

Olje- og Energidepartementet
PB 8148 Dep
0033 Oslo

Deres ref: 18/1495-

Vår ref: ol

Dato: 18.12.2018

Innspill til rapporten "Utredning om opprinnelsesgarantier og varedeklarasjon for strøm"

Norsk Industri representerer kraftforedlende industri og flere av landets største kraftforbrukere. Industrien står for en betydelig verdiskaping og eksport av ulike industriprodukter laget med klimavennlig og fornybar kraft. Produktenes lave klimaavtrykk er en sentral komponent i den norske industriens konkurranseevne. Vi takker for muligheten til å avgi innspill på en sak som har stor innvirkning på industriens fremtidige konkurranse- og investeringsevne.

Bakgrunn

I kjølvannet av Energimeldingen i 2016 instruerte stortinget regjeringen ved OED å finne måter systemet, markedet og reguleringen av opprinnelsesgarantier kan forbedres på. OED engasjerte Oslo Economics til å utrede ulike forbedringsmuligheter. Anbefalinger og tilrådinger var ikke en del av oppdraget. Denne rapporten er nå lagt ut på høring.

Norsk Industri har lenge uttrykt sterk skepsis til opprinnelsesgarantiordningen. Vår skepsis gjelder ikke selve garantiene, men snarere koblingen mellom dem og varedeklarasjon, som i praksis skaper en feilaktig og misvisende sammenheng mellom kjøp av opprinnelsesgarantier og kraftforbruk. Denne sammenhengen er et resultat av retningslinjer utviklet av Association of Issuing Bodies (AIB), et ikke-nøytralt byrå med ansvar for å organisere garanti-handel og rapportering. AIBs retningslinjer gjør at norsk kraftforbruk, som er tilnærmet 100% fornybar-basert, på papiret fremstår som utslippsintensivt. Dette er *ikke* i tråd med ordningens formål, slik ordningen er definert av EU-kommisjonen.

Parallelt med OEDs utredning har EU-kommisjonens fornybardirektiv for perioden 2021-2030 blitt vedtatt. Direktivet, som ellers inneholder mange gode og ambisiøse målsettinger for fornybart energiforbruk, skjerper kravet om at energileverandører må bruke opprinnelsesgarantier for å dokumentere sin fornybarandel. Dette innebærer imidlertid ikke et krav om å bruke opprinnelsesgarantier til dokumentasjon av *bruk av kraft*.

Oslo Economics-utredningen

Utredningen ble lagt frem av OED den 21.september. Innholdet kan deles opp slik:

- Dokumentasjon om hvordan markedet og ordningen fungerer
- Hvordan opprinnelsesgarantier har påvirket kraftforbrukere
- Usikkerhetsfaktorer og mulige fremtidige virkninger av ordningen
- Skisser til tenkelige endringer

Under gir vi noen korte betraktninger om de ulike delene.

Hvordan markedet og ordningen fungerer

Det er betryggende at utredningen allerede i sammendraget presiserer at kjøp av opprinnelsesgarantier ikke påvirker energikildene til den fysiske leveransen og at den direkte klimavirkningen av strømforbruk med og uten opprinnelsesgarantier er den samme. Dette er et elementært poeng, men markedsføring fra enkelte

strømleverandører gjør at det kan misforstås¹. En ytterligere god og viktig presisering er at den eneste måten strømforbrukere kan velge fysisk kraftforsyningskilde er gjennom valg av etableringssted og at kunder som allerede er koblet til nettet ikke kan velge hvilken strømkilde som faktisk kommer ut av stikkontakten. Utredningen slår dermed fast at norsk strømforbruk fornybart uansett.

Utredningen drøfter inngående hvordan varedeklarasjon organiseres av NVE. Den påpeker at NVE og øvrige myndigheter (OED) langt på vei følger AIBs ønsker – varedeklarasjonen er utformet slik AIB vil og antyder klart at norsk kraftforbruk hovedsakelig kommer fra fossil kraftproduksjon. Samtidig trekker utredningen frem at *Forskrift om måling, avregning, fakturering av nettjenester og elektrisk energi, nettselskapets nøytralitet mv.* er rettet mot kraftleverandørenes atferd, og regulerer ikke hvordan kraftkunder (f.eks. industribedrifter) bruker eller ikke bruker varedeklarasjonen deres kraftleverandører oppgir. Kraftkunder kan i henhold til gjeldende regulering velge å se bort fra varedeklarasjonen når de informerer egne kunder om sine energikilder. Utredningen forklarer at internasjonal klimarapportering pålegger bedrifter å bruke både en lokasjonsbasert metode (fysiske forhold) og en markedsbasert metode (med bruk av opprinnelsesgarantier) ved dokumentasjon av strømbruk. Lokasjonsbasert og markedsbasert metode er sidestilt. Kraftkunder har altså anledning til å bruke fysiske forhold som grunnlag for dokumentert energibruk.

Et siste viktig poeng som trekkes fram er industribedrifters reservasjon mot å kjøpe opprinnelsesgarantier. Dette har flere grunner. Den viktigste er at de ikke ønsker å legitimere et system, utformet av en ikke-nøytral aktør, som har store regulatoriske svakheter, muliggjør grønnvasking og på papiret gjør norsk kraft ikke-fornybar.

Hvordan opprinnelsesgarantier påvirker forbrukere

Et vesentlig poeng i utredningen er at opprinnelsesgarantier så langt trolig har vært netto innbringende for det norske samfunnet. Kraftprodusenter og deres eiere tjener på eksport av garantiene, og industrien har så langt ikke tapt, rent finansielt, på ordningen. Dette er trolig en riktig vurdering. Samtidig anerkjenner utredningen at det finnes en *alternativkostnad* for industrien, og at denne vil forsterkes i fremtiden. Alternativkostnaden består i tapt konkurransefortrinn (tap av fornybaregenskaper) og tapt ny virksomhet ettersom norsk "fornybarhet" kan kjøpes andre steder.

Industribedriftene som har bidratt til utredningen oppgir at de ikke bruker opprinnelsesgarantier til å dokumentere kraftforbruk og klimaavtrykk. De bruker isteden fysiske forhold. Dette har de full anledning til i henhold til internasjonale rapporteringssystem. Norske selskaper som kjøper opprinnelsesgarantier har gjerne krav fra utenlandske eiere eller andre konsernstrategier som begrunnelse.

Usikkerhetsfaktorer

Utredningen omtaler usikkerhetsfaktorer både fra tilbudssiden (fornybar-basert kraftproduksjon i Europa) og (den norske) etterspørselssiden. Felles for disse usikkerhetene er at de vil påvirke prisen på norske opprinnelsesgarantier, og utredningen gjør korte vurderinger av hva dette kan bety for norske store kraftforbrukere (industri). Alcoa Norway brukes som eksempel i utredningen. Dersom Alcoa tvinges til å kjøpe opprinnelsesgarantier, vil dette utgjøre en merkostnad på 77 millioner kroner med dagens pris.

Utredningens slutning om at europeiske kunder ikke ønsker norske opprinnelsesgarantier siden prisen på norske garantier er lavere er neppe riktig. Alle

¹ <https://www.glitreenergi.no/strom/all-var-strom-er-100-fornybar/>,
<https://www.mtestrom.no/opprinnelsesgaranti/>,
<http://www.helgelandkraft.no/strom/bedrift/gront-valg/>

norske opprinnelsesgarantier som havner på Kontinentet blir solgt, og prisen har i senere tid økt.

Rapporten påpeker, helt korrekt, at dersom kjøp av opprinnelsesgarantier i en eller annen form tvinges på norske kraftforbrukere, vil dette gjøre det mindre attraktivt å etablere industrivirksomhet i Norge.

Skisser til tenkelige endringer

Utredningen presenterer en relativt omfattende liste. Disse er:

1. Endringer knyttet til varedeklarasjon
 - a. Endre NVEs varedeklarasjon for å hindre at enkelte får et feilaktig inntrykk av klimavirkningen av norsk strømforbruk
 - b. Gjøre det obligatorisk for kraftleverandører å kjøpe opprinnelsesgarantier på vegne av alle kunder
 - c. Utforme norske myndigheters statistikk over energikilder på en måte som reduserer eksport av opprinnelsesgarantier
2. Endringer i selve ordningen
 - a. Melde Statnett ut av AIB og dermed redusere eksport av norske opprinnelsesgarantier
 - b. Fremme en mer effektiv handel og øke verdien av norske garantier opprinnelsesgarantier
3. Tenkelige endringer i skattlegging
 - a. Grunnrentebeskatning mv. på inntekter fra garanti-salg

Det er ikke gjennomført en juridisk vurdering av de ulike forslagene.

Norsk Industri ser flere forslag vi anser som hensiktsmessige, vel verdt å følge opp og implementere. Disse er først og fremst forslag 1a, 1c og 2a. Vi omtaler disse forslagene under, etter å ha drøftet det vi mener mangler i utredningen.

Vesentlig element som helt eller delvis utelates fra utredningen

Det kunne med fordel vært brukt mer plass på å beskrive fysikken, eksempelvis med tall fra 2017: Samlet fornybar kraftproduksjon var 149 TWh, mens forbruket var 134 TWh. Nettoeksporten var dermed 15 TWh, bruttoeksporten på 21 TWh og bruttoimporten på 6 TWh. Hvis vi antar at all kraftimport var ikke-fornybar, betyr dette at ikke-fornybart kraftforbruk i Norge ikke kunne ha vært høyere enn 5%. Men mye av kraftimporten er fornybar-basert. Det meste av importen (ca 4 TWh) kommer fra fornybar-dominerte Sverige. Import fra Danmark inneholder for øvrig mye vindkraft. Rent fysisk kan andelen fossil kraft i det norske systemet umulig være høyere enn 3%. Varedeklarasjonen vil ha det til at samme tall er ca 65%.

Utredningen berører så vidt koblingen mellom opprinnelsesgarantier og klimaforpliktelser. I kapittel 2 presiseres det at kjøp av opprinnelsesgarantier ikke påvirker energikildene til den fysiske kraftleveransen, og at klimavirkningen av strømforbruk med og uten opprinnelsesgarantiekjøp er den samme. Vi savner imidlertid en henvisning til EUs fornybardirektiv der det slås fast at opprinnelsesgarantier ikke har noe med utslippsmål å gjøre. AIBs retningslinjer, som sier at fornybar kraft som ikke suppleres med opprinnelsesgarantier må bruke en utslippsfaktor basert på termisk kraft, bryter med EUs presisering. Dette burde blitt problematisert. AIBs retningslinjer betyr for eksempel at elektrifisering i Norge blir et dårligere klimatiltak enn bruk av naturgass. Dette er svært misvisende og kan ikke være hensikten med opprinnelsesgarantier.

Dobbelttelling er et viktig prinsipp som utredningen knapt berører. Dette var et problem da opprinnelsesgarantiene kom for rundt 20 år siden. Da ble samme garanti gjerne solgt og brukt flere ganger. Dette skjer ikke lenger. Når AIB omtaler

dobbelttelling som et problem med dagens ordning, er det først og fremst norske industribedrifters de sikter til. AIB mener at kun opprinnelsesgarantikjøpere kan hevde å bruke fornybar, mens de som ikke gjør må bruke den såkalte restmiksen, utviklet av AIB selv. Her vil vi påpeke at restmiksen har klare mangler i seg selv – den er upresis og beregnes ulikt i flere land. Hovedproblemet med AIBs dobbelttelling-definisjon er imidlertid at den forutsetter at opprinnelsesgarantier dokumenterer *bruk* av kraft. Det gjør de ikke. Opprinnelsesgarantier dokumenterer kun produksjon av fornybar kraft, noe EU-kommisjonen selv presiserer (se under). Et system med nesten 100% fornybar kraft (se avsnitt over) kan ikke dokumentere at mesteparten av omsatt kraft i systemet kommer med andre kraftkilder.

Dessuten har opprinnelsesgarantiordningen et større dobbelttellingsproblem som AIB ikke nevner. Centre of European Policy Studies (2017)² påpeker at utstedelse av opprinnelsesgarantier til kraftproduksjon som også får obligatorisk fornybarstøtte (innmatingstariffer eller el-sertifikater) er problematisk. Obligatorisk fornybarstøtte brukes av kraftprodusenter som dokumentasjon på at de bidrar til å oppnå landets fornybarmål og at de gir landet en positiv klimaeffekt (fornybar kraft erstatter fossil). Når opprinnelsesgarantier brukes som klimadokumentasjon ved å hevde at garantikjøp betyr bruk av fornybar kraft, telles klimaeffekten i praksis to ganger. Dette er soleklar dobbelttelling.

Det er umåtelig viktig å presisere at EU trekker et klart og tydelig skille mellom klimadokumentasjon og kjøp av opprinnelsesgarantier. I det nye fornybardirektivets artikkel 25, som omhandler bruk av fornybar energi (og fornybarandel av totalt energiforbruk) i transport, presiserer direktivet at bruk av fornybar elektrisitet skal dokumenteres med fysiske forhold, ikke med opprinnelsesgarantier: "*3. To determine the share of renewable electricity for the purposes of paragraph 1 either the average share of electricity from renewable energy sources in the Union or the share of electricity from renewable energy sources in the Member State where the electricity is supplied, as measured two years before the year in question may be used.*" Her sier direktivet altså klart og tydelig at opprinnelsesgarantier ikke egner seg til å dokumentere *bruk* av energi. Dette er ikke omtalt i utredningen.

Norsk Industris kommentarer til utredningen

Norsk Industri mener Oslo Economics har gjennomført en grundig og god utredning som belyser mange aspekter, herunder en rekke problemer, med dagens opprinnelsesgarantiordning. Vi forventer at utredningens innhold leder til en bred og omfangsrik debatt om ordningens fordeler og ulemper.

Oslo Economics vurderer, etter vårt skjønn, risikoen ved ordningen på riktig måte. Med dagens praksis er risikoen begrenset for industri, selv om ordningen har medvirket til at Norge har tapt noen industrietableringer de siste årene.

Risikoen ved ordningen øker, som utredningen påpeker, dersom Norge fortsetter å formalisere ordningen i tråd med AIBs ønsker, og aksepterer at garantiene kan eller skal brukes til å dokumentere kraftforbruk. Så langt har kraftforbrukere hatt anledning til å dokumentere strømforbruk i tråd med fysiske realiteter. Ytterligere videre formalisering av ordningen kan føre til at norske industribedrifter vil møte forventninger om at de skal kjøpe opprinnelsesgarantier for å vise at de bruker fornybar kraft, eller akseptere å bruke et feil klimaavtrykk til sine kunder. Dersom tvungent kjøp blir aktuelt vil dette kunne utgjøre utgifter i hundremillionersklassen for enkeltbedrifter. Dette vil slå inn på bedriftenes globale konkurransekraft.

² "Does the EU renewable energy sector still need a guarantees of origin market?" (2017), Jaap Jansen, CEPS Policy Insight No. 2017-27/July 2017.

Uansett er det ikke aktuelt for de fleste industribedriftene å kjøpe garantier, av tre hovedgrunner. For det første ser industribedriftene ingen grunn til å kjøpe noe som beviser noe som er fysisk uomtvistelig. For det andre er dette kostbart for en industri som konkurrerer på stramme marginer i et internasjonalt marked der mange konkurrenter ikke trenger opprinnelsesgarantier. Og tilgjengeligheten av garantiene kan ikke tas for gitt – det finnes mange europeiske strømkunder som evner å betale mer for norske opprinnelsesgarantier enn norske industribedrifter. For det tredje er det ingen grunn til å legitimere en ordning som er direkte skadelig for klimabevisste fornybar-baserte norske industribedrifter.

Dersom enkeltbedrifter like fullt vurderer opprinnelsesgarantikjøp, vil dette være paradoksalt for bedrifter som satser på reell utslippsbesparende teknologi. Krav om kjøp av opprinnelsesgarantier sidestiller i praksis reelle klimatiltak (for eksempel CCS, bruk av hydrogen, bruk av biokarbon mm) med finansielle grønnvaskingsprodukter. Opprinnelsesgarantier vil dermed både gi et feilaktig og misvisende bilde på hvor rent norsk kraftforbruk er, og i tillegg medføre dissinsentiver til å gjennomføre tiltak med faktisk klimaeffekt.

Vi finner som sagt flere forslag i utredningen som kan dempe disse uheldige virkningene. Vi gjengir disse under.

Forslag 1a: Endre NVEs varedeklarasjon for å hindre at enkelte får et feilaktig inntrykk av klimavirkningen av norsk strømforbruk

Dette er et helt nødvendig tiltak uansett hvordan ordningen utformes. I dag får ikke norske kraftforbrukere god nok informasjon om hva opprinnelsesgarantier er og hva de ikke er. Så lenge kjøp av opprinnelsesgarantier knyttes til klimagassutslipp, er dette et stort problem.

Utredningen viser til noen grep som kan tydeliggjøre opprinnelsesgarantiens begrensninger. Tydeligere informasjon på NVEs nettsider er en selvfølge. Det foreslås også å fjerne gjennomsnittlig CO₂-utslipp basert på varedeklarasjonsdiagrammet og erstatte dette med CO₂-utslipp per krafttype. Dette vil hjelpe noe. Det vil også være mulig for NVE å tilføre et nytt kakediagram som viser fysisk kraftforbruk. Dette gjør skillet mellom fysiske forhold og forhold basert på opprinnelsesgarantier tydeligere.

NVE bør videre presisere, potensielt i forskrifts form, at opprinnelsesgarantier ikke rokker ved at elektrifisering i Norge er et viktig klimatiltak og at opprinnelsesgarantier ikke skal brukes i klimarapporterings-sammenheng.

Forslag 1c: Utforme norske myndigheters statistikk over energikilder på en måte som reduserer eksport av opprinnelsesgarantier

Oslo Economics presenterer et løsningsforslag der formålet er å redusere eksport av norske opprinnelsesgarantier, for eksempel ved å utforme norske myndigheters statistikk over strømforbruket som gjør at eksporten faller. Det er noe uklart hva som menes med dette forslaget og hvordan det skal konstrueres.

Norsk Industri har lenge foreslått en løsning som vi mener er sammenlignbart med dette forslaget. Så lenge opprinnelsesgarantier kobles til kraftforbruk, bør det være en sterkere kobling mellom handel med opprinnelsesgarantier og handel med kraft enn det er i dag. I praksis betyr dette å gjøre skyggemarkedet, som er opprinnelsesgarantier, mer likt det faktiske kraftmarkedet. Siden opprinnelsesgarantier handles i MWh, og det er enkelt å spore mengden MWh som krysser landegrenser, bør dette være enkelt å gjøre i praksis.

Kluge Advokatfirma AS har, på vegne av Norsk Industri, vurdert dette forslagets juridiske gjennomførbarhet. Vurderingen, som sendes sammen med denne

høringsuttalelsen, viser at en slik koblings-praksis ikke nødvendigvis bryter med EU-lovgiving, og understreker ellers at OED har et stort handlingsrom hva gjelder utforming av opprinnelsesgarantiordningen nasjonalt.

Konsekvensen av en slik ordning er at eksporten blir begrenset. Norske opprinnelsesgarantier får videre en langt høyere fornybar-troverdighet i utlandet, noe som vil øke verdien deres.

Forslag 2a: Melde Statnett ut av AIB

Statnetts medlemskap i AIB gjør oss forpliktet til å følge deres retningslinjer. Men Statnetts medlemskap er frivillig. En utmelding av AIB gir oss, som Oslo Economics forklarer, langt større handlefrihet til å utforme handel med opprinnelsesgarantier på en måte som ikke svekker konkurranseevnen til norske storforbrukere av kraft.

Vi mener at Statnett bør melde seg ut av AIB. AIB forsvarer en utvidet og mer formalisert opprinnelsesgarantiordning og er samtidig ansvarlig for å utforme retningslinjer. Dette er problematisk. Det er overhodet ikke sikkert at AIB konstruerer en ordning som tjener norske interesser. AIB har i alle sammenhenger motsatt seg enhver form for innstramning og tydeligere regulering av ordningen, og er en pådriver for at garantier skal brukes til dokumentasjon av kraftforbruk, noe utredningen viser vil skade norske interesser. Statnett bør, som en regulert og nøytral virksomhet, ikke være medlem av denne type ikke-nøytral organisasjon.

Utfallet av en eventuell utmeldelse kommer an på hvordan vi innretter opprinnelsesgarantiordningen her hjemme. Vi har ikke anledning til å avslutte utstedelse av, handel med og kansellering av opprinnelsesgarantier. Men vi får langt større frihet til å utforme ordningen slik at opprinnelsesgarantier ikke blandes sammen med klimadokumentasjon.

Det finnes ingen juridiske problemer med å melde seg ut. Portugal gjorde det i 2015.

Oppsummering: Innspill til hvordan ordningen bør forbedres

Utredningen viser at Norge i realiteten har ganske stor frihet til å bestemme hvordan opprinnelsesgarantiordningen skal utformes, også med det nye fornybardirektivet. Vi har, og bør bruke, muligheten til å forskriftsfeste at opprinnelsesgarantier kun dokumenterer *produksjon* av fornybar kraft, og skal ikke brukes på noen som helst måte i klimarapportering. Alternativt kan vi fortsette å frivillig ukritisk følge AIBs – et ikke-nøytralt byrå som lager retningslinjer for ordningen – instruksjoner som gjør norsk kraftforbruk fossilt, på papiret. Det siste vil ha en rekke uheldige konsekvenser:

- Så lenge kraftprodusenter handler opprinnelsesgarantier og samtidig *ikke* instruerer sine kunder om å kjøpe dem, vil enhver markedsføring rettet mot norske kraftforbrukere være misvisende hvis norsk kraft fremstilles som ren
- For at elektrifisering i Norge skal være et godt klimatiltak *må* man kjøpe opprinnelsesgarantier
- For norske industribedrifter vil kjøp av opprinnelsesgarantier, uansett regulering, være en stor ulempe. Det vil alltid finnes europeiske strømkunder med høyere betalingsvilje (ønsker tilgang på fornybar de ikke har) og betalingsvilje (de konkurrerer ikke på globale markeder) for norske opprinnelsesgarantier. Varer produsert i Norge mister dermed sin klimamessige konkurranseevne.
- Kjøp av opprinnelsesgarantier sidestilles med reelle klimatiltak. Dette til tross for at opprinnelsesgarantier ikke har noe med klimagassutslipp å gjøre, noe det nye fornybardirektivet presiserer.
- Insentivet til å aktivt og på reelt grunnlag velge fornybar strøm ved å etablere seg i land der kraftforsyningen er fornybar, blir borte.

- Grønnvaskingsproblematikken og villedning av forbrukere, særlig i Europa, fortsetter. Tyske forbrukere (som eksempel) vil fortsatt oppmuntres til å kjøpe fornybar-"bevis" som umulig kan være supplert av fornybar kraft.

Kjøp av opprinnelsesgarantier sier ingenting om hva som kommer ut av støpselet, det er kun et *uttrykk for at man ønsker* å få fornybar kraft. Vi mener det nesten utelukkende fornybar-baserte norske kraftsystemet er en viktig forutsetning for mer klimavennlig næringsaktivitet her hjemme, og ønsker ikke en opprinnelsesgarantiordning som trekker dette i tvil.

Norsk Industri vil ta til orde for at ordningen med opprinnelsesgarantier utformes på en måte som ikke trekker det norske kraftsystemets fornybar-egenskaper feilaktig i tvil. Det er flere måter dette kan gjøres på. De tiltak i Oslo Economics-utredningen som er verdt å følge opp er:

- 1) *Oslo Economics-forslag 1a – NVE må endre varedokumentasjon.* NVE bør forskriftsfeste at opprinnelsesgarantier ikke skal ha noen innvirkning på energiforbrukeres klimarapportering. Varedokumentasjonen må utformes på en måte som dokumenterer at fysisk norsk strømforbruk er fornybar-basert, uavhengig av opprinnelsesgarantier. NVE bør inkludere et kakediagram med fysisk kraftforbruk på sine nettsider, og beskrive tydelig hva som er forskjellen mellom norsk kraftforbruk basert på opprinnelsesgarantier og faktisk fysisk forbruk. NVE bør på samme nettside oppgi CO₂-intensitet per kraftforsyningskilde, ikke en samlet CO₂-intensitet for restmiksen.
- 2) *Oslo Economics-forslag 2a – Statnett må melde seg ut av AIB.* AIBs rolle som ikke-nøytral utformer av retningslinjer, og Statnetts medlemskap, innebærer en opprinnelsesgarantiordning som er uheldig for norske kraftforbrukere. Dersom Statnett ikke er medlem av organisasjonen står vi friere til å utvikle retningslinjer som er i tråd med fornybardirektivet og samtidig unngår uheldige virkninger.
- 3) *Oslo Economics-forslag 1c – Utforme norske myndigheters statistikk over energikilder på en måte som reduserer eksport av opprinnelsesgarantier.* Muligheten for å innføre handelsbegrensninger på opprinnelsesgarantier, slik at eksport/import av opprinnelsesgarantier ikke overstiger eksport/import av kraft, bør vurderes. En slik restriksjon vil langt på vei gi norske opprinnelsesgarantier langt mer troverdighet enn i dag.

Det norske kraftsystemet og den kraften som omsettes i Norge er tilnærmet 100% fornybar. Dette er tilfelle med eller uten opprinnelsesgarantier, og gir oss som nasjon høy grad av klimatroverdighet samtidig som det gir eksportorienterte kraftintensive bedrifter et klimamessig konkurransefortrinn på globale marked. Det gir også norske industribedrifter et svært godt utgangspunkt for satsing på teknologi som fjerner utslipp helt. En ordning basert på handel med digitale verdipapirer, heftet med åpenbare klimamessige selvmotsigelser, vil fjerne disse åpenbare norske fordelene. Det kan fort bli en kostnad som langt på vei overstiger ekstraintektene norske kraftprodusenter får av ordningen.

Med vennlig hilsen
Norsk Industri



Ole Børge Yttredal
Direktør Energi- og miljøavdelingen

Til: Norsk Industri

Fra: Clemens Kerle

Ansvarlig advokat: Bjørnar Alterskjær

Vår ref.: 319257-007\3096091\v1

Dato: Oslo, 17. desember 2018

SAKEN GJELDER: Opprinnelsesgarantier i lys av EØS-avtalen

1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING

Olje- og energidepartementet («OED») vurderer om det skal gjøres endringer i ordningen med opprinnelsesgarantier (OG) og varedeklarasjon for strøm, for å sikre at ordningene fungerer bedre enn i dag. Ifølge departementet er det viktig «å unngå at ordningen med opprinnelsesgarantier virker villedende når det gjelder sammenhengen mellom produksjon og forbruk av strøm.»¹

Oslo Economics har, på oppdrag av departementet, utarbeidet rapporten «*Utredningen av opprinnelsesgarantier og varedeklarasjon for strøm*», som nå er sendt ut på høring. Norsk Industri har fremmet flere forbedringsforslag til ordningen, blant annet forslag om at ordningen bør sikre at norske el-leverandører har OG som tilsvarer deres kraftomsetning hensyntatt fysisk fornybarandel i kraftmarkedet («forbedringsforslaget»). Norsk Industri mener dette kan gjøres på flere ulike måter.

Advokatfirmaet Thommessen AS («Thommessen») har vurdert en grovkissert modell, som skal sikre en (sterkere) kobling mellom handel med OG og handel med kraft. Modellen er basert på en (vederlagsfri) overføring av garantier fra det nasjonale opprinnelsesgarantiregisteret til «norske» kraftleverandører. Under modellen kan det kun eksporteres en mengde garantier som tilsvarer nettoeksporten av fysisk kraft. Thommessens konklusjon er at endringsforslaget er i strid med fornybardirektivet og EØS-rettslige rammer for statsstøtte og ikke-diskriminering. Selv om Thommessens konklusjon antakeligvis kun gjelder modellen som vurderes i utredningen, kan man få inntrykk av at den også knytter seg til prinsippet «(sterkere) kobling mellom handel med opprinnelsesgarantier og handel med kraft» (heretter koblingsprinsippet) som sådan.

Norsk Industri har bedt Kluge vurdere Thommessens utredning. Vi kan tilslutte oss mange av Thommessens betraktninger, og ofte er det kun nyanseforskjeller mellom Thommessens og vårt syn når det gjelder de EØS-rettslige spørsmålene saken reiser. Enkelte andre forskjeller kan nok skyldes at Thommessens utredning ble ferdigstilt før det nye fornybardirektivet forelå. Imidlertid er vi, basert på vår forståelse av det nye direktivet og statsstøtteretten, ikke overbevist om at koblingsprinsippet ikke kan innføres innenfor rammen av EØS-avtalen.

Vi mener at EØS-landene har et stort handlingsrom ved gjennomføringen av OG-reglene i fornybardirektivet, og benyttelse av dette handlingsrommet vil gjøre det mulig å realisere koblingsprinsippet. At OG-reglene under det nåværende fornybardirektivet har blitt gjennomført på ulike måter i de ulike EU-medlemsstatene

¹ Meld. St. 25 (2015–2016), punkt 1.4, siste avsnitt.

illustrerer dette handlingsrommet. Vi har vanskelig for å se at handlingsrommet har blitt vesentlig mer begrenset i det nye direktivet.

Den statsstøtterettslige vurderingen av forbedringsforslaget er kompleks. Dette gjelder særlig vilkåret om statsmidler, men også vilkåret om økonomisk fordel og selektivitet. På dette punktet tilfører vi noen ytterligere argumenter som ikke er behandlet i Thommessens utredning. Overordnet tror vi at det finnes rom for å utvikle løsninger som er i tråd med så vel statsstøtteregelveverket som EØS-rettens diskrimineringsforbud.

Hvorvidt det er ønskelig å forandre OG-ordningen i Norge slik at det er en kobling mellom handel med OG og handel med kraft, beror på politiske myndigheters vurderinger. Vårt formål er kun å synliggjøre at EØS-retten som sådan ikke bør brukes som et argument mot at det skal foretas nærmere vurderinger knyttet til om løsningen kan være politisk, økonomisk og miljømessig hensiktsmessig.

Samtidig er både utformingen av OG-ordningen statsstøtterettslige kompleks, og de EØS-rettslige sidene av saken bør utredes nærmere. Gitt at det finnes lite praksis, og den store betydningen av ordningen for næringslivet i Norge, anbefaler vi å innlede en dialog med EFTAs overvåkningsorgan (ESA) tidlig i prosessen, skulle det være ønskelig å gå videre med forbedringsforslaget.

Selv om man – av politiske eller økonomiske hensyn – ikke velger å gå videre med koblingsprinsippet anbefaler vi likevel å ta kontakt med ESA. Vi gjør oppmerksom på at det kan være like utfordrende å utelukke at dagens ordning innebærer statsstøtte, som det vil kunne være å utelukke at en mulig fremtidig OG-ordning basert på koblingsprinsippet utgjør statsstøtte. I dag mottar norske kraftprodusenter OG vederlagsfritt. Dette vil kunne anses som en selektiv fordel, finansiert av statlige midler. Selv om det kan argumenteres for at dagens ordning ikke kan tilregnes staten, er det ikke klart at en slik konklusjon er riktig. Etter vårt syn vil det uansett være hensiktsmessig å få ESAs syn på OG-problematikken mens man vurderer ulike endringer i ordningen. I den anledning kan en eventuell innføring av koblingsprinsippet også diskuteres med ESA.

2 HANDLINGSROM VED GJENNOMFØRING AV FORNYBARDIREKTIVET I NORSK RETT

Opprinnelsesgarantier ble innført i Norge som et resultat av fornybardirektivet. Direktivet ble revidert 4. desember 2018. Vi gjennomgår derfor kun relevante bestemmelser i det nye direktivet, da man ved en eventuell endring av ordningen vil måtte ta det nye direktivet i betraktning.

2.1 Opprinnelsesgarantier under det nye fornybardirektivet

I premiss 43 av direktivet er OG beskrevet på følgende måte:

“Guarantees of origin issued for the purpose of this Directive have the sole function of showing to a final customer that a given share or quantity of energy was produced from renewable sources. A guarantee of origin can be transferred, independently of the energy to which it relates, from one holder to another. However, with a view to ensuring that a unit of renewable energy is disclosed to a customer only once, double counting and double disclosure of guarantees of origin should be avoided. Energy from renewable sources in relation to which the accompanying guarantee of origin has been sold separately by the producer should not be disclosed or sold to the final customer as energy from renewable sources. It is important to distinguish between green certificates used for support schemes and guarantees of origin” (våre uthevinger)

Videre lyder det i artikkel 19:

(1) *“For the purposes of proving to final customers the share or quantity of energy from renewable sources in an energy supplier’s energy mix and in the energy supplied to consumers under contracts marketed with reference to the consumption of energy from renewable sources , Member States shall ensure that the origin of energy produced from renewable sources can be guaranteed as such within the meaning of this Directive, in accordance with objective, transparent and non-discriminatory criteria.*

(2) *“To that end, Member States shall ensure that a guarantee of origin is issued in response to a request from a producer of energy from renewable sources, unless for the purposes of accounting for the market value of the guarantee of origin Member States decide not to issue one to a producer that receives financial support from a support scheme. [...]*”

Member States shall ensure that when a producer receives financial support from a support scheme for the production of energy from renewable sources, the market value of the guarantee of origin for the same production is appropriately taken into account in the relevant support scheme. It shall be presumed that this is the case when:

[...]

(c) the guarantees of origin are not issued directly to the producer but to a supplier or consumer who buys the renewable energy either in a competitive setting or in a longterm corporate renewables power purchase agreement.

[...] “Transfers of guarantees of origin, separately or together with the physical transfer of energy, shall have no effect on the decision of Member States to use statistical transfers, joint projects or joint support schemes for target compliance or on the calculation of the gross final consumption of energy from renewable sources in accordance with Article 7”.

5. “Member States or designated competent bodies shall supervise the issuance, transfer and cancellation of guarantees of origin. The designated competent bodies shall have nonoverlapping geographical responsibilities, and be independent of production, trade and supply activities.

6. Member States or the designated competent bodies shall put in place appropriate mechanisms to ensure that guarantees of origin shall be issued, transferred and cancelled electronically and are accurate, reliable and fraud-resistant” (våre uthevinger)

Bortsett fra premiss 43 og artikkel 19 omfatter direktivet ikke andre bestemmelser som gjelder OG. Innholdet er kort oppsummert i det følgende:

- Formålet med OG er å synliggjøre for kunden hvor stor andel av den samlede energimiksen det er som stammer fra fornybar energi. Direktivet fastslår at **OG kan, men ikke må, handles** separat fra fysisk energi.
- OG skal utstedes på forespørsel fra produsenten. Direktivet **sier ikke at produsenten skal stå fritt til å disponere over OG som utstedes på deres forespørsel.**
- OGs markedsverdi skal tas i betraktning når produsenten har mottatt en annen form for støtte. Kommisjonens forslag om at produsenter som har mottatt støtte til sitt anlegg ikke skal få utstedt OG, har imidlertid ikke blitt vedtatt. Direktivet regulerer ikke om medlemsstatene skal ha inntektene fra salget av OG utstedt til slike produsenter. Derimot åpner direktivet for at OG kan overføres til kjøperen av fornybar kraft.
- Medlemsstatene skal overvåke utstedelse, overføring og kansellering av OG. Direktivet sier ingenting om hvordan OG skal brukes, hvordan handelen skal organiseres osv.

Oppsummert fastslår også det nye, slik som det nåværende, direktivet kun minimumskrav for OG. Dette medfører at medlemsstatene gis et stort handlingsrom når det gjelder gjennomføringen av direktivet, og til å tilpasse ordningen medlemsstatenes nasjonale behov. Vi vil komme nærmere inn på dette i det følgende.

2.2 Norges handlingsrom ved gjennomføring av EØS-regelverk for særlig direktiver

I Meld. St. 5 (2012–2013) «Norges avtaler med EU. Muligheter og handlingsrom» uttalte regjeringen at man ønsker «å bruke handlingsrommet i forvaltningen av avtalene» (jf. punkt 5.1) og «ivareta norske interesser i måten regelverket gjennomføres på nasjonalt» (jf. punkt 5.3.2).

Når det gjelder gjennomføringen av direktiver heter det i meldingen:

«For direktiver har myndighetene i utgangspunktet mulighet til å velge hvordan disse på best mulig måte kan gjennomføres i norsk rett. Da kan norske verdimessige, politiske og økonomiske hensyn legges til grunn innenfor rettsaktens rammer. Graden av handlingsrom vil variere avhengig av måten direktivets bestemmelser er utformet på. Der direktivet er meget klart og presist og gir lite rom for fortolkning og skjønn, vil det være vanskelig å avvike særlig fra direktivets ordlyd. Der direktivet kun gir en mer generell beskrivelse av reglene som forutsettes gjennomført i nasjonal rett, eller uttrykkelig slår fast at statene kan fravike direktivets bestemmelser på den ene eller annen måte, vil man stå adskillig friere ved gjennomføringen. Her bør man også velge en gjennomføring i tråd med norsk lovgivningstradisjon, noe som vil gjøre det enklere for dem som berøres av lovgivningen å forstå og fortolke den. Videre er det på områder hvor det gjerne brukes minimumsdirektiver, slik det ofte er tilfellet for eksempel på miljøområdet, mulig å fastsette strengere nasjonale krav, noe som gir et betydelig handlingsrom.» (våre uthevinger)

Fornybardirektivet – særlig når det gjelder OG – er etter vårt syn et typisk eksempel på et minimumsdirektiv, som gir medlemsstatene frihet til å avgjøre hvordan direktivets minimumskrav best realiseres i den enkelte medlemsstaten, tatt i betraktning statens nasjonale forhold.

Gitt at den reelle samlede energimiksen som man selger til slutt kunder i Norge nesten utelukkende er basert på fornybar kraft, skiller de norske forholdene seg vesentlig fra (nesten) alle andre EU-land. Det kan ikke utelukkes at direktivet hadde blitt utformet annerledes hvis flere EU-medlemmer hadde hatt kraftproduksjon som ligner Norges.

Det fremstår dermed i utgangspunktet som (juridisk) berettiget å ta de reelle, faktiske forholdene ved Norges kraftproduksjon i betraktning ved gjennomføringen av direktivet. Norges unike fornybarandel kan medføre at kraftkonsumenter ikke er spesielt opptatt av å velge «grønn strøm» gjennom kjøp av OG. Mange forbrukere legger sannsynligvis til grunn at elektrisiteten de kjøper er grønn. Hvis størsteparten av norske OG blir solgt til utlandet, så kan det resultere i en *de facto* dobbelttelling av OG, noe som ifølge direktivet bør unngås. Gode grunner taler for at man bør begrense salg av OG til en mengde som tilsvarer fysisk eksport av kraft, for slik å sikre at OG-ordningen ikke virker villedende.

Måten EU-medlemsstatene har gjennomført gjeldende fornybardirektiv på i de ulike medlemsstatene – beskrevet nedenfor – tilsier også at handlingsrommet ved gjennomføringen av direktivet er stort. Vi kan ikke se at handlingsrommet har blitt vesentlig mer begrenset i det nye direktivet.

2.3 Gjennomføring av fornybardirektivets OG-regler i EU-land

I sin «*impact assessment*» for direktivet, beskriver kommisjonen gjennomføringen av OG-reglene i det nåværende direktivet slik:

"It is apparent that there are differences across the EU in the way in which Member States have implemented the GO system. A 2014 consultant's report for DG Energy on progress in renewable energy found that:

- There were considerable differences between the national systems due to different approaches to implementing the requirements;*
 - Not all Member States had decided to join the Association of Issuing Bodies (AIB) which provides a standardised system for the exchange of GOs between Members;*
- [...]*

Some of the variations in the implementation of the system between Member States, reflects the flexibility inherent in the legislation. Many of these differences persist. For example, at the end of 2015, AIB had a total of 18 EU and EEA-EFTA countries as members.

A key variation is the relationship between GO issuance and national support schemes. [...]"² (våre uthevinger)

Kommisjonen bekrefter altså fleksibiliteten ved gjennomføringen av direktivet. Rapporten³ kommisjonen viser til dokumenterer dette ytterligere. Annex E til rapporten (side 286 og følgende) gir en oversikt over EU-medlemsstatenes implementering av OG-ordningen. Vi nevner her kun noen eksempler som er særlig illustrerende når det gjelder koblingsprinsippet og statlig innflytelse over overføring og prising av OG:

Bulgaria:

"GoO [Guarantees of origin] are issued to the producers and they give them to the suppliers when selling the electricity. With that, GoO serve as a double proof: on the one hand they are proof for suppliers that they sell renewable energy in their energy mix, on the other hand they serve as proof for producers of renewable energy that they are entitled to the fixed price support to be paid by the suppliers"⁴.

Østerrike:

"What may be highlighted as well is that the GoO system does not distinguish between supported and non-supported electricity. Both can obtain GoO. In fact, GoO are even used to finance the support to renewables, as the OEMAG as the agency to which renewable energy producers sell their production for the fixed feed-in prices, sells the GoO to energy suppliers together with the renewable energy. The prices for the GoO are set annually by regulation. Unsupported energy can be sold to suppliers directly, again accompanied by the GoO. [...]

As in other Member States, there is a distinction between national GoO and GoO to be transferred to other Member States. The latter are not issued for free."⁵

Ungarn:

"GoO are now the only means of proof of the renewable origin of electricity to be used towards the consumer. Purchasers under the purchase obligation used in Hungary to support renewable electricity thus get the GoO from producers in exchange for paying them the fixed prices, it seems, and use them towards the electricity consumers to which they sell"⁶ (våre uthevinger)

Forutsatt at rapportens beskrivelse er riktig, så viser oversikten at:

- Flere medlemsstater behandler «nasjonale» og eksporterte OG ulikt;
- OG er i noen tilfeller overført sammen med kraftkjøp;

² https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/1_en_impact_assessment_part1_v4_418.pdf, side 150.

³ <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/Final%20report%20-November%202014.pdf>

⁴ Side 289-290.

⁵ Side 287-288.

⁶ Side 295-296.

- Priser for OG er statlig regulert i flere land.

Vi vil ikke vurdere hvorvidt de forskjellige nasjonale OG-modellene beskrevet i det forgående er i tråd med EØS-retten. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at verken rapporten eller kommisjonens *impact assessment* indikerer at disse karakteristika vil kunne være i strid med enten direktivet eller EØS-retten generelt.

Det fremgår av oversikten ovenfor at direktivet gir medlemsstatene (og Norge) et stort handlingsrom. Vi vil i det følgende vurdere hvorvidt forbedringsforslaget til Norsk Industri, og en realisering av koblingsprinsippet mer generelt, kan være i tråd med direktivet.

2.4 Er forbedringsforslaget – og en realisering av koblingsprinsippet – i strid med direktivet?

Thommessen konkluderer med at forbedringsforslaget er strid med direktivet fordi:

1. Andre aktører enn leverandører i sluttbrukermarkedet får begrenset tilgang til norske OG;
2. Den norske staten får ingen inntekter fra det alt vesentlige av norske OG;
3. Artikkel 19(2) krever innføring av objektive, transparente og ikke-diskriminerende vilkår for *bruken* av opprinnelsesgarantiene.

Det er vanskelig å se at direktivet forplikter medlemsstatene til å sørge for at alle aktører har tilgang til (norske) OG, og at direktivet gir medlemsstatene rett til inntekter fra salget av OG.

Når det gjelder artikkel 19(2), tolker vi bestemmelsen slik at «*objective, transparent and non-discriminatory criteria*» ikke nødvendigvis gjelder ved bruk av OG. Det er kraftens *opprinnelse* fra fornybare kilder som skal garanteres på objektive, transparente og ikke-diskriminerende vilkår. Vi oppfatter det derfor som tvilsomt at forbedringsforslaget er i strid med direktivets relevante bestemmelser, og mener at det i hvert fall åpner for en ordning basert på koblingsprinsippet.

For at innføringen av en slik ordning skal være i tråd med EØS-retten forutsettes det riktignok at ordningen er ikke i strid med EØS-avtalen for øvrig. Vi vurderer dette i det følgende.

3 KOBLINGSPRINSIPPET MEDFØRER IKKE NØDVENDIGVIS TILDELING AV ULOVLIG STATSSTØTTE

3.1 Innledning

Thommessen konkluderer med at forslaget innebærer at norske kraftleverandører vil motta (ulovlig) statsstøtte. Selv om det godt kan argumenteres for at dette er tilfelle, så hadde man kunnet utdype vurderingen, både når det gjelder statsstøttebegrepet og støttens lovlighet under EØS-avtalen. Vi mener at det vil kunne være mulig å utforske nærmere om koblingsprinsippet kan realiseres i samsvar med statsstøtteregele.

3.2 Statsstøtterettslig vurdering av forbedringsforslaget

Som kjent må seks kumulative vilkår være oppfylt for at et tiltak eller ordning skal utgjøre statsstøtte. Vi fokuserer her på (i) økonomisk fordel, (ii) selektivitet og (iii) vilkåret om statlige midler. Det er særlig disse punktene hvor Thommessens vurdering etter vårt syn kunne ha vært mer nyansert.

3.2.1 Økonomisk fordel

Thommessens vurdering legger til grunn at forbedringsforslaget innebærer en vederlagsfri overføring av OG til kraftleverandører, og at disse OG har en markedsverdi (inkludert, slik vi forstår det, fordi OG kan selges videre). Overføring av markedsverdien til OG er dermed ansett som en økonomisk fordel.

Statsstøtterett er i høy grad faktumsensitivt. Vi slutter oss til Thommessens konklusjon *forutsatt* av overføringen skjer vederlagsfritt og at OG har en markedsverdi (som er tilfellet i dag).

Det er imidlertid slik vi forstår det ikke gitt: dersom Staten for eksempel også forplikter kraftleverandører til å selge strøm sammen med OG (og *bruke* OG når de selger strøm), uten å få lov til å kreve tilleggsbetaling fra kraftkonsumenter, så kan det argumenteres for at leverandører ikke mottar en fordel. I en slik ordning blir OG *de facto* automatisk kansellert ved salg av kraft i Norge, slik at varedeklarasjon tilsvarer den nasjonale energimiksen. Hvorvidt sluttbrukere mottar en økonomisk fordel i en slik situasjon, bør undersøkes nærmere.

Vi gjør for øvrig oppmerksom på at også under dagens ordning mottar kraftprodusenter en økonomisk fordel.

3.2.2 Selektivitet

Når det gjelder selektivitetsvilkåret konkluderte Thommessen med at «*ettersom opprinnelsesgarantiene kun vil overføres til leverandører i det norske sluttbrukermarkedet, og kun i den grad disse omsetter fornybar kraft, er støtten selektiv*». Thommessen viser i den forbindelse til sak SA.37345 som gjaldt en polsk ordning hvor kommisjonen i liten grad behandlet selektivitet («*aimed to favour RES electricity production as compared to electricity produced from other sources*»).

Den polske saken handler om støtte til kraftprodusenter (som riktignok er i et konkurranseforhold med produsenter av kraft fra ikke-fornybare-kilder), og ikke til kraftleverandører. Hver kraftleverandør kan velge å kjøpe fornybar kraft, og samtidig også få tilsvarende OG. Etter vårt syn er det ikke klart at en ordning hvor alle kjøpere av fornybar kraft i Norge også har rett til å få overført tilsvarende OG er selektiv.

I den forbindelse gjør vi oppmerksom på at EU-domstolen nylig har bekreftet at et tiltak bare vil være selektivt dersom tiltaket eller ordningen fører til en forskjellsbehandling av foretak i en sammenlignbar situasjon:

*“The Court has held that a measure which benefits only one economic sector or some of the undertakings in that sector is not necessarily selective. It is selective only if, within the context of a particular legal regime, it has the effect of conferring an advantage on certain undertakings over others, in a different sector or the same sector, which are, in the light of the objective pursued by that regime, in a comparable factual and legal situation”.*⁷ (våre uthevinger)

Konklusjonen om at en slik ordning som forbedringsforslaget legger til grunn er selektiv forutsetter altså at kjøpere av fornybar og ikke-fornybar kraft er i en sammenlignbar situasjon i lys av ordningens formål. Vi har vanskelig for å se at en ordning som innfører en kobling mellom overføring av kraft og OG medfører forskjellsbehandling mellom kjøpere av fornybar og ikke-fornybar kraft, slik selektivitetsvilkåret forutsetter. Det kan godt argumenteres for at man rett og slett kjøper ulike produkter, og dermed er de ulike kjøperne ikke i en sammenlignbar situasjon. Man kunne i tillegg tenke seg å gjøre ordningen «mindre selektiv» ved å utstede OG for kraft produsert fra ikke-fornybare kilder i tillegg, slik det for eksempel gjøres i Østerrike.

⁷ Cf. C-81/16 P, avsnitt 61.

Oppsummert finnes det etter vårt syn gode argumenter for at en ordning basert på koblingsprinsippet ikke er selektiv, og dermed ikke innebærer statsstøtte.

3.2.3 Statsmidler

Det mest komplekse statsstøtterettslige spørsmålet er hvorvidt forbedringsforslaget (eller andre alternativer som realiserer koblingsprinsippet) medfører en overføring av statlige midler.

Thommessens utredning knytter seg til en forståelse av vilkåret «statlige midler» som lyder: «*Ordningen må kunne tilregnes staten (statlige midler)*». Det må presiseres at vilkåret statlige midler inneholder to elementer: (i) at et tiltak/fordel kan tilregnes staten, og (ii) at det er finansiert gjennom statsmidler.

ESAs guidelines on the notion of state aid (Noa Guidelines) beskriver det slik i premiss 38:

“The granting of an advantage directly or indirectly through State resources and the imputability of such a measure to the State are two separate and cumulative conditions for State aid to exist”. (våre uthevinger)

Når det gjelder tilregningsvilkåret, er det mye som tyder på at en ordning som foreslått av Norsk Industri må tilregnes staten, slik også Thommessen vurderer det. Generelt sett er det riktig observert at jo større den statlige innflytelsen eller kontrollen er over en ordning, desto vanskeligere blir det å ikke tilregne ordningen til staten. Det faktum at OG skal bli overført til et nasjonalt (og statlig kontrollert) register, før registeret overfører OG videre til kraftleverandører, fremstår i den forbindelse som særlig relevant.

Imidlertid er konklusjonen ikke gitt. Grunnen til dette er at det kan argumenteres for at det å utstede OG (til produsenter) isolert sett ikke kan tilregnes staten, fordi det er en forpliktelse som følger av EØS-retten (her fornybardirektivet)⁸. Gitt at det finnes stort handlingsrom ved gjennomføringen av direktivet (og «bruk» av handlingsrommet er en handling som kan tilregnes staten), er konklusjonen imidlertid usikker. Det kan altså være slik at enhver OG-ordning i EØS-området, inkludert dagens modell i Norge og i andre EØS-land, utgjør statsstøtte.

Videre oppfatter vi kommisjonens vedtak i sak SA.37345 vedrørende det polske OG-systemet (som er sentral i Thommessens vurdering) slik at det var kombinasjonen av selve utstedelsen av OG og ytterligere «kontroll-elementer» som medførte at kommisjonen, etter en helhetsvurdering av ordningen (cf. premiss 155-161), kom til at den kunne tilregnes staten og innebar overføring av statlige midler. Vi viser til premiss 142 hvor kommisjonen fremhever *“the demand created by the State”* gjennom en forpliktelse for kjøp av OG, og som synes avgjørende for at statsmiddelvilkåret var oppfylt. Kommisjonens vedtak kan altså tolkes slik at vilkåret var oppfylt fordi staten utstedte OG og forpliktet el-leverandører til å kjøpe en viss andel av dem. Kommisjonen la også lagt vekt på at kostnadene som resulterer fra en kjøpsplikt ikke (fullstendig) kan veltes over på konsumentene (jf. premiss 156).

Kjøpsplikter, som forbrukerne er underlagt i det polske systemet, er et komplekst og kontroversielt tema i statsstøtteretten. EU-domstolen har begrenset rekkevidden av statsmiddelvilkåret i sak C-379/98 *Preussen Elektra* som nettopp omhandlet en kjøpsplikt.

Bakgrunnen for saken var tyske regler som innebar at leverandører av strøm hadde plikt til å kjøpe strøm produsert fra fornybare kilder, og da slik at kompensasjonen for strømmen ikke kunne være lavere enn et visst nivå. Strømselskapene kunne videre, når andelen strøm omfattet av kjøps- og kompensasjonsplikten oversteg en viss prosent, velte deler av kostnadene over på nettverksoperatørene. Effekten av reguleringene ble dermed at visse produsenter av strøm hele tiden var sikret avsetning for sin strøm til en garantert minstepris. Kostnadene ved dette ble formelt båret av andre aktører i verdikjeden. EU-domstolen

⁸ Jf. NoA Guidelines premiss 44: *“A measure is not imputable to a Member State if the Member State is under an obligation to implement it under Union law without any discretion. In that case, the measure stems from an act of the Union legislature and is not imputable to the State”.*

fant at statsmiddelvilkåret ikke kunne være oppfylt. Verdioverføringene som fulgte av kjøpsplikten med tilhørende reguleringer, skjedde utelukkende mellom private parter:

“In this case, the obligation imposed on private electricity supply undertakings to purchase electricity produced from renewable energy sources at fixed minimum prices does not involve any direct or indirect transfer of State resources to undertakings which produce that type of electricity.”⁹
(våre uthevinger)

Saken handlet altså om statsmiddelvilkåret, og er i dag grunnlaget for et etablert prinsipp at regulering som kan tilregnes staten, og som krever overføring av midler mellom private, ikke nødvendigvis utgjør statsstøtte. ESA NoA Guidelines beskriver det slik i premiss 61:

“Regulation that leads to financial redistribution from one private entity to another without any further involvement of the State does not, in principle, entail a transfer of State resources if the money flows directly from one private entity to another, without passing through a public or private body designated by the State to administer the transfer.”

Vi gjør også oppmerksom på at EU-domstolen har bekreftet prinsippet i en sak som ble avgjort etter kommisjonens vedtak i sak SA.37345, og som også gjaldt polsk støtte til fornybar kraft. Sak C-329/14 *Enea* hadde sin bakgrunn i polske regler om kjøpsplikt for strøm produsert gjennom kogenerasjon i forbindelse med kraftvarmeproduksjon. Spørsmålet domstolen måtte ta stilling til var hvorvidt kjøpsplikten medførte ulovlig støtte til foretak som var i posisjon til å selge strøm omfattet av kjøpsplikten.

I sin drøftelse fastslo EU-domstolen at kjøpsplikten var et tiltak som måtte tilregnes staten, og således i utgangspunktet kunne innebære statsstøtte. Det avgjørende var derfor om tiltaket omfattet statsmidler i statsstøtterettslig forstand. Ifølge EU-domstolen må det skilles mellom en situasjon hvor ressurser er under konstant offentlig kontroll og en situasjon hvor foretak *bare* er bundet av en kjøpsforpliktelse, som var tilfelle i *Enea*-saken.

EU-domstolen så det slik at kjøpsplikt i det polske fornybarmarked ikke medfører en overføring av statlige midler. Gitt at kommisjonen avgjorde saken i SA.37345 før domstolens avgjørelse, kan man være i tvil om kommisjonen hadde kommet til samme konklusjon i dag.

Det må imidlertid tilføyes at EU-domstolen la vekt på at foretakene selv måtte finansiere kostnadene ved kjøpsplikten som de hadde blitt pålagt. Foretakene som var pålagt kjøpsplikten kunne derfor ikke velte kostnadene over på forbrukerne av strøm:

“Consequently, given that those extra costs cannot be passed on entirely to end users and are not financed by a compulsory contribution imposed by the State or by a full offset mechanism, it must be concluded that the supply undertakings were not appointed by the State to manage a State resource, but were funding a purchase obligation imposed on them by having recourse to their own financial resources”.¹⁰ (våre uthevinger)

I lys av det forgående er det etter vårt syn mulig å realisere koblingsprinsippet ved å innføre en OG-kjøpsplikt for kraftleverandører i Norge, så lenge (eventuelle) kostnader ved kjøpsplikten ikke kan veltes over på forbrukerne. Kostnadene kan muligens reduseres ved å regulere prisen av OG.

Imidlertid innebærer modellen som er foreslått av Norsk Industri sannsynligvis en overføring av statlige midler. Etter vårt syn er grunnen til dette hovedsakelig rollen til registeret. Ifølge NoA guidelines premiss 63 *“is a transfer of State resources present where the charges paid by private persons transit through a public or private entity designated to channel them to the beneficiaries”*.

⁹ Avsnitt 59.

¹⁰ Avsnitt 30.

Skulle man foreta justeringer av modellen, slik at den ligner mer på modeller som har blitt ansett å ikke utgjøre støtte, vil det kunne argumenteres for at vilkåret om statsmidler ikke er oppfylt.

3.3 Unntaksreglene

Selv om en ordning som forbedringsforslaget beskriver skulle utgjøre støtte, er det ikke gitt at den er ulovlig.

Forutsatt at man kan vise at en slik ordning kan ha en miljømessig positiv effekt – for eksempel ved å unngå at ordningen virker villedende når det gjelder sammenhengen mellom produksjon og forbruk av strøm – så kan det ikke utelukkes at ESA vil godkjenne en slik ordning direkte under Artikkel 61(3) bokstav c).

Vi tilslutter oss Thommessens syn at en eventuell godkjenning under ESAs miljøretningslinjer vil være utfordrende. Grunnen til dette er imidlertid hovedsakelig at miljøretningslinjene ikke legger til rette for en slik ordning (støtte til kraftleverandører). Å vurdere (mulig) støtte til kraftleverandører eller sluttbrukere under bestemmelser som gjelder støtte til kraftproduksjon fremstår dermed som vanskelig.

ESA kan likevel – også når slik støtte ikke er nærmere regulert i miljøretningslinjene – godkjenne støtte for miljømessige formål. For eksempel godkjente ESA en ordning for hydrogenstasjoner i Akershus direkte under Artikkel 61 (3) bokstav c):

“The Authority concurs with the view of the Norwegian authorities that the Authority’s Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014–2020 (“the EEAG”) are not directly applicable to the measure as the financing of environmental protection measures relating to road transport infrastructure is excluded from the guidelines. The Authority will therefore assess the notified measure directly under Article 61(3)(c) of the EEA Agreement”¹¹.

Oppsummert mener vi derfor at støtte som gis i sammenheng med innføringen av koblingsprinsippet kan være lovlig forutsatt at en miljømessig positiv effekt kan dokumenteres. I utgangspunktet anser vi det ikke som utenkelig at man kan vise til at formålet med fornybardirektivets OG-bestemmelser kan oppnås ved realisering av koblingsprinsippet. En ordning som utgjør støtte må uansett notifiseres til ESA.

Støtte er kun lovlig hvis det ikke medfører et brudd på EØS-reglene forøvrig. Derfor vurderer vi kort under punkt 4 nedenfor om en slik ordning rammes av det alminnelige diskrimineringsforbudet eller reglene om fri flyt av varer.

4 IKKE-DISKRIMINERINGSPRINSIPPET

Kraftmarkedene i Europa er fortsatt ufullstendig integrert, blant annet på grunn av diverse statlige inngrep grunnet i miljømessige formål. Ikke alle inngrep vil være en ulovlig diskriminering eller en ulovlig handelsbegrensing. For eksempel anså EU-domstolen at en kjøpsforpliktelse for strøm fra fornybare kilder i C-379/98 *Preussen Elektra* beskrevet ovenfor (og som Thommessen viser til) som en lovlig handelsbegrensing.

Om forbedringsforslaget slik det er formulert, eller i en modifisert form som uansett implementerer koblingsprinsippet, kan være en diskriminering eller handelsbegrensing, kommer etter vårt syn an på den konkrete utformingen. Skulle for eksempel OG kun bli overført til «norske» kraftleverandører (dvs. foretak etablert i Norge), utgjør det sannsynligvis diskriminering. Skulle derimot alle leverandører som selger kraft

¹¹ Cf. 145/17/COL, avs. 48-49.

i Norge få overført eller bli forpliktet til å kjøpe OG, er det vanskelig å se hvordan det skulle være en ulovlig handelsbegrensing.

Om modellen innebærer en «*løpende subsidiering av leverandører*» er, som beskrevet ovenfor, ikke opplagt. Uansett er subsidiering i tråd med statsstøttereglene vanligvis ikke å anse som en ulovlig handelsbegrensing.

Selv om det foreligger en handelsbegrensing, forstår vi det slik at det ikke kan utelukkes at ordningen kan være egnet og nødvendig for å fremme miljøet. Her er det ikke produksjon av fornybar energi som er formålet, men å unngå at ordningen virker villedende når det gjelder sammenhengen mellom produksjon og forbruk.
