

GREINARGERÐ

UM ÝMIS ÁLITAEFNI SEM TENGJAST ÞRIÐJA ORKUPAKKA ESB OG
INNLEIÐINGU HANS Í ÍSLENSKAN RÉTT

BIRGIR TJÖRVI PÉTURSSON
LÖGMAÐUR

SEPTEMBER 2018

GREINARGERÐ

ÞRIÐJI ORKUPAKKI ESB

EFNISYFIRLIT

	Bls.
I. INNGANGUR	1
II. ALMENNT UM EES-SAMNINGINN	1
1. Pólítísk stefnumörkun.	1
2. Einsleitni í lagasetningu og lagaframkvæmd.	2
3. Almennt um framsal valds í tengslum við EES-samninginn.	3
III. RAFORKA OG EES – ORKUPAKKAR ESB	6
1. Fyrsti orkupakkinn – tilskipun 96/92/EB.	6
2. Annar orkupakkinn – tilskipun 2003/54/EB.	7
3. Þriðji orkupakkinn.	11
3.1. Almennt.	11
3.2. Tilskipun 2009/72/EB.	12
3.2.1. Almennt.	12
3.2.2. Reglur um aðgreiningu, sjálfstæði og aðgengi.	12
3.2.3. Landsbundið eftirlit.	13
3.3. Reglugerðir 713/2009 og 714/2009.	15
3.3.1. Reglugerð 713/2009 um stofnun ACER.	15
3.3.2. Reglugerð 714/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri.	17
3.3.3. Aðlögun sameiginlegu EES-nefndarinnar.	19
4. Hugsanleg tenging við innri markað ESB.	21
4.1. Almennt.	21
4.2. Kerfisþróunaráætlun ESB. Reglugerð ESB nr. 347/2013.	22
4.3. Takmarkanir ráðstöfunarréttar yfir orkuauðlindum.	23
IV. HELSTU NIÐURSTÖÐUR	25
1. Almennt.	25
2. Gildandi réttur.	25
3. Helstu breytingar þriðja orkupakkans.	26
3.1. Almennt.	26
3.2. Helstu breytingar.	27
3.2.1. Tilskipun 2009/72/EB.	27
3.2.2. Reglugerðir 713/2009 og 714/2009.	28
3.2.3. Aðlögun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Valdframsal.	28
3.3. Lagning strengs milli Íslands og innri markaðar ESB.	28
3.4. Eignarhald og ráðstöfunarréttur yfir orkuauðlindum.	29

Greinargerð

ÞRIÐJI ORKUPAKKI ESB

I. INNGANGUR

Fyrirhuguð innleiðing Íslands á svonefndum þriðja orkupakka ESB hefur vakið umræðu um forræði Íslands á orkumálum sínum og mögulegt valdframsal til stofnana ESB á því sviði. Af þessu tilefni hefur Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið leitað til mín og falið mér að taka saman greinargerð um tiltekna þætti málsins.

Eins og umræða um þriðja orkupakka ESB og innleiðingu hans í íslenskan rétt hefur þróast að undanfögnu er tilefni til að leggja í upphafi áherslu á nokkur atriði sem varða EES-samninginn almennt. Stiklað verður á sjónarmiðum sem sett hafa verið fram í umfjöllun fræðimanna um valdframsal í tengslum við samninginn almennt og dregnar af þeim ályktanir. Því næst verður vikið almennt að gildissviði EES-samningsins á vettvangi orkumála og fjallað sérstaklega um innleiðingu fyrsta og annars orkupakka ESB hér á landi. Þá verður fjallað um þriðja orkupakkanum og ýmis álitaefni sem varða innleiðingu hans. Loks verða helstu niðurstöður dregnar saman.

Í þessari greinargerð er fjallað um tilgreind atriði að beiðni Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins. Felst ekki í greinargerðinni tæmandi umfjöllun um þriðja orkupakkann, gerðir sem tilheyra honum eða öll álitaefni sem kunna að rísa í tengslum við innleiðingu hans. Þannig er ekki fjallað hér efnahagsleg atriði eða hagræna þætti, svo sem áhrif á raforkuverð. Fer betur á því að aðrir geri slíkar athuganir.

Greinargerðin er byggð á skoðun þeirra gagna sem vísað er til hér á eftir, þ.m.t. viðeigandi gerðum orkupakka ESB. Þær ályktanir og skoðanir sem settar eru fram af minni hálfu í greinargerðinni eru alfarið á mína ábyrgð. Ég tek aftur á móti enga ábyrgð á þeim ákvörðunum sem kunna að verða teknar á grundvelli þessarar greinargerðar. Þá er áréttað að greinargerðin er unnin fyrir Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið í tengslum við undirbúning innleiðingar EES-reglna í íslensk lög. Notkun greinargerðarinnar í öðrum tilgangi er ábyrgð þess sem það gerir.

II. ALMENNT UM EES-SAMNINGINN

1. Pólitísk stefnumörkun.

Óhætt er slá því föstu að almenn stjórnálaþróun í Evrópu á síðari hluta tuttugustu aldar, þ.m.t. á Íslandi, í átt að auknu efnahagslegu frelsi einstaklinga og eflingu markaðshagkerfis samhliða áherslu á eftirlitsstarfsemi og neytendavernd á markaði, hafi haft veruleg áhrif á alla lagasetningu í álfunni og þá stefnumörkun sem birtist í lögum. Á vettvangi ESB hefur verið mörkuð skýr stefna í þá að auka frelsi í viðskiptum með vöru og þjónustu yfir landamæri, að fjarlægja hindranir í vegi fólks til að ferðast og leita atvinnutækifæra í öðrum löndum og greiða leið fjárfestinga milli landa. Sérstök áhersla hefur verið lögð á að brjóta upp einokun eða tók hins opinbera í lykilatvinnugreinum eins og t.d. banka- og

fjármálaþjónustu, fjarskiptaþjónustu, framleiðslu og sölu rafmagns og efla eða innleiða samkeppni í þessum greinum á innri markaði ESB.

Þátttaka Íslands á innri markaði ESB, með samþykkt EES-samningsins og lögfestingu hans með lögum nr. 2/1993, var hluti af almennri pólitískri stefnumörkun fyrir íslenskt samfélag. Á síðasta aldarfjórðungi hefur innleiðing og framkvæmd evrópskra réttareglna um fjórfelsið - varðandi frjálsa för vöru-, þjónustu, vinnuafis og fjármagns yfir landamæri - um samkeppni, þ.m.t. bann við ríkisaðstoð í samkeppnisstarfsemi, um neytendavernd ofl., haft veruleg áhrif á íslenskt lagaumhverfi og samfélag.

Á vef Stjórnarráðs Íslands um EES-samninginn kemur fram að á tímabilinu 1994 til ársloka 2016 hafi 13,4% þeirra gerða sem ESB hefur samþykkt á sama tímabili verið tekin upp í samninginn, eða tæplega níu þúsund gerðir. Þar segir jafnframt að undir lok ársins 2017 hafi um 600 gerðir verið til umfjöllunar á meðal EFTA ríkjanna innan EES, sem biðu upptöku í samninginn. Þá kemur fram að markmiðið síðustu ár hafi verið að ná hlutfalli innleiddra gerða niður fyrir 1%. Íslensk stjórnvöld hafa samkvæmt þessu ekki hvikað frá þeirri stefnu sinni að efna að fullu samningsskuldbindingar sínar.

Innleiðing gerða og framkvæmd EES-reglana virðist hafa að mestu gengið snurðulaust hér á landi miðað við umfang. Vart er hægt að segja annað en að á þeim aldarfjórðungi sem liðinn er hafi samningurinn fest rætur í íslensku réttarkerfi. Hefur ekki verið grundvallarmunur á framkvæmd samningsins af Íslands hálfu eftir því hvaða stjórnmalaflokkar skipa ríkisstjórn. Hér er því um að ræða þverpólitíska stefnumörkun fyrir íslenskt samfélag til lengri tíma.

2. Einsleitni í lagasetningu og lagaframkvæmd.

Þótt grunnreglur íslensks réttar hafi um langt skeið tekið mið af þróun lagasetningar í nágrannalöndunum og skuldbindingum Íslands samkvæmt alþjóðlegum sáttmálum, fól lögfesting EES-samningsins í sér eðlisbreytingu. Ísland undirgekkst þjóðréttarlega skuldbindingu um að lögfesta kerfisbundið reglur sem á hverjum tíma eru settar á vettvangi stofnana ESB á þeim sviðum sem samningurinn nær til og jafnframt að tryggja *einsleita framkvæmd* þeirra í þágu markmiða samningsins.

Í 1. gr. samningsins segir þannig:

„Markmið þessa samstarfssamnings er að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem nefnist hér á eftir EES.“

Í 102. gr. samningsins segir svo:

„Til að tryggja réttaröryggi og einsleitni EES skal sameiginlega EES-nefndin taka ákvörðun um breytingu á viðauka við samning þennan eins fljótt og unnt er, eftir að bandalagið hefur samþykkt nýja samsvarandi löggjöf bandalagsins, með það að markmiði að unnt sé að beita samtímis þeirri löggjöf og breytingunum á viðaukunum við samninginn.“

Nánar er kveðið á um málsmeðferð við innleiðingu reglnanna í samningnum þar sem bæði er fjallað um skuldbindingu aðila til að komast að samkomulagi um einstök málefni sem falla undir gildissvið samningsins og möguleika til að finna lausnir sem aðilar geta sætt sig við séu einhver vandkvæði á innleiðingu tiltekinna reglna. Sameiginlega EES-nefndin er formlegur vettvangur samningsaðila til þessa.

Þá hefur samningurinn frá upphafi gert ráð fyrir samstarfi landsbundinna eftirlitsstofnana til að tryggð sé einsleit framkvæmd reglnanna, sbr. 58. gr. samningsins þar sem segir m.a.:

„Með það fyrir augum að þróa og viðhalda samræmdu eftirliti á Evrópska efnahagssvæðinu á sviði samkeppni, svo og að stuðla að einsleitri framkvæmd, beitingu og túlkun ákvæða samningsins í þessu skyni, skulu þar til bær yfirvöld hafa með sér samvinnu í samræmi við ákvæði bókana 23 og 24.“

Í bókun 23 við EES samninginn er nánar fjallað um samvinnu landsbundinna eftirlitsstofnana almennt og samstarf eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) og framkvæmdastjórnar ESB í framangreindum tilgangi.

Í 3. kafla samningsins er nánar fjallað um einsleitni, tilhögun eftirlits og lausn deilumála. Þar er m.a. fjallað um skyldur sameiginlegu EES nefndarinnar í því augnamiði að ná fram og halda sig við samræmda túlkun ákvæða samningsins og gerða sem teknar eru upp í hann, sbr. m.a. 1. mgr. 105. gr. samningsins. Þá er í 2. þætti 3. kafla, samningsins lögð skylda á EFTA ríkin til að koma á fót ESA sem sjálfstæðri eftirlitsstofnun og EFTA-dómstólnum, sbr. 1. og 2. mgr. 108. gr. Eru þessar stofnanir settar á fót í þeim tilgangi að hafa eftirlit með efndum á skuldbindingum skv. samningnum og skera úr í ágreiningi á grundvelli einsleitrar túlkunar á ákvæðum samningsins.

Réttarreglum EES-samningsins hefur verið beitt í lagaframkvæmd hér á landi frá gildistöku hans. Hafa þær þannig sett mark sitt á ákvarðanir stjórnvalda, þ.m.t. úrskurði stjórnarsýslunefnda, og ESA hefur farið með eftirlit með því að reglum samningsins sé fylgt skv. lögfestum valdheimildum á grundvelli samningsins. Sama gildir um íslenska dómaframkvæmd á þeim sviðum sem við á, þar sem dómsúrlausnir hafa í mörgum tilvikum verið byggðar á ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins um túlkun á einstökum ákvæðum samningsins.

Mikilvægt er að hafa allt framangreint til hliðsjónar þegar nýjar gerðir eru metnar og spurningum svarað um hvort þær feli í sér breytingar á samstarfsgrundvellingnum innan EES eða framsal á valdi sem ekki var gert ráð fyrir í upphafi.

3. Almennt um framsal valds í tengslum við EES-samninginn.

Við lögfestingu samningsins á árinu 1993 var m.a. lagt til grundvallar mat íslenskra fræðimanna þess efnis framsal á valdi sem fólst í samningnum hafi ekki verið í andstöðu

við m.a. 2. og 60. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944.¹ Byggði það einkum á mati á svonefndri tveggja stoða lausn. Hún felur m.a. í sér að samþykkt lagagerða ESB fer fram á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar þar sem Ísland á aðild. Ennfremur réði miklu um mat fræðimanna, að Ísland ætti aðild að stofnunum á vettvangi EFTA sem annast eftirlit og framkvæmd samningsins gagnvart EFTA ríkjunum. Var talið að stjórnarskráin heimilaði framsal til slíkra stofnana með þeim hætti sem samningurinn gerði ráð.

Þótt ágreiningur hafi verið um framangreind atriði við lögfestingu samningsins hafa þau grunnsjónarmið sem niðurstaðan byggði á öðlast viðurkenningu í fræðilegri umræðu um íslenskan stjórnskipunarrétt. Þannig verður ekki séð að ágreiningur hafi verið um það síðan meðal íslenskra fræðimanna í lögfræði að framsal valdheimilda ríkisins til alþjóðlegra stofnana sé heimilt að vissu marki að uppfylltum eftirtöldum skilyrðum:²

- Að framsalið sé byggt á almennum lögum;
- að framsalið sé afmarkað og vel skilgreint;
- að framsalið sé ekki verulega íþyngjandi, hvorki fyrir íslenska ríkið né þegna þess;
- að framsalið sé byggt á samningi sem kveður á um gagnkvæm réttindi og skyldur og mælir fyrir um samsvarandi framsal ríkisvalds annarra samningsríkja;
- að hinar alþjóðlegu stofnanir sem vald er framselt til byggist á lýðræðislegum grundvelli og þær viðurkenni almennar meginreglur um réttláta málsmeðferð og réttláta stjórnslu;
- að framsalið leiði af þjóðréttarsamningi sem stefnir að lögmætum markmiðum í þágu friðar og menningarlegra, félagslegra eða efnahagslegra framfara;
- að framsalið sé afturkallanlegt.

Þótt ekki virðist hafa verið ágreiningur um þessi viðmið meðal fræðimanna sem mest hafa fjallað um framsal ríkisvalds í tengslum við EES-samninginn, hafa þeir ekki endilega talað einum rómi um framsal valds í einstökum tilvikum við innleiðingu gerða, eða í öllum tilvikum talið framsalið rúmast innan takmarka stjórnarskrárinnar.³ Þessar spurningar hafa ekki beinlínis komið til umfjöllunar fyrir dómi hér á landi, svo takmarkaða leiðbeiningu er að fá úr dómaframkvæmd.

Evrópusambandið hefur verið í talsverðri þróun frá því samningurinn var lögfestur, m.a. á þann veg að sérhæfðum eftirlitsstofnunum hefur verið komið á fót og þeim fengnar valdheimildir til að taka bindandi ákvarðanir gagnvart aðildarríkjum, einstaklingum og

¹ Gunnar G. Schram, Ólafur W. Stefánsson, Stefán Már Stefánsson og Þór Vilhjálmsson: *Álit nefndar untanríkisráðherra um stjórnarskrána og EES-samninginn*. Júlí 1992. Fylgiskjal I með þskj. 30, Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 682 og áfram.

² Þessi viðmið voru dregin saman í riti Davíðs Þórs Björgvinssonar, *EES-réttur og landsréttur*, frá árinu 2006. Sjá ennfremur Björg Thorarensen: *Stjórnarskrárákvæði um framsal ríkisvalds, Fullveldi í 99 ár. Safn ritgerða til heiðurs dr. Davíð Þór Björgvinssyni sextugum*. Reykjavík 2017. bls. 133-140. Sjá ennfremur Skúli Magnússon: *Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir til innleiðingar tiltekinna nýrra gerða EES-gerða um fjármálaeftirlit*. Fylgiskjal XI. við þskj. 1109, bls. 124-187.

³ Hér má vísa til umfjöllunar Bjargar Thorarensen, sjá neðanmálgrein 2, en þar víkur hún að nokkrum álitsgerðum um framsal valds í tengslum við EES-samninginn.

lögaðilum, sem framkvæmdastjórn sambandsins hafði áður. Telja ýmsir að með þessu vakni spurningar um framtíð EES-samstarfsins, vegna takmarkaðri aðgangs EFTA ríkjanna að hinum sérhæfðu eftirlitsstofnunum heldur en að framkvæmdastjórn sambandsins. Hefur því verið haldið fram að þetta feli í sér að sífellt halli meira á EFTA ríkin í samstarfinu. EFTA ríkin eigi ekki aðild að þessum stofnunum, þótt þau hafi jafnan rétt til að fylgjast með starfi þeirra. Á sama tíma hafi EES-samningurinn í grunninn staðið óbreyttur, þ.m.t. stofnanakerfi EFTA stoðarinnar. Íslenskir fræðimenn hafa bent á, að með þessari þróun reyni meira á takmörk stjórnarskrárinnar um framsal valds heldur en áður.

Hafi íslensk stjórnvöld í hyggju að hverfa af þeirri braut sem mörkuð hefur verið með EES-samningnum og framkvæmd hans væri um að ræða grundvallarbreytingu á þverpólitískri stefnumörkun Íslands og á íslenskum rétti. Ekki er tekin sérstök afstaða til þess hér hvort tilefni sé til slíks endurmats, en það kemur varla til álita að láta afstöðu til innleiðingar einstakra gerða ráðast af almennri þróun EES-samstarfsins og lítt mótuðum hugmyndum um framtíð þess. Verður að telja að samningsskuldbindingar Íslands krefjist þess, að hvert mál sé metið sjálfstætt með sambærilegum hætti og áður hefur verið gert.

Þrátt fyrir umfjöllun um þessa þróun EES-samstarfsins hefur Alþingi lögfest gerðir sem teknar hafa verið upp í EES-samninginn sem fela í sér framsal valds, sem talið hefur verið heimilt, jafnan á grundvelli lögfræðilegra álitsgerða fræðimanna, þótt niðurstöður þeirra hafi ekki verið í öllum tilvikum óumdeildar.

Sérstakt tilefni er til að nefna í þessu sambandi að það er engin nýlunda í innleiðingu EES-reglna í íslenskan rétt að í þeim séu fólgnar heimildir alþjóðlegra stofnana til að taka ákvarðanir sem beinast að einstaklingum og lögaðilum á Íslandi. Nærtækast er að benda á framsal valds til ESA og EFTA dómstólsins til að taka slíkar ákvarðanir um sektir og févíti vegna brota á samkeppnisákvæðum samningsins og til að tryggja að eftir ákvörðunum þeirra sé farið, sbr. 1. mgr. 24. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Með 2. mgr. 24. gr. laganna eru slíkar sektarheimildir í blönduðum samkeppnismálum fengnar framkvæmdastjórn ESB og dómstól ESB. Þessar ákvarðanir eru aðfararhæfar á Íslandi. Samkvæmt mati sérfræðinganefndar utanríkisráðherra var þetta valdframsal talið rúmast innan takmarka stjórnarskrárinnar.⁴ Í tilvitnaðri grein Bjargar Thorarensen segir svo um álitsgerð sérfræðinganefndarinnar:

„Með þessari álitsgerð var lagður grunnur að þeirri túlkun að íslenska stjórnarskráin veitti svigrúm til framsals ríkisvalds að þröngum skilyrðum uppfylltum. Víst er að þær heimildir sem eftirlitsstofnun EFTA fékk sem sneru að einstaklingum og lögaðilum voru taldar með tæmandi hætti í samkeppnisreglum EES-samningsins, þær áttu aðeins við á þröngu sviði þegar litið væri til gildissviðs samningsins, þ.e. aðeins í samkeppnismálum og ætla mátti að þeim yrði beitt í undantekningartilvikum og áhrif þeirra gagnvart íslenskum aðilum yrðu ekki viðtæk eða almenn. Af orðum álitsgerðarinnar verður ályktað að þetta hafi verið ein

⁴ Sjá álitsgerð sem vísað er til í neðanmálgrein 1.

meginforsenda þess að framsalið væri innan ramma stjórnarskrárinnar en jafnframt að gera yrði stjórnarskrárbreytingu ef þessar forsendur stæðust ekki.“⁵

Ekki verður annað séð en að í álitserð Skúla Magnússonar um innleiðingu EES-gerða um fjármálaeftirlit frá árinu 2016, hafi verið byggt á þessum grunni:

„Um fyrirhugaða aðlögun ESMA-, EBA- og EIOPA-reglugerðanna má segja að sú meginregla muni gilda að ákvörðunum Eftirlitsstofnunar EFTA verði að meginstefnu beint að íslenskum stjórnvöldum og einungis komi til þess í undantekningartilvikum að ákvörðunum sé beint milliliðalaust að fyrirtækjum á íslensku yfirráðasvæði [...]“⁶

Taldi Skúli að gerðirnar, með aðlögunum skv. ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar, fælu ekki í sér of víðtækt framsal valds með hliðsjón af grunnreglum stjórnarskrárinnar. Voru gerðirnar innleiddar með lögum nr. 24/2017 um evrópskt eftirlitskerfi á fjármálamarkaði.

III. RAFORKA OG EES – ORKUPAKKAR ESB

1. Fyrsti orkupakkinn – tilskipun 96/92/EB.

Við lögfestingu EES-samningsins voru orkumál hluti samningsins, þótt stefnumótun og lagasetning ESB um innri markað raforku hafi ekki verið langt komin á þeim tíma. Í 4. kafla II. hluta samningsins, sem ber yfirskriftina *Aðrar reglur um frjálsa vöruflutninga* sagði í 24. gr. að sérstök ákvæði og fyrirkomulag varðandi orkumál væri að finna í IV. viðauka. Upp í viðaukann hafa síðan verið teknar ýmsar gerðir ESB, þ.m.t. tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 96/92/EB frá 19. desember 1996 (fyrsta raforkutilskipunin). A.m.k. frá þeim tíma hefur raforka verið skilgreind eins og hver önnur vara á innri markaði ESB. Tilskipunin varð hluti EES-samningsins með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 168/1999 frá 26. nóvember 1999 um breytingu á IV. viðauka samningsins. Bar Íslandi að innleiða tilskipunina í íslenska löggjöf fyrir 1. júlí 2002.

Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 65/2003 sagði m.a.

„Frumvarp þetta byggist á nýjum viðhorfum í raforkumálum sem hafa verið að ryðja sér til rúms víða um heim á undanförunum árum. Meginefni þeirra felst í því að skilja í sundur náttúrulega einkasöluþætti raforkukerfisins (flutning og dreifingu) og þá þætti þar sem samkeppni verður við komið (vinnsla og sölu). Þannig hefur verið lagður grunnur að markaðsbúskap í raforkukerfi margra landa. Í ríkjum Evrópusambandsins hefur þróunin almennt grundvallast á tilskipun 96/92/EB um innri markað raforku.

[...]

Hefðbundin viðhorf til raforkumála hafa því verið að breytast. Hér áður fyrr var það viðtekin skoðun að hið opinbera hefði óhjákvæmilega lykilhlutverki að gegna á

⁵ Sjá grein Bjargar Thorarensen sem vísað er til í neðanmálgrein 2, bls. 124.

⁶ Sjá álitserð sem vísað er til í neðanmálgrein 2, bls. 177.

öllum sviðum þeirra vegna þess að markaðslausnir ættu þar ekki við, meðal annars vegna einkaréttar í starfsemi af þessu tagi. Á síðustu árum hafa hins vegar verið þróaðar aðferðir þar sem markaðsöflum hefur verið beitt á þessu sviði, einkum í vinnslu og sölu raforku. Þessar aðferðir hafa í aðalatriðum reynst vel og er nú almennt talið að meiri árangur náist að jafnaði í vinnslu og sölu þar sem samkeppni ríkir en þar sem hefðbundinn einkaréttur er allsráðandi.

Þessi nýju sjónarmið og reynslu annarra er sjálfsagt að færa sér í nyt á Íslandi þótt hér eins og annars staðar þurfi jafnframt að taka mið af aðstæðum. Þetta verður best gert með því að endurskipuleggja raforkubúskapinn á núverandi grunni með markaðssjónarmið að leiðarljósi í vinnslu og sölu raforku. Aðskilnaður samkeppnis- og einokunarþátta er þar höfuðatriði. Í tengslum við slíkar skipulagsbreytingar mælir jafnframt margt með því að hlutafélagsformið taki við af núverandi rekstrarformi. Þannig væri meðal annars unnt að draga úr áhættu hins opinbera af fjárfestingu í orkuvinnslu vegna stóriðju. Mikilvægt er að hagkvæm orkuframleiðsla hér á landi verði til þess að styrkja samkeppnisstöðu almenns atvinnulífs gagnvart fyrirtækjum í öðrum löndum. Við það bætist að leggja þarf drög að skilvirku eftirlitskerfi í ljósi skipulagsbreytinga í þessa átt með áherslu á hagkvæmni og aðhald í flutnings- og dreifikerfinu. Jafnframt er lögð áhersla á að tekið verði tillit til umhverfissjónarmiða. Einnig er mikilvægt að tryggja frekar hagsmuni neytenda með reglum um gæði og afhendingaröryggi, skýrari skyldum sérleyfishafa, skilvirku eftirliti og einföldum kvörtunarleiðum.“

Raforkulög nr. 65/2003 voru niðurstaða heildarendurskoðunar á íslenskri löggjöf um raforkumál, m.a. með innleiðingu fyrstu orkutilskipunarinnar nr. 96/92/EB, þannig að vinnsla og sala raforku skyldi rekin í markaðskerfi á samkeppnisgrundvelli, samhliða því sem reglur voru settar um starfsemi fyrirtækja sem önnuðust flutning og dreifingu til að vernda samkeppni og hagsmuni neytenda. Þegar eftir gildistöku laganna fór uppbygging íslensks raforkumarkaðar að taka mið af því sem gildi á EES-svæðinu og innri markaði ESB.

2. Annar orkupakkinn – tilskipun 2003/54/EB.

Með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 146/2005 frá 2. desember 2005 var annar raforkupakkinn tekinn upp í EES-samninginn, þ.m.t. tilskipun nr. 2003/54/EB, um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir raforku og niðurfellingu á tilskipun 96/92/EB og reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 1228/2003 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri.

Í athugasemdum með tillögu til þingsályktunar um staðfestingu ákvörðunar 146/2005 sagði m.a. um reglugerð 1228/2003:

„Reglugerðinni er ætlað að skapa sanngjarnar leikreglur varðandi gegnumflutning á raforku yfir landamæri og auka þannig samkeppni. Reglugerðin kveður á um gjaldtöku vegna slíks gegnumflutnings, stjórnun, nýjar tengingar, upplýsingagjöf o.fl. Í 12. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um að ríkin skuli kveða á um refsingar vegna

brota á reglugerðinni en í greininni er framkvæmdastjórninni jafnframt veitt heimild til að beita refsingum í formi sekta, að hámarki 1% af veltu síðasta árs vegna brota á upplýsingaskyldu.“

Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar var reglugerðin innleidd m.a. með þeirri breytingu að vald til beitingar sektarákvarðana skv. 2. mgr. 12. gr. reglugerðarinnar skyldi falið landsbundnum eftirlitsaðila í EFTA ríkjunum, sbr. a-lið 2. mgr. 1. gr. ákvörðunar nefndarinnar nr. 146/2005.

Í athugasemdunum sagði svo um raforkutílskipunina nr. 2003/54/EB:

„Tílskipuninni er ætlað að skapa sameiginlegar reglur fyrir framleiðslu, flutning, dreifingu og sölu raforku. Með henni eru lagðar reglur varðandi skipulag raforkugeirans, aðgang að mörkuðum, skilyrði og ferlar vegna útboða, leyfisveitingar og rekstur raforkukerfa. Tílskipun 2003/54/EB felur í sér einstaka breytingar frá tílskipun 96/92/EB, einkum varðandi opnun markaða og aðskilnað samkeppnis- og einokunarþátta í rekstri raforkufyrirtækja.

Tílskipunin mun kalla á smávægilegar breytingar á raforkulögum, nr. 65/2003, enda lagðar til breytingar er falla innan þeirrar meginstefnu sem mörkuð var með tílskipun 96/92/EB en horfa til bóta í ljósi þeirrar reynslu sem fengin er af framkvæmd hennar. Einna helst má nefna að tílskipunin felur í sér skýrari ákvæði um aðskilnað rekstrarþátta dreifiveitna. Einnig má nefna að tílskipunin skyldar ríki til að tryggja að öll fyrirtæki eigi rétt á að velja sér framleiðanda frá og með 1. júlí 2004 en slíkur réttur nái til allra notenda raforku frá 1. júlí 2007. Rétt er að benda á að skv. 1. og 2. mgr. 15. gr. tílskipunarinnar er kveðið á um að bæði flutningur og dreifing skuli rekin af sjálfstæðum lögaðilum sem ekki mega hafa með höndum aðra starfsemi. Hins vegar skal tekið fram að í lokamálslið 15. gr. tílskipunarinnar er að finna undanþáguheimild hvað varðar kröfur um aðskilnað þar sem segir að aðildarríkjum sé heimilt að undanþiggja orkufyrirtæki, sem hafa færri en 100 þúsund tengda viðskiptavini eða þjónusta lítil einangruð kerfi, frá kröfum 1. og 2. mgr. 15. gr. Allar dreifiveitur á Íslandi eru undir þessum mörkum.“

Í aðlögunartexta sameiginlegu EES-nefndarinnar kom fram að Ísland yrði skilgreint sem lítið einangrað kerfi skv. 2. mgr. 26. gr. tílskipunarinnar. Það þýddi að undanþága frá 15. gr. tílskipunarinnar sem vísað er til að framan í hinum tilvitnaða texta gilti um Ísland. Þessi undanþáguheimild um aðskilnað dreifingar frá framleiðslu og sölu raforku var ekki nýtt heldur gengið lengra við innleiðingu reglnanna en skylt var. Þessi skilgreining veitti Íslandi jafnframt heimildir til að sækja um undanþágur frá IV, V, VI og VII. kafla tílskipunarinnar, en þó aðeins með því skilyrði að sýnt væri fram á veruleg vandkvæði við rekstur raforkukerfisins. Íslendingar hafa heldur ekki nýtt sér þær undanþáguheimildir.

Í framhaldi voru gerðar breytingar á raforkulögum nr. 65/2003 m.a. með lögum nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði. Eins og fram kemur í athugasemdum með frumvarpi til laganna hafði samkeppni verið innleidd á raforkumarkaði á þeim tíma en flest orkufyrirtæki landsins stunduðu bæði

samkeppnisstarfsemi og starfsemi sem háð var sérleyfum. Segir m.a. í athugasemdunum með frumvarpinu:

„Með frumvarpinu er lagt til að í stað bókhaldslegs aðskilnaðar verði gerð krafa um fyrirtækjaaðskilnað, þ.e. að sérleyfis- og samkeppnisþættir skuli reknir hvor í sínu fyrirtæki. Þetta er í samræmi við þá almennu stefnumörkun sem í gildi er innan Evrópusambandsins. Er þessi stefna mörkuð til að tryggja jafnan aðgang framleiðenda að flutnings- og dreifikerfum raforku og koma í veg fyrir samkeppnishindranir sem kunna að leiða af því að sérleyfis- og samkeppnisstarfsemi er á sömu hendi. Samkeppniseftirlitið hefur bent á að taka þurfi til umfjöllunar á vettvangi orkufyrirtækja og stjórnvalda að skilja með skýrari hætti milli einkaleyfis- og samkeppnisþátta raforkumarkaðarins, þ.e. flutnings og dreifingar annars vegar og framleiðslu og sölu hins vegar. Að mati Samkeppniseftirlitsins væri í bestu samræmi við markmið samkeppnislaga að skilja að eignarhald samkeppnis- og einkaleyfisþátta, en að lágmarki að skilja þessa starfsemi að í sjálfstæðum félögum. Í frumvarpinu er lagt til að gerð verði krafa um að samkeppnis- og sérleyfisstarfsemi verði rekin í aðskildum fyrirtækjum. Ekki er gerð tillaga um að skilið verði á milli eignarhalds en settar verði reglur um sjálfstæði stjórnar með sambærilegum hætti og gildir um Landsnet.“

Sem fyrr segir var Íslandi gefinn kostur á að nýta undanþáguheimild tilskipunarinnar varðandi aðskilnað framleiðslu- og dreifingarþátta fyrir lítil og einangruð kerfi (skilgreind sem kerfi sem þjóna færri en 100 þúsund tengdum viðskiptavinum). Í meðferð þingsins á frumvarpinu sem varð að lögum nr. 58/2008 var gerð sú breyting að dreifiveitu, þar sem fjöldi íbúa á dreifiveitusvæðinu er 10 þúsund eða fleiri, var bannað að stunda aðra starfsemi en hina sérleyfisskyldu starfsemi. Var þar með gengið lengra í innleiðingu EES-reglna heldur en gerð var krafa um í tilskipuninni með hliðsjón af ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Þá var þar jafnframt kveðið á um sjálfstæði stjórnar gagnvart raforkufyrirtækjum í samkeppnisstarfsemi. Hinn 1. apríl 2009 var gildistöku fyrirtækjaaðskilnaðar fresta að beiðni Orkuveitu Reykjavíkur til 1. janúar 2010 m.a. með vísan til aðstæðna á fjármálamörkuðum og viðkvæmrar stöðu orkufyrirtækja varðandi fjármögnun. Fresturinn var framlengdur í tvígang en ákvæðin tóku fullt gildi 1. janúar 2014.

Í 23. gr. tilskipunar nr. 2003/54/EB var aðildarríkjum gert skylt að tilnefna aðila til að gegna eftirlitshlutverki, sem væru algjörlega óháðir hagsmunum raforkuiðnaðar og bæru ábyrgð á að tryggja jafnræði, virka samkeppni og skilvirka starfsemi markaðarins og hafa eftirlit með atriðum sem ítarlega eru tilgreind í greininni. Samkvæmt raforkulögum nr. 65/2003 fara bæði Orkustofnun og Samkeppniseftirlitið með eftirlit á grundvelli þessara reglna. Ber þessum stofnunum að túlka reglurnar eins og hinn lögfesti samningur kveður á um, m.a. með hliðsjón af markmiðum hans um einsleitni, sbr. 1. gr. samningsins. Ennfremur, eftir atvikum, að eiga samvinnu við aðrar stofnanir í því augnamiði, sbr. m.a. 58. gr. samningsins og bókun 23 við hann.

Enda þótt gildistöku aðskilnaðarreglna hefði að hluta verið frestað hér á landi um tíma, sem fyrr greinir, hafði það ekki að öðru leyti áhrif á gildistöku gerða annars raforkupakka ESB hér á landi eins og þær voru aðlagðar samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 146/2005. Þessar reglur eru nú gildandi réttur hér á landi. Gilda þær m.a. um aðskilnað dreifiveitu frá framleiðslu og sölu raforku, um bann 2. mgr. 27. gr. raforkulaga um niðurgreiðslu úr sérleyfisstarfsemi í samkeppnisstarfsemi, um eftirlit, viðurlagaheimildir o.fl.

Sú staðreynd að íslenskt orkukerfi er ekki tengt með streng inn á evrópskan raforkumarkað felur vaftur á móti í sér að hinar mikilvægu reglur EES-samningsins um frjálst flæði vöru hafa enga raunverulega þýðingu á Íslandi að því er raforku snertir. Þ.m.t. grunnreglurnar um bann 11. gr. og 12. gr. samningsins við magntakmörkunum á inn- og útflutningi raforku og öllum ráðstöfunum sem hafa samsvarandi áhrif. Sama gildir um þær reglur tilskipunar 2003/54/EB og reglugerðar 1228/2003 sem byggja á þeirri forsendu að kerfi séu samtengd. Aftur á móti gilda á íslenskum raforkumarkaði, óháð samtengingu hans í gegnum streng við innri markað ESB, aðrar grundvallarreglur EES réttar, svo sem um stofnsetningarrétt, frjálst flæði fjármagns og það sem kannski mestu skiptir 61. gr. EES-samningsins um bann um ríkisaðstoð.

Þannig hvílir t.d. tilkynningarskylda á íslenskum stjórnvöldum til ESA að nánar tilteknum skilyrðum uppfylltum um ráðstafanir sem gætu falið í sér ríkisaðstoð. Niðurstaða ESA um að ráðstöfun feli í sér ríkisaðstoð er kæránleg til EFTA-dómstólsins. Íslensk stjórnvöld hafa á grundvelli þessarar skyldu tilkynnt um fyrirhugaða orkusölusamninga milli íslenskra orkufyrirtækja í opinberri eigu til fyrirtækja í stóriðju þar sem ESA hefur lagt mat á hvort raforkuverðið feli í sér ríkisaðstoð.⁷ Ennfremur hafa fyrirhugaðir samningar opinberra aðila um skattaívilnanir vegna uppbyggingar og rekstrar slíkrar starfsemi verið tilkynntir til ESA á þessum grundvelli. Hafi ríkisaðstoð þegar verið veitt í andstöðu við reglurnar ber að endurgreiða aðstoðina til þess opinbera aðila sem veitti hana.

Ekki verður velkst í vafa um að mikilvægar grunnreglur EES-réttar hafa gildi hér á landi að því er varðar viðskipti með raforku bæði skv. EES-samningnum og á grundvelli raforkulaga nr. 65/2003 eftir innleiðingu fyrsta og annars raforkupakka ESB.

Hitt er svo annað mál að um leið og Ísland yrði tengt við innri raforkumarkað ESB með streng myndu aðrar grunnreglur samningsins, s.s. 11. og 12. gr. hans gilda. Gildi þessara reglna er óháð innleiðingu þriðja orkupakka ESB. Með sama hætti myndu þá gilda undantekningarreglur samningsins frá þessum meginreglum, þ.m.t. 13. gr. samningsins þar sem segir m.a.:

⁷ Hér má nefna: ákvörðun ESA í ríkisaðstoðarmáli nr. 178/98/COL frá 8. júlí 1998 vegna samninga íslenska ríkisins við Norðurál hf., þ.m.t. orkusölusamningur milli fyrirtækisins og Landsvirkjunar hf. vegna álvers Grundartanga; ákvörðun ESA í ríkisaðstoðarmáli nr. 40/03/COL frá 14. mars 2003 vegna samninga íslenska ríkisins við Alcoa vegna álvers á Reyðarfirði, þ.m.t. orkusölusamningur fyrirtækisins og Landsvirkjunar hf.; ákvörðun ESA í ríkisaðstoðarmáli nr. 344/09/COL frá 23. júlí 2009 vegna samninga íslenska ríkisins við Norðurál Helguvík ehf., þ.m.t. orkusölusamningur milli fyrirtækisins og Orkuveitu Reykjavíkur hf. vegna álvers í Helguvík.

„Ákvæði 11. og 12. gr. koma ekki í veg fyrir að leggja megi á innflutning, útflutning eða umflutning vara bönn eða höft sem réttlætast af almennu siðferði, allsherjarreglu, almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna eða dýra eða gróðurvernd, vernd þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta.“

Á þessum grundvelli væri íslenskum stjórnvöldum heimilt að setja reglur og takmarka inn- og útflutning raforku ef það væri til að tryggja örugga afhendingu raforku til íslenska heimila, stofnana og fyrirtækja í þeim tilvikum sem slíku væri hættu búin, í þeim tilgangi að vernda þá mikilvægu almannahagsmuni sem ákvæðið mælir fyrir um. Leiðir þetta reyndar jafnframt af markmiðum þeim sem sett eru fram í lagagerðum orkupakka ESB.

3. Þriðji orkupakkinn.

3.1. Almenn.

Hinn svokallaði *þriðji orkupakki ESB* var samþykktur á vettvangi þess á árinu 2009. Með þriðja orkupakkanum er einkum verið að vísa til eftirfarandi lagagerða:

- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2009/72/EB frá 13. júlí 2009 um sameiginlegar reglur um innri markað fyrir raforku og niðurfellingu á tilskipun 2003/54/EB;
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2009/73/EB frá 13. júlí 2009 um sameiginlegar reglur um innri markað fyrir jarðgas og niðurfellingu á tilskipun 2003/55/EB;
- Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 713/2009 frá 13. júlí 2009 um að koma á fót stofnun um samstarf orkueftirlitsaðila;
- Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 714/2009 frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri og um niðurfellingu á reglugerð nr. 1228/2003;
- Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 715/2009 frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að flutningskerfum fyrir jarðgas og um niðurfellingu á reglugerð nr. 1775/2005;

Af hálfu ESB voru allar framangreindar gerðir taldar eiga erindi í EES samninginn (*e. EEA relevant*) og bæri þar af leiðandi að taka upp í hann. Aðildaríkjum sambandsins bar að innleiða reglurnar eigi síðar en 3. mars 2011. Það var hins vegar ekki fyrr en 5. maí 2017, eftir nokkurra ára samningaviðræður, sem sameiginlega EES-nefndin tók ákvörðun nr. 93/2017, um breytingu á IV. viðauka við EES-samninginn um orkumál um að fella gerðirnar inn í samninginn, með þeim breytingum sem nánar eru tilgreindar í ákvörðun nefndarinnar.

Skv. ávörðun nefndarinnar nr. 93/2017 gildir tilskipun nr. 2009/73/EB um sameiginlegar reglur um innri markað fyrir jarðgas ekki fyrir Ísland. Sama á við um reglugerð nr. 715/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að flutningskerfum fyrir jarðgas. Verður því ekki frekar fjallað um þessar gerðir hér.

3.2. Tilskipun 2009/72/EB.

3.2.1. Almennt.

Raforkutilskipunin nr. 2009/73/EB kom í staðinn fyrir raforkutilskipunina nr. 2003/54/EB. Tekur hún að miklu leyti til sömu atriða með breytingum sem samkvæmt textanum eru taldar nauðsynlegar til að ná þeim markmiðum orkustefnu ESB sem mörkuð hefur verið í fyrri orkupökkum. Þannig er sem fyrr að finna sameiginlegar reglur um framleiðslu, flutning, dreifingu og afhendingu rafmagns auk ákvæða um neytendavernd, afhendingaröryggi, orkunýtni, eftirlit ofl. Markmiðið er að efla samkeppni og samþætta innri raforkumarkaðinn. Eins og í tilskipun 2003/54/EB er jafnframt að finna í tilskipun 2009/73/EB reglur um skipulagningu og starfsemi í raforkugeiranum, markaðsaðgang, viðmiðanir og málsmeðferð við útboð og leyfisveitingar og rekstur kerfa. Uppbygging tilskipunarinnar er nánast hin sama, þ.e. kaflaskipting og áherslur.

3.2.2. Reglur um aðgreiningu, sjálfstæði og aðgengi.

Ein meginbreyting tilskipunarinnar lýtur að aðgreiningu flutningsfyrirtækja frá framleiðslu- og sölufyrirtækjum raforku. Skv. 1. mgr. 9. gr. tilskipunarinnar gildir sú meginregla að sami aðili eða sömu aðilar fari ekki með beina eða óbeina stjórn flutningsfyrirtækis (kerfisstjóra) á annarri hendi og fyrirtækis í framleiðslu og afhendingu raforku á hinni. Skv. 2. mgr. 9. gr. er nánar tiltekið átt við stjórn á grundvelli atkvæðisréttar í fyrirtæki, réttar til að skipa stjórnarmenn og framkvæmdastjóra, og/eða eignarhalds á meirihluta hlutafjár.

Undantekningar eru frá meginreglunni og aðildarríkjum í ákveðnum tilvikum gefinn kostur á öðru fyrirkomulagi aðskilnaðar, svo lengi sem sjálfstæði flutningskerfisstjórans er tryggt, þannig að girt sé fyrri hagsmunaárekstra og tryggt markmiðum tilskipunarinnar verði náð. Samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017 gildir ekki 9. gr. um Ísland. Hljóðar 1. másl. 2. mgr. 44. gr. tilskipunarinnar þá svo:

„Ákvæði 9. gr. gildir ekki um Kýpur, Lúxemborg, Möltu, Liechtenstein og/eða Ísland.“

Verður að túlka orðalagið „og/eða“ með þeim hætti að nýting undanþágunnar sé valkvæð fyrir Ísland. Þýðir þetta m.a., að Íslandi ber ekki skylda til að breyta eignarhaldi Landsvirkjunar hf. á Landsneti hf. Á hinn bóginn felur þetta ekki í sér undanþágu frá almennum efnisreglum tilskipunarinnar sem varða flutningsfyrirtæki og miða að því að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra eða ráðstafanir sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni, afhendingaröryggi o.fl. Þá gilda jafnframt eftir sem áður almennar grundvallarreglur EES-samningsins, s.s. um stofnsetningarrétt, ríkisaðstoð ofl.

Við samþykkt tilskipunarinnar á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar varð jafnframt sú breyting, að Ísland var ekki lengur talið lítið einangrað raforkukerfi eins og við samþykkt annars orkupakkans. Upplýst hefur verið að framkvæmdastjórn ESB hafi ekki fallist á óskir Íslendinga um að njóta sömu stöðu og fyrr, m.a. með vísan til aukinnar raforkuframleiðslu á Íslandi og þess að Ísland innleiddi raforkutilskipun 2003/54/EB að því er virtist án vandkvæða. Þetta hefur m.a. þá þýðingu að Ísland getur ekki fengið undanþágu frá reglum tilskipunarinnar í IV. (rekstur flutningskerfa), VI. (rekstur

dreifikerfa), VII. (sundurgreining og gagnsæi reikninga) og VIII. kafla (skipulag aðgangs að kerfinu) á grundvelli 1. mgr. 44. gr.

Á hinn bóginn var á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar samþykkt breyting á 2. mgr. 44. gr. tilskipunar nr. 2009/72/EB þess efnis, að ef Ísland getur sýnt fram á að veruleg vandkvæði séu til staðar fyrir rekstur raforkukerfa geti Ísland sótt um undanþágur frá lykilgreinum VI. og VIII. kafla (26., 32. og 33. gr.) tilskipunarinnar til ESA.

- 26. gr. fjallar um aðskilnað dreifiveitu frá annarri starfsemi.
- 32. gr. fjallar um aðgang að flutnings og dreifikerfum.
- 33. gr. fjallar um opnun markaða fyrir viðskiptavinum.

Undanþáguheimildir frá sambærilegum reglum sem var að finna í tilskipun 2003/54/EB hafa ekki verið nýttar, sem fyrr greinir.

3.2.3. Landsbundið eftirlit.

Í tilskipun 2009/72/EB gildir, eins og skv. tilskipun 2003/54/EB að aðildarríkjunum skylt að fela þar til bærum aðila vald til að hafa eftirlit með því að markmiðum tilskipunarinnar sé náð og að farið sé eftir þeim reglum sem gilda. Reglur tilskipunar 2009/72/EB eru mun ítarlegri um valdsvið og verkefni eftirlitsaðilans en eldri reglur. Í lið 33 í aðfararorðum tilskipunarinnar segir m.a um þetta:

„Með tilskipun 2003/54/EB voru innleiddar kröfur um að aðildarríkin kæmu á fót eftirlitsaðilum með tilgreind valdsvið. Reynslan hefur þó sýnt að skortur á sjálfstæði eftirlitsaðila gagnvart hinu opinbera, og ófullnægjandi valdsvið og ákvörðunarvald hindrar oft árangur af eftirliti. Því hvatti leiðtoga ráðið framkvæmdastjórnina á fundi sínum 8. og 9. mars 2007 til að þróa tillögur að nýrri löggjöf til frekari samræmingar á valdheimildum landsbundinna eftirlitsyfirvalda á sviði orku og styrkingar sjálfstæðis þeirra.“

Þá leggur tilskipunin þá skyldu á herðar aðildarríkja að eftirlitið sé á einni hendi í aðildarríkinu, en ekki skipt milli fleiri aðila eins og heimilt var skv. 23. gr. tilskipunar 2003/54/EB. Verði efnisatriði tilskipunarinnar að lögum á Íslandi má búast við að eftirlitið verði í höndum Orkustofnunar, sem fer í dag með eftirlit samkvæmt raforkulögum, þ.m.t. þeim reglum sem innleiddar voru á grundvelli tilskipunar 2003/54/EB.

Segir í 4. mgr. 35. gr. tilskipunar 2009/72/EB að aðildarríki skuli ábyrgjast sjálfstæði eftirlitsaðila og að valdi sé beitt af óhlutdrægni og á gagnsæjan hátt. Í því felist að tryggja:

- Lagalega aðgreiningu og óhæði gagnvart öðrum opinberum aðila og einkaaðilum;
- óhæði starfsmanna gagnvart einkahagsmunum;
- sjálfstæði ákvarðana;
- aðskildar fjárheimildir;
- sjálfræði við nýtingu fjárheimilda;
- fullnægjandi fjárheimildir og nægt starfsfólk til að sinna skylduverkefnum;

- að stjórnarmenn eftirlitsyfirvalds, eða yfirstjórn sé stjórn ekki til að dreifa, séu ekki skipaðir nema til 5-7 ára með einni endurnýjunarheimild.

Um þessi atriði segir almennt í lið 34 í aðfararorðum tilskipunarinnar:

„Til þess að innri markaðurinn á sviði raforku starfi á tilhlýðilegan hátt þurfa eftirlitsaðilar á sviði orku að geta tekið ákvarðanir í tengslum við öll viðeigandi mál er varða lög og reglur, og að vera óháðir hvers konar öðrum einka- eða almannahagsmunum. Þetta útilokar hvorki endurskoðunarvald dómstóla né þinglegt eftirlit í samræmi við stjórnskipunarlög aðildarríkjanna. Auk þess hamlar samþykkt landsbundins löggjafa á fjárhagsáætlun eftirlitsaðila ekki sjálfstæði við gerð fjárhagsáætlana. Ákvæðin sem eiga við um sjálfræði við framkvæmd úthlutaðrar fjárveitingar eftirlitsyfirvaldsins skulu koma til framkvæmda innan þess ramma sem skilgreindur er í landsbundnum fjárlögum. Um leið og aðildarríkin stuðla að sjálfstæði landsbundins eftirlitsyfirvalds gagnvart hvers konar stjórn mála eða fjárhagslegum hagsmunum með viðeigandi kerfi um tilfærslu í starfi, skulu aðildarríkin geta tekið tilhlýðilegt tillit til tiltækileika mannauðs og til stærðar stjórnarinnar.“

Gera þarf breytingar á lögum sem gilda um Orkustofnun varðandi skipulag hennar vegna framangreindra atriða. Verður ekki séð að það feli í sér frávik eða eðlisbreytingu, frá því sem gildir um aðrar sjálfstæðar eftirlitsstofnanir á Íslandi sem á undanförunum árum hefur verið fengið aukið sjálfstæði, sbr. t.d. Samkeppniseftirlitið og Fjármálaeftirlitið.

Í 37. gr. tilskipunarinnar er fjallað um skyldur og valdsvið landsbundins eftirlitsaðila og eru þær reglur mun ítarlegri heldur en þær sem gilda nú skv. tilskipun 2003/54/EB. Í aðalatriðum er um að ræða þjóðréttarlega skyldu Íslands skv. samþykkt EES-nefndarinnar um að innleiða tilskipun 2009/72/EB í lög og fela þar innlendum eftirlitsaðila auknar valdheimildir frá því sem nú gildir. Lúta þær heimildir að því tryggja að markmiðum tilskipunarinnar sé náð og farið sé eftir þeim reglum sem samkvæmt henni verða innleiddar í landslög. Verði reglur tilskipunarinnar um verkefni, valdheimildir og starfshætti Orkustofnunar eða annars eftirlitsaðila leiddar í íslensk lög, reynir ekki í þeim tilvikum á sjónarmið um valdframsal til erlends aðila, sbr. þó ákvæði d-liðar 37. gr. varðandi skyldu til að fara að og framkvæma lagalega bindandi ákvarðanir sem ESA tekur á þessu sviði, sem nánar verður vikið að síðar. Heimildir slíks eftirlitsaðila til reglusetningar, svo sem um nánari framkvæmd reglna sem innleiddar hefðu verið í íslensk lög, lytu þannig alfarið lögmætisreglu og grunnreglum íslensks réttar um framsal lagasetningarvalds. Slíkar reglur yrðu því ekki settar nema með stoð í lögum frá Alþingi.

Í 38. gr. tilskipunarinnar er fjallað um málefni sem ná yfir landamæri og um samvinnu landsbundinna yfirvalda og upplýsingagjöf til samstarfsstofnunar eftirlitsaðila á orkumarkaði ACER. Á meðan Ísland er ekki tengt innri markaði ESB með streng eiga þessar reglur ekki við hér á landi. En þær munu gera það verði slíkur strengur lagður. Eins og fyrr er rakið leggur 58. gr. EES-samningsins og bókun 23 við hann almennar skyldur á herðar landsbundinna eftirlitsstofnana um upplýsingagjöf og til að hafa með sér samvinnu

um einsleita túlkun og beitingu ákvæða samningsins. Ákvæði 38. gr. felur í sér sértæka skyldu um samvinnu m.a. um þróun samræmdra reglna sem varða tengingar milli raforkukerfa. Lítið er hægt að segja um hvað slíkt samstarf hefði í för með sér, en þó er ljóst að ákvæðið felur ekki í sér sjálfstætt lagasetningarvald sem vikið getið frá meginreglum tilskipunarinnar.

3.3. Reglugerðir 713/2009 og 714/2009.

3.3.1. Reglugerð 713/2009 um stofnun ACER.

Ein helsta breytingin með þriðja orkupakkanum er að með reglugerð 713/2009 er komið á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði, ACER. Í lið 3 í aðfararorðum reglugerðarinnar segir m.a. um þetta:

„Starfið sem unnið hefur verið af evrópskum hópi eftirlitsaðila með rafmagni og gasi frá stofnun hans hefur lagt mikið af mörkum til innri markaða fyrir raforku og jarðgas. Það er þó almennt viðurkennt í geiranum, og hefur verið lagt til af evrópskum hópi eftirlitsaðila með rafmagni og gasi, að valfrjáls samvinna landbundinna eftirlitsaðila skuli nú fara fram innan Bandalagsstofnunar með skýrar valdheimildir og með heimild til að samþykkja einstakar eftirlitsákvæðanir í nokkrum tilteknum málum.“

Í lið 59 í aðfararorðum tilskipunar 2009/72/EB segir:

„Þróun raunverulegs innri markaðar á sviði raforku, með net sem tengt er um allt Bandalagið, skal vera eitt af helstu markmiðum þessarar tilskipunar og stjórnvöldum málefni varðandi samtengingar yfir landamæri og svæðisbundna markaði skulu því vera eitt helsta verkefni eftirlitsyfirvalda, í náinni samvinnu við stofnunina eftir því sem við á.“

Verkefni stofnunarinnar samkvæmt tilskipuninni og reglugerðinni varða fyrst og fremst málefni sem ná yfir landamæri í þeim tilgangi að greiða fyrir uppbyggingu innri markaðar fyrir raforku og gas. Eins og fram kemur í tilvitnuðum aðfararorðum tilskipunarinnar að ofan og í einstökum ákvæðum reglugerðarinnar er gert ráð fyrir að meginreglan sé sú, að landsbundnar eftirlitsstofnanir fari með valdheimildir sem varða tengingar yfir landamæri, en ACER í þeim tilvikum þar sem samræma þarf tæknileg málefni, eða þar sem landsbundnir eftirlitsaðilar geta ekki komist að sameiginlegri niðurstöðu. Í þessu ljósi blasir við að á meðan ekki hefur verið komið á tengingu milli Íslands og innri markaðarins með streng hafa heimildir reglugerðarinnar til ákvarðanatöku enga þýðingu. Sama á auðvitað við um reglugerð nr. 714/2009, um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri, sem vikið verður að á eftir.

Skv. 1. gr. reglugerðar 713/2009 er tilgangur ACER að aðstoða landsbundna eftirlitsaðila við að framkvæma eftirlitsverkefni sem sinnt er í aðildarráttjunum og „ef þörf krefur að samræma aðgerðir þeirra.“ Í 4. gr. er lögð sú skylda á ACER að grípa til eftirfarandi aðgerða:

- a) Gefa út álit og tilmæli sem beint er til flutningskerfisstjóra;

- b) gefa út álit og tilmæli sem beint er til landsbundinna eftirlitsaðila;
- c) gefa út álit og tilmæli sem beint er til Evrópuþingsins, ráðsins eða framkvæmdastjórnarinnar;
- d) taka einstakar ákvarðanir um sérstök tilvik sem um getur í 7., 8. og 9. gr. og leggja fyrir framkvæmdastjórnina rammaviðmiðunarreglur, sem eru ekki bindandi (rammaviðmiðunarreglur), í samræmi við 6. gr. reglugerðar nr. 714/2009 frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri.

Hér varðar auðvitað mestu ákvæði d-liðar 4. gr., þar sem ACER er falið ákvörðunarvald í 7-9. gr. reglugerðarinnar. Ekki verður séð að heimildir til að beina álitum og tilmælum til íslenskra eftirlitsaðila valdi sérstökum vandkvæðum, ef og þegar við á. Heimildir ACER til ákvarðana skv. 7-9. gr. lúta að eftirfarandi atriðum (sem varða kynnu Ísland):

- Að samþykkja ákvarðanir landsbundinna eftirlitsaðila í tæknilegum málefnum (1. mgr. 7. gr.);
- að ákveða skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis yfir landamæri (7. mgr. 7. gr.), þó aðeins að því skilyrði uppfylltu að eftirlitsaðilar þeirra landa sem eiga í hlut hafi ekki getað komist að samkomulagi innan ákveðinna tímamarka eða að sameiginlegri beiðni þeirra 1. mgr. 8. gr.);
- að veita undanþágur skv. 5. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri. Í 17. gr. er veitt heimild til að undanþiggja tímabundið nýja samtengla milli landa (eins og streng milli Íslands og annars aðildarríkis ESB) ákvæðum 6. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar (16. gr. fjallar um svokallaða kerfisöng, *e. network congestion* og 6. mgr. um nýtingu tekna sem af slíku ástandi leiðir) og ákvæðum tilskipunar 2009/72/EB, nánar tiltekið 9. gr. (aðgreining flutningskerfa og flutningskerfisstjóra), 32. gr. (aðgangur þriðju aðila) og 6. og 10. mgr. 37. gr. (varða skilmála og skilyrði fyrir tengingu og aðgangi). 5. mgr. 17. gr. segir að ACER skuli bara taka ákvörðunina ef viðkomandi aðildarríki hafa ekki komist að samkomulagi innan tiltekins tíma eða að fenginni sameiginlegri beiðni þeirra. Meginreglan er sem fyrr að ákvörðunin sé tekin af landsbundnum eftirlitsaðilum.

Eins og sjá má er um að ræða heimildir til ákvarðana á takmörkuðu sviði og að uppfylltum nokkuð þröngum skilyrðum. Beinast þessar ákvarðanir að stjórnvöldum, þ.e. landsbundnum eftirlitsaðilum, þótt auðvitað hafi þær áhrif á aðila á markaði, einkum flutningsfyrirtæki. Í 9. gr. segir jafnframt að fela megi ACER viðbótarverkefni, sem fela ekki í sér vald til ákvörðunartöku. Í reglugerðinni er að öðru leyti að finna ákvæði um skipulag stofnunarinnar, málsmeðferð og fjárhagsmál hennar.

3.3.2. Reglugerð 714/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri.

Í 1. gr. reglugerðar 714/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri, segir m.a. að markmið hennar sé að setja sanngjarnar reglur um raforkuviðskipti yfir landamæri og auka þannig samkeppni á innri markaði með raforku, að teknu tilliti til sérkenna landsbundinna markaða.

Í lið 4 í aðfararorðum reglugerðarinnar er vitnað til orðsendingar framkvæmdastjórnar ESB þar sem segir m.a. að „núverandi reglur og aðgerðir veita hvorki nauðsynlegan ramma né skapa flutningsgetu samtengileiðslna til að markmiðinu um vel starfhæfan, skilvirkan og opinn innri markað verði náð.“ Segir svo í lið 6 í aðfararorðunum:

„Einkum er þörf á aukinni samvinnu og samræmingu milli flutningskerfisstjóra við að semja kerfisreglur til að veita og stýra skilvirkum og gagnsæjum aðgangi að flutningsnetum yfir landamæri, og að tryggja samhæfingu og nægilega framsýni við áætlanagerð og örugga tækniþróun flutningskerfa innan Bandalagsins, þ.m.t. að skapa flutningsgetu samtengilína, þar sem tilhlýðilegt tillit er tekið til umhverfisins. Kerfisreglurnar skulu vera í samræmi við rammaviðmiðunarreglur, sem eru ekki bindandi í eðli sínu (rammaviðmiðunarreglur) og sem eru þróaðar af Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði sem komið var á samkvæmt reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 713/2009 13. júlí 2009 um að koma á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði [...].“

Reglugerðin lýtur í grófum dráttum að flutningskerfum yfir landamæri, setningu reglna um aðgang að kerfunum, að flutningskerfisstjórum, samstarfi þeirra og eftirlitsstarfsemi ACER annars vegar og framkvæmdastjórnar ESB hins vegar í tengslum við viðfangsefni reglugerðarinnar.

Í 3. gr. er fjallað um vottun flutningskerfisstjóra og gert ráð fyrir að það vald sé í höndum landsbundinna efirlitsaðila.

Þá er með 4.-5. gr. reglugerðarinnar lagður grunnur að stofnun Evrópunets flutningskerfisstjóra (e. ENTSO-E), sem eru samtök fyrirtækja sem hafa stöðu flutningskerfisstjóra skv. m.a. reglum tilskipunar 2009/72/EB. Landsnet hf. er aðili að ENTSO-E. Hlutverk þeirra er fyrst og fremst skv. 6. og 8. gr. reglugerðarinnar að taka þátt í að þróa kerfisreglur í tengslum við aðgang að flutningsneti raforku á innri markaðnum. Hér er bæði um að ræða þróun rammaviðmiðunarreglna, sem eru ekki bindandi og á verksviði ACER að semja. Viðmiðunareglunum er skv. 2. mgr. 6. gr. ætlað að stuðla að banni við mismunum, virkri samkeppni og skilvirkri starfsemi innri markaðarins. Þá er ENTSO-E ætlað að þróa kerfisreglur sem lagðar verði til grundvallar á markaðnum, sem taki mið af rammaviðmiðunarreglunum. Í 6. mgr. 8. gr. er gildissvið kerfisreglnanna nánar afmarkað sagt varða:

- a. Netöryggi og reglur um áreiðanleika, þ.m.t. reglur um tæknilega varaflutningsgetu til að tryggja rekstraröryggi netsins;

- b. reglur um tengingu við net;
- c. reglur um aðgang þriðja aðila;
- d. reglur um gagnaskipti og uppgjör;
- e. reglur um rekstrarsamhæfi;
- f. verklagsreglur í neyðartilvikum;
- g. úthlutun flutningsgetu og reglur til að bregðast við kerfisöng;
- h. reglur um viðskipti í tengslum við tæknilega og rekstrarlega þjónustu varðandi netaðgang og kerfisjöfnun;
- i. reglur um gagnsæi;
- j. jöfnunarreglur, þ.m.t. reglur um varaafli sem tengjast netkerfi;
- k. reglur varðandi samræmt gjaldskrármynstur, þ.m.t. staðsetningarmerki og reglur um jöfnunargreiðslur milli flutningskerfisstjóra; og
- l. orkunýtni að því er varðar raforkunet.

Reglugerðin fjallar svo nokkuð ítarlega um málsmeðferð við þróun þessara rammaviðmiðunarreglna og kerfisreglna. Virðist hafa verið valin sú leið að fela hagsmunaaðilum á markaði að koma að verulegu leyti að þróun sameiginlegra reglna sem varða að miklu leyti tæknileg atriði um samtengingar milli landa og kerfa, en að ACER hafi fyrst og fremst það hlutverk að setja óbindandi eða leiðbeinandi viðmiðunarreglur. Er ACER svo aftur falið það hlutverk að hafa eftirlit með framkvæmd ENTSO-E á þeim verkefnum sem samtökunum er falið, sbr. 9. gr. reglugerðarinnar.

Þá er í 3. mgr. 8. gr lögð sú skylda á herðar ENTSO-E að samþykkja kerfisþróunaráætlun fyrir innri markaðinn, sem skal birta annað hvert ár, sbr. 10. mgr. 8. gr. Er áætlunin ekki bindandi.

Í reglugerðinni er jafnframt að finna efnisreglur sem gilda eiga vegna aðgangs að netum yfir landamæri og tengdra atriða. Hér má t.d. nefna 14. gr. þar sem m.a. kemur fram að gjöld sem flutningskerfisstjórar neta leggja á vegna aðgangs skuli vera „gagnsæ, taka tillit til nauðsynjar á netöryggi og endurspeglar raunverulegan kostnað sem stofnað er til [...]“ Þá er enn fremur lögð skylda á flutningskerfisstjóra til að miðla upplýsingum, m.a. með opinberri birtingu í ákveðnum tilvikum og upplýsingaskylda á framleiðslufyrirtæki gagnvart landsbundnum eftirlitsaðilum. Þá eru settar almennar meginreglur um viðbrögð við svokallaðri kerfisöng (e. congestion) í 16. gr. og heimildir til að undanþiggja nýja samtengla hluta þeirra reglna í 17. gr., sem áður er vikið að.

Loks er ástæða til að vekja athygli á að 2. mgr. 22. gr. reglugerðarinnar mælir fyrir um heimild framkvæmdastjórnarinnar til að beita fyrirtæki sektum sem nemur allt að 1% af heildarveltu næstliðins viðskiptaárs, ef veittar eru rangar, ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í nánar tilgreindum tilvikum. Samkvæmt ákvörðun sameiginlegru EES-nefndarinnar við innleiðingu reglugerðar 714/2009 er ESA falið þetta vald gagnvart EFTA ríkjunum, en við innleiðingu sambærilegrar heimildar í 2. mgr. 12. gr. reglugerðar nr. 1228/2003 var þetta vald sett í hendur landsbundins eftirlitsaðila, eins og nefnt er að framan

3.3.3. Aðlögun sameiginlegu EES-nefndarinnar.

Samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017 var byggt á tveggja stoða lausn við aðlögun reglugerða 713/2009 og 714/2009. Hér skiptir mestu að víkja að þeim sviðum þar sem um er að tefla heimildir ACER eða framkvæmdastjórnarinnar til að taka bindandi ákvarðanir.

Í b-lið 1. mgr. og d-lið 5. mgr. 1. gr. ákvörðunarinnar er að finna ákvæði sem koma alfarið í staðinn fyrir ákvæði 5. mgr. 17. gr. reglugerðar 714/2009 og 7., 8. og 9. gr. reglugerðar 713/2009, sem varða bindandi ákvarðanir ACER. Eru ákvæðin efnislega samhljóða og í þeim segir:

- i) Í málum sem varða EFTA-ríki, eitt eða fleiri, skal Eftirlitsstofnun EFTA samþykkja ákvörðun sem beint er til eftirlitsyfirvalda í EFTA-ríkinu/ríkjunum sem um ræðir.
- ii) Stofnunin skal eiga rétt á að taka þátt í starfi Eftirlitsstofnunar EFTA og undirbúningsnefnda hennar þegar Eftirlitsstofnun EFTA sinnir störfum stofnunarinnar, að því er varðar EFTA ríkin, eins og kveðið er á um í þessum samningi, þó án atkvæðisréttar.
- iii) Eftirlitsstofnun EFTA skal eiga rétt á að taka fullan þátt í starfi stofnunarinnar og undirbúningsnefndum hennar, þó án atkvæðisréttar.
- iv) Stofnunin og Eftirlitsstofnun EFTA skulu vinna náið saman þegar ákvarðanir, álit og tilmæli eru samþykkt. Ákvarðanir Eftirlitsstofnunar EFTA skulu, án ótilhlýðilegrar tafar, samþykktar á grundvelli draga sem stofnunin hefur samið að eigin frumkvæði eða að beiðni Eftirlitsstofnunar EFTA. Þegar stofnunin semur drög fyrir Eftirlitsstofnun EFTA í samræmi við þessa reglugerð skal hún tilkynna það Eftirlitsstofnun EFTA. Hin síðarnefnda skal setja frest sem eftirlitsyfirvöld EFTA-ríkjanna hafa til þess að gefa álit sitt á málinu, að teknu fullu tilliti til þess hversu málið er brýnt og flókið og afleiðinga sem það kann mögulega að hafa. Eftirlitsyfirvöld EFTA-ríkjanna geta óskað eftir því að Eftirlitsstofnun EFTA taki ákvörðun sína til endurskoðunar. Eftirlitsstofnun EFTA skal senda slíka beiðni til stofnunarinnar. Ef þannig ber undir skal stofnunin íhuga að semja ný drög fyrir Eftirlitsstofnun EFTA og svara án ótilhlýðilegrar tafar. Ef stofnunin breytir eða afturkallar ákvörðun sem er hliðstæð ákvörðun sem Eftirlitsstofnun EFTA hefur samþykkt, skal stofnunin, án ótilhlýðilegrar tafar, semja drög á sama veg fyrir Eftirlitsstofnun EFTA.
- v) Komi til ágreinings milli stofnunarinnar og Eftirlitsstofnunar EFTA að því er varðar framkvæmd þessara ákvæða skulu formaður stofnunarinnar og stjórn Eftirlitsstofnunar EFTA, að teknu tilliti til þess hversu málið er brýnt, boða til fundar án ótilhlýðilegrar tafar til þess að leita eftir samstöðu. Náist ekki samstaða, getur formaður stofnunarinnar eða stjórn Eftirlitsstofnunar EFTA farið þess á leit við samningsaðila að þeir vísi málinu til sameiginlegu EES-nefndarinnar sem skal fjalla um það í samræmi við 111. gr. þessa samnings,

sem skal gilda að breyttu breytanda. Í samræmi við 2. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 1/94 frá 8. febrúar 1994 um starfsreglur sameiginlegu EES-nefndarinnar (17), getur samningsaðili farið fram á að fundur verði kallaður saman án tafar þegar mikið liggur við. Þrátt fyrir ákvæði þessarar málsgreinar, getur samningsaðili hvenær sem er vísað málinu til sameiginlegu EES-nefndarinnar að eigin frumkvæði, í samræmi við 5. og 111. gr. þessa samnings.

- vi) EFTA-ríkin eða hvaða einstaklingur eða lögpersóna sem er getur hafið málarekstur gegn Eftirlitsstofnun EFTA fyrir EFTA-dómstólnum í samræmi við 36. og 37. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.“

Sú leið sem hér var farin við aðlögun að tveggja stoða kerfinu sem EES-samningurinn mælir fyrir um, á samsvörun í þeirri leið sem valin var við aðlögun gerða um fjármálaeftirlit (þ.m.t. reglugerða um að koma á fót evrópskum stofnunum um bankaeftirlit, verðbréfamarkaðseftirlit og váttrygginga- og lífeyrissjóðaeftirlit.), sbr. lög nr. 24/2017 um evrópskt eftirlitskerfi á fjármálamarkaði.

Það er helst liður iv) í b-lið 1. mgr. og d-lið 5. mgr. 1. gr. (sjá tilvitnun að ofan), sem vekur upp spurningar um valdframsal. En skv. ákvæðinu er ACER falið að semja drög að bindandi ákvörðun sem ESA formlega tekur. Er hér fylgt eldri fordæmum sem m.a. var litið til við aðlögun gerða um evrópskt fjármálaeftirlit, sbr. lög nr. 24/2017. Frumkvæðið liggur því hjá ACER en ekki hjá ESA, rétt eins og það liggur hjá evrópsku fjármálaeftirlitsstofnunum. ESA fer á hinn bóginn með hið formlega ákvörðunarvald og getur hafnað því að taka ákvörðun byggða á drögum ACER. Fer slíkur ágreiningur í þann farveg sem EES samningurinn markar um ágreiningsmál, sbr. lið v) í d-lið 5. mgr. 1. gr. (sjá tilvitnun að ofan).

Sem fyrr segir myndi ákvörðunin fyrst og fremst binda íslensk stjórnvöld, þótt vitaskuld hefði hún áhrif á flutningsfyrirtæki, flutningsskerfisstjóra og eftir atvikum á lögaðila og einstaklinga með óbeinum hætti. Að þessu leyti ganga reglugerðir þriðja orkupakkans um ACER talsvert skemur en reglugerðir um evrópsku fjármálaeftirlits, að því undanskildu þó, að skv. 2. mgr. 22. gr. reglugerðar 714/2009 sem áður er vikið að, getur ESA (skv. aðlögun sameiginlegu EES-nefndarinnar) beitt fyrirtæki sektum ef brotið er gegn reglum um upplýsingaskyldu.

Ákvörðun ESA á grundvelli reglugerða um evrópskt fjármálaeftirlit getur í ákveðnum tilvikum beinst að einstaklingum og lögaðilum eins og reglurnar voru innleiddar í íslensk lög eftir samþykka aðlögun af hálfu sameiginlegu EES-nefndarinnar. Ákvarðanir ESA á grundvelli þessara reglugerða eru aðfararhæfar á Íslandi, auk dóma og úrskurða EFTA-dómstólsins, sbr. 7. gr. laga nr. 24/2017. Var talið að þetta valdframsal væri innan þeirra marka sem stjórnarskráin heimilaði, m.a. í álitsgerð Skúla Magnússonar sem fyrr er vísað til. Bendir Skúli á eldri fordæmi fyrir slíku fyrirkomulagi að því er varðar Flugöryggisstofnun Evrópu og minnir á að samkeppnisreglur EES-samningsins geri ráð fyrir því að framkvæmdastjórn ESB „geti, í undantekningartilvikum, farið með lögsögu

vegna ætlaðra samkeppnisbrota fyrirtækja á íslensku yfirráðasvæði (sbr. 2. mgr. 24. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005).⁸ Áður er hér sömuleiðis vitnað til sektarheimilda ESA skv. 24. gr. samkeppnislaga m.a. vegna brota á 53., 54. eða 57. gr. EES-samningsins, sem telja verður miklum mun víðtækari en þá sem leiðir af reglugerð 714/2009.

Ótvírætt verður að telja að valdheimildir ESA á grundvelli gerða þriðja orkupakkans rúmist vel innan þeirra marka, sem dregin voru við innleiðingu reglna um evrópskt samkeppnis- og fjármálaeftirlit. Er í því sambandi áréttað að bindandi ákvarðanir ESA á þessum grundvelli beinast að mestu leyti íslenskum stjórnvöldum, þær eru skýrt afmarkaðar og á þröngu sviði og samþykkt EES-samningsins mælir fyrir um gagnkvæma þátttöku stofnana hvorrar stoðar í málsmeðferð, án atkvæðisréttar. Verður að telja að önnur þau skilyrði valdframsals sem mótast hafa í árána rás, ekki síst á tímabilinu frá gildistöku EES-samningsins, séu uppfyllt. Rétt er að gera þann fyrirvara, að ekki hefur reynt á það álitaefni fyrir íslenskum dómstólum hvort framsal löggjafans á valdi í þeim tilvikum sem nefnd hafa verið að ofan sé innan takmarka stjórnarskrárinnar.

Að öllu framangreindu sögðu, hafa reglurnar sem hér er fjallað um í reglugerðum 713/2009 og 714/2009 takmarkaða þýðingu á meðan ekki hefur verið komið á tengingu milli Íslands og innri markaðarins fyrir flutning á rafmagni. Íslenskum stjórnvöldum er hins vegar bæði rétt og skylt að huga að því við innleiðingu þessara gerða hvaða þýðingu þær hefðu að lögum, þó ekki væri meira, yrði slíkri tengingu komið á.

4. Hugsanleg tenging við innri markað ESB.

4.1. Almenn.

Þriðji orkupakki ESB leggur ekki skyldu á íslensk stjórnvöld um að tengjast innri raforkumarkaði sambandsins með streng, þótt stefnumið sambandsins í aðfararorðum gerðanna sé að fjarlægja hindranir í vegi starfhæfum innri markaði. Í lið 1 í aðfararorðum tilskipunar 2009/72/EB segir:

„Innri raforkumarkaðurinn, sem komið hefur verið til framkvæmda í áföngum í gervöllu Bandalaginu frá 1999, miðar að því að koma á raunverulegu vali fyrir neytendur í Evrópusambandinu, hvort sem þeir eru borgarar eða fyrirtæki, nýjum viðskiptatækifærum og meiri viðskiptum yfir landamæri, í því skyni að ná aukinni skilvirkni, samkeppnishæfu verði og hærra þjónustustigi, og að stuðla að afhendingaröryggi og sjálfbærni.“

Í lið 3 segir enn fremur svo:

„Þau réttindi sem sáttmálinn tryggir borgurum Sambandsins – m.a. frjálsir vöruflutningar, staðfesturéttur og frelsi til að veita þjónustu – eru einungis möguleg á markaði sem er að fullu opinn þar sem neytendur geta sjálfir valið sér birgi og birgjum er gert kleift að dreifa frjálst til allra viðskiptavina sinna.“

Þá segir í lið 5:

⁸ Álitsgerð sem vísað er til í neðanmálgrein 2, bls. 176.

„Örugg afhending raforku hefur afgerandi þýðingu fyrir þróun evrópsks samfélags, að koma á fót sjálfbærri loftslagsbreytingastefnu og stuðla að samkeppnishæfni innan innri markaðarins. Í því skyni skal þróa samtengingar yfir landamæri frekar, til þess að tryggja framboð allra orkugjafa á sem samkeppnishæfustu verði til neytenda og iðnaðar innan Bandalagsins.“

Þrátt fyrir þessi stefnumið, verður ekki leidd af tilskipuninni, eða reglugerðum 713/2009 og 714/2009 skuldbinding af hálfu íslenskra stjórnvalda um að tengjast innri markaðnum með streng.

Við mat á þessu verður m.a. að líta til 194. gr. Sáttmálans um starfshætti ESB (SSE), einkum 2. mgr. 194. gr., en í ákvæðunum birtist orkustefna sambandsins. Í 1. mgr. segir:

„Með tilliti til stofnunar og starfsemi innri markaðarins og með skírskotun til þarfarinnar á að varðveita og bæta umhverfið skal stefna Sambandsins í orkumálum miða að því, í anda samstöðu meðal aðildarríkjanna, að:

- a) tryggja starfsemi orkumarkaðarins,
- b) tryggja öryggi í orkuafhendingu í Sambandinu,
- c) auka orkunýtni og orkusparnað og stuðla að þróun nýrra og endurnýjanlegra orkugjafa og
- d) stuðla að samtengingu orkuneta.“

Í 2. mgr. 194. gr. segir svo:

„Evrópuþingið og ráðið skulu, með fyrirvara um beitingu annarra ákvæða sáttmálanna, ákveða nauðsynlegar ráðstafanir til að ná markmiðum 1. mgr., í samræmi við almenna lagasetningarmeðferð. Samþykkja skal slíkar ráðstafanir að höfðu samráði við efnahags- og félagsmálanefndina og svæðanefndina. Slíkar ráðstafanir eru með fyrirvara um rétt aðildarríkis til að ákvarða með hvaða skilyrðum orkulindir þess eru nýttar, hvaða orkugjafa það velur og almenna tilhögun orkuafhendingar, sbr. þó c-lið 2. mgr. 192. gr.“ (undirstrikun er undirritaðs).

Undanþágan sem vísað er til í c-lið 2. mgr. 192. gr. varðar málsmeðferð vegna ákvarðana ESB í tengslum við „ráðstafanir sem hafa umtalsverð áhrif á val aðildarríkis milli ólíkra orkugjafa og almenna tilhögun orkuafhendingar.“ Samkvæmt henni getur ESB samþykkt slíkar ráðstafanir ef öll aðildarríkin samþykkja það. Hefur hvert aðildarríki m.ö.o. neitunarvald. EFTA ríkin hafa ekki skuldbundið sig til að njóta minna réttar en þarna birtist. Verður ekki séð að Ísland hafi skuldbundið sig með óafturkallanlegum hætti um að tengjast innri markaðnum með streng, þótt hér gildi reglur annars orkupakkans m.a. á grundvelli raforkulaga nr. 65/2003. Gerðir þriðja orkupakkans leiða ekki einar sér til slíkrar niðurstöðu.

4.2. Kerfisþróunaráætlun ESB. Reglugerð ESB nr. 347/2013.

Eins og fyrr segir er fjallað um gerð kerfisþróunaráætlunar fyrir ESB í þriðja orkupakkanum. Um er að ræða óbindandi áætlun sem samtök evrópskra

flutningskerfisstjóra og ACER eiga þátt í að móta. Fjallar hún m.a. um uppbyggingu samtengla bæði svæðisbundið og yfir landamæri.

Í reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 347/2013 um viðmiðunarreglur fyrir orkuinnviði í Evrópu er ennfremur fjallað um þörfina fyrir útfærslu orkuinnviða ESB og frekari tengingar yfir landamæri. Í aðfararorðum reglugerðarinnar segir m.a. að lögð sé áhersla á að ekkert aðildarríki sé einangrað frá evrópsku gas- og raforkukerfi, eða þurfi að búa við áhættu vegna skorts á viðeigandi tengingum. Öryggishagsmunir og loftslagsmál eru aðildarríkjunum ofarlega í huga og er af þessum sökum lögð sérstök áhersla á það innan sambandsins, að byggja upp og samþætta orkuinnviðina.

Í reglugerðinni er sérstaklega fjallað um *verkefni sem varða sameiginlega hagsmuni* (e. projects of common interests). eru þau skilgreind sem forgangsmál á leið ESB til að ná markmiðum sínum í orku- og loftslagsmálum. Reglugerðin fjallar svo nánar um hvernig velja skuli verkefni á lista um þessi forgangsmál og réttindi og skyldur sem tengjast þessum verkefnum, þ.m.t. um styrki úr sjóðum sambandsins. Verkefni verður ekki sett á slíkan lista gegn vilja aðildarríkis, sbr. t.d. lið 23 í aðfararorðum reglugerðarinnar, sbr. og 2. mgr. 194. gr. SSE.

Sameiginlega EES-nefndin hefur ekki tekið reglugerð 347/2013 upp í EES-samninginn. Hefur hún því enn sem komið er ekkert lagalegt gildi hér á landi. Á hinn bóginn er strengur milli Íslands og Bretlands vegna hugsanlegs flutnings raforku á framangreindum verkefnalista, sbr. viðauka VII. við reglur framkvæmdastjórnar ESB nr. 2018/540 sem settar eru á grundvelli reglugerðar nr. 347/2013. Upplýst hefur verið að þetta hafi verið m.a. fyrir tilverknað Landsnets hf. í gegnum aðild fyrirtækisins að ENTSO-E. Fyrir þessu hafi íslensk stjórnvöld veitt samþykki sitt með fyrirvara um að það fæli ekki í sér skuldbindingu um að samþykkja lagningu strengsins. Við framkvæmd þessarar athugunar hefur ekki gefist kostur á að skoða þennan fyrirvara sérstaklega, svo gengið er út frá því að hann sé þess efnis sem lýst hefur verið. Að lágmarki liggur fyrir að framangreindar reglur hafa hvorki lagagildi hér á landi, né eru þjóðréttarlega skuldbindandi fyrir Ísland. Engin slík skuldbinding verður leidd af því að lagning strengs milli Íslands og Bretlands sé á framangreindum forgangslista.

Í ljósi þess að kerfisþróunaráætlun ESB er ekki skuldbindandi fyrir Ísland og að reglugerð nr. 347/2013 hefur ekki verið tekin til meðferðar hjá sameiginlegu EES-nefndinni er ekki tilefni til að fjalla um þetta nánar hér.

4.3. Takmarkanir ráðstöfunarréttar yfir orkuauðlindum.

Í umræðum um þriðja orkupakka ESB hefur verið látið að því liggja að í innleiðingu gerða hans felist með einhverjum hætti afsal á forræði yfir orkuauðlindum Íslands.

Af þessu tilefni rétt að taka fram, að reglur þriðja orkupakkans eða samþykkt sameiginlegu EES-nefndarinnar um aðlögun hans að samningnum, varða ekki á nokkurn hátt eignarrétt á orkuauðlindum á Íslandi. Hvergi er að finna neitt í reglunum sem um ræðir sem gefur tilefni til að draga slíka ályktun. Í því sambandi er líka rétt að minna á 125. gr. EES-samningsins þar sem segir:

„Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur samningsaðila um skipan eignarréttar.“

Eðlilegt er á hinn bóginn að þeirrar spurningar sé spurt, hvort reglurnar takmarka með einhverjum hætti ráðstöfunarrétt yfir orkuauðlindunum. Hér er eingöngu verið að fjalla um raforkumál, enda lúta reglur þriðja orkupakkans hvað Ísland snertir einungis að þeim. Þegar þessari spurningu er svarað er mikilvægt að minna á ákvæði 2. mgr. 194. gr. SSE þar sem fram kemur að aðildarríki ESB hafa ekki með aðild að sambandinu afsalað sér rétti til að „ákvarða með hvaða skilyrðum orkulindir þess eru nýttar, hvaða orkugjafa það velur og almenna tilhögun orkuafhendingar.“ Er ekkert tilefni til að ætla að Ísland afsali sér slíkum réttindum með innleiðingu þriðja orkupakkans.

Nýting og ráðstöfun náttúruauðlinda á Íslandi sætir margvíslegum takmörkunum sem leiða af lögum frá Alþingi, hvort sem um er að ræða auðlindir í opinberri eigu eða einkaeigu. Er ekki sérstakt tilefni til að rekja þær hér. Reglur þriðja orkupakkans sem innleiddar verða í íslensk lög verða hluti regluverks sem fara þarf að við flutning, dreifingu, framleiðslu- og sölu raforku. Að því leyti eru fólgnar takmarkanir á ráðstöfunarrétti eftir því sem reglurnar mæla fyrir um. Er þeim takmörkunum lýst að miklu leyti að framan. Um er að ræða reglur um samkeppni, um bann við ríkisaðstoð, neytendavernd o.fl., að því marki sem þær teljast eiga við hér á landi. Þessar takmaranir svo sem á grundvelli banns við ríkisaðstoð geta auðvitað haft áhrif á stefnu íslenskra stjórnvalda, t.d. um orkusölu. Er að því vikið að framan. Ekki eru efni til að fjalla nánar um reglur EES-réttar um ríkisaðstoð en þær eru ítarlegar og um margt flókna. Vafalaust er að þær takmarka svigrúm íslenskra stjórnvalda í raforkumálum. Slíkar takmarkanir voru fólgnar í bæði fyrsta og öðrum orkupakkanum og verður ekki séð að fullyrðingar um að eðlisbreytingar muni leiða af þriðja orkupakkanum hvíli á traustum grunni.

Í ljósi þess hvernig umræða um þessi mál hefur þróast er enn fremur ástæða til að nefna, að reglur þriðja orkupakkans leggja bæði skyldu á herðar aðildarríkjum að tryggja brýna almannahagsmuni og veita svigrúm til að víkja frá reglunum til að tryggja slíka hagsmuni. Hér má m.a. nefna ákvæði 2. mgr. 3. gr. tilskipunar 2009/72/EB sem heimilar aðildarríkjum að skylda raforkufyrirtæki til að „sinna opinberri þjónustu í þágu almennra efnahagslegra hagsmuna, sem getur varðað öryggi, þ.m.t. afhendingaröryggi, reglufestu, gæði og verð afhendingar og umhverfisvernd, þ.m.t. orkunýtni, orka frá endurnýjanlegum orkugjöfum og lotfslagsvernd.“ Í 3. mgr. 3. gr. segir enn fremur að aðildarríkin skuli „tryggja að á yfirráðasvæði þeirra eigi allir viðskiptavinir sem kaupa til heimilisnota og, eftir því sem aðildarríkin telja rétt, lítil fyrirtæki [...] rétt á alþjónustu, þ.e. að fá afhenta raforku af tilteknum gæðum á sanngjörnu verði sem er auðveldlega og greinilega samanburðarhæft, gagnsætt og án mismununar.“ Er í 7. og 8. mgr. 3. gr. enn fremur fjallað um að „fyrir hendi séu fullnægjandi verndarráðstafanir til að vernda vanmegna viðskiptavini“ og að heimilt sé að greiða bætur í gegnum almannatryggingarkerfi til að tryggja þeim aðgang að raforku.

Í 42. gr. tilskipunarinnar er aðildarríki sömuleiðis veitt heimild til að grípa til tímabundinna verndarráðstafana ef kreppir að á orkumarkaði og öryggi fólks, tækja, búnaðar eða kerfinu í heild er hætta búin. Áður er svo fjallað um það að Ísland hefur

heimild til að fara fram á undanþágur frá tilteknum reglum tilskipunarinnar ef sýnt er fram á vandkvæði í rekstri raforkukerfisins., sbr. 44. gr. eins og hún var aðlöguð í meðferð sameiginlegu EES-nefndarinnar.

Þá er loks rétt að vísa til almennra reglna EES-samningsins, sbr. 13. gr. hans, sem áður er vitnað til um heimild til að leggja á höft eða bönn á innflutning, útflutning eða umflutning vöru „sem réttlætast af almennu siðferði, allsherjarreglu, almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna eða dýra eða gróðurvernd, vernd þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta.“

IV. HELSTU NIÐURSTÖÐUR

1. Almenn.

Óhætt er að fullyrða að lögfesting EES-samningsins árið 1993 á Íslandi og framkvæmd hans síðastliðinn aldarfjórðung, þar sem innleiddar hafa verið þúsundir lagagerða ESB og reglum á þeim grundvelli beitt hér á landi m.a. í dómaframkvæmd, hafi haft gífurleg áhrif á þróun íslensks réttar og á íslenskt samfélag.

Í umræðu um þriðja orkupakka ESB hafa komið fram sjónarmið um að EES-samstarfið hafi tekið slíkum breytingum, að ástæða sé til að taka það til endurskoðunar frá grunni. Hér er ekki tekin afstaða til þess. Þó er ljóst að ef horfið yrði af þeirri braut sem mörkuð hefur verið með samningnum og framkvæmd hans væri um að ræða grundvallarbreytingu á þverpólitískri stefnumörkun Íslands í alþjóðamálum og á íslenskum rétti.

Athugun á innihaldi þriðja orkupakka ESB styður ekki sjónarmið um að innleiðing hans í íslensk lög fæli í sér slík frávík frá framangreindri stefnumörkun og réttarþróun á Íslandi, að kalli sérstaklega á endurskoðun EES-samningsins. Með innleiðingu þriðja orkupakkans væri ekki brotið blað í EES-samstarfinu.

Athugun á reglum þriðja orkupakkans um raforkumál leiðir heldur ekki í ljós grundvallarfrávík frá þeirri stefnumörkun, sem fólst í innleiðingu reglna fyrsta og annars orkupakka ESB m.a. með raforkulögum 65/2003 og breytingu á þeim. Hér er ekki tekið undir sjónarmið um að niðurstaða heildarmats á áhrifum innleiðingar fyrsta og annars orkupakka ESB í íslenskan rétt, hefði orðið allt önnur ef sá þriðji hefði legið fyrir. Þau sjónarmið virðast ekki hvíla á sterkum rökum þegar raktar hafa verið þær breytingar sem þriðji orkupakkinn felur í sér, með aðlögunum sameiginlegu EES-nefndarinnar. Ekki síst þegar þær eru bornar saman við ýmsar aðrar breytingar sem innleiddar hafa verið í íslenskan rétt á grundvelli EES-samningsins, svo sem á sviði fjármálamarkaðar og samkeppnismála.

2. Gildandi réttur.

Raforkulög nr. 65/2003 voru afsprengi heildarendurskoðunar á lögum um raforkumál hér á landi. Í þeim fólst m.a. innleiðing reglna um innri markað ESB með raforku. Eins og rakið er að framan lágu ný viðhorf í raforkumálum til grundvallar þessum

breytingum, m.a. um samkeppni og neytendavernd. Skilið væri milli náttúrulegra einkasöluþátta í raforkukerfinu (flutning og dreifingu) og þeirra þátta þar sem mætti innleiða samkeppni (vinnslu og sölu). Aðgreining að þessu leyti væri auk til þess fallin að draga úr áhættu hins opinbera í fjárfestingu í orkuvinnslu vegna stóriðju, auka hagkvæmni í orkuframleiðslu og bæta hag neytenda með innleiðingu á samkeppni.

Reglur annars orkupakka ESB, sbr. tilskipun nr. 2003/54/EB eru gildandi réttur á Íslandi á sviði raforku, eins og hann var innleiddur í raforkulög nr. 65/2003 á grundvelli ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 146/2005. Er í lögnum m.a. mælt fyrir um samkeppni í framleiðslu og sölu, um aðskilnað dreifiveitu frá slíkri starfsemi, um bann við niðurgreiðslu úr sérleyfisstarfsemi í samkeppnisstarfsemi, um sjálfstæða eftirlitsstofnun og fleiri reglur sem leiða m.a. af reglum annars orkupakkans. Með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar gafst íslenskum stjórnvöldum kostur á að óska eftir undanþágum frá reglum tilskipunarinnar, t.d. um aðskilnað milli fyrirtækja sem sinna dreifingu raforku annars vegar og framleiðslu og sölu raforku hins vegar. Íslensk stjórnvöld hafa hingað til ekki nýtt sér þessar undanþágur og að sumu leyti gengið lengra við innleiðingu reglnanna en þeim bar skylda til.

Þá hafa ýmsar mikilvægar grunnreglur EES-réttar gildi hér á landi að því er varðar viðskipti með raforku. Hér má nefna reglur um stofnsetningarrétt, frjálst flæði fjármagns og það sem kannski mestu skiptir 61. gr. EES-samningsins um bann um ríkisaðstoð. Að framan bent á að íslensk stjórnvöld hafa í fjölmörgum tilvikum tilkynnt ESA um fyrirhugaða orkusölusamninga á grundvelli skuldbindinga EES-réttar. Ljóst er að Ísland er bundið af ákvörðunum ESA og EFTA-dómstólsins í ríkisaðstoðarmálum.

Fyrir liggur að á meðan Ísland er ekki tengt innri markaði ESB með streng gilda ýmsar mikilvægar reglur EES-samningsins ekki um viðskipti með raforku. Hér má nefna bann 11. og 12. gr. samningsins við magntakmörkunum í inn- og útflutningi raforku og öðrum ráðstöfunum sem hafa samsvarandi áhrif. Þriðji orkupakki ESB hefur ekki áhrif á gildi þessara reglna. Sama má þá segja um 13. gr. samningsins sem veitir heimild til að innleiða bönn eða höft á sviði inn- og útflutnings raforku til að tryggja örugga afhendingu raforku til heimila, stofnana og fyrirtækja, í undantekningartilvikum, í þeim tilgangi að vernda þá mikilvægu almannahagsmuni sem ákvæðið mælir fyrir um. Leiðir þetta reyndar jafnframt af markmiðum þeim sem sett eru fram orkupökkum ESB og af reglum sem þar er að finna.

3. Helstu breytingar þriðja orkupakkans.

3.1. Almenn.

Samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017 taka aðeins þær gerðir þriðja orkupakkans til Íslands, sem varða raforku. Eiga reglur þriðja orkupakkans um jarðgas því ekki við hér. Nánar tiltekið er um að ræða tilskipun 2009/72/EB um sameiginlegar reglur um innri markað fyrir raforku, reglugerð nr. 713/2009 um að koma á fót stofnun um samstarf orku eftirlitsaðila og reglugerð nr. 714/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri.

Tilskipun 2009/72/EB og reglugerð 714/2009 fella jafnframt eldri gerðir um sama efni úr gildi. Fjalla þær því að miklu leyti um sömu atriði og fela aðeins í sér nýmæli að hluta til. Reglugerð 713/2009 er á hinn bóginn nýmæli.

3.2. Helstu breytingar.

3.2.1. Tilskipun 2009/72/EB.

Ein helsta breytingin sem felst í þriðja orkupakanum eru *reglur um aðgreiningu flutningsfyrirtækja frá framleiðslu- og sölufyrirtækjum raforku*. Hér skipta mestu reglur um aðskilnað eignarhalds skv. 9. gr. tilskipunarinnar. Ákvæði 9. gr. gilda ekki um Ísland skv. ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017. Hefði þessi breyting því ekki áhrif hér á landi við innleiðingu þriðja orkupakkans. Þýðing þess er m.a. sú að ekki þarf að gera breytingar á eignarhaldi Landsvirkjunar hf. á Landsneti hf.

Þá eru með tilskipun 2009/72/EB að finna *ítarlegri reglur um landsbundið eftirlit*. Í tilskipun 2003/54/EB voru gerðar kröfur um að aðildarríkin kæmu á fót landsbundnum eftirlitsaðilum með tilgreindar valdheimildir. Með setningu raforkulaga nr. 65/2003 uppfylltu íslensk stjórnvöld þessar kröfur. Tilskipun 2009/72/EB leggur hins vegar þá skyldu á herðar aðildarríkjum að slíkt eftirlit sé á einni hendi í hverju ríki. Ennfremur eru reglur tilskipunarinnar talsvert ítarlegri um valdsvið og verkefni eftirlitsaðilans. Þar kemur m.a. fram að aðildarríkjum beri að tryggja: sjálfstæði stofnunarinnar gagnvart öðrum opinberum aðilum og einkaaðilum; óhæði starfsmanna og takmarkaðan skipunartíma yfirstjórnar; sjálfstæði ákvarðana; afmarkaðar fjárheimildir og sjálfræði við nýtingu þeirra. Gera þarf breytingar á lögum sem gilda um Orkustofnun vegna framangreindra atriða, þ.e.a.s. sé ætlunin sú að fela Orkustofnun þessar heimildir við innleiðingu tilskipunarinnar. Verður ekki séð að það feli í sér frávík eða eðlisbreytingu, frá því sem gildir um aðrar sjálfstæðar eftirlitsstofnanir á Íslandi sem á undanförunum árum hefur verið fengið aukið sjálfstæði, sbr. t.d. Samkeppniseftirlitið og Fjármálaeftirlitið. Leiðir þetta m.a. af skýringum í aðfararorðum tilskipunarinnar, sem eru raktar að framan, en ennfremur af reglum íslensks stjórnskipunar- og stjórnsluréttar. Í þeim tilvikum þar sem reglur orkupakkans gera ráð fyrir að landsbundinn eftirlitsaðili taki ákvarðanir um rétt eða skyldu borgaranna, reynir ekki á sjónarmið um takmörk valdframsals til alþjóðlegra stofnana.

Í tilskipuninni er fjallað um málefni sem ná yfir landamæri og samvinnu landsbundinna yfirvalda og upplýsingagjöf til nýrrar stofnunar, *ACER (samstarfsstofnunar eftirlitsaðila á orkumarkaði)*. Er þetta nýmæli. Á meðan Ísland er ekki tengt innri markaði ESB með streng eiga þessar reglur ekki við hér á landi nema í takmörkuðum mæli. En þær munu gera það verði slíkur strengur lagður. 58. gr. EES-samningsins og bókun 23 við hann almennar skyldur á herðar landsbundinna eftirlitsstofnana um upplýsingagjöf og til að hafa með sér samvinnu um einsleita túlkun og beitingu ákvæða samningsins. Ákvæði 38. gr. tilskipunar 2009/72/EB felur í sér sértæka skyldu um samvinnu m.a. um þróun samræmdra reglna sem varða tengingar milli raforkukerfa. Lítið er hægt að segja um hvað slíkt samstarf hefði í för með sér, en þó er ljóst að ákvæðið felur ekki í sér sjálfstætt lagasetningarvald sem vikið getið frá meginreglum tilskipunarinnar.

3.2.2. Reglugerðir 713/2009 og 714/2009.

Með reglugerð nr. 713/2009 er ACER komið á fót. Verkefni stofnunarinnar samkvæmt tilskipun 2009/72/EB og reglugerðum 713/2009 og 714/2009 varða fyrst og fremst málefni sem ná yfir landamæri í þeim tilgangi að greiða fyrir uppbyggingu innri markaðar fyrir raforku og gas. Eins og fram kemur í tilvitnuðum aðfararorðum tilskipunarinnar að ofan og í einstökum ákvæðum reglugerðarinnar er gert ráð fyrir að meginreglan sé sú, að landsbundnar eftirlitsstofnanir fari með valdheimildir sem varða tengingar yfir landamæri, en ACER í þeim tilvikum þar sem samræma þarf tæknileg málefni, eða þar sem landsbundnir eftirlitsaðilar geta ekki komist að sameiginlegri niðurstöðu. Í þessu ljósi blasir við að á meðan ekki hefur verið komið á tengingu milli Íslands og innri markaðarins með streng hafa heimildir reglugerðar 713/2009 til ákvarðanatöku enga þýðingu. Sama á auðvitað við um reglugerð nr. 714/2009, um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri.

Verði tengingu við innri markað ESB komið á með streng hefðu reglurnar vitaskuld þýðingu. Athugun á reglugerð 713/2009 leiðir í ljós að heimildir ACER til ákvarðana eru á takmörkuðu sviði og lúta nokkuð ströngum skilyrðum. Eru heimildirnar raktar að framan.

3.2.3. Aðlögun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Valdframsal.

Í meðferð sameiginlegu EES-nefndarinnar var valin leið við aðlögun reglnanna að tveggja stoða kerfinu sem EES-samningurinn mælir fyrir um, sem á samsvörun í aðlögun gerða um fjármálaeftirlit, sbr. lög nr. 24/2017 um evrópskt eftirlitskerfi á fjármálamarkaði. Er ESA falið vald til að taka ákvarðanir þar sem ACER fer með slíkt vald skv. gerðunum. Ótvírætt verður að telja að valdheimildir ESA á grundvelli gerða þriðja orkupakkans rúmist vel innan þeirra marka, sem dregin voru við innleiðingu reglna um evrópskt samkeppnis- og fjármálaeftirlit. Athugun lögfræðilegra álitsgerða sem legið hafa til grundvallar við innleiðingu EES-reglna frá því EES-samningurinn var lögfestur gefa ekki tilefni til að draga aðra ályktun. Er í því sambandi áréttað að bindandi ákvarðanir ESA á þessum grundvelli beinast einkum að íslenskum stjórnvöldum, þær eru skýrt afmarkaðar og á þröngu sviði og samþykkt EES-samningsins mælir fyrir um gagnkvæma þátttöku stofnana hvorrar stoðar í málsmeðferð, án atkvæðisréttar. Verður að telja að önnur þau skilyrði valdframsals sem móttast hafa í áranna rás, ekki síst á tímabilinu frá gildistöku EES-samningsins, séu uppfyllt. Rétt er að gera þann fyrirvara, að ekki hefur reynt á það fyrir íslenskum dómstólum með beinum hætti hvort framsal löggjafans á valdi í þeim tilvikum sem rakin eru í greinargerðinni séu innan takmarka stjórnarskrárinnar.

Skv. ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar á Ísland rétt til að taka þátt í starfi ACER án atkvæðisréttar. Rísa engin álitæfni um framsal ríkisvalds vegna þess.

3.3. *Lagning strengs milli Íslands og innri markaðar ESB.*

Þriðji orkupakki ESB leggur ekki skyldu á íslensk stjórnvöld um að tengjast innri raforkumarkaði sambandsins með streng, þótt stefnumið sambandsins í aðfararorðum gerðanna sé að fjarlægja hindranir í vegi starfhæfum innri markaði. Við mat á þessu

verður m.a. að líta til 194. gr. Sáttmála um starfshætti ESB, þar sem orkustefna sambandsins birtist. Þar segir að ráðstafanir til að ná markmiðum sambandsins, m.a. um samtengingu orkuneta, séu „með fyrirvara um rétt aðildarríkis til að ákvarða með hvaða skilyrðum orkulindir þess eru nýttar, hvaða orkugjafa það velur og almenna tilhögun orkuafhendingar.“ Aðildarríki ESB hafa neitunarvald um að víkja frá þessum grunnreglum. Ísland hefur hvergi samþykkt þjóðréttarlega skuldbindingu um að njóta minni réttar en hér er mælt fyrir um. Þá verður ekki séð að Ísland hafi skuldbundið sig með óafturkallanlegum hætti til að tengjast innri markaðnum með streng, þótt hér gildi reglur annars orkupakkans m.a. á grundvelli raforkulaga nr. 65/2003. Gerðir þriðja orkupakkans leiða ekki einar sér til slíkrar niðurstöðu.

Í þriðja orkupakkanum er fjallað um gerð *kerfisþróunaráætlunar fyrir ESB*. Um er að ræða óbindandi áætlun sem samtök evrópskra flutningskerfisstjóra og ACER eiga þátt í að móta. Fjallar hún m.a. um uppbyggingu samtengla bæði svæðisbundið og yfir landamæri. Tilvist þessarar áætlunar og þróun hennar á grundvelli reglna þriðja orkupakkans hefur ekki í för með sér sjálfkrafa skuldbindingu af Íslands hálfu til að samþykkja lagningu strengs sem tengir Ísland við innri raforkumarkað ESB.

Í *reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 347/2013* um viðmiðunarreglur fyrir orkuinnviði í Evrópu er ennfremur fjallað um þörfina fyrir útfærslu orkuinnviða ESB og frekari tengingar yfir landamæri. Í reglugerðinni er sérstaklega fjallað um *verkefni sem varða sameiginlega hagsmuni (e. projects of common interests)*. eru þau skilgreind sem forgangsmál á leið ESB til að ná markmiðum sínum í orku- og loftslagsmálum. Reglugerðin fjallar svo nánar um hvernig velja skuli verkefni á lista um þessi forgangsmál og réttindi og skyldur sem tengjast þessum verkefnum, þ.m.t. um styrki úr sjóðum sambandsins. Verkefni verður ekki sett á slíkan lista gegn vilja aðildarríkis. Reglugerðin hefur ekki verið samþykkt á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar. Hefur hún því enn sem komið er ekkert lagalegt gildi hér á landi. Á hinn bóginn er strengur milli Íslands og Bretlands vegna hugsanlegs flutnings raforku á framangreindum verkefnalista. Af því verður ekki leidd skuldbinding af Íslands hálfu til að samþykkja lagningu strengsins. Upplýst hefur verið að Ísland hafi gert þann fyrirvara við að strengurinn færi á framangreindan lista að það fæli ekki í sér skuldbindingu um að samþykkja lagningu hans. Þá veldur fyrirhuguð útganga Breta úr ESB ennfremur óvissu um tengingu Íslands við innri raforkumarkað sambandsins.

3.4. Eignarhald og ráðstöfunarréttur yfir orkuauðlindum.

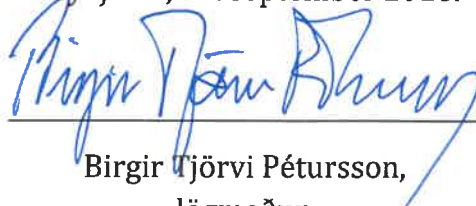
Vaknað hafa spurningar um hvort reglur þriðja orkupakkans takmarki með einhverjum hætti ráðstöfunarrétt Íslands yfir orkuauðlindum. Hér er eingöngu verið að fjalla um raforkumál, enda lúta reglur þriðja orkupakkans hvað Ísland snertir einungis að þeim. Þegar þessari spurningu er svarað er mikilvægt að minna á ákvæði 2. mgr. 194. gr. SSE þar sem fram kemur að aðildarríki ESB hafa ekki með aðild að sambandinu afsalað sér rétti til að „ákvarða með hvaða skilyrðum orkulindir þess eru nýttar, hvaða orkugjafa það velur og almenna tilhögun orkuafhendingar.“ Er ekkert tilefni til að ætla að Ísland afsali sér slíkum réttindum með innleiðingu þriðja orkupakkans.

Nýting og ráðstöfun náttúruauðlinda á Íslandi sætir margvíslegum takmörkunum sem leiða af lögum frá Alþingi, hvort sem um er að ræða auðlindir í opinberri eigu eða einkaeigu. Reglur þriðja orkupakkans sem innleiddar verða í íslensk lög verða hluti regluverks sem fara þarf að við flutning, dreifingu, framleiðslu- og sölu raforku. Að því leyti eru fólgnar takmarkanir á ráðstöfunarrétti eftir því sem reglurnar mæla fyrir um. Er þeim takmörkunum lýst að miklu leyti að framan. Um er að ræða reglur um samkeppni, um bann við ríkisaðstoð, neytendavernd o.fl., að því marki sem þær teljast eiga við hér á landi. Þessar takmaranir svo sem á grundvelli banns við ríkisaðstoð geta auðvitað haft áhrif á stefnu íslenskra stjórnvalda, t.d. um orkusölu. Er að því vikið að framan. Vafalaust er að þær takmarka svigrúm íslenskra stjórnvalda í raforkumálum. Á hinn bóginn hafa þessar takmarkanir nú þegar verið leiddar í lög og gilda hér á landi. Leiðir það hvort tveggja af grunnreglum EES-samningsins og reglum fyrsta og öðrum orkupakkans. Verður ekki séð að fullyrðingar um að eðlisbreytingar muni leiða af þriðja orkupakkanum hvað þetta snertir hvíli á traustum grunni.

Þá varða reglur þriðja orkupakkans eða samþykkt sameiginlegu EES-nefndarinnar um aðlögun hans að samningnum, ekki á nokkurn hátt eignarrétt á orkuauðlindum á Íslandi. Hvergi er að finna neitt í reglunum sem um ræðir sem gefur tilefni til að draga slíka ályktun. Í því sambandi er líka rétt að minna á 125. gr. EES-samningsins þar sem segir: „Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur samningsaðila um skipan eignarréttar.“

Er það von undirritaðs að þessi greinargerð varpi nægilega skýru ljósi á þau álitaefni sem varða þriðja orkupakka ESB og innleiðingu hans í íslenskan rétt, sem óskað var eftir að brugðið yrði ljósi á. Er undirritaður fús til að ræða nánar og skýra niðurstöður athugunarinnar eftir því sem óskað verður eftir og þörf talin á.

Reykjavík, 12. september 2018.



Birgir Tjörvi Pétursson,
lögmaður.