

**ORIGINAL**

Registered at the EFTA Court under N° E-12/23-2  
17<sup>th</sup> day of October 2023



**OSLO TINGRETT**

**Dok 83**

EFTA Court  
1.rue du Fort Thüngen  
L-1499 Luxembourg

*Også sendt per epost til cases@eftacourt.int*

Deres referanse

Vår referanse

Dato

23-003969TVI-TOSL/02

6. oktober 2023

## **Norwegian Air Shuttle ASA - Staten v/Klima og miljødepartementet**

### **Anmodning om rådgivende uttalelse i sak mellom Norwegian Air Shuttle ASA og Staten v/Klima og miljødepartementet**

Oslo tingrett anmoder med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak 23-003969TVI-TOSL/02 mellom Norwegian Air Shuttle ASA og staten v/Klima- og miljødepartementet. Anmodningen fremmes i medhold av domstoloven § 51a og artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA).

Partene i saken for Oslo tingrett er:

- Saksøker:** Norwegian Air Shuttle ASA  
Oksenøyveien 3  
1366 LYSAKER
- Prosessfullmektig:** Advokat Atle Skaldebø-Rød  
Advokatfirmaet BAHR AS  
Postboks 1524 Vika  
0117 OSLO
- Rettslig medhjelpere:** Advokatene Christopher Thue Jerving og  
Henrik Bjørnebye  
Advokatfirmaet BAHR AS
- Saksøkt:** Staten v/Klima- og miljødepartementet  
Postboks 8013 Dep  
0030 OSLO

**Postadresse**  
Postboks 2106 Vika, 0125 Oslo

**Sentralbord**  
22 03 52 00

**Saksbehandler**  
Synne Småvik Bjørnåvold

**Bankgiro**

**Organisasjonsnummer**  
926725939

**Kontoradresse**  
C. J. Hambros plass 4, Oslo

**Telefaks**

**Telefon**

**Ekspedisjonstid**  
08 00-15 45 (15.00)

**Internett/E-post**

oslo.tingrett@domstol.no

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten  
v/advokat Knut-Fredrik Haug-Hustad  
Postboks 8012 Dep  
0030 OSLO

Rettslig medhjelper: Advokat Simen Hammersvik  
Regjeringsadvokaten

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.

### **1. Begrunnelse for anmodningen om rådgivende uttalelse**

Saken reiser spørsmål om plikten til å innlevere kvoter i direktiv 2003/87/EF («**klimakvotedirektivet**») kan gjøres opp ved utbetaling av dividende ved insolvens. Oslo tingrett må ta stilling til hvilke krav klimakvotedirektivet stiller til innlevering av kvoter og illeggelse av gebyr når det i forbindelse med rekonstruksjon etter nasjonal insolvenslovgivning ikke gis fullt oppgjør av kvoter.

EU-domstolen har ved flere anledninger tolket klimakvotedirektivet i situasjoner der kvotepliktige virksomheter av ulike grunner ikke har innlevert klimakvoter innen fristen. En sentral avgjørelse er sak C-203/12 *Billerud*, tilsvarende prinsipper i er gjentatt i senere avgjørelser.

Så vidt vites har imidlertid ikke EU-domstolen tatt stilling til spørsmålet om kvotepliktens rekkevidde ved rekonstruksjon eller andre insolvensprosesser etter nasjonal rett. I én av avgjørelsene fra EU-domstolen som partene har vist til, sak C-580/14 *Sandra Bitter*, var det kvotepliktige selskapet konkurs, men den tyske domstolen stilte ikke spørsmål om kvotepliktens rekkevidde ved konkurs. Spørsmålet til EU-domstolen gjaldt gyldigheten av direktivets bestemmelse om bøtesats, nærmere bestemt om den var i strid med proporsjonalitetsprinsippet. EU-domstolen uttalte seg ikke om betydningen av konkursen. Ut fra beskrivelsen av faktum og tysk rett er det vanskelig å se at avgjørelsen gir særlig veiledning om rekkevidden av plikten til å innlevere kvoter ved konkurs og andre insolvensprosesser.

Partene er uenige om det vil være i strid med statens EØS-rettslige forpliktelser etter klimakvotedirektivet å tillate at plikten til å returnere klimakvoter gjøres opp ved dividende i tvangsakkord i forbindelse med en rekonstruksjon. Oslo tingrett finner spørsmålet tvilsomt og har derfor besluttet å anmode EFTA-domstolen om en tolkningsuttalelse.

### **2. Sakens faktiske bakgrunn**

Norwegian Air Shuttle ASA («**NAS**») er et norsk flyselskap som er kvotepliktig i henhold til lov 17. desember 2004 nr. 99 om kvoteplikt og handel med kvoter for utslipp av klimagasser (klimakvoteloven). NAS fikk i februar 2020 utdelt vederlagsfrie klimakvoter som ble satt inn på selskapets kvotekonto i klimakvoteregisteret.

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**»).

Klimakvoteloven med forskrifter gjennomfører direktiv 2003/87/EF om opprettelse av en ordning for handel med utslippskvoter for klimagasser i Fellesskapet og om endring av rådsdirektiv 96/61/EF, med senere endringer og tilhørende rettsakter i norsk rett. Miljødirektoratet og Klima- og miljødepartementet er ansvarlig myndighet for klimakvotesystemet i Norge.

I midten av mars 2020 innførte Norge og flere andre land reiserestriksjoner grunnet COVID-19. 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.

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.

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 klimakvoteregulverket.

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.

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.

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.

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.

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 kvoteforpliktelser 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.

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.

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.

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.

### **3. Norsk rett**

#### **3.1. Insolvensrett**

Insolvensprosesser kjennetegnes av at skyldneren som et minimum i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer, slik at tilgjengelige verdier må fordeles mellom kreditorene. De to insolvensprosessene i norsk rett er konkurs og rekonstruksjonsforhandling.

De prosessuelle reglene for konkurser og rekonstruksjonsforhandlinger følger av henholdsvis lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) og lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

Konkurs legger til rette for en styrt avvikling av selskapets virksomhet. Ved åpning av konkurs opprettes et separat rettssubjekt – et konkursbo – som overtar rådigheten over skyldnerens eiendeler. I stedet for å avvikle hele virksomheten, kan konkursboet beslutte å selge hele eller deler av skyldnerens virksomhet som et «going concern».

Rekonstruksjon har som formål å gjøre levedyktige virksomheter i stand til videre drift. I motsetning til ved konkurs beholder skyldneren selv rådigheten over egen virksomhet. Retten oppnevner imidlertid en rekonstruktør og et kreditorutvalg som fører tilsyn med skyldnerens virksomhet og økonomiske forhold, og som kan gi pålegg som skyldneren må rette seg etter. Dette følger av rekonstruksjonsloven § 15(1):

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.

Unnlattelse av å rette seg etter pålegg fra rekonstruktøren eller kreditorutvalget kan føre til konsekvenser som angitt i rekonstruksjonsloven § 58(2):

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.

Brudd på et pålegg etter at rekonstruksjonsforhandlingen er avsluttet, kan også etter omstendighetene føre til at en stadfestet rekonstruksjonsplan settes til side, jf. rekonstruksjonsloven § 32(1) nr. 2, jf. § 54(2).

Norsk materiell insolvensrett er regulert i lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven), som gjelder både ved konkurs og rekonstruksjon. Dekningsloven og rekonstruksjonsloven er utformet generelt, og omfatter alle skyldnerens fordringsforpliktelser. Dette kommer blant annet til uttrykk i rekonstruksjonsloven § 54(1) første setning, som har følgende ordlyd:

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

NAS' omtvistede kvoteplikt skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen. Partene er imidlertid uenige om kvoteplikten er en «fordring» etter norsk materiell insolvensrett, eller om kvoteplikten ikke omfattes av insolvensreglene. Spørsmålet beror på en tolkning av norsk rett, som Oslo tingrett ikke har tatt stilling til ennå. EFTA-domstolen må i sin rådgivende uttalelse forutsette at krav på oppgjør av kvoteplikten er en fordring som omfattes av dekningsloven og rekonstruksjonsloven på lik linje med andre fordringer.

Det følger av dekningsloven at hver av kreditorene skal motta en lik andel av skyldnerens tilgjengelige verdier basert på kravenes prioritet. Dette gjelder også kreditorer med fordringer som går ut på annet enn penger, som etter dekningsloven § 6-4 skal omregnes til pengefordringer. Bestemmelsens ordlyd er som følger:

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.

Noen kreditorer har særskilt dekningsadgang. Dette inkluderer kreditorer som har rett til dekning i et bestemt formuesgode (separatistrett). Hvilke kreditorer som har særskilt dekningsadgang, er uttømmende regulert i dekningsloven kapittel 8.

For kreditorene som ikke har særskilt dekningsadgang, skjer fordelingen av verdier etter faste prioritetsregler. Prioritetsreglene er uttømmende regulert i dekningsloven kapittel 9. Noen krav – for eksempel lønnskrav – skal prioriteres foran andre. At et krav er prioritert, innebærer at andre kreditorer med lavere prioritet først mottar dekning når bedre prioriterte krav er gjort opp fullt ut. Siden dekningsloven kapittel 9 gjelder for både konkurs og

rekonstruksjon, er kravenes prioritet uavhengig av hvilken insolvensprosess skyldneren er gjenstand for.

Kvoteplikten er ikke gitt særskilt dekningsadgang eller prioritet i dekningsloven. Forutsatt at kvoteplikten er en fordring etter nasjonal insolvensrett, følger det altså av rekonstruksjonsloven og dekningsloven at den omtvistede delen av NAS' kvoteplikt skal gjøres opp ved betaling av dividende i henhold til den stadfestede rekonstruksjonsplanen.

### **3.2. Klimakvoteloven**

Klimakvoteloven gjennomfører klimakvotedirektivet og tilhørende rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen. Kvoteplikten fremgår av § 4:

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. [...]

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.

Klimakvoteloven § 19 første ledd har følgende ordlyd:

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.

## **4. EØS-retten**

### **4.1. Klimakvotedirektivet**

Direktiv 2003/87/EF (klimakvotedirektivet) er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø) ved EØS-komiteens beslutning nr. 146/2007 av 26. oktober 2007. Direktivet er endret en rekke ganger, og endringene er inntatt i EØS-avtalen ved beslutninger i EØS-komiteen. Dette gjelder blant annet direktiv 2008/101/EF om endring av direktiv 2003/87/EF slik at luftfartsvirksomhet omfattes av ordningen for handel med utslippskvoter for klimagasser i Fellesskapet, som er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø) ved EØS-komiteens beslutning nr. 6/2011 av 1. april 2011.

Klimakvotedirektivet er nylig endret i EU ved direktiv (EU) 2023/958, som foreløpig ikke er innlemmet i EØS-avtalen. Endringene i direktiv (EU) 2023/958 synes ikke å ha betydning for tolkningsspørsmålene i saken, men ordlyd og plassering av enkelte relevante

direktivbestemmelser er endret. Tingretten har i dette foreleggelsesskrivet anvendt ordlyd og artikkelnummerering fra den konsoliderte versjonen av klimakvotedirektivet som i dag er innlemmet i EØS-avtalen.

Artikkel 12, med overskrift «Transfer, surrender and cancellation of allowances», bestemmer i 2a:

2a. Administering Member States shall ensure that, by 30 April each year, each aircraft operator surrenders a number of allowances equal to the total emissions during the preceding calendar year from aviation activities listed in Annex I for which it is the aircraft operator, as verified in accordance with Article 15. Member States shall ensure that allowances surrendered in accordance with this paragraph are subsequently cancelled.

Artikkel 16, med overskrift «Penalties», bestemmer i første og tredje avsnitt:

1. Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that such rules are implemented. The penalties provided for must be effective, proportionate and dissuasive. Member States shall notify these provisions to the Commission and shall notify it without delay of any subsequent amendment affecting them.

3. Member States shall ensure that any operator or aircraft operator who does not surrender sufficient allowances by 30 April of each year to cover its emissions during the preceding year shall be held liable for the payment of an excess emissions penalty. The excess emissions penalty shall be EUR 100 for each tonne of carbon dioxide equivalent emitted for which the operator or aircraft operator has not surrendered allowances. Payment of the excess emissions penalty shall not release the operator or aircraft operator from the obligation to surrender an amount of allowances equal to those excess emissions when surrendering allowances in relation to the following calendar year.

#### **4.2. EU-domstolens praksis om klimakvotedirektivet**

EU-domstolen har i flere saker uttalt seg om tolkningen av klimakvotedirektivets bestemmelser om kvoteplikt og gebyr.

I sak C-203/12 *Billerud* tok EU-domstolen stilling til to tolkningsspørsmål om artikkel 16 fra Högsta domstolen i Sverige. Saken gjaldt to selskaper som hadde blitt ilagt gebyr etter svensk lovgivning. De hadde ikke overført tilstrekkelig antall kvoter innen oppgjørskvotefristen som følge av internt administrativt sammenbrudd. Det første tolkningsspørsmålet omhandlet (avsnitt 21):

[...] in essence, whether Article 16(3) and (4) of Directive 2003/87 must be interpreted as allowing a certain degree of tolerance in the imposition of a penalty for excess emissions in respect of operators who, although not having surrendered their carbon dioxide equivalent allowances for the preceding year by 30 April of the current year, nevertheless on that date have the sufficient number of allowances.

EU-domstolen viste i begrunnelsen blant annet til kvotepliktens «key role» (avsnitt 25), formålsbetraktninger og behovet for «strict accounting of the issue, holding, transfer and cancellation of allowances» (avsnitt 26 og 27), samt force majeure-unntaket utviklet gjennom rettspraksis (avsnitt 31). EU-domstolen konkluderte slik (avsnitt 43):

1. Article 16(3) and (4) of Directive 2003/87/EC [...] must be interpreted as precluding operators who have not surrendered, by 30 April of the current year, the carbon dioxide equivalent allowances equal to their emissions for the preceding year, from avoiding the

imposition of a penalty for the excess emissions for which it provides, even where they hold a sufficient number of allowances on that date.

Det andre tolkningsspørsmålet i sak C-203/12 *Billerud* gjaldt tolkningen av de samme direktivbestemmelsene i lys av EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp. EU-domstolen konkluderte slik (avsnitt 43):

2. Article 16(3) and (4) of Directive 2003/87 must be interpreted as meaning that the amount of the lump sum penalty provided for therein may not be varied by a national court on the basis of the principle of proportionality.

I senere avgjørelser har EU-domstolen gjentatt uttalelser fra *Billerud*, blant annet i sak C-580/14 *Sandra Bitter* og sak C-113/19 *Luxaviation*. Begge er avsagt etter forenklet prosedyre. Også i disse sakene vurderte EU-domstolen reglene i artikkel 16 om gebyr for manglende innlevering av klimakvoter opp mot proporsjonalitetsprinsippet.

I sak C-580/14 *Sandra Bitter* hadde tyske myndigheter ilagt gebyr i medhold av bestemmelser som gjennomfører art. 16 nr. 3 i direktivet. Den tyske domstolen stilte spørsmål om gyldigheten av artikkel 16(3) annet punktum i direktivet, som fastsetter gebyret til EUR 100 per tonn (avsnitt 23):

By its question, the referring court questions the validity of the second sentence of Article 16(3) of Directive 2003/87, particularly in the light of the principle of proportionality.

EU-domstolen konkluderte slik (avsnitt 36):

Consideration of the question referred has revealed nothing capable of affecting, in the light of the principle of proportionality, the validity of the second sentence of Article 16(3) of Directive 2003/87/EC [...], in that it provides for a penalty of EUR 100 per tonne of carbon dioxide equivalent emitted for which the operator has not surrendered allowances.

I sak C-113/19 *Luxaviation* hadde selskapet blitt ilagt gebyr for manglende innlevering av kvoter. Selskapet hadde forsøkt å levere kvotene innen fristen og trodd at prosedyren var fullført. Domstolen i Luxembourg stilte blant annet spørsmål om force majeure, og om proporsjonalitetsprinsippet betydning for utmålingen av gebyr etter artikkel 16(3) i direktivet. EU-domstolen indikerte at omstendigheter som i den aktuelle saken ikke innebar force majeure (avsnitt 57), og at gebyret måtte utmåles flatt med EUR 100 per tonn (avsnitt 42).

#### **4.3. EUs rettsakter på insolvensområdet**

EUs rettsakter på insolvensområdet anerkjenner at det er betydelige forskjeller i medlemsstatenes materielle insolvensrett, se blant annet forordning (EU) 2015/848 om insolvensbehandling, fortalen avsnitt 22. Verken forordning (EU) 2015/848 eller direktiv (EU) 2019/1023 om restrukturering og insolvens regulerer kvotepliktens stilling ved insolvens. Disse rettsaktene er ikke innlemmet i EØS-avtalen.

### **5. Partenes EØS-rettslige hovedanførsler**

#### **5.1. Saksøkerens anførsler**

Etter saksøkers syn må spørsmålet besvares med at direktiv 2003/87/EF artikkel 12 (2a) ikke er til hinder for nasjonal lovgivning som bestemmer at plikten til å innlevere kvoter kan gjøres



opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med domstolsstyrt restrukturering av insolvent selskap.

Det er en forutsetning for tolkningsspørsmålet at kravet på oppgjør av kvoteplikt er å anse som en fordring etter norsk insolvenslovgivning, som i likhet med andre fordringer kan gjøres opp ved dividende i en insolvensprosess. Spørsmålet EFTA-domstolen skal ta stilling til, er dermed om direktiv 2003/87/EF artikkel 12(2a) forplikter avtalestatene til å sørge for at kvoteplikten innfris fullt ut av virksomhet som går konkurs eller er gjenstand for rekonstruksjon. Det ville i så fall innebære at direktivet stiller krav til avtalestatenes regulering av nasjonal insolvensrett med den virkning at kvoteplikten skal gis separatistrett eller prioritet foran alle andre krav mot insolvente selskaper (inkludert blant annet skyldnerens eventuelle lønns- og pensjonsforpliktelser).

Hverken ordlyden i artikkel 12(2a) eller direktivets fortale gir holdepunkter for at direktivet krever at kvoteplikten skal gis separatistrett eller beste prioritet ved insolvens. Det finnes heller ingen holdepunkter for en slik tolkning i de utførlige kommisjonsforordningene som utfyller klimakvotedirektivet. Det er åpenbart at klimakvotedirektivets formål om å redusere klimagassutslipp ikke i seg selv gir grunnlag for en positivrettslig regel om separatistrett eller beste prioritet ved insolvens. At plikten til å levere kvoter er en fordring som omfattes av insolvenslovgivningen, på lik linje med for eksempel en fordring på betaling av CO<sub>2</sub>-avgift, truer ikke klimakvotesystemets integritet.

Det finnes ingen avgjørelser fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som gir uttrykk for at kvoteplikten skal ha separatistrett eller beste prioritet ved insolvens. Staten har anført sak C-580/14, *Sandra Bitter* til støtte for sitt syn, til tross for at spørsmålet om kvotepliktens stilling ved insolvens hverken ble forelagt for eller behandlet av EU-domstolen i saken. Temaet for EU-domstolen var om klimakvotedirektivets krav til bøtesats var i strid med EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp. EU-domstolen besvarte spørsmålet benektende og behandlet saken ved forenklet prosedyre, ettersom svaret klart kunne utledes fra tidligere rettspraksis. Det er irrelevant at sakens faktum for tyske domstoler gjaldt et insolvenstilfelle. Spørsmålet om kvotepliktens stilling ved insolvens ble behandlet av tyske domstoler etter tysk rett, som avviker fra norsk regulering. Dette illustrerer at klimakvotedirektivet ikke harmoniserer avtalestatenes regulering av kvotepliktens stilling ved insolvens.

I avgjørelse av 22. april 2021 kom videre irske High Court til at det irske Environmental Protection Agency's anførsler om forpliktelser etter klimakvotedirektivet ikke kunne føre frem, og at Norwegian Air International Limited kunne gjøre opp kvoteplikten ved dividende i samme sakskompleks.

At klimakvotedirektivet ikke harmoniserer avtalestatenes insolvenslovgivning understøttes dessuten av at EU har vedtatt egne insolvensrettsakter, som ikke harmoniserer medlemsstatenes materielle insolvensrett.

## **5.2. Saksøktes anførsler**

Saksøkte mener spørsmålet må besvares benektende.

Det følger av ordlyden i artikkel 12 2a at kvoteplikten skal være absolutt, og ileggelse av gebyr fritar ikke den kvotepliktige fra plikten til å returnere et tilstrekkelig antall kvoter til registeret for at utslippene skal være lovlige. Ut over artikkel 12 3a, som gjelder fangst og permanent lagring av CO<sub>2</sub>, finnes det ingen unntak fra kvoteplikten, og da heller ikke ved insolvens.

Saksøktes tolkning underbygges av direktivets formål, som er reduksjon av klimagassutslipp i tråd med forpliktelsene i Paris-avtalen. For å oppnå dette formålet, skal klimakvotesystemet sikre at det totale antallet kvoter som utstedes utgjør en absolutt begrensning på de samlede lovlige utslippene i systemet over en gitt periode. Dersom det aksepteres at returneringsplikten kan reduseres og endres til en dividendebetaling, vil det samlede utslipp kunne bli høyere enn utslippstaket. En slik tilnærming vil være i strid med direktivets formål, jf. også sak C-203/12 *Billerud* avsnitt 26, og undergrave de avgjørende klimahensyn som returneringsplikten skal ivareta.

Rettspraksis underbygger saksøktes tolkning. EU-domstolen har sagt at returneringsplikten skal sikre en nøyaktig bokføring av utlevering, besittelse, overdragelse og returnering av klimakvoter, og at «that accurate accounting is inherent in the very purpose of the directive», jf. *Billerud* avsnitt 27. EU-domstolen har videre understreket at lovgiver, for å sikre klimamålene, har funnet det nødvendig å bestemme at kvoteplikten i art. 12 og gebyrplikten i art. 16 nr. 3 skal behandles etter strenge og ensartede regler i hele EU, «without any flexibility other than a transitional lowering of the amount», jf. *Billerud* avsnitt 39. Det ligger i dette at medlemsstatene ikke har noen fleksibilitet til å lempe kvoteplikten, og da heller ikke ved insolvens.

At kvoteplikten ikke kan gjøres opp ved en dividende i forbindelse med insolvens, underbygges også av EU-domstolens avgjørelse i sak C-580/14 *Sandra Bitter*. Saken gjaldt illeggelse av gebyr til et konkursbo som hadde misligholdt kvoteplikten. EU-domstolen gjentar her uttalelsene i *Billerud* om at kvoteplikten skal behandles etter strenge og ensartede regler i hele EU, og at medlemsstatene ikke har noe skjønn med hensyn til om gebyr skal ilegges etter art. 16 nr. 3. Dersom kvoteplikten ikke gjaldt ved insolvens, ville spørsmålet for EU-domstolen vært hypotetisk og det hadde i så fall ikke blitt besvart.

At kvoteplikten ikke kan reduseres til en dividende ved insolvens, må etter saksøktes syn gjelde desto mer i en sak som den i hovedsaken, der selskapet gjennom rekonstruksjonen videreføres og dermed stadig er en luftfartøysoperatør, se C-165/20 *Air Berlin*. Etter saksøktes syn vil returneringsplikten da følge virksomheten. At EUs sekundærlovgivning om insolvens faller utenfor EØS-avtalen, betyr ikke at kvoteplikten kan gjøres opp ved dividendebetaling. Et gebyr etter artikkel 16 nr. 3 vil imidlertid måtte behandles etter nasjonale insolvensregler. Saksøkers betraktninger om at klimakvotedirektivets formål ikke skal gi grunnlag for separatistrett eller beste prioritet, er etter saksøktes syn forfeilet. Plikten til å returnere kvoter er en miljøforpliktelse, der det ikke kan være rom for at kvotepliktige utslipp blir lovlige ved å betale dividende.

## 6. Spørsmål til EFTA-domstolen

Oslo tingrett anmoder om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til følgende tolkningsspørsmål:

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?

Oslo tingrett

*Kasper Aunani*  
for: Katinka Mahieu  
tingrettsdommer



