



Miljøverndepartementet
Postboks 8013 Dep
0030 Oslo

Vår dato 13.04.2007
Deres dato 15.03.2007
Vår referanse 79372 - HFr/GH
Deres referanse 200601319

Høring om utkast til endring av lov om kvoteplikt og handel med kvoter for utslipp av klimagasser

NHO viser til høringsbrev fra Miljøverndepartement av 15. mars 2007 med svarfrist innen 16. april. NHO mener det er beklagelig at et så viktig klimapolitisk virkemiddel får så kort høringsfrist, tatt i betraktning at EUs kvotehandel har vært i drift siden 2005, og det har lenge vært klart at vi fra norsk side ønsker tilknytning til EUs kvotehandel.

Etter vårt syn er de stadige utspill fra norsk side for å etablere særnorske løsninger i forhold til direktivet som har gitt en så uheldig fremdrift. Forsinkelsene gjør at bedrifter som skal gjennomføre klimatiltak får mye dårligere tid til sine forberedelser enn våre konkurrenter i EU. Det kan gjøre det dyrere og mer krevende å oppfylle Norges klimaforpliktelser i Kyoto-protokollen enn det som er nødvendig. Det vil ramme bedriftene siden det er næringslivet som med stor sannsynlighet får hovedansvaret for oppfyllelse av forpliktelsene gjennom klimaprosjekter og kvotekjøp slik høringsnotatet også viser.

Rent prinsipielt mener NHO at det er betenkelig at det foreslås så vidtgående forskriftshjemler, samtidig som brudd på lovbestemmelser – eller forskrifter gitt i medhold av de aktuelle bestemmelsene – foreslås *straffesanksjonert*. Svakhetene ved omfattende forskriftsregulering, kan til en viss grad oppveies ved at det legges opp til åpenhet og konsultasjon i forbindelse med utformingen av forskrifter. Vi forutsetter derfor at de utfyllende forskrifter sendes på høring med en høringsfrist som sikrer en forsvarlig behandling.

Uttalelsen er utarbeidet i nært samarbeid med våre landsforeninger og også med flere av de bedriftene som i størst grad berøres av forslaget. Flere av landsforeningene avgir egne uttalelser som utdyper NHOs kommentarer.

1. Klimapolitikken må gi global effekt og sikre norske bedrifters konkurransevne

NHO støtter at forpliktelser i Kyoto-protokollen oppfylles kostnadseffektivt på tvers av sektorer og klimagasser. Klimatiltak i andre land har samme miljøeffekt som tiltak i Norge. Ved tilslutning til EUs kvotehandel vil omsettbare kvoter bli et sentralt virkemiddel i oppfyllelse av Norges internasjonale klimaforpliktelser. Utslipp av klimagasser fra ulike energibærere blir gitt en markedsverdi. Kvotehandel internasjonalt som forutsatt i Kyoto-protokollen, vil underbygge Norges interesser som leverandør av CO₂-effektiv energi og energiintensive produkter i et internasjonalt marked.

Norske myndigheter bør tildele kvoter i tråd med EUs opplegg. Hvis ikke er det fare for at norsk produksjon får sin konkurransevne svekket med fare for tap av markeder i forhold til andre land.

Innføring av et kvotesystem vil i seg selv gi skjerpede vilkår for drift av virksomhet i Norge sammenlignet med land utenfor EU/EØS-området, hvor slike kostnader ennå ikke er tilstede.

Utslippsmålet i et kvotesystem bestemmes ved det totale antall kvoter myndighetene velger å utstede. Gitt tilstrekkelige sanksjoner, vil dette utslippsmålet med stor sikkerhet nåes uavhengig av om kvotene er vederlagsfrie eller ikke. Forutsatt at utslippsmålet er lavere enn "business as usual"-utslippene, vil markedet finne en pris som representerer det marginale tiltaket for å nå utslippsmålet. Denne markedsprisen gir de kvotepliktige virksomhetene incentivet til å redusere sin utslipp: de gjennomfører de tiltak som har en lavere tiltakskost enn kvoteprisen. Hvorvidt den enkelte kvotepliktige bedrift er tildelt få eller mange kvoter, vederlagsfrie eller ikke, har for en rasjonell bedrift ingen betydning for incentivet til å gjennomføre tiltak. Tiltak som koster mindre enn kvoteprisen gjennomføres enten for å kunne selge et evt. overskudd eller for å unngå å kjøpe. Samlet fører dette til at myndighetenes utslippsmål nås, like sikkert som det tradisjonelle alternativet med utslippstillatelser for enkelt virksomheter.

Tilgangen på kvoter fra norske myndigheter og i hele EU-området vil være mindre enn behovet med den forventede utslippsutvikling og Kyoto-avtalens forpliktelser for perioden 2008 til 2012. Det vil reflekteres i kvoteprisene og dermed påvirke behovet for å gjennomføre tiltak både i Norge og i EU-landene. Kvoter er derfor intet "gratis" virkemiddel, men en måte å nå miljømålene kostnadseffektivt både for samfunnet og bedriftene. Det er det totale antall kvoter tildelt i EU/EØS-området som vil bestemme den samlede miljøeffekten og ikke hva Norge isolert sett gjør med sin tildeling av kvoter.

I et kvotesystem innebærer "forurensar betaler"- prinsippet at de kvotepliktige betaler for å bringe utslippene ned fra et uregulert nivå til det utslippsmålet som myndighetene forutsetter gjennom det totale antall kvoter som myndighetene utsteder. Dette gjør de kvotepliktige enten ved å investere i egne tiltak knyttet til Norges klimaforpliktelser eller ved å kjøpe kvoter frigjort gjennom andre reduksjoner. Kostnadene som pålegges bedriftene kan og bør begrenses til de kostnadene som skal til for å nå det myndighetsbestemte miljømålet knyttet til Norges internasjonale klimaforpliktelser.

Kvoteomsetning gir norske og andre europeiske bedrifter ansvar og sterke incentiver til å begrense miljøutslippene der kostnadene er lavest. Kostnadene ved å nå miljømålene blir dermed lavere enn hva de ellers ville bli. Samtidig kan hensynet til konkurransevnen for norske bedrifter ivaretas ved vederlagsfri tildeling av kvoter slik EU-landene gjør.

NHO mener viktige hensyn ved utforming av kvotesystemet er:

- *Konkurransevne og likebehandling*: at norske bedrifter og arbeidsplasser behandles på samme måte som våre konkurrenter i EU. Det er avgjørende at utformingen ikke vrir konkurransen i norske bedrifters disfavør. Kvotesystemet må integrere Kyoto-avtalens muligheter for klimatiltak i andre land og kvotehandel internasjonalt som nå er under utvikling.
- *Forutsigbarhet*: at bedriftene tidligst mulig får klarhet i rammer og spilleregler i kvotesystemet slik at de kan planlegge på lang sikt.
- *Kostnadseffektivitet*: at tiltak settes inn der det gir best effekt pr. benyttet krone for det globale miljø.
- *Styringseffektivitet*: at Norge oppfyller miljøforpliktelsen i Kyoto-protokollen.
- *Global effekt*: at norske tiltak gir global reduksjon i utslipp av klimagasser.

2. Konkurransevne viktig hensyn ved tildeling av kvoter

Etablering av kvoteplikt i Norge gjennom tilslutning til EUs kvotesystem gir mulighet for å nå miljømål kostnadseffektivt, *samtidig* som hensynet til arbeidsplasser og konkurransevne kan ivaretas. EU-landene har som forutsetning at prosessindustrien ikke betaler for utslipp. Tildelingen av kvoter ligger nær opp til behovet for kvoter både for eksisterende og ny virksomhet. Norske bedrifter må få samme behandling.

Vederlagsfri tildeling av kvoter er et viktig bidrag til å sikre konkurransehensyn, samtidig som bedriftene får samme motiv til å redusere utslipp som konkurrenter i andre land. Vederlagsfri tildeling

motvirker at norske bedrifter og arbeidsplasser rammes urimelig hardt slik at opparbeidede markeder tapes.

En reduksjon i tildelingen av kvoter utover det nivå som gjelder i EU-landene vil ramme produksjon og arbeidsplasser, spesielt i distrikts-Norge uten miljøeffekt globalt sett, eller også med fare for økte globale utslipp. For eksisterende virksomhet i prosessindustrien angir høringsnotatet at prosessutslipp vil få en noe høyere tildeling enn utslipp fra energianlegg, videre at tidlige tiltak vil bli premiert ved at 1998 til 2001 benyttes som basisår for tildelingen. *Det ser NHO som en fair tildeling for eksisterende virksomhet. Den er noe strengere, men likevel ikke langt fra hva som praktiseres i EU.*

I regjeringens forslag er det imidlertid etter NHO syn *svært uheldig at tildelingen til ny eller utvidet virksomhet (utenom gasskraft) etablert etter 2001 ikke er forutsatt å få tildelt kvoter.* NHO mener at regjeringen på den måten hindrer videreutvikling av norsk industri. Forslaget vil motvirke nødvendig omstilling. Oppstart og utvidelse av virksomhet vil få vesentlig dårligere vilkår i Norge enn i andre land i Europa. Vi viser til uttalelsene fra Norsk Industri og Energibedriftenes landsforening (EBL) hvor disse forhold er utdypet og konkretisert.

NHO er uenig i at tildeling av kvoter til ny virksomhet vil hindre at ny og bedre teknologi blir tatt i bruk. Det er nettopp ved nybygg og utvidelser at de siste og mest effektive teknologier blir implementert. Påstander om at utslippene i dag skulle påvirkes av forventninger om fremtidig tildeling av kvoter er klart urimelige og tar ikke hensyn til at økte utslipp i dag vil ha en klar kostnad. I prosessindustrien har myndighetene alle muligheter til å sikre en rettferdig tildeling av kvoter gjennom tekniske vurderinger av nyanlegg eller utvidelser som settes i drift. Faren ved *ikke* å tildele kvoter til ny virksomhet eller utvidelser, er at slik ekspansjon vil skje utenfor Norges grenser og at vi derfor ikke får nødvendig fornyelse og oppgradering av virksomhetene i Norge. Manglende investeringer og fornyelse vil gi høyere utslipp av klimagasser pr. produsert enhet i Norge. Dette vil ytterligere forsterkes dersom Norge skulle velge å slutte med tildeling av kvoter for perioden etter 2012. Det å gi signal om slike planer i høringsnotatet er uheldig og gir uforutsigbarhet for bedriftene. Norge må holde fast på EU-linjen.

NHO ber derfor om at ny og utvidet virksomhet, både når det gjelde prosessindustrien og ilandføringsanlegg for gass, får kvotetildeling fra en utvidet kvotereserve for perioden 2008 til 2012. Tildeling må sikre likebehandling med EU-landene.

Etter 2012 forventer NHO at det vil bli vanligere å tildele kvoter i samme bransjer i Europa gjennom tildeling uavhengig av land. Det er viktig at norsk industri da fortsatt oppnår likebehandling med sammenlignbar industri i Europa.

3. Forslaget i høringsnotatet gir unødvendig kvoteoverskudd på 6 mill. tonn årlig

Kvotetildelingen for Norge er i høringsnotatet anslått å være på vel 59 mill. tonn med et nettokjøpsbehov på 9 mill. tonn årlig for perioden 2008 til 2012, mens de kvotepfiktige sektorers kjøp av kvoter vil utgjøre hele 15 mill. tonn årlig. Det betyr at Norge vil ha et *overskudd av kvoter* på mer enn 6 mill. tonn årlig i perioden 2008-2012 i forhold til Kyoto-forpliktelsen. Det er mer enn 10 prosent av de kvoter Norge ble tildelt i Kyoto. NHO ser det som en helt urimelig stor margin. Den totale kvotemengden bør bestemmes ut fra å oppfylle, men ikke overoppfylle, utslippsforpliktelsene under Kyoto-protokollen. *Dette innebærer at den totale kvotemengden i kvotesystemet bør være om lag 10 mill. tonn og ikke 6-7 som foreslått.*

NHO mener derfor det er rom for tildeling av kvoter til ny og utvidet virksomhet i prosessindustrien og mer kvoter til gasskraftverk enn det høringsnotatet legger opp til. Miljøeffekten av økt tildeling er likeverdig med en auksjon av dette kvoteoverskuddet slik høringsnotatet har som forutsetning. Ved økt tildeling bedres konkurransevnen for norsk produksjon. NHO mener det må ha forrang fremfor økte inntekter for staten ved kvotesalg.

4. Gasskraftverk må sikres likeverdige vilkår

Gasskraftverk vil få lavere tildeling av kvoter enn det som gjelder for andre verk av samme type. Nye investeringer i norske gass- eller kullkraftverk vil bli negativt påvirket. NHO ber om at kvotetildelingen for gasskraft sikres samme nivå som i våre konkurrentland. NHO mener det er uheldig hvis kvotetildelingen til gasskraft i Norge ikke blir robust i forhold til mulig fremdrift av planlagte anlegg for CO₂-håndtering, siden det alltid vil være risiko for forsinkelser ved utvikling av ny teknologi i stor skala. Vi må ikke svekke mulighetene for å etablere ny kraftproduksjon basert på gass eller kull i Norge. Kraftsituasjonen er så vanskelig i viktige områder av landet og i Midt-Norge spesielt, at det vil kunne få svært negative konsekvenser. Vi viser også til uttalelsen fra EBL.

Norske gasskraftverk bør etter NHOs syn da kunne få tildeling av kvoter på linje med det som gjelder i markeder som Danmark, Nederland og Tyskland. Gasskraft i disse landene er direkte i konkurranse med norske anlegg. Vi forstår høringsnotatet slik at dette vil bli konkretisert ved utformingen av en norsk allokeringsplan. NHO går ut fra at næringslivet vil bli konsultert om denne planen, slik direktivet om kvotehandel forutsetter. Å sikre likeverdig tildeling med EU er angitt fra Stortingets side som en forutsetning for etablering av gasskraft i Norge.

NHO støtter at offshorenæringen kjøper alle sine kvoter slik høringsnotatet legger opp til. Det vil i seg selv gi en god margin i forhold til Norges behov for kvoter for å kunne oppfylle Kyoto-forpliktelsene i perioden 2008-2012. Vi forutsetter at CO₂-avgiften blir justert slik at den økonomiske belastning blir uendret, og viser til utfyllende kommentarer i OLFs høringsuttalelse.

5. Utvidelse av kvotesystemet til flere sektorer og klimagasser.

Det norske kvotesystemet vil etter forslaget omfatte 40 prosent av de totale norske utslipp. Flere EU land har dessuten inkludert gjødselproduksjon med lystgassutslipp. NHO mener at Norge bør gjøre det samme for å sikre like konkurransevilkår på denne sektoren.

EU har på toppmøtet 8.-9. mars 2007 besluttet å utrede i hvilken grad andre sektorer bør inkluderes i kvotesystemet etter 2012, herunder transportsektoren. Det virker sannsynlig at luftfarten vil bli inkludert fra 2011.

NHO mener at det er naturlig at Norge følger opp EUs vedtak slik EØS-avtalen forutsetter. Spørsmålet om Norge bør utvide kvotesystemet på sikt til transportsektoren må sees i sammenheng med de sektorvise miljøhandlingsplaner og arbeidet med ambisjoner om ytterligere reduksjoner i klimagassutslippene i Norge frem mot 2020. En tilknytning til kvotesystemet kan sikre at ulike sektorer oppfyller forpliktelser i en helhetlig nasjonal plan. Vi må kunne ta høyde for at teknologiutvikling, utskiftning av bilparken, fornyelse av kystflåten mv. kan ta lenger tid enn forutsatt. Da kan tilknytning til kvotesystemet være en rasjonell måte å oppfylle nasjonale ambisjoner på uten å ramme tildelingen av kvoter til industrien. NHO er derfor positiv til at dette utredes nærmere.

Vi må samtidig ta hensyn til at kvotemarkedet i EU også påvirker kraftmarkedet. I en situasjon hvor konkurransen på kraftmarkedet i viktige europeiske land ikke fungerer tilfredsstillende er det et viktig argument for ikke å utvide kvotesystemet. Norge har en betydelig kraftintensiv industri som vil kunne rammes negativt om kvoteprisene øker ved flere nettokjøpere.

6. Situasjonen ved nedleggelse eller varig nedbygging av virksomhet

Ved nedleggelse eller nedbygging av virksomhet som er varig, bør bedriften bare beholde sin vederlagsfrie tildeling av kvoter i et avgrenset antall år fra det tidspunkt nedleggelse eller nedbygging skjer.

7. CO₂-avgift og videreføring av avtaler

NHO finner det rimelig at sektorer med avgifter eller avtaler i dag får sine vilkår justert slik at de ikke belastes med høyere kostnader når kvotesystemet er i drift. Vi støtter derfor at CO₂-avgiften faller bort for bedrifter med kvoteplikt.

I offshoresektoren har høringsnotatet foreslått at avgiften blir justert slik at nettobelastningen blir på samme nivå som i dag. NHO mener at forslaget om å erstatte CO₂-avgiften med et klimafond ville vært en bedre løsning, og viser til uttalelsen fra Oljeindustrien Landsforening.

8. CO₂-håndtering i kvotesystemet

CO₂-fangst og lagring samt eventuell bruk av CO₂ til trykkstøtte er en svært viktig del av norsk klimapolitikk. For å fremme CO₂-håndtering er det viktig at det gis insentiver som stimulerer til realisering av slike anlegg. Det er derfor nødvendig at kvotesystemet utformes slik at CO₂, både fra energianlegg og fra andre kilder som ikke slipper ut CO₂, blir kreditert også i kvotesystemet. Dette er nye problemstillinger også for EU. NHO vil derfor anbefale et nært samarbeid mellom norske myndigheter og næringslivet i Norge for å sikre at det skjer. Norge vil trolig være tidligere ute med slike tiltak enn det Storbritannia vil være. Et samarbeide mellom Norge og Storbritannia kan være viktig for å finne løsninger som EU kan akseptere.

9. Verifisering av utslipp i kvotesystem

I høringsnotatet legges det opp til mulighet for utvidet bruk av tredjepartsverifikasjon. NHO er positive til dette. For å sikre effektivisering og kostnadsbesparelser er det viktig at tredjepartsverifikasjonen er endelig og at det ikke legges opp til ytterligere behandling/verifikasjon i SFT. Det bør også bli mulig for selskaper som har virksomhet i flere europeiske land å bruke den samme akkrediterte institusjon gjennomgående i alle land.

Vennlig hilsen
Næringslivets Hovedorganisasjon

Finn Bergesen jr.
adm.dir.



NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON CONFEDERATION OF NORWEGIAN ENTERPRISE
 Postadresse Postal Address Adresse Address Org.nr. Org.no
 Postboks 5250 Majorstuen Middelthuns gate 27 NO 955 600 436 MVA
 N-0303 Oslo Oslo
 Norway Norway

Telefon Telephone
 +47 23 08 80 00
 Teletaks Telefax
 +47 23 08 80 01

E-post E-mail
 firmapost@nho.no
 Internett Internet
 www.nho.no

EFTA Surveillance Authority
 Co/Amund Utne
 The Competition and State Aid Directorate
 Rue Belliard 35
 B-1040 Brussels

Our date 25 October 2007
 Our reference NOW/101227

Dear Sir,

Complaint against Norway: Norway's Allocation of CO₂ Emission Allowances – Infringement of Article 61 and Article 31 of the EEA Agreement

Summary

Section 7 of the Norwegian Greenhouse Gas Emission Trading Act of 17 December 2004, as amended, differentiates between undertakings with emissions initiated prior to 1 January 2002, and those with emissions initiated after this date. Section 7 of the ETS Act provides that only the first group of undertakings shall receive emission allowances free of charge. On the other hand, all undertakings that have relocated, expanded or set up new installations for which emission allowances are necessary under the ETS Act after this date, must acquire such allowances on the market for tradable allowances. An exception relates to natural gas-fired power plants and CHP (combined heat and power) plants, which receive allowances free of charge independently of their time of establishment.

The NHO holds that by way of adopting the amendments to the ETS Act, Norway has infringed both the state aid rules in Article 61 of the EEA Agreement, and the prohibition against restrictions on the freedom of establishment in Article 31.

The NHO submits that the ETS Act amounts to state aid within the meaning of Article 61 of the EEA Agreement to all undertakings receiving emission allowances free of charge, while both existing installations without emissions prior to 2002 and new entrants must pay for their allowances. Further, the NHO submits that the ETS Act violates the freedom of establishment within the meaning of Article 31 of the EEA Agreement. Gas-fired power plants, predominantly operated by Norwegian undertakings, receive a more favourable treatment than other new entrants, and the Act intentionally places a higher financial burden on establishment of new entrants in Norway.

The differential treatment does not lead to a reduction of global emissions of greenhouse gases, and cannot be justified on grounds of Environmental policy. In any event, the measure is unnecessary and disproportionate, since other measures for reducing such emissions are available without restricting the freedom of establishment. One possible measure is to reduce sales of emission allowances in order to increase revenue for the State.

The NHO requests that the EFTA Surveillance Authority initiates the relevant infringement proceedings against Norway.

Contents

Summary.....	1
Contents.....	2
1 INTRODUCTION	3
2 THE SUBJECT MATTER OF THE COMPLAINT.....	3
3 INFRINGEMENT PROCEEDINGS ARE NECESSARY	4
4 OUTLINE OF THE NORWEGIAN SYSTEM FOR ALLOCATION OF ALLOWANCES.....	4
4.1 General description of the Norwegian allocation scheme	4
4.2 Differential treatment of gas-fired power plants and the offshore sector.....	5
4.3 The Government intends to sell emission allowances for 12 Mt of CO ₂	6
4.4 Major differences compared to the National Allocation Plans of the EU Member States	6
4.5 The effects of Norwegian allocation scheme differ depending on when the undertakings started to operate	7
4.6 Market distortions created by the Norwegian allocation scheme.....	9
5 NORWAY'S ALLOCATION SCHEME HAS NO POSITIVE EFFECTS ON COMBATING CLIMATE CHANGE.....	9
5.1 No direct or indirect environmental effect is being claimed by the Government ...	9
5.2 Market distortions and negative effects for climate change were highlighted in the public consultation.....	10
5.3 The supporters of the Government's policy have not identified any direct or indirect positive impact on the environment.....	11
6 NON-DISCRIMINATORY MEASURES ARE AVAILABLE	11
7 THE NORWEGIAN ALLOCATION OF ALLOWANCES CONSTITUTE ILLEGAL STATE AID.....	12
7.1 Introduction	12
7.2 The application of state aid rules on tradable emission schemes	12
7.3 The ETS Act leads to state aid to undertakings receiving allowances free of charge	14
7.4 The Aid measure cannot be justified under paragraph 3 (c) of Article 61	14
8 THE NORWEGIAN ALLOCATION SCHEME CREATES BARRIERS TO ENTRY IN VIOLATION OF THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT	16
8.1 Introduction	16
8.2 The ETS Act contravenes Article 31 of the EEA Agreement	16
8.3 The measure cannot be justified by mandatory requirements	16
9 CONCLUSION.....	17

1 INTRODUCTION

The Confederation of Norwegian Enterprise (*Næringslivets Hovedorganisasjon* - hereinafter referred to as "the NHO") hereby presents its complaint against Norway for violating the EEA Agreement by adopting the recent changes to the Norwegian Greenhouse Gas Emission Trading Act of 17 December 2004 (hereinafter referred to as the "ETS Act"). The NHO is the main representative body for Norwegian employers, with a current membership of over 17,000 companies ranging from small family-owned businesses to multinational companies.

The ETS Act was amended by the Storting (the Norwegian Parliament) on 29 June 2007. The purpose of these amendments, which entered into force on 1 July, was to implement the requirements under Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission trading within the Community (hereinafter referred to as the "ETS Directive"). The ETS Directive has not yet been incorporated in the EEA Agreement. The Norwegian emission trading scheme for the period 2008-2012 will only be taking effect when the ETS is incorporated into the EEA Agreement.

One central feature of these legislative amendments was the introduction of a mechanism for granting allowances under the ETS that differentiates between emissions initiated prior to 1 January 2002, and those initiated later. Section 7 of the ETS Act provides that only the first group of undertakings and gas-fired power plants shall receive emission allowances free of charge.

As will be detailed in this complaint, the NHO claims that the 2007 amendments to the ETS Act constitute violations of the EEA Agreement. The NHO requests that the EFTA Surveillance Authority initiate the relevant procedures of the Surveillance and Court Agreement, in order to prevent Norway's violations of the EEA Agreement from taking actual effect.

2 THE SUBJECT MATTER OF THE COMPLAINT

The subject matter of this complaint is the provisions in the Norwegian ETS Act which lay down the principle that no free allowances are to be granted to installations for which emission allowances are required, which were set up, relocated or expanded after 1 January 2002. This follows from Section 7 of the ETS Act, cf. Section 8, which provide that allowances shall be granted free of charge only on the basis of emissions in the years 1998 to 2001. The practical effect of these provisions is that any undertakings that have new emissions, due to relocation or expansion of existing installations or investment in new installations, for which emission allowances are necessary, after this period, are forced to acquire such allowances on the market for tradable allowances. On the other hand, undertakings with emission sources established before 31 December 2001 receive all or most of the allowances they need for free (further details are provided below). As will be further substantiated below, natural gas-fired power plants and CHP (combined heat and power) plants are to be treated differently, since such installations will receive allowances free of charge, irrespective of their time of establishment.

The Norwegian ETS Act thus overtly discriminates the installations taking part in the trading scheme, based on whether the source of the undertaking's emissions is established or expanded before or after 1 January 2002. The NHO submits that this scheme entails the

granting of state aid to undertakings receiving allowances for free, insofar as they would have to pay for the same allowances if the emission source had been established or expanded after 1 January 2002. Further, The NHO submits that the scheme creates a significant barrier to entry for new undertakings in Norway entering the ETS after 1 January 2008. Lastly, The NHO submits that the scheme cannot be justified on grounds of environmental policy. Even if the scheme has not yet been put in operation, the Norwegian ETS Act does constitute an infringement of both articles 61 and 31 of the EEA Agreement.

3 INFRINGEMENT PROCEEDINGS ARE NECESSARY

The NHO holds that the instigation of formal infringement proceedings against Norway is necessary and imminent. Even if no aid has actually been granted yet, the ETS Act already constitutes unlawful aid within the meaning of Article 1 (3) of Protocol 3, Section I of the Surveillance and Court Agreement; cf. Article 1 (f) of Section II. The NHO requests that the Authority initiate the procedure laid down in Protocol 3 III of the Surveillance and Court Agreement (unlawful state aid), or the procedure laid down in Article 31 of the same Agreement (violation of the freedom of establishment), as soon as possible.

The ETS Act already leads to market distortions and great legal uncertainty for foreign investments in Norway, reference is made in particular to the case of NorFraKalk AS, which already has been thoroughly elaborated before the Authority. If Norway's policy is allowed to be put in operation during the Kyoto period between 2008 and 2012, while proceedings regarding unlawful aid run their normal course, irreparable harm will be done to the functioning of the Internal Market.

4 OUTLINE OF THE NORWEGIAN SYSTEM FOR ALLOCATION OF ALLOWANCES

4.1 General description of the Norwegian allocation scheme

Undertakings in the following sectors are covered by the ETS Act, and consequently are obliged to have emission allowances for all their emissions of CO₂:

- Energy production (gas-fired power plants, offshore pipeline transport of oil and gas, oil refining and petrochemistry)
- Refining of mineral oil
- Coke production
- Production and processing of iron and steel, including roasting and sintering of iron ore
- Production of cement, lime, glass, glass fibre and ceramic products
- Pulp and paper industries
- Fish flour and herring flour production

In addition, further sectors such as the aluminium, ferroalloy industry, the chemical industry and other metallurgical industries may be included later.

Land based industry will on average receive 81 % of allowances needed free of charge, based on 2005 emissions, and 92% based on average annual emissions between 1998 and 2001, i.e. 87 % of emissions from energy production, and 100 % of emissions from processing. Within this average, emissions from the process industry receive a higher share of allowances free of charge than emission from energy production. This distinction between

emissions from energy production and process industry is based on the finding that there are fewer possibilities for reducing emissions from process industry without reducing production, compared to emissions from energy production.

The total quantity of allowances for distribution in Norway, and the allocation of Norway's allowances to each undertaking, is calculated on the basis of emissions for the period between 1998 and 2001, based on the so-called "historical emissions approach". Emissions data from the Norwegian Pollution Control Authority (SFT) indicate that emissions will rise during the Kyoto-period. Thus, undertakings will on average receive fewer allowances than needed to cover expected emissions, and must either reduce their own emissions or acquire allowances, and thereby contribute to emissions reductions elsewhere.

As provided for in Sections 7 and 8 of the ETS Act, no emissions initiated after the 1998-2001 period and will not be awarded any allowances free of charge, independently of whether it is an existing installation or a new entrant, according to the definitions of Article 3 (e) and (h) of the ETS Directive.

4.2 Differential treatment of gas-fired power plants and the offshore sector

As already mentioned, one exception from the above relates to natural gas-fired power plants and CHP (combined heat and power) plants. A reserve of allowances will be set aside for allocation to such plants, assuring that 75 – 92 % of the allowances will be granted free of charge, depending on the environmental properties of the power plant. This reserve will only be available for installations which will take measures to reduce or eliminate CO₂ emissions. The reason for this beneficial treatment of new gas-fired power plants compared to other undertakings falling within the scope of the ETS Act is, as stated by the Government, the need to develop technology for elimination of CO₂ emissions, and to ascertain that this type of power production receive similar market conditions to competing production on the EU (cf. *inter alia* Ot.prp. nr. 66 2006-2007 Om endringer i klimakvoteloven m.m. at section 3.4, page 15-16).

Existing gas-fired power plants, established prior to 2008 are Naturkraft's installation at Kårstø and Statoil's installation at Melkøya. Potential new entries in this sector between 2008 and 2012 are in practice, based on the current restrictive Norwegian policy in this area, limited to the following:

- Statoil, Tjeldbergodden
- Statoil, Mongstad
- Industrikraft Midt Norge, Skogn
- Industrikraft Møre, Elnesvågen
- BKK, Øygarden
- BKK, Mongstad
- Mørekraft, Hustadmarmor/Ormen Lange
- Esso Norge, Slagentangen
- Skagerak Kraft, Grenland
- Skagerak Kraft, Fortum
- Statnett, Nyhamna (backup capacity for the Norwegian Transmission System Operator)
- Statnett, Tjeldbergodden (backup capacity for the Norwegian Transmission System Operator)

Another deviation from the main principles for allocation applies to the petroleum sector, which will receive no allowances free of charge at all. This sector will, on the other hand benefit from reductions in the CO₂ emissions tax, compensating for the costs of allowances.

4.3 The Government intends to sell emission allowances for 12 Mt of CO₂

As provided for in the proposal for the ETS Act and further substantiated in the recently published proposal for the 2008 Fiscal Budget (cf. *St.prp. nr. 1 (2007-2008)*, chapters under the Ministry of Finance, at Section 2.2, page 14-15), Norway intends to sell emission allowances worth 12 Mt of CO₂ from Norway's total quantity of CO₂ emission allowances.

The Government has not given any environmental reasoning for this policy. It does, however, calculate on an uncertain basis that this sale may generate revenues for the Norwegian State in 2008 of 1 920 MNOK. Notably, the Ministry of Finance points to the fact that there is doubt as to whether its policy on allocation of emission allowances is compatible with the EEA Agreement (emphasis added):

"Norway's implementation of the EU Emission Trading Directive has yet to be finalised. As yet it is still uncertain how many allowances Norway will be able to trade in total, either free of charge to enterprises which are legally required to participate in the EU Emission Trading Systems or to other actors in the ETS Market. Based on the development of the discussion with the Commission and our EFTA partners may indicate that the sales volume proposed in this Proposition to the Storting may be somewhat high. The scope of Government trading will be laid down in the allocation plan relating to emission allowances which will be submitted to the European Surveillance Authority (ESA) for approval. If required, the Norwegian Government will adjust its revenue projections relating to emissions trading and the purchase volume relating to emission permits in connection with the Revised National Budget for 2008."

4.4 Major differences compared to the National Allocation Plans of the EU Member States

As pointed out by the Norwegian Government in its proposal to the Norwegian Parliament for the now adopted ETS Act, all EU Member States have allocated a certain reserve of allowances to be granted to new market entrants (cf. *Ot.prp. nr. 66 2006-2007 Om endringer i klimakvoteloven m.m.* Section 2.4.2, page 5).

This is further demonstrated by the following table from the Norwegian analyst and consultancy provider Point Carbon, in which the reserve for new entrants is displayed in the NER-column:

Country	Total	(+/-)	Public power and heat	(+/-)	Pulp and paper	(+/-)	Metals	(+/-)	Cement lime and glass	(+/-)	Oil and gas	(+/-)	Other	(+/-)	NER	(+/-)
AUT	153.6	0.0	40.7	0.0	12.1	0.0	53.5	0.0	23.3	0.0	14.0	0.0	6.5	0.0	3.4	0.0
BEL	292.5	0.0	49.6	0.0	3.9	0.0	73.2	0.0	52.6	0.0	32.3	0.0	57.0	0.0	23.9	0.0
BGR	220.0	0.0	86.1	0.0	2.5	0.0	27.0	0.0	35.0	0.0	41.9	0.0	3.1	0.0	23.0	0.0
CYP	27.2	0.0	17.4	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	6.9	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	2.9	0.0
CZE	434.0	0.0	299.0	0.0	2.4	0.0	59.7	0.0	25.5	0.0	5.0	0.0	23.7	0.0	0.8	0.0
DEU	2265.5	0.0	1403.2	0.0	54.0	0.0	204.5	0.0	171.5	0.0	126.5	0.0	163.0	0.0	20.0	0.0
DNK	118.5	0.0	73.1	0.0	0.5	0.0	0.5	0.0	14.4	0.0	14.2	0.0	8.5	0.0	7.4	0.0
ESP	761.5	0.0	269.4	0.0	27.3	0.0	60.8	0.0	193.5	0.0	80.4	0.0	85.5	0.0	39.7	0.0
EST	83.5	0.0	47.3	0.0	0.3	0.0	0.0	0.0	3.6	0.0	1.5	0.0	1.5	0.0	9.4	0.0
FIN	188.0	(+16.0)	76.3	(+6.5)	10.0	(+0.8)	52.1	(+4.4)	18.4	(+1.5)	24.5	(+2.1)	0.0	0.0	6.7	(+0.6)
FRA	664.0	0.0	158.2	0.0	20.1	0.0	130.5	0.0	95.3	0.0	80.7	0.0	137.5	0.0	41.8	0.0
GBR	1230.9	0.0	602.6	0.0	5.1	0.0	132.1	0.0	88.3	0.0	171.2	0.0	59.0	0.0	172.0	0.0
GRC	345.5	0.0	224.0	0.0	0.9	0.0	7.0	0.0	60.6	0.0	19.7	0.0	4.5	0.0	28.2	0.0
HUN	134.5	0.0	70.1	0.0	0.8	0.0	7.9	0.0	18.8	0.0	7.9	0.0	17.2	0.0	11.7	0.0
IRL	105.0	0.0	59.2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	21.7	0.0	2.1	0.0	16.9	0.0	5.6	0.0
ITA	979.0	0.0	424.3	0.0	23.8	0.0	70.6	0.0	160.5	0.0	91.0	0.0	66.9	0.0	141.8	0.0
LTU	44.0	0.0	22.4	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	4.8	0.0	8.1	0.0	1.4	0.0	7.3	0.0
LUX	13.4	0.0	3.9	0.0	0.3	0.0	2.3	0.0	3.5	0.0	0.0	0.0	0.8	0.0	2.7	0.0
LVA	16.4	0.0	5.5	0.0	0.0	0.0	0.9	0.0	1.4	0.0	0.0	0.0	1.2	0.0	7.5	0.0
MLT	10.7	0.0	8.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	2.8	0.0
NLD	429.0	0.0	182.3	0.0	10.5	0.0	54.3	0.0	7.5	0.0	65.6	0.0	56.8	0.0	51.5	0.0
NOR	65.0	0.0	5.5	0.0	2.2	0.0	0.3	0.0	8.9	0.0	43.0	0.0	5.1	0.0	0.0	0.0
POL	1042.5	0.0	738.2	0.0	11.1	0.0	76.8	0.0	71.8	0.0	33.8	0.0	60.0	0.0	50.0	0.0
PRT	177.0	0.0	76.9	0.0	2.3	0.0	2.1	0.0	52.3	0.0	19.6	0.0	0.0	0.0	23.7	0.0
ROM	345.0	0.0	185.5	0.0	2.2	0.0	56.4	0.0	44.4	0.0	24.7	0.0	0.0	0.0	21.9	0.0
SVK	154.6	0.0	64.7	0.0	4.2	0.0	45.8	0.0	22.0	0.0	11.2	0.0	0.0	0.0	6.7	0.0
SVN	41.5	0.0	32.8	0.0	2.1	0.0	0.9	0.0	5.1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	8.7	0.0
SWE	114.0	0.0	20.6	0.0	11.6	0.0	34.6	0.0	15.5	0.0	13.5	0.0	4.0	0.0	13.8	0.0
Total	18437.0	(+16.0)	5248.0	(+6.5)	210.3	(+0.8)	1154.2	(+4.4)	1234.5	(+1.6)	992.6	(+2.1)	791.8	0.0	885.6	(+0.6)

All figures are in MtCO₂.

Last updated 2007-06-04, changes relate to 2007-05-30.

Note: E+C data on sector level for the 2008-12 period are uncertain as in most cases the final installation level data are not known. The current sectoral distribution for the 2008-12 period assumes that cuts from the proposed cap are done proportionally on all sectors and reserves.

The European Commission has applied a consistent practice, requiring that new entrants under the ETS Directive be granted allowances on objective and non-discriminatory terms. Further, all EU Member States comply with the provision in Article 10 of the ETS Directive, that at least 90 % of the allowances shall be granted free of charge. Consequently, no Member State applies materially different conditions for granting allowances to undertakings, based solely on their time of establishment or expansion of operations.

4.5 The effects of Norwegian allocation scheme differ depending on when the undertakings started to operate

Norway's allocation scheme places the undertakings covered by the ETS Act in three groups, each of which are facing different economic consequences of the allocation scheme.

The first group consists of undertakings with installations established before 1 January 2002, which receive allowances free of charge for most of the relevant emissions of climate gases (hereinafter referred to as "Group 1"). An overview of the undertakings falling in this group is annexed to the Norwegian Government's legislative proposal to the Norwegian

Parliament, regarding the amendments to the ETS Act (cf. *Vedlegg 2 to Ot.prp. nr. 66 2006-2007 Om endringer i klimakvoteloven m.m.*).

The second group consists of undertakings which have invested in new or expanded installations for which allowances are needed in the period between 1 January 2002 and 31 December 2007 (hereinafter referred to as "Group 2"). These undertakings have made investment decisions based on expectations that they would receive allowances on the same conditions as the undertakings falling into Group 1, based on the ETS Act prior to the amendments in July. The result is that these undertakings are faced with a higher operational cost than would be the case, if the allocation scheme was based on equal treatment. An overview of the undertakings falling in this group is provided below:

Sector/undertaking	Emissions 98-01 Kt CO2	Allocation 92 % Kt CO2	Emissions 2010 Kt CO2	Allocation in % of total need
Mainland total	6 200	5704	7 900	72 %
Hereof:				
Terminals 1)	807	742	1 824	41 %
Noretyl	458	421	527	80 %
Statoil Mongstad	1 479	1361	1 751	78 %
Verdalskalk	55	51	67	76 %
Norfrakalk	0	0	210	0 %
MoKaDo	49	45	87	52 %
SMA magnesium	0	0	185	0 %
Borregaard 2)	182	167	267	62 %
Mainland ex. terminals	5 600	5152	6 100	84 %

- 1) Gassco Kårstø, Gassco Kolsnes og Stureterminalen
- 2) Utslipp 2006: 237 ktonn

The third group of undertakings (hereinafter referred to as "Group 3") are the ones that have not yet invested in new or expanded installations for which allowances are needed, but which can be expected to make such investments in the period between 1 January 2008 and 31 December 2012. For obvious reasons, the undertakings falling in this group cannot be further identified. These undertakings are also faced with a higher operational cost than would be the case, if the allocation scheme was based on equal treatment. For the sake of good order, it should be noted that the division of undertakings between Groups 2 and 3 may fail to take into account the fact that that several undertakings will have made investments and investment decisions before 1 January 2008, which will be put in operation and thus require allowances after this date. Examples of this may be the pipeline terminals at Tjeldbergodden and Nyhamna (Ormen Lange).

The main difference in the situation for undertakings in Groups 2 and 3 is that the latter are in a better position to invest elsewhere, whereas most or all undertakings in Group 2 already have made irreversible investments in production facilities in Norway.

The establishment of any installation after 2002, for which allowances are required under the ETS Act, has been subject to administrative decisions based on a strict application of the best available technology principle. Consequently, emissions from these installations are already

low, and will not be further reduced by adding the cost of acquiring allowances in the EU market.

4.6 Market distortions created by the Norwegian allocation scheme

It is clear from the outline above that the Norwegian allocation scheme creates significant market distortions. The NHO submits that these are intended effects of Norway's policy in this area.

The first type of market distortion is the differential treatment of competitors within the sectors of the economy covered by the ETS Act. Undertakings engaged in the production of competing products will face different operational costs, based on whether they are established prior to or after 1 January 2002, and the allocation of emission allowances puts undertakings in Group 1 at a competitive advantage to undertakings in Groups 2 or 3. The gravity of this effect is perhaps best displayed in the market for burned chalk, where the undertakings SMA Mineral and Svensk Mineral fall into Group 1, and receive their emission allowances free of charge, whereas NorFraKalk fall into Group 2, and are forced to buy their allowances on the European ETS market. The extra annual cost for NorFraKalk is claimed to be approximately 42.5 MNOK, compared with a situation of equal treatment, thus leaving the intended production in Norway unprofitable. Similar effects from other markets may also be provided.

The other type of market distortion created by the allocation scheme is the barrier to entry caused by the significant financial restriction on undertakings' establishment in Norway. New entrants (Group 3) face significantly higher costs of establishment and subsequent operation in Norway due to the need to acquire all emission allowances they need on the European ETS market. This places such undertakings at a competitive disadvantage compared both to already established undertakings in Group 1, and compared to the situation for actual or potential competitors in any EU Member State taking part in the ETS.

5 NORWAY'S ALLOCATION SCHEME HAS NO POSITIVE EFFECTS ON COMBATING CLIMATE CHANGE

5.1 No direct or indirect environmental effect is being claimed by the Government

In the Government's legislative proposal to the Parliament, the reasons stated for the policy choices in the ETS Act were that the granting of no allowances free of charge for undertakings falling in groups 2 and 3 make polluting industries more costly, and further that undertakings are forced to take environmental costs into consideration when investing in new or expanded capacity. Finally, it is Norway's ambition that no allowances should be granted free of charge in the EU post 2012.

Whether this policy actually has an impact on the global emissions of greenhouse gases is not further substantiated in the proposal:

" The Ministry holds the opinion that the emission trading system for 2008-2012 proposed herein constitutes an appropriate balance between the considerations linked to the situation for existing enterprises, and that it will serve to ensure that their financial situation is not influenced negatively to any appreciable extent, versus the role of the emission trading system as a climate incentive. The proposed system also constitutes a balanced transition in relation to the Government's aim that such

permits shall not be allocated in the EU Emission Trading System post 2012. It should also be noted that the stakeholders who have submitted negative comments disagree in principle with the Government's decision to adopt a different set of rules for the allocation of allowances than the ones applied by the EU. Only a clear minority of the enterprises specifically state that the allocation method in question would lead to significantly higher emission trading costs for themselves, compared to their competitors in the EU." (Cf. Section 2.7.6 of *Ot.prp. nr 66 2006-2007* – Office translation from Norwegian Language.)

This position is reinforced by the majority in the Parliament, which underlines that Norwegian policy on this point is mainly motivated with the aim of convincing the EU that no allowances should be awarded free of charge in the period following 2008-2012.

"The majority has noted that that the Government in *Ot prp nr 66 (2006-2007)* states that the aim is that no allowances free of costs shall be awarded through the EU Emission Trading System after 2012. The majority supports this goal and requests that the Government follow it up in their further efforts towards the EU in the climate area." (Cf. Section 2.1 of *Innst.O.nr. 100 2006-2007* – Office translation from Norwegian)

5.2 Market distortions and negative effects for climate change were highlighted in the public consultation

Based on the reactions from several industry- and environmental organisations during the public consultation of the draft ETS Act in the spring of this year, both the Government and Parliament had good reasons to specify any positive environmental effects of the ETS Act, if such effects were at all present.

The question of introducing the discriminatory principles for allocation of emission allowances was submitted for public consultation on 15 March this year. In their position papers, several respondents stated that granting no allowances free of charge for sources of greenhouse gas emissions established or expanded after 2 January 2002 would have no global environmental effect, and that the only likely effect would be negative. Many stakeholders pointed out that Norway's different approach towards new entrants compared with the rest of the EU, would encourage undertakings to establish or expand their operations in other countries with a more favourable ETS regime, or with no requirement for allowances at all such as in the United States or in Asia.

Statements to this effect were presented to the Norwegian Government in the consultative hearing. A selection of statements focusing on the effects for new entrants (Group 3), and the lack of any environmental effect of the barrier to entry created by the allocation scheme, are annexed hereto:

- Annex 1:** Letter from Miljøstiftelsen Bellona
- Annex 2:** Letter from Konkurransetilsynet (The Norwegian Competition Authority)
- Annex 3:** Letter from Næringslivets Hovedorganisasjon
- Annex 4:** Letter from Norsk Industri
- Annex 5:** Letter from Landsorganisasjonen i Norge
- Annex 6:** Letter from Statoil
- Annex 7:** Letter from Norsk Hydro

Further, several undertakings in Group 2 demonstrated that the Norwegian allocation scheme have significant negative impacts on the global emissions of greenhouse gases. One significant example is NorFraKalk AS, which has invested in, and in 2005 received allowances for, a facility for the production of burnt lime from the limestone quarry in Tromsdalen, Verdal. Even if this example have been thoroughly brought to the Authority's attention, the position papers presented by this undertaking in the legislative process is annexed for the sake of good order:

Annex 8: Letter from NorFraKalk

Other examples of how the allocation scheme results in differential treatment of otherwise similar situations are provided in the position papers from Maxit, Borregaard and Statoil.

Annex 9: Letter from Maxit Rælingen

Annex 10: Letter from Borregaard

General comments on the effects for undertakings falling in Group 2 are given also in several of the position papers referred to above.

5.3 The supporters of the Government's policy have not identified any direct or indirect positive impact on the environment

Quite a few stakeholders – among them environmental organisations – supported the Government's proposal. All of these position papers point either to the need for Norway to work for a stricter regime in the EU after 2012, or they take the position that emissions should as a matter of principle have a cost for the operator. Some are based on considerations of what constitutes an efficient system for tradeable allowances. However, it is interesting to note that none of these position papers provide substantiated analysis' of any positive effects for combating global climate change of the unilaterally applied differential treatment in Norway, which is the subject of this complaint.

The most important written statements are annexed hereto:

Annex 11: Letter from Finansdepartementet (the Ministry of Finance)

Annex 12: Letter from Norges Naturvernforbund

Annex 13: Letter from Greenpeace

Annex 14: Letter from Fremtiden i Våre Hender

Annex 15: Letter from WWF Norge (World Wildlife Fund for Nature)

Annex 16: Letter from Statistisk Sentralbyrå (Statistics Norway)

For a complete list of position papers presented in this legislative process, please see:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/dok/hoeringer/hoeringsdok/2007/Horing---Utkast-til-endring-av-lov-om-kv/Horingsuttalelser/horingsuttalelser.html?id=463322>

6 NON-DISCRIMINATORY MEASURES ARE AVAILABLE

NHO submits that Norway has at least two different options for achieving additional reductions of emissions of climate gases, by increasing the scarcity of allowances in the European market, but still without creating any market distortions.

Firstly, Norway has set aside allowances for sale in the European ETS market. The reason for this policy – other than strengthening Norway’s Fiscal Budget – is not clear, but it is clear that the Norwegian Government has no intention of keeping these allowances out of the ETS Market in order to reduce global emissions of greenhouse gases. If only a portion of these allowances were distributed among the undertakings in Groups 2 and 3 instead of being sold in the European market, the market distortions would be eliminated, and the global emissions would be the same or lower.

Secondly, Norway could further limit the total amount of allowances to be allocated in the Norwegian economy. This would effectively reduce the global emissions of greenhouse gases, without creating different conditions for undertakings established in Norway, or considering whether to do so between 2008 and 2012. This solution would, however, put a slightly stricter financial burden on all Norwegian undertakings, since every undertaking would be forced to acquire a slightly higher amount of allowances in order to comply with the ETS Act. The NHO has previously rejected this option for policy reasons, but legally it is clear that a stricter climate policy could be implemented in this way.

7 THE NORWEGIAN ALLOCATION OF ALLOWANCES CONSTITUTE ILLEGAL STATE AID

7.1 Introduction

The NHO submits that the Norwegian ETS Act meets all the criteria under Article 61 of the EEA Agreement, and thus constitutes illegal state aid. The fact that the measure has not yet been put into operation does not provide any relief from this conclusion, as the amendments of the ETS Act, which entered into force on 1 July, clearly constitutes a plan to grant state aid, within the meaning of Article 1 (3) of Protocol 3, Section I of the Surveillance and Court Agreement. This submission will be substantiated in the following.

However, by way of further introduction, the NHO points to the Statement made by the EFTA Consultative Committee on 12 October 2007 on the importance of equal conditions for emission trading in the EEA:

“7. expresses its worries that the foreseen Norwegian method for allocations of allowances for the period 2008-2012 may in fact discriminate against existing installations with permitted greenhouse gas emissions after 1 January 2002, as well as new entrants, none of which are foreseen free allowances in this trading period, unlike in the EU, where the level of free allowances is foreseen to be higher and to cover both existing industry (before and after the 2002 cut-off date) and new entrants. The Committee expresses its concern that the foreseen Norwegian system could be in violation of EEA law;”

Annex 17: Copy of the EFTA Consultative Committee’s Statement of 12 October 2007

7.2 The application of state aid rules on tradable emission schemes

The European Commission has consistently treated tradable emission schemes as state aid within the meaning of Article 87 of the EC Treaty; cf. Article 61 of the EEA Agreement. Prior to the adoption of the ETS Directive, the European Commission approved tradable emission schemes in Denmark (N 653/99 – CO₂-Quotas), the UK (Case N 416/2001 – United Kingdom Emission Trading Scheme) and the Netherlands (Case N 35/2003 - NOx

emission trading scheme), which were all notified as state aid under Article 88 of the EC Treaty.

In these cases, the European Commission considered the tradable emission documents as intangible assets provided by the authorities to the recipients, thus supporting the finding that such measures imply the granting of aid from state resources, to the benefit of certain undertakings. The European Commission has also noted that the fact that there will be a market for trading emission or pollution documents is a sign of the value of the asset being allocated. Moreover, the value of the tradable emission or pollution documents may be considerable, even though the undertakings will have to incur significant expenses in order to realise the value of the tradable emission or pollution documents.

The European Commission approved the above cases under paragraph 3 (c) of Article 87 of the EC Treaty. The schemes were considered to be valuable contributions to the Community environmental policy, while not adversely affecting trading conditions to an extent contrary to common interest. One concern under the European Commission's assessment of the compatibility with the state aid rules has been whether late and new entrants can participate in the scheme on objective and non-discriminatory terms. This was not an issue of controversy in any of the decisions referred to above, since none of the Member States in question set out to apply different conditions for late and new entrants, but this was nevertheless emphasised in each of the decisions. Several other concerns were raised in these decisions, none of which have particular relevance to this complaint.

The Authority's guidelines on state aid for environmental protection adopted in 2001 did not provide detailed guidelines for assessment of tradable emission schemes. However, in the draft Community Guidelines on State Aid for Environmental Protection, at paragraph 125 d), it is expressly stated that "[g]ranting higher allocations to existing installations compared to new entrants should not result in undue barriers to entry". This provision is based on the Commission's practice in this area.

The ETS Directive has established a separate trading system for CO₂ emissions, including a separate procedure for the European Commission's approval of each Member State's allocation of allowances in its national industry, the National Allocation Plans. National Allocation Plans constitute state aid under Article 87 (1) EC and will therefore have to be notified to the European Commission for assessment under state aid rules. Competition policy procedural rules will apply in this respect, including *inter alia* the standstill clause in Article 3 of Protocol 3, Section II of the Surveillance and Court Agreement. The European Commission takes at the same time the two decisions legally required on the National Allocation Plan as regards the assessment as required under the ETS Directive and the state aid assessment.

In its decisions under the ETS Directive, the European Commission has consistently applied the state aid provisions of the EC Treaty, striking down *inter alia* overallocation of allowances, or on differential treatment of existing installations or certain sectors. Further, Article 11 (3) of the ETS Directive explicitly requires that "Member States shall take into account the need to provide access to allowances for new entrants", and although no cases have involved the same kind of differential treatment as is being planned by Norway, the European Commission has in general terms underlined the need to avoid differential treatment of new entries in the allocation of emission allowances (cf. in particular COM

(2005) 703 final, Communication from the European Commission on Further Guidance on Allocation plans for the 2008 to 2012 trading period of the EU Emission Trading Scheme, in particular Annex 7 on "Issues related to new entrants and closures"). The European Commission's decisions are published on:
http://ec.europa.eu/environment/climat/2nd_phase_ep.htm

Based on this outline of the European Commission's practice for applying paragraph 3 (c) of Article 87 of the EC Treaty, the NHO submits that a scheme for tradable emission allowances which implements differential treatment, either in between existing installations, or between new entrants and existing installations, can be justified only in so far as it does not create undue market distortions or barriers to entry. This criterion, which is an exception from one of the basic principles of EEA Law, should be interpreted so as to only provide justification for measures which are suitable for achieving environmental objectives. Further, the measure must be necessary for attaining the environmental objectives pursued by the scheme, meaning that if other less distortive measures are available, approval must be denied. If or when the ETS Directive is incorporated into the EEA Agreement, the same principles will apply cf. Article 11 (3) of the directive and Annex III, Criterion 5.

7.3 The ETS Act leads to state aid to undertakings receiving allowances free of charge

As follows from the factual outline above, there are two categories of Norwegian undertakings which will receive emission allowances free of charge under the Norwegian ETS Act. Firstly, aid is granted to all undertakings in Group 1, operating installations established before 1 January 2002, ref the list of undertakings identified in the Government's legislative proposal (cf. *Vedlegg 2 to Ot.prp. nr. 66 2006-2007 Om endringer i klimakvoteloven m.m.*), and the first two paragraphs of Section 7 of the ETS Act. Other undertakings are excluded from the aid measure by way of the provision in the third paragraph of Section 7 in the ETS Act.

Secondly, aid is granted to gas-fired power plants and CHP plants, as provided for in the fourth paragraph of Section 7 of the ETS Act, ref the above outline of the Norwegian system for allocating emission allowances.

These undertakings receive intangible assets in the form of tradable emission allowances from the Norwegian authorities, and are consequently granted a financial advantage from state resources. Further, the aid is selective, in that it is directed at certain undertakings, and also excluding other undertakings in a similar situation from benefiting from the scheme. As demonstrated above, the aid also distorts competition, particularly in that existing competing undertakings are treated differently, depending on their time of establishment, and by way of creating a significant barrier to entry for new entrants in Norway. According to the case law of the European Court of Justice (Case 730/79 *Phillip Morris Holland v Commission*), the scheme must be presumed to have an effect on inter-state trade, as it clearly strengthens the position of some undertakings compared to that of their competitors.

7.4 The Aid measure cannot be justified under paragraph 3 (c) of Article 61

The NHO submits that the state aid measure embedded in the Norwegian ETS Act cannot be justified under paragraph 3 (c) of Article 61 of the EEA Agreement. Paragraph 3 (d) of

Article 61 is inapplicable to this case (cf. case No N 416/2001 – United Kingdom Emission Trading Scheme).

As demonstrated above, the differential treatment of installations under the Norwegian ETS Act has significant negative effects on competition and the functioning of the Internal Market, but does not lead to any reduction of emissions of greenhouse gases. The Norwegian Government has not demonstrated that this policy will lead to any emissions reductions from existing installations established between 2002 and 2008. Further, the Government has not substantiated why it is likely that the placing of financial restrictions on some – but not all – new entrants in Norway alone during the second trading period will lead to any global emissions reductions. The lack of environmental justification rules out an approval of the scheme under paragraph 3 (c) of Article 61 of the EEA Agreement.

In the unlikely event that the Norwegian Government should be able to demonstrate any positive environmental effects of the preferential treatment of installations falling in Group 1 and gas-fired power plants and CHP plants, the differential treatment is nevertheless unnecessary and disproportionate. Any improvement in the global emissions of greenhouse gases achieved by the differential treatment could also be achieved with non-discriminatory measures.

As stated above, one such measure is for the Norwegian Government to reduce sales of allowances in the European market from the above described keeping set aside for the purposes of generating revenue to the Norwegian State. The fact that the Norwegian Government overtly plans to strengthen its finances by selling allowances on the international market, and thereby guaranteeing that emissions correspondingly will add to the greenhouse effect, demonstrates that there is no real environmental concern behind the design of the Norwegian ETS.

Another measure – which is less preferable for Norwegian undertakings – would be for the Norwegian Government to further limit the amount of allowances made available. Such an approach would guarantee a reduction of emissions, and would lead to an increase in costs that would be evenly spread on every undertaking falling under the scope of the ETS Act.

Finally, the NHO underlines the fact that Norwegian policy in this area is clearly inconsistent in that the establishment of natural gas-fired power plants and highly efficient CHP plants are granted allowances free of charge. As pointed out above, the reason for this policy is both to support the development of such power production facilities, and to provide such Norwegian undertakings with a level playing field with their competitors in the EU. Notably, both arguments were unsuccessfully raised in the public consultation of the ETS Act concerning all other industry sectors, both by several Norwegian undertakings, industry organisations and even one environmental organisation (Bellona).

8 THE NORWEGIAN ALLOCATION SCHEME CREATES BARRIERS TO ENTRY IN VIOLATION OF THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT

8.1 Introduction

Further to the submissions above, the NHO would also like to point out that Article 31 of the EEA Agreement is an alternative legal basis for concluding that the Norwegian ETS Act violates the EEA Agreement.

This Article puts a ban on all restrictions on the freedom of establishment of all nationals (persons and undertakings alike) of an EU Member State or an EFTA State in the territory of any other of these states. The provision applies both to measures which discriminate foreign undertakings compared to nationals, and measures which impede the establishment in the host EFTA - or Member State (Cf. Case C-55/94 *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli avvocati e Procurati di Milano* and Case C-76/90 *Her Majesty's Customs and Exise v Schindler*).

8.2 The ETS Act contravenes Article 31 of the EEA Agreement

The ETS Act applies to Norwegian and foreign undertakings alike, and cannot be said to overtly discriminate foreign undertakings compared to nationals. Nevertheless, The NHO submits that the differential treatment of natural gas-fired power plants and highly efficient CHP plants, compared to other undertakings covered by the ETS Act, constitute covert discrimination within the meaning of Article 31 of the EEA Agreement. The potential new power plants are, as demonstrated above, to be operated mainly by Norwegian undertakings.

On the other hand, should the Authority find that the ETS Act does not amount to a discrimination against nationals and undertakings from other states in the EEA, the Act nevertheless creates a significantly higher cost of establishment and operation of installations covered by the ETS Act. Such higher costs impede establishment in Norway, and consequently, the NHO submits that the requirement that no new entrants receive allowances free of charge amounts to a restriction on the freedom of establishment within the meaning of Article 31 of the EEA Agreement.

8.3 The measure cannot be justified by mandatory requirements

Overtly discriminatory measures restricting the freedom of establishment may only be justified on the conditions laid down in Article 33 of the EEA Agreement. However, any national legislation which limits the freedom of establishment, by way of a measure which either results in a covert discrimination of foreign nationals or by way of a mere restriction, may be justified if the restriction is objectively justified by mandatory requirements. One condition for justification of non discriminatory measures is that the measure is applied equally to all undertakings in a similar situation, and further that it is suitable, necessary and proportionate to the attainment of the objective pursued.

It is clear that the reduction of global emissions of greenhouse gases is one possible mandatory requirement, which will be able to justify a deviation from basic principles of EEA Law. However, as demonstrated above, this particular measure is neither suitable nor necessary, since it has no impact on global emissions on greenhouse gases, and since several

other measures are available for the Norwegian Government if it wants to implement a stricter environmental policy. Further, the measure is not applied equally to undertakings in a similar situation, since natural gas-fired power plants and highly efficient CHP plants are treated differently from any other industry.

9 CONCLUSION

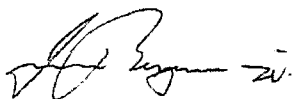
The NHO holds that Norway has infringed the EEA Agreement by way of adopting the 2007 amendments to the ETS Act, which violate both the state aid rules in Article 61 of the EEA Agreement, and the prohibition against restrictions on the freedom of establishment in Article 31 of the EEA Agreement.

The NHO submits that the ETS Act amounts to state aid within the meaning of Article 61 of the EEA Agreement to all installations receiving emission allowances free of charge, including gas-fired power plants and highly efficient CHP plants, while any other installations established after 1 January 2002 and new entrants will be required to acquire all allowances in the European ETS Market. This aid cannot be considered compatible with the functioning of the EEA Agreement under Paragraph 3 (c), since the aid measure leads to significant market distortions but without leading to any reductions of global emissions of greenhouse gases.

Further, The NHO submits that the ETS Act violates the freedom of establishment within the meaning of Article 31 of the EEA Agreement. Gas-fired power plants, predominantly operated by Norwegian undertakings, receive a more favourable treatment than other new entrants, and the Act intentionally places a higher financial burden on establishment of new entrants in Norway. The differential treatment in the ETS Act does not lead to a reduction of global emissions of greenhouse gases, and cannot be justified by mandatory requirements. In any event, the measure is unnecessary and disproportionate, since other measures for reducing such emissions are available without restricting the freedom of establishment.

Consequently, the NHO requests that the Authority initiates the relevant infringement proceedings in the ESA/Court Agreement.

Yours Sincerely,
CONFEDERATION OF NORWEGIAN ENTERPRISE



Finn Bergesen jr.
Director General

§2. Definisjoner

§2

, lov-2000-04-14-31-§2 (Personopplysningslov)

- 1) Med «personopplysning» menes opplysninger og vurderinger som direkte eller indirekte kan knyttes til en identifiserbar, fysisk person (den registrerte).
- 2) Med «behandling av personopplysninger» menes enhver operasjon eller serie av operasjoner som utføres på personopplysninger, som for eksempel innsamling og registrering herunder elektronisk overvåkning, systematisering, oppbevaring, endring, søking, utlevering, sammenstilling, blokkering og sletting.
- 3) Med «personregister» menes registre, fortegnelser m.m der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte person kan finnes igjen.
- 4) Med «behandlingsansvarlig» menes den som bestemmer formålet med en elektronisk behandling eller formålet med et manuelt personregister, samt hvilke operasjoner som skal eller kan utføres på personopplysninger.
- 5) Med «databehandler» menes den som i henhold til avtale behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige.
- 6) Med «elektronisk overvåkning» menes vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåkning ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende utstyr.
- 7) Med «samtykke» menes en uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar at opplysninger om en selv blir behandlet.
- 8) Med «sensitive personopplysninger» menes personopplysninger om
 - a) rasemessig eller etnisk bakgrunn, eller politisk eller religiøs oppfatning
 - b) at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for straffbare forhold
 - c) helseforhold, herunder opplysninger om arveegenskaper og misbruk av rusmidler
 - d) seksuelle forhold
 - e) medlemskap i fagforeninger.
- 9) Med «enkeltavgjørelse» menes
 - a) enkeltvedtak, jf forvaltningsloven §2 bokstavene b) og a), og
 - b) andre avgjørelser som er bestemmende for bestemte private personers rettigheter eller plikter.

Til §2:

Legaldefinisjonene i §2 er dels en videreføring av definisjonene i personregisterloven §1, og dels basert på definisjonene i direktivet artikkel 2. De fleste av definisjonene har fått en noe annen utforming enn de tilsvarende definisjonene i direktivet, men innholdet i definisjonene ligger innenfor rammene av direktivets definisjoner.

Nr 1: « personopplysning »

Begrepet « personopplysning » er vidtrekkende, se avsnitt 10.1.1. Det omfatter opplysninger og vurderinger som direkte eller indirekte kan knyttes til identifiserbare fysiske personer. Det gjøres ingen endringer i personregisterlovens definisjon av begrepet.

Formålsbestemmelsen vil ha betydning ved tolkningen av begrepet « personopplysning ». Det kan tenkes tilfeller hvor ordlyden i nr 1 isolert sett kan trekke i retning av at en opplysning er « personopplysning », men hvor personvern hensyn ikke kan begrunne at opplysningen vernes.

Lovforslaget omfatter bare opplysninger om *levende* personer. I de tilfellene de registrerte opplysningene om døde personer også gir opplysninger om gjenlevende personer (f.eks opplysninger om arvelige sykdommer) vil dette være en personopplysning i lovens forstand, se 10.1.1.3.2.

Lovforslaget omfatter videre bare opplysninger om *fysiske* personer (se 10.1.1.3.1). Dette er en endring i forhold til personregisterloven som også omfatter opplysning om juridiske personer. Loven omfatter likevel opplysninger (om fysiske personer) som knytter seg til juridiske personer (f.eks opplysninger om at en person er registrert som innehaver av en virksomhet). Avgjørende for om man skal anses som fysisk eller juridisk person er om man er tildelt organisasjonsnummer. Dette innebærer at de enkeltmannsforetak som er registreringspliktige etter foretaksregisterloven §2-1, samt de enkeltmannsforetak som er registreringsberettigede etter samme lov §2-2 og har benyttet seg av denne registreringsretten, vil være å anse som juridiske personer. For enkeltmannsforetak som ikke har organisasjonsnummer vil det ikke skilles mellom foretaket og den

bestemte fysiske personen som er innehaver av foretaket, loven vil omfatte opplysninger om begge disse.

Også opplysninger som for den behandlingsansvarlige fremstår som anonymiserte kan være « personopplysninger » i lovens forstand dersom det finnes referanser eller andre tilknytningspunkter som gjør indentifisering mulig. I SOU 1997:39 nevnes som eksempel at en som leverer tjenester via Internett registrerer en anonym elektronisk identitet som bare kan knyttes til en identifiserbar enkeltperson dersom man har tilgang til opplysninger som vedkommendes Internettleverandør sitter inne med. Også etter den norske loven vil slike opplysninger kunne være « personopplysninger ».

Uttrykket « den registrerte » betyr her « den opplysningene gjelder ». « Den registrerte » benyttes også der det ikke foreligger noe personregister i tradisjonell forstand - opplysninger om den enkelte vil like fullt være « registrert » i betydningen innsamlet og oppbevart.

Nr 2: « behandling av personopplysninger »

Definisjonen av behandlingsbegrepet er den samme som i direktivet, se nærmere omtale av dette begrepet i avsnitt 10.1.2.2. Behandlingsbegrepet er vidt og omfatter enhver operasjon eller rekke av operasjoner - med eller uten bruk av edb - som personopplysninger gjøres til gjenstand for. Det er ikke alle former for behandling av personopplysninger som omfattes av loven. I loven knyttes behandlingsbegrepet enten til elektronisk behandling av personopplysninger eller til manuell behandling hvor personopplysningene inngår eller skal inngå i et personregister. Loven regulerer for eksempel ikke manuell behandling av personopplysninger når personopplysningene ikke skal inngå i et personregister, herunder visse former for manuell saksbehandling.

Bestemmelsen gir eksempler på operasjoner som er behandling av personopplysninger. Andre eksempler som uttrykkelig nevnes i direktivet, men som av lovtekniske hensyn ikke er tatt inn i lovteksten, er bl.a « tilpasning », « seleksjon », « bruk », « sammenkjøring » og « tilintetgjørelse ». For ordens skyld understrekes det at eksemplene som ikke er tatt inn i lovteksten også omfattes av lovens generelle behandlingsbegrep, og det er ingen realitetsforskjell i forhold til direktivet artikkel 2 bokstav b.

Loven har ikke identiske regler for alle former for behandling. For eksempel er informasjonsplikten etter §20 knyttet til *innsamling* av personopplysninger, rettings- og slettingsplikten etter §25 er knyttet til *registrering* av personopplysninger og konsesjonsplikten etter §33 avhenger av *formålet* med behandlingen.

Nr 3: « personregister »

Personregisterbegrepet opprettholdes som avgrensningskriterium for manuell behandling av personopplysninger, slik at manuell behandling av personopplysninger som inngår eller skal inngå i et personregister omfattes av loven. Det foreslås ingen endringer i personregisterlovens definisjon av « personregister ».

Nr 4: « behandlingsansvarlig »

Den som har bestemmelsesrett over opplysningene og den elektroniske behandlingen av disse er behandlingsansvarlig. Også den som bestemmer formålet med manuelle personregistre vil være behandlingsansvarlig.

Selv om man setter arbeidet bort til andre (« outsourcing »), vil man selv sitte med bestemmelsesretten - og dermed også ansvaret. De som eventuelt utfører et avtalt arbeid for den behandlingsansvarlige, vil være databehandlere, jf nedenfor (nr 5). Den behandlingsansvarlige er pålagt en rekke plikter etter loven. Dersom det foretas behandling av personopplysninger, vil det også finnes en behandlingsansvarlig.

I utgangspunktet er det bare subjekter som har partsevne som kan være behandlingsansvarlig. Med partsevne menes her det å kunne bli saksøkt under en prosess for domstolene. Fysiske personer og de fleste juridiske personer vil ha partsevne slik uttrykket nyttes her. For at en sammenslutning skal ha partsevne må det imidlertid foreligge en viss form for organisasjon, se nærmere Hov, Rettergang i sivile saker, 2. utg 1994 s 210 flg. Kravet til partsevne er bl.a begrunnet i at det kan være nødvendig å bruke rettsapparatet for å gjennomføre krav mot den behandlingsansvarlige.

I en rekke tilfeller vil det være fastsatt i lov hva som er formålet med behandlingen og hvilke operasjoner som skal eller kan utføres på personopplysningene. De aktuelle lovene vil imidlertid ikke uttømmende regulere disse spørsmålene, men i varierende grad overlate til offentlige eller private rettssubjekter å nærmere bestemme hvilke operasjoner som kan eller skal utføres på opplysningene. Også i disse tilfellene følger det av nr 4 hvem som er behandlingsansvarlig. Et konkret eksempel belyser poenget. Lov om offisiell statistikk og Statistisk Sentralbyrå 16. juni 1989 nr 54 bestemmer i §3-1 hvilke oppgaver Statistisk Sentralbyrå skal vareta, men fastsetter ikke i detalj hvorledes opplysningene skal behandles for at disse oppgavene skal oppfylles. Slike valg -

slik bestemmelsesrett - er (i den grad noe annet ikke følger av lov eller forskrift) overlatt til byrået selv. Statistisk Sentralbyrå er med andre ord behandlingsansvarlig.

I særlovgivning kan det være hensiktsmessig å uttrykkelig bestemme hvem som er behandlingsansvarlig (noe personverndirektivet tillater).

Den behandlingsansvarlige vil ofte være en juridisk person. Dette reiser spørsmål om intern fordeling av ansvar for at loven etterlevs. Det formelle ansvaret for at pliktene som den behandlingsansvarlige pålegges oppfylles ligger hos ledelsen i den aktuelle virksomheten. Virksomheten skal imidlertid knytte gjennomføringen av pliktene som den behandlingsansvarlige pålegges til en stilling eller en fysisk person i virksomheten, jf forutsetningsvis lovforslaget §16 nr 2. Funksjonen bør være knyttet til en bestemt stilling innen virksomheten slik at ansvarsforholdet er klart selv om enkeltpersoner i virksomheten skifter jobb, slutter etc. Funksjonen bør legges til en lederstilling knyttet til behandlingen av personopplysninger slik at stillingsinnehaveren har reell daglig innflytelse på de behandlingene som foretas (f.eks daglig leder, eventuelt daglig leder i administrasjonsavdelingen). I en del lovgivning vil det av loven selv fremgå hvem det er naturlig at pliktene påhviler.

Dersom den behandlingsansvarlige går konkurs, vil konkursboet være behandlingsansvarlig.

Nr 5: « databehandler »

Databehandler er den som i henhold til avtale behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige, se 13.4.2. Databehandlerens rådighet over personopplysninger er regulert i lovforslaget §13.

Begrepet « *databehandler* » er langt videre enn begrepet « databehandlingsforetak » etter personregisterloven. Det er tilstrekkelig at noen *handler* personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige, dvs for eksempel oppbevarer opplysninger. Det innebærer at en reparatør av datamaskinutstyr normalt vil måtte anses som en databehandler dersom vedkommende samtidig oppbevarer personopplysningene eller på annen måte har tilgang til dem på vegne av den behandlingsansvarlige. Det er altså ikke noe krav slik personregisterloven oppstiller i dag, at det må skje en bearbeiding av personopplysningene.

Behandlingen må skje *på vegne* av den behandlingsansvarlige. Det må altså skje etter ønske fra den behandlingsansvarlige, og det må skje i henhold til *avtale*. Det er ingen formkrav til avtalen, men det kan være hensiktsmessig at slike avtaler som regel inngås skriftlig.

Nr 6: « fjernsynsovervåkning »

Definisjonen av fjernsynsovervåkning er en videreføring av personregisterlovens definisjon av fjernsynsovervåkning, se kapittel 14.

Nr 7: « samtykke »

Definisjonen av « samtykke » er ny i forhold til personregisterloven, og bygger på direktivet artikkel 2 bokstav h). For at det overhodet skal foreligge et samtykke må erklæringen være frivillig. Dette anses for å være selvfølgelig, og er ikke uttrykkelig sagt i lovteksten.

Det stilles imidlertid flere krav til erklæringen for at denne skal være « samtykke » i lovens forstand. For det første må erklæringen være « uttrykkelig ». Det holder ikke med et passivt eller stilltiende samtykke, og heller ikke samtykke gjennom såkalt konkludent atferd er tilstrekkelig.

For det andre må erklæringen være « informert ». I dette ligger at den registrerte må forstå hva erklæringen gjelder, og hvilke konsekvenser denne får eller kan få. Endelig må samtykket være individuelt (jf uttrykket « den registrerte »), dvs at den enkelte registrerte selv (eller ved en fullmektig) må ha avgitt erklæringen. Et « kollektivt » samtykke, f.eks slik at en organisasjon samtykker på vegne av alle medlemmene, vil i utgangspunktet ikke tilfredsstillende kravet med mindre omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstiller kravet til samtykke (dvs slik at det tydelig fremgår at innmelding medfører behandling av personopplysninger, og innmeldingserklæringen er informert).

Nr 8: « Sensitive personopplysninger »

Bestemmelsen forklarer hva som i denne loven anses som sensitive personopplysninger. Bestemmelsen lovfester sammen med §9 regelen i direktivet artikkel 8 nr 1. Definisjonen har også betydning i forhold til bestemmelsen om konsesjonsplikt i §33. Det foreslås enkelte endringer i forhold til det som personregisterloven regner som sensitive personopplysninger (jf personregisterloven §6 annet ledd).

I en konkret situasjon kan det ikke utelukkes at også andre typer personopplysninger enn de som oppregnes i direktivet (og som danner grunnlag for lovens definisjoner) kan oppleves som sensitive, f.eks opplysninger om private økonomiske forhold. At også slike opplysninger kan oppleves som følsomme kan det tas hensyn til ved praktiseringen av loven selv om de ikke defineres som sensitive. Eksempelvis kan det i forbindelse med relevans- og

saklighetsvurderingen etter §7 tas i betraktning hvor følsomme opplysningene oppleves for den enkelte.

Angivelsen av de sensitive personopplysningene har fått en noe annen utforming enn de tilsvarende beskrivelsene i direktivet, men innholdet er det samme.

I tillegg er opplysninger om at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for et straffbart forhold, ansett som sensitive etter loven. Ved en lovendring i 1987 ble den parallelle oppregningen i personregisterloven §7 og §9 utvidet, slik at det ikke lenger var nødvendig at det var innledet noen straffesak. Dette førte bl.a til at f.eks et vaktsselskaps register over personer som blir pågrepet med ubetalte varer, ble omfattet av oppregningen (jf Ot.prp.nr.34 (1986-1987) s 24 høyre spalte). Utvalgets forslag viderefører denne bestemmelsen.

Endringene i forhold til personregisterlovens oppregning i §6 annet ledd er for det første at opplysning om medlemskap i fagforeninger etter loven nå er ansett som sensitivt (se nærmere nedenfor). For det andre er « andre opplysninger om familieforhold enn slike som gjelder slektskap eller familiestatus, formuesordningen mellom ektefeller og forsørgelsesbyrde » (personregisterloven §6 annet ledd nr 5) ikke lenger med som særskilt punkt i oppregningen. Endelig er det foretatt visse presiseringer av ordlyden i enkelte punkter.

Opplysning om medlemskap i fagforening er i Norge tradisjonelt ikke oppfattet som en sensitiv personopplysning. Det kan derfor være noe fremmed at slike opplysninger bare skal kunne behandles dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Det antas imidlertid at unntakene i §9 vil dekke de tilfellene hvor slik behandling er ønskelig eller nødvendig. Med hjemmel i §9 kan det behandles opplysninger om medlemskap i fagforeninger dersom den registrerte uttrykkelig samtykker, behandlingen er fastsatt i lov eller den behandlingsansvarlige er forpliktet til å foreta behandlingen i henhold til avtale mellom partene i arbeidslivet.

Arbeidsgiver plikter etter ligningsloven §6-2 nr 3 å oppgi til ligningsmyndighetene fradragsberettiget fagforeningskontingent dersom det er gjennomført fradrag for dette i lønnsutbetalingene eller dersom lønnsstakeren legitimerer å ha betalt direkte til sin fagforening. Dersom den ansatte ikke ønsker at arbeidsgiveren skal kjenne til at han eller hun er medlem i en fagforening og fagforeningskontingenten derfor betales direkte til fagforeningen, forutsetter fagforeningens videregivelse av disse opplysningene til ligningsmyndighetene samtykke fra den opplysningen gjelder. Samtykket må være uttrykkelig, informert og frivillig, jf ovenfor.

Personregisterloven §6 annet ledd nr 5 (opplysninger om familieforhold) er ikke tatt med i den nye oppregningen av sensitive opplysninger. Dette er ikke ment å medføre materielle endringer. Den nåværende beskrivelsen i nr 5 er uklar og det er vanskelig å se hvilke opplysninger som er ment omfattet av bestemmelsen. Utvalget legger til grunn at de opplysningene den først og fremst vil være aktuell for også vil omfattes av lovens oppregning i bokstav c) (opplysninger om helseforhold). Dette gjelder blant annet en rekke opplysninger om ulike sosiale forhold.

Opplysning om « rase » er endret til opplysning om « rasemessig eller etnisk bakgrunn » uten at dette er ment å medføre noen realitetsendringer. Utvalget mener imidlertid den nye ordlyden bedre dekker dagens praksis som man ønsker å videreføre. I b) er « siktet » tilføyd. Begrepet omfattes på samme måte som « tiltalt » av det videre begrepet « mistenkt », men utvalget finner det hensiktsmessig at også dette nevnes særskilt.

Opplysninger om helseforhold er presisert slik at det klarere enn i dag fremgår at dette også omfatter opplysninger om arveegenskaper og misbruk av rusmidler. Det er mange forskjellige typer opplysninger som omfattes av c) (helseforhold). I tillegg til opplysninger om forskjellige fysiske mangler eller lidelser omfattes opplysninger om psykiske lidelser, sosial tilpasningsevne, omsorgsevne m.v. Opplysninger om sosiale forhold mer generelt vil regnes som helseforhold i lovens forstand dersom forholdene i hht forebyggende helsearbeid kan medføre helseproblemer, eller dersom forholdene faktisk medfører slik problemer. Enhver påstand om en slik sammenheng er imidlertid ikke tilstrekkelig, det må vurderes konkret hvor sannsynlig det er at de aktuelle sosiale forholdene har helsemessig betydning.

« Politisk » i a) omfatter opplysninger om oppfatninger og synspunkter utover ren partipolitisk tilhørighet. Direktivet nevner både politisk og filosofisk overbevisning, og utvalget legger til grunn at begge disse beskrivelsene omfattes av « politisk eller religiøs oppfatning ». Det vil imidlertid være å strekke det for langt å si at medlemskap i interesseorganisasjoner generelt gir uttrykk for en *politisk* oppfatning. Dette må avgjøres konkret.

Dersom en organisasjon anses å være enten politisk eller religiøs, vil medlemskap uten videre måtte anses for å gi uttrykk for en *oppfatning*. Dette gjelder selv om noen medlemmer kan tenkes å ha andre grunner for å være medlem enn at de sympatiserer med organisasjonens synspunkter. For eksempel vil medlemskap i statskirken måtte anses som en opplysning om religiøs oppfatning.

I §2 nr 9 forklares hva som menes med « enkeltavgjørelse ». Begrepet brukes flere steder i

loven, se f.eks §22 om rett til å kreve begrunnelse for visse fullstendig automatiserte avgjørelser, og §33 om avgrensningen av konsesjonsplikten. Med enkeltavgjørelse menes for det første « enkeltvedtak » slik dette defineres i forvaltningsloven §2 første ledd bokstavene a og b. Dette betyr at

- a) det må være en avgjørelse,
- b) den må gjelde rettsstillingen for «private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)»,
- c) avgjørelsen må gjelde disse «rettigheter eller plikter»,
- d) avgjørelsen må være truffet under « utøving av offentlig myndighet », og
- e) enkeltvedtaket må gjelde «en eller flere bestemte» personer.

Begrepet «enklavgjørelser» omfatter også andre avgjørelser (enn enkeltvedtak) som er bestemmende for bestemte private personers rettigheter og plikter, jf første ledd nr 2. Forskjellen til nr 1 er at avgjørelsen ikke treffes som ledd i offentlig myndighetsutøvelse, og alternativet vil følgelig omfatte avgjørelser som treffes i privat sektor. De øvrige vilkårene nevnt i a, b, c og e ovenfor vil imidlertid gjelde også for disse avgjørelsene. Det beslutningsfokuserede personvernet tillegges på denne måten like stor vekt for offentlige som for private behandlingsansvarlige. Grunnlaget for å treffe avgjørelsene kan være f.eks lov, avtale eller eiendomsrett. Det sentrale er at det treffes en bestemt type avgjørelse som gjennomgående er av stor betydning for den registrerte.

Rettskildefaktorer som belyser relevante deler av enkeltvedtaksbegrepet (jf vilkårene a, b, c og e) vil gi veiledning også om hvorledes « enkeltavgjørelse » skal forstås. Nedenfor knyttes noen kommentarer til de enkelte vilkårene.

Det følger av nr 2 at formålet med behandlingen må være å treffe en « avgjørelse ». Uttalelser, forslag og lignende vil ikke være noen slik avgjørelse.

Videre må avgjørelsen være bestemmende for rettsstillingen til « private personer ». Begrepet omfatter i motsetning til begrepet i forvaltningsloven §2 a), bare fysiske personer. Andre private rettssubjekter (som for eksempel selskaper og foreninger) omfattes ikke. Offentlige organer eller offentlig eide rettssubjekter omfattes heller ikke.

Avgjørelsen må være « bestemmende » for vedkommendes rettsstilling på samme måte som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Det vil derfor også etter nr 2 være realitetsavgjørelser - i motsetning til prosessledende beslutninger - som omfattes. At det nektes innsyn i personopplysninger eller at personopplysninger nektes slettet etter ønske fra den registrerte, vil for eksempel ikke være en avgjørelse som er « bestemmende » for noens rettsstilling.

§3. Lovens saklige virkeområde