

# NOTAT

Til Energi Norge v/ Andrea Stengel

Fra Advokatfirmaet Thommessen AS v/ Tore Mydske og Jens Naas-Bibow

Dato 25. august 2015

Ansvarlig advokat: Gunnar Martinsen

## KONSESJONSKRAFT - ENKELTE REGULATORISKE SPØRSMÅL

### 1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING

Energi Norge har bedt om en nærmere vurdering av hvordan kraftprodusenters leveringsforpliktelser til kommuner og fylkeskommuner etter reglene om konsesjonskraft som nærmere regulert i industrikonsesjonsloven og vassdragsreguleringsloven skal klassifiseres etter ulike regulatoriske regelverk. Mer konkret er vi bedt om å vurdere hvordan leveringsforpliktelser etter konsesjonskraftsreglene skal klassifiseres etter:

- (i) reglene om finansielle instrumenter i verdipapirhandelloven og annet finansregulatorisk regelverk, og
- (ii) reglene om fysiske kraftkontrakter etter norske regler som gjennomfører eller vil gjennomføre forordning 1227/2011 ("REMIT").

Våre vurderinger kan sammenfattes som følger:

- (i) Leveringsforpliktelser etter konsesjonskraftsreglene er ikke "finansielle instrumenter", siden leveringsforpliktelsen hviler på lovgivning og konsesjonsvilkår og ikke på avtale.
- (ii) Leveringsforpliktelser etter konsesjonskraftsreglene skal ikke regnes som fysiske engrosprodukter for kraft ("wholesale energy products") etter REMIT siden leveringsforpliktelsen hviler på lovgivning og konsesjonsvilkår og ikke på avtale.

Det er generelt viktig å understreke at konsesjonskraftkontraktene bare representerer den praktiske gjennomføringen av rettigheter og forpliktelser som finnes i lovgivning og konsesjonsvilkår, og at både lov og konsesjonsvilkår håndheves og kontrolleres av relevante konsesjonsmyndigheter (herunder i tilknytning til volum, pris og leveringstid).

I det følgende gjør vi rede for enkelte rettslige kjennetegn ved konsesjonskraft, før vi gjør nærmere rede for klassifiseringen av konsesjonskraft etter hhv finansregulatoriske regler og reglene i REMIT.

### 2 RETTSLIGE KJENNETEGN VED KONSESJONSKRAFT

Reglene om konsesjonskraft går i korthet utpå at det i ervervs- og reguleringskonsesjoner *skal* settes vilkår om at kraftprodusenter ("konsesjonær") pålegges å avstå en del av kraften som kan produseres av de aktuelle anlegg til de berørte kommuner og fylkeskommuner.

De som tar ut kraften må betale for den, men prisen er fastsatt etter selvkostprinsipper, slik at den normalt ligger godt under markedspris.<sup>1</sup> Ved fastsettelse av pris går et grunnleggende skille mellom konsesjoner før og etter 1959. For konsesjonskraft som tas ut i henhold til konsesjoner gitt før 1959, fastsettes prisen basert på en individuell selvkostberegning for det aktuelle vannkraftverket. For konsesjonskraft som tas ut i henhold til konsesjoner gitt etter 1959, fastsettes prisen årlig av OED basert på gjennomsnittlig selvkost for et representativt antall vannkraftverk i hele landet.

Det inngås normalt en avtale mellom konsesjonæren og den enkelte uttakskommune. Dette er i noen grad standardiserte avtaler som blant annet regulerer betalingsvilkår og uttaksmodell. Selve plikten konsesjonæren har til å levere kraft og hovedvilkårene for leveransen (pris, leveringsomfang og uttaksprofil) følger imidlertid av lov og ikke av avtale.

Konsesjonær og kommunene har stor fleksibilitet med hensyn til hvordan konsesjonskraftforpliktelsene gjøres opp. I praksis ser man tre hovedmodeller:

- (i) Kommunen kan ta ut konsesjonskraften gjennom fysisk levering. Kommunen står fritt til å selge kraften videre til markedspris eller benytte den på annen måte.
- (ii) Kommunen kan ta ut konsesjonskraften gjennom fysisk levering, men samtidig selge konsesjonskraften tilbake til konsesjonæren til markedspris. Det skjer et etterfølgende pengeoppgjør mellom partene som reflekterer forskjellen mellom konsesjonskraftpris og markedspris.
- (iii) Det avtales et "rent" finansielt oppgjør mellom kommunen og konsesjonær, hvor konsesjonær betaler kommunen for differansen mellom konsesjonskraftpris og markedspris. Modellen er identisk som modell (ii) i resultat, men pengeoppgjøret skjer altså med grunnlag i en ren finansiell avregning og ikke som oppgjør for motgående fysiske leveringsforpliktelser.

Ovennevnte avtaler kan inngås av kommunen direkte eller ved bruk av fullmektig, men etter vår vurdering vil ikke kommunens eventuelle bruk av fullmektig ha betydning for kontraktens klassifisering.

I det følgende går vi nærmere gjennom den rettslige klassifiseringen av konsesjonskraft i ulike situasjoner. For ordens skyld presiserer vi at vi det er den primære forpliktelsen til å avstå konsesjonskraft som omtales, og ikke eventuelle privatrettslige avtaler som den konsesjonskraftberettigede kommunen deretter inngår for hele eller deler av den avståtte konsesjonskraften.

### **3 KONSESJONSKRAFT SOM "FINANSIELLE INSTRUMENTER"**

#### **3.1 Oversikt**

Begrepet "finansielle instrumenter" er et sentralt rettslig koblingsord i verdipapirhandelloven og annet finansregulatorisk regelverk. Begrepet har blant annet betydning i følgende sammenhenger (opplistingen er ikke uttømmende):

- (i) Det er kun ytelse av investeringstjenester i tilknytning til "finansielle instrumenter" som utløser konsesjonsplikt som verdipapirforetak etter verdipapirhandelloven. Disse reglene bygger på direktiv 2004/39/EF ("MiFID").

---

<sup>1</sup> Se nærmere omtale i Falkanger/Haagensen, "Vassdrags- og energirett".

- (ii) Det er kun derivater som anses som "finansielle instrumenter" som er omfattet av de særlige rapporterings- og oppgjørsreglene for derivater i forordning 648/2012/EF ("EMIR"). EMIR er EØS-relevant og vil trolig gjennomføres i norsk rett i løpet av 2015/2016.
- (iii) Det er kun derivater som er "finansielle instrumenter" som er underlagt særlige regler om motregning i konkurs etter verdipapirhandelloven § 14-2.<sup>2</sup>

"Finansielle instrumenter" nærmere definert i verdipapirhandelloven § 2-2. En underkategori av finansielle instrumenter er "varederivater" som nevnt i lovens § 2-2 femte ledd nr. 2.

Det sentrale spørsmålet i det følgende er konsesjonærens plikt til å levere konsesjonskraft til en kommune i henhold til lov, konsesjonsvilkår og standardavtaler kan anses som et "varederivat" og dermed som et finansielt instrument. De øvrige typer finansielle instrumenter er opplagt ikke aktuelle for konsesjonskraft og drøftes ikke nærmere.

Spørsmålet har så vidt vi kan se ikke tidligere vært eksplisitt drøftet av lovgiver. I forarbeidene til verdipapirhandelloven<sup>3</sup> uttales at konsesjonskraftregimet innebærer at det etableres et "kunde-forhold" mellom konsesjonær og kommunen. Dette har betydning for vurderingen av konsesjonærens konsesjonsplikt etter verdipapirhandelloven, siden konsesjonæren etter gjeldende regler kan yte investeringstjenester konsesjonsfritt til "kunder" (dvs kommunen) av hovedvirksomheten, forutsatt at dette er en tilknyttet virksomhet til konsesjonærens hovedvirksomhet. Drøftelsen går imidlertid ikke inn på den rettslige klassifiseringen av konsesjonskraftregimet som sådan. Rapporten om gjennomføring av EMIR i norsk rett nevner også at kravene i EMIR "potensielt" kan få anvendelse for konsesjonskraft, under forutsetning av at konsesjonskraft faller inn under virkeområdet til EMIR. Uttalelsen gir derfor ingen veiledning av om konsesjonskraft faktisk faller inn under virkeområdet til EMIR og om slike leveranseforpliktelser kan klassifiseres som finansielle instrumenter.

### 3.2 Nærmere om definisjonen av varederivater og forholdet til konsesjonskraft

Definisjonen av varederivater følger av verdipapirforskriften § 2-1, og definisjonen svarer til MiFID vedlegg 1C nr. 5-7. Det er gitt ytterligere regler om definisjonen av varederivater i Kommisjonsforordning 1287/2006 ("MiFID-forordningen"). MiFID-forordningen gjelder som norsk forskrift, jf verdipapirforskriften § 15-1.<sup>4</sup>

I det følgende vurderes om konsesjonærens plikt til å levere konsesjonskraft til en kommune i henhold til lov, konsesjonsvilkår og standardavtaler kan anses som et "varederivat" som definert i verdipapirforskriften § 2-1:

- (i) *"Opsjoner, terminer, bytteavtaler, framtidige renteavtaler og alle andre avledede kontrakter med varer som underliggende og som enten skal gjøres opp finansielt eller kan gjøres opp finansielt dersom en av partene ønsker det"*: Det kan hevdes at konsesjonærens forpliktelse til å levere en nærmere angitt mengde kraft til kommunen til en på forhånd fastsatt pris utgjør en "termin" med en "vare" (dvs kraft)<sup>5</sup> som underliggende, og at en slik forpliktelse dermed kan anses som et varederivat dersom forpliktelsen skal eller kan gjøres opp finansielt mellom partene.

<sup>2</sup> Også spothandel med valuta er omfattet av § 14-2, men det er ingen relevans for drøftelsen her.

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 34 (2006-07) side 70

<sup>4</sup> Det er også gitt noe veiledning om definisjonen av varederivater som er gitt av EUs tilsynsorgan for verdipapirsaker ("ESMA") av 6. mai 2015, men denne er ikke relevant for de spørsmål som drøftes her.

<sup>5</sup> At kraft skal anses som en vare i denne sammenheng følger eksplisitt av MiFID-forordningen artikkel 2 (1).

Som nevnt ovenfor, er det ikke uvanlig at konsesjonærens forpliktelse til å levere konsesjonskraft gjøres opp finansielt mellom partene. Det kan således hevdes at konsesjonskraft som gjøres opp finansielt skal anses som varederivater.

- (ii) *"Opsjoner, terminer, bytteavtaler og alle andre avledede kontrakter med varer som underliggende og som kan gjøres opp fysisk, forutsatt at de omsettes på et regulert marked eller en multilateral handelsfasilitet"*: Konsesjonærens forpliktelse til å levere konsesjonskraft er ikke i seg selv gjenstand for omsetning på et regulert marked eller andre markedsplasser som definert i MiFID. Ingen av de ulike former for konsesjonskraft (som gjøres opp fysisk) kan derfor anses som varederivater etter dette alternativet.
- (iii) *"Opsjoner, terminer, bytteavtaler og alle andre avledede kontrakter med varer som underliggende og som har egenskaper som andre finansielle derivater, og som kan gjøres opp fysisk, og som ikke har kommersielt formål"*: Det er gitt detaljerte regler om hva slags varederivater med fysisk levering som omfattes av dette alternativet i MiFID-forordningen artikkel 38. Vi går ikke gjennom de ulike vilkårene i denne sammenheng, men nøyer oss med å peke på at ett av vilkårene er at derivatet er gjenstand for handel på en handelsplattform eller at den er tilsvarende slike derivater. Dette vilkåret er opplagt ikke oppfylt for leveringsforpliktelser etter konsesjonskraftsreglene. Konsesjonskraft med *fysisk levering* faller etter dette opplagt utenfor definisjonen av "varederivater" og dermed også utenfor definisjonen av finansielle instrumenter.

Det skal nevnes at MiFID er vedtatt endret, og vil erstattes av "MiFID II" i begynnelsen av 2017. MiFID II utvider definisjonen av "varederivater" til flere derivater med fysisk levering. I lys av vår hovedkonklusjon nedenfor, er imidlertid ikke dette en relevant problemstilling og vi går derfor ikke nærmere inn på dette.

- (iv) Det ligger implisitt i begrepet "derivat" at levering av den underliggende vare (kraft i vårt tilfelle) må ligge frem i tid. Dette vilkåret følger eksplisitt av MiFID-forordningen artikkel 38 (2) for varederivater nevnt i punkt (iii) ovenfor, men det er sikker rett at alle former for varederivater må gjelde en leveringsforpliktelse frem i tid. Poenget i denne sammenheng er at spotkontrakter i kraft ikke omfattes av definisjonen "varederivat". Leveringsforpliktelser for konsesjonskraft ligger opplagt frem i tid, og dette vilkåret er oppfylt.
- (v) Basert på ovennevnte kriterier kan det synes som om leveringsforpliktelsen for konsesjonskraft *kan* anses som finansielle instrumenter, hva gjelder konsesjonskraft som gjøres opp finansielt.

Etter vår vurdering må det imidlertid innfortolkes et ytterligere grunnvilkår i definisjonen av et varederivat i form av en termin, nemlig at plikten til å levere kraft i fremtiden må hvilke på en privatrettslig *avtale* mellom partene.

At et varederivat (i vårt tilfelle en termin) må bygge på avtale, fremgår implisitt av ordlyden i § 2-1 første ledd nr. 1 (a) hvor det i definisjonen av varederivater nevnes *"opsjoner, terminer.... og alle andre avledede kontrakter med varer som underliggende"* [understreket her]. Det fremgår også av MiFID vedlegg 1C nr. 5-7 at derivatelementet mellom partene (dvs forpliktelsen til å levere varen frem i tid) må hvile på avtale. Begrepet "kontrakt" forutsetter at forpliktelsen hviler på en privatrettslig avtale mellom partene, og må holdes adskilt fra tilfeller der leveringsforpliktelsen hviler på offentligrettslige pålegg i form av lovkrav og/eller konsesjonskrav.

Reelle hensyn støtter en slik tolking. Derivater kjennetegnes ved at to uavhengige parter inngår en avtale med hverandre på frivillig grunnlag for å pådra seg eller avlaste risiko. En kraftbruker ønsker for eksempel å avlaste seg den risiko som ligger i fremtidig prisøkning eller spekulere i prisendringer, og kjøper en termin med levering frem i tid til en fastsatt pris av en annen part med risikoappetitt. En slik terminkontrakt er i kjerneområdet for definisjonen av "varederivater" dersom kontrakten gjøres opp finansielt. Strukturen har visse likhetstrekk ved konsesjonskraftordningen, hvor kommunen får rett og plikt til å erverve strøm til en fastsatt pris frem i tid. Sammenligningen svikter imidlertid på to viktige punkter. *For det første* avgir ikke den annen part i transaksjonen (konsesjonæren) kraften frivillig. Kraften avgis som følge av offentlig fastsatte vilkår. *For det annet* fastsettes ikke leveranseprisen ut fra kommunens eller konsesjonærens vurdering av markedsprisen for kraft. Tvert i mot fastsettes prisen etter selvkostprinsipper (på individuell eller gjennomsnittlig basis, avhengig av om konsesjonen er gitt før eller etter 1959). Markedsprisen på kraft har ingenting med denne prisen å gjøre. En annen sak er at utviklingen i markedspris avgjør hvor stor økonomisk oppside kommunen får av avtalen. Dette er imidlertid ikke et rettslig kjennetegn ved derivatkontrakter.

Etter vår vurdering oppfyller ikke leveringsforpliktelsen for konsesjonskraft vilkåret om at leveringsforpliktelsen må hvile på avtale mellom partene. Det inngås riktignok en avtale, men denne regulerer den praktiske gjennomføringen av leveransen av konsesjonskraft og betaling for konsesjonskraften. Selve leveringsforpliktelsen følger av konsesjonsvilkårene og den bakenforliggende lovgivning.

Konsesjonskraftregimet kan mer naturlig sammenlignes med offentlig beskatning av kraftprodusentene, hvor skattes størrelse avhenger av differansen mellom markedspris og konsesjonskraftpris og hvor skatten kan gjøres opp gjennom levering av kraften. Formålet med konsesjonskraftordningen er da nettopp også å føre verdier tilbake til kommunene/fylkeskommunene som berøres av vannkraftutbyggingen. Det er uansett en form for beskatning ikke en derivatavtale mellom partene.

Til orientering vil ikke MiFID II innebære noen endring på dette punktet. Konklusjonen vil derfor bli den samme etter MiFID II.

### 3.3 Konklusjon – finansielle instrumenter

Samlet sett mener vi derfor at leveringsforpliktelser som følger av konsesjonskraft ikke kan anses som finansielle instrumenter, uavhengig av om leveringsforpliktelsen gjøres opp gjennom fysisk levering eller gjennom et finansielt oppgjør.

For ordens skyld nevnes at kommunen og/eller konsesjonæren kan velge å inngå finansielle kraftkontrakter med bakgrunn i den kraften som mottas (kommunen) eller beholdes/kjøpes tilbake (konsesjonæren). Slike kontrakter må vurderes på selvstendig grunnlag, og kan etter omstendighetene utgjøre varederivater og dermed finansielle instrumenter. Dette går vi ikke nærmere inn på her.

## 4 KONSESJONSKRAFT SOM KRAFTKONTRAKTER ETTER REMIT

REMIT pålegger enkelte rapporteringsforpliktelser for partene i "whole sale energy products". Dette er produkter som er nærmere definert i REMIT artikkel 2 (4), Innledningen til definisjonen har følgende ordlyd: *"wholesale energy products' means the following contracts and derivatives, irrespective of where and how they are traded..."*

Ordlyden i bestemmelsen hviler – på samme måte som definisjonen av finansielle instrumenter i MiFID – på en klar forutsetning om at leveringsforpliktelsen bygger på en privatrettslig avtale mellom partene.

Reelle hensyn støtter også en slik tolking. Vi viser til at det bærende hensynet bak REMIT er økt transparens og tillit i engrosmarkedet for kraft gjennom å pålegge aktørene registrerings-, informasjons- og rapporteringsforpliktelser samt innføring av forbud mot innsidehandel og markedsmanipulasjon. Ingen av disse tiltakene er relevante for konsesjonskraftsforpliktelser, hvor både kraftvolum og pris følger av konsesjonsforpliktelsene og dessuten er kjent for energimyndigheten.

Basert på ovennevnte er det vår vurdering at forpliktelser til å avstå konsesjonskraft faller utenfor virkeområdet til REMIT.

\*\*\*