

Nærings- og handelsdepartementet
Næringspolitisk avdeling
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.:
200903512-59/RLI

Dato:
01.11.2010

Høring av lovforslag om sikkerhet i langsiktige kraftavtaler

Vedlagt følger høringsuttalelse fra GIEK.

Med hilsen

Rolf Tjugum
Seniorrådgiver

Odd Solheim
Seniorrådgiver

NOTAT

HØRINGSUTTALELSE FRA GIEK AVGITT 1. NOVEMBER 2010

1 INNLEDNING

Garantiordningen innebærer at GIEK skal kunne stille garanti for oppfyllelse av kjøpers forpliktelser i en langsiktig kontrakt om levering av kraft. Både GIEK, og andre garantistillere/långivere har behov for å nyttiggjøre seg den økonomiske verdi en kraftavtale kan representere.

2 BEHOVET FOR ENDRING AV DEKNINGSLOVEN. GARANTISTILLERS INNTREDENRETT I FORHOLD TIL PANTERETTENS LEGALITETSPRINSIPP OG BOETS RETT

GIEK er ikke kjent med at det i dag tilbys garantier for kjøpers oppfyllelse av en langsiktig kraftkontrakt.

Det er GIEKs erfaring at de kraftkjøpere det er aktuelt å stille garanti for ikke kan pantsette aktiva til fordel for en garantist. Dette fordi aktiva allerede er pantsatt til fordel for andre kreditorer, eller fordi det eksisterer negative pantsettelsesklausuler. På denne bakgrunn vil den verdi kraftkontrakten representerer kunne være det eneste formuesgodet som kan tjene som sikkerhet.

Den konkrete vurdering av hvilken verdi en langsiktig kraftkontrakt representerer, er beheftet med betydelig usikkerhet. Det sier seg selv at en prognose som går 20 år frem i tid, og omfatter en vurdering av utviklingen i kraftmarkedet og kraftprisen, vil være svært usikker. Vurderingen av kraftkjøpers økonomi i samme tidshorisont, er tilvarende usikker. Til dette kommer at langsiktige kraftkontrakter representerer meget store beløp, en garantistillers tap kan bli store.

Både GIEK og andre garantister eller långivere har på denne bakgrunn behov for å nyttiggjøre seg den verdi kraftkontrakten representerer. En slik rett sikres ved den foreslåtte endring i dekningsloven. Etter GIEKs syn er endring en nødvendig forutsetning for at noen vil stille garanti.

En avtalefestet rett for garantistiller til å tre inn i en kraftkontrakt kan naturligvis etableres. Det vil imidlertid kunne hevdes at en slik avtalebasert rett i realiteten er en panterett. Ved fravær av uttrykkelig hjemmel for pantsettelse, risikerer man at inntredenretten settes til side fordi den er i strid med det panterettslige legalitetsprinsipp, jf. panteloven § 1-2 andre ledd.

En avtalebasert rett til inntreden vil i dagens rettstilstand heller ikke kunne gjøres gjeldende overfor kraftkjøpers konkursbo. Boets rett til inntreden i skyldnerens gjensidig forpliktende avtaler følger av dekningsloven § 7-3, og denne rett kan ikke begrenses i avtale mellom kraftkjøper og garantist.

Det er derfor et klart behov for de foreslåtte endringer i dekningsloven. GIEK legger til grunn at en lovhjemmel for inntreden avklarer både denne rettsforhold til det panterettslige legalitetsprinsipp og den rett boet i dag har for inntreden.

3 VILKÅR FOR INNTREDENRETT

Lovforslaget innebærer at inntreden kan finne sted ved "*mislighold eller i andre tilfeller*". GIEK støtter denne formulering, da lovforslagets ordlyd åpner for at partene på en hensiktsmessig måte både kan avtale de nærmere vilkår for når inntreden kan skje, og rettsvirkningene av denne. GIEK antar at garantistens eller långivers inntreden vil være særlig aktuelt ved kraftkjøpers mislighold, men rett til inntreden bør ikke være begrenset til tilfelle der mislighold er konstatert. De vilkår som avtales i denne forbindelse vil fremgå av kraftavtalens ordlyd, supplert med GIEKs alminnelige og særlige vilkår for garantistillelse. Involverte parter vil derfor kjenne de relevante vilkår før inntreden blir aktuelt.

4 INNTREDENRETTENS INNHOLD

4.1 VIRKNING AV INNTREDEN

Høringsnotatet punkt 6.3 beskriver garantistenes inntredenrett som et unntak fra konkursboets rett til inntreden.

GIEK presiserer at beskrivelsen av forslaget som et unntak fra boets inntredenrett ikke bør forstås som at virkningen av inntreden nødvendigvis vil være den samme for garantistene som for konkursboet.

Garantistens rett bygger på kraftkontraktens regulering av dennes inntredenrett. Det legges til grunn at det ikke eksisterer begrensning i partenes frihet til å regulere vilkår for og virkning av garantistens inntreden. Kraftkontraktens parter kan derfor avtale virkninger av garantistens inntreden, som sikrer garantisten andre rettigheter og plikter enn de som gjelder for konkursboets inntreden.

GIEK er av den oppfatning at partenes frihet til å avtale virkningen av garantistens inntreden er avgjørende for å sikre en praktisk og effektiv garantiordning. Det vises i denne sammenheng til punkt 4.2 nedenfor.

4.2 ALTERNATIVE INNTREDEMODELLER

GIEK vil kunne stille to ulike garantier: I det ene tilfellet garanterer GIEK for (deler av) kraftkjøpers oppfyllelse av kraftkontrakten. I dette tilfellet stilles garantien overfor kraftleverandøren. Alternativt kan GIEK stille garanti i forbindelse med at kraftkjøper har tatt opp lån for å forskuddsbetale deler av kraften. I dette tilfellet stilles garanti overfor långiver.

I begge tilfelle ønsker GIEK å kunne nyttiggjøre seg den verdi kraftkontrakten kan representere, og i begge tilfelle vil GIEK dekke deler av det økonomiske tap garantimottaker lider. GIEK vil, som i øvrige garantisaker, søke å etablere de sikkerheter som er nødvendige og tilgjengelige. Dekning kan da gjennomføres etter reglene for dette.

Når det gjelder å nyttiggjøre seg den verdi kraftkontrakten kan representere, vil GIEK kunne tre inn avtalen, og motta fysisk levering av kraft, mot å betale (andel av) kontraktspris for denne. Er garantimottaker en leverandør av kraft, vil denne i en misligholdssituasjon ha en tapsbegrensningsplikt. Etter nærmere avtale, kan dette innebære at leverandør av kraft løpende selger kraften i markedet, og at GIEK, innen garantirammen, kompenserer kraftselger for dennes tap. GIEK kan således utbetale løpende delbeløp svarende til (deler av) den inntekt kraftselger ville hatt under avtalen. Alternativt kan andre modeller for kompensasjon avtales.

Lovforslaget åpner for inntreden i langsiktige kraftavtaler. Det er viktig at en avtale om løpende avregning, rettslig sett også regnes som inntreden. GIEK anser det ønskelig at det presiseres at løpende avregning, som beskrevet ovenfor, også skal regnes som inntreden som avskjærer boets rett til inntreden. NHD anmodes derfor om å vurdere hvorvidt lovtekst eller forarbeider kan presisere kontraktspartenes adgang til å regulere vilkår for og virkningen av garantistenes inntreden.

Uansett åpner inntredenretten i lovforslaget for at GIEK skal kunne nyttiggjøre seg den verdi kraftkontrakten representerer, og dette selv om verdien av kontrakten skulle vise seg å overskride det tap GIEK har i det engasjement der garanti utbetales.

5 INNTREDENRETTENS FORHOLD TIL ANDRE RETTSSTIFTELSE

Forslaget til nytt fjerde ledd i dekningsloven § 7-3 innebærer at inntredenrett forankret i kraftkontrakt vil stå seg i forhold til "*senere rettsstiftelser i kraftkjøperens kontraktsposisjon*".

Inntredenrett med grunnlag i kraftkontrakt tolkes etter dette å ha rettsvern mot enhver senere rettsstiftelse, herunder senere pantsettelse av finansiell kraftkontrakt i medhold av panteloven § 4-1, jf. verdipapirhandelloven § 2-2. GIEK anser lovforslagets formulering på dette punkt som sentral for kraftkontraktens verdi som sikkerhet.

GIEK er videre av den oppfatning at ordningen ikke svekker andre aktørers behov for eventuelt å kunne avtale pant i en finansiell kontrakt. Det er grunn til å anta at en avtale om langsiktig levering av kraft i flere tilfeller ikke vil bli inngått uten at garanti blir stillet. Og uten å kunne nyttiggjøre seg den økonomiske verdi kraftkontrakten kan representere, vil ikke potensielle garantister stille garanti. Avtalen som sikringsobjekt ville derfor ikke eksistert uten garantien.

6 INNTREDENRETTENS MATERIELLE OG PERSONELLE AVGRENSNING

6.1 LÅNGIVERS INNTREDENRETT

Forslaget til nytt femte ledd i dekningsloven § 7-3 gir ikke långiver rett til inntreden. Imidlertid legger høringsnotatet punkt 5, siste avsnitt, til grunn at også långiver skal ha slik rett.

GIEK ønsker at långivere sikres inntredenrett på lik linje med garantister. Dette kan bidra til at det etableres et marked for lån og kraftgarantier. Ordlyden i lovforslaget bør endres slik at både garantistiller og långiver kan nyttiggjøre seg retten til inntreden.

Det bør i denne sammenheng poengteres at GIEKs adgang til å garantere inntil 80 % av kontraktsbeløpet begrenset oppad til 80 % av tapet ikke hindrer GIEK i å garantere for mindre enn dette. Garantidekningen under en kraftkontrakt kan like gjerne bestå i at GIEK dekker 40 % av risikoen fordi långiver(e) ønsker å dekke 60 %.

6.2 KRAV TIL LÅNGIVER

Forslaget til nytt femte ledd i dekningsloven § 7-3 benytter terminologien "*finansinstitusjon*" om långiver. Begrepet "*finansinstitusjon*" kan lett forstås overensstemmende med definisjonen i lov om finansieringsvirksomhet. Dette er en begrensning det ikke er behov for.

GIEK ser ikke behov for at gruppen av garantister og långivere under kraftgarantiordningen begrenses mer enn nødvendig. GIEK mener at økt antall garantister, og långivere med egenrisiko, er ønskelig.

Videre bør det nevnes at det også vil være hensiktsmessig med konkurranse blant utlånere med hensyn til prising av lån.

GIEK antar at formuleringen "*långiver*" vil dekke det ønskede behov.

6.3 FLERE GARANTISTER OG INNTREDEN

Er det flere garantister/ långivere i et engasjement, må rettsforholdet mellom garantistene og opptreden der man nyttiggjør seg kraftavtalens verdi, reguleres i form av avtale. Så langt det er mulig vil slik avtale bli inngått i forbindelse med at garanti stilles.

6.4 KRAV TIL KRAFTKJØPERS FORBRUK

Forslaget til nytt tredje ledd i dekningsloven § 7-3 begrenser inntreden til kraftkontrakter hvor kraftkjøper "*har*" et årlig forbruk på minst 10 GWh.

Denne formulering kan forstås slik at garantistillers rett til inntreden forutsetter at kjøper til enhver tid har et årlig forbruk på 10 GWh. Sagt med andre ord: Skulle kraftkjøper kun ha forbrukt 9 GWh det året inntreden blir aktuelt, så faller denne retten bort.

Dette er neppe meningen, og loven bør omformuleres. Det må være tilstrekkelig at avtalen ved oppstart omfatter et årlig kraftforbruk på 10 GWh.

6.5 KRAV TIL KRAFTKJØPERS VIRKSOMHET

Forslaget til nytt tredje ledd i dekningsloven § 7-3 begrenser inntredenretten til kraftkontrakter hvor kraftkjøpers kraftforbruk skjer i virksomhet registrert innenfor Statistisk sentralbyrås næringskoder (SN2002) 20, 21, 24 og 27.

GIEK legger til grunn at det ikke kan forventes endringer i SN2002 og med det heller ikke utilsiktet endring av gruppen godkjente kraftkjøpere. Under enhver omstendighet kan ikke eventuell senere endring av SN 2002, eller av kraftkjøpers virksomhet som sådan, ha betydning for inntredenretten i allerede stilte garantiforhold.

6.6 KRAV TIL KRAFTKONTRAKTEN

Forslaget til nytt tredje ledd i dekningsloven § 7-3 begrenser inntredenretten til kraftkontrakter med løpetid på mellom 7 og 25 år.

GIEK mener at inntredenretten også bør omfatte eventuelle kontrakter med løpetid ut over 25 år. Det skulle ikke være behov for å angi lengstetid for kraftkontraktene.

7 INNTREDENRETTENS VIRKNING I FORHOLD TIL KREDITORFELLESKAPET

Forslaget til endring i dekningsloven § 7-3 beskrives som et unntak til boets rett til inntreden. Det er derfor naturlig å drøfte hvorvidt ordningen går på bekostning av øvrige kreditorer.

GIEK vurderer garantistenes rett til å nyttiggjøre seg den verdi kraftkontrakten representerer som en forutsetning for at noen vil stille garanti. Vi viser også til at kostnadene ved garantiene må betales av kraftkjøper i form av garantipremie. GIEK legger til grunn at en kraftgaranti uten rett til inntreden i kraftkontrakt vil kunne medføre en svært høy garantipremie.

Forutsetningen om inntredenrett er et sentralt, økonomisk element i garantiordningen, noe som bidrar til å sikre at GIEKs garantier ikke representerer statstøtte i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Som nevnt foran er det grunn til å tro at de aktuelle kraftkontraktene i de fleste tilfelle ikke ville eksistert uten garantistenes inntredenrett. Etableringen av en særlig rett til inntreden går derfor ikke ut over kreditorfellesskapet i kraftkjøpers konkursbo.

Videre bør ikke garantistenes inntredenrett uten videre anses som en begrensning i boets adgang til å søke dekning på vegne av kreditorfellesskapet. Det er i dag adgang til å pantsette finansielle kraftkontrakter, slik NHD beskriver i høringsnotatet under punkt 3.

Videre vil garantistene kunne forbeholde seg sikkerhet ved å plassere kraftkontrakten i et eget (ofte nyopprett) aksjeselskap ("SPV"), som eies av den eller de reelle kraftforbruker(e). Ved pantsettelse av kraftforbrukers aksjer i SPVet, vil garantistene kunne oppnå sikkerhet i kraftkontrakten.

Når GIEK - til tross for alternativet, å opprette et SPV med sikkerhet i dette selskaps aksjer - ønsker endring av dekningsloven, skyldes dette særlig følgende: Det er ikke gitt at man i alle tilfelle der langsiktig kraftkontrakt inngås vil kunne opprette et SPV. Det er dessuten forbundet med kostnader å etablere og drive et aksjeselskap. Selskapet må kapitaliseres opp, og man har løpende utgifter til regnskap, revisjon og offentlige gebyrer. I tillegg må SPVet overvåkes nøye for å hindre at det pådras forpliktelser ut over det som følger av kraftkontrakten, da slike forpliktelser vil vanne ut verdien av aksjepantet. Kostnader forbundet med SPVet må dekkes av kraftkjøper, i tillegg til garantipremien.