



MINNISBLAÐ

Frá: Mörkinni lögmannsstofu hf.
Til: Landsvirkjunar
Dags.: 6. desember 2022
Efni: Drög að reglugerð um raforkuöryggi

I

Inngangur

1. Í kjölfar breytinga á raforkulögum nr. 65/2003 með lögum nr. 74/2021, sem tóku gildi 1. júlí 2021, skipaði umhverfis- orku, og loftlagsráðherra sérstakan starfshóp um eftirfylgni skýrslu starfshóps um orkuöryggi á heildsölumarkaði fyrir raforku. Starfshópnum var falið það hlutverk að fylgja eftir tillögum og breytingum á raforkulögum varðandi raforkuöryggi og hlutverk og ábyrgð stjórnvalda.
2. Starfshópurinn skilaði drögum að reglugerð um raforkuöryggi 3. júní 2022 (hér eftir „*reglugerðin*“). Í skilabréfi starfshópsins kemur fram að í reglugerðinni sé mælt fyrir um skyldur aðila á raforkumarkaði til að sinna orkuþörf alþjónustunotenda. Þá séu lagðar til víðtækari heimildir Orkustofnunar til íhlutunar ásamt auknum skyldum í tengslum við söfnun og miðlun upplýsinga. Einnig kemur fram að tillögur starfshópsins þarfnist að nokkru leyti nánari útfærslu og samráðs við aðra haghafa og að ljóst sé að lagabreytinga sé þörf til að skapa forsendur fyrir tillögum starfshópsins.
3. Fyrir liggur að reglugerðin, yrði hún samþykkt í núverandi horfi, myndi hafa veruleg áhrif á starfsemi Landsvirkjunar. Af þeim sökum hefur Landsvirkjun óskað álits undirritaðra á inntaki reglugerðarinnar, þ. á m. hvort reglugerðin samræmist ákvæðum stjórnarskrárinnar, samkeppnislaga nr. 44/2005 og samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (hér eftir „*EES-samningurinn*“), sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

II

Inntak reglugerðar um raforkuöryggi

4. Samkvæmt 1. gr. reglugerðarinnar gildir hún um fyrirtæki á raforkumarkaði og tekur bæði til framleiðenda raforku, sem eru með leyfi fyrir samtals eða meira en 10 MW uppsetts afls, og sölufyrirtækja sem selja raforku eða annast raforkuviðskipti í smásölu.
5. Markmiði reglugerðarinnar er lýst svo í 2. gr. að það sé að tryggja raforkuöryggi til alþjónustunotenda og stuðla að aðgengi almennings og fyrirtækja að raforku á stöðugu, sanngjörnu og jöfnu verðlagi óháð búsetu. Þá skulu ákvarðanir til að ná þessum markmiðum vera í samræmi við loftlagsmarkmið stjórnvalda, þ.m.t. orkuskipta.



6. Alþjónustunotendur eru skilgreindir sérstaklega í 3. gr. reglugerðarinnar sem sá hópur notenda sem vernda þarf gegn orkuskortu, þ.e. annars vegar almennir heimilisnotendur og þau fyrirtæki og stofnanir sem veita almenningi bráðalþjónustu og tryggja öryggi borgara og allsherjarreglu (*viðkvæmir notendur*) og hins vegar aðrir notendur sem ekki eru stórnotendur eða stefna á að komast á stórnotendataxta.

7. Í reglugerðinni er kveðið á um ýmsar skyldur sem lagt er til að verði lagðar á raforkuframleiðendur. Þannig segir í 8. gr. reglugerðarinnar:

„Framleiðendur raforku skulu hafa tiltækt til ráðstöfunar hlutfall raforku miðað við árlegt magn raforku mælt í MWst. fyrir alþjónustunotendur í sama hlutfalli og hlutdeild hans af heildarframleiðslu raforku á Íslandi á fyrri árshelming síðasta almanaksárs vegna þess áætlaðs magns sem Orkustofnun telur þurfa til að tryggja raforkuöryggi alþjónustunotenda. Þessi ráðstöfun má vera í formi heildsölu til annars sölufyrirtækis.

Framleiðendur raforku skulu einnig geta mætt sama hlutfalli af heildarflörf (þar með talið aftoppum) alþjónustunotenda og hlutfall samanlagðs uppsetts afls hans er af samanlögðu uppsettu aflu allra framleiðenda sem hafa samtals uppsett afl 10 MW alls eða meira.

Framleiðendur raforku skulu gera ráð fyrir raforku vegna flutningstapa og ef við á vegna dreifitapa sem flutningsfyrirtækið og dreifiveitur óska eftir að kaupa á markaði í sama hlutfalli og hlutdeild hans af heildarraforkuframleiðslu á Íslandi. Útreiknað magn afls og orku skal taka mið af raforkuspá Orkustofnunar að teknu tilliti til orkuskipta og fullnægjandi öryggismarka.

Framleiðendur raforku skulu haga samningum við stórnotendur á þann hátt að þeir geti tryggt framboð raforku til alþjónustunotenda og mætt flutningstöpum óháð truflunum, bilunum, lágri vatnsstöðu eða öðrum atburðum í vinnslueiningum / raforkukerfinu.

Sé umfram framboð til staðar á markaði fyrir alþjónustunotendur er heimilt að selja raforku til stórnotenda, tímabundið. Framboðsskylda fellur þó ekki úr gildi.

Raforkuframleiðendur skulu bjóða út til sölufyrirtækja orkusamninga vegna þarfa alþjónustunotenda. Bjóða skal slíka heildsölusamninga til eins árs, þriggja ára og fimm ára til sölufyrirtækja.”¹

8. Í 1. mgr. 9. gr. reglugerðarinnar er mælt fyrir um að Orkustofnun geti veitt „markaðsráðandi raforkuframleiðanda“ heimild til að draga tímabundið úr framboðskyldu á raforku til alþjónustunotenda og framboðsskyldu vegna flutningstapa til þriggja ára (sem geti farið niður í allt að hlutfalli hans af heildarframboði síðustu þriggja ára fyrir þann notendahóp). Í ákvæðinu er áréttað að þetta sé háð mati Orkustofnunar á því að það ógni ekki raforkuöryggi alþjónustunotenda en heimildin skal endurskoðuð árlega í samhengi við mat á líkum á orku- og aflskorti.

9. Auk þessa er Orkustofnun veitt heimild í 2. mgr. 9. gr. reglugerðarinnar til að ákveða að markaðsráðandi raforkuframleiðandi skuli auka framboð raforku fyrir alþjónustunotendur um 10% af heildarframboði fyrir alþjónustunotendur. Slíkt er háð því að aðrir raforkuframleiðendur dragi ekki samanlagt úr meira en 10% af heildarframboði á raforku fyrir alþjónustunotendur yfir þriggja ára tímabil í samræmi við áður veitta undanþágu markaðsráðandi raforkuframleiðanda.

¹ Áherslubreytingar undirritaðra.



10. Í 11. – 12. gr. og 14. gr. reglugerðarinnar er mælt fyrir um hlutverk og heimildir Orkustofnunar. Ákvæði 11. gr. hljóðar svo:

„Orkustofnun hefur eftirlit með framkvæmd þessarar reglugerðar.

Orkustofnun kallar eftir gögnum frá öllum framleiðendum og sölufyrirtækjum við mat á því hvort raforkuöryggi fyrir alþjónustunotendur sé tryggt. Senda ber Orkustofnun gögn fyrir 1. október ár hvert til að undirbyggja mat stofnunarinnar um það hvort raforkusalar og raforkuframleiðendur séu að uppfylla skyldur sínar og að raforkuöryggi fyrir alþjónustunotendur sé innan öryggismarka (viðmið um fullnægjandi raforkuöryggi sé náð).

Orkustofnun veitir upplýsingar um stöðumat á orkuöryggi fyrir alþjónustunotendur fyrir næstu tvö almanaksár fyrir 15. nóvember ár hvert.

Orkustofnun getur jafnframt kallað eftir öðrum upplýsingum frá aðilum er tengjast orkusölu, orkuframleiðslu, stórnotendur sem og stærri fyrirtækjum til þess að meta horfur á framboði og eftirspurn.

Orkustofnun ber að fylgjast með verði til alþjónustunotenda. Orkustofnun er heimilt að setja reglur um verðþak til að tryggja almennum heimilisnotendum raforku á stöðugu og jöfnu verðlagi óháð búsetu.

Orkustofnun hefur eftirlit með viðmiðum fyrir fullnægjandi raforkuöryggi og notkun úrræða og heimilda skv. þessari reglugerð. Orkustofnun hefur heimild til að fela öðrum lögaðilum framkvæmd afmarkaðra þátta við framkvæmd eftirlits.

Orkustofnun getur sett nánari leiðbeinandi reglur vegna skyldna raforkusölufyrirtækja, raforkuframleiðenda, flutningsfyrirtækisins og dreififyrirtækja. Orkustofnun er jafnframt heimilt að gefa út leiðbeiningar um skyldur aðila til gagnaskila sbr. 1. og 2. mgr. þessarar gr. útfærðar með nánari hætti. Aðilum er skylt að afhenda Orkustofnun umbeðin gögn á því formi sem stofnunin óskar eftir. Orkustofnun gætir trúnaðar gagna til samræmis við trúnaðarákvæði í samningum orkusala og notenda.

Orkustofnun ákveður öryggismörk til að tryggja að fullnægjandi raforku til alþjónustunotenda verði mætt sbr. 5. gr.

Orkustofnun skal á tveggja ára fresti, birta skýrslu þar sem gerð er grein fyrir niðurstöðum eftirlits með þessum atriðum, sem og öllum ráðstöfunum, sem gripið er til eða fyrirhugaðar eru, til að fjalla um þau.”²

11. Þá er kveðið á um það í 2. mgr. 12. gr. reglugerðarinnar að Orkustofnun geti kallað eftir nauðsynlegum gögnum til að fylgjast með fjárfestingum í vinnslugetu við raforkuöryggi. Ef Orkustofnun telur að raforkuöryggi alþjónustunotenda sé ekki tryggt getur stofnunin beitt eftirfarandi heimildum skv. 14. gr. reglugerðarinnar:

- Boðið út endurkaup á raforku frá stórnotendum inn á heildsölumarkað.
- Falið flutningsfyrirtækinu að sjá um útboð á endurkaupum eða öðrum aðgerðum frá stórnotendum til að tryggja fullnægjandi framboð á raforku fyrir alþjónustunotendur, kerfisþjónustu og flutningstöp.
- Krafist þess að slíkt útboð sé framkvæmt með ákveðnum fyrirvara til þess að tryggja fyrirsjáanleika.
- Lagt opinberar þjónustuskyldur á framleiðendur raforku.
- Tilnefnt raforkuframleiðanda til þrautavara fyrir alþjónustunotendur.
- Tilnefnt raforkuframleiðanda á heildsölumarkaði til þrautavara ef kröfu um skuldbundið magn fyrir alþjónustunotendur er ekki mætt.

² Áherslubreytingar undirritaðra.



12. Í 16. gr. reglugerðarinnar er svo að finna viðurlagaákvæði þar sem annars vegar kemur fram að brot gegn reglugerðinni varði viðurlögum samkvæmt VII. og VIII. kafla raforkulaga og hins vegar að Orkustofnun geti beitt umræddum viðurlagaheimildum. Þá er Orkustofnun veitt heimild til að krefjast úrbóta að viðlögðum dagsektum og heimild til þess að leggja á stjórnvaldssektir á aðila sem starfa samkvæmt raforkulögum og þeim er sinna ekki kröfum stofnunarinnar um úrbætur að undangenginni áminningu. Loks er stofnuninni veitt heimild til að afturkalla leyfi raforkuframleiðenda sem bregðast skyldum sínum samkvæmt ákvæðum reglugerðarinnar.
13. Kostnaður við eftirlit Orkustofnunar skal greiddur af eftirlitsskyldum aðilum samkvæmt gjaldskrá en kostnaður vegna gagnasöfnunar og miðlunar af framleiðendum og sölufyrirtækjum raforku, sbr. 17. gr. reglugerðarinnar.

III

Áhrif reglugerðarinnar á starfsemi Landsvirkjunar

14. Eins og rakið hefur verið hér að framan þá er gert ráð fyrir því í reglugerðardrögunum að umtalsverðar byrðar verði lagðar á framleiðslufyrirtæki raforku til að tryggja raforkuöryggi til alþjónustunotenda. Þannig bæri Landsvirkjun meðal annars að hafa tiltækt til ráðstöfunar hlutfall raforku miðað við árlegt magn raforku mælt í MW fyrir alþjónustunotendur, í sama hlutfalli og hlutdeild fyrirtækisins af heildarframleiðslu raforku á Íslandi. Þá ber Landsvirkjun einnig að tryggja að fyrirtækið geti mætt sama hlutfalli af heildarafþörf alþjónustunotenda og hlutfall samanlagðs uppsetts afls fyrirtækisins er af uppsettu afli allra framleiðenda sem hafa samtals uppsett afl 10 MW eða meira.
15. Þá ber Landsvirkjun ennfremur að haga samningum sínum við stórnótnendur á þann hátt að fyrirtækið geti tryggt framboð raforku til alþjónustunotenda og mætt flutningstapi óháð truflunum, bilunum, lágru vatnsstöðu eða öðrum atburðum í vinnslueiningum eða raforkukerfinu. Auk þess bæri Landsvirkjun að bjóða út til sölufyrirtækja orkusamninga vegna þarfa alþjónustunotenda til eins, þriggja og fimm ára.
16. Miðað við fyrirliggjandi upplýsingar undanfarinna ára nota alþjónustunotendur nærri 3900 GWh á ári, þar af er um 3000 GWh forgangsorka. Árið 2021 seldi Landsvirkjun, beint eða óbeint, u.þ.b. 1800 GWh til alþjónustunotenda sem jafngildir 47% af allri seldri orku til alþjónustunotenda. Frá árinu 2017 hefur hlutdeild Landsvirkjunar í sölu til alþjónustunotenda minnkað um 14 prósentustig. Vinnsla Landsvirkjunar var 72% af allri raforkuvinnslu héraendis og uppsett afl í virkjunum Landsvirkjunar var u.þ.b. 75% af samanlögðu afli raforkuframleiðenda með meira en 10 MW samtals uppsetts afls.
17. Ef þær kvaðir sem hér um ræðir yrðu innleiddar í óbreyttri mynd virðist ljóst að þær myndu leiða til gríðarlegrar röskunar á starfsemi Landsvirkjunar. Í því fælist að Landsvirkjun bæri í grunninn að hafa 72% af raforkuþörf alþjónustunotenda tiltæka til ráðstöfunar þrátt fyrir að hlutdeild fyrirtækisins sé umtalsvert lægri eða um 47%. Að óbreyttu er ljóst að þessar kröfur myndu leiða til þess að Landsvirkjun yrði fyrir umtalsverðum tekjumissi vegna raforku sem samkvæmt þessu myndi renna ónýtt til sjávar.



18. Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. reglugerðarinnar gæti Orkustofnun þó veitt Landsvirkjun, sem markaðsráðandi raforkuframleiðanda, heimild til að draga tímabundið úr framboðskyldu á raforku til alþjónustunotenda og framboðsskyldu vegna flutningstapa til þriggja ára.³ Ef þessi heimild yrði nýtt færi hlutdeildin af heildarframleiðslu Landsvirkjunar niður í meðaltal síðustu þriggja ára í sölu Landsvirkjunar til þessa notendahóps. Nýting þessarar heimildar er þó háð mati Orkustofnunar á því að orkuöryggi sé ekki ógnað og heimildina ber að endurskoða árlega.
19. Meðaltal undanfarinna þriggja ára í sölu Landsvirkjunar á forgangsortku, skerðanlegri orku og flutningstöpum er 51%. Miðað við framangreindar upplýsingar væri Landsvirkjun samkvæmt þessu skylt að hafa til reiðu samtals 1.989 GWh (þ.e. 51% af 3900 GWh), að því gefnu að fyrrnefnd undanþága væri veitt. Landsvirkjun seldi á árunum 2020 og 2021 um 1.800 GWh til þessara nota. Þá liggur enn fremur fyrir að Orkustofnun getur skv. 2. mgr. 9. gr. reglugerðarinnar krafist þess af Landsvirkjun að framboð raforku fyrir alþjónustunotendur verði aukið um 10% af heildarframboði fyrir alþjónustunotendur, eða um 390 GWh ef miðað er við stöðuna eins og hún var árið 2021. Samkvæmt því hefði Landsvirkjun verið skylt að hafa tiltækar um 579 GWh sem hefðu verið óseldar það ár.
20. Í reglugerðinni er ekki mælt fyrir um neinar greiðslur til Landsvirkjunar fyrir að hafa orku- eða aflmagnið til reiðu. Til samanburðar, og til að setja framangreindar tölur í eitthvert samhengi, þá verður framleiðslugeta Hvammsvirkjunar um 95 MW og vinnslugeta um 720 GWh. Áætlað er að kostnaður við að reisa virkjunina verði ekki undir 50 milljörðum króna.
21. Hvað varðar aflnotkun þá var *hámarkshlutdeild* Landsvirkjunar á árinu 2020 í afli fyrir alþjónustunotendur 65%. Hlutdeild fyrirtækisins fór aftur á móti aðeins yfir 60% í örfáar klukkustundir á dag.⁴ Samkvæmt reglugerðinni myndi Landsvirkjun hins vegar vera skylt að hafa til taks öllum stundum 75% af aflnotkun alþjónustunotenda, sem er hlutfall Landsvirkjunar í uppsettu afli framleiðenda. Þetta þýðir að Landsvirkjun hefði á árinu 2020 borið að hafa til reiðu um 120 MW að jafnaði án greiðslu (ef horft er til mismunar á aflskuldbindingunni og raunverulegri sölu til alþjónustunotenda).
22. Samkvæmt þeim upplýsingum sem undirritaðir hafa þá mun starfshópur sem vann að reglugerðardrögunum ekki hafa framkvæmt greiningu á þeim áhrifum sem innleiðing framangreindra skyldna myndi hafa á einstök fyrirtæki á raforkumarkaði eða hvort svigrúm sé í raforkukerfinu fyrir þessar breytingar, þrátt fyrir ítrekaðar ábendingar af hálfu Landsvirkjunar. Framangreind samantekt gefur til kynna að reglugerðin, verði hún innleidd í óbreyttri mynd, sé til þess fallin að valda gríðarlegum kostnaðarauka í rekstri Landsvirkjunar umfram önnur raforkufyrirtæki á markaði, auk umtalsverðrar sóunar á verðmætum.

³ Í fyrri minnisblöðum til Landsvirkjunar hefur ítarlega verið fjallað um stöðu Landsvirkjunar á raforkumörkuðum eins og þeir hafa fram til þessa verið skilgreindir af samkeppnisyfirlöðum. Fyrir liggur að Landsvirkjun er langstærsti raforkuframleiðandi landsins og með sterka stöðu á heildsölumarkaði og telst því vera í markaðsráðandi stöðu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga, sbr. til hliðsjónar *ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 49/2006 og nr. 9/2010*.

⁴ Upplýsingar fyrir árið 2021 liggja ekki fyrir.



IV

Helstu lagaleg álitæfni

A. Lagastoð reglugerðarinnar og valdframsal

23. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar eru það Alþingi og forseti Íslands sem fara með löggjafarvaldið. Af þessum sökum hafa ráðherrar, sem handhafar framkvæmdarvalds, ekki verið taldir geta sett reglugerð um réttindi og skyldur einstaklinga og lögaðila nema að hafa til þess viðhlítandi lagaheimild frá löggjafanum. Á mörgum sviðum hefur löggjafinn víðtækar heimildir til þess að framselja vald til ráðherra til þess að setja reglugerðir. Það er hins vegar ekki sama hvernig löggjafinn orðar og útfærir lagaheimild um slíkt valdframsal til ráðherra.
24. Af ákvæðum stjórnarskrár og stjórnskipunarvenjum leiðir að stjórnvöld eru bundin af lögum. Í þessari reglu, sem almennt er nefnd *lögmætisreglan*, felst annars vegar að reglugerðir verða almennt að eiga sér stoð í lögum og hins vegar að þær mega ekki vera í andstöðu við lög. Af lögmætisreglunni leiðir að ráðherra er beinlínis óheimilt að setja íþyngjandi reglur í reglugerð nema hafa fengið til þess *skýra lagaheimild* Alþingis með löglegu valdframsali. Brjóti reglugerð í bága við lög er hún ólögmæt að efni til. Þeim mun almennari og óljósari sem lagaheimild reglugerðar er, því takmarkaðri valdheimildir hefur ráðherra til að setja íþyngjandi reglur um réttindi og skyldur einstaklinga og lögaðila.
25. Samkvæmt 18. gr. reglugerðarinnar er hún sett með stoð í annars vegar 3. gr. raforkulaga og hins vegar 9. gr. laga nr. 87/2003 um Orkustofnun.
26. Í 18. tölulið 3. gr. raforkulaga segir:
- 18. Raforkuöryggi: Raforkuöryggi felst í að notendur hafi aðgang að raforku þegar hennar er þörf og þar sem hennar er þörf, með hliðsjón af almennri stefnumörkun stjórnvalda á hverjum tíma og skilgreindum áreiðanleika og gæðum. Viðmið fyrir fullnægjandi raforkuöryggi skulu nánar útfærð og skýrð í reglugerð sem ráðherra setur.⁵*
27. Ákvæðinu var bætt við raforkulögin með breytingalögum nr. 74/2021 sem tóku gildi 22. júní 2021. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarp því er varð að lögunum kemur fram að breytingarnar snúi meðal annars að því að skerpa á skilgreiningu nokkurra hugtaka og kveða skýrar á um að eitt af markmiðum raforkulaga sé að tryggja raforkuöryggi. Í þessu sambandi kemur fram að lagt sé til að nánari viðmið fyrir fullnægjandi raforku verði útfærð frekar og skýrð í reglugerð sem ráðherra setur.
28. Í 9. gr. laga nr. 87/2003 segir einfaldlega að ráðherra geti í reglugerð „*mælt nánar fyrir um starfsemi Orkustofnunar og framkvæmd laga þessara*“.
29. Líkt og framangreind umfjöllun ber með sér eru margvíslegar skyldur lagðar á Landsvirkjun, sbr. einkum ákvæði 8. gr. reglugerðarinnar. Þá er Orkustofnun veittar ýmsar heimildir til íhlutunar á raforkumarkaði, þ.m.t. heimild til að skylda Landsvirkjun, sem markaðsráðandi raforkuframleiðanda, til að auka framboð raforku fyrir alþjónustunotendur um 10% af heildarframboði fyrir þá notendur. Af lögmætisreglunni leiðir að fyrir slíkum íþyngjandi reglum í reglugerð verður að vera skýr lagaheimild.

⁵ Áherslubreyting undirritaðra.



30. Í fyrrgreindum tölulið 3. gr. raforkulaga er einungis kveðið á um að „viðmið“ fyrir fullnægjandi raforkuöryggi skuli útfærð nánar og skýrð í reglugerð. Þá er í 9. gr. laga nr. 83/2003 að finna almenna heimild til setningar á reglugerð um „starfsemi Orkustofnunar og framkvæmd laga þessara“. Á grundvelli ákvæðisins hefur verið sett reglugerð nr. 400/2009 um Orkustofnun þar sem ítarlega er kveðið á um hlutverk, starfsemi og uppbyggingu Orkustofnunar ásamt helstu verkefnum.
31. Að mati undirritaðra getur hvorugt framangreindra lagaákvæða talist fela í sér skýra og ótvíræða lagaheimild til innleiðingar á jafn íþyngjandi skuldbindingum og raun beri vitni. Í því sambandi er ekki einungis horft til þess sem að framan er rakið um þann gríðarlega kostnað og/eða tekjutap sem af hlytist fyrir Landsvirkjun heldur ekki síður þeirrar staðreyndar að þær álögur beinast að Landsvirkjun umfram önnur fyrirtæki sem starfa á raforkumörkuðum. Virðist ljóst að með því sé farið gegn jafnræðisreglum og stöðu Landsvirkjunar á markaði raskað, sbr. nánari umfjöllun um það efni hér á eftir.

B. Samkeppnisréttarleg álitaefni

32. Stjórnvöld geta bæði með aðgerðum og aðgerðarleysi haft áhrif á virka samkeppni. Af þessum sökum er eitt af lögbundnum hlutverkum Samkeppniseftirlitsins að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari.⁶
33. Í reglugerðinni er mælt fyrir um ýmis atriði sem geta leitt til röskunar á samkeppni á raforkumarkaði, ekki síst að því er Landsvirkjun varðar. Samkvæmt ákvæðum reglugerðarinnar bæri Landsvirkjun að hafa tiltækt og óselt verulegt orku- og aflmagn, umfram aðra raforkuframleiðendur. Þá væri Landsvirkjun sérstaklega skuldbundin til þess að haga samningum sínum við stórnotendur á þann hátt að fyrirtækið gæti uppfyllt framboðsskyldu sína ásamt því að mæta flutningstapi. Auk þess gæti Landsvirkjun, í ljósi stöðu sinnar, verið gert skylt til að auka framboð raforku fyrir alþjónustunotendur um 10% af heildarframboði fyrir alþjónustunotendur líkt og áður segir. Í öllum þessum tilvikum er um að ræða verulegt inngrip í starfsemi fyrirtækis á samkeppnismarkaði.
34. Samkeppniseftirlitið getur á grundvelli b. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga gripið til aðgerða gegn athöfnum opinberra aðila sem leiða til röskunar á samkeppni. Það er þó skilyrði að *sérlög* hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu hins opinbera aðila til þeirra athafna sem talið er að hafi samkeppnishamlandi áhrif á samkeppni. Eins og rakið hefur verið hér að framan þá er lagastoð umræddrar reglugerðar mjög almenns eðlis og því líklegt að mati undirritaðra að ákvæði reglugerðarinnar þurfi, að óbreyttum lögum, að víkja fyrir ákvæðum samkeppnislaga teljist reglugerðin raska samkeppni á raforkumörkuðum. Þá er einnig rétt að nefna að Samkeppniseftirlitinu ber ennfremur að vekja athygli ráðherra á mögulegum samkeppnishömlum sem kunna að felast í ákvæðum laga eða *stjórnvaldsfyrirmæla*, sbr. 18. gr. samkeppnislaga.
35. Auk þessa ber íslenska ríkinu samkvæmt 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins skylda til að tryggja að hvorki séu gerðar ráðstafanir né þeim viðhaldið sem fara í bága við reglur samningsins, þ. á m. ákvæði 54. gr. um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu, þegar í hlut eiga opinber

⁶ Sjá í þessu sambandi c. lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga.



fyrirtæki eða fyrirtæki sem veitt eru sérstök réttindi.⁷ Ákvæðinu er meðal annars ætlað að koma í veg fyrir að upp komi sú staða að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu misnoti hana óhjákvæmilega.

36. Af 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins leiðir þannig að undir vissum kringumstæðum getur EES-ríki borið ábyrgð á brotum sem hafa átt sér stað eða kunna að eiga sér stað af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja, sbr. 54. gr. EES-samningsins.⁸ Dómafrankvæmd ESB-dómstólsins gefur til kynna að brot gegn umræddum ákvæðum geti einkum komið til í eftirfarandi tilvikum:
- Þegar markaðsráðandi fyrirtæki er gert ómögulegt að mæta eftirspurn.⁹
 - Þegar markaðsráðandi fyrirtæki er gert óhjákvæmilegt að beita sölusynjun á ómissandi aðstöðu.¹⁰
 - Þegar tiltekin aðgerð stjórnvalda leiðir til ójafnra tækifæra á markaði og hefur í för með sér samkeppnisröskun.¹¹
 - Þegar tiltekin aðgerð stjórnvalda leiðir til styrkingar á markaðsráðandi stöðu fyrirtækis.¹²
37. Ef reglugerðin leiðir til þess að Landsvirkjun mun óhjákvæmilega misnota markaðsráðandi stöðu sína, til dæmis með því að synja tilteknum viðskiptavinum um viðskipti vegna þeirra kvaða sem reglugerðin mælir fyrir um, gæti íslenska ríkið því talist hafa brotið gegn 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins með setningu hennar.

C. Ákvæði reglugerðarinnar og samspil við stjórnarskrárvarin réttindi

Friðhelgi eignarréttar

38. Í 1. málslið 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar er eignarrétturinn lýstur friðhelgur. Í síðari tveimur málsliðum ákvæðisins koma fram þau skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt til þess að svipta megri aðila eignum sínum en þau eru þríþætt. *Í fyrsta lagi* er áskilið að almenningsþörf krefji, *í öðru lagi* þarf lagafyrirmæli til og *í þriðja lagi* þarf fullt verð að koma fyrir.
39. Í eignarnámi felst að aðila er gert að láta eignarrétt sinn yfir tilteknu verðmæti af hendi að öllu eða nokkru leyti. Það er ekki hugtaksskilyrði að eignarrétturinn færist frá eiganda í þessu sambandi og getur því verið um eignarnám að ræða ef aðilum er með öllu fyrirmunuð venjuleg og eðlileg afnot eigna sinna. Það er því ekki skilyrðislaust einkenni á eignarnámi að nýr eignarréttur skapist öðrum til handa, enda er mögulegt að eignarnám felist í því að tilteknum verðmætum sé eytt eða þau gerð ónothæf. Þrátt fyrir að algengast sé að fasteignir eða fasteignartengd réttindi séu tekin eignarnámi eru engar eignir berum orðum undanskildar sem andlag eignarnáms, hvorki í 72. gr. stjórnarskrárinnar né samkvæmt fyrirmælum annarra laga.

⁷ Með opinberu fyrirtæki er í þessu sambandi átt við fyrirtæki sem lýtur valdi hins opinbera með beinum eða óbeinum hætti vegna þeirra ráðandi áhrifa sem hið opinbera hefur vegna eignarhalds síns, fjárhagslegrar þátttöku eða vegna reglna sem um fyrirtækið gilda, sbr. b. lið 2. gr. tilskipunar framkvæmdastjórnarinnar 2006/111/EB.

⁸ Umrædd ákvæði EES-samningsins eru samhljóða 106. og 102. gr. Sáttmálans um starfshætti ESB og dómafrankvæmd ESB-dómstólsins er því leiðbeinandi um túlkun á inntaki þeirra.

⁹ Dómar ESB-dómstólsins í málum C-55/96, *Job Centre Coop arl.* og C-437/09, *AG2R Prévoyance*, og dómur undirréttar ESB-dómstólsins í máli T-556/08, *Slovenska Posta*.

¹⁰ Dómur ESB-dómstólsins í sameinuðum málum C-147/97 og C-148/97, *Deutsche Post*.

¹¹ Dómur ESB-dómstólsins í máli C-533/12 P, *DEI*, mgr. 46.

¹² Dómar ESB-dómstólsins í málum C-533/12 P, *DEI*, og C-462/99, *Connect Austria*.



40. Skilyrðið um almenningsþörf hefur verið talið tvíþætt. Annars vegar felst í því að tiltekin starfsemi eða aðstaða sé í sjálfu sér svo þýðingarmikil að réttlæt看legt sé að svipta menn eignum sínum í þágu hennar. Hins vegar felst í skilyrðinu að tillitið til þeirrar aðstöðu eða starfsemi knýi á um framkvæmd eignarsviptingar, en þó megi ekki ganga lengra í henni en þörf er á til að fullnægja þörfum þeirrar starfsemi eða aðstöðu sem hlut á að máli.
41. Af dómaframkvæmd síðustu ára má draga þá ályktun að þótt dómstólar endurskoði ekki ákvörðun löggjafans um hvort eignarnám sé í þágu almenningsþarfa myndu þeir á hinn bóginn kanna sjónarmið sem lagasetning hvílir á og hvort hún gengur of langt til að ná tilteknu markmiði.¹³ Þannig er sú krafa gerð að stjórnvald velji þann kost sem er minnst íþyngjandi fyrir eignarnámsþola þegar ákveðið er að nýta almennar heimildir laga til eignarnáms. Með vísan til þess sem að framan er rakið teljum við verulegan vafa leika á því að þetta skilyrði sé uppfyllt í tilviki Landsvirkjunar. Þær skyldur sem lagðar eru á Landsvirkjun eru sértækar, þ.e. taka ekki með sama hætti til annarra framleiðenda, og geta sýnilega leitt til gríðarlegs kostnaðarauka eða tekjutaps fyrir Landsvirkjun. Þá verður ekki séð að nokkur greining hafi farið fram á áhrifum þessa á rekstur Landsvirkjunar eða á raforkukerfið, sem þó er brýn þörf á ef réttlæta á slíkt inngríp í rekstur fyrirtækisins.
42. Eins og rakið hefur verið þá teljum við að reglugerðina skorti ennfremur skýra lagastoð. Að óbreyttum lögum teljum við því ljóst að Landsvirkjun verði ekki svipt eignarrétti að raforku og afli með þeim hætti sem ráðgert er í reglugerðardrögunum. Þá er það í þriðja og síðasta lagi áskilið í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar að aðili verði ekki sviptur eign sinni nema fullt verð komi fyrir. Þegar rætt er um fullt verð í skilningi stjórnarskrárákvæðisins er vísað til þess að bæta skuli fjárhagslegt tjón eignarnámsþola. Hann á þó ekki eingöngu rétt til endurgjalds fyrir verðmæti þeirrar eignar sem tekin er eignarnámi heldur á hann einnig rétt til bóta fyrir óhagræði sem eignarnám hefur að öðru leyti í för með sér og leiðir til fjárhagslegs tjóns fyrir hann.
43. Ekki er að finna bein lagafyrirmæli um hvernig skuli ákveða fjárhæð eignarnámsbóta en löggjafinn hefur um það nokkurt svigrúm. Þó yrði óheimilt að ákveða í lögum að engar bætur skuli greiddar vegna eignarnáms, enda væri það í andstöðu við bein fyrirmæli 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Náist ekki samkomulag um bætur verður að ákveða þær með mati eftir nánari fyrirmælum og við málsmeðferð samkvæmt lögum nr. 11/1973 um framkvæmd eignarnáms. Getu mismunandi sjónarmið komið þar til álita, svo sem upphaflegt kostnaðarverð eignar, söluverð hennar, kostnaðarverð samsvarandi eignar þegar eignarnám fer fram, notagildi hennar og enduröflunarverð.
44. Yfirlýst markmið reglugerðarinnar er að tryggja raforkuöryggi til alþjónustunotenda og stuðla að aðgengi almennings og fyrirtækja að raforku á stöðugu, sanngjörnu og jöfnu verðlagi óháð búsetu. Líkt og áður segir hafa áhrif reglugerðarinnar ekki verið greind sérstaklega en miðað við fyrirbyggjandi tölulegar upplýsingar myndi reglugerðin að óbreyttu leiða til gríðarlegs tjóns fyrir Landsvirkjun og sóunar á verðmætum. Af þeim skyldum sem lagðar eru á Landsvirkjun leiðir að fyrirtækinu væri skylt að hafa tiltækt öllum stundum bæði verulegt orkumagn og afl án þess að nokkrar greiðslur bærust fyrir.

¹³ Sjá til hliðsjónar Ásgerður Ragnarsdóttir og Karl Axelsson: „Ákvörðun um eignarnám“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2017, bls. 41-42.



45. Að mati undirritaðra er nauðsynlegt að í lögum sé kveðið skýrlega á um þær skerðingar sem ráðgerðar eru í reglugerðinni að undangenginni vandaðri greiningu á áhrifum hennar. Þá þarf að mæla sérstaklega fyrir um fullnægjandi bætur fyrir þá skerðingu sem af hlýst fyrir Landsvirkjun. Öðrum kosti fáum við ekki séð að þær aðgerðir sem mælt er fyrir um í reglugerðinni fái staðist fyrir mæli 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar.

Jafnræðisreglan

46. Í 65. gr. stjórnarskrárinnar er mælt fyrir um hina almennu jafnræðisreglu en í framkvæmd hefur einkum reynt á regluna í tengslum við önnur mannréttindi, þ. á m. eignaréttarákvæði 72. gr stjórnarskrárinnar. Af lögskýringargögnum sem liggja að baki hinni almennu jafnræðisreglu hefur sú ályktun verið dregin að löggjafanum sé heimilt að gera mun á milli aðila *með lögum*, að því er varðar réttindi og skyldur, ef sá munur byggist á *málefnalegum sjónarmiðum*.¹⁴
47. Ráðherra er á hinn bóginn almennt óheimilt að gera greinarmun á milli aðila með ákvæðum í reglugerð nema slík ákvæði byggja á skýrri lagaheimild.¹⁵ Það er því hlutverk löggjafans að ákveða að hvaða leyti þörf er á að grípa til sérstakra úrræða af þessum toga með lögum. Þá verður löggjafinn að gæta jafnréttis þegar hann hefur með lögum afskipti af eignaréttarvernd bæði einstaklinga og lögaðila ásamt því að öll mismunun á milli gjaldenda þjónustugjalda verður að eiga sér stoð í skýrum ákvæðum laga.¹⁶
48. Samkvæmt 1. gr. reglugerðarinnar tekur hún til framleiðenda raforku sem eru með leyfi *fyrir samtals eða meira en 10 MW uppsetts afls*. Minni raforkuframleiðendur falla því utan gildissviðs reglugerðarinnar. Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar fara skyldur þeirra raforkuframleiðenda sem falla undir gildissvið reglugerðarinnar um hlutfall raforku sem þeim ber að hafa tiltækt til ráðstöfunar fyrir alþjónustunotendur *eftir hlutfalli og hlutdeild þeirra af heildarframleiðslu raforku á Íslandi*. Þá er þeim gert skylt að mæta sama hlutfalli af heildar aflþörf alþjónustunotenda og hlutfall samanlagðs uppsetts afls hans af samanlögðu uppsettu afli allra framleiðenda sem hafa samtals uppsett afl 10 MW eða meira, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar. Jafnframt leiðir af 2. mgr. 9. gr. reglugerðarinnar að einum tilteknum raforkuframleiðanda, sem er í markaðsráðandi stöðu, getur verið gert skylt að auka framboð raforku fyrir alþjónustunotendur um 10% af heildarframboði fyrir alþjónustunotendur.
49. Í framangreindum ákvæðum reglugerðarinnar er gerður augljós greinarmunur á milli raforkuframleiðenda á grundvelli annars vegar framleiðslugetu þeirra og hins vegar markaðsstöðu. Ráðherra er einungis heimilt að kveða á um slíka mismunun í reglugerð þegar ákvæði hennar byggja á skýrri lagaheimild og eru í þágu almannahagsmuna. Sem fyrr segir þá skortir reglugerðina fullnægjandi lagaheimild. Þá er vafasamt að sú mismunun sem lögð er til í reglugerðinni geti talist byggð á fullnægjandi málefnalegum sjónarmiðum eða að hún teljist nauðsynleg til að ná því markmiði sem að er stefnt.

¹⁴ Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2085.

¹⁵ Sjá til hliðsjónar *dóma Hæstaréttar 17. október 1996 í máli nr. 221/1995 og 21. apríl 1999 í máli nr. 403/1998*.

¹⁶ Sjá til hliðsjónar *álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2584/1998*.



D. Aðrir lagalegir annmarkar á reglugerðinni

Kostnaður vegna eftirlits o.fl.

50. Almenn tekjuöflun ríkisins má ekki fara fram nema fyrir hendi sé skattlagningarheimild sem uppfyllir kröfur 40. og 77. gr. stjórnarskrárinnar. Í því felst að í lögum þarf að lágmarki að koma fram hverjir séu gjaldskyldir, við hvað gjaldið skuli miðast og hver sé fjárhæð þess. Uppfylli lagaheimild ekki þessi skilyrði er litið svo á að um heimild til töku þjónustugjalda sé að ræða. Með þjónustugjaldi er átt við greiðslu, venjulega peningagreiðslu, sem tilteknir hópar einstaklinga eða lögaðila verða að gjalda hinu opinbera eða öðrum sem hafa heimild til að taka við henni fyrir sérgreint endurgjald sem látið er í té og er greiðslunni ætlað að standa að hluta eða öllu leyti undir kostnaði við endurgjaldið.
51. Um tekjuöflun hins opinbera gildir þannig sú meginregla að hún verður að byggjast á heimild í lögum, óháð því hvort um er að ræða skattheimtu eða gjald fyrir þjónustu sem í té er látin. Almennungur eða lögaðilar þurfa að jafnaði ekki að greiða sérstakt gjald fyrir lögmæltu þjónustu nema lög heimili það sérstaklega. Mæla verður sérstaklega fyrir um heimild til töku slíkra gjalda í lögum og verður slík lagaheimild að vera *það skýr* að hægt sé að afmarka fyrir hvaða þjónustu hins opinbera beri að greiða gjald.¹⁷ Stjórnvaldi er í meginatriðum aðeins heimilt að taka gjald fyrir beinan kostnað og annan kostnað sem er í nánum og efnislegum tengslum við þá þjónustu eða eftirlitsaðgerð sem sérstaklega er tilgreind í gjaldtökuheimildinni.
52. Í 17. gr. reglugerðarinnar kemur fram að kostnaður við eftirlit Orkustofnunar verður *samkvæmt reglugerðinni* greiddur af eftirlitsskyldum aðilum en kostnaður vegna gagnasöfnunar og miðlunar *af raforkuframleiðendum og sölufyrirtækjum raforku*. Hvorki í raforkulögum né öðrum lögum er að finna sérstaka heimild til umræddrar gjaldtöku en ekki verður séð að gjaldtakan rúmist innan hins almenna ákvæðis sem er að finna í 1. mgr. 31. gr. raforkulaga enda eru þar tiltekin sérstaklega þau tilvik sem geta orðið grundvöllur gjaldtöku.
53. Að okkar mati er því engin skýr lagaheimild til staðar hvað varðar þann eftirlitskostnað sem mælt er fyrir um í 17. gr. reglugerðarinnar eða fyrirhugaða gjaldtöku vegna gagnasöfnunar og miðlunar. Gjaldtakan er því að okkar mati óheimil að óbreyttum lögum.

Framsal eftirlits til annarra lögaðila

54. Stjórnvöld geta almennt ekki framselt valdheimildir sínar til einkaaðila nema samkvæmt skýrri lagaheimild.¹⁸ Þetta er einkum skýrt þegar um er að ræða framsal valds til að setja reglur eða taka stjórnvaldsákvæðanir. Á hinn bóginn er stjórnvöldum heimilt að fela einkaaðilum að annast þjónustustarfsemi mæli ekki sérstakar ástæður því í mót.
55. Stjórnvöld hafa samkvæmt þessu, innan tiltekinna marka, heimild til að gera samninga við einkaaðila um rækslu ákveðinna verkefna fyrir sína hönd. Slíkir samningar geta verið af margvíslegum toga en algengast er að þeir lúti að hefðbundinni þjónustustarfsemi, s.s. kennslu eða heilbrigðisþjónustu, eða að hefðbundnum rekstri sem stjórnvöld þurfa að sinna til að geta gegnt öðrum hlutverkum sínum, t.d. þrif á skrifstofum, öryggisgæslu og rekstur tölvukerfa.

¹⁷ Sjá til hliðsjónar *dóma Hæstaréttar* 5. nóvember 1998 í máli nr. 50/1998 og 13. mars 2003 í máli nr. 438/2002.

¹⁸ Sjá til hliðsjónar *álit umboðsmanns Alþingis* í máli nr. 5471/2008.



56. Í 6. mgr. 11. gr. reglugerðarinnar er mælt fyrir um að Orkustofnun hafi eftirlit með viðmiðum fyrir fullnægjandi raforkuöryggi og notkun úrræða og heimilda samkvæmt reglugerðinni. Þá kemur fram að Orkustofnun hafi heimild til að „fela öðrum lögaðilum framkvæmd afmarkaðra þátta við framkvæmd eftirlits“.
57. Samkvæmt ákvæðinu getur Orkustofnun framselt eftirlitshlutverk sitt til lögaðila um afmarkaða þætti. Ekki er tilgreint sérstaklega hvaða þættir verða framseldir og hvort viðkomandi lögaðilum verði þá jafnframt falið eitthvert ákvörðunarvald í tengslum við framkvæmd eftirlitsins. Við teljum af þessum sökum óljóst hvort fyrirhugað valdframsal á sér fullnægjandi stoð í lögum.

Þvingunarúrræði Orkustofnunar og refsheimildir

58. Af dómaframkvæmd Hæstaréttar leiðir að koma verður skýrt fram í lagaheimild að ráðherra hafi heimild til þess að mæla fyrir um í reglugerð hvaða háttsemi teljist refsiverð samkvæmt refsíákvæðum laga og sama gildir um ákvæði reglugerða um refsikennd viðurlög.¹⁹ Af bæði reglunni um lögbundnar refsheimildir, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár, og hinni almennu lögmætisreglu leiðir að löggjafinn verður í meginatriðum að lýsa því í lögum hvað varðað geti refsingu svo að stjórnvöldum verði heimilað að setja reglur þar að lútandi. Þannig þurfa öll þvingunarúrræði stjórnvalda sem mælt er fyrir um í reglugerð, og gengið er út frá að beitt verði án atbeina dómstóla, að byggjast á skýrri og ótvíræðri lagaheimild.
59. Í 16. gr. reglugerðarinnar er að finna almennt viðurlagaákvæði þar sem annars vegar kemur fram að brot gegn reglugerðinni varði viðurlögum samkvæmt VII. og VIII. kafla raforkulaga og hins vegar að Orkustofnun geti beitt umræddum viðurlagaheimildum. Þá er Orkustofnun veitt heimild til að krefjast úrbóta að viðlögðum dagsektum og heimild til þess að leggja á stjórnvaldssektir á aðila sem starfa samkvæmt raforkulögum og þeim er sinna ekki kröfum stofnunarinnar um úrbætur að undangenginni áminningu. Loks er stofnuninni veitt heimild til að afturkalla leyfi raforkuframleiðenda sem bregðast skyldum sínum samkvæmt ákvæðum reglugerðarinnar.
60. Með sömu röksemdum og áður hafa verið raktar er það mat undirritaðra að hvorki 3. gr. raforkulaga né 9. gr. laga nr. 87/2003 feli í sér skýra og ótvíræða lagaheimild fyrir Orkustofnun til þess að beita umræddum þvingunarúrræðum vegna brota gegn reglugerðinni.

¹⁹ Sjá sem dæmi dóma Hæstaréttar 28. maí 2014 í máli nr. 735/2013 og 31. mars 2015 í máli nr. 563/2014.



V

Samandregnar niðurstöður

Starfshópur sem skipaður var af umhverfis-, orku- og loftslagsráðherra skilaði drögum að reglugerð um raforkuöryggi til ráðherra 3. júní sl. Í drögunum eru lagðar til margvíslegar skyldur á aðila á raforkumörkuðum í því skyni að tryggja raforkuöryggi til alþjónustunotenda. Þá eru enn fremur lagt til að heimildir Orkustofnunar til gagnaöflunar og íhlutunar í starfsemi fyrirtækja á raforkumarkaði verði auknar verulega.

Í reglugerðardrögunum er meðal annars lagt til að framleiðendum raforku sem hafa uppsett afl 10 MW eða meira verði gert að hafa tiltækt til ráðstöfunar hlutfall raforku miðað við árlegt magn raforku fyrir alþjónustunotendur í sama hlutfalli og hlutdeild viðkomandi framleiðanda er af heildarframleiðslu raforku á Íslandi. Þá er enn fremur lagt til grundvallar að framleiðendur raforku skuli geta mætt sama hlutfalli af heildarafþörf alþjónustunotenda.

Vinnsla Landsvirkjunar var 72% af allri raforkuvinnslu héraðs og uppsett afl í virkjunum fyrirtækisins var um 75% af afli raforkuframleiðenda með meira en 10 MW uppsetts afls. Hlutdeild Landsvirkjunar í sölu til alþjónustunotenda, beint eða óbeint í gegnum heildsölu, var á síðastliðnu ári hins vegar einungis um 47%. Af þessu leiðir að Landsvirkjun er samkvæmt reglugerðardrögunum gert skylt að tryggja orku og afl til alþjónustunota sem er langt umfram hlutdeild fyrirtækisins á þeim markaði.

Í reglugerðardrögunum er hins vegar mælt fyrir um heimild Orkustofnunar, en ekki skyldu, til að draga úr framangreindri skekkju með því að draga tímabundið úr framboðsskyldu Landsvirkjunar sem markaðsráðandi aðila. Ef sú heimild er nýtt er unnt að lækka framboðsskyldu Landsvirkjunar niður í þriggja ára meðaltal Landsvirkjunar í sölu til alþjónustunotenda. Í slíku tilviki er Orkustofnun eftir sem áður heimilt að leggja þá kvöð á Landsvirkjun að framboð verði aukið um 10% af heildarframboði fyrir alþjónustunotendur, að tilteknum skilyrðum uppfylltum.

Ef lagt er til grundvallar að Orkustofnun nýti framangreindar heimildir, þ.e. horfi til áðurgreinds þriggja ára meðaltals til lækkunar á framboðsskyldu Landsvirkjunar en nýti jafnframt heimild til að kveða á um 10% aukningu, er ljóst að áhrifin á rekstur Landsvirkjunar eru eftir sem áður veruleg. Á síðastliðnu ári hefði slík ákvörðun Orkustofnunar þýtt að Landsvirkjun hefði verið skylt að hafa 579 GWh tiltækar sem fyrirtækið hefði hvorki getað selt til alþjónustunotenda né stórnotenda. Þá hefði Landsvirkjun einnig borið að hafa til reiðu umtalsvert afl sem ekki hefði verið unnt að nýta til annarra nota, eða um 120 MW ef horft er til ársins 2020. Þessar tölur yrðu eðli málsins samkvæmt umtalsvert hærri ef Orkustofnun nýtir ekki heimild til að draga úr framboðsskyldu Landsvirkjunar.

Eins og rökstutt hefur verið hér að framan þá teljum við að umtalsverðir annmarkar séu á reglusetningu af þessum toga þar sem lagt er til að eitt fyrirtæki á raforkumarkaði, umfram önnur, leggi til gríðarlega fjármuni í því skyni að ná þeim markmiðum sem að er stefnt með reglugerðardrögunum. Þar er fyrst til þess að líta að við fáum ekki séð að slíkt inngríp í rekstur og fjármunaleg verðmæti Landsvirkjunar standist fyrir mæli 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar. Um er að ræða aðgerð sem er ekki almennt heldur sértæk í þeim skilningi að afleiðingar hennar fyrir Landsvirkjun eru umtalsvert meiri en fyrir aðra



raforkuframleiðendur. Ákvæði reglugerðarinnar virðast að þessu leyti ganga umtalsvert lengra en þörf krefur enda virðist sem engin greining hafi farið fram á afleiðingum þessara reglna fyrir þá raforkuframleiðendur sem um ræðir eða áhrifin almennt á raforkumarkaðnum. Fyrir þessu inngripi er að auki ekki lagastoð og ekki virðist ráðgert að fullar bætur komi fyrir það tjón sem óhjákvæmilega, eða a.m.k. að öllum líkindum, myndi hljóttast af fyrir Landsvirkjun. Er það þó fortakslaust skilyrði þess að einstaklingur eða lögaðili verði sviptur eignarréttindum. Þá verður ekki horft fram hjá því ójafnræði sem af hlytist gagnvart raforkuframleiðendum ef reglur af þessum toga yrðu innleiddar. Er vandséð að slík ráðstöfun standist almennar jafnræðisreglur stjórnsýslu- og stjórnskipunarréttar.

Þá vekjum við athygli á því að inngríp af þessum toga inn í rekstur fyrirtækja á raforkumarkaði getur hæglega leitt til röskunar á samkeppni. Við fáum ekki séð að raforkulög eða lög um Orkustofnun hafi að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu stofnunarinnar til slíks inngríps á markaði. Að óbreyttum lögum er því líklegt að efnisreglur reglugerðardraganna séu, a.m.k. að hluta, andstæðar samkeppnislögum og þurfi að víkja fyrir þeim ef á reynir. Þá er einnig til þess að líta að íslenska ríkinu ber skv. 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins skylda til að tryggja að hvorki séu gerðar ráðstafanir né þeim viðhaldið sem fara í bága við reglur samningsins, þar á meðal samkeppnisreglur. Aðgerðir stjórnvalda sem leiða til ójafnra tækifæra fyrirtækja á markaði eða að markaðsráðandi fyrirtæki sé gert ómögulegt að mæta eftirspurn eða sé tilneytt til að beita sölusynjun kunna því að vera andstæðar tilgreindu ákvæði EES-samningsins.

Við teljum ljóst að þær aðgerðir sem ráðgerðar eru í reglugerðardrögunum eigi ekki fullnægjandi stoð í lögum, hvorki í raforkulögum né lögum um Orkustofnun. Þá er í reglugerðardrögunum mælt fyrir um heimildir til gjaldtöku, framsal eftirlitsvalds til lögaðila, refsheimildir og heimildir Orkustofnunar til að beita þvingunarúrræðum til að framfylgja reglugerðinni sem við fáum ekki séð að eigi fullnægjandi stoð í lögum.

Mörkin lögmannsstofa hf.

Hörður Felix Harðarson, hrl.

Peter Dalmay, hdl.