



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 12.03.2026

Saksnr.: 25-044502ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Anette Eckhoff
Hugo Abelseth
Dagfinn Grønvik

Ankende part

Staten v/Klima og
miljødepartementet

Advokat Lisa-Mari
Moen Jünge

Ankemotpart

Norwegian Air Shuttle ASA

Advokat Atle Skaldebø-
Rød

1. Kort om hva saken gjelder

Saken gjelder for det første spørsmål om plikten til årlig innlevering av klimakvoter kan gjøres opp med dividende ved tvangsakkord etter rekonstruksjonsloven. For det andre gjelder saken gyldigheten av Klima- og miljødepartementets vedtak 16. desember 2022. For det tredje om overtredelsesgebyr på 400 000 000 kroner Norwegian Air Shuttle AS er ilagt, utgjør en etterprioritert fordring.

2. Sakens bakgrunn

Oslo tingrett avsa 19. desember 2024 dom med følgende slutning:

1. Norwegian Air Shuttle ASA har oppfylt sin plikt til å overføre klimakvoter etter klimakvoteloven for utslipp som fant sted i perioden fra og med 1. januar 2020 til og med 17. november 2020, ved å tilby staten v/Miljødirektoratet betaling av dividende i henhold til rekonstruksjonsplanen stadfestet 12. april 2021 av Oslo byfogdembete i sak 20-177565KON-OBYF/1.
2. Klima- og miljødepartementets vedtak 16. desember 2022 er ugyldig.
3. Staten v/Klima- og miljødepartementet dømmes til å betale til Norwegian Air Shuttle ASA 400 420 644,84 kroner med tillegg av forsinkelsesrenter regnet fra 3. april 2023 til betaling skjer.
4. Staten v/Klima- og miljødepartementet dømmes til å betale 9 752 169 kroner til Norwegian Air Shuttle ASAs i erstatning for sakens kostnader, senest innen to uker fra dommen er forkynt.

Om sakens bakgrunn fremgår følgende i tingrettens dom:

1 Fremstilling av saken

Norwegian Air Shuttle ASA («NAS») er et norsk flyselskap som er kvotepliktig i henhold til klimakvoteloven (lov 17. desember 2004 nr. 99 om kvoteplikt og handel med kvoter for utslipp av klimagasser). Miljødirektoratet og Klima- og miljødepartementet er ansvarlig myndighet for klimakvotesystemet i Norge.

1.1 Kvotesystemet

EUs kvotesystem for CO₂-utslipp er det sentrale virkemiddelet for å redusere klimagassutslipp fra industri og luftfartsvirksomhet i Europa. Per i dag er målet at utslipp fra kvotepliktig virksomhet skal reduseres med 43 prosent fra 2005 til 2030.

Klimakvoteloven med forskrifter gjennomfører direktiv 2003/87/EF med senere endringer og tilhørende rettsakter i norsk rett. Direktivets fulle navn er 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. Det kalles gjerne klimakvotedirektivet (som vil bli benyttet her), kvotehandelsdirektivet eller ETS-direktivet (Emissions Trading System). Bakgrunnen for klimakvotedirektivet er forpliktelsene i Kyotoprotokollen, og senere Parisavtalen, til å redusere menneskeskapte utslipp av klimagasser.

Målet med kvotesystemet er kostnadseffektiv utslippsreduksjon. Det totale antallet tilgjengelige kvoter reduseres årlig i tråd med EUs klimamål. Hvert år må kvotepliktige luftfartøyoperatører levere inn et antall klimakvoter som svarer til faktiske klimagassutslipp det foregående år til det norske registeret for klimakvoter («kvoteplikten»). En kvote tilsvarer ett tonn såkalte CO₂-ekvivalenter. Når kvotene er innlevert slettes de fra kvoteregisteret. Klimakvoter er finansielle instrumenter.

For å oppfylle den årlige kvoteplikten må operatørene sørge for å ha det nødvendige antall kvoter. Kvoter erverves fra myndighetene, men kan også kjøpes og selges fritt mellom virksomheter i EU. Hovedregelen er at myndighetene selger kvotene til høystbydende (auksjon). I en overgangsperiode får luftfartsoperatører som NAS og enkelte andre sektorer tildelt vederlagsfrie kvoter.

Dersom operatøren ikke leverer inn klimakvoter innen fristen, eller et for lavt antall, skal myndighetene ilegge operatøren et overtredelsesgebyr, beregnet med 100 euro per kvote som mangler.

1.2 Rekonstruksjonen i NAS

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

I 2020 var fristen for den årlige kvoteplikten 30. april hvert år. I et brev til NHO Luftfart 17. april 2020 meddelte Klima- og miljødepartementet at klimakvotedirektivet 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 hadde fått utdelt vederlagsfrie klimakvoter i februar 2020, som ble satt inn på selskapets kvotekonto i klimakvoteregisteret. Disse benyttet NAS til å oppfylle kvoteplikten for både egne og datterselskapet Norwegian Air International Limiteds utslipp i 2019. Datterselskapet Norwegian Air International Limited («NAI») er et irsk selskap som er kvotepliktig på selvstendig grunnlag i henhold til det irske klimakvoteregulverket.

Rekonstruksjonsloven (Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19) ble vedtatt 7. mai 2020, kort etter nedstengningen ved covidutbruddet. Rekonstruksjonsloven erstattet konkurslovens regler om gjeldsforhandling. Lovgiver ønsket å redusere risikoen for unødige konkurser i levedyktige virksomheter som ble rammet av en akutt svikt i inntektene som følge av covidutbruddet. Forarbeidene angir også et mer generelt siktemål om at de nye reglene skulle hindre konkurs i virksomheter som kan være lønnsomme hvis de restruktureres på en fornuftig måte (Prop.75 L (2019–2020) kapittel 15).

NAS forsøkte våren og sommeren 2020 å få i stand en utenrettslig rekonstruksjon, 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, blant dem NAI.

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 fem 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 ble beregnet til omtrent 7 500 000 kroner. 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.

1.3 Vedtak om overtredelsesgebyr

NAS tilbød Miljødirektoratet dividende i henhold til tvangsakkorden som oppgjør av kvoteplikten for utslipp i 2020 frem til åpningen av rekonstruksjonsforhandlingene. I tillegg leverte NAS inn 15 039 kvoter innen fristen 30. april 2021, som fullt ut tilsvarte faktiske utslipp etter åpningen av rekonstruksjonsforhandling (fra 18. november til 31. desember 2020).

Miljødirektoratet aksepterte ikke å ta imot dividende. Direktoratet mente at kvoteplikten for utslipp forut for åpningen av rekonstruksjonsforhandlingene bare kunne gjøres opp ved innlevering av kvoter som fullt ut dekket de samlede utslipp, som utgjorde 372 818 kvoter. 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 399 685 275 kroner i overtredelsesgebyr. Gebyret ble beregnet med 100 euro per manglende kvote i henhold til klimakvoteloven § 19. NAS klaget på vedtaket, men Klima- og miljødepartementet besluttet 16. desember 2022 å opprettholde Miljødirektoratets vedtak. Klima- og miljødepartementet presiserte også at kvoteplikten for 2020 frem til fristdagen ikke kunne gjøres opp med tilbud om dividende, og at NAS derfor fortsatt hadde plikt til å oppfylle kvoteplikten fullt ut for denne perioden ved å overføre 372 818 klimakvoter til NAS' oppgjørskonto i klimakvoteregisteret.

For NAS' irske datterselskap, NAI, som var gjenstand for examinership i Irland, traff den irske High Court 22. april 2021 beslutning som ifølge NAS gikk ut på at NAIs kvoteplikt var omfattet av det irske Scheme of Arrangement og kunne gjøres opp ved dividende. NAS har opplyst at Environmental Protection Agency i Irland tok imot dividende, frafalt kravet om levering av klimakvoter og ikke utstedte overtredelsesgebyr.

Tingretten forela under saksbehandlingen følgende spørsmål for EFTA-domstolen:

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?

EFTA-domstolens svarte slik i dom av 9. august 2024 (sak E-12/23):

Artikkel 12 nr. 2a i europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/87/EF om opprettelse av en ordning for handel med utslippskvoter for klimagasser i Unionen må tolkes slik at bestemmelsen er til hinder for at nasjonal lovgivning kan bestemme at plikten til å innlevere utslippskvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.

EFTA-domstolens svar på spørsmålet i foreleggelsen var i tråd med forslaget fra ESA, EU-kommisjonen, Island og Norge. NAS foreslo at forpliktelsen kunne gjøres opp med dividende.

Staten v/Klima- og miljødepartementet (KLD) har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Norwegian Air Shuttle ASA (NAS) har tatt til motmæle i anketilsvar.

Ankeforhandling ble holdt i perioden 26. til 30. januar 2026 i Borgarting lagmannsretts hus. Ankeforhandlingen ble gjennomført etter tvisteloven § 9-15 tiende ledd, jf. § 29-18 annet ledd. Ett vinte avga forklaring.

3. Partenes syn på saken

Ankende part, **Staten v/Klima- og miljødepartementet**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Klimakvoteloven § 12 gjennomfører klimakvotedirektivet (ETS-direktivet) artikkel 12(2a), og har samme innhold som direktivet.

EFTA-domstolen har i rådgivende uttalelse i saken gitt uttrykk for hvordan direktivbestemmelsen skal forstås. Uttalelsen går ut på at plikten til å svare kvoter gjelder uavkortet, uavhengig av den kvotepliktiges økonomiske status, og at EØS-retten ikke tillater at plikten til å returnere kvoter gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med rekonstruksjon av et selskap. EØS-rettens innhold er dermed klarlagt, og det finnes ikke «gode og tungtveiende grunner» for ikke å legge EFTA-domstolens EØS-rettslige tolkning til grunn, jf. HR-2021-1453-S (NAV-saken), avsnitt 63-64, og HR-2016-2554-P (Holship).

Når det skal tas stilling til hva den nasjonale regelen går ut på, vil prinsippet om EØS-konform tolkning og presumsjonsprinsippet være førende for tolkningen av både klimakvoteloven og relevante bestemmelser i insolvenslovgivningen. Kjernen i prinsippet om EØS-konform tolkning innebærer at nasjonale domstoler så langt som mulig skal tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EØS-retten med det formål å forhindre et resultat som strider mot den EØS-rettslige forpliktelsen, se for eksempel E-25/13 (Engilbertsson) avsn. 163. Det samme følger av presumsjonsprinsippet, jf. Ot.prp.nr.79 (1991–1992) s. 3, og for eksempel HR-2025-2516-A avsnitt 99, HR-2025-563-A avsnitt 29, og HR-2021-822-A avsnitt 119.

NAS kan ikke gis medhold i at forpliktelsen var omfattet av tvangsakkorden og er oppgjort ved at selskapet tilbød dividende, med grunnlag i rekonstruksjonsloven § 54 første ledd, jf. § 34 første ledd nr. 2. Den offentligrettslige plikten til å returnere kvoter i klimakvoteloven § 12 faller utenfor begrepet «fordring» i rekonstruksjonsloven § 54 første ledd, og dermed utenfor den stadfestede akkorden. Det gjøres ikke gjeldende at staten har fortrinnsrett eller separatistrett til klimakvoter, eller at det må innfortolkes et unntak i rekonstruksjonsloven § 54 annet ledd.

Begrepet «fordring» må forstås som et krav på å motta en formuerettslig ytelse fra noen. I HR-2023-1637-A avsnitt 38 uttalte Høyesterett at fordringsbegrepet i foreldelsesloven kjennetegnes ved at skyldneren har en handleplikt overfor kravshaveren, og at kravshaveren tilgodeses med en ytelse av formuerettslig art. Når returneringsplikten skal analyseres er det ikke riktig å anse staten som en «kravshaver» eller kreditor. Miljødirektoratet fungerer som nasjonal registermyndighet og kontaktpunkt for kvotepliktige som ledd i et felleseuropeisk system. Det er overfor det europeiske systemet som sådan at NAS er forpliktet til å svare kvoter, jf. sak E-12/23 avsnitt 49. Kvotene skal leveres direkte til en europeisk oppgjørskonto, før de slettes. Miljødirektoratet kan ikke disponere over kvotene eller anses som eier av kvotene etter at de er returnert. Staten har ikke noen hjemler for å inndrive klimakvoter for å sikre overholdelse av

returneringsplikten, noe som gjør at forpliktelsen får en annen karakter enn forpliktelsen til å betale et pengekrav.

Plikten til å returnere kvoter må anses som en offentligrettslig (klimarettslig) etterlevelsplik (»compliance obligation»), og er derfor i det hele tatt av en annen karakter enn en formuerettslig forpliktelse. Returneringsplikten kan aldri gjøres opp med penger, kun ved å levere tilstrekkelig antall klimakvoter til registeret. Den kan ikke overdras eller ettergis. For staten har plikten ingen økonomisk verdi.

Dersom plikten ikke overholdes, vil ikke en korrekt mengde kvoter i systemet slettes, med den konsekvens at CO₂-utslippene i Europa potensielt økes. Det strider mot klimakvotesystemets formål. Det faktum at klimakvoter som sådan kan selges og kjøpes i annenhåndsmarkedet kan ikke være avgjørende for vurderingen. Denne mekanismen er begrunnet i at kvotepliktige skal stimuleres til heller å redusere egne utslipp ved å tjene penger på å selge kvotene unna i stedet for å returnere dem. Videre har det ingen betydning for analysen av forpliktelsens innhold opp mot fordringsbegrepet at det koster penger for NAS å overholde den offentligrettslige plikten.

Dersom fordringsbegrepet ikke kan forstås slik staten hevder, må kollisjonsprinsippet i EØS-lovens § 2 anvendes. Det innebærer at bestemmelsen i rekonstruksjonsloven § 54, jf. § 34 første ledd nr. 2 tilsidesettes eller beskjæres, og at klimakvoteloven § 12 gis forrang. Resultatet blir uansett at returneringsplikten må gjøres opp fullt ut, og at den ikke kan anses oppgjort gjennom at NAS tilbød staten dividende

Statens syn innebærer ikke en tolkning »contra legem», og vil ikke være i strid med EØS-rettens rettssikkerhetsprinsipp (»legal certainty»), eller EMK-rettens og Grunnlovens klarhetskrav etter legalitetsprinsippet.

Det er riktig at det gjelder en begrensning i plikten til EØS-konform tolkning der dette vil være »contra legem». Dette gjelder imidlertid bare der nasjonal rett utelukkende kan forstås på én måte, altså der det ikke finnes et tolkningsrom som kan utnyttes, typisk ved klar ordlyd som ikke kan tolkes bort. I denne saken er det klart nok rom for å tolke rekonstruksjonsloven slik at returneringsplikten faller utenfor fordringsbegrepet. Så lenge det er tolkningsrom, er det ikke umulig å tolke nasjonal rett EØS-konformt. Det er verken i strid med EØS-rettens rettssikkerhetsprinsipp for øvrig, klarhetskravet i EMK eller legalitetsprinsippet å foreta slike presiserende tolkninger av regelverket. Ikke engang legalitetsprinsippet på strafferettens område forbyr dette, se f.eks. HR-2025-2048-A avsnitt 22.

NAS anfører at EFTA-domstolens tolkning ikke er »gjennomført» i norsk rett. Staten forstår ikke hvordan NAS kan hevde dette. Returneringsplikten i direktivets artikkel 12 (2a) skrevet inn nærmest ord for ord i klimakvoteloven § 12. Direktivforpliktelser tolkes av

EFTA-domstolen, uten at statene av den grunn løpende må skrive inn disse tolkningsuttalelsene i det nasjonale regelverket.

Det er forskjell på spørsmålet om statens gjennomføringsforpliktelser er brutt eller ikke, og spørsmålet om hva som er gjeldende norsk rett, se forutsetningsvis i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 406. Dersom det skulle være riktig at lovgiver har brutt plikten til klar gjennomføring etter EØS-avtalen artikkel 3- noe som bestrides – vil domstolene likevel måtte legge EFTA-domstolens tolkning til grunn i medhold av EØS-loven § 2. Det er nettopp det som er poenget med EØS-loven § 2 og den underliggende protokoll 35. Staten har videre vanskelig med å forstå at klimakvoteloven § 12 ikke regulerer «samme forhold». EFTA-domstolen har uttalt at kvoteplikten ikke kan gjøres opp ved dividende. Hvis NAS har rett i at rekonstruksjonsloven § 54 innebærer det motsatte, regulerer bestemmelsene per definisjon det samme forholdet. Da følger det av EØS-loven § 2 at sakens hovedspørsmål uansett skal løses i statens favør.

Forutsatt at returneringsplikten ikke kan gjøres opp gjennom dividende, følger det direkte av klimakvoteloven § 19 at gebyr skal ilegges. EU-domstolen har imidlertid innfortolket et unntak for tilfeller der manglende overholdelse av returneringsfristen skyldes force majeure, jf. C-203/12 Billerud avsnitt 31. NAS kan ikke høres med at dette unntaket får anvendelse i saken. Et minstevilkår for at NAS skal kunne påberope force majeure er at selskapet på en eller annen måte var forhindret fra å levere inn kvotene. NAS har vist til at fullt oppgjør av kvoteplikten ville vært straffbart og erstatningsbetingende, og at selskapet uansett var forhindret fra å oppfylle på grunn av et pålegg selskapet skal ha mottatt fra rekonstruktøren. Staten er ikke enig i dette. NAS beholdt rådigheten over egen virksomhet og formuesforhold under rekonstruksjonen, jf. rekonstruksjonsloven § 15 første ledd, og hadde derfor rettslig adgang til både å kjøpe inn og levere kvoter. Med kreditorutvalgets samtykke kunne selskapet også lånefinansiert slikt innkjøp, jf. rekonstruksjonsloven § 15 annet ledd. Fullt oppgjør av returneringsplikten vil ikke være i strid med insolvensrettslige prinsipper om likebehandling av kreditorer, ettersom staten ikke er «kreditor». Det vil heller ikke være i strid med forbudet mot å betale eldre gjeld, ettersom returneringsplikten ikke er en «fordring» for staten og følgelig ikke kan betraktes som «gjeld» for NAS. Dette innebærer også at det naturlig nok ikke ville vært straffbart eller erstatningsbetingende dersom NAS hadde valgt å gjøre opp returneringsplikten fullt ut. Det kan ikke reageres med straff eller erstatning overfor en skyldner som kun oppfyller sine lovpålagte forpliktelser.

Det er ikke holdepunkter i faktum for at selskapet fikk et pålegg fra rekonstruktøren om ikke å oppfylle returneringsplikten, og et slikt pålegg ville i tilfelle vært ugyldig og i strid med både klimakvoteloven § 12 og bestemmelsene i rekonstruksjonsloven § 10. De omstendighetene NAS påberoper oppfyller uansett ikke de strenge vilkårene og den høye terskelen for force majeure. Rekonstruksjon og økonomiske problemer ligger utenfor de uforutsigbare og ytre årsakene som i henhold til Billerud avsnitt 31 må være

uunngåelige og utenfor en parts kontroll for å kvalifisere til force majeure. NAS hadde heller ikke gjort alle de bestrebelser som forventes for å overholde returneringsfristen. NAS hadde i god tid før returneringsfristen fått tildelt mer enn dobbelt så mange kvoter som det trengte for å oppfylle kvoteplikten. NAS hadde altså selv satt seg i den situasjonen at de ikke hadde levert nok kvoter da rekonstruksjon ble åpnet og fristen senere løp ut. Under enhver omstendighet kan force majeure bare påberopes så lenge den aktuelle hindringen består. De påståtte hindringene var ikke lenger til stede etter at rekonstruksjonen ble avsluttet 26. mai 2021. NAS har ennå ikke returnert kvoter for sine utslipp i 2020, til tross for at det har gått flere år siden rekonstruksjonen ble avsluttet.

Force majeure er det eneste unntaket fra statens plikt etter klimakvoteloven § 19 og klimakvotedirektivet artikkel 16 til å ilegge gebyr dersom returneringsfristen ikke er overholdt. Det gjelder altså ikke noe krav om subjektiv skyld.

NAS' anførsel er ensbetydende med at klimakvotedirektivet artikkel 16 er ugyldig som stridende mot artikkel 48 og 49 i EUs pakt om grunnleggende rettigheter, som gir minst samme beskyttelsesnivå som EMK artikkel 6 og 7. EU-domstolen har i flere saker lagt til grunn at det harmoniserte gebyret etter direktivets artikkel 16 er forenlig med grunnrettighetene i EU, se *Billerud* (C-203/12), *Sandra Bitter* (C-580/14) og *Luxaviation* (C-113/19). I en slik situasjon gjelder det både en faktisk og rettslig presumsjon for at staten ikke har krenket EMK ved gjennomføringen av den EØS-rettslige plikten til å ilegge gebyr, jf. EMDs avgjørelse i *Bosphorus mot Irland* (45036/98). Det er ikke grunnlag for å fravike presumsjonen i denne saken.

Uansett utgjør et gebyr etter klimakvoteloven § 19 ikke straff etter EMK. For det tilfelle at gebyret utgjør straff, er det ikke i strid med EMK å ilegge gebyret uten at den kvotepliktige har utvist subjektiv skyld. Det er tilstrekkelig at det er mulig å påberope fritaksgrunner, slik som nevnte unntak for force majeure, jf. HR-2023-1212-A avs. 45. Forvaltningsloven § 46 leder ikke til noe annet resultat, fordi den står tilbake for hva som er bestemt i sektorlovgivningen.

Endelig er det statens syn at dersom det skulle gjelde et krav om skyld for illeggelse av gebyr etter klimakvoteloven § 19, så er NAS å bebreide for den manglende overholdelsen av returneringsforpliktelsen.

Returneringspliktens stilling i insolvens bygger ikke på en så uklar rettstilstand at gebyrileggelse vil være i strid med grunnleggende prinsipper etter EØS-retten, EMK eller Grunnloven § 113. På samme måte som disse prinsippene ikke forbyr det tolkningsresultatet staten tar til orde for under hovedspørsmålet, står de ikke i veien for gebyrileggelse. At gebyr skal ilegges der returneringsfristen ikke er overholdt følger direkte av klimakvotelovens § 19, og bygger åpenbart ikke på et uklart rettslig grunnlag.

NAS kan ikke gis medhold i at gebyret er en etterprioritert fordring omfattet av rekonstruksjonsplanen som derfor er falt bort og skal tilbakebetales av Miljødirektoratet. Det er kun fordringer fra tiden «før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen» som inngår i den stadfestede akkorden, jf. rekonstruksjonsloven § 54. I vår sak innebærer det at fordringen må ha oppstått før 18. november 2020.

NAS kan ikke høres med at gebyrkravet oppstod på fristdagen 18. november 2020 som en form for «antisipert mislighold» av returneringsfristen. Gebyret ble ilagt av Miljødirektoratet 21. september 2021, og opprettholdt av Klima- og miljødepartementet 16. desember 2022, med andre ord lenge etter tidspunktet for åpning av rekonstruksjonsforhandlingen. Under enhver omstendighet kan gebyret tidligst ha oppstått 1. mai 2021, da fristen for å returnere kvoter var oversittet, og vilkårene for å ilegge gebyr var oppfylt.

Det er lagt ned følgende **påstand**:

1. Staten v/Klima- og miljødepartementet frifinnes.
2. Staten v/Klima- og miljødepartementet tilkjennes sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, **Norwegian Air Shuttle ASA**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Klimakvoteloven med forskrifter gjennomfører EUs klimakvotesystem i norsk rett. Oppgjør av klimakvoter er betalingen for forrige års klimagassutslipp. Klimakvoter er fritt omsettelige formuesgoder, definert som finansielle instrumenter i EU-lovgivningen og norsk lov. Kvoteprisen – og dermed virksomhetens utslippskostnader – bestemmes av markedet for kjøp og salg av klimakvoter. Klimakvoter er ikke en «utslippstillatelse», verken etter klimakvotedirektivet eller norsk lovgivning, slik staten feilaktig har lagt til grunn.

Systemet bygger altså på et bevisst legislativt valg der markedet for kjøp og salg av klimakvoter som omsettelige formuesgoder er virkemiddelet for å fremme kostnadseffektive utslippsreduksjoner. Det samme lovverket som gjelder andre formuesgoder gjelder dermed også for klimakvoter og kvotepliktkrav, slik også Miljødirektoratet tidligere har lagt til grunn.

De to insolvensprosessene etter norsk rett er konkurs og rekonstruksjon, regulert av henholdsvis konkursloven og rekonstruksjonsloven. For begge insolvensprosessene gjelder også dekningslovens materielle bestemmelser. Lovene gir en uttømmende regulering av oppgjør av formueskrav mot skyldneren ved insolvens – både privatrettslige og offentligrettslige krav. Etter den grunnleggende bestemmelsen om kreditorenes beslagsrett i dekningsloven § 2-2, har fordringshaverne «rett til dekning i ethvert formuesgode som

tilhører skyldneren på beslagstiden». Unntak fra beslagsretten gjøres kun dersom det er grunnlag for separatistrett eller beslagsfrihet/beslagsforbud, som ikke er aktuelt i saken. Ved at klimakvoter er omsettelige er de også formuesgoder i insolvenslovgivningens forstand som inngikk i NAS' formue og omfattes av kreditorenes beslagsrett etter dekningsloven § 2-2. Dette innebærer at klimakvotene skal omgjøres til penger (selges) for at verdiene skal komme kreditorfellesskapet til gode.

Klimakvotene kunne ikke benyttes til å gjøre opp kvoteplikten. Dette vil være straffbart. Det samme gjelder skyldnerens frie midler, som ikke kunne benyttes til å kjøpe klimakvoter for å gjøre opp kvoteplikten. Kvotepliktkravet kan bare gjøres opp på den måten insolvenslovgivningen foreskriver. Staten har ikke forklart hvordan statens syn er forenlig med insolvenslovgivningen, inkludert dekningsloven § 2-2.

Kvotepliktkravet er en gjeld for NAS og en fordring for staten. Staten anfører prinsipalt at fordringsbegrepet i rekonstruksjonsloven må tolkes innskrenkende slik at kvotepliktkravet anses å falle utenfor fordringsbegrepet og rekonstruksjonsloven. Dette spørsmålet er ikke avgjørende, fordi dekningsloven § 2-2 uansett er til hinder for fullt oppgjør av kvotepliktkravet. Under enhver omstendighet er det åpenbart at rekonstruksjonsloven må tolkes slik at kvotepliktkravet er en gjeld/fordring som inngår i rekonstruksjonen.

Kravet på oppgjør av 372 818 klimakvoter hadde en verdi på om lag NOK 200 millioner. Fullt oppgjør ville beslaglagt rundt 40 prosent av de frie midlene som skulle fordeles på NAS' mange tusen kreditorer. Det sier seg selv at en slik økonomisk forpliktelse var gjeld for selskapet både i og utenfor insolvensprosess. Det er dermed verken rettslig eller logisk mulig å anse det som noe annet enn en fordring i rekonstruksjonslovens forstand. Kvotepliktkravet er klart også omfattet av fordringsbegrepet isolert sett. Det følger både av en naturlig tolkning av ordlyden sett i sammenheng med lovens formål og systematikk, og den alminnelige forståelsen av fordringsbegrepet slik det har kommet til uttrykk i juridisk litteratur og rettspraksis, jf. blant annet HR-2023-1637-A. En nærliggende sammenligning med kvotepliktkravet, er statens krav på betaling av CO₂-avgift. Det er enighet om at et slikt krav kan gjøres opp ved dividende. I insolvensrettslig forstand er den eneste forskjellen på kvotepliktkravet og et CO₂-avgiftskrav at kvotepliktkravet må omregnes til penger etter dekningsloven § 6-4. Statens sammenligning med tiltaksplikten i forurensningsloven § 7 annet ledd er derimot «lite treffende» som påpekt av tingretten.

Staten har også selv i tidligere insolvensprosesser bekreftet at kvotepliktkravet er en gjeld/fordring. Miljødirektoratet har ved flere anledninger krevd og akseptert dividende på grunnlag av konkursrammede selskapers kvoteplikt. Staten har bygget på at kvoteplikten er en fordring, opptrådt som fordringshaver, krevd og tatt imot dividende, og unnlatt å gi overtredelsesgebyr ved oversittelse av innleveringsfristen på grunn av insolvensprosesser. Det er ingen holdepunkter i lovgivningen for at oppgjør av kvoteplikt skal behandles

annerledes ved konkurs enn ved rekonstruksjon. En annen løsning ville stride mot lovenes ordlyd, og i tillegg undergrave hele rekonstruksjonsinstituttet siden kreditorfellesskapet alltid vil velge konkurs dersom dette reduserer skyldnerens forpliktelser overfor staten. Det er klart at staten, som er ansvarlig for det norske klimavoteregisteret med myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr, er kreditor for kravet.

Hvem som er kreditor, har uansett bare betydning for hvem som skal motta dividende. Tingretten har følgelig korrekt konkludert med at kravet på oppgjør av kvoteplikt er en gjeld for NAS og en fordring for staten i rekonstruksjonslovens forstand.

Kvotepliktkravet skal gjøres opp som et alminnelig dividendekrav, jf. rekonstruksjonsloven § 34 annet ledd nr. 2 kan en rekonstruksjon gå ut på prosentvis reduksjon av gjelden. Etter rekonstruksjonsloven § 54 annet ledd annet pkt. nr. 1 er akkorden likevel ikke bindende for fordringer som har lovbestemt fortrinnsrett. Prioritetsreglene er uttømmende regulert, og identiske i alle insolvensprosesser. Kvotepliktkravet er i likhet med alle andre fordringer et uprioritert krav, jf. dekningsloven § 9-6.

Det er ingen rettskilder som støtter at klimavoteloven § 12 skal gi en form for «superprioritet» til klimavotekrav, og noe slikt er heller ikke anført av staten. Staten har tvert imot vært oppmerksom på at særbehandling av kvoteplikten ved insolvens ville kreve endringer i dekningsloven, uten at forholdet er fulgt opp, jf. NOU 2000:1 s. 235 og St.meld. nr. 54 (2000-2001), s. 208. Miljødirektoratets praksis i samtlige insolvenssaker før rekonstruksjonen av NAS viser at staten også senere har lagt dette til grunn.

Statens EØS-forpliktelser er ikke gjennomført i norsk rett. Det følger klart av norsk lovgivning tolket etter internrettslige kilder at kvotepliktkravet skulle gjøres opp som et dividendekrav. Statens prinsipale og subsidiære anførsler knytter seg begge til at statens folkerettslige EØS-forpliktelser skal gi anvisning på et annet resultat, og at dette skal gis forrang i intern norsk rett til skade for private rettssubjekter. Noe slikt er det ikke grunnlag for. Følgende uttalelse fra plenumssaken i Rt-2000-1811 (Finanger I) er dekkende:

Jeg finner grunn til å fremheve at en av de grunnleggende forutsetninger for Norges deltakelse i EØS-avtalen var at denne ikke skulle innebære noen overføring av myndighet fra nasjonale organer til EØS-organer. Settes lovens bestemmelse til side i denne sak til fordel for ikke gjennomførte EØS-direktiv, vil dette nærmest innebære at direktivene gis direkte virkning med forrang fremfor formell lov.

Hvis EFTA-domstolens tolkning legges til grunn, er tolkningen ikke gjennomført i norsk rett og kan ikke legges til grunn til fortrenghet for norsk lovgivning. Verken presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform tolkning eller EØS-loven § 2 gir grunnlag for en slik løsning.

EFTA-domstolen har feiltolket klimakvotedirektivet.

EFTA-domstolen har i sak E-12/23 tolket statens forpliktelse etter art. 12 nr. 2a slik at den ikke bare oppstiller en alminnelig plikt for staten til å sørge for innlevering og sletting av klimakvoter. Ifølge EFTA-domstolens konklusjon er bestemmelsen også «til hinder for at nasjonal lovgivning kan bestemme at plikten til å innlevere utslippskvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap».

EFTA-domstolens tolkning er uriktig. EFTA-domstolens uttalelser er rådgivende etter ODA-avtalen artikkel 34, og lagmannsretten må ta selvstendig stilling til direktivtolkningen. Det avgjørende vil være om det foreligger gode og tungtveiende grunner til å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, se nærmere HR-2024-1168-A, avsnitt 38 og HR-2021-1453-S, avsnitt 63-66 med videre henvisninger til rettspraksis.

EFTA-domstolen tar feil rettslig utgangspunkt når det vurderes om EØS-statene har en «skjønnsmargin» etter direktivet art. 12 nr. 2a. Spørsmålet er om klimakvotedirektivet stiller krav til EØS-statenes behandling av kvotepliktkrav i nasjonal insolvensrett. Hvis direktivet ikke oppstiller noen slik forpliktelse – hvilket det ikke gjør – står EØS-statene fritt til å behandle kvotepliktkravet likt som annen gjeld/fordringer i nasjonal insolvenslovgivning.

Klimakvotedirektivets ordlyd gir ingen holdepunkter for EFTA-domstolens tolkning. Det finnes heller ikke EU-rettspraksis av konkret betydning for spørsmålet. De avgjørelsene fra EU-domstolen som EFTA-domstolen henviser til, gjelder andre spørsmål uten relevans for tolkningen.

En avgjørende feil i den rådgivende uttalelsen er etter NAS' syn at klimakvotedirektivet ikke er vurdert opp mot de lovgivningsprioriteringene som må gjøres der skyldneren ikke kan gjøre opp alle krav på grunn av insolvens. EU har vedtatt flere insolvensrettsakter som ikke er innlemmet i EØS-avtalen, herunder direktiv (EU) 2019/1023 om restrukturering og forordning (EU) 2015/848 om insolvensprosedyrer. Rettsaktene harmoniserer ikke nasjonal materiell insolvenslovgivning, som spørsmål om prioritet og dekningsrekkefølge, på grunn av betydelige ulikheter i nasjonale rettstradisjoner. Det er da heller ikke grunnlag for å tolke klimakvotedirektivet slik at det krever materiell prioritet for kvotepliktkrav i insolvens til fortrenghet for alle andre krav, uten holdepunkter i direktivets ordlyd. I november 2025 ble EU-organene enige om et nytt insolvensdirektiv som heller ikke gir støtte til EFTA-domstolens tolkning av klimakvotedirektivet. Det foreligger gode og tungtveiende grunner til å fravike EFTA-domstolens uttalelse, ikke bare ved konkurs, men også ved rekonstruksjon.

Det er ikke mulig å tolke norsk lov i overensstemmelse med EFTA-domstolens tolkning av klimavotedirektivet. EFTA-domstolens tolkning av klimavotedirektivet er imidlertid ikke avgjørende, fordi den ikke er gjennomført i norsk rett.

Statens anførsel om at krav på klimavoter, forutsetter at EØS-retten stiller krav til innholdet i fordringsbegrepet (og gjeldsbegrepet) i norsk insolvenslovgivning. Det er ikke tilfelle. For tingretten og EFTA-domstolen var partene enige om at EØS-retten ikke legger føringer på hva som er å anse som en fordring etter norsk insolvenslovgivning. Staten synes å ha endret oppfatning for lagmannsretten.

EØS-retten harmoniserer ikke nasjonale obligasjonsrettslige begreper som fordring og gjeld, og gir ikke grunnlag for å tolke dem innskrenkende. Det er ingenting i klimavotedirektivets definisjon av klimavoter i art. 3(a) eller i den underliggende registerforordningens definisjon av returnering (forordning (EU) 2019/1122 art. 3 nr. 13) som tilsier at fordringsbegrepet skal tolkes slik at kvotepliktkravet faller utenfor. Det følger dessuten av registerforordningen art. 10 nr. 5 at klimavotekontoen med klimavoter er underlagt kontomyndighetens jurisdiksjon. Med andre ord skal fordrings- og gjeldsbegrepene tolkes etter norske rettskilder, slik staten også tidligere har lagt til grunn. EUs insolvensforordning (EU) 2015/848 art. 7 legger tilsvarende til grunn at nasjonale insolvensprosesser er underlagt nasjonal jurisdiksjon, hvor begreper i nasjonal insolvenslovgivning da naturligvis må tolkes etter nasjonale rettskilder.

Hvis man likevel skulle anse at EØS-retten kan legge føringer på tolkning av gjelds-/fordringsbegrepene i rekonstruksjonsloven, oppstår spørsmålet om rekkevidden av presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning.

Innholdet i presumsjonsprinsippet er slått fast i plenumsdommen i Rt-2000-1811 (Finanger I), jf. senest HR-2025-2516-A, avsnitt 99. Oslo tingrett gir i dommen en grundig gjennomgang av prinsippet om EØS-konform tolkning som NAS i det vesentlige slutter seg til, se særlig dommen s. 35 flg. Som det følger av rettspraksis fra Høyesterett, EU-domstolen og EFTA-domstolen kan ikke prinsippene strekkes så langt at klar motstrid mellom nasjonal rett og EØS-rett tolkes bort («contra legem»). Det kan heller ikke anlegges en tolkning i strid med EØS-rettens krav til rettssikkerhet («legal certainty»). Det er dessuten av vesentlig betydning at tolkningsprinsippene ikke har samme gjennomslagskraft der den anførte EØS-retten er til skade for private rettssubjekter og til fordel for staten, se blant annet HR-2000-1811 og tingrettsdommen s. 35 flg.

Staten synes ikke bare å ta til orde for at rekonstruksjonsloven og dekningsloven (og nødvendigvis også konkursloven) skal tolkes i strid med sitt innhold ved å holde en betydelig økonomisk forpliktelse utenfor gjelds- og fordringsbegrepene. Statens tolkning vil også lede til en rettslig umulig situasjon der kvotepliktige skyldnere i insolvens kan

illegges straffeansvar ved fullt oppgjør av kvoteplikt, og overtredelsesgebyr etter klimakvoteloven hvis de tilbyr dividende etter insolvenslovgivningen. Verken presumsjonsprinsippet eller prinsippet om EØS-konform tolkning kan lede til et slikt «contra legem»-resultat, som også er i strid med EØS-rettens krav til rettssikkerhet. NAS viser til tingrettens redegjørelse på s. 41-43 av den rettslige umulige situasjonen statens tolkning ville lede til.

På ovennevnte bakgrunn er det klart at rekonstruksjonsloven og dekningsloven (og konkursloven) ikke kan tolkes i strid med sitt innhold og kravene til rettssikkerhet for private rettssubjekter.

EØS-loven § 2 kommer ikke til anvendelse. EFTA-domstolen har konkludert med at staten er forpliktet til å hindre «at nasjonal lovgivning kan bestemme at plikten til å innlevere utslippskvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med restrukturering av et insolvent selskap.». Rekonstruksjonsloven og dekningsloven bestemmer at kvotepliktkravet skal gjøres opp med dividende i tvangsakkord. Det samme gjelder konkursloven. Staten har altså brutt sine EØS-forpliktelser hvis EFTA-domstolens tolkning legges til grunn.

EFTA-domstolens tolkning av klimakvotedirektivet artikkel 12 nr. 2a kan tenkes gjennomført nasjonalt på flere ulike måter. Ingen av dem er valgt i norsk rett. Dette viser at det ikke finnes bestemmelser i norsk rett som gjennomfører EFTA-domstolens tolkning av klimakvotedirektivet art. 12 nr. 2a. Klimakvoteloven § 12 gjennomfører ikke slike regler. EFTA-domstolens tolkning vil kreve dyptgripende endringer i norsk insolvenslovgivning og «blir en lovgiveroppgave å løse» slik tingretten har lagt til grunn

Klimakvoteloven § 12 regulerer ikke «samme forhold» som de aktuelle lovbestemmelsene i rekonstruksjonsloven og dekningsloven. EØS-loven § 2 er derfor ikke anvendelig i saken. Bestemmelsen åpner uansett ikke for å gi gjennomførte EØS-forpliktelser forrang ved kollisjon med nasjonal lovgivning til skade for private rettssubjekter. Situasjonen er fullt ut parallell med spørsmålet som var til behandling for irske High Court i samme sakskompleks, hvor High Court konkluderte med at det ikke var bestemmelser i irsk rett som ga kvotepliktkravet prioritet. Løsningen er den samme etter norsk rett. Etter dette er det ikke grunnlag for å sette til side klar norsk lovgivning.

NAS har oppfylt kvoteplikten ved å tilby dividende som Miljødirektoratet har avvist (kreditormora). Dermed er det heller ikke hjemmel for å illegge overtredelsesgebyr, og Klima- og miljødepartementets vedtak er ugyldig.

Det er uansett ikke adgang til å illegge overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyret ble ilagt i en situasjon der det var ulovlig og straffbart å gjøre opp kvoteplikten fullt ut, i strid med legalitets- og rettssikkerhetsprinsipper i norsk rett, EØS-retten og EMK. NAS har ikke

utvist skyld, som er et krav for illeggelse av overtredelsesgebyr. Det kan uansett ikke ilegges overtredelsesgebyr fordi NAS var rettslig forhindret fra å gjøre opp og dermed i en force majeure-situasjon.

Staten hadde ikke hjemmel til å illegge overtredelsesgebyr. Dersom kvotepliktkravet ikke kunne gjøres opp ved dividende, stod NAS i en umulig tvangssituasjon. På den ene siden ville NAS risikere overtredelsesgebyr etter klimakvoteloven ved unnlatt fullt oppgjør av kvotepliktkravet. På den annen side fulgte det både av norsk insolvenslovgivning, straffeloven og rekonstruktørens instruks at NAS ikke kunne gjøre opp kvoteplikten fullt ut, og at fullt oppgjør ville medført risiko for konkurs, tap for kreditorene, erstatningsansvar og straffeansvar. I en slik situasjon følger det både av nasjonal rett, EØS-retten og EMK at staten ikke kan illegge NAS et overtredelsesgebyr på NOK 400 millioner. Dette er i strid med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Essensen i disse reglene er at illeggelse av omfattende og inngripende sanksjoner må ha klart lovgrunnlag som gir rettssikkerhet og forutberegnelighet, og hvor oppfyllelse av lovens krav ikke er rettsstridig.

Et vedtak om overtredelsesgebyr på om lag MNOK 400 krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Inngrepets karakter innebærer at det må stilles strenge krav til klart hjemmelsgrunnlag. Tilsvarende følger det av EU- og EFTA-domstolens rettspraksis at EØS-avtalen oppstiller strenge krav til rettssikkerhet («legal certainty»). Endelig oppstiller EMK strenge klarhetskrav for illeggelse av EMK-straff. Staten har konsekvent lagt til grunn i andre sammenhenger, at overtredelsesgebyr etter klimakvoteloven § 19 er straff etter EMK.

Det følger av disse rettssikkerhetsgarantiene at private rettssubjekters forpliktelse til å gjøre opp kvoteplikten ved insolvens må følge klart av lovgivningen for at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr for overtredelse. Dette er ikke tilfelle. Tvert imot ville fullt oppgjør av kvoteplikten være i strid med rekonstruksjonsloven, dekningsloven og straffeloven, som i seg selv innebærer at det ikke var adgang til å illegge overtredelsesgebyr. Statens endringer i praksis og skiftende forklaringer, uten at dette er reflektert i endringer i regelverk, viser at det foreligger betydelig usikkerhet i statens håndtering av klimakvotespørsmål i insolvenstilfeller. Det er heller ikke gitt administrativ veiledning om praksisendringene. Vedtaket om overtredelsesgebyr savner rettsgrunnlag og er ugyldig.

Ileggelse av overtredelsesgebyr er i strid med skyldkravet etter EMK og norsk rett. Staten anfører at gebyret ikke kommer i konflikt med forbudet mot straff på objektivt grunnlag fordi det er etablert en ulovfestet praksis med unntak for force majeure. Dette er ikke riktig. Et slikt ulovfestet unntak for force majeure oppfyller ikke i seg selv kravet til subjektiv skyld, jf. bl.a. HR-2023-1212-A.

Det gjelder et skjerpet beviskrav ved illeggelse av EMK-straff. NAS har ikke utvist subjektiv skyld, men handlet i overensstemmelse med norsk lovgivning. Fullt oppgjør av kvoteplikten ville etter lovens ordlyd vært ulovlig og straffbart, og i strid med klar instruks fra NAS' rekonstruktør etter rekonstruksjonsloven. Det var høyst aktsomt for NAS å innrette seg etter dette. Når skyldkravet reelt sett ikke engang er vurdert av KLD, og uansett ikke er oppfylt, er vedtaket ugyldig.

Eventuell manglende innlevering av klimakvoter skyldes uansett force majeure. Det følger av EU-domstolens praksis at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges dersom NAS ikke kunne overføre klimakvoter på grunn av «unusual and unforeseeable circumstances which were beyond its control», jf. EU-domstolens avgjørelser i sakene C-203/12 Billerud og C-113/19 Luxaviation. Koronapandemien med påfølgende økonomisk krise og åpning av rekonstruksjonsforhandlinger, hvor rekonstruktøren instruerte NAS om ikke å levere kvotene innen fristen, utgjør «unusual and unforeseeable circumstances». NAS var rettslig forpliktet til å følge insolvenslovgivningen og å overholde rekonstruktørens pålegg, jf. rekonstruksjonsloven § 15 første ledd. NAS og medvirkere ville også risikere straffeansvar, jf. straffeloven §§ 402 og 410, og erstatningsansvar ved fullt oppgjør. Det var ikke mulig for NAS å levere kvoter tilsvarende 2020-utslippene.

Virkningen av at selskapet befant seg i en force majeure-situasjon da kvotene for 2020 skulle leveres inn, opphører ikke av at rekonstruksjonen er avsluttet. Senere oppgjør ville i realiteten innebære en omgåelse i strid med forutsetningene for rekonstruksjonsplanen. Det er heller ikke hjemmelsgrunnlag for å legge overtredelsesgebyr på et vilkårlig valgt senere tidspunkt for opphør av force majeure.

Dersom retten likevel skulle komme til at vedtaket om illeggelse av overtredelsesgebyr er gyldig, vil NAS uansett kreve tilbakebetaling på grunnlag av at gebyret i alle tilfeller har falt bort i forbindelse med rekonstruksjonsforhandlingen. Enhver flyreise med CO₂-utslipp som NAS gjennomfører i løpet av et år, vil suksessivt skape forpliktelse til å levere klimakvoter innen fristen 30. april året etter. Overtredelsesgebyransvaret er en latent forpliktelse som knytter seg til foregående års utslipp, betinget av at det ikke leveres et tilstrekkelig antall klimakvoter innen fristen det påfølgende året. At en fordring er knyttet til en betingelse på tidspunktet for åpningen av rekonstruksjon, utelukker ikke at den anerkjennes som en dividendefordring, jf. dekningsloven § 6-2. Dermed «skriver [overtredelsesgebyret] seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen», og er omfattet av rekonstruksjonsplanen, jf. rekonstruksjonsloven § 54 første ledd og dekningsloven § 6-2.

Det følger av dekningsloven at overtredelsesgebyret er etterprioritert, jf. dekningsloven § 9-7 fjerde ledd bokstav b, jf. rekonstruksjonsloven § 62. Siden det ikke var midler til dekning av etterprioriterte fordringer i NAS' rekonstruksjonsforhandling, har kravet på oppgjør av overtredelsesgebyr bortfalt i sin helhet, jf. konkursloven § 30 sjette ledd og rekonstruksjonsloven §§ 42 første ledd nr. 6, 55 og 62. At overtredelsesgebyret er

etterprioritert og bortfalt, bekreftes av at staten i konkursen til Flyr AS i 2023 aksepterte at et gebyrkrav på 235 468 705 kroner under helt tilsvarende faktiske forhold, inkludert at innleveringsfristen var etterprioritert. Ettersom dekningsloven gjelder likt i konkurs og rekonstruksjon, er statens standpunkt om etterprioritet i Flyr-konkursen uforenlig med argumentasjonen overfor NAS.

Det er lagt ned slik påstand:

Prinsipalt:

1. Anken forkastes.

Subsidiært:

2. Overtredelsesgebyret, endelig ilagt Norwegian Air Shuttle ASA i Klima- og miljødepartementets vedtak 16. desember 2022, er en etterprioritert fordring i rekonstruksjonen med tvangsakkord stadfestet 12. april 2021 av Oslo byfogdembete i sak 20-177565KON-OBYF/1.

I alle tilfeller:

3. Staten v/ Klima- og miljødepartementet dømmes til å betale Norwegian Air Shuttle ASAs sakskostnader for tingretten og lagmannsretten

4. Lagmannsrettens syn på saken

4.1 Innledning og konklusjon

Saken reiser tre hovedspørsmål. Det ene er om NAS' plikt til å levere klimakvoter kunne gjøres opp med dividende, eller om kvotene måtte returneres fullt ut. Staten har anført at returneringsplikten ikke kan gjøres opp på en slik måte. Staten har påberopt to rettslige grunnlag for sitt syn, det ene er en harmoniserende (EØS-konform) tolkning av norsk rett og det andre er EØS-loven § 2. NAS mener at ingen av disse to grunnlagene fører frem. NAS mener tvert imot at det forelå en plikt til å gjøre opp kvotene med dividende, etter en omregning av kvotenes verdi til penger. Dersom returneringsplikten kan gjøres opp ved dividende foreligger ikke brudd på klimakvoteloven § 12. Etter lovens § 19 var det da ikke grunnlag for å ilegge NAS et gebyr. NAS skal i så fall gis medhold i sine påstander punktene 1 og 2.

Det andre hovedspørsmålet, som oppstår dersom NAS ikke gis medhold under det første hovedspørsmålet, er om gebyrvedtaket likevel er ugyldig. NAS har i den sammenheng gjort gjeldende flere anførsler.

Det tredje hovedspørsmålet, som oppstår dersom NAS ikke får medhold i noen av de to andre hovedspørsmålene, er om gebyrkravet er å anse som en etterprioritert fordring.

Lagmannsretten er av den oppfatning at plikten til å returnere kvoter ikke kunne gjøres opp med dividende. Videre mener lagmannsretten at det heller ikke hefter andre feil ved gebyrvedtaket som innebærer at det er ugyldig. Det er også lagmannsrettens oppfatning at gebyret NAS er ilagt, ikke er en etterprioritert fordring.

4.2 Har NAS oppfylt sin plikt til å overføre klimakvoter etter klimakvoteloven ved å tilby betaling av dividende?

Rekonstruksjon i NAS ble åpnet 8. desember 2020. Spørsmålet i saken er om returneringsplikten kunne gjøres opp med dividende for perioden 1. januar 2020 til 8. desember 2020, for i alt 372 818 kvoter. Når det i det følgende vises til returneringsplikten, er det disse kvotene det siktes til.

NAS returnerte 15 039 kvoter innen fristen 30. april 2021, som fullt ut tilsvarte utslipp etter åpningen av rekonstruksjonsforhandling 8. desember 2020 frem til 31. desember 2020. Disse kvotene omfattes ikke av saken.

Staten har gjort gjeldende at norsk rett må harmoniseres med EØS-retten ved anvendelse av det såkalte presumpsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning. Dette innebærer at plikten til å returnere klimakvoter ikke kan gjøres opp med dividende. Synspunktet er at EØS-retten forbyr en slik løsning og at norsk rett må tolkes i samsvar med dette.

En anvendelse av presumpsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning forutsetter at det tas stilling til innholdet i norsk rett og EØS-retten. Om den nærmere fremgangsmåten heter det i «Finn Arnesen og Are Stenvik, Internasjonalisering og juridisk metode, Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett», 2. utgave, 2015, side 72:

Det er ikke uvanlig at Høyesterett først tar stilling til hva regelen er «etter tradisjonell norsk rett» eller «vanlig norsk rett». På den annen side finnes det, som nevnt, også eksempler på det motsatte, som etter vår oppfatning er å foretrekke. Det første som bør klarlegges, er hvilke krav av betydning for det spørsmål som er til vurdering, Norges folkerettslige forpliktelser stiller til innholdet i norsk rett. Når innholdet i disse kravene er brakt på det rene, er tiden kommet for å analysere det norske kildematerialet nærmere, for å komme frem til den nasjonale regelen. Folkerettens krav vil da kunne tillegges betydning både for hvilke argumentkilder som benyttes, for hvilke argumenter som utledes, og for avveiningen mellom dem. Presumpsjonsprinsippet, eller om man heller vil, det reelle hensyn at norsk rett så vidt mulig gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, bør som nevnt ikke oppfattes som et kollisjonsprinsipp, men som et slutnings- og avveiningsprinsipp. Og derfor må de folkerettslige kravene til innholdet i norsk rett kartlegges før man tar stilling til betydningen av de nasjonale rettskildefaktorene.

Tingrettens dom bygger på Arnesens og Stenviks anbefaling, som for øvrig er i samsvar det som fremgår av Halvard H. Fredriksen og Gjermund Mathisen; «EØS-rett, 4. utgave»,

side 427. Lagmannsretten anser det hensiktsmessig å bygge på den anbefalte fremgangsmåten, men bemerker at valg av fremgangsmåte ikke får betydning for resultatet.

4.2.1 EØS-rett og betydningen for norsk rett

Klimakvotedirektivet artikkel 12 nr. 2a med overskriften «Overføring, innlevering og sletting av kvoter» hadde slik ordlyd på det aktuelle tidspunktet:

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.

I dommen av 9. august 2024 (sak E-12/23) kom EFTA-domstolen til at klimakvotedirektivet artikkel 12 nr. 2a er til hinder for at nasjonal lovgivning kan bestemme at plikten til å innlevere utslippskvoter kan gjøres opp med dividende i tvangsakkord i forbindelse med rekonstruksjon. Kvoteplikten i artikkel 12 nr. 2a består fullt ut. Om dommen heter det i tingrettens avgjørelse på side 20:

Sentralt i EFTA-domstolens begrunnelse er formålsbetraktninger, nærmere bestemt målet om reduserte utslipp av klimagasser (avsnitt 36), som nødvendiggjør «streng regnskapsføring av utstedelse, besittelse, overføring og sletting» av kvoter (avsnitt 40). Kvoteplikten er derfor ifølge EFTA-domstolen «særlig streng» (avsnitt 44), og uten «andre unntak enn de som er uttrykkelig fastsatt i direktivet» (avsnitt 47). EFTA-domstolen slo fast at «[s]elv om EØS-retten ikke harmoniserer EØS-statenes materielle insolvensrett, kan nasjonal insolvensrett ikke undergrave forpliktelsene» i klimakvotedirektivet artikkel 12 nr. 2a.

Den stadfestede tvangsakkorden i NAS, som fastsatte fem prosent dividende til staten som oppgjør for utslipp i 2020, er uforenlig med EFTA-domstolens tolkning av klimakvotedirektivet artikkel 12 nr. 2a.

Dommen er ikke formelt bindende, men det skal legges «stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås», og det må foreligge «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, jf. HR-2021-1453-S (NAV-saken), avsnitt 63-64 med henvisning til HR-2016-2554-P Holship.

NAS har gjort gjeldende at EFTA-domstolens tolkning er uriktig. Det foreligger etter NAS' oppfatning gode og tungtveiende grunner til å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten.

NAS har gjort gjeldene at EFTA-domstolen tar feil rettslig utgangspunkt når det vurderes om EØS-statene har en «skjønnsmargin» etter direktivet art. 12 nr. 2a. Spørsmålet er om klimakvotedirektivet stiller krav til EØS-statenes behandling av kvotepliktkrav i nasjonal

insolvensrett. Hvis direktivet ikke oppstiller noen slik forpliktelse – hvilket det ikke gjør – står EØS-statene fritt til å behandle kvotepliktkravet likt som annen gjeld/fordringer i nasjonal insolvenslovgivning.

I avsnitt 46 og 47 i dommen har EFTA-domstolen kommentert spørsmålet om skjønnsmargin. Det fremgår at direktivet ikke åpner for dette. Slik lagmannsretten oppfatter dommen, er det tatt stilling til om direktivet oppstiller en forpliktelse til EØS-statenes insolvensrett når det i avsnitt 47 heter:

Uten hensyn til hvilken status denne plikten er gitt i nasjonal lovgivning, krever altså direktiv 2003/187 artikkel 12 m.2a at hver luftfartøyoperatør innleverer et antall kvoter tilsvarende det samlede utslippet i det foregående kalenderåret.

Dernest har NAS vist til at klimakvotedirektivets ordlyd ikke gir holdepunkter for EFTA-domstolens tolkning, og at det ikke finnes EU-rettspraksis av konkret betydning for spørsmålet. De avgjørelsene fra EU-domstolen som EFTA-domstolen henviser til, gjelder andre spørsmål uten relevans for tolkningen.

Lagmannsretten er enig i at det ikke står direkte i direktivet at plikten til å returnere klimakvoter ikke kan gjøres opp med dividende. Som EFTA-domstolen imidlertid har pekt på i avsnitt 42 er det utvetydig formulert i artikkel 12 nr. 2a at returneringsplikten må håndheves spesielt strengt, noe også sammenhengen med sanksjonsregelen i artikkel 16 nr. 3 viser.

I EFTA-dommen er det flere steder vist til EU-rettspraksis. Lagmannsretten er enig i at det ikke fremgår av denne praksisen at det er tatt direkte stilling til det aktuelle spørsmålet. Lagmannsretten er imidlertid ikke enig i at henvisninger til avgjørelse fra EU-domstolen er uten relevans. Henvisningene fremstår som et belegg for de enkelte hensyn det er lagt vekt på i EFTA-dommen.

NAS har også fremholdt at en avgjørende feil i dommen er at klimakvotedirektivet ikke er vurdert opp mot de lovgivningsprioriteringene som må gjøres der skyldneren ikke kan gjøre opp alle krav på grunn av insolvens. Det er i den forbindelse vist til at EU har vedtatt flere insolvensrettsakter som ikke er innlemmet i EØS-avtalen og at EU-organene i november 2025 ble enige om et nytt insolvensdirektiv som heller ikke gir støtte til EFTA-domstolens tolkning av klimakvotedirektivet.

Slik lagmannsretten oppfatter EFTA-dommen, er den problemstillingen NAS har tatt opp, kommentert i avsnitt 51, hvor det heter:

NAS' argument om at EØS-retten ikke harmoniserer materiell insolvensrett i EØS-statene, kan ikke rokke ved denne konklusjonen. Det følger av fast rettspraksis at EØS-statene må utøve sin myndighet i samsvar med EØS-retten, herunder

sekundærrett som er innlemmet i EØS-avtalen, som direktiv 2003/187 (se dommen 13. september 2017 i *Yara*, E-15/16, avsnitt 32 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen 11. november 2021 i *MH og Ila (Droits á pension en cas de faillite)*, C-168/20, EU:C:2021:907, avsnitt 76). Selv om EØS-retten ikke harmoniserer EØS-statenes materielle insolvensrett, kan nasjonal insolvensrett ikke undergrave forpliktelsene som følger av direktiv 2003/187 artikkel 12nr.2a.

Slik tingretten påpeker på side 21 i sin dom, fremgår det av fortalen til klimavotedirektivet (avsnitt 5 andre punktum, siste del av setningen) at klimaforpliktelsene skal oppfylles med minst mulig negativ innvirkning på den økonomiske utviklingen og sysselsettingen, og at dette formålet i hovedtrekk er felles for klimavotedirektivet og EUs rekonstruksjons- og insolvensdirektiv av 20. juni 2019 (direktiv 2019/1023), og også den norske rekonstruksjonsloven.

Tingretten har videre gitt uttrykk for at den er usikker på om EFTA-domstolens tolkning kan ha negativ innvirkning på den økonomiske utviklingen og sysselsettingen, for eksempel ved å svekke investeringer i europeisk kvotepliktig virksomhet eller øke konkurrisikoen. Videre er tingretten usikker på i hvilken grad hensynet til minst mulig negativ innvirkning på den økonomiske utviklingen og sysselsettingen ble belyst for EFTA-domstolen, og om det er en oppgave for domstolene eller lovgiver å ta stilling til hvordan dette best kan løses, hensyntatt viktigheten av direktivets overordnede mål om utslippsreduksjon.

Lagmannsretten legger til grunn at EFTA-domstolen er kjent med fortalen til klimavotedirektivet. Etter lagmannsrettens oppfatning kan det vel være slik at EFTA-domstolens tolkning kan gi enkelte negative virkninger, slik tingretten er inne på. Når EFTA-domstolen har kommet til sitt resultat, er det blant annet fordi bekjempelse av klimaendringene er av grunnleggende betydning, jf. avsnitt 35. Det at domstolen ikke har omtalt andre virkninger enn klimaendringer som resultat av sitt standpunkt, innebærer etter lagmannsrettens syn at det likevel skal legges stor vekt på uttalelsen og at det ikke foreligger gode og tungtveiende grunner for å fravike dommen.

Lagmannsretten peker på at det av avsnitt 49 EFTA-dommen fremgår at tolkningen «bekreftes ikke bare av en bokstavelig tolkning av artikkel 12 nr.2a, men også av formålet med direktiv 2003/187 og direktivets system og generelle ordning». De kildene det vises til er i samsvar med EØS-rettslig metode.

Lagmannsretten er etter dette av den oppfatning at det skal legges stor vekt på dommen fra EFTA-domstolen, og at det ikke foreligger gode og tungtveiende grunner for å fravike dommen. Lagmannsretten tilføyer, i lys av anførselene fra NAS om at lagmannsretten må ta selvstendig stilling til direktivtolkningen, at lagmannsretten ikke har et annet syn på tolkningen enn EFTA-domstolen.

4.2.2 Nærmere om harmoniseringen

Lagmannsretten går etter dette over til å beskrive prinsipper for harmonisering av norsk rett med EØS-retten. Om dette heter det i tingrettens dom på side 21 og 22:

Når det skal tas stilling til hva den nasjonale regelen går ut på, vil prinsippet om EØS-konform tolkning og presumpsjonsprinsippet være førende for tolkningen av både klimakvoteloven og relevante bestemmelser i insolvenslovgivningen. Kjernen i prinsippet om EØS-konform tolkning innebærer at nasjonale domstoler så langt som mulig skal tolke nasjonal rett i overensstemmelse med EØS-retten med det formål å forhindre et resultat som strider mot den EØS-rettslige forpliktelsen, se for eksempel E-25/13 (Engilbertsson) avsn. 163. Det samme følger av presumpsjonsprinsippet, jf. Ot.prp.nr.79 (1991–1992) s. 3, og for eksempel HR-2025-2516-A avsnitt 99, HR-2025-563-A avsnitt 29, og HR-2021-822-A avsnitt 119.

Presumpsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning avgjør om klimakvoteloven og insolvenslovgivningen kan tolkes EØS-konformt. Begge er tolkningsprinsipper for nasjonal lovgivning. De gjelder uavhengig av om de aktuelle lovbestemmelsene som skal tolkes tjener til å gjennomføre EØS-forpliktelser eller ikke. Klimaloven er i den første kategorien, insolvenslovgivningen i den andre.

Presumpsjonsprinsippet har tradisjon i norsk rettspraksis lenger tilbake enn EØS-avtalen. Det er et sikkert utgangspunkt i norsk rett at lovgivningen skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Prinsippet er omtalt i forarbeidene til EØS-loven og til ratifikasjonen av EØS-avtalen, og pålegger norske domstoler å «utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.», jf. St.prp.nr. 100 (1991-1992) side 319 og Rt-2000-1811 Finanger I, på side 1830.

Prinsippet om EØS-konform tolkning er en del av EØS-retten og etablert i rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Prinsippet innebærer at nasjonale domstoler må strekke seg så langt som mulig for å nå et EØS-konformt resultat, ved bruk av nasjonale tolkningsprinsipper, se sak C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, avsnitt 8 og sak E-28/13 *LBI hf. v Merrill Lynch International Ltd*, avsnitt 42 til 45. Denne standardformuleringen («så langt som mulig»/«as far as possible») pålegger nasjonale domstoler å utnytte fullt ut det tolkningsrommet som er tilgjengelig etter anerkjente nasjonale tolkningsprinsipper.

Selv om prinsippet om EØS-konform tolkning er ulovfestet og domstolskapt i EØS-retten, er det antatt at det etter EØS-loven § 1 gjelder som norsk lov, ved siden av det norske presumpsjonsprinsippet. Dette på tilsvarende måte som ulovfestet EØS-rett om statlig erstatningsansvar, se Rt-2005-1365 Finanger II, avsnitt 52.

De to tolkningsprinsippene har med andre ord som felles utgangspunkt at domstolene så langt mulig må tolke norsk rett i samsvar med EØS-retten. Hvor langt dette er mulig, kan ikke besvares generelt. Rekkevidden av begge tolkningsprinsippene er relativ og beror på den konkrete situasjonen. Ikke enhver uoverensstemmelse mellom EØS-rett og norsk rett kan tolkes bort. Begge tolkningsprinsippene har grenser.

Vurderingstemaene for deres rekkevidde er noe ulikt formulert, men legalitetsbetraktninger og forutberegnelighet står sentralt.

Mulige forskjeller i rekkevidden av henholdsvis presumpsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning er omtalt i juridisk teori. Partene har ikke anført at det kommer på spissen i denne saken, og retten kan ikke se at det er tilfellet.

Lagmannsretten slutter seg i det vesentlige til tingrettens beskrivelse. Lagmannsretten bruker begrepet EØS-konform tolkning i det følgende, uten at det er tilsiktet at slik tolkning gir et annet resultat enn anvendelse av presumpsjonsprinsippet.

De to regelsettene i norsk rett som må harmoniseres er klimakvoteloven og insolvenslovgivningen. Spørsmålet er om rettskildene helt stenger for å tolke disse reglene i samsvar med EFTA-dommen, jf. Halvard H. Fredriksen og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 4. utgave, side 427, hvor det heter:

På tilsvarende vis etablerer presumpsjonsprinsippet en presumpsjon for EØS-konform fortolkning av norsk rett, slik at problemstillingen er om noe i det norske rettskildematerialet er til hinder for dette. Spørsmålet er ikke hva som isolert sett fremstår som den mest naturlige forståelsen av en norsk lovbestemmelse, norske lovforarbeider, norsk rettspraksis mv., men om de ulike rettskildene helt stenger for en EØS-konform tolkning.

I klimakvoteloven § 12 – slik bestemmelsen lød på det aktuelle tidspunktet – heter det:

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.

Klimakvoteloven § 12 stenger ikke for en EØS-konform tolkning, jf. tingrettens dom på side 25, under punkt 12.3, hvor det heter:

I klimakvotelovens ordlyd, formål og forarbeider er det etter rettens syn ingenting som taler avgjørende imot at kvoteplikten i lovens § 12 første ledd tolkes i tråd med EFTA-domstolens dom.

Lagmannsretten slutter seg til dette.

I tingrettens dom heter det videre under punkt 12.3:

Dette er imidlertid ikke de eneste rettskildene av betydning for om klimakvoteloven § 12 første ledd kan tolkes EØS-konformt. Begge tolkningsprinsippene krever slik retten ser det en bredere vurdering av rettskildebildet, der det også ses hen til annen lovgivning. Selv om EØS-konform tolkning er mulig ut fra ordlyden i klimakvoteloven § 12, formålsbetraktninger og lovens forarbeider, settes ikke tolkningsprinsippenes begrensninger knyttet til legalitetsbetraktninger og forutberegnelighet ut av spill. Som det vil fremgå i punkt 14 til 16, er

legalitetsbetraktninger og forutberegnelighet i dette tilfelles til hinder for EØS-konform tolkning av klimakvoteloven § 12.

Først er det nødvendig å redegjøre for relevante prinsipper og bestemmelser i insolvenslovgivningen (punkt 13). Disse inngår i systemet klimakvoteloven virker i, og påvirker mulighetene for å tolke klimakvoteloven EØS-konformt. I tråd med metoden som retten har redegjort for i punkt 11, er utgangspunkt også her en presumpsjon om rettsharmoni, og spørsmålet hva i insolvenslovgivningen som taler mot at norsk rett tolkes EØS-konformt.

Slik lagmannsretten ser det, er spørsmålet om insolvenslovgivningen stenger for en EØS-konform tolkning. Det er et mer krevende spørsmål. For øvrig kommer lagmannsretten tilbake til begrensninger som gjelder for en slik tolkning.

Det fremgår av rekonstruksjonsloven § 34 nr. 2 at en rekonstruksjon med tvangsakkord kan gå ut på en prosentvis reduksjon av gjelden (dividende), mens det i lovens § 54 første ledd slås fast at en akkord er bindende for alle fordringshavere med fordringer. Staten har gjort gjeldende at staten ikke har en «fordring» på levering av klimakvoter, noe som innebærer at akkorden ikke er bindende for staten. Staten har videre gjort gjeldende at et slik tolkningsresultat vil blant annet innebære at plikten til å levere klimakvoter faller utenfor rekonstruksjonen, herunder oppgjør av leveringsplikten med dividende. En slik tolkning av fordringsbegrepet vil etter statens syn innebære en harmonisering med EFTA-domstolens avgjørelse. Spørsmålet er om rettskildene helt stenger for statens tolkning.

I vanlig språkbruk brukes ordet fordring synonymt med et krav på en ytelse; normalt penger, men også andre formuesgoder, jf. HR-2023-1637 avsnitt 38, hvor det fremgår at fordringsbegrepet i foreldelsesloven kjennetegnes ved at skyldneren har en handleplikt overfor kravshaveren, og at kravshaveren tilgodeses av en ytelse av formuerettslig art. Fordringen (hos kreditor) motsvares av en plikt (hos debitor) til å gjøres opp. Det spiller ingen rolle om kreditor er det offentlige eller om plikten er etablert ved et vedtak. For eksempel er det offentliges krav på betaling av skatt en fordring.

Det er imidlertid mindre naturlig å se det slik at enkelte offentligrettslige plikter, motsvares av en fordring på myndighetens hånd. Det er dessuten reelle hensyn som taler mot å behandle slike krav som fordringer ved rekonstruksjon, jf. Bugge «Forurensningsansvaret» 1999 sidene 614 og 615 hvor det tas til orde for at boet i konkurs overtar tiltaksplikten etter forurensningsloven og må oppfylle pålegg som forurensningsmyndighetene har gitt. Slik lagmannsretten ser det, har kvoteordningen likhetstrekk med tiltaksplikt og pålegg etter forurensningsloven. NAS har fremholdt at eiendommer det hviler offentligrettslige plikter på vil et rekonstruksjonsbo kunne abandonere. Lagmannsretten har imidlertid vanskelig for å se at denne muligheten er et argument for å se at slike offentlige plikter motsvares av en fordring.

NAS har fremholdt at klimakvoter er å regne som finansielle instrumenter etter lov om verdipapirer § 2-2 nr. 11 og at kvoter kan kjøpes og selges. Dette innebærer at kjøp og salg av kvoter vil etablere fordringer. Selgeren vil ha en fordring på penger og kjøper vil ha krav på kvotene. Lagmannsretten er enig med NAS i at det oppstår fordringer når klimakvoter kjøpes og selges i annenhåndsmarkedet, men dette er ikke ensbetydende med at staten dermed har en fordring mot NAS på levering av klimakvoter. Oppgjør av plikten til å returnere klimakvoter etter klimakvoteloven kan ikke gjøres opp ved å betale et beløp som reflekterer verdien av kvotene. Dette følger klart av ordlyden i klimakvoteloven § 12 første ledd. Staten kan videre ikke disponere over de innleverte kvotene ved å selge dem; de skal slettes. Det er også tvilsomt om det er mulig for staten å tvangsinndrive klimakvotene. Det er nærliggende å se det slik at klimakvoteloven regulerer uttømmende statens muligheter for oppfylleelsespress ved illeggelse av overtredelsesgebyr. Disse særtrekkene ved returneringsplikten innebærer at det ikke er naturlig å se det slik at den motsvares av en fordring på statens hånd etter rekonstruksjonsloven § 54.

NAS har også vist til at plikten til å returnere klimakvoter er bokført som en gjeld i NAS' regnskap og at gjelden i så fall motsvares av en fordring på statens hånd. Lagmannsretten kan ikke se at dette får nevneverdig betydning for spørsmålet om staten har en fordring mot NAS på levering av klimakvoter etter rekonstruksjonsloven § 54. Et regnskap skal gi riktigst mulig uttrykk for den økonomiske statusen til en virksomhet. Dette betyr at forpliktelser må komme til syne uten at de av den grunn skal anses som gjeld med en motstående fordring. Etter det lagmannsretten forstår, gjelder det for eksempel miljøforpliktelser etter pålagte krav om opprydding etter forurensning.

Oppsummert er det lagmannsrettens oppfatning at det ikke følger av ordlyden eller andre rettskilder at staten har en «fordring» mot NAS på levering av klimakvoter, slik fordringsbegrepet er benyttet i rekonstruksjonsloven § 54. Flere av de klassiske kjennetegnene ved en fordring er ikke til stede for returneringsordningen. Det foreligger flere tolkningsmuligheter. For lagmannsretten er det i denne sammenheng tilstrekkelig å fastslå at rettskildene ikke stenger for statens tolkning. I samsvar med en EØS-konform tolkning legges dette til grunn i det følgende. Når det legges til grunn at staten ikke har en fordring, er det for øvrig vanskelig å forstå at staten kan anses som en fordringshaver etter rekonstruksjonslovens § 54 og etter lovens § 1.

Tingretten har, i samsvar med anførselene fra NAS gitt uttrykk for at reglene om kreditorenes beslagsrett ikke lar seg forene med klimakvotedirektivet, slik EFTA-domstolen har tolket det. Til dette har staten gjort gjeldende det kun er §§ 54 og 34 i rekonstruksjonsloven som gir anvisning på oppgjør med dividende og at det derfor bare er disse bestemmelsene som må harmoniseres med EFTA-dommen. De øvrige bestemmelsene i insolvenslovgivningen som NAS har vist til, innebærer etter statens syn praktiske problemer, ikke rettslige hindre. Lagmannsretten slutter seg til dette. NAS kunne således levert klimakvoter før åpning av rekonstruksjonen. Siden staten ikke har en

fordring på kvotene, kunne et slikt oppgjør ikke vært ansett som betaling av gjeld som kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Plikten til å levere kvoter kunne også vært gjort opp under rekonstruksjonen. Siden staten ikke anses som fordringshaver, er det vanskelig å se at oppgjør kunne anses som forfordeling av kreditorene.

NAS har pekt på at beslagsretten gjelder for ethvert formuesgode, jf. dekningsloven § 2-2 og at kreditorutvalget måtte samtykke til å returnere kvotene, jf. rekonstruksjonsloven § 15 annet ledd, noe som forutsetter at klimakvotene anses som formuesgjenstander av vesentlig betydning. Lagmannsretten er enig med NAS i at klimakvoter som sådan etter tradisjonell norsk rett må anses som formuesgoder. De er finansielle instrumenter etter verdipapirhandeloven og kan omsettes fritt. Beslagsretten i dekningsloven § 2-2 gjelder imidlertid med det forbehold at «ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse». Dette henviser særlig til beslagsforbudene i dekningsloven kapittel 3, bestemmelsene om beslagsfrihet i dekningsloven §§ 2-3 - § 2-5 og lovbestemt pant, men kan også knytte seg til tinglige rettigheter og offentligrettslige tillatelser eller pålegg. Når klimakvoteloven § 12 trekkes inn ved tolkningen av beslagsrettens omfang, ser lagmannsretten det slik at norske rettskilder ikke stenger for at klimakvoter som skal returneres, ikke omfattes av beslagsretten. Dette til tross for at insolvenslovgivningen for øvrig er av positivrettslige karakter. Lagmannsretten viser også i denne sammenheng til at klimakvoters rettslige status er uklar i EU/EØS. I det skriftlige innlegget til EFTA-domstolen ga ESA således uttrykk for at klimakvoter ikke kan anses som «assets in the traditional sense» i forbindelse med insolvens:

75. Second, the Authority considers it doubtful whether it can be considered compliant with EEA law for emission allowances, held in an ETS account by an operator which is subject to insolvency proceedings, to be considered “assets” in the traditional sense.

76. In most national insolvency systems, assets which are held by an insolvent operator are obligatorily monetized in order to meet the insolvent operator’s debts. The Authority submits that [...] emission allowances in an insolvent operator’s ETS account are not mean to be treated as any other asset. [...]

Lagmannsretten forstår dette slik at klimakvoter som skal returneres må holdes utenfor kreditorenes beslagsrett for at kvotepliktige virksomheter lovlig skal kunne gjøre opp kvoteplikten under rekonstruksjonsforhandlinger.

Lagmannsretten har merket seg at en fremlagt rapport fra 2018, «Legal Nature of EU ETS Allowances», utarbeidet etter oppdrag fra EU-kommisjonen, gir uttrykk for at EU-retten ikke definerer kvotenes rettslige stilling. Det fremgår også at regulering ved insolvens er overlatt til nasjonal rett. Lagmannsretten bemerker at rapporten i seg selv har begrenset vekt ved vurderingen og at den uansett ikke røkkes ved de konklusjoner lagmannsretten så langt har trukket.

Lagmannsrettens foreløpige konklusjon er at plikten til å returnere klimakvoter ikke kan gjøres opp med dividende.

4.2.3 NAS' anførsel om erstatnings- og straffansvar

Med den forståelse lagmannsretten har lagt til grunn, kan lagmannsretten ikke se at straffeloven § 402 eller § 408 ville rammet et oppgjør av klimakvoter fullt ut, verken før eller under rekonstruksjonen. Dersom et oppgjør av klimakvotene i samsvar med det NAS fikk beskjed om av myndighetene i ettertid skulle vise seg å være feil, kan lagmannsretten vanskelig se at NAS ville blitt straffet for dette. Enten fordi handlingen ikke ville blitt ansett som rettsstridig, noe som også ville innebåret at den ikke ville være erstatningsbetingende, eller fordi NAS ville blitt ansett for å være i unnskyldelig rettsvillfarelse, jf. straffeloven § 26. Det vises i denne sammenheng til Magnus Matningsdal i Juridika Lovkommentar til straffeloven § 26, note 6.4, bekreftet ajour 1. juli 2025, hvor det fremgår at det vil ha betydning om den som har handlet har bygd på utsagn fra offentlig myndighet.

4.2.4 Begrensninger i EØS-konform tolkning - «legal certainty» og «contra legem»

4.2.4.1. Generelt

NAS har anført at de EU/EØS-rettslige prinsippene om «legal certainty» og «contra legem» vil være til hinder for en EØS-konform tolkning av norsk rett. Staten har gjort gjeldene at en harmonisering ikke er «contra legem», og at prøving ut over det ikke er relevant.

«Legal certainty» er et prinsipp utviklet i EU/EØS-retten som skal sikre at en borger kan forutse sin rettsstilling. Det krever at lovgivningen er klar, offentliggjort og ikke har tilbakevirkende kraft. NAS har anført at en EØS-konform tolkning ikke var tilstrekkelig klar og forutsigbar. Tingretten har beskrevet denne delen av prinsippet slik på side 37 i dommen:

Rettsreglene må altså være klare og presise, og deres anvendelse forutsigbar for dem som er underlagt loven, spesielt der de kan ha negative konsekvenser for enkeltpersoner og foretak. Videre i avsnitt 51 presiserer EU-domstolen at lovgivningen må gjøre det mulig for de berørte å vite nøyaktig omfanget av de forpliktelsene som pålegges dem, og de må kunne fastslå entydig sine rettigheter og plikter og handle deretter.

Utgangspunktet er moderert i praksis, jf. NOU:2021 «Trygd over landegrensene» hvor det i punkt 14.4.4 «Nærmere om kravet til klarhet og presisjon» heter:

EU-domstolen har i flere saker formulert kravene til klarhet og presisjon i strenge ordelag. Domstolen har gitt uttrykk for at reglene må gi de berørte mulighet til å få «nøyagtigt kendskab» til sine rettigheter og plikter, slik at de ikke skal være i tvil

om disse og skal kunne handle deretter. I praksis er dette et uopnåelig ideal, og en gjennomgang av rettspraksis viser at listen ikke er lagt så høyt som formuleringene kunne tilsi.

Partene er uenige om betydningen av retts- og pliktforholdet i saken. NAS har fremholdt at det er av stor betydning hvor en privat part har plikter overfor staten («omvendt vertikalt forhold»). Staten er uenig i dette og har også pekt på at det er mer naturlig å se tvisten som en konflikt mellom en sterk privat part og miljøet.

Om problemstillingen heter det i NOU:2021 «Trygd over landegrensene» punkt 14.4.4:

En stor del av den umiddelbart anvendelige EU-lovgivningen er rettet mot nasjonale myndigheter eller profesjonelle markedsaktører, som forutsetningsvis har, eller kan skaffe seg, den juridiske kompetansen som er påkrevd for å kunne få oversikt over reglene. I sak C-110/03 *Belgia mot Kommisjonen* la EU-domstolen vekt på om medlemsstatene kunne rydde tvil av veien gjennom en tolkning. I sak E-1/10 *Periscopos* formulerte EFTA-domstolen problemstillingen som et spørsmål om en «aktpågivende investor» ville settes i stand til å få klarhet i omfanget av sine rettigheter og plikter.

Utvalget antar at kravene som kan utledes av klarhetsprinsippet, er strengere i tilfeller hvor nasjonal lovgivning på EU/EØS-regulerte områder henvender seg til alminnelige borgere. Utvalget ser heller ikke bort fra at kravene skjerpes ytterligere på områder hvor mange av lovens brukere forutsetningsvis befinner seg i en krevende livssituasjon, med helsemessige eller økonomiske utfordringer.

Lagmannsretten viser også til Finn Arnesen m.fl., Oversikt over EØS-retten (2022) side 652 hvor det heter:

Høyesterett skiller altså mellom situasjoner der rettsforhold består mellom det offentlige og private parter (vertikale rettsforhold), og rettsforhold mellom private parter (horisontale rettsforhold). Til det første ser vi at presumsjonsprinsippet gir EØS-retten sterk gjennomslagskraft når det er tale om rettsregler som beskytter private fra inngrep mot det offentlige. Det er imidlertid ikke slik at presumsjonsprinsippet taper gjennomslag bare fordi det er tale om en tvist mellom det offentlige og en privat part, eller fordi folkeretten tilsier et ugunstig resultat for den private part som er i tvist med offentlige myndigheter. Det illustreres av Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral*, der Høyesterett gikk langt i å tolke fl. § 3 innskrenkende for å sikre et EØS-konformt resultat der spørsmålet var om statens krav på tilbakebetaling av ulovlig statsstøtte var foreldet. Det sentrale i *Finanger I* er at presumsjonsprinsippet får en særlig gjennomslagskraft der folkerettsregelen beskytter private mot inngrep fra det offentlige.

Lagmannsretten oppfatter begrepet «contra legem» som en beskrivelse av en situasjon hvor det ikke finnes tolkningsrom etter nasjonal rett som gjør det mulig med en harmoniserende tolkning. Det vil være aktuelt der en står overfor klar ordlyd som ikke byr på tolkningstvil, og som heller ikke kan nyanseres med andre bestemmelser eller rettskilder for øvrig. Et

eksempel etter norsk rett som anses som «contra legem» er Finanger I, som lagmannsretten kommer tilbake til.

4.2.4.2 «Contra legem» og «legal certainty» - konkret vurdering

Dersom en løsning er «contra legem», vil den – slik lagmannsretten forstår det – også stride mot prinsippet om «legal certainty». Lagmannsretten tar derfor først stilling til EØS-konform tolkning er «contra legem».

Som det fremgår ovenfor er Finanger I et eksempel etter norsk rett på at det ikke kunne gjennomføres en harmoniserende tolkning. I dommen heter det:

[P]rinsippet om direktivkonform fortolkning [kan ikke] strekkes så langt at klar motstrid mellom nasjonal rett og EØS-rett kan tolkes bort.

Dommen gjelder forholdet mellom bilansvarsloven § 7 tredje ledd b), slik bestemmelsen den gang lød og EØS-retten. Etter bestemmelsen i bilansvarsloven var det ikke grunnlag for erstatning dersom passasjerene visste at sjåføren var påvirket av alkohol. En slik regel var uforenlig med EØS-retten. Av dommen fremgår at klar motstrid ikke kan tolkes bort. Det er pekt på at ordlyden i bestemmelsen ikke lot seg forstå på flere alternative måter og at man var utenfor det som «med rimelighet» kunne anses som en tolkning av bestemmelsen. EØS-direktivet som skapte motstrid hadde blitt vurdert av lovgiver som på grunn av en misforståelse av EØS-retten valgte å opprettholde bestemmelsen i bilansvarsloven uendret. Det fremgår også av dommen at det var av vesentlig betydning at bilansvarslovens § 7 gjaldt private parter, hvor presumsjonsprinsippet ikke har den samme gjennomslagskraft som et tilfelle der folkerettslige forpliktelser gir den enkelte borger vern mot inngrep fra det offentlige.

I motsetning til Finanger I er det verken i klimavoteloven eller i insolvenslovgivningen som NAS har vist til, eksplisitt gitt uttrykk for at kvoteplikten kan gjøres opp ved dividende med frigjørende virkning. Det er heller ikke tale om å tolke bort en eksplisitt motstridende lovbestemmelse som lovgiver uttrykkelig har valgt å opprettholde. Det at plikten til å returnere klimavoter ikke kan gjøres opp med dividende, ligger etter lagmannsrettens oppfatning heller ikke utenfor det som «med rimelighet» kan anses som en tolkning av klimavoteloven og insolvenslovgivningen. Finanger I kan således ikke tas til inntekt for at norsk rett stenger for en løsning i samsvar med EFTA-domstolens avgjørelse.

Lagmannsretten kan heller ikke se at de skranker som følger av «contra legem»-prinsippet slik dette er anvendt i EU/EØS-retten, innebærer et annet resultat. Lagmannsretten finner grunn til å peke på at det ikke nødvendigvis er «contra legem» å tolke i strid med lovens ordlyd, jf. T-527/14 Rosenich avsnitt 8 og C-573/17 Poplawski II avsnitt 91.

Lagmannsretten kan heller ikke se at «legal certainty»-prinsippet medfører en begrensning med hensyn til å legge EFTA-domstolens avgjørelse til grunn. Forutsetningen er at norsk rett åpner for en EØS-konform tolkning som ikke er «contra legem». Slik lagmannsretten ser det, blir derfor rommet for anvendelse av «legal certainty»-prinsippet svært begrenset.

Lagmannsretten finner grunn til å kommentere to forhold NAS har anført, knyttet til «legal certainty»-prinsippet. Det ene er betydningen av parts- og pliktrelasjonen.

Når det gjelder betydningen av det NAS har betegnet som «et omvendt vertikalt forhold», viser lagmannsretten til Finn Arnesen m.fl., Oversikt over EØS-retten (2022) side 652 sitert ovenfor, hvor det fremgår at presumsjonsprinsippet ikke taper gjennomslag bare fordi det er tale om en tvist mellom det offentlige og en privat part, eller fordi folkeretten tilsier et ugunstig resultat for den private part som er i tvist med offentlige myndigheter. Videre viser lagmannsretten til NOU:2021 «Trygd over landegrensene» punkt 14.4.4 også gjengitt ovenfor, hvor utvalget antar at det må trekkes et skille mellom private parter; profesjonelle markedsaktører på den ene siden, som forutsetningsvis har, eller kan skaffe seg, den juridiske kompetansen som er påkrevd for å kunne få oversikt over reglene og alminnelige borgere på den annen. Den aktuelle problemstillingen gjelder returneringsplikt for flyselskaper, en presumptivt ressurssterk part, noe som er illustrert i saken, ved at NAS har vært bistått av omfattende juridisk ekspertise fra et stort advokatfirma. Noen grunn til å legge vekt parts- og pliktrelasjonen er det etter lagmannsrettens oppfatning ikke.

Det andre forholdet lagmannsretten kommenterer er hvor stor grad av usikkerhet som rådet før fristen for å returnere klimakvoter løp ut 30. april 2021. Tingretten har på side 39 i dommen fremholdt – noe NAS har støttet – at det var «usikkert hva den folkerettslige regelen gikk ut på frem til EFTA-domstolens dom av 9. august 2024». Slik lagmannsretten ser det, trakk imidlertid en rekke EØS-rettslige kilder i samme retning som det tolkningsresultatet EFTA-domstolen la til grunn, jf. alle skriftlige innlegge (unntatt fra NAS) til EFTA-domstolen. Både Island, EU-Kommisjonen og ESA hadde i det vesentlige samme syn på EØS-retten som staten, og EFTA-domstolen avsa en klar uttalelse om hvordan EØS-retten skal tolkes.

Lagmannsretten peker også på at staten allerede 12. april 2020 via brev fra KLD til NHO Luftfart, med kopi til NAS, klargjorde at returneringsplikten ikke ga noen rom for nasjonale unntak. Dette synspunktet ble også kommunisert tydelig overfor NAS da returneringsfristen nærmet seg. Det at NAS i ettertid – under saksforberedelsen for tingretten – har blitt kjent med uttalelser fra myndighetene som ikke er i samsvar med KLDs oppfatning, tilsier ikke at manglende overholdelse av returneringspliktens innhold var uforutberegnelig for NAS.

Lagmannsretten legger også til grunn at NAS har hatt god innsikt i prinsippet om EØS-konform tolkning og derfor hadde gode muligheter til å se hvilke konsekvenser EØS-retten ville ha for norsk rett.

Lagmannsretten tilføyer at det tingretten omtaler i punkt 14.6 (side 40) i dommen som en ryddeplikt, er – etter lagmannsrettens oppfatning – lite relevant for spørsmålet om «legal certainty». Denne plikten gjelder, slik lagmannsretten forstår det, EØS-rettens krav til gjennomføring av rettsakter i EØS, og gir ikke begrensninger i prinsippet om EØS-konform tolkning. Innholdet i statens «ryddeplikt» kan tenkes håndhevet gjennom et traktatbruddsøksmål reist av ESA for EFTA-domstolen, og kan ikke brukes som argument for at nasjonale domstoler ikke skal tolke nasjonal rett så langt som mulig i tråd med EØS-retten.

Lagmannsrettens oppfatning er etter dette at en EØS-konform tolkning ikke begrenses av «contra legem» eller «legal certainty».

4.2.5 Grunnloven § 113

NAS har anført at det å legge avgjørelsen fra EFTA-domstolen til grunn er en tilsidesettelse av norsk insolvenslovgivning som er i strid med Grunnloven § 113. Tingretten er enig i dette, fordi «legalitetsprinsippets krav til klarhet og forutsigbarhet ikke er oppfylt», etter det lagmannsretten forstår fordi tingretten har sett det slik at legalitetsprinsippet inneholder et tilsvarende klarhetskrav som EØS-retten.

Etter lagmannsrettens oppfatning bryter det ikke med Grunnloven § 113 å legge EFTA-dommen til grunn.

Av Grunnloven § 113 fremgår at «[M]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Plikten for NAS til å returnere et tilstrekkelig antall kvoter som dekker selskapets CO₂-utslipp foregående år fremgår klart av klimakvoteloven § 12.

Lagmannsretten deler ikke tingrettens oppfatning om at klarhetskravet etter EØS-retten er brutt, ei heller at Grunnloven § 113 bygger et tilsvarende krav. Anførselen fra NAS fører ikke frem.

4.2.6 NAS gis ikke medhold i sin påstand punkt 1

Etter dette gis staten medhold i sin anførsel om at en EØS-konform tolkning innebærer at NAS' kvoteplikt ikke kunne gjøres opp ved dividende. Det er for lagmannsretten ikke nødvendig å ta stilling til statens anførsel knyttet til EØS-loven § 2.

4.3 Er vedtaket om gebyr likevel ugyldig?

NAS har dernest gjort gjeldende at illeggelse av gebyret er i strid med Grunnloven § 113, EØS-rettens rettssikkerhetsprinsipp og klarhetskravet etter EMK. NAS har videre gjort

gjeldende at det gjelder et krav om uaktsomhet for å ilegge overtredelsesgebyr etter klimakvoteloven § 19. NAS har fremholdt at KLD ikke har vurdert skyldkravet, noe som medfører at gebyrvedtaket ugyldig. Det er også gjort gjeldende at NAS uansett ikke har opptrådt uaktsomt. NAS har også anført at det forelå en «force majeure»-situasjon og at det heller ikke av den grunn kunne ilegges gebyr. Staten mener at ingen av anførselene fører frem.

4.3.1 Grunnloven § 113

Lagmannsretten tar først stilling til anførselen om at vedtaket om ileggelse av gebyr er i strid med klarhetskravet som følger av Grunnloven § 113. Bestemmelsen er sitert ovenfor.

I klimakvoteloven § 19 førstepunktum heter det:

Dersom operatøren ikke har overholdt sine forpliktelser etter § 12 første ledd, ilegger klimakvotemyndigheten et overtredelsesgebyr til statskassen.

I klimakvoteloven § 12, slik den lød på det aktuelle tidspunktet, heter det:

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

Hvilke krav Grunnloven § 113 stiller til klarhet, er behandlet i Rt-2014-1281 avsnitt 48, hvor det heter:

Legalitetsprinsippet får anvendelse generelt der staten gjør inngrep overfor den enkelte, og krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Det innebærer at lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen. Men tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.

I HR-2021-2275 avsnitt 59 er det vist til HR-2018-1907 avsnitt 51 hvor Rt-2014-1281 avsnitt 48 er sitert, mens det i avsnitt 60 fremgår at lovens ordlyd ikke bare er den sentrale tolkningsfaktoren, men at den også danner rammen for regelfortolkningen. I HR-2025-2545-A fremgår under henvisning til Rt-2014-1281 avsnitt 48 at lovens ordlyd står sentralt, men at den nødvendigvis ikke er avgjørende.

Ordlyden i klimakvoteloven § 12 åpner ikke for unntak, og dekker slik sett også returneringsplikt der den kvotepliktige er under rekonstruksjon. Ordlyden tilsier ikke at returnering kan skje ved dividende.

Spørsmålet er om klimakvoteloven § 12 skal tolkes innskrenkende på grunn av bestemmelsene i insolvenslovgivningen. Lagmannsretten har ovenfor – etter en harmonisering av rettskildene – lagt til grunn at returneringsplikten må gjøres opp fullt ut, også under rekonstruksjon. Lagmannsretten viser for øvrig til: Thomas Midttun Tobiassen,

(2019), «Når myndighetene griper inn – En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis», hvor det heter:

En særegen type underpresisjon foreligger der to bestemmelser synes å regulere samme tilfelle. Si at forvaltningen har benyttet inngrepshjemmel, *a*, mens lovbestemmelse *b* også gir inntrykk av å regulere den samme situasjonen. Her blir det spørsmål om *a* må tolkes innskrenkende fordi ingen av bestemmelsene spesifiserer forholdet mellom dem. Tidligere nevnte Rt-2014-585 er et også et eksempel på dette: I saken var det spørsmål om barnelova § 28a måtte tolkes innskrenkende fordi gravferdsloven § 7 regulerte vilkårene for å åpne graver, og disse var ikke oppfylt. Dette særspørsmålet om innskrenkende tolkning forekommer, i litt forskjellige avskygninger, i tretten avgjørelser i utvalget. I to av disse avgjørelsene konstaterer Høyesterett at inngrepshjemmelen er utilstrekkelig, men det er ikke klarheten i lovteksten selv som fremheves som det avgjørende argumentet i den forbindelse. Inntrykket fra avgjørelsene samlet sett er at Høyesterett er tilbakeholdne med å tolke inngrepshjemmelen innskrenkende på dette grunnlag, og det er en tendens til å legge vekt på hensynene bak inngrepshjemmelen på bekostning av hensynene bak den konkurrerende hjemmelen.

Lagmannsretten kan ikke se at det er i strid med Grunnloven § 113 å legge avgjørende vekt på det hensyn klimakvoteloven skal fremme. Konkusjonen er at Grunnloven § 113 ikke er til hinder for gebyrileggelsen.

Lagmannsretten tar etter dette stilling til NAS' anførsel om at returneringsplikten stilling under rekonstruksjon er så uklar og uforutsigbar at den er i strid med det EØS-rettslige rettssikkerhetsprinsippet, etter det lagmannsretten forstår nærmere bestemt «legal certainty»- og «contra legem»-prinsippet.

Forutsetningen for vurderingen av NAS' anførsel er at returneringsplikten ikke kunne gjøres opp ved dividende. Ved denne vurderingen har lagmannsretten kommet til at «legal certainty»- og «contra legem»-prinsippet ikke tilsier et annet resultat. Lagmannsretten kan ikke se at resultatet blir annerledes ved spørsmålet om illeggelsen av gebyret.

Lagmannsretten viser også til vurderingen ovenfor etter Grunnloven § 113 og klarhetskravet etter EMK som også er dekkende for lagmannsrettens syn på spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig klarhet etter «legal certainty»-prinsippet.

Lagmannsretten oppfatter det slik at NAS også har anført at et prinsipp etter EØS-retten som verner berettigede forventninger er brutt gjennom gebyrileggelsen. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger berettigede forventninger som medfører at gebyrvedtaket er i strid med EØS-retten. Det foreligger ingen løfter eller tilsagt fra kompetente myndigheter om at NAS ikke skulle ilegges gebyr. Det at rekonstruktøren ga uttrykk for boets og hans oppfatning, skaper ingen vernet berettiget forventning. Det gjør heller ikke myndighetens praksis, som NAS for øvrig først ble kjent med under saksforberedelsen for tingretten.

4.3.2 Kravet til klarhet etter EMK

NAS har gjort gjeldende at ileggelse av gebyret er å anse som straff etter EMK artikkel 6 og 7, og at returneringsplikten stilling under rekonstruksjon så uklar at gebyret er i strid med lovkravet etter EMK art. 7. Staten er uenig i begge disse standpunktene.

Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta stilling til om gebyret må anses som straff etter EMK artikkel 6 og 7. Dette fordi ileggelse av gebyret uansett ikke er i strid med klarhetskravet etter EMK.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i HR-2024-1107 A avsnitt 80 og 81 hvor det heter:

(80) Forsvarer har gjort gjeldende at det vil være i strid med lovkravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 å straffe A. I lovkravet ligger at den aktuelle straffebestemmelsen må være tilgjengelig for allmennheten. Den må videre være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes, se HR-2020-2019-A avsnitt 14 med videre henvisninger. Kravet om en tilstrekkelig klar lovhjemmel er sammenfallende i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7, jf. avsnitt 15 i dommen.

(81) Klarhetskravet er ikke til hinder for å straffe etter bestemmelser som gir et visst rom for tolkning. Jeg viser til storkammerdommen fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) 12. februar 2008 *Kafkaris mot Kypros* [EMD-2004-21906]1 avsnitt 141, der det heter:

«The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice, The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain, Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, ‘provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen’»

Eksempler etter norsk rett på tolkning som er ansett for å tilfredsstille lovskravet i EMK artikkel 7 er HR-2016-2228-A, hvor en «Segway» ble ansatt som «motorvogn» og HR-2023-1246-A, hvor små droner ble ansett som «luftfartøy».

Det er ingen uklarhet i ordlyden knyttet til klimakvoteloven § 12. Bestemmelsen gir isolert sett tilstrekkelig klarhet til å kreve full oppfyllelse også under rekonstruksjon. Formålet trekker i samme retning. Etter lagmannsrettens oppfatning er gebyrileggelsen «consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen», jf. *Kafkaris mot*

Kypros, sitert ovenfor. Lagmannsretten viser i denne forbindelse til at KLD allerede i brev 17. april 2020 til NHO Luftfart, med kopi til NAS, meddelte at klimakvotedirektivet ikke åpner for utsettelse av fristen eller andre unntak fra kvoteplikten, og heller ikke unnlattelse av å ilegge overtredelsesgebyr.

Etter dette er det lagmannsrettens konklusjon at klarhetskravet i EMK artikkel 7 ikke er til hinder for å ilegge gebyret.

4.3.3 Skyldkrav

NAS har videre anført at det gjelder et krav om uaktsomhet for å ilegge overtredelsesgebyr etter klimakvoteloven § 19. Det er anført at dette følger av EMK og forvaltningsloven § 46. Det er videre gjort gjeldende at NAS ikke har opptrådt uaktsomt. Staten er uenig, både i at det gjelder et aktsomhetskrav og at NAS har opptrådt aktsomt.

For lagmannsretten er det ikke nødvendig å ta stilling til de forskjellige rettslige grunnlagene for et skyldkrav. Dette fordi lagmannsretten mener at NAS har opptrådt uaktsomt, slik at et skyldkrav uansett er oppfylt.

Slik lagmannsretten ser det, var unnlatelsen av å oppfylle kravet til innlevering av kvoter forsettlig. NAS valgte bevisst å ikke oppfylle kravet. Det kan reises spørsmål om NAS var i aktsom rettsvillfarelse. NAS har fremholdt at selskapet kunne pådra seg straff og erstatningsansvar ved å gjøre opp returneringsplikten fullt ut, og mente at det i en slik situasjon ikke forelå noen plikt til å returnere kvotene. Slik sett var NAS i rettsvillfarelse. Det er lagmannsrettens oppfatning at risikoen for straff og erstatningsansvar var beskjedent, selv om det skulle vise seg at det var feil å oppfylle returneringsplikten fullt ut, jf. lagmannsrettens vurdering av dette ovenfor.

Dessuten har NAS vist til at oppgjør av klimakvoter fullt ut ville innebære at NAS med stor grad av sannsynlighet ville gått konkurs. Valget var således også kommersielt begrunnet.

Lagmannsretten har forståelse for at NAS befant seg i en vanskelig situasjon. For lagmannsretten fremstår det likevel slik at NAS, etter en konkret risikovurdering – hvor både konkurserisiko og lovligheten av og plikten til å levere klimakvotene ble trukket inn – valgte å ta en risiko ved å tilby staten dividende. Det må ha vært åpenbart at en mulig konsekvens av valget var at det ville påløpe et gebyr i størrelsesorden 400 000 000 kroner. NAS var godt kjent med statens syn før fristen for å returnere klimakvoter løp ut, og NAS var også godt kjent med de rettslige argumentene mot at returneringsplikten ikke kunne gjøres opp ved dividende. Det at NAS valgte å ta sjansen på at selskapets synspunkt var korrekt, kan etter lagmannsrettens oppfatning ikke anses som unnskyldelig.

NAS har fremholdt at det i KLDs vedtak ikke er foretatt noe skyldvurdering, noe som medfører at vedtaket er ugyldig. Lagmannsretten oppfatter det slik at det anføres at KLD ved dette har begått en saksbehandlingsfeil. Slike feil får imidlertid ikke betydning når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Det ville en manglende skyldvurdering ikke.

4.3.4 Force majeure

EU-domstolen har innfortolket et unntak for tilfeller der manglende overholdelse av returneringsfristen skyldes force majeure, jf. C-203/12 Billerud avsnitt 31. NAS har gjort gjeldende at dette unntaket kommer til anvendelse, noe staten er uenig i.

NAS har for det første vist til at fullt oppgjør av kvoteplikten ville vært straffbart og erstatningsbetingende. Med det resultat lagmannsretten har lagt til grunn, er det ikke riktig. Som nevnt ovenfor er det for øvrig lagmannsrettens oppfatning at risikoen for straff og erstatningsansvar var beskjeden, selv om det skulle vise seg at det var feil å oppfylle returneringsplikten fullt ut.

NAS har også fremholdt at selskapet uansett var forhindret fra å oppfylle på grunn av et pålegg selskapet skal ha mottatt fra rekonstruktøren. Til dette bemerker lagmannsretten at NAS beholdt rådigheten over egen virksomhet og formuesforhold under rekonstruksjonen, jf. rekonstruksjonsloven § 15 første ledd. Selskapet hadde derfor rettslig adgang til både å kjøpe inn og levere kvoter. Med kreditorutvalgets samtykke kunne selskapet også lånefinansiert slikt innkjøp, jf. rekonstruksjonsloven § 15 annet ledd.

Slik lagmannsretten ser det, kan det ikke legges til grunn som mest sannsynlig at rekonstruktøren, advokat Wiker, ga noe pålegg til NAS. Basert på den forklaring Wiker ga under ankeforhandlingen – som var i samsvar med den han ga under hovedforhandlingen i tingretten – legger lagmannsretten til grunn at Wiker og NAS var enige om at staten skulle tilbys dividende, og at det da ikke var noe poeng å gi noe pålegg, slik Wiker uttrykte det.

Etter dette er det lagmannsrettens oppfatning at det ikke forelå noen force majeure-situasjon som tilsier at NAS skal fritas fra plikten til å returnere klimakvotene.

4.3.5 NAS' anførsler om at vedtaket uansett er ugyldig fører ikke frem

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at NAS ikke hadde anledning til å gjøre opp forpliktelsen til å levere klimakvoter ved dividende. Etter lagmannsretten syn fører heller ikke andre påstandsgrunnlag fra NAS til at KLDs vedtak om å ilegge gebyr er ugyldig.

4.4 Er gebyrkravet en etterprioritert fordring i rekonstruksjonen?

NAS har anført at det ilagte gebyret er en etterprioritert fordring omfattet av rekonstruksjonsplanen, jf. dekningsloven § 9-7 fjerde ledd bokstav b. Dersom det er riktig, faller gebyret bort uten dekning fordi det ikke var midler til å dekke etterprioriterte

fordringer. Spørsmålet er om fordringen på gebyr «skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen», jf. rekonstruksjonsloven § 54. Fordringen må således ha oppstått før 8. desember 2021 for at den skal bli stående uten dekning.

NAS har anført at vedtakstidspunktet ikke er avgjørende. Lagmannsretten er enig i dette. NAS har videre gjort gjeldende at plikten til å betale gebyr etter klimakvoteloven § 19 har klare likhetstrekk med skattefordringer. I den forbindelse er det henvist til Silje Karine Nordtveit: «Når oppstår en fordring?», side 245, hvor det heter:

Det er etter mitt syn rettskildemessig grunnlag for å anse skattefordringer for oppstått når den skattbare inntekten er opptjent.

Dersom Nordtveit med «opptjent», mener det tidspunkt en bruttoinntekt anses skattepliktig, er standpunktet etter lagmannsrettens oppfatning tvilsomt. Skatteplikten, og derved størrelsen det offentliges fordring, oppstår for alminnelig inntekt som et resultat av bruttoinntekter med fradrag for relevante kostnader. Det fremstår derfor som naturlig å anse skattefordringen som oppstått når inntektsåret er avsluttet. Det er mulig at synspunktet til Nordtveit har mer for seg for bruttoskatter, men siden skattebyrden øker med inntektens størrelse (trinnskatt) – og derfor først er klar ved inntektsårets utløp – er det tvilsomt om opptjeningstidspunktet av inntekt for slike skatter kan legges til grunn som tidspunkt for når en skattefordring på bruttoskatt oppstår. Lagmannsretten oppfatter Rt-1949-743 – som NAS har vist til – slik at skattekravet baserte seg på et inntektsår som var avsluttet før konkursåpningen.

NAS har videre påpekt at plikten til å returnere klimakvoter oppstår etter hvert som virksomheten slipper ut CO². Lagmannsretten er ikke uenig i et slikt synspunkt, men kan vanskelig se at dette er relevant når det skal tas stilling til spørsmålet om gebyret skriver seg fra tiden før åpningen av rekonstruksjonsforhandlingen.

Slik lagmannsretten ser det, vil fordringen på gebyr ha oppstått på det tidspunktet NAS ikke lenger hadde kontroll over når fordringen skulle oppstå, jf. i den sammenheng Nordtveit op. cit. side 245 og 246 for situasjoner hvor det på et tidspunkt forut for vedtakstidspunktet er på det rene at avgiften skal betales. Det heter således: «Nok en gang er det hensiktsmessig å vurdere på hvilket tidspunkt debitor (borgeren) ikke lenger har kontroll med om en avgiftsfordring skal oppstå.»

Slik lagmannsretten ser det oppstod gebyrfordringen 1. mai 2021. Det var først da NAS ikke lenger hadde kontroll med om avgiften ble ilagt. Lagmannsretten peker også på at NAS hadde økonomisk mulighet til å kjøpe nødvendig antall klimakvoter, som ville kostet ca. 200 000 000 millioner kroner. Det at verken NAS eller rekonstruksjonsboet ikke ønsket det, er ikke avgjørende.

NAS har videre vist til at insolvensreglene fratok NAS muligheten til å forskjellsbehandle kreditorene, omstøtelsesregler og regler om straffeansvar. Disse anførslene fører ikke frem. Lagmannsretten viser til vurderingen av disse spørsmålene ovenfor. NAS har også anført at selskapet var fratatt mulighet til å levere tilstrekkelig antall kvoter fordi selskapet var inkludert som «related party» i «examinership» under rekonstruksjonen som pågikk i Irland. Anførselen er ikke underbygget på en måte som innebærer at gebyrfordringen kan anses oppstått før 8. desember 2020.

NAS har også vist til at staten meldte et gebyr for unnlatt retur av klimakvoter som etterprioritert fordring i konkursen til Flyr AS. Til dette bemerker lagmannsretten at spørsmålet om gebyrkravet mot NAS er en etterprioritert fordring, beror på en lovtolkning. Ved lovtolkningen har det ikke betydning at staten har lagt en annen tolking til grunn i andre saker, enn den lagmannsretten mener er den korrekte.

Etter dette konkluderer lagmannsretten med at gebyrfordringen ikke er å anse som en etterprioritert fordring i NAS' rekonstruksjonsbo.

5. Staten skal frifinnes

Med det resultat lagmannsretten har kommet til, skal staten frifinnes.

6. Sakskostnader

Staten har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-1 første ledd, krav på full erstatning for sine sakskostnader for lagmannsretten og for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd.

Etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd kan NAS fritas helt eller delvis fra erstatningsansvaret hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig. Av bestemmelsens bokstaver a. til c. fremgår forhold som det skal legges særlig vekt på ved vurderingen av om tungtveiende grunner gjør det rimelig. Etter lagmannsrettens oppfatning har enkelte spørsmål i saken budt på noe tvil. Dette gjelder spørsmålet om EØS-konform tolkning. Det samme gjelder vurderingen av skyld når det gjelder illeggelse av overtredelsesgebyr.

Lagmannsretten mener at det uavhengig av spørsmålet om tvil, foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å frita NAS for kostnadsansvaret, både for tingretten og for lagmannsretten. Spørsmål knyttet til anvendelsen av klimakvoteloven § 12 ved rekonstruksjonen av NAS er av prinsipiell betydning. Spørsmålene er ikke tidligere prøvd for domstolene. Det samme gjelder spørsmålene knyttet til illeggelse av overtredelsesgebyr. Avgjørelsen vil derfor kunne ha betydning ut over denne konkrete saken. Lagmannsretten legger til grunn at også staten har en interesse i å få en avklaring av de prinsipielle sidene ved saken. Samlet sett finner lagmannsretten at det forelå gode grunner til å få spørsmålene

i saken prøvd for retten. Den overordnede normen – tungtveiende grunner – tilsier derfor unntak fra hovedregelen.

Dommen er enstemmig.

Arbeidet med avgjørelsen har vært omfattende, og dommen er derfor ikke avsagt innen lovens frist.

D O M S L U T N I N G

1. Staten frifinnes.
2. Sakskostnader idømmes ikke.

Anette Eckhoff

Hugo Abelseth

Dagfinn Grønvik

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Synne Mari Dubniczky Abelsen (signert elektronisk)