

Olje- og energidepartementet
PB 8148 Dep
0033 Oslo

postmottak@oed.no

Oslo, 26. oktober 2011
Ansvarlig partner:
Dag Horsberg Hansen

HØRINGSUTTALELSE FORSKRIFT TIL ELSERTIFIKATLOVEN

Det vises til høringsbrev av 14. september 2011 med høringsfrist 28. oktober 2011.

Advokatfirmaet Grette DA har gjennomgått forskriften og har enkelte konkrete forslag til endringer, herunder endringer som er ment å gjøre forskriften lettere tilgjengelig for aktørene og andre interessenter.

1. Generelt

Forskriften gir etter vår oppfatning gjennomgående gode bestemmelser til utfylling og presisering av lovteksten. Vi ser det imidlertid som uheldig at forskriften i betydelig grad gjentar lovens bestemmelser. Noen bestemmelser representerer en ordrett gjengivelse av lovens tekst, andre bestemmelser gjengir lovteksten med tilføyelser, mens atter andre bestemmelser synes å søke lovteksten gjengitt men med noe avvikende ordlyd. Dette vil etter vår oppfatning kunne komplisere tilgjengeligheten til regelverket. Vi foreslår at forskriftene forkortes noe og – i stedet for å gjengi lovteksten - henviser til loven der det er mulig. Slik vil man unngå uklarheter og hindre at aktører og andre interessenter i regelverket skal behøve å foreta en detaljgjennomgang for å avklare avvik og tillegg.

Enkelte begreper og skjæringspunkter er etter vår vurdering uklare også i forskriftene. Disse er egnet til å videreføre usikkerheter innebygd i loven i forhold til rettslige rammevilkår for energiselskapene og de sertifikatpliktige.

Vi har kommentert særskilt enkelte punkter hvor vi mener at regelverket kan forenkles for å oppnå en enklere forståelse og mindre rettsusikkerhet.

Etter vår vurdering vil en mer detaljert avklaring av forvaltningskompetansen til NVE kunne bidra til å gi større forutberegnelighet for aktørene og samtidig sikre likebehandling av reelt sett like tilfeller. Dette vil muligens også gjøre forvaltningsskjønnet enklere, begrense antallet klager, og derved redusere ressursbruken og behandlingstiden i NVE.

550735-5

2. Kapittel 1 - Innledende bestemmelser

Forskriftens kapittel 1 samsvarer i vesentlig grad med lovens kapittel 1. De endringer og tillegg som ligger i kapittelet, er vanskelig tilgjengelig. Vi foreslår at bestemmelser som er identiske med lovens, tas ut.

Loven åpner for anvendelse utenfor norsk territorium. Forskriftshjemmelen er ikke brukt. Vi foreslår at forskriften § 2 enten fjernes eller at det åpnes for anvendelse i iht. lovens bestemmelser om mulig anvendelse i økonomisk sone, Svalbard og Jan Mayen.

Definisjoner i § 3s litra d, g og h er nye, og bør stå igjen. Litra f i samme bestemmelse har noe avvikende ordlyd i forhold til lovens definisjoner. Vi foreslår at bestemmelsen enten fjernes eller at det utdypes hvorvidt det er en tilsiktet endring. Litra a til c er identisk med lovteksten, og kan derfor med fordel fjernes. I stedet bør det komme til uttrykk at begreper definert i loven har samme betydning i forskriften.

Paragraf 4 er identisk med samme bestemmelse i loven, og bør endres.

Paragraf 5 er hovedtrekk en gjengivelse av lovens § 5. Det bør i forskriften klargjøres at det p.t. er det Norsk-Svenske elsertifikatmarkedet som innebærer bruk av Svenske sertifikater i Norge, og de nærmere vilkårene for dette.

3. Kapittel 2 – Godkjenning av produksjonsanlegg

a. Vedtakskompetanse

Forskriften gir i betydelig utstrekning NVE kompetanse til å fatte vedtak og stille vilkår. Etter vår vurdering bør det presiseres hvilke vilkår og premisser NVE som underliggende forvaltningsorgan kan og skal bygge sine enkeltvedtak på, og innenfor hvilket handlingsrom pålegg kan iverksettes.

Forskriftsutkastet fastsetter i § 8 at elsertifikater kan tildeles produksjonsanlegg med konsesjoner gitt før 1. januar 2012. Begrepet gjentas i § 9 i forskriftsutkastet. Byggestart for disse kraftverkene danner skjæringspunkt i forhold til når den seneste tidspunkt byggestart kan være for å komme inn under ordningen. For kraftverkene som er bygget avkortes elsertifikatperioden tilsvarende hvor lenge byggestart har vært forut for ikrafttredelsen. Byggestart danner derved også utgangspunktet for hvor lenge eksisterende kraftverk kan motta elsertifikater.

Begrepet byggestart er som skjæringspunkt for tildelingsretten derfor svært sentralt for alle eksisterende kraftverk, men verken forskriften eller loven definerer hva det ligger i begrepet. NVE fastsetter når byggestart skal anses å foreligge. Forskriftsutkastets § 10 angir hvilke dokumenter søkerne skal inngi som del av godkjenningssøknaden for å dokumentere tidspunktet for byggestart, men klargjør ikke hva som skal defineres ved hjelp av disse dokumentene.

Forvaltningsavgjørelsen har betydelige konsekvenser for den enkelte kraftprodusent, og uklarheter vil skape usikkerhet knyttet til likebehandling og om vedtakene er riktige. Det er lite tvilsomt at dette vil generere en rekke klagesaker og søksmål fra eierne av de anlegg som ikke blir godkjent.

Etter vår vurdering vil en presisering av meningsinnholdet i begrepene "byggestart" og "produksjonsanlegg" skape forutberegnelighet og redusere behov for ressursbruk i klagesaksbehandlingen.

b. Hva er et produksjonsanlegg for elektrisk energi?

Som grunnlag for vurdering av når byggestart iht. lovens § 8 og forskriftene kan anses å ha funnet sted, bør det først klargjøres hva byggestarten skal knyttes til, dvs. hva som skal regnes som en del av produksjonsanlegget.

Ofte er etablering av infrastruktur for å sikre adkomst, sikre området og lignende, satt i gang lang tid før bygging av selve kraftanlegget. Departementet bør etter vår vurdering klart uttrykke om dette regnes som en del av produksjonsanlegget, og derved unngå uklarheter og klagebehandling i forhold vedtak fra NVE.

c. Dokumentasjon av byggestart

Det er ikke mulig å utlede av forskriften hvilket tidspunkt NVE skal legge til grunn ved fastsettelsen av byggestart, herunder om det er den fysiske oppstarten av arbeidet eller kontraktsinngåelsestidspunktet søkerne skal dokumentere.

Ved å angi at byggestart kan dokumenteres med minst en av dokumentene i § 10 litra a-d, forsterkes denne uklarheten ytterligere ved at alternativene angir ulike tidspunkt..

Bestemmelsen i **litra a** om at byggestart kan dokumenteres ved kopi av melding til Arbeidstilsynet, indikerer at det er tidspunkt for fysisk oppstart av arbeidene som er ment lagt til grunn.

I **litra b** henvises det til godkjent detaljplan, hvilket kan sammenlignes med igangsettingstillatelse i plan- og bygningsloven. Denne kommer på et langt tidligere tidspunkt enn fysisk byggestart.

I **litra c og d** knyttes byggestart til kontraktstidspunktet for 20 % av de samlede kostnadene tilknyttet henholdsvis maskin- og elektroutstyr og anleggsarbeidet. Kontrakter inngås normalt forut for den fysiske byggestarten, men ved endringer ifm. reforhandling av vilkår eller leveransen, endring av avtalepart el., kan disse dokumentene være datert etter fysisk byggestart eller igangsettingstillatelse i form av godkjente detaljplaner.

Det er ikke angitt hvorvidt det er datering av dokumentene som skal legges til grunn eller om hensikten er at det ut i fra leveransebeskrivelsen skal søkes utledet et tidspunkt for oppstart av de fysiske arbeidene.

Etter vårt syn kan bestemmelsen uten en nærmere presisering av byggestartbegrepet medføre en urimelig forskjellsbehandling hvor valg av entreprisemodell og form vil kunne være avgjørende i spørsmålet om søkeren er elsertifikatberettiget eller ikke, samt fra hvilket tidspunkt elsertifikatperioden skal starte opp.

Kontraktsinngåelsestidspunkt vil for eksempel ved totalentrepriser, hvor prosjektering og anlegg ligger i samme kontrakt, ligge i god tid før det fysiske arbeidet utføres.

I de tilfellene hvor anleggsarbeidet er skilt ut i egen kontrakt, vil kontrakten derimot ofte være inngått omtrent samtidig med oppstart av de fysiske arbeidene. Her vil det normalt være inngått rådgivnings- og prosjekteringsavtaler lenge før inngåelse av avtaler om de fysiske arbeider og avtale om leveranser av maskin- og elektroutstyr. Ut i fra den foreslåtte ordlyden i § 10 litra c og d, vil rådgivningskontrakten vanskelig kunne anses å falle inn under dette alternativet.

Vektlegges tidspunkt for avtaleinngåelse ved fastsettelse av "byggestart", vil valg av entreprisemodell kunne medføre forskjellsbehandling av ellers like tilfeller. Ønsker departementet å benytte kontraktsinngåelse som byggestarttidspunkt, bør en likebehandling ut i fra kontraktsform etterstribes.

Til ovennevnte kommer også at hva gjelder avtaler om kjøp av elektroutstyr, har mange større kraftselskaper rammeavtaler, hvor avtaletidspunktet ligger lang tid i forveien. Avrop på avtalen vil pga. lang produksjonstid kunne ligge lang tid før byggestart

Hva gjelder produksjonsanlegg inntil 1 MW, kan vi ikke se at dokumentasjon for produksjonsstart kan danne en tidsramme for når byggestart fant sted. Vi antar at det ikke var meningen å utvide overgangsperioden til driftsstartsperioden, men dette ville ha vært et enklere skjæringspunkt å håndtere.

d. Arbeider i strid med offentlige godkjenninger

I høringsuttalelsen til lovforslagets § 8 påpekte Grette at konsekvensene av byggestart uten eller i strid med nødvendige tillatelser bør fremkomme klart av regelverket. Rettspraksis fra andre områder innebærer at man ikke kan vinne rett ved rettsstridig adferd. Det samme bør legges til grunn også her.

e. Avkorting av sertifikatperioden

Elsertifikatperioden er iht. § 12 spesifisert i forhold til vedtak etter § 7 eller tidspunkt fastsatt av NVE. Også her mener vi at rammene for å fastsette annen startdato vil kunne bidra til uklarheter og likebehandling i forhold til enkeltvedtak fra NVE.

Hva gjelder driftsavbrudd, er det ikke lagt rammer for NVEs forvaltningskompetanse ut over at én av to vilkår i første setning er oppfylt. Legges det til grunn at sertifikatperioden forlenges ved de aktuelle driftsavbrudd, gir det bedre forutberegnelighet og mindre ressursbruk om bestemmelsen innebærer at sertifikatperioden skal forlenges.

Ved at sertifikatperioden reduseres tilsvarende den perioden anlegget har vært i drift før 1. januar 2012, vil det for de anlegg som klart er innenfor byggefristen som angitt over, være ønskelig å trekke byggestartbegrepet så langt frem som mulig. Slik vil gjenværende periode og derved sertifikattildelingsperioden, bli lengst mulig. Det er etter vårt syn også i disse tilfellene viktig å presisere vilkårene for byggesstart på en måte som hindrer forskjellsbehandling og klagerunder. En eventuell forsinket rapportering iht. Arbeidstilsynet, bør etter vår vurdering ikke kunne medføre at kraftselskapet mottar elsertifikater i en lengre periode enn ved korrekt rapportering i byggeperioden.

f. Anbefaling

Vår samlede vurdering er at begrepet byggestart i lovens § 3 bør defineres som det tidligste tidspunkt hvor fysiske arbeider, som ledd i oppføring av produksjonsanlegget, med andre ord ikke anlegg for overføring av den produserte energien eller infrastruktur, første gang igangsettes, likevel slik at ved byggestart i strid med krav om offentlige godkjenninger skal rettsbruddet ikke gi en forbedret posisjon.

Fra plan- og bygningsloven kan det innhentes tolkningsveiledning knyttet til byggestartbegrepet i forbindelse med fristbestemmelsene for gitte tillatelser i § 21-9. Bestemmelsen avløste pbl § 96 i den gamle PBL. Bestemmelsen gjelder hvilke arbeider som må være satt i gang innen tidsfristen for at en gitt tillatelse ikke skal falle bort. Fra Ot.prp. nr. 45 (2007-2008), s 207, pkt 756, tredje siste avsnitt hitsettes:

Det foreslås ingen endring i forståelsen av hva som ellers kan være fristavbrytende for tre-årsfristen. Etter departementets syn må selve byggeprosessen, det vil si det fysiske arbeidet, være satt i gang. At byggeprosessen er i gang gjennom at tegninger er utarbeidet og at byggesøknader er innsendt, medfører ikke at byggearbeidene er satt i gang. Derimot vil for eksempel byggverket være igangsatt når grunnmur eller tilsvarende fundament er oppført. Det er ikke tilstrekkelig for å avbryte fristen at tiltakshaver er meddelt igangsettingstillatelse, selve tiltaket må være påbegynt før tre år er gått.

Tolkningspraksis for når et arbeid er fysisk igangsatt knyttet til plan- og bygningsloven kan etter vår vurdering implementeres ved en henvisning. Dette vil kunne legge en solid tolkningsbase.

g. Varig økning av produksjonsevne

Behovet for klare vilkår er etter vår vurdering i særlig grad viktige i forhold til § 11s bestemmelser om elsertifikater ved varig økning av produksjonsevne.

Etter vår vurdering bør skillet mellom påkostning og vedlikehold klargjøres, da skillet er forstått annerledes i annet regelverk. Ordlyden i bestemmelsen gir opphav til tolkningstvil og uforutsigbarhet.

Å knytte tildelingen til differansen mellom gammel og ny produksjonsevne, antar vi gir en klar og forutsibar tildeling. Hva gjelder annen setning i første ledd, åpnes det opp for "...opprustninger, utvidelser og nye produksjonsanlegg til ershtatning for eksisterende anlegg". Utvidelser synes dekket i samme ledds første setning. I høringsnotatet fra 2010 pkt 4.2.2 , annet avsnitt heter det at:

"Å erstatte eksisterende anlegg med et nytt anlegg vil også regnes som opprusting og utvidelse som gir rett til elsertifikater for så vidt gjelder produksjonsøkningen".

Innebærer opprustningen økt produksjonsevne, er også dette dekket i første ledd. Menes det med opprustninger at det IKKE stilles krav til varig økning, oppstår det behov for grensedragnin mellom påkostninger og vedlikehold. Hva gjelder de tilfellene hvor det etableres nye anlegg til erstatning for eksisterende, bør det etter vårt syn også spesifiseres nærmere vilkår for dette. Et alternativ kan være å knytte økninger og endringer til tiltak som krever ny konsesjonsbehandling. Da vil NVE kunne avgjøre konsesjonssøknaden og kravet om elsertifikater samlet.

Vi legger til grunn at det kan være hensiktsmessig å fastsette på hvilket grunnlag NVE skal beregne sin vurdering av de hydrologiske forholdene som ligger til grunn for tildelingsfaktoren.

h. Driftsstart

Det fremgår av § 9 annet ledd litra b at produksjonsanlegget må ha startet drift innen 31. desember 2020. Begrepet drift er uklart med hensyn til hvorvidt det er tilstrekkelig at anlegget er satt i prøvedrift.

4. Kapittel 4 – Elsertifikatplikt, deklarasjon, informasjon til sluttbruker med mer

Forskriftens § 18 er en ren kopi av lovens paragraf 18. Den bør derfor strykes.

Avgrensningene av elsertifikatplikten i forskriftens § 19 er sentral, og etter vår vurdering vil uklarheter i denne bestemmelsen kunne gi opphav til konflikter.

Bestemmelsen utfordrer EØS-avtalens forbud mot statsstøtte. Konsekvensen av brudd vil ramme de enkelte aktørene hardt i form av krav om etterbetaling tilsvarende sertifikatinntektene, og det er etter vår vurdering derfor av stor betydning at unntakene er tuftet på et sikkert rettslig grunnlag. Vurderingen av om hvorvidt de unntak som oppstilles er i tråd med EØS-avtalens bestemmelser om statsstøtte er begrenset til pkt. 7.7 i proposisjonen. Problemstillingen synes å i liten grad være utredet ut over å henvise til avgjørelse i EF-tidende C 120/8 22.5 2003 som omhandlet Sveriges el-sertifikatregelverk. I proposisjonen henvises det også til at markedet har "...likheter med driftsstøtte til produksjon...", se side 7, nest siste avsnitt. Det opplyses i proposisjonen at fornybardirektivet innebærer behov for gjennomgang av dette regelverket på nytt. Tatt i betraktning at det forutsettes at fornybardirektivet skal være

implementert før elsertifikatmarkedet trer i kraft, bør denne vurderingen gjøres umiddelbart. Vi er usikre på om konklusjonen er korrekt, og for å unngå at industrien utsettes for uforutsette tilbakebetalingskrav vil anbefale at det foretas en nærmere vurdering av spørsmålet.

Siste ledd i lovens § 19 åpner for at OED etter søknad kan fatte vedtak om beregningsrelevant mengde for sertifikatpliktige aktører definert i § 16. I forskriftens § 19, siste ledd åpnes det opp for at NVE gis dispensasjonskompetanse. Kompetent organ bør avklares.

Av veiledningen til forskriftens siste ledd, fremkommer at det er tenkt en avgrensning mot administrasjonsbygg for industri kategorisert i de angitte næringsgrupper. Dette bør inn i forskriften. Det bør etter vårt syn også avklares på hvilke vilkår unntak skal gis industri innenfor næringsgruppene, eventuelt om de gitt visse forutsetninger har krav på unntak.

5. Kapittel 5 – Elsertifikatregister, utstedelse, omsetning og annullering med mer

Elsertifikater er i henhold til lovvedtaket å anse som en et omsettelig formuesobjekt. Skal omsetningen fungere som et marked med tilstrekkelig likviditet, må det både på selger- og kjøpersiden være finansielle aktører i tillegg til de berettigede og pliktige etter loven. Et marked uten handelsregler åpner opp for markedsmanipulasjon og innsidehandel, noe som igjen vil undergrave markedsfunksjonen til handelsplassen. Skal det uttalte ønske om en utvidelse til flere land ha mulighet til å realiseres, er det etter vårt syn viktig at man ikke kommer skjevt ut i det Norsk-Svenske markedet. Ved klassifisering som et finansielt instrument, ville verdipapirlovens regler kommet til anvendelse, og hensynet til et velfungerende markedsplass hadde blitt ivaretatt. Dette alternativet ble valgt bort ved vedtakelse av loven, men etter vår vurdering vil det være ønskelig å etablere tilsyn og spesifisere reglene om prisinformasjon, markedsmanipulasjon og egenhandel gjennom forskriftene.

Etter vår vurdering er ikke hjemmelen i forskriftsutkastets § 24 siste ledd og § 26 for å innhente kontraktsdokumentasjon, tilstrekkelig for å sikre disse hensynene. Hjemlene gir rett til informasjon, men det ligger ingen føringer i forhold til hva som er akseptable markedsadferd.

Til dette bildet hører også at det gjennom EU er varslet omklassifisering av CO2-kvoter til finansielle instrumenter. En delvis implementering av MiFid-regelverket hva gjelder elsertifikater, vil lette en eventuell senere omklassifisering av sertifikatene.

Forskriftshjemmelen i lovens § 30 er vid, og slike regler vil være i tråd med lovens intensjoner og forarbeidene.

6. Kapittel 6 – Avsluttende bestemmelser

Forskriftsutkastets §§ 33 flg. gir NVE hjemmel for tvangsmulkt, tilbaketrekking og gebyrer. Bestemmelsene er med unntak av gebyrreglene i hovedsak sammenfallende med lovens §§ 24 flg. likevel med den endring av kompetansen tilligger departementet i loven. I det tilfellet at hensikten med forskriftsutkastets bestemmelser er å delegere myndighet, foreslår vi at dette gjøres konkret.

Et tydelig sanksjonsregime er etter vår oppfatning et viktig virkemiddel for å sikre etterlevelse av regelverket. Med utgangspunkt i de uklarheter som ligger i regelverket, vil det på samme måte som ved vurdering av egne rettigheter og plikter og klagebehandling, være vanskelig å anvende sanksjonsreglene i løpende tilsyn av virksomhetene.

7. Pant i elsertifikater

Forskriften inneholder ikke bestemmelser om pant i elsertifikater. Dette er etter vårt syn lite heldig.

Elsertifikatloven § 13 hjemler pant i elsertifikater. Etter § 13 første ledd omfatter pantsettelsen de elsertifikater som er angitt som pantsatt på pantsetterens elsertifikatkonto. Formuleringen *"de elsertifikater som er angitt som pantsatt"* tilsier at det ikke er mulig å pantsette alle til enhver tid innestående elsertifikater på en angitt konto. Dette er også lagt til grunn i lovens forarbeider, og det følger av Prop. 101 L (2010-2011) side 41 at *"...[p]antet vil omfatte innestående elsertifikater som er angitt på pantsettelsestidspunktet"*.

Dette vil kunne medføre praktiske ulemper, ettersom det ikke er mulig å ta pant i selve elsertifikatkontoen. Etter ordlyden i lovens § 13 er det uklart hva som vil være en tilstrekkelig angivelse av pantet. Det er knyttet usikkerhet til hvorvidt hvert enkelt elsertifikat må angis med identifiseringsnummer jfr. forskriftsutkastet § 25, eller om det vil være tilstrekkelig å angi det antall elsertifikater som pantsettes. Denne usikkerheten vil medføre at elsertifikater ikke vil være et attraktivt panteobjekt, og er således i strid med lovens formål om å bidra til økt produksjon av elektrisitet fra fornybare energikilder.

Vi foreslår derfor at det inntas en bestemmelse om pant i elsertifikatforskriften. I en slik bestemmelse bør det fremgå hvordan pant i elsertifikater konkret vil registreres i elsertifikatregisteret, og problemstillinger knyttet til spesifisering av pantet bør klargjøres.

Vennlig hilsen
Advokatfirmaet Grette DA



Torgeir Myrstad
advokat