

Utanríkisráðuneytið
Guðlaugur Þór Þórðarson, utanríkisráðherra
Rauðarárstíg 25
105 Reykjavík

Reykjavík, 23. apríl 2019

Utanríkisráðuneytið hefur farið þess á leit við Alþjóða- og Evrópuréttarstofnun Háskólans í Reykjavík að stofnunin veiti sérfræðilegt álit sitt á því hverjar verði lagalegar afleiðingar þess ef Alþingi synjar afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara vegna þriðja orkupakkans.

Þann 5. maí 2017 var upptaka þriðja orkupakkans samþykkt í sameiginlegu EES-nefndinni, með stjórnskipulegum fyrirvara af hálfu Íslands, Noregs og Liechtenstein. Noregur og Liechtenstein hafa þegar aflétt hinum stjórnskipulega fyrirvara en þingsályktunartillaga þess efnis er enn til meðferðar hjá Alþingi Íslendinga.

Álitið er tvískipt. Í fyrri hluta þess er í stuttu máli fjallað um það ferli sem hefur þegar átt sér stað til undirbúnings upptöku þriðja orkupakkans, bæði hér á landi og á vettvangi ESB. Í seinni hluta álitsins er fjallað um þær lagalegu afleiðingar sem synjun Alþingis um afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara hefði. Aldrei hefur reynt á þau ákvæði samningsins sem virkjast í slíkum tilvikum þar sem ekkert EES/EFTA-ríki hefur fram að þessu hafnað upptöku afleiddrar löggjafar í samninginn. Þá er í stuttu máli farið yfir helstu gerðir á sviði orkumála sem að synjun stjórnskipulegs fyrirvara kann að hafa áhrif á. Ekki er um að ræða ítarlega greiningu á áhrifunum enda kallar slíkt á víðtæka athugun hjá markaðsaðilum.

I. Viðamikið ferli hjá ESB og EES/EFTA-ríkjunum hefur þegar farið fram

Meginhlutverk sameiginlegu EES-nefndarinnar er að samþykkja upptöku nýrra reglna í EES-samninginn eða breytingar á eldri reglum, sbr. 98. og 102. gr. EES-samningsins. Ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar skulu teknar með samkomulagi milli ESB annars vegar og hins vegar EES/EFTA-ríkjanna, sem „mæla einum rómi“, sbr. 93. gr. samningsins. Það þýðir að EES/EFTA ríkin verða að ná samkomulagi sín á milli áður en kemur að ákvarðanatöku í nefndinni.

Samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum þurfa bæði ESB og EES/EFTA-ríkin að veita samþykki sitt fyrir því að taka tilteknar ESB-gerðir upp í EES-samninginn. Áður en slík ákvörðun er tekin fer fram viðamikið ferli, bæði innan ESB og EES/EFTA-ríkjanna. Í EES/EFTA-ríkjunum er eftir atvikum haft samráð við þjóðþing ríkjanna. Að því er varðar málsmeðferð við upptöku þriðja orkupakkans hér á landi upplýsti utanríkisráðuneytið, utanríkismálanefnd Alþingis um málið þann 5. mars 2013 í samræmi við 2. gr. þágildandi *reglna um þinglega meðferð EES-mála*. Utanríkismálanefnd Alþingis lauk umfjöllun sinni um málið með álit, dags. 20. september 2016, þar sem einnig voru send með álit stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis, dags. 27. nóvember 2014, og atvinnuveganefndar Alþingis, dags. 23. október 2014. Þá var ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um upptöku þriðja orkupakkans enn fremur kynnt utanríkismálanefnd skv. 3. gr. þágildandi *reglna um þinglega meðferð EES-mála* áður en sameiginlega EES-nefndin tók ákvörðun sína hinn 5. maí 2017. Á vettvangi ESB annast utanríkisþjónusta ESB viðræður við EES/EFTA ríkin. Ef gerðar eru efnislegar aðlaganir á gerðum, líkt og gert var í tilviki þriðja orkupakkans, þarf að afla samþykki ráðs ESB og í sumum tilvikum Evrópuþingsins, sbr. 3. mgr. 1. gr. *reglugerðar ráðs ESB nr. 2894/94 um framkvæmd EES-samningsins*.

Í tilviki þriðja orkupakkans hefur ofangreint ferli þegar átt sér stað: 1) EES/EFTA-ríkin hafa komist að samkomulagi; 2) viðræður við utanríkisþjónustu ESB hafa

átt sér stað og samkomulag um aðlögunartexta staðfest; 3) drög að ákvörðun hafa verið afgreidd af þingnefndum Alþingis; 4) ríkisstjórn Íslands hefur veitt utanríkisráðherra umboð til að staðfesta ákvörðun með stjórnskipulegum fyrirvara; 5) utanríkisþjónusta ESB hefur fengið heimild til staðfestingar frá ráði ESB.

Sem fyrr greinir, tóku öll EES/EFTA-ríkin ákvörðun um upptöku þriðja orkupakkans með stjórnskipulegum fyrirvara, sbr. 103. gr. EES-samningsins. Noregur og Liechtenstein hafa þegar aflétt hinum stjórnskipulega fyrirvara af sinni hálfu. Á Íslandi var þingsályktunartillaga um afléttingu hins stjórnskipulega fyrirvara lögð fram á Alþingi þann 1. apríl 2019.

II. Lagalegar afleiðingar synjunar

Sem fyrr segir hefur utanríkisráðuneytið farið þess á leit við Alþjóða- og Evrópuréttarstofnun HR að varpa ljósi á lagalegar afleiðingar þess ef afléttingu hins stjórnskipulega fyrirvara verður hafnað á Alþingi. Í 25 ára sögu EES-samningsins hefur aldrei komið til þess að EES/EFTA-ríki hafi hafnað afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara eða upptöku gerða í samninginn. Er því ekki unnt að líta til neinna fordæma um hinar lagalegu afleiðingar heldur eingöngu ákvæða EES-samningsins sjálfs, auk fræðiskrifa.

a) Í fyrsta lagi tekur ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn ekki gildi fyrr en öll EES/EFTA-ríkin hafa aflétt fyrirvaranum, sbr. 2. mgr. 93. gr. og 103. gr. EES-samningsins. Er því ljóst að synjun íslenska ríkisins hefði bein áhrif í Noregi og Lichtenstein, að því leyti að löggjöfin tæki ekki gildi gagnvart þessum ríkjum.

b) Í öðru lagi hefur höfnun á afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara í för með sér að sá hluti IV. viðauka EES-samningsins sem löggjöfin hefur bein áhrif á, sbr. 2. mgr. 102. gr., er frestað til bráðabirgða, nema ef sameiginlega EES-nefndin

ákveður annað, sbr. 5. mgr. 102. gr. EES-samningsins. Slík ráðstöfun tæki gildi mánuði eftir að íslenska ríkið tilkynnti samningsaðila sínum um synjun, sbr. 103. og 5. mgr. 102. gr. EES-samningsins. Frestunin getur tekið til hluta gerða IV. viðauka um orkumál eða viðaukans í heild, eftir því hvaða hluta viðaukans gerðir þriðja orkupakkans hafa verið talin hafa bein áhrif á. Það er háð niðurstöðu sameiginlegu EES-nefndarinnar hvaða hlutar viðaukans frestast, sbr. 2. mgr. 102. gr.

Þess ber þó að geta að frestun á viðaukanum eða einstökum gerðum hans hefur ekki áhrif á virkni meginmáls EES-samningsins. Þannig eiga reglur fjórfrelsisins eftir sem áður við um raforku t.d. hvað varðar stofnsetningarrétt og rétt til fjárfestinga á raforkusviði.

Í IV. viðauka eru tugir gerða sem Ísland, Noregur og Liechtenstein hafa skuldbundið sig til að fylgja og veita fyrirtækjum og neytendum ýmis réttindi á EES-svæðinu sem óvissa yrði um til framtíðar ef viðaukinn eða hlutar hans frestast.

Í fyrsta lagi má nefna gerðir sem tengjast opnun orkumarkaða og leggja m.a. grundvöllinn að núgildandi skipan raforkumarkaðar hér á landi sem tryggir fyrirtækjum og neytendum ákveðin réttindi. Þriðji orkupakkinn tengist þessum gerðum og myndi leysa af hólmi nokkurn hluta þeirra. Til viðbótar þeirri óvissu sem frestun þessara gerða hefði fyrir neytendur og fyrirtæki hér á landi er rétt að nefna að Noregur er virkur þátttakandi á innri markaði fyrir bæði raforku og gas á EES svæðinu. Það er því ljóst að veruleg réttaróvissa myndi skapast í Noregi.

Í öðru lagi má nefna gerðir sem er ætlað að stuðla að aukinni hlutdeild endurnýjanlegra orkugjafa í orkunotkun, sbr. einkum *tilskipun 2009/28/EB um að auka notkun á orku frá endurnýjanlegum orkugjöfum*. Á grundvelli

tilskipunarinnar geta íslensk orkufyrirtæki, óháð samtengingu við önnur ríki, tekið þátt í viðskiptum á EES-svæðinu með svonefndar upprunaábyrgðir. Tilgangur kerfis um sölu upprunaábyrgða er að skapa fjárhagslegan hvata til að framleiða orku með endurnýjanlegum orkugjöfum, en með sölu ábyrgðanna fá framleiðendur orku sem nota endurnýjanlega orkugjafa hærra verð fyrir orkuna. Þetta hafa íslensk orkufyrirtæki nýtt sér undanfarin ár, en óvissa skapast um heimildir orkufyrirtækjanna að þessu leyti ef frestunin næði til þessarar gerðar.

Í þriðja lagi má nefna fjölmargar gerðir sem ætlað er að stuðla að orkunýtni og orkusparnaði. Gerðirnar snúa bæði að neytendum og framleiðendum. Ýmsar gerðanna gera kröfur um merkingar og hönnun tækja og búnaðar sem verður að uppfylla svo markaðssetja megi vörurnar á EES-svæðinu. Að því marki sem vörur sem gerðirnar ná til eru framleiddar hér á landi má ætla að lagaleg óvissa skapist um aðgang að mörkuðum, ef af frestun gerðanna verður.

Í ritinu *The European Economic Area, EEA Law A commentary on the EEA Agreement* segir að með hliðsjón af þeim afleiðingum sem frestun myndi hafa fyrir samningsaðila virðist augljóst að það væri einungis í algjörum undantekningartilvikum sem samningsaðilar myndu leyfa málum að þróast þannig að heimild 5. mgr. 102. gr. EES-samningsins yrði beitt. Afleiðing þess að ekki næðist samkomulag um upptöku gerða yrði sú að tvenns konar reglur myndu gilda á Evrópska efnahagssvæðinu. Ein tegund reglna innan ESB og annars konar reglur á milli ESB og EES/EFTA-ríkjanna og á milli EES/EFTA-ríkjanna sjálfra. Þessi staða myndi hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila, samkeppnisskilyrði, jafnræði borgaranna o.fl. Í fyrrgreindu riti segir að vegna þessa megi álykta sem svo að hvorki ESB né EES/EFTA-ríkin vilji að sú aðstaða skapist að beita þurfi framangreindri heimild og öllum úrræðum skuli beitt til að forðast slíkt.¹

¹ Sven Norberg, Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson og Lucien Dedichen: *EEA Law, A commentary on the EEA Agreement*. Stokkhólmur 1993, bls. 145. Georges Baur kemst að sömu niðurstöðu um afleiðingu synjunar í grein sinni: „Suspension of Parts of the EEA Agreement: Disputes

Í bók Sigurðar Líndal og Skúla Magnússon *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* segir eftirfarandi:

Í stuttu máli er hægt að sjá fyrir sér að samningurinn geti ónýst á skömmum tíma ef EFTA-ríkin nýta sér þjóðréttarlegan rétt sinn til að hafna nýjum gerðum. Af þessum sökum er skiljanlegt að enn hefur ekki komið til þess að hluta EES-samningsins hafi verið frestað.

Af framangreindu sést glöggt að rétturinn til að synja laganýmælum ESB á þeim sviðum sem EES-samningurinn nær til er vissulega fyrir hendi frá formlegu sjónarhorni. Frá **pólítísku sjónarhorni er hann þó vart fyrir hendi**, a.m.k. svo framarlega sem stjórnvöld EFTA-ríkjanna vilja halda í EES-samninginn. Á hinn bóginn má líta á heimild EFTA-ríkjanna eins og neyðarhemil sem til greina kæmi að nota við sérstakar aðstæður.²

Þá má jafnframt vísa til samþykktu frá samningaviðræðum (e. *agreed minutes*) samningsaðila sem fylgja lokagerð samningsins (e. *final act*), um 111. gr. EES-samningsins en þar segir:

Suspension is not in the interest of the good functioning of the Agreement and all efforts should be made to avoid it.³

Kemur ekki á óvart í ljósi þess sem að framan greinir að frá upphafi EES-samningsins hafa EES/EFTA-ríkin aldrei beitt neitunarvaldi varðandi upptöku gerða í EES-samninginn. Þá hefur ESB einnig sýnt mikinn samstarfsvilja til að ná samkomulagi þegar dregist hefur von úr viti að ná samkomulagi um upptöku gerða í EES-samninginn. Þó hefur það gerst að þolinmæði ESB hefur þrotið og

About Incorporation, Consequences and Failure to Reach Agreement and Safeguard Measures“. Í ritinu *The Handbook of EEA Law*. Luxemborg 2016, bls. 73.

² Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*. Reykjavík 2011, bls. 166-167.

³ Sjá <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A21994A0103%2801%29>. Í lokagerð EES-samningsins (e. *final act*) kemur fram að samningsaðilar séu ásáttir um að umræddar samþykktir séu bindandi.

sambandið virkjað þau úrræði sem er að finna í 4. mgr. 102. gr. EES-samningsins, en í því felst hótun um að fresta hluta EES-samningsins til bráðabirgða, sbr. 5. mgr. sama ákvæðis. Hér má taka sem dæmi *tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB frá 29. apríl 2004 um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálstrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna* en málið dróst á langinn vegna andstöðu íslenska ríkisins við sum ákvæði tilskipunarinnar. Eftir að ESB virkjaði 4. mgr. 102. gr. samningsins áttu frekari samningaviðræður sér stað á milli samningsaðila og að lokum samþykkti íslenska ríkið að umrædd tilskipun yrði tekin upp í EES-samninginn. Ekki kom því til þess að ESB beitti heimild 5. mgr. 102. gr. samningsins um að fresta hluta viðaukans. Framangreint dæmi sýnir þó að ESB virðist vera tilbúið að beita heimildum 5. mgr. 102. gr. ef sambandið telur ástæðu til.

c) Í þriðja lagi þarf að skoða sérstaklega hvað synjun íslenska ríkisins um afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara (og þá um leið synjun á upptöku löggjafar í EES-samninginn) á þessu stigi, þ.e. eftir að samkomulag hefur þegar náðst á milli samningsaðila í sameiginlegu EES-nefndinni, kann að hafa í för með sér.

Rík skylda hvílir á samningsaðilum á grundvelli EES-samningsins að ná samkomulagi um upptöku gerða í samninginn, sbr. 3.-5. mgr. 102. gr. Beiting 5. mgr. 102. gr. á samkvæmt ákvæðinu eingöngu að vera tímabundin ráðstöfun þar til samningsaðilar hafa náð samkomulagi. Eins og rakið hefur verið hér að ofan hafa samningsaðilar, þ.e. ESB annars vegar og EES/EFTA-ríkin hins vegar þegar náð samkomulagi um aðlögun þriðja orkupakkans, að undangengnum viðamiklum undirbúningi EES/EFTA-ríkjanna þriggja og ESB. Þannig hefur ESB þegar fallist á kröfur íslenska ríkisins um efnislega aðlögun vegna þriðja orkupakkans, m.a. um að aðlaga löggjöfina að tveggja stoða kerfi EES-samningsins og um heimildir Íslands til að leita eftir undanþágum frá mikilvægum greinum raforkutilskipunar 2009/72/EB.

Í ljósi ofangreinds er vandséð hvert ætti að vera samningsmarkmið íslenska ríkisins í frekari aðlögun löggjafarinnar. Ef markmiðið er að íslenska ríkið skuli að mestu eða öllu leyti vera undanþegið orkulöggjöf ESB verður að teljast afar ólíklegt að samkomulag um slíkt næðist í sameiginlegu EES-nefndinni. ESB hefur í gegnum tíðina vissulega fallist á efnislegar aðlaganir í undantekningartilvikum, en aldrei hefur verið um að ræða undanþágu frá meginefni heils viðauka sem verið hefur hluti EES-samningsins frá undirritun hans.

Ekki er að finna úrræði á grundvelli EES-samningsins sjálfs hvernig bregðast skuli við ef sú staða kemur upp að alls ekki náist samkomulag um upptöku löggjafar í samninginn. Samningurinn byggir á samstarfsvilja samningsaðila og að allir aðilar axli þá ábyrgð að viðhalda góðri framkvæmd samningsins.

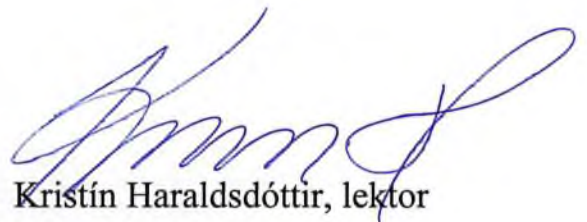
III. Lokaorð

Á grundvelli alls framangreinds er ljóst að heimild íslenska ríkisins til að hafna afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara og upptöku gerðar í EES-samninginn felur í sér algjört neyðarúrræði. Synjun íslenska ríkisins um afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara fæli í sér fordæmalausa stöðu sem hefði í för með sér mikla lagalega og pólitíska óvissu og setti framkvæmd EES-samningsins í uppnám. Þá kann synjunin að leiða til lagalegrar óvissu fyrir fyrirtæki og neytendur.

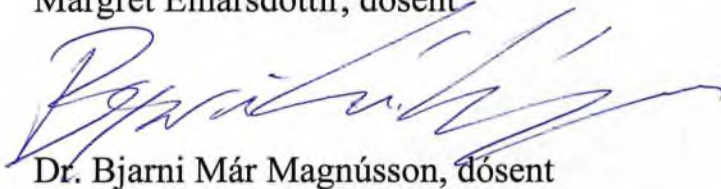
f.h. Alþjóða- og Evrópuréttarstofnun Háskólans í Reykjavík



Margrét Einarsdóttir, dósent



Kristín Haraldsdóttir, lektor



Dr. Bjarni Már Magnússon, dósent