfalle GIEK.

Unntaket kan hjemles som et nytt tredje ledd i dekningsloven § 7-3 eller hjemles i spesiallov (for eksempel energiloven). Hvor unntaksbestemmelsen skal plasseres avhenger blant annet av om lovendringen gjelder garantiordningen spesielt eller om inntredelsesretten skal gjelde mer generelt. Det kan imidlertid være et selvstendig poeng å plassere unntaket i samme lovbestemmelse som regulerer hovedregelen om konkursboets inntredelsesrett.

En rett til inntreden vil kunne sikre GIEK hele den gjenværende verdien av en langsiktig kraftavtale, selv der denne verdien er større enn GIEKs utbetalinger etter garantien. Pant er derimot alltid knyttet til et fastsatt beløp, jf. panteloven § 1-4. Følgelig vil en inntredelsesrett kunne sikre GIEK større verdier enn en panterett. Dette vil i så fall kunne redusere GIEKs risiko ytterligere. Alternativt kan det avtales, eventuelt fastsettes i lovbestemmelsen at inntredelsesrett kun skal bidra til inndekning av garantistillers eller långivers påførte tap. En slik bestemmelse vil kunne sikre at større verdier er tilgjengelige for konkursboet, men vil samtidig kunne redusere verdien av kraftavtalen som sikkerhetsobjekt. Departementet ber særskilt om eventuelle innspill fra høringsinstansene om dette forholdet.

Å hjemle et unntak fra konkursboets rett til å overta skyldnerens avtaler, vil kunne redusere de frie midlene som er igjen til usikrede kreditorer i en konkurssituasjon. Det vil også kunne skape problemer med hensyn til å gjennomføre en rasjonell bobehandling. Det kan tenkes situasjoner der konkursboet ønsker å tre inn i kraftavtalen for å drive virksomheten videre i en overgangsperiode, enten med tanke på salg av virksomheten eller deler av denne, eller med tanke på en rasjonell avvikling. Det kan da tenkes uheldige konsekvenser av at GIEK overtar kontraktsposisjoner som boet ellers hadde kunnet nyttiggjøre seg, og slik at en fortsatt drift vanskeliggjøres. Denne negative siden ved en lovbeskyttet inntredelsesrett må avveies mot de positive konsekvensene av sikkerhetsretten for GIEK og den betydningen garantier har for inngåelser av nye langsiktige kraftavtaler innenfor denne industrien.

6.4 Departementets forslag

Nærings- og handelsdepartementet mener at den beste løsningen vil være et unntak fra boets inntredelsesrett som beskrevet ovenfor i punkt 6.3. Dermed vil GIEK eller en annen garantistiller, eventuelt långiver, få en trygg sikkerhet for å kunne tre inn i langsiktige kraftavtaler. Det er flere fordeler knyttet til en slik løsning.

En inntredelsesrett for GIEK muliggjør garantistillelse for inngåelsen av langsiktige kraftavtaler og vil skape nødvendig og ønsket likviditet i dette markedet. Langsiktige kraftavtaler kan bidra til nye investeringer i kraftintensiv industri.

Det oppstår imidlertid også enkelte spørsmål som departementet må se nærmere på før lovendringsforslaget kan legges frem for Stortinget. Alle finansielle kraftavtaler som inngås over Nord Pool i dag, vil antakelig kunne pantsettes etter panteloven § 4-1 idet de faller inn under definisjonen av varederivater og dermed er finansielle instrumenter. Dersom en kontraktspart har sikret seg pant i en slik kraftavtale, kan det oppstå spørsmål om forholdet mellom panteretten og GIEKs inntredelsesrett. Dette vil departementet måtte vurdere nærmere.

Lovendringsforslaget vil imidlertid også kunne gå på bekostning av kreditorfellesskapet og behovet for gjennomføring av konkursbehandling. Det blir mindre igjen til øvrige kreditorer og til konkursbehandlingen for øvrig. Konkursbehandling kan blant annet være viktig for å avdekke økonomisk kriminalitet. En slik endring kan også gå ut over konkursboets muligheter til å sikre videre drift i den aktuelle industrivirksomheten siden konkursboet vil få begrensede muligheter til å videreselge den misligholdte kraftavtalen til nye interessenter.

I gitte tilfeller vil konkursboet kunne miste en merverdi fordi GIEK velger å tre inn i avtalen på bekostning av usikrede kreditorer. Dette vil kunne utfordre dekningsrettens grunnprinsipper om konkursboets inntredelsesrett i skyldnerens avtaler. Det kan spørres om en slik merverdi for GIEK, dvs. den verdien som overstiger GIEKs utbetalinger etter garantien, er noe som i tilfelle bør tilbakeføres til kraftkjøper eller kraftkjøpers bo.

Det kan også være andre utfordringer som departementet foreløpig ikke har sett, og vi ber spesielt om høringsinstansenes eventuelle innspill om dette.

Departementet foreslår å hjemle unntaket i lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) som en ny unntaksbestemmelse i § 7-3.

Dekningsloven regulerer allerede konkursboets allmenne rett til inntreden i skyldners avtaler, og en unntaksbestemmelse bør for oversiktens skyld legges i samme lov.

Det kan tenkes argumenter for at unntaksbestemmelsen bør gis en annen plassering i lovverket enn i dekningsloven, for eksempel i energiloven. Energiloven er en offentligrettslig reguleringslov og gir det rettslige rammeverket for tilrettelegging og kontroll med kraftmarkedet. Loven har bestemmelser om saksbehandling, konsesjonspliktig virksomhet, fjernvarme, systemansvar, energitilstand i bygninger, beredskap m.m. Siden hjemmelen gjelder et særtilfelle (langsiktige kraftavtaler), kan det i utgangspunktet synes hensiktsmessig å plassere bestemmelsen i spesiallov i stedet for i dekningsloven.

Energiloven inneholder imidlertid ikke bestemmelser av typisk privatrettslig karakter slik som spørsmål om kraftavtaler og pant, og dette kan tale for at unntaket til dekningsloven § 7-3 ikke bør legges til energiloven. Det kan også være et vesentlig poeng at unntaksbestemmelsen legges til den samme loven som regulerer hovedregelen om boets inntredelsesrett, all den tid usikrede kreditorer uten inngående kjennskap til energilovgivningen antakelig først og fremst vil se til dekningsloven hva angår boets rettigheter. Vi ber spesielt om høringsinstansenes eventuelle innspill om alternativ plassering av unntaksbestemmelsen, herunder plassering i energiloven eller i annen lov.

7. Økonomiske og administrative konsekvenser

For det offentlige

Stortinget har bestemt at det skal bevilges en ramme på 20 mrd. kroner til garantiordningen over statsbudsjettet for 2010. I tillegg er GIEK gitt en bevilgning på 10 mill. kroner til dekning av ordningens administrasjonskostnader frem til ordningen har egne inntekter. Bevilgningen til dekning av administrasjonskostnader vil bli dekket inn gjennom premiene i ordningen.

Skatte- og avgiftsinnbetalinger til det offentlige vil kunne reduseres som følge av at kraftkjøpers andre kreditorer får redusert dividende.

For det private

Garantiordningen har som formål å bidra til inngåelse av langsiktige kraftavtaler i industrien og vil kunne bedre effektiviteten i dette markedet. Muligheten for å stille den garanterte kraftavtalen som sikkerhet vil kunne redusere GIEKs risiko i ordningen og antas derfor å bidra til inngåelse av langsiktige kraftavtaler.

Den foreslåtte lovendringen vil kunne redusere konkursboets mulighet til å dekke sine utlegg. Dette vil få konsekvenser for alle usikrede kreditorer.

8. Forslag til lovtekst og spesialmerknad

I lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) gjøres følgende endringer:

§ 7-3 nytt tredje til femte ledd skal lyde:

Reglene i tredje til femte ledd gjelder kontrakter mellom en kraftselger og en kraftkjøper om kjøp av kraft der kraftkjøperen har et årlig kraftforbruk på minst 10 GWh i virksomhet registrert innenfor Statistisk sentralbyrås næringskoder (SN2002) 20, 21, 24 og 27, og kontrakten har en løpetid på mellom 7 og 25 år.

Bestemmelse inntatt i kraftkontrakt som nevnt i tredje ledd om at en garantistiller som ved inngåelsen av kraftkontrakten har garantert overfor kraftselgeren for kraftkjøperens oppfyllelse av kraftkontrakten, ved mislighold eller i andre tilfeller skal kunne tre inn i kraftkontrakten, overdra kraftkjøperens kontraktsposisjon til en ny kjøper eller innløse kraftkontrakten hos kraftselgeren, kan uten særskilt rettsvernsakt gjøres gjeldende overfor kraftkjøperens bo, enkeltforfølgende kreditorer og senere rettsstiftelser i kraftkjøperens kontraktsposisjon.

Fjerde ledd gjelder tilsvarende der en garantistiller ved inngåelse av en kraftkontrakt har garantert overfor finansinstitusjon for låneavtale inngått av en kraftkjøper for å finansiere forhåndsbetaling av hele eller deler av vederlaget etter kraftkontrakten.

Til dekningsloven § 7-3 nytt tredje til femte ledd

Formålet med bestemmelsene er å gi den som stiller garanti for oppfyllelsen av en kraftkontrakt, en rett til å tre inn i kraftkontrakten, overdra kjøperens kontraktsposisjon eller innløse kontrakten hos kraftselgeren dersom garantien aktualiseres, uten hinder av kjøperens andre kreditorer, konkursbo eller andre rettsstiftere. Bestemmelsene skal gjelde der en garantistiller har garantert for en kraftkjøper, eller et konsortium av kraftkjøperes, forpliktelser. Bestemmelsene skal gjelde der garantistilleren har garantert for kraftkjøperens betalingsforpliktelser overfor kraftselgeren, se fjerde ledd. Bestemmelsen skal også gjelde der garantistilleren har garantert for kraftkjøperens lån overfor lånegiveren, der lånet er tatt opp for å forhåndsbetale kraft etter en kraftkontrakt med kraftselgeren, se femte ledd.

Tredje ledd angir betingelsene for at bestemmelsene i tredje til femte ledd får anvendelse. Den aktuelle kraftkontrakten må inngås for en periode på mellom 7 og 25 år, kraftkjøperens virksomhet må være registrert innenfor Statistisk sentralbyrås næringskoder (SN2002) 20, 21, 24 og 27, og kraftkjøperen må ha et årlig strømforbruk på minst 10 GWh i denne virksomheten. Alle betingelsene må være oppfylt. Det er en forutsetning at kraftkontrakten er ment for denne virksomheten, og ikke for eventuell annen virksomhet kraftkjøperen måtte drive.

Fjerde ledd fastslår at en rett for garantistilleren til å tre inn i kraftkontrakten, overdra kraftkjøperens kontraktsposisjon til en ny kjøper eller innløse kraftkontrakten hos kraftselgeren, står seg overfor kraftkjøperens konkursbo, enkeltforfølgende kreditorer og senere rettsstiftelser i kraftkjøperens kontraktsposisjon. Regelen skal sikre at en slik inntredelsesrett rettsgyldig kan avtales i de angitte tilfellene. En forutsetning er at garantistillerens rett følger av kraftavtalen, slik at det oppnås notoritet og publisitet rundt rettsforholdet. De nærmere vilkårene for og innholdet i garantistillerens rett, fastlegges dermed i selve kraftkontrakten som en trepartsavtale mellom garantistilleren, kraftkjøperen og kraftselgeren. Bestemmelsen åpner for at partene kan avtale ulike vilkår for garantistillerens rettigheter i kontrakten, og det er ikke meningen å begrense avtalefriheten på dette punktet.

Garantien må være stilt ved inngåelsen av kraftavtalen. Den særskilte beskyttelsen gis altså ikke der garanti blir stilt for en eksisterende kraftavtale eller for et eksisterende lån. Bakgrunnen for dette er at garantiordningen er ment å stimulere til kraftavtaler som ellers ikke hadde blitt inngått.

Etter paragrafens *femte ledd* gjelder fjerde ledd tilsvarende der garantistilleren har garantert overfor en finansinstitusjon for lån til forhåndsbetaling av kraft. Meningen er at garantistilleren også i disse tilfellene skal kunne betinge seg den sikkerheten det er å kunne utnytte kraftkontraktens verdier dersom garantiansvaret blir utløst, eller det oppstår fare for at det kan utløses.