

Notat

Til Miljøverndepartementet

Fra Professor Hans Chr. Bugge og stipendiat Christina Voigt,
Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo

Forslag til lov om kvotehandel med klimagasser.

Det vises til departementets høringsbrev av 28. juni med vedlegg. Vi har følgende kommentarer til forslaget:

1. Generelt.

Vi konstaterer at lovforslaget stort sett kun er en blåkopi av EU-direktiv 2003/87/EF og er tilsvarende begrenset i sitt opplegg. Samtidig mener vi at lovforslaget på enkelte punkter ikke fullt ut oppfyller direktivet, jfr. nedenfor.

2. Forholdet til forurensningsloven.

Opplegget innebærer et samspill mellom forurensningsloven og kvoteloven. Den løsning som er valgt, vil nok kunne fungere bra, men det vil også lett kunne oppstå tvilsspørsmål i skjæringsflaten mellom lovene. Utslipp av CO₂ og andre klimagasser omfattes av forurensningsloven og reguleres i utgangspunktet av denne lovens regler. Kvotesystemet er ett virkemiddel i arbeidet med å redusere disse utlippene, i kombinasjon med andre virkemidler, herunder forurensningslovens konsesjonssystem. Det er en fordel at forurensningslovens generelle bestemmelser, begreper, terminologi m.v. uten videre kommer til anvendelse der de passer også i forhold til kvotehandel. Det er også generelt en fordel at lovstrukturen på et felt ikke er for oppsplittet. Vi kan ikke se at det oppnås særlige fordeler ved en egen lov om kvotehandel, sammenlignet med å ta disse reglene inn som et eget kapittel i forurensningsloven. Det bør i alle fall gis en begrunnelse for dette valget i lovproposisjonen.

Vi vil peke på et par spørsmål i denne sammenheng:

"Medfølgende forurensninger"

De fleste utslipp av CO₂ skjer sammen med utslipp av så vel andre klimagasser som forurensende stoffer som har lokal og regional betydning, som reguleres gjennom forskrifter og utlippstillatelse. Økning av CO₂-utslipp vil ofte automatisk medføre økt utslipp av slike stoffer. Når en virksomhet øker sitt CO₂-utslipp ved å anskaffe kvoter, vil det i praksis også bli økning i utlippene av andre stoffer. Ny virksomhet og utvidelse av eksisterende virksomhet med slike virkninger vil uansett kreve konsesjonsbehandling, hvor forurensningslovens retningslinjer, og skjønnsstemaet i lovens § 11 fjerde ledd gjelder. Dette er en begrensning og komplikasjon ved kvotesystemet som virkemiddel

som har vært lite fremme. Det bør framgå tydelig av loven, eller lovforarbeidene, at kvotehandelen ikke har betydning for de konsesjonsgrenser som er satt for virksomheten m.h.t. utslipp av andre stoffer enn CO₂, og at forurensningsloven gjelder fullt ut for disse utslippene. Det må også framgå at opphevelse av utslippsgrense for CO₂-utslipp bare gjelder i den utstrekning utslippene ikke (indirekte) medfører lokal eller regional forurensning av betydning (jfr. direktivets art. 26 med nytt avsnitt i IPPC-direktivets art. 9 (3)).

Prinsippet om beste tilgjengelige teknikker (BAT) og forholdet til IPPC-direktivet.
Siden CO₂-utslipp omfattes av forurensningsloven, gjelder også lovens retningslinjer for reduksjon av disse utslippene. Dette gjelder også § 2 nr. 3, som gjerne forstås som uttrykk for BAT-prinsippet. At vi må følge BAT-prinsippet for de virksomheter som omfattes av forslaget til kvotehandellov, følger også av IPPC-direktivet. Forholdet mellom IPPC-direktivet og kvotehandeldirektivet er løst i kvotehandeldirektivet gjennom fortalens punkt 21, art. 8 og art. 26. Kjernen i dette er at IPPC-direktivet fortsatt gjelder fullt ut for de virksomheter som omfattes av kvotehandeldirektivet. Men for disse skal det ikke settes utslippsgrense for CO₂, med mindre dette er nødvendig av hensyn til lokal forurensning. Medlemsstatene kan også velge å ikke sette bestemte krav til energieffektivitet. Derimot er det klart at bl.a. BAT-prinsippet gjelder som et minimumskrav, jfr. særlig formuleringen i fortalens pkt. 21 og art. 8. Dette betyr at beste tilgjengelige teknikker for reduksjon av CO₂ skal legges til grunn for tildeling av kvoter til ny og utvidelse av eksisterende virksomhet.

Vi kan ikke se at disse spørsmålene er skikkelig behandlet i høringsnotatet. Formuleringer i lovforslagets § 8 er etter vår oppfatning ikke holdbare, jfr. nedenfor.

3. Lovforslagets gyldighet i tid.

Lovforslaget gjelder bare for perioden 2005-2007. For å skape forutsigbarhet vil det være en fordel om loven også sier noe om perioden 2008-2012, jfr. direktivets art. 11 nr. 2. Etter denne bestemmelsen skal beslutning om det totale antall for den neste perioden treffes 18 måneder før perioden begynner, dvs. 1. juli 2006 (art. 9) og tildeling av kvoter for den enkelte installasjon senest 12 måneder før, dvs. 1. januar 2007 (art. 11 nr. 2).

Det bør også framgå klart av loven at kvotetildelingen i den første periode ikke er bestemmende for tildeling i senere perioder, og at tildelingen da vil kunne reduseres. Dermed fjernes enhver tvil om hvorvidt de generelle omgjøringsreglene i forurl. § 18 kommer til anvendelse.

4. Utslipp som omfattes av loven.

Vi kan ikke se at det i loven er tatt høyde for en utvidelse av dens anvendelse i løpet av perioden, tilsvarende bestemmelsen i direktivets art. 30 nr. 1. Dette kan eventuelt gjøres ved å innta en hjemmel for Kongen til å utvide lovens anvendelsesområde til andre klimagasser eller virksomheter, gjennom en tilføyelse til § 3. En tilsvarende hjemmel bør tas inn i forslaget til nytt § 11 annet ledd i forurl.

Enkelte virksomhetstyper som omfattes av direktivet, bl.a. treforedlingsindustrien, er unntatt i opplegget fordi de i stedet fortsatt skal betale CO2-avgift. Dette er tillatt etter direktivets art. 27, men bare på visse vilkår. Ett av disse er at reglen om overtredelsesgebyr (40 euro per ton) også skal gis anvendelse på disse virksomheter. Vi kan ikke se at dette er omtalt eller dekket i forslaget.

5. Regler om omsetning av kvoter.

Lovforslaget omhandler direkte først og fremst systemet for *tildeling* av utslippskvoter. Det bygger på forutsetningen om at kvoter kan *omsettes*. Dette kommer imidlertid nokså uklart fram i loven, nærmere bestemt i § 12, som står i et ellers teknisk kapittel om kvoteregisteret. Så vidt vi kan se, står det ikke noe sted uttrykkelig i loven at kvoter kan kjøpes av enhver. Det vil av opplysningshensyn være en fordel om det av lovteksten framgår tydeligere at kvoter kan omsettes fritt, og at hvem som helst skal kunne kjøpe og selge kvoter – også aktører som ikke skal bruke kvoter i sin virksomhet, som vi forstår er intensjonen, jfr. også den tydeligere formen som er valgt i direktivet art. 12.

6. Hvem som er kvotepliktig (§ 4)

Siden det med ”den ansvarlige” menes den som har plikt til å søke utslippstillatelse etter forurl. § 11, bør dette framgå av lovteksten.

7. Plikt til å ha utslippstillatelse etter forurensningsloven (§ 5)

Vi viser til våre merknader under pkt. 2 ovenfor.

Vi forstår det slik at vedtaket etter forurl. § 11 bare vil være en ”teknisk” godkjenning av den kvotepliktige som sådan. Bestemmelsen bør nok likevel bygges noe ut, slik at den tydelig gjennomfører direktivets art. 5 og 6. I det minste må det være en forskriftshjemmel som gjør det mulig å gi slike nærmere regler som direktivet krever. Vi viser også til direktivets art. 8 som uttrykkelig forutsetter at dette vedtaket koordineres med den ordinære konsesjonsbehandling.

Vi går ut fra at *forurensningslovens saksbehandlingsregler* vil gjelde også for vedtaket etter lovens § 11 nytt annet ledd, herunder saksbehandlingsforskriften. Utover disse reglene vil *forvaltningslovens* regler om enkeltvedtak gjelde, jfr. forurl. § 85. Dette bør framgå klart av loven eller motivene.

8. Fastsettelse av det samlede antall kvoter (§ 6)

Lovforslaget sier ikke noe om saksbehandlingen for dette vedtaket. For ordens skyld peker vi på at direktivets art. 6 nr. 1 krever en åpen prosess før det treffes vedtak, og at det skal tas hensyn til ”comments from the public”. De nærmere krav til dette er utdypet i vedlegg III pkt. 9 og i kommentaren i COM (2003)830 avsnitt 2.1.9. Temaet er ikke omtalt i høringsnotatet. Direktivets krav bør fortrinnsvis dekkes opp i lovteksten.

9. Prinsippet om gratis tildeling (§ 7) og forholdet til nye virksomheter.

Både i § 7 og i høringsnotatet (s. 3) sies det med bred penn at "alle kvotene" i perioden skal tildeles vederlagsfritt. Samtidig framgår det imidlertid av notatet s. at de som ikke melder seg innen fristen, må kjøpe kvoter i markedet (høringsnotatet s. 8). Av opplysningsgrunner bør dette framgå tydelig av loven (se også neste pkt.).

Rent umiddelbart virker dette skillet tvilsomt i forhold til statsstøtteregulverket i EØS-avtalen, og må åpenbart håndteres med omhu, jfr. også direktivets art. 11 nr. 3. Her anbefales det at kvoter holdes tilbake for tildeling til "new entrants". Etter definisjonen i art. 3 (h) synes dette begrepet bare å gjelde utvidelser i virksomheter som allerede er inne i kvotesystemet. Det er imidlertid meningen at det også skal dekke nye virksomheter. Dette framgår uttrykkelig av COM(2003)830 pkt. 49. Vi kan ikke se at det i forslaget er lagt til rette for at også nye virksomheter i noen grad kan få tildelt gratis kvoter i tråd med direktivets art. 11 nr. 3.

10. Tildeling av kvoter (§ 8)

Reglene åpner for et visst skjønn ved tildelingen av kvoter, og *saksbehandlingen* blir derfor viktig. Det framgår ikke av lovforslaget hvordan saksbehandlingen for vedtak om tildeling skal være. Vi antar at det er forurensningslovens saksbehandlingsregler, supplert med forvaltningslovens regler for enkeltvedtak, som her skal gjelde. Dette bør gjøres tydelig i loven.

For *igangsatt virksomhet* (før 1. januar 2001) skal "utgangspunktet" være gjennomsnittlig utslipp i årene 1998-2001. Dette uttrykket er juridisk uklart, men vi forstår kommentarene slik at det her i alminnelighet vil være automatikk. Dette kan godtas etter direktivet, men direktivet åpner også for en reell vurdering av tekniske og økonomiske muligheter, ut fra prinsippet om ren teknologi, som grunnlag for tildeling. Vi viser særlig til direktivets vedlegg III pkt. 8 som stiller krav om at den nasjonale planen inneholder en vurdering av i hvilken grad rene teknologi er tatt i betraktning ved fastsettelsen av kvotene, og kommentaren til dette i Kommisjonens kommunikasjon (COM (2003)830 final, avsnitt 2.1.8. Vi savner en nærmere diskusjon i høringsnotatet av dette spørsmålet, og hvorfor opplegget er basert ensidig på historiske utslipp.

For økning av utslipp som følge av *vesentlige endringer* av virksomhetens art eller omfang (§ 8 annet ledd pkt. c)), vil IPPC-direktivet gjelde. Det er da et krav at BAT-prinsippet legges til grunn for tildelingen. Dette er også lagt til grunn i COM (2003)830 final pkt. 91, som sier at IPPC-prinsippet om beste tilgjengelige teknikker er *et minimumskrav*. Den formuleringen som foreslås i lovforslaget, oppfyller ikke dette. Det må i stedet for eksempel stå "...økte utslipp, skal tildelingen bygge på bruk av beste tilgjengelige teknikker for å begrense utslipp av CO₂." Vi understreker betydningen av likebehandling av virksomheter etter denne regelen, både av hensyn til forvaltningsrettslige regler og EØS-regulverket om statsstøtte.

Det samme må gjelde for *ny virksomhet* (§ 8 annet ledd pkt. d)). Også her må BAT-prinsippet legges til grunn for tildeling.

11. Offentlighet.

For ordens skyld peker vi på at både tildeling av kvoter til den enkelte virksomhet, og faktisk utslipp fra en virksomhet, er miljøinformasjon etter miljøinformasjonslovens § 2 (1) b), og lovens bestemmelser kommer til anvendelse på disse opplysningene. Dette kan med fordel sies uttrykkelig i loven. Forslaget til § 11 tredje ledd kan forstås slik at det bare er offentlige myndigheter som har tilgang til disse opplysningene.

12. Utstedelse av kvoter på grunnlag av prosjekter (§ 15).

Ut fra kommentaren i høringsnotatet er vi noe usikre på hva denne bestemmelsen dekker. Etter ordlyden og en del av kommentarene får vi inntrykk av at den bare dekker "innenlandske prosjekter". Samtidig pekes det i kommentarene på at det blir aktuelt å knytte også prosjekter under Kyotomekanismene (CDM og JI) til kvotesystemet, jfr. direktivets art. 30 nr. 3 og EUs arbeid med "mekanismedirektivet". Lovforslagets § 15 og forarbeidene bør formuleres på en annen måte slik at det tydeligere gir hjemmel for en kopling til disse mekanismene.

13. Rapportering (§ 16)

Det legges opp til at rapportering av faktisk utslipp et år skal skje innen 28. februar neste år. For ordens skyld peker vi på at direktivet ikke setter opp denne fristen, men bare "after the end of that year". Det er derfor mulig å sette en kortere frist for denne rapporteringen. Vi vil anta at det vil være en fordel å få rapportene inn i god tid før 28. februar (for eksempel 31. januar) slik at SFT tidlig kan se om viktige forutsetninger av betydning for kvotetildelingen er blitt endret i løpet av året.

Oslo 7. august 2004


Hans Chr. Bugge


Christina Voigt