

Miljøverndepartementet
Postboks 8013 Dep.
0030 Oslo

Att.: Ingvild Andreassen Sæverud
Departementets ref.: 200703933

Oslo, 7. november 2008

Ansvarlig advokat: Frode Elgesem
Referanse: 136564-001

HØRINGSUTTALELSE - FORSLAG TIL ENDRINGER I KLIMAKVOTELOVEN OG -FORSKRIFTEN

1 INNLEDNING

Det vises til høringsbrev fra Miljøverndepartementet av 16. oktober 2008 vedrørende forslag til endringer i klimakvoteloven og –forskriften. Endringene er nødvendiggjort av EFTAs overvåkningsorgans (ESA) innvendinger til den norske kvoteallokeringsplanen. Høringsfristen er 7. november 2008.

På vegne av NorFraKalk AS (NorFraKalk) inngis med dette enkelte merknader til de foreslåtte endringene.

NorFraKalk ser positivt på Miljøverndepartementets beslutning om å ta til følge ESAs innvendinger hva angår forskjellsbehandlingen mellom eksisterende virksomheter etablert før og etter 31. desember 2001, og at det således åpnes for tildeling av vederlagsfrie kvoter også til sistnevnte gruppe av foretak. Herunder er det positivt at Miljøverndepartementet legger kvotehandelsdirektivets (direktiv 2003/87/EF) definisjon av ”nye virksomheter” til grunn.

Til tross for disse endringene finnes det imidlertid *fortsatt* elementer av systematisk og vesentlig forskjellsbehandling mellom eksisterende virksomheter i det norske kvotehandelssystemet. Dette skyldes hovedsakelig Miljøverndepartementets forslag om å la tildelingen av vederlagsfrie kvoter til noen virksomheter igangsatt etter 31. desember 2001 styres av *normer*, i motsetning til andre som får sine vederlagsfrie kvoter tildelt på basis av *reelle utslipp*. Disse elementene av forskjellsbehandling må etter NorFraKalks syn fjernes før allokeringplanen fullt ut er i samsvar med EUs kvotedirektiv (direktiv 2003/87/EF). Dette blir det nærmere redegjort for i punkt 2 nedenfor.

NorFraKalk finner grunn til å minne om at det har tatt urimelig lang tid å få den norske allokeringsplanen i samsvar med de EØS-rettslige kravene, og at årsaken til forsinkelsen ligger på statens side. ESAs innsigelser er i samsvar med de innvendinger industrien har holdt opp for departementet helt siden endringene i klimakvoteloven ble vedtatt medio 2007. Industrien har allerede i lang tid vært nødt til å drive virksomhet uten å kjenne sine CO₂-kostnader.

Det er nå nødvendig å unngå ytterligere forsinkelser med hensyn til innlemmelsen av norske virksomheter i EUs kvotehandelssystem. Miljøverndepartementet må derfor nå sikre at den videre prosessen med allokeringsplanen kan gjennomføres uten ytterligere tidsspille. Departementet bør derfor sikre at endringene i den norske planen som nå notifiseres til ESA, fullt ut hensyntar overvåkningsorganets innvendinger og EØS-avtalens krav. I motsatt fall risikerer man at ESA vil se seg tvunget til å fatte nok en negativ avgjørelse, med de sterkt uheldige konsekvenser for norsk industri som dette vil føre til.

2 FORSLAGET OM TILDELING PÅ GRUNNLAG AV NORMER

Av forslaget til ny § 8 fjerde ledd i klimakvoteloven fremgår det at eksisterende virksomheter som er igangsatt etter 31. desember 2001, og som ikke har hatt kvotepliktige utslipp i minst ett fullt kalenderår i perioden 2002-2007, skal få tildelt vederlagsfrie kvoter på grunnlag av *normer*. Det er etter NorFraKalks syn en ikke ubetydelig risiko for at dette vil føre til en systematisk og vesentlig forskjellsbehandling som ikke vil kunne godtas av ESA. Sagt på en annen måte: De foreslåtte endringen vil fortsatt medføre *utilbørlig forskjellsbehandling* av en bedrift som NorFraKalk.

Departementets oppfatning av hva som er *utilbørlig forskjellsbehandling* fremgår av høringsnotatet. Vi viser her til forslaget om at virksomheter som hadde utslipp i basisperioden, men som har hatt vesentlige utslippsøkinger (som følge av vesentlige endringer i art og omfang) skal få tildelt vederlagsfrie kvoter som gjenspeiler utslippsøkningen. Dette er etter departementets syn nødvendig nettopp for å unngå slik *utilbørlig forskjellsbehandling* som EØS-retten forbyr. Når det gjelder hva som ligger i vesentlige endringer, viser departementet til SFTs praksis fra prøveperioden. Denne praksisen viser at endringer fra om lag 10% og oppover har blitt regnet som vesentlige. I forslaget til endring i klimakvoteforskriften gir departementet et eksempel på s. 6 hvor en endring på 12,5 % skal anses som vesentlig.

Ved vurderingen av om metoden for tildeling av vederlagsfrie kvoter basert på normer medfører en *utilbørlig forskjellsbehandling* i forhold til tildeling på grunnlag av reelle utslipp, må det etter dette spørres om denne metoden vil medføre en vesentlig endring i forhold til allokering basert på reell kapasitet og utslipp. Dersom denne metoden medfører en reduksjon på mer enn 10 %, vil det være naturlig å konkludere med at det skjer en *utilbørlig forskjellsbehandling* i strid med EØS-retten.

Dette vil være tilfelle for NorFraKalk.

For det første ligger den normerte driftstiden på 7 500 timer per år for virksomheter som får tildelt kvoter på grunnlag av normer, betraktelig under normert driftstid i NorFraKalks bransje. Dette gjelder både eldre anlegg og ved bruk av BAT-teknologi slik som NorFraKalks *Maerz* kalkovn.

Denne ovnen har en normal driftstilgjengelighet på ca. 95 prosent, eller 8 322 timer per år beregnet ut fra maksimal teoretisk driftstid på 8 760 timer per år. Det vises til den vedlagte dokumentasjonen som er innhentet i sakens anledning.

Bilag 1: Brev fra Maertz Ofenbau AG av 4. november 2008

Bilag 2: Brev fra Verdalskalk AS av 5. november 2008

Bilag 3: Brev fra NorKalk Oyj Abp av 7. november 2008

Den normerte driftstiden som Miljøverndepartementet legger til grunn som basis for tildelingen av kvoter, er altså hele 822 timer – eller ca. 10 prosent - lavere enn reell driftstid i NorFraKalks anlegg, som også anføres at er representativt for bransjen.

For det andre innebærer Miljøverndepartementets forslag at tildelingsprosenten for utslipp relatert til energibruk fra virksomheter som får kvotetildeling på basis av normer til 85 prosent, i motsetning til tildelingsprosenten på 87 prosent for energiutslipp fra virksomheter som får tildeling på grunnlag av reelle, historiske utslipp.

For det tredje gir normen for energiutslipp (180 tonn CO₂ pr. GWh) , et vesentlig lavere grunnlag enn det som ville fulgt av en allokering på grunnlag av reelle, historiske utslipp. NorFraKalk bruker spillolje som drivstoff, som medfører at de reelle utslipp er ca 270 tonn CO₂ pr. GWh. Dersom NorFraKalk hadde hatt et fullt driftsår før 1. januar 2008, ville bedriften uten videre hatt krav på tildeling etter reelle utslipp. Det er ikke gitt noen miljøbegrunnelse for denne forskjellsbehandlingen, som jo systematisk vil ramme de mest moderne installasjonene, basert på BAT og dermed savner miljømessig begrunnelse. Endringen i forhold til reelle utslipp kan her bli så betydelig som 30 %.

Samlet sett medfører altså Miljøverndepartementets forslag til normer for kvotetildeling i klimakvotelovens § 8 fjerde ledd at NorFraKalk vil få tildelt kvoter på et grunnlag som er vesentlig lavere enn en tildeling basert på reell driftstilgjengelighet, med en ”normal” tildelingsprosent på 87 prosent for energiutslipp og reelt energiutslipp. Det er på det rene at en slik endring i andre sammenhenger i lovforslaget klart ville blitt ansett som *utilbørlig forskjellsbehandling* og dermed i strid med EØS-retten.

NorFraKalk mener derfor at det norske klimakvotesystemet – dersom høringsforslaget blir vedtatt – fortsatt forskjellsbehandler grupper av eksisterende virksomheter i strid med EØS-retten. Ved at virksomheter med såkalt ”representative historiske utslipp” (virksomheter som ble igangsatt senest 31. desember 2001 eller som har hatt utslipp i minst ett helt kalenderår i perioden 2002-2007, eventuelt vesentlig økte utslipp i denne perioden) får tildelt kvoter på grunnlag av sine *reelle gjennomsnittlige utslipp* (enten i ”basisperioden” 1998-2001 eller i perioden 2002-2007), samt får kvoter for 87 prosent av sine energiutslipp, får disse virksomhetene en høyere andel vederlagsfrie kvoter i forhold til sine CO₂-utslipp enn virksomheter som ikke har historiske utslipp og derfor kun får *normbasert tildeling*. Denne ”ekstraallokeringen” utgjør en klar økonomisk fordel for førstnevnte bedrifter, i form av mindre behov for utslippsreducerende tiltak og/eller kvotekjøp.

Denne fortsatte forskjellsbehandlingen av grupper av eksisterende virksomheter må trolig anses i strid med kriterium 5 i Vedlegg 3 til kvotehandelsdirektivet. En revidert norsk allokeringsplan som

bygger på denne distinksjonen vil dermed heller ikke kunne godtas av ESA. I ESAs vedtak om den norske allokeringssplanen heter det at

"(...) it falls for the Authority to verify that [the] free allowances are distributed among undertakings in a manner that respects the principle of equal treatment and the State aid rules. (...)

*Therefore, the allocation methodology shall not favor certain undertakings or activities, unless this is justified by the environmental logic of the system itself or such rules are necessary for consistency with duly justified environmental policies."*¹

Så lenge det norske kvotehandelssystemet regulerer virksomheter i nøyaktig samme faktiske og rettslige situasjon på forskjellig måte – ved systematisk å gi vesentlig høyere tildeling av vederlagsfrie kvoter til en gruppe av eksisterende virksomheter enn en annen, sett i forhold til virksomhetenes reelle utslipp – vil således systemet være i strid med kvotehandelsdirektivets forbud mot usaklig forskjellsbehandling. De foreslåtte bestemmelsene om tildelingsgrunnlag vil dermed også kunne utgjøre ulovlig statsstøtte, på samme måte som den tidligere forskjellsbehandlingen mellom virksomheter etablert før og etter 31. desember 2001.² Vi ser i denne forbindelse grunn til å minne om at statsstøtteforbudet i EØS-avtalens artikkel 61(1) rammer enhver form for økonomiske fordeler som oppnås som følge av statlige tiltak.

Det fremgår av departementets høringsbrev at forslaget om lik normert driftstid for virksomheter som får tildeling på grunnlag av normer er utformet *"for å få et enklest mulig system."* Fastsettelsen av normerte driftstider innebærer således *"en avveining mellom hensynet til enkelhet og hensyn til representativitet for de enkelte virksomhetene."* Hva angår tildelingsprosenten for energirelaterte utslipp, vises det til at denne er *"i tråd med tidligere beslutning om kvotereserven, som har vært notifisert til ESA"*.

Forskjellsbehandlingen mellom eksisterende virksomheter med og uten *"representative historiske utslipp"* savner således en miljømessig begrunnelse. ESAs godkjenning av kvotereserven for *"høyeffektive kraftvarmeverk"* har liten overføringsverdi til andre sektorer. På samme måte som den tidligere forskjellsbehandlingen mellom eksisterende virksomheter etablert før og etter 31. desember 2001, synes snarere normtildelingen til virksomheter uten historiske utslipp å virke i strid med klimakvotelovens forutsetninger: Virksomheter som har tatt i bruk BAT-teknologi (som NorFraKalk) får tildelt færre kvoter enn virksomheter som er basert på eldre og mer forurensende teknologi. Dette gir få incentiver til utslippsreducerende tiltak. ESA uttaler i sitt vedtak at

"(...) by not requiring installations benefiting from allowances free of charge to deliver their environmental counterpart, the result could be that old installations potentially using less environmentally friendly technologies are preserved, as they will be granted allowances free of charge without being compelled to reduce their emissions. In comparison, more recent installations, which are more likely to use environmentally

¹ ESAs vedtak s. 3 (del II, punkt 1).

² Se ESAs drøftelser i vedtakets del II, punkt 3.

friendly technologies, are punished, as they will have to buy all their allowances. It is difficult to see this as an environmental justification of the trading scheme.”³

3 RESERVE TIL NY INDUSTRI

NorFraKalk AS er av den prinsipielle oppfatning at det burde vært satt av en reserve til ny industri. Det er miljøpolitisk, næringspolitisk og konkurransepolitisk uheldig at ny industri – med den beste og reneste teknologien – i praksis blir hindret i å delta i konkurransen i det norske markedet. Virkningene forsterkes ved at alle EU-land visstnok har satt av reserve til nye virksomheter. Vi viser her bl.a. til Konkurransetilsynets høringsuttalelse av 9. januar 2008, som klart gir uttrykk for de negative konsekvensen av den norske ordningen.

Strengt juridisk har det ofte blitt lagt til grunn at staten har en betydelig frihetsgrad når det gjelder metoden for tildeling av kvoter til ny industri. Likevel er det klart at statstøttereglene setter grenser. Det valgte systemet må innrettes slik at man unngår ”*undue barriers to entry*” for ny virksomhet, jf. ESAs retningslinjer for miljøstøtte pkt. 55 i.f. Et system hvor det gis vederlagsfrie kvoter til eksisterende industri, men ikke settes av noen pott med vederlagsfrie kvoter til nye konkurrenter, vil etter NorFraKalks syn lett bli rammet av EØS-avtalens forbud mot statstøtte.

4 OPPSUMMERING – FORSLAG TIL LØSNINGER

Ved å basere tildelingen av vederlagsfrie kvoter til virksomheter uten såkalt ”representative historiske utslipp” på normer som ikke representerer virksomhetenes reelle behov for kvoter, samt ved å fastsette en lavere tildelingsprosent for disse virksomhetenes energiutslipp, inneholder Miljøverndepartementets forslag til endret klimakvotelov fortsatt elementer av *utilbørlig forskjellsbehandling* av eksisterende virksomheter. Forskjellsbehandlingen mangler miljømessig begrunnelse, og er således i strid med kriterium 5 i kvotehandelsdirektivets Vedlegg III. Det er derfor etter NorFraKalks syn en klar risiko for at endringene ikke vil bli godtatt av ESA ved en fornyet behandling av Norges allokeringplan.

Miljøverndepartementet må derfor søke å sikre en godkjenning av allokeringplanen i ESA uten ytterligere forsinkelser, ved å fjerne elementene av ulovlig forskjellsbehandling. NorFraKalks *primære anbefaling* er at departementet gjør dette ved å basere tildelingen til eksisterende virksomheter på de kvotegrunnlagene som vedtakene for prøveperioden (2005-2007) bygget på. Dette refererer ikke til de faktisk tildelte kvoter for de enkelte år, men til det årlige utslipp eller den kapasitet som tildelingene i prøveperioden var basert på. En slik fremgangsmåte vil ivareta virksomhetenes forventninger fra oppstarten i prøveperioden, samtidig som tildelingene vil bygge på et så godt og uomtvistet tallgrunnlag som mulig. Departementets ønske om et enkelt system vil også bli ivaretatt. Det vises i denne forbindelse til det representantlovforslag som stortingsrepresentantene Korsberg, Solvik-Olsen, Hansen og Kristiansen fremmet for Odelstinget 14. oktober 2008.⁴

³ ESAs vedtak s. 15 (del II, punkt 3.3).

⁴ Representantlovforslag nr. 3 (2008-2009) fra stortingsrepresentantene Øyvind Korsberg, Ketil Solvik-Olsen, Torbjørn Hansen og Ivar Kristiansen (Dokument nr. 8:3 (2008-2009)).

Dersom Miljøverndepartementet ikke vil foreta en slik endring av klimakvoteloven, må departementet *i det minste utforme normene for kvotetildeling til virksomheter uten representative historiske utslipp slik at disse gjenspeiler reell driftstilgjengelighet og energiutslipp i disse virksomhetene – og at de også for øvrig likebehandles med øvrige eksisterende virksomheter*. Vi antar at det også er i Miljøverndepartementets interesse å sikre at en endret norsk allokeringsplan blir godkjent i ESA, slik at man unngår ytterligere forsinkelser og usikkerhet for norsk industri.

NorFraKalk foreslår for øvrig at det settes av en pott til fordeling av vederlagsfrie kvoter til ny industri.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Hjort DA



Frode Elgesem

Partner

Møterett for Høyesterett

elg@hjort.no