

NOTAT

Til Energi Norge v/Knut Kroepelien

Fra Advokatfirmaet Thommessen AS

Dato 26. juni 2017

Ansvarlig advokat: Gunnar Martinsen

OPPRINNELSESGARANTIREGELVERKET - EØS-RETTLIGE RAMMER

1 BAKGRUNN OG OPPSUMMERING

1.1 Oppdraget

Vi er bedt om å vurdere et forslag fra Norsk Industri og NELFO til endring av den norske reguleringen av opprinnelsesgarantier ("endringsforslaget") basert på følgende elementer:

- garantier utstedt i Norge gis vederlagsfritt eller til en pris lavere enn markedspris til norske kraftleverandører før et eventuelt overskudd gjøres tilgjengelig for eksport
- garantiregisteret deles i to; ett for omsetning av opprinnelsesgarantier i Norge, et annet for garantier som kan eksporteres
- produsenter fører alle sine garantier over til det nasjonale registeret
- fra dette registeret overføres opprinnelsesgarantier til norske leverandører tilsvarende all omsatt kraft i det norske sluttbrukermarkedet, basert på nasjonal produksjonsmik
- opprinnelsesgarantiene som blir til overs overføres til registeret som er åpent for utenlandske aktører
- opprinnelsesgarantier tilgjengelig for eksport vil dermed være lik nettoeksporten av fysisk kraft

Vurderingen skal gjøres opp mot fornybardirektivet, inkludert det foreliggende endringsforslaget i den såkalte vinterpakken fra EU-Kommisjonen, og primærretten i EU med særlig vekt på reglene for det indre marked, konkurranse og prinsippene om ikke-diskriminering.

Norsk Industri har 15. mai 2017 kommet med ytterligere innspill til Olje- og energidepartementet hvor det gjøres gjeldende at fysisk kraftproduksjon (ikke residualmik) skal brukes som rapporteringsgrunnlag for karbonavtrykk, endret omsetningspraksis for å sikre opprinnelsesgarantier tilsvarende kraftomsetningen, bedre forbrukerinformasjon og kreditering av fornybarinvesteringer og en konsekvensutredning av Association of Issuing Bodies' rolle med utvikling av opprinnelsesgarantiordningen, inklusive Statnetts rolle som medlem. Det er noe uklart for oss hva som konkret ligger i disse forslagene. Innspillene har etter vår vurdering uansett mindre betydning for den rettslige vurderingen av lovligheten av endringsforslaget.

1.2 Oppsummering

Kort oppsummert mener vi at endringsforslaget både er i strid med gjeldende og foreslått fornybardirektiv hva gjelder selve opprinnelsesgarantiordningen. Endringsforslaget er også i strid med gjeldende EØS-rettslige rammer for indre marked, konkurranse og ikke-diskriminering.

2 GJELDENDE FORNYBARDIREKTIV OG NORSK REGULERING

Direktiv 2009/28/EF (fornybardirektivet) ble vedtatt i EU 23. april 2009. Direktivet ble besluttet innlemmet i EØS-avtalen 19. desember 2011. I forbindelse med gjennomføringen av direktivet ble det ikke vurdert som nødvendig med norske lovtilpasninger. Fornybardirektivet forplikter blant annet medlemsstatene til å tilby produsentene av elektrisitet fra fornybare energikilder såkalte opprinnelsesgarantier, som er bevis på at en gitt mengde elproduksjon (ett sertifikat pr MWh) er fornybar.

Departementet utpekte i desember 2005 Statnett som ansvarlig for å utstede opprinnelsesgarantier i samsvar med fornybardirektivet. Statnett er i dag såkalt registeransvarlig og forvalter systemet for utstedelse av opprinnelsesgarantier.

I det gjeldende fornybardirektivet og den gjeldende norske reguleringen i forskrift om opprinnelsesgarantier for produksjon av elektrisk energi (FOR-2007-12-14-1652 – "forskriften") fungerer opprinnelsesgarantier som en slags varedeklarasjon, hvor verdien som kan tilflyte en produsent med et godkjent anlegg skriver seg fra prisen som en kjøper er villig til å betale for opprinnelsesgarantert elektrisitet. I fortalen til fornybardirektivet heter det også eksplisitt at det er viktig å skille mellom grønne sertifikater brukt til støtteordninger og opprinnelsesgarantier (fortalen avsnitt 52).

Produsenter med godkjente anlegg står fritt til å selge utstedte opprinnelsesgarantier til hvilken kjøper de ønsker, og registeransvarlig skal "legge til rette for at opprinnelsesgarantier kan omsettes og innløses på en objektiv og ikke-diskriminerende måte", jf forskriften § 11 andre ledd. Ved bruk til dokumentasjonsformål skal innehaveren innløse opprinnelsesgarantien i registeret, og registeransvarlig har etter forskriften § 12 plikt til å utstede dokumentasjon på innløsningen på forespørsel fra innløsende part.

Dagens opprinnelsesgarantiordning er med andre ord en ren markedsbasert deklarasjonsordning som viser opprinnelsen til et gitt kvantum produsert elektrisitet og som i seg selv verken gir rett til støtte eller kan brukes til å dokumentere oppfyllelse av det enkelte lands fornybarmål etter direktivet artikkel 3.

Produsentene står fritt til å disponere sine opprinnelsesgarantier i markedet og alle inntekter knyttet til opprinnelsesgarantier tilfaller den enkelte produsent gjennom markedet.

3 FORESLÅTTE ENDRINGER I FORNYBARDIREKTIVET

Med EU-kommisjonens såkalte vinterpakke ble det foreslått en rekke endringer i fornybardirektivet hva gjelder opprinnelsesgarantier. Det kanskje mest kontroversielle forslaget er å endre tidligere artikkel 15 (ny artikkel 19) slik at bare produsenter som ikke har mottatt støtte til sitt anlegg vil ha rett til å få utstedt opprinnelsesgarantier:

"Member States shall ensure that no guarantees of origin are issued to a producer that received financial support from a support scheme for the same production of energy from renewable sources."

Forslaget slår videre fast at opprinnelsesgarantier i tilknytning til fornybar energi kun kan brukes til å påvise andelen av fornybar energi i den samlede energimiksen til sluttkunden, og at medlemsstatene skal sikre at opprinnelsesgarantier utstedes på forespørsel fra produsenten (ny artikkel 19).

Videre heter det fortsatt at utstedelse av opprinnelsesgarantier skal skje på en ikke-diskriminerende måte, jf ny artikkel 19 nummer 2:

"Member States shall ensure that the origin of energy produced from renewable energy sources can be guaranteed as such within the meaning of this Directive, in accordance with objective, transparent and non-discriminatory criteria".

Ikke-diskrimineringsplikten er også gjennomgående i øvrige deler av både gjeldende og foreslått fornybardirektiv, blant annet i tilknytning til sertifisering av produksjonsanlegg for fornybar kraft, kostnadsallokering ved tilknytning til nett og støtte til fornybarindustrien (artikkel 4).

Den andre store endringen i forhold til gjeldende fornybardirektiv, og som har direkte betydning for endringsforslaget for den norske opprinnelsesgarantiordningen, er å innføre en auksjonsordning for opprinnelsesgarantier for produksjon som mottar støtte, hvor det er medlemsstatene som får inntektene fra salget av opprinnelsesgarantier, jf ny artikkel 19 nummer 2 tredje ledd:

"Member States shall issue such guarantees of origin and transfer them to the market by auctioning them. The revenues raised as a result of the auctioning shall be used to offset the costs of renewables support."

Om dette forslaget blir vedtatt vil det endre hele opprinnelsesgarantiordningen og innebære at disse produsentene ikke lenger selv kan høste direkte økonomiske fordeler ved salg av opprinnelsesgarantier. I stedet forutsetter forslaget at medlemsstatene skal bruke auksjonsinntektene til å dekke (deler) av kostnadene ved fornybarstøtteordninger.

4 VURDERING AV ENDRINGSFORSLAGET – RETTSLIGE RAMMER

4.1 Vår forståelse av endringsforslaget

Endringsforslaget sier ikke uttrykkelig noe om hvilke betalingsstrømmer som vil finne sted til og fra produsenter og kraftleverandører. Vi oppfatter det slik at produsentene ikke vil få noen inntekter ved overføringen av opprinnelsesgarantier til registeret. Det er heller ikke klart om kraftleverandørene skal betale noe for opprinnelsesgarantiene. Gitt at den foreslåtte ordningen blir "obligatorisk" antar vi at meningen er at overføring av opprinnelsesgarantier til kraftleverandørene skjer vederlagsfritt, og at all levert kraft dermed får samme produksjonsmikse som det nasjonale gjennomsnittet.

Hvordan auksjoneringen av opprinnelsesgarantiene som "blir til overs" basert på nettoeksport skal fungere er ikke klart, verken beregningsmåte eller hvem som skal få inntektene. Dette er uansett ikke avgjørende for våre konklusjoner.

Endringsforslaget innebærer etter vår oppfatning at kraftleverandørene i det norske sluttbrukermarkedet gis en økonomisk fordel. Samtidig vil alle andre aktører fratras muligheten til å kjøpe/by på tilnærmet alle opprinnelsesgarantier som stammer fra norske kraftprodusenter.

4.2 Rammene i gjeldende og foreslått fornybardirektiv

Det synes udiskutabelt at kraftprodusentene med endringsforslaget vil fratras rådigheten over sine opprinnelsesgarantier og tilhørende inntekter, noe som er direkte i strid med gjeldende

fornybardirektiv. Artikkel 15 nr 2 tredje ledd åpner riktignok for at medlemsstatene kan fastsette at produsenter som får utstedt opprinnelsesgarantier ikke samtidig kan nyte godt av støtteordninger for samme produksjon, men dette endrer ikke selve retten til opprinnelsesgarantier. Vi oppfatter at endringsforslaget først og fremst er ment som en løsning for den norske opprinnelsesgarantiordningen etter at eventuelle endringer i fornybardirektivet er inntatt i EØS-avtalen, og vurderer ikke forslaget nærmere i forhold til dagens ordning.

Om forslaget til nytt fornybardirektiv i vinterpakken vedtas vil produsentene ikke lenger selv kunne disponere opprinnelsesgarantiene og tilhørende inntekter. Dermed er inntektsbortfallet for produsentene ikke lenger problematisk med endringsforslaget. Derimot innebærer jo forslaget at det alt vesentlige av norske opprinnelsesgarantier fjernes fra markedet og overføres vederlagsfritt til kraftleverandørene. Dette betyr to ting:

- Andre aktører enn leverandører i sluttbrukermarkedet får knapt tilgang til norske opprinnelsesgarantier
- Den norske staten får ingen inntekter fra det alt vesentlige av norske opprinnelsesgarantier

Etter vår oppfatning vil begge disse punktene være i strid med de foreslåtte endringene i fornybardirektivet. Etter vår vurdering kommer dette spørsmålet likevel ikke på spissen, da endringsforslaget uansett vil være i strid med primærretten, det vil si de generelle EØS-rettslige rammene for indre marked, konkurranse og ikke-diskriminering.

Vi ser heller ikke at gjeldende artikkel 15 nr 11 eller ny artikkel 19 nr 12 i fornybardirektivet gjennom adgangen til å innføre objektive, transparente og ikke-diskriminerende vilkår for bruken av opprinnelsesgarantiene gir medlemsstatene handlingsrom til å innføre en ordning som endringsforslaget legger opp til, og forslaget bryter uansett med ikke-diskrimineringskravet.

4.3 Forholdet til ikke-diskrimineringsreglene

EØS-avtalen er basert på et grunnleggende prinsipp om ikke-diskriminering (EØS artikkel 4). Dette prinsippet er nærmere spesifisert for både varer og tjenester, blant annet gjennom forbudet mot kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning (EØS artikkel 11) og sekundærlovgivning (fornybardirektivet mv). Diskrimineringsbegrepet rammer ikke bare nasjonale regler som viser til opprinnelse, men også opprinnelsesnøytrale regler som kan ha en markedsvidende effekt. Diskrimineringsbegrepet er dermed vidt og rammer både direkte/indirekte og aktuell/potensiell diskriminering (EU-domstolens sak C-8/74 Dassonville) og ikke-diskriminerende restriksjoner som er egnet til å vanskeliggjøre markedsadgangen for utenlandske aktører (sak C-120/78 Cassis de Dijon).

Forslaget innebærer et direkte og åpent skille mellom leverandører i det norske sluttbrukermarkedet og utenlandske leverandører, og vil derfor etter vår vurdering som utgangspunkt rammes av diskrimineringsforbudet, såfremt regelen innebærer en handelshindring for å selge kraft i Norge. En løpende subsidiering av leverandører som leverer kraft i det norske sluttbrukermarkedet, vil etter vår vurdering kunne virke som en slik handelshindring. Vi viser til EU-domstolens avgjørelse i sak C-379/98, *PreussenElektra*, hva gjaldt et tysk påbud om å kjøpe strøm fra fornybare kilder innen det aktuelle forsyningsområdet (innen landet selv) til en viss minstepris, hvor dette ikke gjaldt samme type strøm produsert i andre medlemsstater.

Diskriminerende ordninger kan i prinsippet være lovlig begrunnet i hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet (EØS artikkel 13) eller tvingende allmenne hensyn. Miljøhensyn kan begrunne diskriminering, dersom ordningen er egnet og nødvendig for å fremme miljøet (produksjon av fornybar energi), og virkemiddelet står i et rimelig forhold til virkningen/ulempen for utenlandske

leverandører. I vår sak er det vanskelig å se at miljøhensyn kan brukes som begrunnelse. Ordningen verken begunstiger eller øker produksjonen av fornybar kraft, og tilgodeser leverandører i det norske sluttbrukermarkedet (og indirekte norske sluttbrukere, som slipper å betale for opprinnelsesgarantiene tilknyttet sitt forbruk).

4.4 Forholdet til statsstøttereguleringene

4.4.1 Overordnet

Forslaget innebærer etter vår vurdering at kraftleverandører i det norske sluttbrukermarkedet mottar statsstøtte. Dersom denne støtten ikke meldes og godkjennes som lovlig støtte under EØS-avtalens artikkel 61 (2) eller (3), vil det foreligge ulovlig statsstøtte i strid med EØS-avtalens artikkel 61 (1) som kan kreves tilbakebetalt til staten av EFTAs overvåkningsorgan. Produsenter, leverandører eller andre som lider tap som følge av den ulovlige støtten, vil kunne reise erstatningssøksmål mot støttegiver (staten) eller mottaker (kraftleverandører i det norske sluttbrukermarkedet som selger fornybar kraft).

4.4.2 Statsstøttebegrepet

Artikkel 61(1) oppstiller følgende fire vilkår som alle må være oppfylt for at en ordning skal utgjøre offentlig støtte:

- Ordningen må innebære støtte i form av en økonomisk fordel, noe som også omfatter fritak fra en økonomisk byrde (støttevilkåret);
- Ordningen må kunne tilregnes staten (statlige midler);
- Ordningen må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer (selektivitetsvilkåret);
- Ordningen må vri eller true med å vri konkurransen og påvirke samhandelen i EØS (konkurranssevridnings- og samhandelsvilkåret).

Forslaget legger opp til vederlagsfri overføring av opprinnelsesgarantier til leverandører i det norske sluttbrukermarkedet, og dette er etter vår vurdering klart en økonomisk fordel. EU-kommisjonen har tidligere lagt til grunn at elsertifikater og opprinnelsesgarantier som er omsettelige har en økonomisk verdi, og at staten ved å tildele slike instrumenter vederlagsfritt har overført en økonomisk fordel, jf for eksempel Kommisjonens avgjørelse i sak SA.37345 vedrørende det polske opprinnelsesgarantisystemet til støtte for fornybar energiproduksjon.

"Similar as in the NOx case, here the legal framework creates, without real consideration supplied to the State, certificates, which, because of the demand created by the State and their tradable character, have an economic value".

Ordningen må etter vår vurdering også tilregnes staten, så lenge registeret og overføringen av opprinnelsesgarantiene til leverandørene er arrangert og etablert av staten gjennom et på forhånd etablert regelverk. Det avgjørende for vurderingen av om ordningen kan tilregnes staten og om statlige midler er involvert, er *"the degree of intervention of the public authority in the definition of the measures in question and their methods of financing"*.¹ Kommisjonen har i tidligere vurderinger av elsertifikatordninger og opprinnesssertifikater avvist argumenter fra medlemsstaten (her

¹ Se EU-domstolens avgjørelse i Frankrike mot Kommisjonen, EU:T:2012:496, premiss 63 og 64 og Kommisjonens avgjørelse i sak SA.37345, premiss 151.

Polen) knyttet til at sertifikatordningen var en transaksjon mellom private parter. I Kommisjonens avgjørelse i sak SA.37345 heter det:

"The Commission considers that the support to electricity produced from RES granted by way of certificates can constitute State aid within the meaning of Article 107 81) TFEU. It is why it has introduced a special section in its Guidelines setting out the conditions for the compatibility of such support mechanisms, based on certificates, with the Internal Market (see point 109 EAG 2008 and Section 3.3.2.4 EEAG).

In fact, for the measures subject to assessment, the State is granting certificates of origin free to RES electricity producers. At the same time, the State creates a market for the certificates of origin by imposing on most of the electricity suppliers (obligated parties) to purchase a quota of those certificates of origin and thus creates a demand for the certificates of origin."

Selv om den norske staten – i motsetning til den polske staten i Kommisjonens sak SA.37345 – ikke etablerer en kjøpsplikt, er videresalgsmarkedet etablert, slik at staten ved den vederlagsfrie overføringen av opprinnelsesgarantiene gir leverandørene en økonomisk fordel.² I motsetning til dagens utstedelse av opprinnelsesgarantier til produsentene, vil derfor en ny ordning basert på vederlagsfri overføring av opprinnelsesgarantiene til leverandørene på det norske sluttbrukermarkedet etter vår vurdering innebære støtte.³

Ettersom opprinnelsesgarantiene kun vil overføres til leverandører i det norske sluttbrukermarkedet, og kun i den grad disse omsetter fornybar kraft, er støtten selektiv og egnet til å påvirke konkurransen og samhandelen, slik at også de øvrige vilkårene for støtte er oppfylt. Vi viser til Kommisjonens vurdering av opprinnelsesgarantiene i sak SA.37345 (premiss 137):

"The RES electricity producers receive an advantage, as they get certificates of origin for free and are able to sell them on the certificates market or to the obligated parties obtaining additional revenues. This support is aimed to favour RES electricity production as compared to electricity produced from other sources, and, as such, could distort the competition between producers of electricity. Electricity is widely traded between Member States. The support is therefore likely to affect the trade between Member States."

Oppsummert innebærer dette at forslaget må meldes til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) som statsstøtte og vurderes under EØS-avtalens regler for lovlig støtte.

4.4.3 Kort om lovlig støtte

Artikkel 61 (3) bokstav c) åpner for lovlig støtte til bl a tiltak som fremmer miljøhensyn. En støtteordning må i utgangspunktet notifiseres ESA for godkjenning før den kan iverksettes. Basert på Artikkel 61 (3) bokstav c) har ESA vedtatt egne miljøretningslinjer.⁴ Disse oppstiller (i)

² Se EU Renewable Electricity Law and Policy av Tim Maxian Rusche, EU Kommisjonen, kapittel 4 "Union law on State aid", kapittel 4.1.

³ Sml. den britiske ordningen hvor opprinnelsesgarantier utstedes og benyttes for å identifisere fornybarproduksjonen, jf. Kommisjonens sak SA.36196, premiss 92, tilgjengelig her:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253263/253263_1583351_110_2.pdf

⁴ 2014-retningslinjene som kommer til anvendelse i denne saken kan lastes ned her: <http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Guidelines-on-State-aid-for-environmental-protection-and-energy-2014-2020.pdf>.

generelle vilkår for miljøstøtte, og (ii) *spesielle* vilkår for driftsstøtte til produksjon av fornybar energi.

De *generelle* vilkårene er følgende syv: (i) Støtten må bidra til et veldefinert mål av felles interesse, (ii) det må være behov for statlig intervensjon; statsstøtte skal begrenses til de situasjoner hvor den kan føre til en vesentlig forbedring som ikke følger av markedsmechanismene i seg selv, (iii) støtten må være hensiktsmessig, (iv) incitament; støtten må endre foretakenes adferd slik at disse iverksetter aktiviteter som ikke ville ha blitt iverksatt uten støtten. (v) forholdsmessig korrekt støtte (minimumsstøtte); støtten skal begrenses til det minimum som er nødvendig for å tilskynde de ekstra investeringer/aktiviteter, (vi) unngåelse av uforholdsmessig store negative virkninger på konkurransen og samhandelen, og (vii) støttens gjennomsiktighet; Myndigheter og aktører skal ha tilgang til alle relevante opplysninger om støtten.

Gjennom årene har ulike miljøretningslinjer kommet til anvendelse. De tre siste regelsettene er fra henholdsvis 2001, 2008 og 2014. Utviklingen har gått i retning av et strengere regime og økt prøvingsintensitet. Retningslinjene viser til at støtte gjennom (grønne) sertifikater kan gøttdas dersom slik støtte:

(i) is essential to ensure the viability of the renewable energy sources concerned; (ii) does not, for the scheme in the aggregate, result in overcompensation over time and across technologies, or in overcompensation for individual less deployed technologies in so far as differentiated levels of certificates per unit of output are introduced; and (iii) does not dissuade renewable energy producers from becoming more competitive.

En støtteordning rettet mot leverandørene er i liten grad egnet og nødvendig for å sikre produksjon av fornybar energi. Vederlagsfri overføring til leverandørleddet er neppe riktig virkemiddel for å legge til rette for mer effektiv produksjon og distribusjon av fornybar energi, ved at inntektene for opprinnelsesgarantiene går tapt både for produsenter og staten. Kravet til bruk kun i det norske sluttbrukermarkedet vil også være utfordrende.

* * *