



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
200903512-59/RLI

Vår ref.
201010087 EP IKR/JLE/mk

Dato
28.10.2010

Høring - lovforslag om sikkerhet i langsiktige kraftavtaler

Vi viser til Nærings- og handelsdepartementets brev 17. september 2010 der et lovforslag om sikkerhet i langsiktige kraftavtaler ble sendt på høring. Vi har enkelte kommentarer til den nærmere utformingen av lovforslaget.

Henvvisning til SSBs næringskoder

Med tanke på at næringskodene kan bli endret, kan det være uheldig å knytte lovforslagets virkeområde til kodene. Det kan vel dessuten allerede under nåværende koder vise seg at en lovbestemt binding direkte til kodene kan være uheldig. Til overveielse foreslås formuleringen "... på minst 10 GWh i kraftkrevende, industriell virksomhet som nærmere fastsatt i forskrift gitt av Kongen, og kontrakten ...". I forskriften kan man eventuelt knytte ordningen mer eller mindre direkte til næringskodene med de tilpasninger som måtte være hensiktsmessige. Kongen kan eventuelt delegere forskriftskompetansen til Nærings- og handelsdepartementet.

Tilknytningen til kraftkontrakten

Vi er enig i hovedkonstruksjonen om at det sikres rettsvern for avtaler om inntredelsesrett o.l. I det ligger at garantisten må sikre seg at kraftkontrakten har et slikt innhold at garantisten kan få den rettsstillingen som garantisten ønsker. Etter vår mening bør man imidlertid ikke oppstille et krav om at inntredelsesretten e.l. er "inntatt i kraftkontrakt[en]". For det første er det ikke nødvendigvis tale om ett dokument som regulerer alle spørsmål, men et spørsmål om hva som ligger i kontraktsforholdet. For det annet vil en i praksis trolig stå overfor trepartsarrangementer hvor det kan variere hvordan de ulike sidene av rettsforholdene nedfelles i forskjellige dokumenter. En bør overveie en formulering i retning av "Avtale om at den som har ..., skal kunne ..., kan uten særlig rettsvernsakt ...".

Generelt er det ikke ubetenkelig å gi avtaler om inntredelsesrett o.l. rettsvern uten noen særskilt rettsvernsakt. Betenkelighetene vil reduseres dersom man krever at garantisten er en offentlig myndighet eller en finansinstitusjon i EØS e.l.

Inntreden e.l. i avtalte tilfeller

Det blir avtaleforholdet mellom kraftkjøper og garantisten som er avgjørende for når garantisten kan tre inn i avtalen e.l. forutsatt at garantisten har adgang til det etter kraftkontrakten. Åpnes det for rettsvern for avtaler om inntreden e.l. på et for tidlig tidspunkt, kan det gjøre fortsatt drift unødig vanskelig. Særlig ved ulike former for kontraktsregulert, antesipert mislighold kan dette bli et problem. Ordningen åpner jo for at garantier stilles av mange slags institusjoner, og man kan derfor ikke legge til grunn at garantisten også vil ta samfunnsmessige hensyn. Særlig påtrengende kan problemet bli dersom man ikke løser overskuddsspørsmålet nevnt nedenfor.

Fortjeneste som følge av inntreden e.l.?

Hovedformålet med å sikre avtaler om inntredelsesrett o.l. rettevern, er å gi garantisten en mulighet for å dekke sitt tap dersom garantien blir utløst. Ved inntreden e.l. vil garantisten oppbære hele nåverdien av kjøpers kontraktsposisjon. Denne verdien vil ofte kunne overstige garantistens regresskrav med renter og omkostninger. Et eksempel illustrerer:

Garantisten garanterer overfor en bank for et lån på kr 100 000 000 som kraftkjøperen tar opp for å foreta en forhåndsbetaling under en kraftkontrakt av 25 års varighet. Lånet nedbetales slik at det etter fem år gjenstår kr 20 000 000. På dette tidspunktet misligholder kraftkjøperen lånet. Garantistens ansvar utløses, og garantisten må utbetale kr 16 000 000 (80 % av tapet) til banken. Garantisten trer inn i kraftkontrakten. Fordi kraftprisen har gått opp siden kraftkontrakten ble inngått, har kontraktsposisjonen som kjøper for de gjenværende 20 årene en nåverdi på kr 100 000 000. Garantisten tilføres dermed en merverdi på kr 84 000 000 på bekostning av andre kreditorer. - Ved inntreden på grunn av antesipert mislighold vil dessuten regresskravet i utgangspunktet være lik null siden garantisten ikke har utbetalt noe til kraftselgeren eller långiveren.

Etter vår mening bør garantisten være forpliktet til å gi fra seg denne merverdien til kjøperen, kjøperens bo eller innehavere av andre rettigheter i kontraktsposisjonen. For det første vil det være uheldig for kjøperen, det alminnelige kreditorfellesskapet, en eventuelt bobehandling i kjøpers bo og mulighetene for fortsatt drift dersom denne merverdien ble værende hos garantisten. For det andre vil det gi garantisten en sterk egeninteresse i å sikre seg en vid adgang til å tre inn i kontrakten e.l. og å gjøre det i tilfeller der utviklingen i kraftprisen medfører at kontrakten er gunstig for kjøperen. Det alminnelige kreditorfellesskapet, kjøperens bo og andre enn kjøperen som har interesse i fortsatt drift, vil dessuten ikke være i posisjon til å ivareta sine interesser under kontraktsforhandlingene. Vi foreslår derfor at det i lovforslaget tas med en bestemmelse i retning ”*Overskudd etter at garantistens regresskrav med renter og omkostninger er dekket, tilfaller kraftkjøperen, dennes bo eller innehavere av andre rettigheter i kjøpers kontraktsposisjon*”.

Økonomisk blir forholdet som om sikkerheten var konstruert som en panterett. Det ville imidlertid medføre at realisasjonen av sikkerheten i utgangspunktet måtte skje ved tvangssalg gjennom namsmyndighetene. Det er ikke hensiktsmessig for slike kontraktsposisjoner som det her er tale om.

Garantistens offentligrettslige adgang til å disponere over kraften etter inntreden e.l.

Energiloven § 4-1 fastsetter at ”[u]ten konsesjon kan ingen andre enn staten stå for omsetning av elektrisk energi”, og § 4-2 fastsetter at ”[u]ten konsesjon kan ingen andre enn staten foreta utførsel eller innførsel av elektrisk energi”. Vi reiser derfor spørsmål om garantistens forhold til denne reguleringen når garantisten har trådt inn i kraftkontrakten og ønsker å selge kraften videre, eller ønsker å overdra kjøpers kontraktsposisjon til ny kjøper. Siden ordningen skal

dekke andre garantister enn GIEK og dessuten vel må være EØS-nøytral, står man her muligens overfor et spørsmål som bør løses i lovs form.

Bestemmelsens plassering

De generelle reglene i dekningsloven kapittel 7 om kontraktsforpliktelsers stilling under gjeldsforhandling og konkurs gjelder "når ikke annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart", jf. dekningsloven § 7-1. Den naturlige plassering av smale spesialbestemmelser er i den loven som regulerer vedkommende sektor dersom det finnes en slik lov, sml. vegloven § 21 som gjør unntak fra dekningsloven § 7-3 for enkelte OPS-avtaler. På samme måte hører et unntak fra dekningsloven § 7-3 for nærmere bestemte, langsiktige kraftkontrakter naturlig hjemme i energiloven. Det gjelder særlig dersom man i energiloven tar inn en lovregulering av garantistens forhold til konsesjonsplikten etter energiloven kapittel 4.

Med hilsen

Ingrid Rogne

Ingrid K. Rogne
lovrådgiver

Jon V. Lervåg
Jon Vegard Lervåg
rådgiver