

Álitsgerð

Iðnaðarráðherra hefur farið þess á leit við mig undirritaðan að ég láti í ljós álit á því hvort ákvæði 1., 10. og 13. gr. í fyrirleggjandi drögum að frumvarpi til laga um breytingu á nokkrum lögum á auðlindasviði samrýmist fyrirmælum stjórnarskrárinnar, einkum 72. gr. hennar. Í greinum þessum er gert ráð fyrir því að gerðar verði breytingar á eldri vatnalögum, nr. 15/1923, yngri vatnalögum, nr. 20/2006, og lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, þess efnis að ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum í meiri hluta eigu þeirra skuli framvegis óheimilt að framselja með varanlegum hætti eignarrétt að vatni og skyldum auðlindum til annarra en aðila, sem alfarið eru í eigu ríkis eða sveitarfélaga, eins og þar er nánar kveðið á um. Fylgir álitsgerð mín hér á eftir.

I.

Ekki er í gildandi lögum að finna takmarkanir á því hver megi eiga auðlindir hér á landi, að undanskildum þeim takmörkunum, sem erlendum aðilum eru sett í því efni, sbr. lög nr. 19/1966 um eignarrétt og afnotarétt fasteigna. Eru slíkar auðlindir því almennt háðar eignarrétti innlendra manna og lögaðila og fylgja þeim eignarlöndum, sem þær tilheyra, sbr. 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu. Vitaskuld geta þessar eignir verið í eigu hins opinbera, þ.e. ríkis eða sveitarfélaga, auk einstaklinga og annarra einkaaðila. Í 1. mgr. 2. gr. laga nr. 58/1998 um þjóðlendur o.fl. segir t.d. að íslenska ríkið sé eigandi lands og hvers konar landsréttinda og hlunninda í þjóðlendum sem ekki eru háð einkaeignarrétti.

Löggjöf takmarkar þó á ýmsan hátt hvernig skuli farið með slíkar auðlindir og leggur margvíslegar hömlur á meðferð þeirra, sbr. t.d. lög nr. 57/1998. Sérstaklega skal þess getið að í þeim lögum er kveðið á um að ekki megi undanskilja eignarlandi rétt til jarðefna eða jarðhitaréttindi nema samkvæmt sérstöku leyfi ráðherra, sbr. 9. og 12. gr. laganna.

Ekki er í lögum kveðið almennt á um eignarhald að auðlindum á landi. Hins vegar eru dæmi þess að í einstökum lögum sé kveðið á um eignarhald lögaðila sem ráða yfir slíkum auðlindum. Þannig er t.d. mælt fyrir um það í 1. gr. laga nr. 42/1983 um Landsvirkjun að hún sé sameignarfyrirtæki ríkissjóðs og Eignarhluta ehf. og í lögum nr. 25/2006 um stofnun hlutafélags um Rafmagnsveitur ríkisins er kveðið á um að öll hlutabréf í félaginu skuli vera eign ríkissjóðs.

II.

Í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjkskr.) er mælt fyrir um friðhelgi eignarréttarins. Er þar kveðið á um að engan megi „skylda til að láta afhendi eign sína nema almenningsþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verð fyrir.“ Þá er mælt svo fyrir í mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), sem lögfestur var hér á landi með lögum nr. 62/1994, nánar tiltekið í 1. mgr. 1. gr. 1. samningsviðauka, að öllum mönnum og lögaðilum beri „réttur til að njóta eigna sinna í friði. Skal engan svipta eign sinni, nema hagur almennings bjóði og gætt sé ákvæða í lögum og almennra meginreglna þjóðaréttar.“ Í 2. mgr. 1. gr. viðaukans er þó tekið fram að ákvæði 1. mgr. skuli ekki „á nokkurn hátt rýra réttindi ríkis til þess að fullnægja þeim lögum sem það telur nauðsynleg til þess að geta haft hönd í bagga um notkun eigna í samræmi við hag almennings eða til þess að tryggja greiðslu skatta eða annarra opinberra gjalda eða viðurlaga.“ Skýra verður framangreint stjórnarskrárákvæði til samræmis við nefnt ákvæði mannréttindasáttmálans í samræmi við almennar lögskýringarreglur.

Í 1. mgr. 75. gr. stjkskr. er mælt fyrir um atvinnufrelsi, en því frelsi má aðeins „setja skorður með lögum, enda krefjist almannahagsmunir þess.“ Atvinnufrelsið er ekki sérstaklega verndað í mannréttindasáttmála Evrópu.

1.

Frumvarpsdrög þau, sem hér eru til athugunar, verður að skoða í ljósi framangreindra reglna stjórnarskrárinnar. Fyrst skal vikið að því atriði hvort eignarréttur í merkingu 1. mgr. 72. gr. stjkskr. verði skertur ef frumvarp þessa efnis yrði samþykkt sem lög.

Eins og skýrt er tekið fram í 1., 10. og 13. gr. frumvarpsdraganna, er gert ráð fyrir að ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum í meiri hluta eigu þeirra verði óheimilt að framselja „beint eða óbeint og með varanlegum hætti eignarrétt“ að nánar tilgreindum auðlindum í þeirra eigu „til annarra en aðila sem alfarið eru í eigu ríkis eða sveitarfélaga.“ Óumdeilt er að ein af mikilvægustu heimildum, sem eignarréttur veitir eiganda, er rétturinn til þess að ráðstafa að eigin vild eign sinni með löggæringum til annarra.¹ Umrædd ákvæði fela í sér verulega takmörkun á þessum rétti með því að þeim lögaðilum, sem þau taka til, yrði bannað að framselja eignarrétt sinn að tilteknum auðlindum nema til hins opinbera, þ.e. ríkis eða sveitarfélaga. Því er engum vafa undir orpið að ákvæðin fela í sér skerðingu á eignarrétti í skilningi fyrrgreinds stjórnarskrárákvæðis.

Af sögulegum aðdraganda stjórnarskrárinnar verður dragin sú ályktun að fyrirmælum 1. mgr. 72. gr. stjkskr. sé, eins og öðrum mannréttindaákvæðum hennar, fyrst og fremst ætlað að vernda einstaklinga og aðra einkaaðila fyrir ásælni ríkisvaldsins. Af þeim sökum stendur þetta ákvæði ekki í vegi fyrir því að Alþingi, sem handhafi löggjafarvalds, setji skorður við framsali eigna ríkisins. Verður það jafnframt ráðið af 40. gr. stjkskr.² Hafa frumvarpsdrögin því engin stjórnskipuleg vandamál í för með sér að

¹ Þorgeir Örlygsson: *Kaflar úr eignarétti I*, Reykjavík 1998, bls. 15.

² Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, Reykjavík 1969, bls. 108.

Því er varðar fyrirhugaða takmörkun á eignarráðum ríkisins að auðlindum þeim sem þar er fjallað um.

2.

Hér á eftir verður fjallað um það hvort það samrýmist stjórnarskrá að takmarka eignarhald með þeim hætti, sem gert er ráð fyrir í fyrirbyggjandi frumvarpsdrögum, þegar í hlut eiga aðrir aðilar en ríkið. Í því sambandi er nauðsynlegt að greina á milli sveitarfélaga annars vegar (kafla III) og einkaaðila hins vegar (kafla IV). Áður verður þó sjónum beint að því hvernig frumvarpsdrögin horfa við í ljósi stjórnskipulegrar verndar eignarréttarins, almennt séð.

Í því efni þarf einkum að taka til athugunar hvort skorður þær, sem gert er ráð fyrir í drögnum að settar verði við ráðstöfun nánar tiltekinna eigna, falli undir 2. og 3. másl. 1. mgr. 72. gr. stjkskr., þar sem mælt er fyrir um að engan megi skylda til „að láta af hendi eign sína“ nema almenningsþörf krefji og komi fullt verð fyrir. Með öðrum orðum hvort um sé að ræða eignarnám í skilningi stjórnarskrárinnar eða það, sem nefnt hefur verið almenn takmörkun eignarréttar, en slíkar takmarkanir verða þeir eigendur, sem í hlut eiga, að þola bótafast, sbr. og 2. mgr. 1. gr. 1. samningsviðauka MSE.

Talið hefur verið að þrátt fyrir fyriræmi 1. mgr. 72. gr. stjkskr. geti löggjafinn sett eignarrétti ýmiss konar takmarkanir, án þess að til bótaréttar stofnist.³ Það að skilja á milli slíkra almennra takmarkana annars vegar og eignarnáms hins vegar er eitt vandasamasta úrlausnarefnið við skýringu á þessu stjórnarskrárákvæði. Stundum er það augljóst undir hvorn flokkinn takmörkun á eignarrétti fellur, en í öðrum tilvikum ræðst það af heildarmati á eðli þeirrar takmörkunar sem um er að ræða.

Almennar takmarkanir á eignarrétti, sem eigandi verður að þola bótafast, geta verið af ýmsum toga. Sígild dæmi um slíkar takmarkanir eru skattar, sem lagðir eru á með lögum, og fésektir sem mönnum er gert að greiða samkvæmt dómi. Skapa þess háttar skerðingar á eignarrétti yfirleitt ekki neinn vanda í ljósi 1. mgr. 72. gr. stjkskr., enda eru þær sérstaklega heimilaðar í 2. mgr. 1. gr. 1. samningsviðauka MSE. Í því ákvæði er jafnframt gert ráð fyrir því að sérhvert aðildarríki sáttmálans geti sett og fullnægt „lögum sem það telur nauðsynleg til þess að geta haft hönd í bagga um notkun eigna í samræmi við hag almennings“.

Þegar fyrrgreindum takmörkunum sleppir getur sem fyrr segir verið vandasamt að greina á milli eignarnáms og almennra takmarkana á eignarrétti sem eigandi verður að þola bótafast. Eitt viðmið, sem notað hefur verið til leiðbeiningar við að leysa úr því álitaefni, er hvort um sé að ræða afsal eignarréttar eða minni háttar takmarkanir á heimildum eiganda, svo sem á umráða-, afnota- eða ráðstöfunarrétti hans. Í fyrra tilvikinu er almennt um að ræða eignarnám, en ekki í hinu síðara. Svo að viðkomandi eignaskerðing teljist ekki eignarnám í skilningi stjórnarskrárinnar verður takmörkunin að vera almenn, þ.e. hún verður að taka til allra eigna af tilteknu tagi. Ástæðurnar til takmörkunarinnar verða enn fremur að vera almenns eðlis. Ef aðeins er um að ræða takmarkanir á umráðum, afnotum eða ráðstöfunarrétti, án þess að eigandi sé beinlínis sviptur beinum eða óbeinum eignarráðum, og þær takmarkanir byggjast á almennum

³ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, Reykjavík 1999, bls. 555, og *Um eignarnám*, bls. 114-117.

efnislegum ástæðum og taka til allra eigna af tilteknu tagi, en eru ekki lagðar á fáa eigendur af handahófi, eru þær almennt leyfilegar, án bóta, og verða ekki taldar eignarnám.⁴

Fleiri atriði koma hér til skoðunar. Má sem dæmi nefna hvort eignarskerðing hafi í för með sér yfirfærslu eignarheimilda að meira eða minna leyti, hvort hún hafi mikla eða litla fjárhagslega þýðingu og hvort hún komi niður á mörgum aðilum eða fáum. Ennfremur þarf að líta til þjóðfélagsaðstæðna hverju sinni.⁵ Þó verður að taka fram að matið í þessu efni er mjög atviksbundið og skoða verður hvert og eitt tilvik fyrir sig og þau réttaráhrif sem takmörkunin hefur í för með sér.

Til viðbótar framangreindum sjónarmiðum hefur aukinn gaumur á síðari árum verið gefinn að svonefndri stjórnskipulegri meðalhófsreglu, m.a. fyrir áhrif frá Mannréttindadómstóli Evrópu (MDE). Dómstóllinn hefur skýrt 1. gr. 1. samningsviðauka MSE svo að í því ákvæði sé fólgin meðalhófsregla sem þýðir að við takmarkanir á eignarrétti af hálfu hins opinbera skuli ekki gengið lengra en nauðsyn ber til í lýðræðisþjóðfélagi.⁶ Á sú regla bæði við þegar beitt er úrræðum á borð við eignarnám og einnig þegar matið er hvort takmörkun á eignarrétti teljist almenns eðlis eða ekki.⁷ Standa rök til þess að sambærileg meðalhófsregla sé þáttur í 1. mgr. 72. gr. stj.skr., en það ákvæði verður að skýra til samræmis við 1. gr. 1. samningsviðauka MSE, eins og áður segir. Af þessu leiðir að jafnvel þótt eignarskerðing yrði almennt ekki talin eignarnám í skilningi 1. mgr. 72. gr., yrði sú takmörkun að samrýmast áðurnefndri meðalhófsreglu. Að öðrum kosti kynni hún að leiða til bótaskyldu.

Í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins hefur verið talið að aðildarríki mannréttindasáttmálans hafi mjög vítt svigrúm til mats á því hvort fullnægt sé skilyrði 2. mgr. 1. gr. 1. samningsviðauka um að nauðsyn þurfi að bera til setningar laga um eignir og notkun þeirra í samræmi við hag almennings.⁸ Í máli *Handyside gegn Bretlandi* kom m.a. fram sú afdráttarlaus afstaða að þessi málsgrein eftirláti aðildarríkjunum einum mat á nauðsyn íhlutunar í eignarrétt að þessu leyti.⁹

Sem fyrr segir þarf við mat á því, hvort áðurnefnd ákvæði í frumvarpsdrögum samrýmist stjórnarskránni, einnig að horfa til 1. mgr. 75. gr. stj.skr., þar sem mælt er fyrir um atvinnufrelsi. Samkvæmt því stjórnarskrárákvæði má setja því frelsi skorður, en þó því aðeins að almannahagsmunir krefjist. Þá kann einnig eftir atvikum að reyna á jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar, sbr. 65. gr. hennar.

⁴ Stjórnskipunarréttur, bls. 554-560 og Um eignarnám, bls. 366-404

⁵ Um eignarnám, bls. 366-404.

⁶ Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunar- og stjórnsýslurétti“, Afmælisrit Gizurar Bergsteinssonar, Reykjavík 1992, bls. 207-225.

⁷ Sbr. dóm MDE í máli *Sporrong og Lönnroth gegn Svíþjóð*, Series A, Vol. 52. Dómurinn er reifaður á bls. 215-217 í „Meðalhófsreglan í stjórnskipunar- og stjórnsýslurétti“.

⁸ J.G. Merrills og A.H. Robertson: *Human Rights in Europe – a study of the European Convention on Human Rights*, Juris Publishing, Manchester 2001, bls. 239.

⁹ Dómur MDE í máli *Handyside gegn Bretlandi*, Series A, Vol. 24, gr. 62. Á ensku hljóðar setningin svo: „[T]his paragraph sets the Contracting States up as sole judges of the necessity for an interference.“

3.

Á undanförnum árum hefur í nokkrum dómum Hæstaréttar reynt á ýmiss konar takamarkanir á eignarrétti og atvinnufrelsi, en lýðréttindi þessi tvinnast oft saman með ýmsum hætti í dómsúrlausnum, þar sem því er iðulega haldið fram að brotið hafi verið gegn báðum þeim stjórnarskrárákvæðum sem mæla fyrir um vernd þessara réttinda, þ.e. 1. mgr. 72. gr. og 1. mgr. 75. gr. stjkskr. Þá hefur jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr. einnig verið teflt fram í þessum málum.

Hér á eftir verður gerð grein fyrir tveimur af þessum dómum. Sá fyrri er H 2000, 1534:

Í máli þessu, sem var sakamál, reyndi á það hvort nánar tilgreind ákvæði laga nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða brytu í bága við 75. og 65. gr. stjkskr. um atvinnufrelsi og jafnræði. Talið var að almannahagsmunir, sbr. 75. gr. stjkskr., krefðust þess að frelsi manna til að stunda fiskveiðar væru settar skorður og stæði ákvæðið því ekki í vegi að í lögum væri mælt fyrir um takmarkanir á leyfilegum heildarafla úr einstökum fiskstofnum eftir því, sem nauðsyn bæri til. Þegar lög nr. 38/1990 voru virt í heild þótti verða að leggja til grundvallar, að við setningu þeirra hefði löggjafinn metið það svo, að það fyrirkomulag við fiskveiðistjórn að úthluta einstökum mönnum eða félögum ákveðinni varanlegri og framseljanlegri hlutdeild í heildaraflanum væri fallið til að stuðla að verndun og hagkvæmri nýtingu nytjastofnanna, sameign íslensku þjóðarinnar, og tryggja með því trausta atvinnu og byggð í landinu, sbr. 1. gr. laganna. Þau sjónarmið, að miða úthlutun aflaheimilda við veiðireynslu á ákveðnum tímabilum og deila takmörkuðum heildarafla milli skipa, sem þá stunduðu veiðar, þóttu ekki hafa verið ómálefnaleg eða leiða til mismununar í andstöðu við grunnreglu stjórnarskrárinnar um jafnræði. Sú skipan laga nr. 38/1990 að aflaheimildir væru varanlegar og framseljanlegar þótti meðal annars styðjast við þau rök, að sú hagkvæmni, sem af því hlytist leiddi til arðbærrar nýtingar fiskstofna fyrir þjóðarbúið í samræmi við markmið 1. gr. laganna. Þá væru aflaheimildir aðeins varanlegar í þeim skilningi að þær yrðu hvorki felldar niður né þeim breytt nema með lögum og gæti Alþingi kveðið nánar á um réttinn til fiskveiða, bundið hann skilyrðum eða innheimt fyrir hann frekara fégjald en nú væri gert. Að öllu virtu þótti mat löggjafans reist á málefnalegum forsendum og voru ekki talin efni til þess, að því yrði haggð af dómstólum. Var úthlutun aflaheimilda eftir 7. gr. laga nr. 38/1990 talin fullnægja jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar og þeim sjónarmiðum um jafnræði, sem gæta þyrfti við takmörkun atvinnufrelsis samkvæmt 75. gr. stjkskr. Hinir ákærðu, sem tjaldað höfðu stjórnarskrárákvæðunum til í vörn sinni, voru því sakfelldir fyrir nánar tilgreind brot á fiskveiðistjórnunarlögum.

Í þessum dómi var ekki haggð við mati löggjafans á því að almannahagsmunir í skilningi 1. mgr. 75. gr. stjkskr. stæðu til þess að takmarka frelsi manna til að stunda fiskveiðar. Þá var talið að ekki hefði verið brotið gegn 65. gr. stjkskr. við upptöku þeirrar aðferðar sem beitt var þegar hinum takmörkuðu gæðum var úthlutað í formi aflaheimilda með þeim hætti sem gert var. Þessi dómur er grundvallardómur um stjórnskipulega vernd atvinnufrelsis og jafnræðis og af honum má glöggst sjá hvernig mat á skerðingu atvinnufrelsis fer fram í ljósi 1. mgr. 75. gr. stjkskr. Sjónarmið þau, sem þar koma fram, má jafnframt hafa til hliðsjónar þegar metin er skerðing á eignarrétti andspænis 1. mgr. 72. gr. stjkskr. og þeirri meðalhófsreglu sem fólgin er í því ákvæði.

Í nýlegum dómi Hæstaréttar, H 27. september 2007 í máli nr. 182/2007, reyndi á gildi laga nr. 101/2000 um breytingar á lögum um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafbotnsins. Snerist málið um það hvort lögin hefðu haft í för með sér ólögmeata

eignaskerðingu gagnvart einkaaðila. Málsatvik voru þau að einkahlutafélagið B, sem hafði stundað vinnslu á hafsbotni frá árinu 1963, fékk árið 1990 þrjátíu ára leyfi til vinnslu á hafsbotni á grundvelli eldri laga nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafbotnsins. Með áðurgreindum lögum, nr. 101/2000, var kveðið á um að þeir, sem hefðu slíkt leyfi, skyldu halda þeim í fimm ár frá gildistöku laganna. Með því féll umrætt þrjátíu ára leyfi B niður fimmtán árum fyrr en ella hefði orðið, auk þess sem nýtt leyfi var samkvæmt lögunum bæði háð gjaldtöku og því að aflað yrði mats á umhverfisáhrifum. B taldi lögin brjóta í bága við 1. mgr. 72. gr. og 1. mgr. 75. gr. stjkskr. að því er það varðaði. Í dómi Hæstaréttar segir m.a. að ákvæði laganna hafi falið í sér „skerðingu á eignarréttindum og atvinnuréttindum sem njóta verndar 1. mgr. 72. gr. og 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar“. Í dóminum segir enn fremur orðrætt: „Löggjafinn hefur metið það svo að almannapörf hafi krafist þeirra breytinga sem fólust í lögum nr. 101/2000, en dómstólar hafa úrskurðarvald um hvort við það mat hafi verið gætt rétttra og lögmætra sjónarmiða. Ríkir og augljósir almannahagsmunir eru bundnir við verndun og hagkvæma nýtingu á auðlindum hafsbotnsins. Krefjast almannahagsmunir þess að frelsi manna til að nýta þessar auðlindir í atvinnuskyni séu settar skorður. Ljóst er af því sem rakið hefur verið hér að framan að þær breytingar sem gerðar voru með lögum nr. 101/2000 helguðust af auknum skuldbindingum íslenska ríkisins á alþjóðavettvangi og breyttum viðhorfum til verndar umhverfisins. Breytingarnar voru almennar og málefnalegar og er ekki sýnt fram á að þær hafi ekki stuðst við haldbær rök eða viðurkennd löggjafarsjónarmið. Standa ákvæði 72. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar samkvæmt þessu því ekki í vegi að mælt sé fyrir um stjórnun á nýtingu auðlinda á hafsbotni eins og gert var með lögum nr. 101/2000.“ (Undirstrikun mín)

Við skýringu á framangreindum dómi Hæstaréttar verður að taka fram að í sjálfu sér deildu aðilar ekki um það hvort skerðing sú, sem leiddi af lögum nr. 101/2000, væri eignarnám í skilningi 1. mgr. 72. gr. stjkskr. eða almenn skerðing eignarréttar. Svo virðist sem Hæstiréttur taki í sjálfu sér ekki afstöðu til þess atriðis, heldur virðist málið einkum lúta að mati á því hvort gengið hafi verið of langt af hálfu löggjafans við setningu laga nr. 101/2000 í ljósi þeirrar stjórnskipulegu meðalhófsreglu sem er fólgin í 1. mgr. 72. gr. stjkskr., sbr. og 1. gr. 1. samningsviðauka MSE. Hér verður jafnframt að hafa í huga að í málinu var ekki krafist fébóta úr hendi ríkisins, heldur ógildingar á stjórnvaldsákvörðun, þ.e. að felldur yrði úr gildi úrskurður umhverfisráðherra á grundvelli laga nr. 101/2000 um að efnistaka B á hafsbotni skyldi sæta mati á umhverfisáhrifum. Verður að skoða þennan dóm í ljósi kröfugerðar aðila og málsástæðna þeirra. Af honum er engu að síður unnt að draga ályktanir um það til hvaða atriða er litið við mat á því hvort brotið hafi verið sjálfstætt gegn meginreglu 1. mgr. 72. gr. stjkskr. um friðhelgi eignarréttarins, hvað sem líður eðli þeirrar skerðingar sem um var að ræða. Við mat á þessu atriði er litið til þess hvort skerðingin hafi stuðst við almannahagsmuni og hvort hún hafi verið almenn og byggð á málefnalegum og haldbærum rökum, svo og á viðurkenndum löggjafarsjónarmiðum.

4.

Öll framangreind lagasjónarmið verður að hafa í huga þegar frumvarpsdrög þau, sem fyrir liggja um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði, eru metin í ljósi stjórnarskrárinnar. Ekki fer á milli mála að reglur frumvarpsins eru almennar samkvæmt efni sínu og beinast jafnt að öllum þeim aðilum, sem þar eru nefndir, þ.e. ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum í meiri hluta eigu hins opinbera. Þá fela þær ekki í sér sviptingu á beinum eða óbeinum eignarráðum og yfirfærslu þeirra til annarra aðila,

heldur gera þær ráð fyrir takmörkun á rétti fyrrgreindra aðila til þess að ráðstafa beinum eignarrétti sínum að nánar tilteknum auðlindum á varanlegan hátt.

Í athugasemdum með drögunum eru fyrirhugaðar takmarkanir á eignarrétti metnar svo að þær réttlætist af almannaþörf. Af dómaframkvæmd leiðir að mikið þarf til að koma svo að dómstólar haggi slíku mati löggjafans, sbr. H 27. september 2007 í máli nr. 182/2007 sem reifaður er hér að framan. Samkvæmt því og með vísan til þess, sem að framan segir, er það álit mitt að fyrrgreind ákvæði í frumvarpsdrögunum feli að meginstefnu í sér almenna takmörkun eignarréttar, en ekki eignarnám. Slíka almenna takmörkun á eignarrétti verða þeir, sem fyrir henni verða, almennt að þola bótalaust, eins og að framan greinir. Hvert tilfelli verður þó að skoða í ljósi stjórnskipulegrar meðalhófsreglu og jafnræðisreglu, sbr. 65. gr. stjkskr., svo og með tilliti til þeirra aðstæðna sem fyrir hendi eru í hverju tilviki fyrir sig.

III.

Fyrri álitaeefnið, sem hér er sérstaklega til skoðunar, er hvort það samrýmist fyrirmælum 1. mgr. 72. gr. stjkskr. að leggja bann við framsali sveitarfélaga á eignarréttindum í eigu þeirra sjálfra ellegar stofnana eða fyrirtækja þeirra með þeim hætti sem gert er ráð fyrir í fyrirliggjandi frumvarpsdrögum. Í því sambandi er nauðsynlegt að gera grein fyrir eignarréttarlegri stöðu sveitarfélaga, fyrirmælum 1. mgr. 78. gr. stjkskr. um sjálfsforræði þeirra og ákvæðum laga, þar sem kveðið er á um meðferð sveitarfélaga á fasteignum og skyldum eignarréttindum, svo og um nýtingu þeirra á náttúruauðlindum þeim sem fyrirhuguðum lagabreytingum er ætlað að ná til.

1.

Enginn vafi leikur á því að fyrirmæli 1. mgr. 72. gr. stjkskr. um vernd eignarréttar taka, eftir því sem við getur átt, til eigna sveitarfélaga á sama hátt og þau ná til eigna einstaklinga og annarra einkaaðila. Ekki skiptir máli hvort eignarhaldið er á hendi sveitarfélaganna sem slíkra, stofnana eða fyrirtækja þeirra ellegar hvort eignirnar eru formlega í eigu félaga sem eru alfarið eign eins eða fleiri sveitarfélaga. Sama gildir um það þegar ríkið og sveitarfélög koma á fót sameiginlegum stofnunum eða fyrirtækjum ellegar eiga félög í sameiningu.

Í öllum þessum tilvikum verður að telja að fyrirmæli 1. mgr. 72. gr. stjkskr. setji löggjafanum nokkrar skorður til þess að hafa afskipti af þeim eignum sem sveitarfélög eiga með beinum eða óbeinum hætti. Þetta er m.a. staðfest af Hæstarétti, sbr. dóm sem birtur er í dómasafni réttarins H 1930, 142, þar sem gengið er út frá því að réttur sveitarfélags yfir vatni njóti verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrárinnar. Í lögum er á því byggt að þeim verðmætum, sem sveitarfélag aflar með sköttum eða á annan hátt, skuli varið til hagsbóta fyrir íbúa þess. Ber að líta svo á að til eignarréttinda sveitarfélags sé stofnað fyrir framlög íbúanna í trausti þess að þau verðmæti, sem um er að tefla, verði fyrst og fremst notuð til hagsbóta fyrir þá. Þessi verðmæti, sem talin eru eign sveitarfélagsins, eru þannig í lögvörðum tengslum við þennan ákveðna hóp manna sem myndi beint eða óbeint bíða tjón ef þessi tengsl yrðu rofin. Verður sem fyrr segir að telja að þessi tengsl njóti verndar 1. mgr. 72. gr. stjkskr.¹⁰

¹⁰ Um eignarnám, bls. 111-112.

Það er hins vegar svo að sérstök sjónarmið eiga við um afskipti löggjafans af eignum sveitarfélaga í samanburði við einstaklinga og aðra einkaaðila. Þetta ræðst m.a. af valdi löggjafans til þess að ákveða hver sveitarfélög skuli vera til og hvaða verkefni þeim skuli fengin.¹¹ Ennfremur af valdi hans til þess að kveða á um það hverjir skuli vera tekjustofnar sveitarfélaga, sbr. 2. mgr. 78. gr. stjkskr., sbr. 16. gr. stjórnarskipunarlaga (stjkskl.) nr. 97/1995.

2.

Í 58. gr. stjórnarskrárinnar frá 1874 var svo fyrir mælt að rétti sveitarfélaga til að ráða sjálf málefnum sínum með umsjón stjórnarinnar skyldi skipað með lagaboði. Ákvæðið var tekið upp í 76. gr. lýðveldisstjórnarskrárinnar, efnislega óbreytt, enda þótt lítils háttar breytingar væru gerðar á orðalagi þess. Með 16. gr. stjkskl. nr. 97/1995 var orðalagi ákvæðisins, sem nú er að finna í 1. mgr. 78. gr. stjkskr., síðan breytt í núgildandi horf.

Texti frumvarps þess til stjórnarskipunarlaga, sem lagt var fram á Alþingi, var upphaflega svohljóðandi: „Rétti sveitarfélaga til að ráða sjálf málefnum sínum með eftirliti ríkisins skal skipað með lögum.“¹² Í athugasemdum í greinargerð við ákvæðið í frumvarpinu segir m.a. orðrétt: „Í þessari grein frumvarpsins er gerð tillaga um efni 78. gr. stjórnarskrárinnar þar sem er ráðgert að verði fyrir mæli um sjálfsstjórn sveitarfélaga. Núgildandi regla um þetta í 76. gr. stjórnarskrárinnar stendur utan við eiginleg mannréttindaákvæði hennar og er því í raun komið út fyrir viðfangsefnið í þessu frumvarpi að gera tillögur um breytingu á henni. Er aðeins ætlast til að reglan verði færð til og tekin upp á nýjum stað í nær óbreyttri mynd. Til nánari skýringa skal vakin athygli á því að í 1. mgr. þessarar greinar er kveðið á um að skipa eigi með lögum rétti sveitarfélaga til að ráða sjálf málefnum sínum með eftirliti ríkisins. Efnislega er þetta ákvæði í alla staði samhljóða núgildandi reglu 76. gr. stjórnarskrárinnar.“¹³

Við meðferð frumvarpsins á Alþingi lagði stjórnarskrárnefnd fram svohljóðandi breytingartillögu við umrætt ákvæði: „Sveitarfélög skulu sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða.“¹⁴ Í álitni nefndarinnar segir svo um þetta atriði: „Rætt var um hvort orðalag greinarinnar um eftirlit ríkisins væri að öllu leyti heppilegt. Niðurstaðan var sú að þetta orðalag yrði fellt niður og væri þá löggjafans að kveða á um eftirlit ríkisins með sveitarfélögum.“¹⁵

Þegar formaður stjórnarskrárnefndar mælti fyrir breytingartillögum nefndarinnar komst hann m.a. svo að orði: „16. gr. er um málefni sveitarfélaga sem hefur verið í VII. kafla stjórnarskrárinnar. Þar eru gerðar nokkrar tillögur um breytingar á orðalagi til að kveða skýrar á um sjálfsákvörðunarrétt sveitarfélaganna og um meðferð tekjustofna þeirra. Í brtt. segir nú: „Sveitarfélög skulu sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög ákveða.“ Út hverfur orðalagið „með eftirliti ríkisins“. Í frv. núna stendur að rétti sveitarfélaga til að ráða sjálf málefnum sínum með eftirliti ríkisins skuli

¹¹ Sama heimild.

¹² Alþt. 1994-5 A, þskj. 389, bls. 2073.

¹³ Alþt. 1994-5 A, þskj. 389, bls. 2112.

¹⁴ Alþt. 1994-5 A, þskj. 759, bls. 3889.

¹⁵ Alþt. 1994-5 A, þskj. 758, bls. 3887.

skipað með lögum. Nefndarmenn telja að með þeim orðum sem nú er lagt til að standi í greininni hafi löggjafinn í raun og veru frjálssar hendur um að ákveða með hvaða hætti hann telur eðlilegt að ríki hafi eftirlit eða umsjón með starfsemi sveitarfélaganna. Ég held að nefndarmönnum sé það öllum ljóst að slíkt eftirlit verður að vera fyrir hendi og getur verið bráðnaúðsynlegt þegar um er að ræða ákveðnar aðstæður í störfum sveitarfélaga enda eru mýmörg dæmi þess úr samtímanum að ríkisvaldið hafi þurft að hafa afskipti af málefnum einstakra sveitarfélaga, t.d. þegar þau hafa verið komin í fjárhagslegt óefni eða annars konar ógöngur.¹⁶

Eins og umboðsmaður Alþingis tekur fram í álitinu sínu nr. 903/1993, sbr. SUA 1995, 516 (527), verður ráðið af framangreindum lögskýringargögnum að ætlunin með breytingu á orðalagi 1. mgr. 78. gr. stjkskr. hafi verið að rýmka heimild löggjafans til þess að mæla fyrir um það með hvaða hætti ríkið hefði eftirlit með starfsemi sveitarfélaga, án þess þó að þar komi fram rök fyrir því að eldra ákvæði stjórnarskrárinnar hafi sett löggjafanum of þröngar skorður í því efni. Við túlkun á þessu stjórnarskrárákvæði um sjálfsforræði sveitarfélaga virðist ætíð hafa verið litið svo á að það væri hlutverk löggjafans að mæla fyrir um það hvernig eftirliti ríkisins með sveitarfélögum skyldi háttáð.

Ef borið er saman orðalag núgildandi ákvæðis 1. mgr. 78. gr. og samsvarandi ákvæðis, eins og það hljóðaði fyrir breytinguna 1995, verður ekki annað séð en að með fyrrgreindri breytingu á stjórnarskránni hafi vald löggjafans til þess að mæla ekki einvörðungu fyrir um það, hvernig eftirliti ríkisins með sveitarfélögum skuli háttáð, heldur til þess að skipa málefnum þeirra að öðru leyti með lögum, verið styrkt og jafnvel rýmkað frá því sem áður var. Skiptir þar jafnframt máli að með 16. gr. stjkskr. nr. 97/1995 var tekið upp nýtt ákvæði í 2. mgr. 78. gr. stjkskr., þar sem svo er fyrir mælt: „Tekjustofnar sveitarfélaga skulu ákveðnir með lögum, svo og réttur þeirra til að ákveða hvort og hvernig þeir eru nýttir.“

3.

Í samræmi við það, sem sagt hefur verið hér að framan, hefur löggjafinn haft margvísleg afskipti af málefnum sveitarfélaga, væntanlega með það fyrir augum að tryggja hagsmuni íbúa þeirra. Áður fyrr voru helstu verkefni sveitarfélaga talin upp í lögum, sbr. t.d. 6. mgr. 6. gr. eldri sveitarstjórnarlaga nr. 8/1986, meðan látið er nægja í 7. gr. gildandi sveitarstjórnarlaga, nr. 45/1998, að kveða á um almennar skyldur þeirra. Í 1. mgr. þeirrar greinar segir þannig að sveitarfélögum sé skylt „að annast þau verkefni sem þeim eru falin í lögum“, í 2. mgr. að þau skuli „vinna að sameiginlegum velferðarmálum íbúanna eftir því sem fært þykir á hverjum tíma“ og skv. 3. mgr. geta þau „tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra, enda sé það ekki falið öðrum til úrlausnar að lögum.“

Sveitarstjórnarlög hafa að geyma tiltölulega ítarleg ákvæði um fjármál sveitarfélaga og eftirlit með fjármálum þeirra af hálfu ríkisvaldsins, sbr. VI. og VII. kafla laganna. Í 2. mgr. 73. gr. þeirra er t.d. að finna svohljóðandi ákvæði: „Eigi má sveitarfélag veðsetja öðrum tekjur sínar né heldur fasteignir sem nauðsynlegar eru til þess að sveitarfélagið geti rækt lögskyld verkefni sín. Aðrar eignir getur sveitarfélag veðsett í

¹⁶ Alþt. 1994-5 B, d. 5305.

þágu sveitarsjóðs, stofnana sveitarfélagsins og fyrirtækja þess.“ Samkvæmt 2. mgr. 65. gr. laganna, sbr. 7. gr. laga nr. 74/2003, skal afla álits sérfróðs aðila um samninga um sölu og endurleigu fasteigna í eigu sveitarfélags sem falla undir 2. mgr. 73. gr. Að auki ber sveitarstjórn skv. 3. mgr. sömu greinar að tilkynna eftirlitsnefnd með fjármálum sveitarfélaga, sem starfar á grundvelli 74. gr. laganna, ákvörðun um að selja slíkar fasteignir. Skal nefndin „kanna hvaða fjárhagslegu áhrif salan hefur á rekstur sveitarfélagsins“ og „getur sett fram tillögur sínar til viðkomandi sveitarstjórnar um ráðstöfun söluandvirðis eða ávöxtun þess.“ Þá er skv. 1. mgr. 76. gr. heimilt svipta sveitarstjórn fjárföráðum sveitarfélags ef hún hefur misst tók á fjármálum þess, eftir því sem nánar er kveðið á um í þeirri grein.

Eitt af þeim lögbundnu verkefnum sveitarfélaga, sem vísað er til í 1. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, er rekstur vatnsveitu í þéttbýli. Í 1. – 3. mgr. 1. gr. laga nr. 32/2004 um vatnsveitur sveitarfélaga er að finna svohljóðandi ákvæði: „Í þéttbýli skulu sveitarfélög starfrækja vatnsveitu í þeim tilgangi að fullnægja vatnsþörf almennings, heimila og atvinnufyrirtækja, þar á meðal hafna, eftir því sem kostur er, nema í þeim tilvikum sem um ræðir í 3. mgr. þessarar greinar og í 4. gr. – Í dreifbýli er sveitarstjórn heimilt að starfrækja vatnsveitu, sbr. 1. mgr., og leggja í framkvæmdir við gerð hennar enda sýni rannsóknir og kostnaðaráætlanir að hagkvæmt sé að leggja veituna og reka hana. – Ákvæði þessara laga gilda ekki um vatnsveitur sem vatnsveitufélög eða aðrir starfrækja samkvæmt ákvæðum vatnalaga nr. 15/1923.“ Í samræmi við ákvæðin í 1. og 2. mgr. 1. gr. er svo fyrir mælt í 1. másl. 1. mgr. 4. gr. laganna: „Sveitarfélag hefur einkarétt á rekstri vatnsveitu og sölu vatns sem hún getur fullnægt innan staðarmarka sveitarfélagsins, sbr. þó ákvæði 3. og 4. mgr. 1. gr.“ Í 4. mgr. 1. gr. er tekið fram að ákvæði 4. gr. um einkarétt sveitarfélaga til að eiga og reka vatnsveitu gildi ekki um landsvæði þar sem ekki er talið hagkvæmt að leggja vatnsveitu. Samkvæmt 2. másl. 1. mgr. 4. gr. er sveitarstjórn heimilt „að fela stofnun eða félagi, sem að meiri hluta er í eigu ríkis og/eða sveitarfélaga, skyldur sínar og réttindi samkvæmt“ lögunum.

Rekstur annars konar dreifiveitu en vatnsveitu, svo sem hitaveitu og rafveitu, er hins vegar ekki meðal skyldubundinna verkefna sveitarfélaga. Á hinn bóginn er að finna svofellt ákvæði í 1. másl. 30. gr. orkulaga nr. 58/1967, sbr. 2. gr. laga nr. 53/1985: „Ráðherra er heimilt að veita sveitarfélögum eða samtökum þeirra einkaleyfi, með þeim skilyrðum, sem lög þessi ákveða, til þess að starfrækja hitaveitur, sem annist dreifingu eða sölu heits vatns eða gufu til almenningsþarfa á tilteknu veitusvæði, frá jarðhitastöðvum eða hitunarstöðvum með öðrum orkugjafa.“ Samkvæmt 28. gr. laganna getur sveitarstjórn, með samþykki ráðherra, framselt einkaaðilum einkaleyfið „að einhverju eða öllu leyti um ákveðið tímabil í senn með þeim skilyrðum og kvöðum, sem ástæður þykja til.“ Eins og orkulög hljóðuðu upphaflega, hafði sveitarstjórn skv. 19. gr. þeirra forgangsrétt til að reka rafmagnsveitu í sveitarfélaginu og að hljóta til þess einkarétt, eftir því sem nánar var kveðið á um í þeirri grein, svo og í 18. gr. laganna. Þessi ákvæði voru hins vegar felld brott úr orkulögum með 3. gr. laga nr. 64/2003, um leið og nógildandi raforkulög, nr. 65/2003, tóku gildi.

4.

Þótt eignarréttarvernd 1. mgr. 72. gr. stjkskr. nái að meginstefnu jafnt til eigna sveitarfélaga og einkaaðila, þurfa sveitarfélög væntanlega að sætta sig við víðtækari takmarkanir á eignarráðum sínum af hálfu ríkisins, eins og gerð hefur verið grein fyrir

hér að framan, sbr. m.a. hið fortakslausa orðalag 1. mgr. 78. gr. stjkskr. Við mat á því hvort takmörkun sú, sem fyrirbyggjandi frumvarpsdrög gera ráð fyrir á beinum eignarrétti sveitarfélaga, samrýmist fyrir mælum 1. mgr. 72. gr. verður að horfa til þess að ákvæðið í 1. mgr. 78. gr. er jafnsett sem réttarheimild og er því eðlilegt að líta til þess við skýringu á eignarréttarákvæðinu. Ennfremur ber að horfa til þess sjónarmiðs, sem áður hefur verið nefnt, að því ákvæði, eins og öðrum mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar, er fyrst og fremst ætlað að veita einstaklingum og öðrum einkaaðilum vernd gegn ásælni ríkisvaldsins, en síður sveitarfélögum og öðrum opinberum aðilum.

Með vísun til þess, sem að framan segir, verður að telja, eðli máls samkvæmt, að þegar sveitarfélög eiga í hlut geti löggjafinn gengið lengra í þá átt en ella að setja skorður við eignarrétti, enda sé það gert með almennum hætti og fulls jafnræðis gætt gagnvart sveitarfélögum.

Eins og fram kemur í athugasemdum með fyrirbyggjandi frumvarpsdrögum, er tilgangur þeirrar takmörkunar á eignarráðum sveitarfélaga, sem þar er gert ráð fyrir, sá að tryggja til frambúðar aðgang íbúa sveitarfélaga og landsmanna allra að auðlindum í formi heits og kalds vatns og raforku. Hér er um að ræða takmarkaðar auðlindir sem allir þurfa að hafa aðgang að í nútímaþjóðfélagi eigi frumþörfum borgaranna að vera sinnt. Svo sem rakið hefur verið að framan hefur löggjafinn af þessum sökum haft um langa hríð meiri eða minni afskipti af meðferð og ráðstöfun sveitarfélaganna á auðlindum af þessum toga.

Þegar allt það er virt, sem að framan greinir, svo og að sú takmörkun, sem gert er ráð fyrir, myndi aðeins fela í sér bann við að ráðstafa beinum eignarrétti að tilteknum auðlindum í eigu sveitarfélaganna á varanlegan hátt, án þess að þau séu svipt rétti til þess að leyfa afnot af auðlindunum til takmarkaðs tíma, er það álit mitt að slík takmörkun brjóti ekki gegn 1. mgr. 72. gr. stjkskr. þannig að það baki ríkinu bótaskyldu. Tel ég að dómstólar muni ekki hrófla við lagasetningu, eins og þessari, sem byggð yrði á fyrrgreindum almannahagsmunum. Styrkja ummæli Hæstaréttar í nýjum dómi, H 27. september 2007 í máli nr. 182/2007, sem reifaður er í kafla II að framan, þetta álit mitt.

IV.

Nú hefur verið rakið hvernig fyrrgreind ákvæði í frumvarpsdrögum horfa við sveitarfélögum í ljósi sérstakrar stöðu þeirra í stjórnskipun landsins. Hér á eftir verður hins vegar fjallað um síðara álitaefnið, sem til úrlausnar er, þ.e. hvernig fyrirhuguð skerðing vikur að þeim einkaaðilum sem umræddum ákvæðum er ætlað að taka til.

1.

Í fyrsta lagi ber að vekja athygli á því sjónarmiði að ríkisvaldið hefur væntanlega ekki eins rúmar heimildir til að takmarka eignarréttindi einstaklinga og annarra einkaaðila og sams konar réttindi sveitarfélaga. Í annan stað er í frumvarpsdrögum gert ráð fyrir að láta fyrirhugaða takmörkun á eignarrétti einvörðungu ná til tiltekinna einkaaðila, þ.e. eigenda minni hluta orkufyrirtækja, meðan aðrir einkaaðilar í svipaðri

stöðu yrðu ekki fyrir sambærilegri skerðingu, þ.e. þeir sem eiga meiri hluta í slíkum fyrirtækjum. Slík mismunun kynni að fara í bága við jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar, sbr. 65. gr. hennar.

Ennfremur er hér ástæða til að geta H 1964, 573. Í því máli háttaði svo til að bann, sem Alþingi hafði sett við sundmarðaldi með lögum nr. 32/1951, bitnaði á fáum aðilum sem höfðu hafið starfrækslu sundamarðaldisbúa. Einn þeirra höfðaði dómsmál og krafðist skaðabóta úr hendi ríkissjóðs „fyrir það að minkældi var bannað með lögum“, eins og sagði í stefnu. Reisti hann kröfu sína á þágildandi 67. gr. stjkskr. (nú 72. gr. stjkskr.) Í héraðsdómi var með ítarlegum rökstuðningi komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi ætti rétt til bóta fyrir minkahús, búr og tæki sem hann hafði keypt. Hins vegar voru honum ekki dæmdar bætur fyrir missi „hagsvonar“. Niðurstaða héraðsdóms var staðfest í Hæstarétti með svofelldum rökstuðningi:

„[G] reisti sundmarðahús sín og aflaði sér tækja til sundmarðaldis í réttmætu trausti þess, að honum yrði að lögum veitt heimild til að reka sundmarðabú. Bann það, sem með lögum nr. 32/1951 var lagt við sundmarðaldi hér á landi, leiddi til þess, að nefnd hús og tæki urðu honum ónothæf eign. Þykir af þessum ástæðum rétt að taka til greina kröfu hans um skaðabætur fyrir sundmarðahús, búr og tæki. – Sundmarðaldi var bannað hér á landi sökum hættu þeirrar og spjalla, er sundmerðir, er úr haldi sleppa, valda. Að svo vöxnu máli þykja eigi vera efni til að bæta [G] atvinnuspjöll vegna banns laganna við sundmarðaldi.“

2.

Eins og fram kemur í athugasemdum með frumvarpsdrögum, eru öll veigamestu orkufyrirtæki landsins í eigu hins opinbera, þ.e. ríkis og/eða sveitarfélaga, að undanskilinni Hitaveitu Suðurnesja hf., þar sem 32% hlutfjár eru í eigu Geysir Green Energy ehf. Í H 1964, 573, sem reifaður er hér að framan, kann það að hafa haft áhrif á málsúrslit að sú skerðing á stjórnarskrárvörðum réttindum, sem þar var um að ræða, bitnaði á fáum aðilum. Í ljósi þessa eru nokkrar líkur fyrir því að umrætt einkahlutafélag ætti rétt á bótum úr hendi ríkisins ef fyrrgreind ákvæði yrðu leidd í lög, óbreytt.

Við mat á því hvort félagið muni öðlast bótarétt úr ríkissjóði verður að sjálfsgöðu að hafa í huga að takmörkun sú, sem gert er ráð fyrir, myndi ekki bitna á því beint, heldur óbeint. Ennfremur að einungis yrði um að ræða takmörkun á rétti til ráðstöfunar á beinum eignarrétti. Þetta hvort tveggja mælir á móti því að bótaréttur myndi stofnast.

Á hinn bóginn verður ekki litið framhjá þeirri staðreynd að umrætt einkahlutafélag yrði, að því er best verður séð, eini einkaaðilinn sem fyrirhuguð takmörkun á eignarrétti myndi bitna á. Þess vegna má halda því fram, með réttu, að takmörkuninni sé í raun og veru beint gegn einum einkaaðila („kasuistísk“ aðferð við lagasetningu), jafnvel þótt hún sé að formi til hugsuð sem almenn takmörkun á eignarrétti. Þetta atriði kynni að vega þungt við mat á því hvort takmörkunin yrði talin samrýmast 1. mgr. 72. gr. stjkskr., án þess að réttur til bóta stofnaðist, eða hvort hún hefði í för með sér bótaskyldu fyrir ríkið.

3.

Þegar litið er til þess sjónarmiðs um jafnræði, sem vísað er til hér að framan, og þeirrar staðreyndar, að fyrirhuguð takmörkun á eignarrétti myndi væntanlega bitna einungis á einum einkaaðila í raun, er það álit mitt að umtalsverður vafi leiki á því að það samrýmist 1. mgr. 72. gr. stjkskr., sbr. 65. gr. hennar, að láta takmörkunina taka til fyrirtækja í meiri hluta eigu hins opinbera, eins og gert er ráð fyrir í 1., 10. og 13. gr. fyrirliggjandi frumvarpsdraga.

Reykjavík, ~~6~~ desember 2007,



Eiríkur Tómasson,
prófessor

Minnisblað

Dags.: 11. desember 2007

Efni: Athugasemdir við drög að frumvarpi til laga um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda og orkusviði, gr. 1 og 10, dags. 15. okt. 2007.

Til: Iðnaðarráðuneytisins

Frá: Friðriki Má Baldurssyni, prófessor, Háskólanum í Reykjavík og Nils-Henrik M von der Fehr, prófessor, Háskólanum í Osló

Iðnaðarráðuneytið vinnur nú að undirbúningi að breytingum á lögum á auðlinda og orkusviði eins og fram kemur í drögum að frumvarpi þess efnis dags. 15. okt. 2007, hér eftir nefnt frumvarpið. Ráðuneytið óskaði eftir því við höfunda þessa minnisblaðs að gefa stutt állt á 1. og 10. grein frumvarpsins, en þessar greinar lúta að takmörkunum á framsali opinberra aðila á eignarhaldi á orkuauðlindum. Þannig segir í 1. gr.:

Ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum, sem alfarið eru í eigu þeirra, er óheimilt að framseija beint eða óbeint og með varanlegum hætti eignarrétt að vatni, sem hefur að geyma virkjanlegt afl umfram 1 MW, þar með talið jarðhita og grunnvatn umfram heimills- og búsparfir...

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. er heimilt að framselja réttindi til félags sem alfarið er í eigu ríkis og/eða sveitarfélaga og sérstaklega er stofnað til að fara með eignarhald þessara réttinda.

Ríki, sveitarfélögum og félögum í þeirra eigu, sbr. 2. mgr. þessarar greinar er heimilt að veita tímabundið afnotarétt að réttindum skv. 1. mgr. til allt að 40 ára í senn.

Við ákvörðun um það hverjum skuli veittur afnotaréttur skal gæta jafnræðis. Þá skal gæta þess að ákvörðunin stuðli að hagkvæmri nýtingu auðlindanna, fjárfestinga í mannvirkjum og annarra sjánarmiða eftir því sem við á.

Iðnaðarráðherra skal semja um endurgjald (leigu) fyrir afnotarétt réttinda undir yfirráðum ríkisins skv. 3. mgr. þessarar greinar. Um ráðstöfun og endurgjald fyrir nýtingu réttinda í þjóðlendum fer samkvæmt ákvæðum laga þar að lútandi.

Samhljóða ákvæði, að breyttu breytanda, er að finna í 10. grein frumvarpsins, en hún lýtur að jarðhita og grunnvatni og mun breyta lögum um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu nr. 57/1998.

Að því er varðar verkefnið sem höfundum þessa minnisblaðs var falið má draga efnisatriði þessara frumvarpsgreina saman á eftirfarandi veg:

1. Ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum í opinberri eigu er óheimilt að framselja eignarrétt að orkuauðlindum með varanlegum hætti.¹

¹ Samkvæmt orðanna hljóðan þá gildir bannið ekki einungis um framsal eignarréttinda til einkaaðila heldur einnig milli ríkis og sveitarfélaga.

2. Engu að síður er heimilt að framselja réttindi til félags sem er að fullu í eigu ríkis eða sveitarfélags sem hefur það eina hlutverk að fara með eignarhald slíkra réttinda.
3. Ríki og sveitarfélögum er heimilt að veita tímabundinn afnotarétt að orkuauðlindum – þ.e. íeigja afnotaréttinn – til takmarkaðs tíma, allt að 40 ára.
4. Þegar veittur er tímabundinn afnotaréttur þá skal m.a. gætt jafnræðis milli aðila og að ráðstöfunin leiði til hagkvæmrar nýtingar auðlinda og fjárfestinga í mannvirkjum.

Rétt er að hafa eftirfarandi atriði í huga:

1. Slíkar takmarkanir á framsali á eignarhaldi að orkuauðlindum eru ekki í íslenskum lögum nú; sambærilegar takmarkanir eru hins vegar á framsali á rekstri vatnsveitna sveitarfélaga.²
2. Í frumvarpinu er ekki tekið fram að opinber fyrirtæki skuli greiða endurgjald fyrir afnot að orkuauðlindum, en það er heldur ekki útilokað.
3. Eignarhald á raforkuverum og hitaveitum á Íslandi er opinbert að langmestu leyti og nánast allar nýttar orkuauðlindir eru því í opinberri eigu. Undantekningin er 32% hlutur *Geysir Green Energy* í Hitaveitu Suðurnesja. Jafnframt á ríkið stærstan hluta af ónýttum orkuauðlindum með eignarhaldi sínu á þjóðlendum.

Takmarkanir þær sem felast í frumvarpinu vekja upp nokkur hagfræðileg álitaefti. Þar á meðal má nefna eftirfarandi:

- Hvernig á að útfæra löggin? Sér í lagi, hvernig á að skipa eignarréttindum?³
- Hvernig áhrif hafa löggin á samkeppni á orkumarkaði? Og er hægt að framkvæma þau þannig að það samræmist samkeppnislögum og -stefnu?
- Hver eru áhrif tímabundins afnotaréttar á efnahagslega hvata til endurfjárfestinga og viðhalds á orkumannvirkjum og til sjálfbærrar nýtingar orkuauðlinda?

Rétt er að taka fram að hér verður ekki tekið á þessum atriðum á tæmandi hátt heldur verður aðeins litið til helstu álitaefta sem upp koma, þau rædd stuttlega og vakin athygli á atriðum sem líta þarf til við útfærslu og framkvæmd laganna.

Eignarhald

Að því er eignarhald varðar þá virðist sem markmið laganna sé að banna varanlegt framsal eignarréttinda til einkaaðila án þess að setja skipulagi eignarhalds innan ríkis eða sveitarfélaga skorður. Í frumvarpinu þá er þetta gert með því að setja almennt bann á framsal eignarréttinda frá ríki (sveitarfélögum) en síðan er gerð undantekning að því er varðar félög sem eru að fullu í eigu ríkis (sveitarfélaga) og er ætlað það eina hlutverk að fara með slík réttindi.

Það koma upp nokkur atriði í þessu sambandi. Fyrsta atriðið er lögfræðilegs eðlis og varðar það hvort þessi útfærsla nær því markmiði sem henni er ætlað. Annað atriðið snýst um það hvert sé besta fyrirkomulag eignarréttinda á eignarhaldi innan ríkis (sveitarfélaga). Þriðja atriðið varðar afleiðingar þess að breyta þessu fyrirkomulagi. Við fjöllum hér á eftir um síðarl tvö atriðin.

² Sjá kafla 5 í athugasemdum við frumvarpsdrögin.

³ Þegar rætt er um eignarréttindi og eignarhald í þessu skjali þá er átt við eignarrétt og eignarhald að orkuauðlindum eins og í 1. gr. frumvarpsins.

Ekki er sérstaklega tekið fram í frumvarpinu hvernig eignarréttindum að orkuauðlindum í opinberri eigu skuli skipað. Gera má ráð fyrir að nokkrir mismunandi valkostir komi til greina. Þar á meðal má nefna:

- Eignarhald er á hendi núverandi eigenda, þ.m.t. opinber fyrirtæki.
- Eignarhald er á hendi núverandi eigenda, en afnotaréttur er framseldur til aðskilinna rekstrareininga, sem gætu verið í eigu sömu eigenda (þ.e. eigenda að orkuauðlindunum).
- Ríki og sveitarfélög taka öll eignarréttindi að orkuauðlindum til sín og halda þeim í beinni eigu eða setja þau í sérstakt eignarhaldsfélag.

Svo dæmi sé tekið þá er ekkert í frumvarpinu sem kemur í veg fyrir að Landsvirkjun, sem er að fullu í eigu ríkisins, geti haldið núverandi eignarréttindum að fallvötnum og jarðhita. En það má hugsa sér annað fyrirkomulag, t.d. að þessum réttindum yrði skipað innan sérstaks félags í eigu Landsvirkjunar, sem gæti veitt fyrirtækjum sem vinna raforku, þ.m.t. vinnslufyrirtækjum í eigu Landsvirkjunar, aðgang að þessum auðlindum. Ríkið gæti einnig stofnað sérstakt félag utan um allan eignarétt að orkuauðlindum í eigu ríkisins, þ.m.t. þeim sem Landsvirkjun, Rarik og Orkubú Vestfjarða eiga nú og jafnframt öllum orkuauðlindum í Þjóðlendum og veitt orkufyrirtækum í opinberri og einkaelgu tímabundin afnot að þessum auðlindum gegn endurgjaldi.

Möguleikar sveitarfélaga á skipan eignarréttinda að orkuauðlindum eru svipaðir að því er varðar land og félög sem eru að fullu í þeirra eigu. Þannig gæti Reykjavíkurborg og önnur sveitarfélög sem eiga Orkuveitu Reykjavíkur látið núverandi eignarhald Orkuveitunnar á orkuauðlindum halda sér, eða flutt þessi réttindi í sérstakt eignarhaldsfélag.⁴

Eins og áður sagði er ekki kveðið á um það í frumvarpinu hvernig eignarréttindum hins opinbera á orkuauðlindum skuli háttað. En hvernig sú skipan er getur haft mikilvægar afleiðingar. Til dæmis getur þetta haft áhrif á sveigjanleika að því er varðar framtíðarstefnu í orkumálum og hvort og hvernig hægt er að veita aðgang að þeim á sanngjarnan og gegnsæjan hátt. Að því er varðar fyrra atriðið þá virðist ljóst að aðskilnaður eignarhalds frá afnotum nú veitir aukinn sveigjanleika í framtíðinni. Þannig verður auðvelt að breyta fyrirkomulagi í vinnslu raforku, eða einkavæða hluta af samkeppnisstarfsemi orkufyrirtækja, svo dæmi séu tekin, án þess að breyta þurfi eða takast á um eignarhald á orkuauðlindum.

Breytingar á skipulagi eignarhalds – jafnvel þegar þær ná aðeins til ríkisins (sveitarfélaga) – kunna að hafa áhrif á það hvernig auðlindir eru nýttar og hver gerir það. Sú spurning hlýtur raunar að vakna hvort sú lagasetning sem hér er fjallað um gæti orðið þess valdandi að það yrði nauðsynlegt að breyta skipan eignarhalds á orkuauðlindum í opinberri eigu til að aðilum yrði ekki mismunað. Svo tekið sé dæmi þá má hugsa sér að ríkið færi eignarhald á orkuauðlindum sem nú eru í eigu Landsvirkjunar í sérstakt eignarhaldsfélag. Ef Landsvirkjun á að geta haldið áfram að nýta auðlindirnar eftir þessa ráðstöfun verður að úthluta félaginu afnotarétti. Vætanlega verða þau réttindi að vera tímabundin, í samræmi við ákvæði frumvarpsins (laganna). Ráðstöfun réttindanna verður vætanlega einnig að fara fram með gagnsæjum hætti og þannig að þess sé gætt að önnur fyrirtæki – hugsanlega í einkaelgu – sitji við sama borð og Landsvirkjun. Það gæti því orðið erfitt að tryggja það að

⁴ Bann við framsali mun ekki ná til Hitaveitu Suðurnesja þar sem einkaaðili á þriðjung í fyrirtækinu.

Landsvirkjun öðlaðist réttindin.⁵ Reyndin gæti því orðið sú að möguleikarnir á að skipa eignarhaldi innan ríkisins (sveitarfélaga) séu takmarkaðir.

Samkeppni

Lög sem sett verða á grundvelli þessa frumvarps geta hugsanlega leitt til mismununar á grundvelli eignarhalds, þ.e. þess hvort það eru einka- eða opinberir aðilar sem nýta orkuauðlindirnar. Þetta vekur upp spurningar að því er varðar samkeppni á orkumarkaði. Þetta er að hluta lögfræðilegt viðfangsefni, en er einnig hagfræðilegt álitaefni. Ef opinber fyrirtæki hafa betri aðgang að auðlindum – t.d. með því að þau séu undanskilin tímatakmörkunum á afnotarétti – og þurfa ekki að greiða leigu fyrir afnot þeirra eins og einkaaðilar þá er það ígildi styrks til opinberu fyrirtækjanna. Slíkur styrkur leiðir til betri samkeppnisstöðu opinberra fyrirtækja á kostnað einkaaðila og veldur jafnframt efnahagslegum (þjóðhagslegum) kostnaði; orkuauðlindirnar verða ekki nýttar á hagkvæman hátt með þessu fyrirkomulagi.

Skipan eignarhalds á orkuauðlindunum innan hins opinbera getur haft áhrif á það hvort hægt er að útfæra lögin án þess að mismuna aðilum. Ef eignarhald er aðskilið frá öðrum rekstri opinberra orkufyrirtækja þá er hægt að veita aðgang á auðlindunum á hlutlægan, sanngjarnan og gegnsæjan hátt án þess að mismuna aðilum á grundvelli eignarhalds. Ef, hins vegar, eignarhald og afnot á auðlindum er innan sömu einingar eins og gildir um orkufyrirtæki nú, þá virðist erfitt að veita slíkan aðgang á sannfærandi hátt.

Efnahagslegir hvatar

Fjárfestingar til nýtingar á fallvötnum eða jarðhita í því skyni að framleiða raforku eða hita húsnaði eru sérhæfðar til þeirra nota og jafnframt bundnar við þann stað sem virkjað er á. Slíkar fjárfestingar eru nánast fullkomið dæmi um það sem í hagfræði er nefndur sokkinn kostnaður: það er erfitt að ímynda sér að hægt sé að nota viðkomandi mannvirki til nokkurra annarra nota en upprunalega var ætlað og það er nánast ómögulegt að flytja viðkomandi búnað nema að litlu leyti á annan stað til að framleiða raforku þar, svo dæmi sé tekið. Leigjandi auðlindarinnar og eigandi vinnslumannvirkjanna er bundinn við að nota þessa tilteknu auðlind á þessum tiltekna stað. Ef eigandinn missir frá sér réttindin til nýtingar á auðlindinni þá eru mannvirkin lítils sem einskis virði fyrir hann.⁶

Ef auðlind á borð við fallvatn eða jarðhitasvæði er leigð til takmarkaðs tíma til fyrirtækis sem fjárfestir í mannvirkjum til vinnslu á raforku eða vatni til húsa hitunar þá er yfirleitt erfitt að gera efnahagslega hvata í leigusamningnum þannig úr garði að þeir samræmi hagsmuni leigjanda og eiganda á sama hátt og ef eigandinn nýtir auðlindina sjálfur; þetta er svokallaður *leigjendavandi*. Sér í lagi þá vill eigandinn nýta auðlindina á hagkvæman hátt svo lengi sem hún er við lýði (og í tilviki vatns eða jarðhita getur sá tími verið óendanlegur), en leigjandinn hefur það væntanlega fyrst og fremst í huga að ná sem mestum arði af nýtingu auðlindarinnar á leigutímanum. Þegar líður að lokum leigutímans

⁵ Það er algengt að byggja ráðstöfun nýtingarréttinda á auðlindum á fyrri nýtingu fyrirtækja (e. *grandfathering*). Oftast er slík úthlutun tímabundin. Það kann að vera að hægt sé að beita slíkri nálgun í þessu tilviki.

⁶ Það sem átt er við hér er að leigjandinn getur ekki notað mannvirkin til að afla tekna. Það má auðvitað hugsa sér að ákvæði í lögum eða samningum tryggi honum endurgjald fyrir að glata afnotarétti að auðlindinni.

mun leigjandinn ekki huga að því að leggja í kostnað við viðhald og endurnýjun mannvirkja sem skilar aðeins hagnaði til langs tíma litið; a.m.k. standa efnahagslegir hvatar hans ekki til þess. Leigjandinn hefur ekki heldur efnahagslega hvata til að nýta auðlindina á sjálfbæran hátt. Lögin sem hér eru til umræðu aðskilja einmitt afnot frá eignarhaldi og svo virðist sem þau ákvæði þurfi að glíða bæði fyrir opinber fyrirtæki og einkafyrirtæki ef ekki á að mismuna á grundvelli eignarhalds. Leigjendavandinn kemur því óhjákvæmilega upp í þessu tilviki.

Dæmi um lög af þessu tagi eru norsku vatnalögin, en þau mæla fyrir um að þegar nýtingarleyfi tiltekins vatnsfalls rennur út skuli einkaaðilar afhenda ekki aðeins auðlindina heldur orkuvirkin sjálf bótalaust til norska ríkisins (þetta er kallað „hjemfall“ á norsku). Ljóst er að þessar reglur grafa undan hvötum einkarekinna orkuframleiðenda til að fjárfesta í viðhaldi og endurnýjun orkuvirkja, sérstaklega því nær sem dregur afhendingardegi.⁷ Þegar skammtímasjónarmiðin ná yfirhöndinni er því hætt á að mannvirkjum sé ekki haldið við og þau endurnýjuð á fullnægjandi hátt. Þetta leiðir til þess að auðlindin er ekki nýtt á eins hagkvæman hátt og ef litið væri á bata til lengri tíma eins og eigandinn myndi gera. Í versta tilviki gæti öryggi verið stefnt í voða ef stíflum og sambærilegum mannvirkjum er ekki haldið nægjanlega við. Þar sem jarðhitasvæði er nýtt til orkuvinnslu væri freistandi fyrir leigjandann að nýta orkuforða svæðisins of hratt – frá sjónarmiði sjálfbærrar nýtingar – eða sóa auðlindinni á annan hátt.⁸ Í þessu tilviki er það ekki einvörðungu undir lok tímabilsins sem slík sjónarmið geta valdið skaða: Ef leigjandinn telur hættu á að hann muni missa réttindi til nýtingar viðkomandi svæðis í lok leyfistíma þá standa efnahagslegir hvatar til þess að hann skipuleggi nýtingu svæðisins án tillits til sjálfbærrar nýtingar yfir lengri tíma en leyfið nær til.

Fræðilega er mögulegt að leysa þennan vanda með því að tryggja leigjandanum bætur fyrir virði þeirra fjárfestinga sem hann ræðst í á leigutímanum. Þetta væri hægt að binda í samninga og leggja fyrir gerðardóm ef þörf krefur. Í reynd væri þó illgerlegt að meta raunverulegt virði slíkra fjárfestinga, sérstaklega þar sem þær eru bundnar við auðlindina sem um ræðir og jafnvel sérhæfðar fyrir leigjandann og myndu því ekki nýtast öðrum. Það er einnig hægt að skapa slæma efnahagslega hvata með þessu móti. Ef leigjandinn hefur t.d. tryggingu fyrir fullri endurgreiðslu á viðhaldi og endurnýjun orkumannvirkja þá getur hann offjárfest – lagt í nánast hvaða kostnað sem er – undir lok leigutímans og fengið kostnaðinn endurgreiddan. Þetta myndi augljóslega leiða til sóunar. Ef hins vegar ákvæði varðandi það sem leigjandinn getur fengið endurgreitt eru of þröng þá kemur upprunalegi leigjendavandinn aftur til sögunnar.

Að því er sjálfbæra nýtingu varðar þá er það e.t.v. einnig fremur óeðlilegt að greiða þurfi leigjandanum sérstaklega fyrir að ganga vel um auðlindina. Reglusetning og eftirlit eru því líklega betri kostir að þessu leyti. Slíkar lausnir eru engu að síður líklegar til að vera ófullkomnar og nokkur kostnaður hlýst ætíð af reglusetningu og eftirliti af þessu tagi.

Enn einn vandinn kemur upp þegar endurúthluta á nýtingarrétti. Leigjandinn sem hefur haft afnot af auðlindinni er líklegur til að búa yfir betri upplýsingum en aðrir (þ.m.t. eigandinn) um það hve mikils virði auðlindin er. Það kann því að vera vandasamt fyrir eigandann að ná sannvirði auðlindarinnar til sín með útboði eða öðrum hlutlægum aðferðum sem miða við að sá sem er tilbúinn að greiða mest

⁷ EFTA dómstóllinn úrskurðaði nýlega að þessi norsku lög fælu í sér brot á 31. og 40. greinum EES samningsins (*EFTA judgment, Case E-2/06, June 26 2007*).

⁸ Það er hægt að nýta jarðhitasvæði nánast út í hið óendanlega ef þess er gætt að ganga ekki of hratt á auðlindina, en það er einnig hægt að tæma þau á endanlegum árafjölda ef hið gagnstæða er gert (þetta kann reyndar að vera hagkvæmasta nýtingarstefna).

fái afnot af auðlindinni. Samkeppni um auðlindina verður ófullkomin: Leigjandinn sem er fyrir er líklegastur til að vinna í útboðinu. Vandinn hefur hér snúist við: Í stað þess að leigjandinn sé bundinn við auðlindina og eigandann er það eigandinn sem er bundinn við leigjandann.

Lengd leigutíma

Við ákvörðun um lengd á tímabundnu framsali eða leigu afnotaréttar má segja að tvö gagnstæð sjónarmið takist á: Annars vegar sveigjanleiki eigandans til að ráðstafa réttindunum og hins vegar vissa notandans um afnot af auðlindinni.

Stutt leigutímabil veitir eigandanum mikinn sveigjanleika: Skuldbinding gagnvart tilteknum notanda og nýtingarleið nær aðeins til skamms tíma. Á leigutímanum getur eigandinn aðeins haft áhrif á nýtinguna í samræmi við leigusamning milli aðila, en þegar honum er lokið hefur eigandinn fullt frelsi til að breyta því hvernig viðkomandi auðlind er nýtt, þ.m.t. til þess að ráðstafa henni til annarra notenda eða að hætta nýtingu. Virði þessa sveigjanleika fer eftir því hversu líklegt er að slíkar breytingar verði eftirsóknarverðar.

Langur leigutími veitir notandanum (leigjandanum) aukna vissu um að hann hafi möguleika á að hagnast á nýtingu auðlindarinnar og þeim fjárfestingum sem hann hefur lagt út í. Nýtingin verður því hagkvæmari og afnotarétturinn verðmætari. Greiðsluvilji leigjandans verður því meiri og það skilar sér aftur í meiri tekjum eigandans af auðlindinni.

Lengri leigutími hefur áhrif til hins betra á hagkvæmni í byrjun og á fyrri hluta leigutímans, en hann leysir ekki úr þeim vanda sem kemur upp undir lok leigutíma og lýst var að framan (jafnvel langur leigutími endar einhvern tíma). Ákvörðunin um leigutíma er því sérstaklega mikilvæg í tilvikum þar sem notandinn verður að leggja út í miklar fjárfestingar í upphafi leigutíma. Þær aðstæður eru fyrir hendi þegar viðkomandi auðlind hefur ekki verið nýtt áður eða þegar leggja þarf í verulegar endurfjárfestingar til að nýta auðlindina á hagkvæman hátt. Í tilvikum þar sem þegar er búið að fjárfesta í nýtingu og kostnaður er aðallega fólgin í viðhaldi fastafjármuna skiptir leigutíminn minna máli.

Ef sett er hámark á leigutíma í lögum eða reglugerðum þá kemur til greina að hafa dæmigerðan líftíma fjárfestinga sem viðmiðun. Það kann að vera skynsamlegt að setja mismunandi hámark eftir því hvers eðlis auðlindin er (svo dæmi sé tekið þá virðist hugsanlegt að setja hagkvæmasta nýtingartíma háhitasvæðis sem hámark fyrir nýtingarrétt á jarðhita, ef hann er endanlegur). Einnig kemur til greina að gera greinarmun á áður ónýttum (þ.e. til orkuvinnslu) auðlindum og þeim sem þegar eru nýttar. Í sjálfu sér má hugsa sér að í stað þess að festa tiltekinn árafjöldi í lög þá séu sett tiltekin viðmið sem taka á mið af við ákvörðun leigutíma.

Það má draga þessi sjónarmið saman á eftirfarandi veg: Þegar lengd leigutíma er ákveðin þá stangast á sveigjanleiki í nýtingu og hvatar til hagkvæmrar nýtingar. Hagkvæmnissjónarmið ein og sér styðja það að leigutími sé langur. Það er því mikilvægt fyrir ríki (sveitarfélög) að það liggja fyrir með skýrum hætti í hverju virði sveigjanleikans er falið. Þar er rétt að gera greinarmun á þeim ráðstöfunum sem afnot leigjanda á auðlindinni hindra og þeim sem það gildir ekki um. Sér í lagi þá getur ríkið – jafnvel

þótt auðlind sé í útleigu – haft áhrif á nýtingu auðlinda með setningu laga og reglna. Virði sveigjanleika (styttri leigutíma) felst í því sem ekki er hægt að gera með þeim hætti.⁹

Lokaorð

Takmörkun á eignarhaldi og framsali auðlinda takmarkar möguleikana á því hver nýtir auðlindirnar og með hvaða hætti það er gert. Slíkar takmarkanir hafa neikvæð áhrif á efnahagslegt virði auðlindanna og hagkvæmni í nýtingu þeirra. Hversu víðtæk þessi áhrif eru er háð því hvernig takmörkunum er háttáð og hvort og þá hvernig unnið er gegn þessum neikvæðu áhrifum með ákvæðum og samningum um bætur og með reglusetningu um umgengni um auðlindirnar. Þessi niðurstaða felur ekki í sér gagnrýni á ætlaða lagasetningu, en hún þýðir að stórnvöld verða að huga vandlega að því hvernig hægt er að lágmarka hugsanlegan kostnað sem af henni hlýst.

Líklegt er að setja þurfi nánari ákvæði um framkvæmd laganna í reglugerðir og að leggja þurfi í aðrar aðgerðir til að lögin nái markmiði sínu að fullu. Meðal þess sem líklegt er að skoða þurfi í framhaldinu eru eftirfarandi atriði:

- Skipan eignarhalds á orkuauðlindum í eigu ríkis og sveitarfélaga, þ.m.t. hvort það er eftirsóknarvert eða nauðsynlegt að breyta þessari skipan, t.d. með því að færa eignarréttindi að öllu leyti eða hluta til sérstaks eignarhaldsfélags.
- Reglur um það hvernig ráðstafa á afnotarétti þannig að gætt sé jafnræðis. Hér er hugsanlegt að gera megi greinarmun á þeim auðlindum sem þegar eru nýttar og hinum sem ekki hafa verið nýttar til orkuvinnslu.
- Ákvæði leigusamninga, m.a. með það að markmiði að leysa úr skorti á hvötum til fjárfestinga sem skapast undir lok leigutíma og til að stuðla að sjálfbærri nýtingu.
- Leiga og skipting hennar milli umsaminna fjárhæða annars vegar og tekju- eða magntengdra greiðslna hins vegar.
- Lengd leigutíma, m.a. hvort lengdin skuli vera mismunandi eftir tegund auðlindar, þess hvort auðlindin hafi þegar verið nýtt o.s.frv.
- Réttur til endurnýjunar á nýtingarheimild; hvort veita eigi slíkan rétt og þá með hvaða skilyrðum. Jafnframt hvernig eigi að bæta eigandanum þá fastafjármuni sem hann glatar ef nýtingarheimild er ekki endurnýjuð.

⁹ Í þessu sambandi má benda á að forsenda EFTA dómstólsins fyrir úrskurði um að norsku lögin um *hjemfall* væru brot á EEA samningnum var að hægt væri að ná markmiðum laganna (m.a. orkuöryggi og umhverfismarkmiðum) með almennri reglusetningu.

Skýrsla norrænna samkeppnisyrvalda um raforkumarkaðinn

13. september 2007

**Norræn skýrsla um raforkumarkaðinn
Áherslur Samkeppniseftirlitsins á raforkumarkaði****Tilurð norrænnar skýrslu um raforkumarkaði -
bakgrunnsupplýsingar**

Miklar breytingar hafa orðið á raforkumörkuðum á Norðurlöndum á undanförunum árum með markaðsvæðingu raforkukerfisins. Ísland hefur ekki farið varhluta af þessum sviptingum en íslenskir raforkukaupendur geta nú valið á milli raforkusala. Norrænar samkeppnisstofnanir tóku einnig saman skýrslu um raforkumarkaðinn fyrir árið 2003 en það ár tók Ísland ekki þátt. Var markaðsvæðing íslenska raforkukerfisins þá skammt á veg kominn. Með opnun markaðarins hér á landi og þeim breytingum sem orðið hafa í lagaumhverfi og orkuframleiðslu í Evrópu töldu norrænu samkeppniseftirlitin ástæðu til að taka upp þráðinn frá 2003 og ráðast í aðra úttekt á raforkumarkaðnum.

Íslenskur raforkumarkaður – áherslur Samkeppniseftirlitsins

Að mati Samkeppniseftirlitsins þarf að huga að aðgerðum sem miða að því að gera samkeppni á íslenskum raforkumarkaði virkari. Með vísan til hinnar norrænu skýrslu bendir Samkeppniseftirlitið á eftirfarandi leiðir til þess:

- Taka þarf 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.
- Huga þarf að því að auka nákvæmni orkumælinga, m.a. með orkumælum sem senda frá sér upplýsingar um orkunotkun reglulega. Slíkar orkumælingar ættu að leiða til meiri fjölbreytni í verði á raforku eftir aðstæðum hverju sinni, auka verðvitund neytenda og samkeppni smásala, ásamt því að bæta nýtingu raforku.

Hinn íslenski raforkumarkaður er að ýmsu leyti frábrugðinn öðrum norrænum raforkumörkuðum. Mun meira hefur verið fjárfest í orkuverum á Íslandi á umliðnum árum en á öðrum Norðurlöndum. Helgast það meðal annars af því að á Íslandi er mögulegt að virkja töluvert vatnsafl og jarðvarma með tiltölulega lágum tilkostnaði. Þá eru umtalsvert færri raforkusmálar á Íslandi en á hinum Norðurlöndunum auk þess sem hlutdeild stærsta framleiðandans í framleiðslu á rafmagni er mjög há.

Hér á landi er einkaleyfis- og samkeppnisstarfsemi, þ.e. flutningur og dreifing annars vegar og framleiðsla og sala hins vegar, jafnan innan sama fyrirtækis. Þá reka dreifiveitur oftast en ekki einnig hita- og vatnsveitur á dreifisvæði sínu. Með þessu er stór hluti starfsemi fyrirtækjanna einkaleyfisstarfsemi sem getur bitnað á samkeppni þeirra á milli. Sömuleiðis eru smásalar raforku ekki margir á Íslandi og litill hluti neytenda hefur skipt um smásala enn sem komið er.

Helstu niðurstöðu norrænu skýrslunnar

Töluverð samþjöppun er á Norðurlöndunum á ýmsum sviðum raforkumarkaðarins. Fjöldi smásala er misjafn en að meginstefnu til er orkuframleiðsla í höndum fárra stórra fyrirtækja. Samþjöppun hefur þó ekki aukist verulega á undanförunum árum. Alla jafna er töluvert um sameiginlegt eignarhald og krosseignarhald í raforkugeiranum á Norðurlöndum en því geta fylgt ýmis samkeppnisleg vandamál.

Framleiðsla hefur ekki aukist í takt við eftirspurn á öðrum Norðurlöndum en Íslandi. Helgast það af ýmsum ástæðum. Almennt má segja að erfitt sé að byggja ný orkuver vegna ýmissa lagalegra kvaða. Mikilvægt er að umgjörð raforkumarkaðarins sé með þeim hætti að hagkvæmar ákvarðanir séu teknar um framtíðaruppbyggingu raforkukerfisins.

Orkuverð hefur verið mjög breytilegt á Norðurlöndum. Helgast það af ýmsum ástæðum. Vatnabúskapur og breytingar í regluverki, m.a. mengunarkvótar, hafa spilað þar nokkra rullu.

Fjárfestingar í flutningskerfum hafa víða verið ófullnægjandi á Norðurlöndum. Telja Norrænu samkeppniseftirlitin að nauðsynlegt sé að regluverkið styðji við hæfilegt magn fjárfestingar þar sem gott flutningskerfi er ein af forsendum samkeppni á raforkumarkaði. Jafnframt þurfa að felast hvatar í regluverki flutningskerfisins til þess að halda niðri kostnaði.

Til þess að tryggja að flutningsfyrirtæki og dreifiveitur mismuni ekki viðskiptavinum sínum er æskilegt að skilja að einkaleyfis- og samkeppnisrekstur. Telja samkeppniseftirlit á Norðurlöndum að heppilegast sé að skilja að eignarhald samkeppni- og einkaleyfisþátta á raforkumarkaði. Sé það ómögulegt er félagslegur aðskilnaður æskilegur.

Mesta vandamál smásölu á raforkumarkaði er verðvitund neytenda. Fáir hafa skipt um raforkusmásala á sumum Norðurlandanna, sér í lagi á Íslandi. Til þess að auka verðvitund neytanda myndu raforkumælar sem senda reglulega frá sér upplýsingar um notkun vera æskilegir að því gefnu hægt sé að koma þeim upp án óhóflegs kostnaðar. Neytendur gætu þá lagað sig betur að raforkuverðum sem myndi stuðla að hagstæðari kjörum þeirra og betri nýtingu raforku.

„Virkja þarf krafta samkeppninnar á raforkumarkaði”

Páll Gunnar Pálsson, forstjóri Samkeppniseftirlitsins, segist vænta þess að skýrsla norrænu samkeppniseftirlitanna sé gagnlegt innlegg í umræðu um samkeppni á raforkumarkaði hér á landi. „Á litlum og einangruðum raforkumarkaði eins og okkar þurfa stjórnvöld og orkufyrirtæki stöðugt að leita leiða til að efla samkeppni almenningi til hagsbóta. Skýrari aðskilnaður milli einkaleyfis- og samkeppnisstarfsemi raforkufyrirtækja og nákvæmari og tíðari raforkumælingar geta skipt máli í þessu sambandi”.

Skýrslan: Capacity for competition
(PDF 2,08mB, opnast í nýjum glugga)

[Til baka](#)

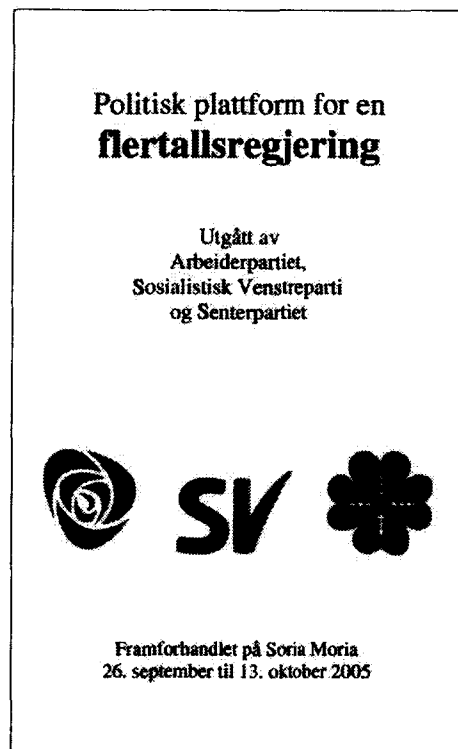


OLJE- OG ENERGIDEPARTEMENTET

Pressekonferanse 14. mars 2008

Hjemfall og offentlig eierskap
Olje- og energiminister Åslaug Haga

Soria Moria-erklæringen:



Regjeringen vil:

”at våre energiresurser skal være hele folkets eie. Vi vil derfor ha et sterkt offentlig eierskap til våre vannkraftressurser [...]

Dagens hjemfallsordning skal opprettholdes på en slik måte at offentlig og nasjonalt eierskap sikres.”

Hjemfall

- Hjemfall er vederlagsfri overføring av kraftverk til staten når konsesjonstiden utløper
- Hjemfall ble innført i 1909
- Hensikten med hjemfall var å sikre offentlig eierskap



Hjemfallet utfordret

- Norges praktisering av hjemfall ble utfordret av ESA i 2001
- Regjeringen stod på gjeldende regelverk
- ESA gikk til sak i 2006
- I juni 2007 kom EFTA-domstolen til at Norges praktisering ikke var forenlig med EØS-avtalen
- 10. august 2007 la regjeringen fram den provisoriske anordningen



Dommen ga nye muligheter

- Norge fikk ikke medhold, men premissene åpnet nye muligheter
- Domstolen aksepterte at offentlig eierskap er et mål i seg selv



Hovedinnholdet i lovutkastet

For å oppnå offentlig eierskap skal industrikonsesjonsloven endres:

- Nye konsesjoner kan ikke gis til andre enn offentlige eiere
- Erverv av hjemfalte vannfall og kraftverk begrenses til offentlige eiere
- Adgangen til tilbakesalg/leie en gang etter foregrepet hjemfall opphører
- Salg av mer enn 1/3 av offentlig eide vannfall og kraftverk til private forbys

Formålet i loven

§ 1 første ledd i industrikonsesjonsloven :

” *Landets vannkraftressurser skal tilhøre allmennheten og forvaltes til det felles beste. Dette skal sikres ved en eierstruktur basert på prinsippet om offentlig eierskap på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå.*”

Småkraft

- Videreføring av konsesjonsgrensen på 4000 naturhestekrefter
- Grunneiere i distriktene kan derfor stort sett bygge ut småkraftverk som før

Offentlige eide kraftverk

- Statlige, fylkeskommunale og kommunale kraftverk – ingen endringer

Privateide kraftverk uten hjemfall

- Gjelder vannfall og kraftverk ervervet før 1909
- Salg må skje til offentlige eiere

Privateide kraftverk med hjemfall


- 7,8 TWh er i dag privateid som skal hjemfalle til staten
- Høringsutkastet viderefører ordningen med at private kan selge kraftverkene til offentlig eiere slik at konsesjonene blir uten tidsbegrensning og hjemfallet faller bort
- Et offentlig selskap kan ha inntil 1/3 private eiere
- Private eiere kan på denne måten realisere verdiene og få langsiktig tilgang til kraften

Utleie

- Det åpnes for at det offentlige kan leie ut kraftproduksjon
- Utleie er en ordinær del av eierskap
- Utleien skal foretas innenfor bestemte rammer. Leier kan disponere kraften for egen regning og risiko for en lengre periode, inntil 30 år
- Rammen for utleie fremgår av høringsdokumentet
- Utleie er ingen nødvendig del av konsolideringsmodellen
- Regler for utleie fremmes i egen proposisjon senere

Veien videre

- Høringsnotatet med lovforslag er nå sendt på høring
- Høringsfristen er 30. april
- Regjeringen tar sikte på å oversende lovproposisjon til Stortinget så snart høringen er avsluttet og alle uttalelsene er gjennomgått



*Landets vannkraftressurser skal
tilhøre allmennheten og forvaltes
til det felles beste.*

