



DEN NORSKE ADVOKATFORENING

HOVEDSTYRET

Kristian Augusts gate 9, 0164 Oslo
Telefon 22 03 50 50 Telefaks 22 11 53 25

Dato: 04-02-2005

Olje- og energidepartementet
Energi- og vassdragsavdelingen
Boks 8184 Dep.
0033 Oslo

Vår ref.: #24240v1
Deres ref.: 04/01719-1

HØRINGSUTTALELSE - LOVUTKAST OM PLIKTIGE ELSERTIFIKATER

Vi viser til departementets høringsbrev av 24. november 2004 vedrørende lovutkast om pliktige elsertifikater.

Saken har vært forelagt Advokatforeningens lovutvalg for energirett, vannkraft, olje og gass bestående av Erik Samuelsen (leder), Mimi K. Berdal, Johs. Faugstad, Johan Fredrik Remmen og Caroline Lund.

Utvalget har avgitt følgende uttalelse:

"Departementets lovutkast om et pliktig sertifikatmarked for fornybar elektrisitet bygger på de rammer og grunnprinsipper som er lagt gjennom tre forutgående Stortingsmeldinger om samme tema. Et pliktig elsertifikatmarked er et tiltak for å øke produksjonen av elektrisitet fra fornybare energikilder. Lovutkastet innebærer i hovedtrekk at produsenter av fornybar elektrisitet mottar sertifikater etter hvor mye de produserer. El-leverandørene blir samtidig pålagt å kjøpe sertifikater i forhold til sine leveranser, og kostnadene fordeles på alle eller utvalgte deler av sluttbrukerne av elektrisitet. Produsentene av fornybar elektrisitet vil dermed få en inntekt fra salg av sertifikater i tillegg til inntekten fra salg av elektrisitet. Denne tilleggsinntekten skal bidra til å gjøre det lønnsomt for utbyggerne å bygge ny fornybar elektrisitetsproduksjon.

Advokatforeningen vil innledningsvis påpeke at en ordning med pliktige elsertifikater synes å være et positivt og hensiktsmessig virkemiddel for å stimulere til utbygging og produksjon av fornybar energi. Advokatforeningen er enig i de grunnleggende hensyn og prinsipper lovforslaget bygger på, og ser det som særlig viktig at den kommende loven gjøres så enkel og lett anvendelig som mulig. Dette både for å sikre at markedet for elsertifikater ikke hemmes av et for omfattende og komplisert regelverk, samt for at regelverket skal være så tilgjengelig og forutberegnelig som mulig for aktørene i markedet.

Advokatforeningen legger til grunn at det er en grunnleggende forutsetning ved ordningen at elsertifikatene kan omsettes uavhengig av omsetningen av den fysiske kraften.

Advokatforeningen vil i det følgende peke på og kommentere en del sentrale problemstillinger i departementets høringsnotat:

1. I et innledende kapittel 2 drøftes blant annet prinsippene for lovforslaget. Departementet forutsetter at en ordning med pliktige elsertifikater skal være et alternativ til dagens virkemidler for de aktuelle teknologiene. Departementet tar imidlertid ikke stilling til hvorvidt dette

innebærer at dagens virkemidler, og eventuelt hvilke av disse, skal avvikles som følge av innføringen av pliktige elsertifikater. Advokatforeningen finner grunn til å påpeke at det per i dag eksisterer støtteordninger blant annet i form av fritak fra naturressurs- og grunnrenteskatt, som har som formål blant annet å stimulere til økt utbygging av småkraftverk. Hvorvidt det er hensiktsmessig at slike ordninger avvikles eller erstattes når loven om elsertifikater trer i kraft, har imidlertid Advokatforeningen ikke hatt grunnlag for å ta stilling til.

Når det gjelder behovet for harmonisering og samordning av markedet med Sverige, er Advokatforeningen i utgangspunktet enig i at dette synes hensiktsmessig. Det påpekes imidlertid at i den grad det fremdeles gjenstår nødvendige avklaringer før den norske loven kan tre i kraft, bør dette skje raskt, slik at oppstart av markedet ikke utsettes unødige. Etter det Advokatforeningen kjenner til, er det relevante lovverket allerede på plass i Sverige, og synes å fungere tilfredsstillende. Innholdet i den norske loven bør så langt som mulig være overensstemmende med den svenske loven.

2. Kapittel 3 drøftes hvilke typer elektrisitetsproduksjon som skal berette til utstedelse av elsertifikater.

Advokatforeningen er i hovedsak enig i de vurderinger og prinsipper departementet her legger til grunn, herunder at det er hensiktsmessig med mest mulig objektive og nøytrale krav slik at ordningen blir enkel å praktisere og forutsigbar for utbyggerne.

Når det gjelder hvilken fornybar energi som skal omfattes av ordningen, er imidlertid Advokatforeningen av den oppfatning at en grense som regnes fra byggestart, jf lovutkastets § 7 første ledd, bokstav a, er lite hensiktsmessig. Både reelle hensyn og retts tekniske hensyn taler for at skillet bør gå ved driftssetting av anleggene, ikke byggestart. Advokatforeningen viser til at endelig investeringsbeslutning i mange tilfeller ikke vil være truffet før 1. januar 2004, selv om det er foretatt visse forberedende arbeider knyttet til anlegget før denne tid. Dersom slike prosjekter skulle utelukkes fra ordningen vil dette kunne få avgjørende betydning for en rekke allerede planlagte, men ikke gjennomførte, prosjekter. Gitt at lovens formål blant annet er å bidra til utbygging av produksjonsanlegg for fornybar energi som ellers ikke ville blitt gjennomført, vil en grense som settes til driftssetting av anlegget være bedre egnet til å ivareta dette formålet.

Det vil dessuten by på betydelige praktiske problemer å definere hva som skal anses som byggestart og hva som er rene forberedende arbeider. Hensynet til at ordningen skal være enkelt å praktisere og gi mest mulig forutsigbarhet for aktørene, tilsier derfor at grensen settes til driftssetting, ikke byggestart. Advokatforeningen viser for øvrig til NVEs vurderinger og kommentarer i rapport 11/2004 om grønne sertifikater på s 58, og slutter seg til det som er sagt der. Advokatforeningen viser også til at den svenske loven legger driftssetting til grunn, og ikke byggestart, jf kapittel 2 § 2 i lag 2003:113 om elsertifikat.

For øvrig legger departementet opp til at all ny vannkraftproduksjon skal berette til elsertifikater, uavhengig av størrelsen på vannkraftproduksjonen (installert effekt). Advokatforeningen er enig i en slik løsning, og mener det har gode grunner for seg ikke å skille mellom produksjonsanlegg avhengig av størrelsen. En slik løsning er på linje med den svenske loven, noe som i seg selv er en fordel ettersom man tar sikte på et felles marked. Videre ville en effektgrense kunne gi motiv til tilpasninger fra utbyggere som vil føre til at de samfunnsmessige (og miljømessige) beste løsningene kan bli prioritert bort til fordel for bedriftsøkonomiske hensyn. Det vises ellers til departementets begrunnelse på s. 12, som foreningen tiltrer.

Når det gjelder overgangsordningene finner Advokatforeningen grunn til å påpeke at innføringen av elsertifikater for ny kraftproduksjon kan hevdes å ville føre til en viss

konkurranse vridning mellom ny og gammel kraftproduksjon. Dette vil særlig kunne slå uheldig ut for utbyggere av små vannkraftverk fra før 1.1.2004, som kan ha hatt en ikke ubegrunnet forventning om at også disse ville bli omfattet av den kommende elsertifikatordningen. Advokatforeningen viser blant annet til at departementet allerede i St.meld. nr 9 (2002-2003) var positiv til innføring av elsertifikater, og hvor det uttrykkelig ble vist til ordningen i Sverige. I henhold til den svenske ordningen berettiger også eksisterende vannkraftproduksjon under en gitt størrelse til tildeling av elsertifikater, blant annet fordi eksisterende støtteordninger ble avvirket. Som nevnt over i punkt 1 eksisterer det også norske støtteordninger i form av skattefritak for småkraftverk, som eventuelt kunne vurderes erstattet av støtte i form av elsertifikater. Disse problemstillingene kunne etter Advokatforeningens syn med fordel ha vært nærmere redegjort for og behandlet av departementet.

3. I kapittel 4 drøftes omfanget av elsertifikatplikten, det vil si hvem som skal være pliktige til å anskaffe elsertifikater samt hvor store kvotene (antall elsertifikater som må anskaffes) skal være.

Departementet foreslår at kun el-leverandørene er sertifikatpliktige. I motsetning til den svenske ordningen, innebærer dette at sluttbrukere som handler kraft til eget forbruk direkte i spotmarkedet (har eget balanseansvar) verken har noen plikt eller mulighet til selv å handle sertifikater for dermed å oppfylle sertifikatplikten. Dette betyr etter det Advokatforeningen kan se at produsenter som selger kraften over NordPools spotmarked, for å oppfylle sertifikatplikten, må føre oversikt med hvem som kjøper kraften og hvor mye. Dette kan være problematisk, særlig dersom ikke all kraft levert til sluttbrukere skal være beregningsrelevant. For å unngå denne problematikken kunne det være hensiktsmessig med en lignende regel som i Sverige, som innebærer at sluttbrukere som handler direkte på spotmarkedet automatisk selv blir sertifikatpliktige for det forbruket de der kjøper. Selv om det per i dag er relativt få sluttbrukere som har eget balanseansvar, vil dette kunne bli mer aktuelt i fremtiden.

For øvrig har Advokatforeningen ingen særskilte kommentarer til valget mellom de to foreslåtte modellene for omfanget av elsertifikatplikten.

4. I kapittel 5 beskrives forvaltningen av elsertifikatordningen samt rollefordelingen mellom de ulike aktørene.

I kapitlet beskrives blant annet nettselskapenes rolle og ansvar i en ordning med elsertifikater. I henhold til departementets lovforslag vil nettselskapene pålegges enkelte informasjons- og rapporteringsoppgaver i forbindelse med ordningen. Dette vil typisk være innrapportering av den mengde energi elsertifikatberettigede produsenter har levert inn på nettet, samt mengde energi som er forbrukt i nettet og som er relevant for beregningen av omfanget av elsertifikatplikten for de elsertifikatpliktige. Dette innebærer at rapporteringen fra nettselskapene vil danne det viktigste faktagrunnlaget for fastsettelse av de rettigheter og plikter loven omhandler.

Nettselskapenes rapportering av levert energi til sluttbrukerne baserer seg i stor grad på tall som fremkommer av måleinstrumenter som avleses av den enkelte sluttbruker. Det er med andre ord rom for flere feilkilder, både fordi det kan være feil ved målerne, og fordi ikke alle sluttbrukere leser av måleren jevnlig, eller ikke gjør det på en korrekt måte. I lovutkastet omtales ikke nettselskapenes eventuelle ansvar verken overfor myndighetene eller øvrige aktører i elsertifikatordningen for eventuelle feil ved de tall som rapporteres.

Etter foreningens syn vil det være hensiktsmessig om det i loven slås fast at i den grad feil ved antall tildelte elsertifikater eller antall innløste elsertifikater beror på feil ved de tall som er

rapportert av nettselskapene, skal dette ikke gi grunnlag for tilbakekall av tildelte sertifikater eller ileggelse av overtredelsesgebyr på grunn av for få innløste sertifikater. Lovens system bør med andre ord være at de tall som er rapportert av nettselskapene legges til grunn som endelige idet de er benyttet som grunnlag for enten tildeling eller innløsning av sertifikater. Noe annet vil kunne skape en unødig usikkerhet i markedet og blant aktørene, og kan også medføre kompliserte etteroppgjør i etterhånd mellom aktørene. Eventuelle feilmålinger vil i alle tilfelle normalt gå begge veier, og mengden feilmålt energi vil jevne seg ut over tid.

5. I forlengelsen av ovennevnte har Advokatforeningen kommentarer til lovutkastets manglende regulering av adgangen til å tilbakekalle eller omgjøre tildeling og innløsning av elsertifikater. Departementet legger til grunn at den fortløpende tildelingen av sertifikater skal utføres av kontofører, og av den grunn ikke vil være å anse som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Dette innebærer i tilfelle at heller ikke forvaltningslovens bestemmelser om blant annet omgjøring av vedtak kommer til anvendelse på tildelingen av elsertifikater.

På denne bakgrunn anser Advokatforeningen det som nødvendig at det i loven fastsettes begrensninger i adgangen til å rette eller endre, herunder tilbakekalle, tildelte elsertifikater. Dette vil også være nødvendig av hensyn til aktørene i ordningen, som bør kunne stole på at tildelte sertifikater ikke kan trekkes tilbake, og særlig ikke etter at de er omsatt. Som hovedregel bør det etter Advokatforeningens syn ikke være adgang til å gjøre endringer i tildelingen etter at elsertifikatene er registrert på den berettigedes konto.

Advokatforeningen antar videre at en elsertifikatberettiget som, uansett årsak, har behov for et stadfestende vedtak fra tilsynsmyndighetens side med hensyn til omfanget av tildelingen, skal kunne kreve dette. Bestemmelsen i utkastets § 9 fjerde ledd synes noe snevert formulert for dette formål.

6. Det er ut i fra departementets lovutkast noe uklart i hvilket øyeblikk det overfor den enkelte sertifikatpliktige foreligger et endelig vedtak om omfanget av sertifikatplikten hvert år, og som danner grunnlaget for innløsningen av sertifikater. Under punkt 5.6 sies at tilsynsmyndigheten på bakgrunn av rapporteringen fra den elsertifikatpliktige fastsetter det antall sertifikater som skal innløses det enkelte år. Et slikt vedtak må for å sikre aktørene den nødvendige forutberegnelighet foreligge før innløsning faktisk foretas. Særlig gjelder dette i den grad ikke all levert energi skal anses som beregningsrelevant, idet det da lett vil kunne oppstå tvil om omfanget av beregningsrelevante leveranser. Slik tvil må nødvendigvis avklares før innløsning foretas, slik at den elsertifikatpliktige unngår uønsket overtredelsesgebyr som følge av uklarheter i regelverket.
7. I kapittel 6 drøftes hvordan omsetning av elsertifikatene skal foregå og hvilke regler som skal regulere dette. Advokatforeningen har ingen særskilte kommentarer til det som her fremgår, og er i hovedsak enig i departementets forutsetninger og vurderinger. Det påpekes imidlertid at i den grad det skulle oppstå et marked for handel med derivater med elsertifikater som fysisk underliggende, bør dette etter Advokatforeningens syn reguleres av verdipapirhandellovens bestemmelser om varederivater. Per i dag omfatter varederivater etter verdipapirhandelloven § 1-2 (1) nr 8 derivater med "varer eller tjenester" som underliggende. Det er ikke opplagt at elsertifikater kommer inn under begrepet "varer eller tjenester" i bestemmelsen, slik at dette med fordel kan presiseres ved lov.
8. I kapittel 7 drøftes lovutkastets forhold til annen lovgivning, herunder virkningen av pantsetting av og utlegg i elsertifikater. Advokatforeningen er noe tvilende til hensiktsmessigheten av at det åpnes adgang til å ta pant eller utlegg i elsertifikatkonto tilhørende en elsertifikatpliktig. Som departementet påpeker, foreligger her ingen jevn strøm av elsertifikater inn på konto, og beholdningen er først og fremst ervervet med tanke på innløsning av sertifikatene for å oppfylle

elsertifikatplikten. Elsertifikater på den elsertifikatpliktiges konto vil på denne bakgrunn formodentlig ha en forholdsvis kort levetid, og dermed være lite egnet som sikkerhet. Foreningen antar videre at de færreste sertifikatpliktige vil ønske å fraskrive seg sin rett til å disponere over sertifikatene for eksempel ved innløsning, idet de da vil pådra seg et overtredelsesgebyr som overstiger verdien av sertifikatene. Det synes i denne sammenheng også lite hensiktsmessig at elsertifikater på konto hos elsertifikatpliktig som er pantsatt ikke kan disponeres av andre enn namsmannen, og dermed ikke kan benyttes til innløsning i henhold til loven.

9. Advokatforeningen har ingen særskilte kommentarer til kapittel 8 (forholdet til EU/EØS lovgivningen), kapittel 9 (administrative og økonomiske konsekvenser av lovforslaget) eller kapittel 10 (harmonisering av svensk og norsk lov), utover det som fremkommer ovenfor.
10. I kapittel 12 redegjøres nærmere for de enkelte bestemmelsene. I det følgende redegjøres for Advokatforeningens syn på disse, der hvor det finnes særskilt å bemerke i tillegg til det som fremkommer foran.
11. Av § 3 fremgår at også eventuelle anlegg på kontinentalsokkelen vil omfattes av loven og være berettiget til utstedelse av elsertifikater. Dette anser Advokatforeningen som positivt. Det påpekes imidlertid at slike anlegg ikke er omfattet av energiloven, og dermed heller ikke er konsesjonspliktige etter denne, jf energiloven § 1-1 andre ledd. Etter det Advokatforeningen kan se er det i det hele tatt tvilsomt hvilket lovverk slike anlegg eventuelt omfattes av, og dette kan med fordel klargjøres for å tilrettelegge for utbygging av slike anlegg.
12. Når det gjelder angivelsen av sertifikatberettigede anlegg i § 7, vises i hovedsak til det som er sagt over i punkt 2 vedrørende avgrensningstidspunktet for fornybar energi som omfattes av ordningen. Advokatforeningen er som nevnt av den oppfatning at skillet bør gå ved driftssetting, ikke byggestart.
13. Lovutkastet § 9 regulerer nærmere tildelingen av elsertifikater. Når det gjelder tildelingsperioden, antar Advokatforeningen at det ville være hensiktsmessig om produksjonsanlegg som et enkelt år ikke tildeles elsertifikater, uavhengig av hvilken årsak dette har, kan få forlenget tildelingsperioden sin tilsvarende. Dette vil særlig kunne være et behov for nye anlegg som kan ha uregelmessig drift i starten, eller for anlegg som av ulike årsaker må stanse driften i kortere eller lengre perioder. Advokatforeningen foreslår at innehaver av produksjonsanlegget i slike tilfeller selv kan velge hvorvidt elsertifikater skal tas ut det enkelte år, slik at innehaveren i "dårlige år" kan unnlate å rapportere sertifikatberettiget produksjon. På denne måten kan innehaveren få forlenget den totale tildelingsperioden, og kan dermed velge å ta ut elsertifikatene i år da dette totalt sett vil gi bedre lønnsomhet. Dette vil sikre at innehaver ved endelig investeringsbeslutning alltid kan regne med 10 år med elsertifikatinntekter basert på "normalproduksjon", uavhengig av år da driften av uforutsette årsaker ikke går som planlagt.
14. Lovutkastets § 11 omhandler registrering og omsetning av elsertifikater. I bestemmelsens tredje ledd fastslås at dersom det etter en foreløpig registrering ikke etter to uker kommer innsigelser fra avhenderen mot registreringen, skal denne gjøres endelig. I tråd med alminnelige tingsrettslige prinsipper antar imidlertid Advokatforeningen at registreringen ikke av den grunn skal ha virkning for forholdet mellom partene. Den endelige registreringen bør ikke hindre at avhender gjør gjeldende at overdragelsen ikke er gyldig overfor innehaver av den konto hvor sertifikatene nå er registrert. Departementets uttalelser i kommentarene til denne bestemmelsen kan imidlertid tyde på at departementet har ment at også det materielle spørsmålet blir endelig avgjort ved den endelige registreringen. Uttalelsen synes uheldig, idet Advokatforeningen antar at meningen selvsagt ikke har vært at tilsynsmyndighetens avgjørelse om registrering gis

virkning tilsvarende rettskraftig dom. Selv etter endelig registrering må det være rom for innsigelser og eventuelt rettslige skritt fra avhenderens side overfor erverver med hensyn til overdragelsens gyldighet mv.

I § 11 sjettede ledd foreslås regler om kontoførers adgang til å rette feil i registeret. Advokatforeningen antar at kontoførers rettingsadgang ikke omfatter feil av materiell art og som griper inn i tildelte rettigheter eller plikter. I den grad det skal være adgang til å gjøre slike endringer i ettertid, for eksempel i antall tildelte sertifikater, bør dette kun skje etter vedtak og instruks fra tilsynsmyndigheten. For øvrig vises til Advokatforeningens kommentarer i punkt 5 over, med hensyn til adgangen til tilbakekall eller omgjøring av tildeling av elsertifikater mv.

15. I § 12 er det foreslått en noe annen ordlyd i andre ledd første punktum, sammenlignet med § 11 andre ledd første punktum, med hensyn til henholdsvis pantsetters og avhenders ansvar for at rettshandelen registreres i registeret. Advokatforeningen antar imidlertid at det ikke er hensikten at det skal være noen realitetsforskjell her, og ordlyden i de to bestemmelsene bør da være lik.
16. I ordlyden i § 13 fjerde ledd siste punktum er følgende passus foreslått: ”eller ved kolliderende rettigheter som nevnt i første til tredje punktum.” Etter Advokatforeningens syn er passusen slik den nå står, både unødvendig og forvirrende for forståelsen av lovbestemmelsen. I alle tilfelle antas at siste ord i passusen skal være ”ledd”, ikke ”punktum”.
17. § 15 omhandler hvem som er elsertifikatpliktige. Det presiseres for ordens skyld at definisjonen i § 15 innebærer at omsetning av rent finansielle kontrakter uten fysisk oppgjør i kraft faller utenfor elsertifikatplikten, noe som anses hensiktsmessig. Elsertifikatplikt oppstår med andre ord først for den omsetter/leverandør som foretar avregning overfor sluttbruker for fysisk forbruk.
18. I § 17 reguleres elsertifikatpliktens omfang nærmere. Uavhengig av hvilket alternativ som blir det endelige, bør det i bestemmelsens tredje ledd presiseres at det er leveranser til sluttbrukere, jf definisjonen i § 15, som er beregningsrelevant.
19. I § 23 gis en hjemmel for å fastsette bestemmelser om gebyrer for registrering, kontoføring mv. Slike gebyrer bør bygge på et selvkostprinsipp for å unngå unødig fordyring av sertifikatordningen. Advokatforeningen stiller imidlertid spørsmål ved hva departementet tenker seg når det i lovutkastet heter at det også kan fastsettes gebyrer for tilsyn og kontroll i henhold til loven. Advokatforeningen antar at en aktør som ufrivillig eller på en annens initiativ blir gjenstand for tilsyn eller kontroll selvsagt ikke skal være forpliktet til å betale gebyr for dette.

Advokatforeningens hovedsynspunkter kan oppsummeres slik:

Advokatforeningen er positiv til innføringen av en ordning med elsertifikater, og er i hovedsak enig i de vurderinger som ligger til grunn for departementets lovutkast.

Etter Advokatforeningens syn, bør imidlertid avgrensningen av hvilken fornybar energi som skal omfattes av loven settes til det enkelte anleggs driftssetting, ikke byggestart. Advokatforeningen er av den oppfatning at en slik løsning vil være best egnet til å ivareta de formål loven er ment å fremme.

Etter Advokatforeningens syn bør det slås fast i loven at tildelte elsertifikater ikke kan kalles tilbake etter at de er registrert på den sertifikatberettigedes konto i elsertifikatregisteret. Videre bør de tall

nettselskapene leverer og som danner grunnlaget for antall tildelte og innløste sertifikater anses som endelige, og det bør ikke åpnes for etteroppgjør eller korreksjoner i etterkant dersom det viser seg at det hefter feil ved disse tallene.

Advokatforeningen anser det som lite hensiktsmessig at det åpnes adgang til å pantsette elsertifikater på konto hos elsertifikatpliktig.”

Advokatforeningen tiltrer utvalgets uttalelse.

Med vennlig hilsen


Merete Smith
generalsekretær