

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-12/23

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i saken mellom

Norwegian Air Shuttle ASA

og

Staten v/Klima- og miljødepartementet

om tolkningen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/87/EF av 13. oktober 2003 om opprettelse av en ordning for handel med utslippskvoter for klimagasser i Fellesskapet og om endring av rådsdirektiv 96/61/EF.

I Innledning

1. Ved brev 6. oktober 2023, registrert ved EFTA-domstolen samme dag, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken den har til behandling mellom Norwegian Air Shuttle ASA og staten v/Klima- og miljødepartementet.

2. Saken for Oslo tingrett gjelder gyldigheten av Klima- og miljødepartementets vedtak av 16. desember 2022. Vedtaket innebar at Norwegian Air Shuttle ASA ble ilagt et overtredelsesgebyr på ca. NOK 400 millioner for manglende innlevering av klimakvoter. Hovedspørsmålet i saken er om plikten til å innlevere kvoter i direktiv 2003/87/EF kan gjøres opp ved utbetaling av dividende ved insolvens.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/87/EF av 13. oktober 2003 om opprettelse av en ordning for handel med utslippskvoter for klimagasser i Fellesskapet og om endring av rådsdirektiv 96/61/EF (EUT 2003 L 275, s. 32, og EØS-tillegg 2011 nr. 71, s. 1792) («direktivet» eller «direktiv 2003/87») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 146/2007 av 26. oktober 2007 (EUT 2008 L 100, s. 92, og EØS-tillegg 2008 nr. 19, s. 90) og er vist til i EØS-avtalen vedlegg XX nr. 21al (Miljø). Forfatningsrettslige krav angitt av Island, Liechtenstein og Norge, ble oppfylt 28. desember 2007, og beslutningen trådte i kraft 29. desember 2007.

4. På det relevante tidspunkt lød direktivet artikkel 12 nr. 2a:

Forvaltningsmedlemsstatene skal sikre at hver luftfartøyoperatør innen 30. april hvert år innleverer et antall kvoter tilsvarende det samlede utslippet i det foregående kalenderåret fra luftfartsvirksomhet oppført i vedlegg I som den er luftfartøyoperatør for, etter kontroll i samsvar med artikkel 15. Medlemsstatene skal sikre at kvoter som innleveres i samsvar med dette nummer, deretter slettes.

5. På det relevante tidspunkt lød direktivet artikkel 16 nr. 1 og 3:

1. Medlemsstatene skal fastsette en sanksjonsordning som får anvendelse ved overtredelse av nasjonale bestemmelser vedtatt i henhold til dette direktiv og treffe de nødvendige tiltak for å sørge for at ordningen iverksettes. Sanksjonene som fastsettes må være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. Medlemsstatene skal underrette Kommisjonen om disse bestemmelsene og omgående underrette Kommisjonen om alle senere endringer.

3. Medlemsstatene skal sikre at enhver driftsansvarlig eller luftfartøyoperatør som ikke innen 30. april hvert år innleverer et tilstrekkelig antall kvoter for å dekke sine utslipp i det foregående året, skal betale en bot for utslippsoverskridelse. Boten for utslippsoverskridelse skal være på 100 euro for hvert tonn karbondioksidekvivalenter som den driftsansvarlige eller luftfartøyoperatøren ikke har innlevert kvoter for. Betalingen av boten for utslippsoverskridelse fritar ikke den driftsansvarlige eller luftfartøyoperatøren for plikten til å innlevere et antall kvoter tilsvarende utslippsoverskridelsen når vedkommende innleverer kvoter for påfølgende kalenderår.

Nasjonal rett¹

6. Lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

7. Rekonstruksjonsloven § 15(1) lyder:

Under rekonstruksjonsforhandlingen beholder skyldneren rådigheten over sin virksomhet og sine formuesforhold for øvrig, men er under rekonstruksjonsutvalgets tilsyn. Rekonstruktøren og kreditorutvalget skal gis full adgang til å føre tilsyn med skyldnerens virksomhet og økonomiske forhold, og skyldneren skal rette seg etter de pålegg rekonstruktøren og kreditorutvalget gir i denne forbindelse.

8. Rekonstruksjonsloven § 54 første punktum lyder:

Den stadfestede akkorden er bindende for alle fordringshavere med fordringer som skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen.

¹ Alle engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

9. Rekonstruksjonsloven § 58(2) lyder:

Retten kan etter begjæring fra rekonstruksjonsutvalget innstille rekonstruksjonsforhandlingen og åpne konkurs i skyldnerens bo når retten finner at skyldneren grovt eller gjentatte ganger har handlet mot sine plikter etter §§ 15 og 20.

10. Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven).

11. Dekningsloven § 6-4 lyder:

Alle fordringer mot skyldneren som går ut på annet enn penger, og som skal dekkes som dividendefordringer, blir omregnet til pengefordringer etter verdiforholdene på frisdagen. Er fordringen oppstått etter frisdagen, blir verdiforholdene ved åpningen av bobehandlingen lagt til grunn..

12. Lov 17. Desember 2004 nr. 99 om kvoteplikt og handel med kvoter for utslipp av klimagasser (klimakvoteloven).

13. Klimakvoteloven § 4 lyder i utdrag:

Den som har kvotepliktige utslipp fra virksomhet eller aktiviteter som nevnt i forskrift gitt i medhold av § 3, må innlevere kvoter tilsvarende sine kvotepliktige utslipp i samsvar med bestemmelsene i § 12. [...]

14. Klimakvoteloven § 12 første og tredje ledd lyder:

Den kvotepliktige skal innen 30. april hvert år overføre et antall kvoter som svarer til virksomhetens eller operatørens rapporteringspliktige utslipp det foregående året, til en nærmere angitt oppgjørskonto i registeret.

Dersom den kvotepliktige ikke innen fristen etter første ledd har satt inn et tilstrekkelig antall kvoter på oppgjørskontoen, skal den kvotepliktige innen 1. mai året etter at oppgjør i medhold av første ledd skulle ha funnet sted, plassere kvoter på den angitte oppgjørskontoen svarende til underskuddet fra det tidligere året. I tillegg skal det ilegges overtredelsesgebyr etter § 19.

15. Klimakvoteloven § 19 første ledd lyder:

Dersom den kvotepliktige ikke har overholdt sine forpliktelser etter § 12 første ledd, ilegges forurensningsmyndighetene et overtredelsesgebyr til statskassen. Overtredelsesgebyret skal tilsvare 100 euro på forfallstidspunktet for hvert tonn rapporteringspliktig klimagassutslipp som det ikke er plassert kvoter for på den angitte oppgjørskontoen i henhold til § 12 første ledd. Overtredelsesgebyrets størrelse skal indeksreguleres i tråd med den europeiske konsumprisindeksen. Gebyret forfaller til betaling 14 dager etter påkrav. Ved forsinket betaling skal det betales renter etter lov 17. Desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket

betaling m.m. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Kongen kan i forskrift endre størrelsen på overtredelsesgebyret.

III Faktum og saksgang

16. Norwegian Air Shuttle ASA («NAS») er et norsk flyselskap som er kvotepliktig i henhold til klimakvoteloven. NAS fikk i februar 2020 utdelt vederlagsfrie klimakvoter som ble satt inn på selskapets kvotekonto i klimakvoteregisteret.

17. Kvotepliktige luftfartøyoperatører skal innen 30. april hvert år overføre et antall kvoter som svarer til operatørens rapporteringspliktige klimagassutslipp foregående år til det norske registeret for klimakvoter, jf. klimakvoteloven §§ 4 og 12 første ledd («kvoteplikten»).

18. Klimakvoteloven med forskrifter gjennomfører direktivet med senere endringer og tilhørende rettsakter i norsk rett. Miljødirektoratet og Klima- og miljødepartementet er ansvarlige myndigheter for klimakvotesystemet i Norge.

19. I midten av mars 2020 innførte Norge og flere andre land reiserestriksjoner grunnet covid-19-pandemien. Etter innføringen av reiserestriksjoner måtte NAS i løpet av få dager kansellere 85 prosent av sine flyvninger og permittere omtrent 7 300 ansatte. Dette førte NAS inn i en alvorlig finansiell krise.

20. I et brev til NHO Luftfart 17. april 2020 meddelte Klima- og miljødepartementet at kvotedirektivet ikke åpner for utsettelse av fristen eller andre unntak fra kvoteplikten, og heller ikke unnlattelse av å ilegge overtredelsesgebyr. NAS og Miljødirektoratet var kopimottakere.

21. NAS forsøkte våren og sommeren 2020 å få i stand en utenrettslig restrukturering, men fikk ikke på plass en løsning som gjorde selskapet levedyktig. Etter begjæringer fra NAS 18. november og 8. desember 2020 ble domstolsstyrte rekonstruksjonsforhandlinger åpnet i henholdsvis Irland («examinership») og Norge. En examiner ble oppnevnt i Irland og en rekonstruktør i Norge. Examinership ble også åpnet i flere av NAS' irske datterselskaper, inkludert i Norwegian Air International Limited, som er kvotepliktig på selvstendig grunnlag i henhold til det irske klimakvoteregelverket.

22. NAS utarbeidet utkast til rekonstruksjonsplan i Norge og Scheme of Arrangement i Irland, i samarbeid med den norske rekonstruktøren og den irske examiner. Det endelige forslaget i rekonstruksjonsplanen og Scheme of Arrangement var i praksis identisk, og gikk ut på at usikrede og uprioriterte kreditorer ble tildelt dividende tilsvarende 5 prosent av deres underliggende krav. Kvoteplikten for utslipp i 2020 frem til åpning av rekonstruksjonsforhandling ble, i henhold til norsk og irsk insolvenslovgivning, omregnet til en pengefordring. Miljødirektoratets rett til dividende for oppgjør av kvoteplikten ble beregnet til omtrent NOK 7 500 000. Utstedelse av finansielle instrumenter – som var en integrert del av rekonstruksjonsplanen og Scheme

of Arrangement – kom i tillegg. Forslaget ble sendt til kreditorene for avstemning 11. mars 2021.

23. I Irland ble NAS' Scheme of Arrangement stadfestet av High Court 26. mars 2021, etter at kreditorer som representerte den alt overveiende majoriteten av den stemmeberettigede gjelden, støttet forslaget. I Norge ble den i praksis identiske rekonstruksjonsplanen stadfestet ved Oslo byfogdembetes kjennelse 12. april 2021, etter tilsvarende støtte fra kreditorene. Kvoteplikten er ikke kommentert i stadfestelseskjennelsen.

24. Som oppgjør av kvoteplikten for utslipp i perioden fra 1. januar til 17. november 2020 – dagen før frisdagen i rekonstruksjonsprosessen – tilbød NAS dividende. For utslipp i perioden 18. november 2020 til 31. desember 2020 – altså perioden etter åpning av rekonstruksjonsforhandling – leverte NAS 15 039 kvoter innen fristen 30. april 2021.

25. Miljødirektoratet aksepterte ikke å ta imot dividende som oppgjør, under henvisning til at kvoteplikten bare kunne gjøres opp ved levering av kvoter som fullt ut dekket det samlede utslippet for 2020. Dette utgjorde 372 818 kvoter for 2020-utslipp på frisdagen 30. april 2021.

26. Rekonstruktøren var ikke enig med Miljødirektoratet. Han informerte direktoratet den 28. april 2021 om at han anså fullt oppgjør av kvoteplikten som ulovlig forfordeling av kreditorer, og skrev blant annet:

For god ordens skyld kan opplyses at selskapet ikke vil kunne gjøre opp kvoteforpliktelse oppstått før åpningen av rekonstruksjonen innen fristen 30. april. Selskapet er fortsatt under rekonstruksjon. Det vises i denne sammenheng til min e-post av 22. april. Som det fremgår vil slikt oppgjør være i strid med dekningsloven regler, utgjøre klar forfordeling, og vil kunne medføre straffansvar for skyldneren, jf. straffeloven § 402. Det legges til grunn at staten ikke ønsker å medvirke til slike disposisjoner.

27. NAS fulgte opp med et brev 30. april 2021, der NAS ytterligere begrunnet hvorfor selskapet ikke anså seg berettiget eller forpliktet til å oppfylle kvoteplikten fullt ut.

28. I juni 2021 varslet Miljødirektoratet NAS om overtredelsesgebyr for manglende innlevering av klimakvoter, og i vedtak 21. september 2021 ila direktoratet NOK 399 685 275 i overtredelsesgebyr. Gebyret ble beregnet med EUR 100 per manglende kvote, jf. klimakvoteloven § 19 og klimakvotedirektivet artikkel 16 (3). NAS påklaget vedtaket, men Klima- og miljødepartementet besluttet 16. desember 2022 å opprettholde Miljødirektoratets vedtak.

29. NAS har opplyst at et irsk datterselskap, Norwegian Air International Limited, også var gjenstand for examinership i Irland. Den irske High Court traff 22. april 2021 beslutning som ifølge NAS gikk ut på at Norwegian Air International Limiteds kvoteplikt var omfattet av det irske Scheme of Arrangement og kunne gjøres opp ved

dividende. Environmental Protection Agency i Irland tok imot dividende, frafalt kravet om levering av klimakvoter og utstedte ikke overtredelsesgebyr.

30. På denne bakgrunn har Oslo tingrett besluttet å forelegge EFTA-domstolen følgende spørsmål:

Er direktiv 2003/87/EF artikkel 12 2a til hinder for nasjonal lovgivning som bestemmer at plikten til å innlevere kvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av insolvent selskap?

IV Skriftlige innlegg

31. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 nr. 1 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- Norwegian Air Shuttle ASA, representert ved advokatene Atle Skaldebø-Rød, Christopher Thue Jerving og Henrik Bjørnebye,
- den norske stat, representert ved Knut-Fredrik Haug-Hustad og Simen Hammersvik, som partsrepresentanter,
- Islands regjering, representert ved Inga Þórey Óskarsdóttir og Daníel Arnar Magnússon, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Hildur Hjörvar, Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir, Erlend Møinichen Leonhardsen og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Geert Wils og Bart De Meester, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

Norwegian Air Shuttle ASA

32. Norwegian Air Shuttle ASA anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2003/87/EF artikkel 12 nr. 2a er ikke til hinder for nasjonal lovgivning som bestemmer at plikten til å innlevere kvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.

Den norske stat

33. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2003/87/EF artikkel 12 nr. 2a er til hinder for nasjonal lovgivning som bestemmer at plikten til å innlevere kvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.

Islands regjering

34. Islands regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2003/87/EF artikkel 12 nr. 2a, nå artikkel 12 nr. 3 bokstav b), må i lys av målet med kvotedirektivet og andre bestemmelser i kvotehandelsordningen tolkes på en slik måte at det er til hinder for nasjonal lovgivning som fastsetter at plikten til å innlevere kvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.

ESA

35. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Det er uforenlig med artikkel 12 nr. 2a i europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/87/EF av 13. oktober 2003 om opprettelse av en ordning for handel med utslippskvoter for klimagasser i Fellesskapet, lest i lys av direktivets sammenheng, mål og formål, å opprettholde nasjonal lovgivning som fastsetter at plikten til å innlevere kvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.

Kommisjonen

36. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2003/87/EF er til hinder for nasjonal lovgivning som bestemmer at plikten til å innlevere kvoter etter direktivet artikkel 12 nr. 2a kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.

Páll Hreinsson
Saksforberedende dommer