

**Skúli Magnússon**  
dósent við lagadeild Háskóla Íslands

## **Á L I T S G E R ð**

---

**um stjórnskipuleg álitamál vegna innleiðingar 7., 8. og 9. gr. reglugerðar  
Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 713/2009 frá 13. júlí 2009 um að koma á fót  
Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER)**

**Álitsgerð unnin fyrir utanríkisráðuneytið í mars 2019**

## EFNISYFIRLIT

### Inngangur

1. Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER)
2. Valdheimildir Samstarfsstofnunarinnar
  - 2.1 Heimild Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt 7. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 713/2009
  - 2.2 Hversu víðtæk er heimild 7. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 713/2009?
  - 2.3 Heimild Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009
  - 2.4 Skilyrði fyrir ákvörðun og málsmeðferð
  - 2.5 Málskot og réttarúræði
3. Mat á heimildum Samstarfsstofnunarinnar
4. Aðlögun valdheimilda Samstarfsstofnunarinnar að EES-samningnum
5. Fyrirhuguð aðlögun og tveggja stoða kerfi EES-samningsins
6. Eðli framsals og samanburður við heimildir á sviði evrópsks fjármálaeftirlits
7. Valdheimildir ESA/Samstarfsstofnunarinnar og almennar reglur EES
8. Stjórnskipulegar heimildir til framsals valdheimilda í þágu EES-samningsins
9. Nánar um skilyrðið að framsal sé vel skilgreint og fari fram á afmörkuðu sviði
10. Mat á fyrirhuguðum heimildum Eftirlitsstofnunar EFTA á sviði orkumála hliðsjón af íslenskum stjórnلögum
11. Niðurstaða

## Inngangur

Utánríkisráðuneytið hefur farið þess á leit við mig, undirritaðan, að ég leggi lögfræðilegt álit á það hvort innleiðing þeirra gerða Evrópusambandsins, sem kenndar eru við þriðja orkupakka sambandsins, með þeirri aðlögun að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sem kveðið er um í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar 5. maí 2017 nr. 93/2017, samrýmist reglum íslenskrar stjórnskipunar með tilliti til framsals valdheimilda til alþjóðlegra stofnana.

Eftir yfirferð málsins tel ég að álitamál, vegna innleiðingar umræddra gerða, einskorðist við heimildir sem Samráðsstofnun eftirlitsaðila (ACER) eru fengnar með 7., 8. og 9. gr. reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 713/2009 frá 13. júlí 2009 um að koma á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði, en samkvæmt fyrrgreindri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar munu þessar heimildir verða formlega í höndum Eftirlitsstofnunar EFTA, svo sem ítarlega er fjallað um síðar. Er umfjöllun mín þar af leiðandi takmörkuð við heimildir samkvæmt þessum greinum, eins og þær hafa verið lagaðar að EES-samningnum, þó þannig að vikið er að öðrum gerðum og almennum reglum EES-samningsins að því marki sem þessar reglur hafa þýðingu fyrir niðurstöður. Í þessu felst meðal annars að 2. mgr. 22. gr. reglugerðar (EB) nr. 714/2013 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri og um niðurfellingu á reglugerð (EB) nr. 1228/2003, eins og greinin er aðlöguð með fyrrnefndri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar, sem veitir Eftirlitsstofnun EFTA heimild til að beita fyrirtæki sektum vegna vísvitandi rangrar upplýsingagjafar, er ekki talin gefa tilefni til sérstakra álitamála eða umfjöllunar.

Samkvæmt framangreindu verður um þróun orkulöggjafar Evrópusambandsins, afstöðu almennra reglna EES-réttar til auðlinda- og orkumála, svo og efni þriðja orkupakkans, að meginstefnu að vísa til almennrar lögfræðilegrar umfjöllunar um þetta svið.<sup>1</sup> Þá er ekki vikið að fyrri meðferð málsins á Alþingi eða aðdraganda fyrrnefndrar ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar. Í viðræðum við ráðuneytið hefur hins vegar komið fram að þau álitaeftir sem hér um ræði kunni í ýmsu tilliti að vera sambærileg þeim sem fjallað var um í álitargerð sem ég vann í mars 2016 fyrir efnahags- og fjármálaráðuneytið um stjórnskipuleg álitamál vegna fyrirhugaðrar innleiðinga gerða um evrópskt fjármálaeftirlit.<sup>2</sup> Hefur því verið óskað eftir því að það framsal valdheimilda sem hér um að sé borið saman við þau álitamál sem fjallað var um í álitargerðinni.

Vart þarf að taka fram að vegna landfræðilegrar legu sinnar og skorts á tengingu við evrópskan raforkumarkað hefur engin raforka verið flutt til og frá Íslandi frá því að EES-samningurinn tók gildi 1. janúar 1994, sbr. samnefnd lög nr. 2/1993. Þótt þetta hafi þýtt að

---

<sup>1</sup> Sjá t.d. *EU Energy Law, Volume 1, The Internal Energy Market, The Third Liberalisation Packet*, Emmanuel Cabau o.fl., Claeys & Casteels 2010.

<sup>2</sup> Álitargerðin var fylgiskjal tillögu til þingsályktunar um um staðfestingu ákvarðana sameiginlegu EES-nefndarinnar um breytingu á IX. viðauka (Fjármálaþjónusta) við EES-samninginn (evrópskar reglur um fjármálaeftirlit), lögð fyrir Alþingi á 145. löggjafarþingi 2015–2016, þskj. 1109–681. mál.

reglur EES-samningsins sem snúa sérstaklega að flutningi raforku milli ríkja hafi haft takmarkaða þýðingu fyrir Ísland hefur ekki af þessu leitt að reglur samningsins, svo og gerðir sambandsins um raforkumál sem teknar hafa verið upp í hann, hafi alfarið verið þýðingarlausar fyrir löggjöf um íslenskan raforkumarkað.<sup>3</sup> Á síðustu árum hafa hins vegar komið upp hugmyndir um lagningu sæstrengs frá Íslandi til Bretlands og hefur áætlun um slíkan streng (undir heitinu „Ice Link“) verið færð á verkefnalista kerfisþróunaráætlunar Evrópusambandsins, væntanlega að frumkvæði Landsnets hf.<sup>4</sup> Þótt hér sé ekki um að ræða bindandi ákvörðun og alls óvíst sé hvort téður strengur verði að veruleika (svo og hvort Bretland yrði aðildarríki Evrópusambandsins þegar og ef hann yrði lagður) þykir rétt að miða umfjöllun við að raunhæft sé að íslenskur orkumarkaður verði tengdur markaði Evrópusambandsins og þeim heimildum sem leiða af 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 kunni þar af leiðandi að verða beitt gagnvart íslenskum hagsmunum. Ef á hinn bóginn liggur fyrir ákvörðun íslenskra stjórnvalda um að ekki verði komið á tengingu fyrir flutning raforku til og frá landinu kunna þessi álitamál að horfa öðruvísi, a.m.k. svo framarlega sem önnur ákvörðun hefur ekki verið tekin.

Lagt er til grundvallar að þær undanþágur sem íslenska ríkið nýtur, eða getur sótt um, frá ákvæðum tilskipunar nr. 2009/72/EB, „raforkutilskipunarinnar“,<sup>5</sup> samkvæmt fyrrnefndri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar hafi almennt takmarkaða þýðingu við mat á stjórnskipulegum álitamálum sem snúa að valdheimildum evrópskra stofnana samkvæmt 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009, en að þessum undanþágum er þó stuttlega vikið þar sem það þykir hafa þýðingu. Þá liggur einnig fyrir að Ísland er ekki lengur skilgreint sem „lítið einangrað raforkukerfi“ líkt og átti við um samþykkt svonefnds annars orkupakka Evrópusambandsins sem leiddur var í íslensk lög með raforkulögum nr. 65/2003. Hins vegar liggur að íslenska ríkið nýtur undanþágu samkvæmt fyrrgreindri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar frá þeim gerðum þriðja orkupakkans sem lúta að markaði fyrir jarðgas. Tekur eftirfarandi umfjöllun því aðeins til heimilda sem lúta að innri markaði með raforku. Til einföldunar er tilvitnunum í gerðir Evrópusambandsins hagað til samræmis við þetta og einungis vísað í gerðir sem lúta að flutningi raforku.

---

<sup>3</sup> Sjá t.d. grein Rögnu Árnadóttur, „Áhrif innleiðingar þriðja orkupakka ESB í íslenskan rétt“, vefútgáfa Úlfljóts, tímarits laganema, 14.07.2018.

<sup>4</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2018/540 of 23 November 2017 amending Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council as regards the Union list of projects of common interest.

<sup>5</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2009/72/EB frá 13. júlí 2009 um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir raforku og um niðurfellingu á tilskipun 2003/54/EB;

# 1

## Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER)

Með fyrrnefndri reglugerð (EB) nr. 713/2009 er komið á fót nýrri stofnun, Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, skst. ACER). Reglugerðin er grundvölluð á þágildandi 95. gr. EB-samningsins, sbr. núgildandi 114. gr. samningsins um starfshætti Evrópusambandsins (SSE), sem fjallaði um lagasetningu í þágu innri markaðarins. Tilkoma stofnunarinnar er því almennt séð þáttur í þeirri viðleitni að fjarlægja hindranir í vegi viðskipta með raforku yfir landamæri í því skyni að ná fram markmiðum sambandsins á sviði orkumála.<sup>6</sup> Þótt reglugerðin sé sett í þágu markmiða innri markaðarins er allt að einu ljóst að þessi markmið tengjast og hafa áhrif á önnur atriði sem tengjast innri markaðnum með óbeinum hætti, svo sem umhverfismálum og neytendavernd sem einungis falla undir EES-samninginn að hluta. Þá tengist reglugerðin einnig sjálfstæðri orkustefnu Evrópusambandsins sem líta verður á að standi alfarið utan gildissviðs EES-samningsins.<sup>7</sup> Þetta er nefnt hér þar sem frá sjónarhóli Evrópusambandsins er það skiljanlegt að málefnum sameiginlega orkumarkaðarins sé fléttað saman við orkustefnu sambandsins. Frá sjónarhóli EES-samningsins getur slík tenging hins vegar horft öðruvísi við.<sup>8</sup>

Hvað sem líður tilvísunum til sjálfstæðrar orkustefnu sambandsins er umrædd gerð, svo sem áður segir, sett í þágu markmiða innri markaðarins og á grundvelli þeirrar lagasetningarheimildar samningsins um starfshætti Evrópusambandsins sem ætluð er til samræmingar reglna í því skyni. Í þessu felst í reynd að sú (valfrjálsa) samvinna eftirlitsstjórnvalda aðildarríkjanna, sem fram hefur farið á grundvelli gerða fyrsta og annars orkupakkans, er nú talin ófullnægjandi til þess að ná markmiðum innri markaðarins með tilliti til raforku og talið nauðsynlegt að koma á fót miðlægri stofnun til stefnumótunar, samræmingar og eftirlits. Er tilkoma stofnunarinnar því í samræmi við þá almennu þróun sem orðið hefur á vettvangi sambandsins í þá átt að færa verkefni frá Framkvæmdastjórninni til sjálfstæðra miðlægra stofnana. Af aðfararorðum reglugerðarinnar er þó ljóst að stofnunin er að verulegu leyti hugsuð sem ákveðnari rammi utan um það samstarf eftirlitsstjórnvalda sem þróast hefur á undanförunum árum. Verður jafnframt ráðið af aðfararorðum reglugerðarinnar, svo og efnisákvæðum gerða þriðja orkupakkans, að gert er ráð fyrir því að eftirlit með regluverki sambandsins í aðildarríkjunum sé að meginstefnu áfram í höndum (landsbundinna) eftirlitsstjórnvalda og að ekki komi til bindandi ákvarðana stofnunarinnar nema þar sem

<sup>6</sup> Sbr. 5. lið aðfararorða reglugerðar nr. 713/2009/EB.

<sup>7</sup> Sbr. t.d. 1. lið sömu reglugerðar. Tilvísanir til sjálfstæðrar orkustefnu Evrópusambandsins er þó í reynd að finna í öllum gerðum sambandsins um orkumál.

<sup>8</sup> Reglugerð Framkvæmdastjórnarinnar nr. 2018/540/ESB um innviðauppbyggingu á sviði orkumála, sbr. reglugerð Þingsins og Ráðsins nr. 347/2013/EU um viðmiðunarreglur fyrir orkuinnviði milli aðildarríkjanna, hefur t.d. enn ekki verið tekin upp í EES-samninginn, enda er lagasetningargrundvöllur hennar ekki 114. gr. SSE heldur 170. gr. samningsins (Trans-European Networks).

nauðsyn ber til í þágu samræmingar. Þannig má lýsa valdheimildum stofnunarinnar gagnvart aðildarríkjunum almennt á þá leið að þær séu til stuðnings eða vara (e. subsidiary powers). Er nánar að þessu vikið síðar. Gagnvart stofnunum sambandsins, einkum Framkvæmdastjórninni, er hlutverk stofnunarinnar hins vegar ráðgefandi.

Í aðfararorðum reglugerðarinnar er nokkuð ítarlega fjallað um hlutverk stofnunarinnar sem hefur það meginhlutverk að „bæta gloppur í löggjöfinni á vettvangi [sambandsins] og stuðla að skilvirkri starfsemi innri markaða fyrir raforku og jarðgas“. Í grófum dráttum má lýsa hlutverki stofnunarinnar þannig að annars vegar sé henni falið það hlutverk að fylgjast með innri markaði fyrir raforku, taka þátt í því að móta stefnu þar að lútandi og gera tillögur um aðgerðir og setningu reglna á vettvangi annarra stofnana Evrópusambandsins. Þetta hlutverk gefur ekki tilefni til stjórnskipulegra álitamála, enda þarf að taka hvers kyns nýjar reglur, sem stofnunin kann að gera tillögu um, upp í EES-samninginn með sjálfstæðum hætti og að því búnu leiða í lög EFTA-ríkjanna samkvæmt 102. gr. EES-samningsins. Sama niðurstaða á við um það hlutverk stofnunarinnar að vera eftirlitsstjórnvöldum til ráðgjafar, koma á framfæri tilmælum við þau og stuðla að samstarfi þeirra án bindandi ákvarðana.

Hins vegar er um að ræða heimildir stofnunarinnar til að taka bindandi ákvarðanir í þágu eftirlits eða samræmingar. Í sjötta lið aðfararorða segir þannig að stofnunin skuli tryggja að eftirlitsstarfsemi landsbundinna eftirlitsyfirvalda í samræmi við raforkutílskipunina nr. 2009/72/EB sé samræmd á viðunandi hátt og, ef nauðsyn krefur, lokið á vettvangi sambandsins. Í sjöunda lið aðfararorðanna er vísað til hlutverks stofnunarinnar gagnvart samvinnu flutningskerfisstjóra (e. transmission system operators), meðal annars innan Evrópunets raforkuflutningskerfisstjóra (e. European Network of Transmission System Operators for Electricity, skst. „ENTSO for Electricity“ eða „ENTSO-E“) sem nánar er fjallað um í reglugerð (EB) nr. 714/2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri og niðurfellingu á reglugerð (EB) nr. 1228/2003. Svo sem fram kemur í inngangi eru heimildir Samstarfsstofnunarinnar til töku bindandi ákvarðana vegna þessa hlutverks takmarkaðar við 7. til 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 þar sem vísað er til 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009. Samstarfsstofnunin hefur því t.d. ekkert beint ákvörðunarvald að því varðar vottun flutningskerfisstjóra samkvæmt 3. gr. reglugerðar nr. 714/2009. Væri það álit Framkvæmdastjórnarinnar að eftirlitsstjórnvald hefði brotið reglur við slíka vottun þyrfti því að höfða sammingsbrotamál gegn hlutaðeigandi ríki.

Í aðfararorðum gerðarinnar er áréttuð nauðsyn þess að tryggja sjálfstæði Samstarfsstofnunarinnar, meðal annars gagnvart raforkuframleiðendum, flutnings- og dreifikerfisstjórum, sem talið er lykilatriði við trúverðugleika hennar. Þar er einnig áréttuð sjálfstæði stofnunarinnar gagnvart stjórnvöldum aðildarríkjanna og Framkvæmdastjórninni. Stjórn stofnunarinnar á þannig að vinna sjálfstætt og á hlutlægan hátt í þágu almennings og ekki leita eftir eða fylgja pólitískum fyrirmælum, sbr. 17. lið aðfararorðanna. Þótt stofnunni sé með ýmsum hætti ætlað ráðgefandi hlutverk við stefnumótun og þróun regluverks sambandsins ber henni samkvæmt þessu að starfa sjálfstætt við gæslu eftirlitshlutverks síns.

Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er tilgangur Samstarfsstofnunarinnar að aðstoða eftirlitsyfirvöld sem um getur í 35. gr. raforkutílskipunarinnar við að framkvæma á vettvangi sambandsins eftirlitsverkefni sem sinnt er í aðildarríkjunum og „ef nauðsyn krefur, að samræma aðgerðir þeirra.“ Til stofnunarinnar teljast: a) stjórn sem annast þau verkefni sem eru sett fram í 13. gr. reglugerðarinnar, b) stjórn eftirlitsaðila, sem skal annast þau verkefni sem eru sett fram í 15. gr., c) framkvæmdastjóri sem annast þau verkefni sem eru sett fram í 17. gr. og d) kærunefnd sem annast þau verkefni sem eru sett fram í 19. gr. Í „stjórn eftirlitsaðila“ sitja (háttsettir) fulltrúar eftirlitsstjórnvalda aðildarríkjanna auk áheyrnarfulltrúa

Framkvæmdarstjórnarinnar. Þessir fulltrúar eru „formlega“ tilnefndir af stjórn Samstarfsstofnunarinnar en ljóst er að raunveruleg ákvörðun um fulltrúa hvers og eins eftirlitsstjórnvalds er alla jafnan í höndum þess sjálfs. Stjórn eftirlitsaðila tekur ákvarðanir með meirihluta sem nemur tveimur þriðju hluta atkvæða viðstaddra fulltrúa. Hér er því ekki fylgt meginreglunni um ákvarðanatöku á grundvelli aukins meirihluta á borð við þær sem fylgt er í Ráðherraráðinu og gera ráð fyrir mismunandi vægi atkvæðisréttar eftir mannfjölda aðildarríkjanna. Með hliðsjón af stöðu Íslands innan stofnunarinnar hefur þetta atriði takmarkaða þýðingu.

Verkefni Samstarfsstofnunarinnar eru talin upp í 4. gr. reglugerðarinnar og eru þau eftirfarandi: a) að gefa út álit og tilmæli sem beint er til flutningskerfisstjóra; b) að gefa út álit og tilmæli sem beint er til eftirlitsyfirvalda; c) að gefa út álit og tilmæli sem beint er til Evrópuþingsins, Ráðherraráðsins eða Framkvæmdastjórnarinnar; d) *að taka einstakar ákvarðanir um sérstök tilvik sem um getur í 7., 8. og 9. gr.*; og e) að leggja fyrir Framkvæmdastjórnina óbindandi rammaviðmiðunarreglur (svonefndir „netmálar“, e. network codes) í samræmi við 6. gr. reglugerðar nr. 714/2009. Að því er varðar stjórnskipuleg álitaefni eru það einungis ákvarðanir samkvæmt d-lið sem þykja gefa tilefni til frekari umfjöllunar, svo sem áður greinir.

Ákvarðanir samkvæmt 7., 8. og 9. gr. reglugerðarinnar er formlega í höndum framkvæmdastjóra stofnunarinnar sem tilnefndur er af stjórn, að fengnu jákvæðu álit stjórnar eftirlitsaðila, sbr. 2. mgr. 16. gr. Við þessar ákvarðanir er framkvæmdastjórinn hins vegar bundinn við álit stjórnar eftirlitsaðila, sbr. 3. mgr. 17. gr. Þótt framkvæmdastjórinn sé formlega settur undir stjórn stofnunarinnar, að höfðu samráði við stjórn eftirlitsaðila, er þannig ljóst að ákvarðanataka samkvæmt umræddum greinum er að verulegu leyti í höndum stjórnar eftirlitsaðila sem „skal gefa framkvæmdastjóra álit á álit, tilmælum og ákvörðunum sem vísað er til í 5., 6., 7., 8. og 9. gr. og skoða hvort rétt sé að samþykkja þau“, sbr. 1. mgr. 15. gr. Til viðbótar skal stjórn eftirlitsaðila, innan valdsviðs sín, veita framkvæmdastjóra leiðsögn við framkvæmd verkefna hans og er tekið fram í 16. gr. reglugerðarinnar að framkvæmdastjóri skuli starfa í samræmi við þær leiðbeiningar.

Svo sem áður greinir er stjórn eftirlitsaðila skipuð „háttsettum fulltrúum eftirlitsyfirvalda, sbr. 1. mgr. 35. gr. tilskipunar 2009/72/EB og 1. mgr. 39. gr. tilskipunar 2009/73/EB, og einum varamanni fyrir hvert aðildarríki úr hópi háttsetts starfsfólks þeirra stjórnvalda“, sbr. 1. mgr. 14. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Við mat á eðli stofnunarinnar ber hins vegar í fyrsta lagi að horfa til þess að stjórn eftirlitsaðila tekur ákvarðanir með 2/3 hluta atkvæða viðstaddra fulltrúa samkvæmt 3. mgr. greinarinnar. Ef litið er á fulltrúa sem fyrirvarsmenn aðildarríkjanna er því ekki um það að ræða að hvert og eitt ríki hafi neitunarvald. Einnig er áréttað í 5. mgr. greinarinnar að fulltrúar í þessari stjórn megi ekki leita eftir eða þiggja fyrirmæli frá ríkisstjórn aðildarríkis eða öðrum aðilum. Að síðustu eru gerðar strangar kröfur til sjálfstæðis eftirlitsstjórnvalda aðildarríkjanna í 35. gr. raforkutilskipunarinnar, meðal annars þannig að þau eiga ekki að leita eftir eða taka við beinum fyrirmælum frá öðrum stofnunum ríkisins og eiga að geta tekið ákvarðanir óháð öllum aðilum, þ.á m. á sviði stjórn mála. Eftirlitsstjórnvöld geta átt samstarf með öðrum stofnunum ríkisins, þ.á m. ríkisstjórn, um almennar viðmiðunarreglur (eða stefnumótun) en tekið er fram að þetta eigi ekki að hafa áhrif á eftirlitshlutverk þeirra, sbr. síðari undirlið b-liðar 4. mgr. 35. gr. raforkutilskipunarinnar. Benda má á að þessi regla er í grundvallaratriðum sú sama og gildir um sjálfstæð eftirlitsstjórnvöld að íslenskum rétti sem starfa á grundvelli sérstakra lagaheimilda.

Í hefbundnum milliríkjasamskiptum eru það æðstu stjórnarstofnanir ríkja sem eru í fyrirvari fyrir ríkið, venjulega ráðherra sem ber ábyrgð gagnvart lýðræðislega kjörnu

þjóðþingi. Aðkoma sjálfstæðrar undirstofnunar ríkis að ákvarðanatöku á vettvangi alþjóðlegrar stofnunar jafngildir því ekki venjulegri þátttöku ríkisins í alþjóðasamstarfi. Á það enn frekar við þegar gerðar eru auknar kröfur til sjálfstæðis hlutaðeigandi eftirlitsstofnunar og hollustuskyldu hennar við markmið hinnar alþjóðlegru stofnunar. Þótt aðildarríkjunum sé, með framangreindri skipan Samstarfsstofnunarinnar, með ákveðnum hætti veitt aðild að ákvarðanatöku hennar, verður þannig tæplega litið svo á að það atriði hafi mikla þýðingu fyrir yfirþjóðleg einkenni hennar. Öllu heldur ber umrædd skipun vitni um þá þróun Evrópusambandsins að styrkja bein og milliliðalaus samskipti sambandsins við undirstofnanir ríkjanna og áréttta hollustuskyldu þeirra við markmið sambandsins, sbr. grunnreglu 3. mgr. 4. gr. ESB-sáttmálans (sbr. 3. gr. EES-samningsins).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> E. the principle of sincere cooperation.



## Valdheimildir Samstarfsstofnunarinnar

### 2.1 Heimild Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt 7. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 713/2009

Í 7. gr. er fjallað um „verkefni að því er varðar landsbundin eftirlitsyfirvöld“. 1. mgr. greinarinnar fjallar um samþykkt Samstarfsstofnunarinnar á ákvörðunum um tæknileg málefni. Málsgreinin felur ekki í sér neinar sjálfstæða efnisreglu með því að hún vísar til heimilda samkvæmt öðrum gerðum, þ.á m. raforkutilskipuninni og reglugerð nr. 715/2009. Ákvæðið gefur því ekki tilefni til stjórnskipulegra álitamála. Benda má á að upphaflega stóð til, samkvæmt upphaflegu frumvarpi Framkvæmdastjórnarinnar, að fela stofnuninni vald til að til að setja reglur um tæknileg málefni á grundvelli viðmiðunarreglna sem Framkvæmdastjórnin setti. Horfið var frá þessu þar sem slík skipan þótti fela í sér of mikið framsal valds til Framkvæmdarstjórnarinnar.<sup>10</sup> Niðurstaðan var því ákvæði án raunverulegs efnislegs inntaks, svo sem áður segir.

Í 2. mgr. 7. gr. er fjallað um aðstoð stofnunarinnar við eftirlitsstjórnvöld eða markaðsaðila og felur ákvæðið því ekki í sér heimild til töku bindandi ákvarðana. Sama á við um ákvæði 3. mgr. greinarinnar sem fjallar um hlutverk stofnunarinnar við að stuðla að samstarfi eftirlitsstjórnvalda. Í greininni kemur fram að telji stofnunin að þörf sé á bindandi reglum um slíkt samstarf skuli hún koma viðeigandi tilmælum á framfæri við Framkvæmdastjórnina. Hér er því um að ræða hugsanlega setningu reglna af hálfu Framkvæmdastjórnarinnar sem taka þyrfti upp í EES-samninginn með sjálfstæðum hætti. Ákvæðið gefur því ekki tilefni til stjórnskipulegra álitamála. Í 4. mgr. greinarinnar er fjallað um álit Samstarfsstofnunarinnar, að ósk eftirlitsstjórnvalds eða Framkvæmdastjórnarinnar, á því hvort ákvörðun eftirlitsstjórnvalds hefur verið í samræmi við viðmiðunarreglur. Fari eftirlitsstjórnvalds ekki að áliti stofnunarinnar inn fjögurra mánaða frá viðtökudegi skal stofnunin tilkynna það Framkvæmdastjórninni og því aðildarríki sem í hlut á. Samkvæmt þessu getur álit stofnunarinnar orðið undanfari samningsbrotamáls Framkvæmdastjórnarinnar gegn hlutaðeigandi aðildarríki. Hins vegar er hér ekki um að ræða heimildir til töku ákvarðana sem hafa beina réttarverkan innan lögsögu aðildarríkis. Ákvæðið gefur því ekki tilefni til stjórnskipulegra álitamála. Sama á við um 6. mgr. greinarinnar sem fjallar um álit stofnunarinnar að beiðni tiltekins eftirlitsstjórnvalds.

Samkvæmt 7. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 713/2009 skal Samstarfsstofnunin *ákveða skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis fyrir raforku og gas sem tengir eða gæti tengt a.m.k. tvö aðildarríki (grunnvirki yfir landamæri) í samræmi við 8. gr. Af ákvæðinu verður, í fyrsta lagi, ráðið að það mælir fyrir um bindandi ákvörðun (e. the Agency*

<sup>10</sup> Sjá Florian Ermacora, *EU Energy Law, Volume 1, The Internal Energy Market, The Third Liberalisation Packet*, áður tilv., bls. 283.

shall decide...). Í annan stað er um að ræða ákvörðun sem lýtur að „skilmálum fyrir aðgangi og rekstraröryggi grunnvirkis fyrir raforku“ (e. the terms and conditions for access to and operational security of electricity infrastructure ...). Hér er því um að ræða ákvörðun sem beinist að málefni sem að öðrum kosti myndi lúta lögsögu hlutaðeigandi aðildarríkis eða ríkja. Í þriðja lagi kemur fram að aðeins er um að ræða grunnvirki sem tengir saman, eða gæti tengt saman, a.m.k. tvö aðildarríki (e. connecting or that might connect at least two Member States). Um skilyrði fyrir aðgangi að flutningsneti sem komið er á fót með slíku grunnvirki gildir fyrrnefnd reglugerð nr. 714/2009/ESB, en grunnvirki sem aðeins felur í sér flutning raforku innanlands fellur undir raforkutilskipunina og þar með utan umræddrar valdheimildar Samstarfsstofnunarinnar. Ekki fer á milli mála að sæstrengur fyrir flutning raforku milli Íslands og annars EES-ríkis myndi falla hér undir, en með sama hætti er ljóst að grunnvirki vegna flutnings raforku innanlands gera það ekki. Í fjórða lagi er gert það skilyrði að ákvörðun sé tekin í samræmi við 8. gr. reglugerðarinnar. Ákvæði 7. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar hefur því í reynd takmarkaða sjálfstæða þýðingu með því að það vísar til heimilda samkvæmt 8. gr. Engu að síður kveður málsgreinin á um heimild alþjóðlegrar stofnunar til töku bindandi ákvörðunar um efni sem að öðrum kosti væru í höndum stjórnvalda viðkomandi aðildarríkis. Er því um að ræða framsal valdheimilda á sviði framkvæmdarvalds í stjórnskipulegum skilningi, svo sem nánar er vikið að síðar.

Í 1. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar er fjallað um skilyrði þess að stofnunin taki ákvörðun í málum sem varða reglusetningu, falla innan valdheimilda landsbundinna eftirlitsstjórnvalda og „kunna að innihalda skilyrði og skilmála fyrir aðgangi og rekstraröryggi“. Samkvæmt a-lið greinarinnar er það megin formskilyrði sett að landsbundinn eftirlitsstjórnvöld hafi *ekki komist að samkomulagi* um málið innan sex mánaða frá því máli var vísa til síðasta stjórnvaldsins. Væntanlega verður að skýra þetta orðalag þannig að samkomulag eftirlitsstjórnvalda um komast ekki að samkomulagi (t.d. með ólíkri gjaldtöku í sín hvoru ríkinu) myndi eiga hér undir.<sup>11</sup>

Samkvæmt orðalagi greinarinnar eru téðar ákvarðanir takmarkaðar við (1) reglusetningu sem (2) fellur innan valdheimilda landsbundinna stjórnvalda og (3) kunna að innihalda skilyrði og skilmála fyrir aðgangi og rekstraröryggi. Af fyrstgreinda atriðinu leiðir að um er að ræða setningu reglna en ekki töku tiltekinna ákvarðana sem almennt myndu vera í höndum flutningskerfisstjóra eða jafnvel markaðsaðila á grundvelli umræddra reglna. Næsta atriðið hefur það í för með sér að stofnunin getur aldrei haft meiri eða víðtækari heimildir í þessu efni en hið innlenda eftirlitsstjórnvald nýtur sjálft á grundvelli sambandsréttar.

Í 2. mgr. greinarinnar er því slegið föstu að orðalagið „skilmálar og skilyrði fyrir aðgangi að grunnvirkjum yfir landamæri“ skuli taka til eftirfarandi:

- a) verklagsregla fyrir úthlutun flutningsgetu (e. a procedure for capacity allocation);
- b) tímamörk úthlutunar;
- c) hlutdeild í tekjum vegna kerfisangar (e. shared congestion revenues);
- d) álagning gjalda á notendur grunnvirkis sem um getur í d-lið 1. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009.<sup>12</sup>

Þau atriði sem greinir í liðum a) og b) lúta að reglum sem eftirlitsstjórnvald setur um aðgang markaðsaðila (framleiðenda) að samtengli milli landa, t.d. sæstreng fyrir flutning raforku. Endanleg ákvörðun um úthlutun til fyrirtækis er hins vegar í höndum flutningskerfisstjóra undir

<sup>11</sup> Sama heimild, bls. 286.

<sup>12</sup> Hér er sleppt tilvísun málsgreinarinnar til d-liðar 1. mgr. 36. gr. tilskipunar 2009/73/EB.

eftirliti eftirlitsstjórnvalds. Meginreglan hér er sú að aðgangur fyrirtækja að flutningsneti yfir landamæri eigi að grundvallast á hlutlægum sjónarmiðum sem tryggja jafnræði og virka samkeppni. Reglur sem lúta að nánari útfærslu þessarar meginreglu með tilliti til ákveðins tengils er því málefni sem bæði lýtur að verulegum hagsmunum markaðsaðila. Á hinn bóginn ber að leggja á það áherslu að heimild stofnunarinnar er bundinn við þær reglur sem hér gilda og er því ekki um það að ræða að stofnunin sjálf taki ákvarðanir um úthlutun til markaðsaðila.

Með „kerfisöng“ (e. congestion) samkvæmt c-lið er átt við aðstæður þar sem flutningslína (samtengilína) getur ekki ráðið við allt flæði sem markaðsaðilar hafa óskað eftir, sbr. nánar c-lið 2. gr. reglugerðar nr. 714/2009. Í 16. gr. reglugerðarinnar er fjallað um viðbrögð til að bregðast við kerfisöng og er meginreglan þar að leysa skal vandamál þessu tengt með markaðstengdum lausnum, án mismununar, og aðeins í undantekningartilvikum skal synja markaðsaðila um viðskipti. Í 1. viðauka reglugerðarinnar er að finna nánari viðmiðunarreglur um slík viðbrögð. Meðal mögulegra úrræða við að bregðast við kerfisöng er álagning gjalda, sbr. 6. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar og nánari viðmiðunarreglur í 6. lið 1. viðauka reglugerðarinnar. Hefur reglugerðin að geyma nokkuð ítarlegar reglur um ákvörðun þessara gjalda og einnig um ráðstöfun þeirra milli flutningakerfisstjóra. Heimildin lýtur því einkum að hagsmunum flutningskerfisstjóra.

Sú heimild sem greinir í d-lið vísar til 1. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009 sem veitir heimild til að undanþiggja nýja samtengla tilteknum ákvæðum reglugerðarinnar og raforkutilskipunarinnar. Um greinina er fjallað nánar hér síðar í tengslum við 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Sú meginregla kemur fram í 1. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar að undanþága skuli vera háð ákveðnum skilyrðum, þ.á m. að gjald sé innheimt af notendum tengilsins. Skilja verður ákvæðið á þá leið að það haggi ekki skyldu til slíkrar gjaldtöku en veiti hins vegar Samstarfsstofnuninni endanlegt ákvörðunarvald um fjárhæð og þess, svo og annan grundvöll gjaldtökunnar (ef ekki næst samkomulag eftirlitsstjórnvalda). Hér er því enn um að ræða hagsmuni þeirra markaðsaðila sem nýta samtengil til flutnings raforku svo og eiganda samtengils sem tekur við gjöldum fyrir notkun hans.

## **2.2 Hversu víðtæk er heimild 7. mgr. 7. gr., sbr. 1. mgr. og 2. mgr. 8. gr., reglugerðar nr. 713/2009?**

Að ESB-rétti gildir sú grunnregla að það vald sem falið er sjálfstæðum eftirlitsstofnunum verður að vera skýrt og afmarkað (svonefnd „Meroni-regla“).<sup>13</sup> Reglan sækir einnig rök sín í þá grunnreglu að Evrópusambandið starfi í samræmi við þær heimildir sem því er sérstaklega veittar (e. the principle of conferred powers) og að hverri og einni stofnun beri að starfa innan sinna valdmarka, sbr. 2. mgr. 13. gr. ESB-sáttmálans. Reglan á sér þannig samsvörun í lögmætisreglu íslensks réttar sem ekki verður fjallað frekar um hér. Hafa ber í huga að álitamál um hvort stofnun hafi nægilega gætt að heimildum sínum verður borin undir ESB-dómstólinn.

Samkvæmt framangreindu kæmi til greina að túlka 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar á þá leið að þar séu heimildir stofnunarinnar samkvæmt 1. mgr. greinarinnar nánar útfærðar og um leið tæmandi taldar. Slík túlkun er þó ekki hafin yfir vafa með hliðsjón af tilvísun 7. mgr. 7. gr. og 1. mgr. 8. gr. til mála sem lúta að skilyrðum og skilmálum fyrir aðgangi og rekstraröryggi. Þá ber að hafa í huga að í 4. mgr. greinarinnar er Framkvæmdastjórninni veitt heimild,

---

<sup>13</sup> Sjá ítarlega umfjöllun hjá Niamh Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, bls. 994-1003. Hér má einnig vísa til dóms Evrópudómstólsins 22. janúar 2014 í máli nr. C-270/12 þar fjallað var um heimildir ESMA á grundvelli skortsölureglugerðarinnar.

samkvæmt nánari málsmeðferð, til að samþykkja „viðmiðunarreglur“ (e. guidelines) þar sem stofnunin verður lögbær til að taka ákvarðanir um sömu efni og fram koma í 1. mgr. Framkvæmdastjórnin hefur sett nokkrar gerðir um viðmiðunarreglur sem grundvallaðar eru á 18. gr. reglugerðar nr. 714/2009 en veita þó Samstarfsstofnuninni heimild til úrlausnar ágreinings með vísan til 1. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009.<sup>14</sup> Má skilja þessar gerðir á þá leið að grundvöllur valdheimilda stofnunarinnar samkvæmt þeim sé téð 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Þá er tíðkanlegt í ákvörðunum Samstarfsstofnunarinnar að vísa einungis til heimildar stofnunarinnar samkvæmt 1. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar án þess að nánar sé tilgreint við hvaða staflið 2. mgr. greinarinnar er stuðst í hvert og eitt skipti. Að öllu virtu verður því að leggja til grundvallar að stafliðir 2. mgr. greinarinnar feli frekar í sér auðkennatalningu, þ.e. upptalningu á helstu heimildum stofnunarinnar, fremur en tæmandi talning afmarkaðrar heimilda. Á hinn bóginn er minnt á að heimildir stofnunarinnar verða ætíð að eiga sér rætur í heimildum eftirlitsstjórnvaldanna sjálfra samkvæmt reglum sambandsréttar.

### 2.3 Heimild Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009

Í 9. gr. reglugerðarinnar er Samstarfsstofnuninni veitt heimild til að ákveða undanþágur samkvæmt 5. mgr. 17. gr. reglugerðar (EB) nr. 714/2009 sem fjallar um *undanþágur vegna nýrra samtengla* (e. interconnectors) frá 6. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar og 9. gr., 32. gr. og 6. og 10. mgr. gr. 37. gr. raforkutilskipunarinnar. Sem fyrr er meginreglan sú að undanþágur samkvæmt 1. mgr. 17. gr. reglugerðar eru í höndum eftirlitsstjórnvalda aðildarríkjanna og er slík undanþága háð efnislegum skilyrðum sem nánar greinir í a- til f- lið málgreinarinnar. Samkvæmt þeirri málgrein skal undanþága einkum vera til þess fallin að auka samkeppni á sviði afhendingar raforku (a-liður), áhættan í tengslum við fjárfestinguna skal vera slík að fjárfestingin myndi ekki eiga sér stað án undanþágu (b-liður), samtengill skal vera í eigu fyrirtækis sem er, a.m.k. hvað varðar rekstrarform, aðskilið frá kerfisstjóra (c-liður), gjöld skal innheimta af notendum tengilsins (d-liður) og undanþágan skal ekki vera skaðleg samkeppni eða verkan innri markaðarins (f-liður).<sup>15</sup> Minna má á að samkvæmt d-lið 2. mgr. 8. gr. er Samstarfsstofnuninni veitt bein heimild til að fjalla um (ágreining eftirlitsstjórnvalda um) þá gjaldtöku sem gerð er að skilyrði samkvæmt d-lið 1. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar.

Svo sem áður greinir fjallar 16. gr. reglugerðar nr. 714/2009 um viðbrögð við kerfisöng og fjallar 6. mgr. greinarinnar um hvernig skuli nýta tekjur vegna úthlutunar á samtengingu við þessar aðstæður. Þar segir að tekjur skuli nota sem tryggingu fyrir því að úthlutað flutningsgeta sé raunverulega tiltæk og/eða til að viðhalda eða auka flutningsgetu samtengilína með fjárfestingu í netum, einkum nýjum samtenglum. Í grófum dráttum má þannig segja að tekjur á þessum grunni eigi ekki að nýta til hagnaðar heldur til þess að vinna að ráðstöfunum sem leyst geta kerfisöng til framtíðar. Hér gætu t.d. komið til skoðunar áform um stækkun sæstrengs um raforku frá Íslandi eða lagning nýs sjálfstæðs strengs. Af 1. mgr. 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 leiðir þannig að Samstarfsstofnunin getur, þó aðeins við ágreining eftirlitsstjórnvalda um þetta

<sup>14</sup> Sjá t.d. 11. og 12. mgr. 9. gr. reglugerðar Framkvæmdastjórnarinnar nr. 2015/1222/ESB um leiðbeiningarreglur um úthlutun flutningsgetu og stjórn kerfisangar (Commission Regulation (EU) 2015/1222 of 24 July 2015 establishing a guideline on capacity allocation and congestion management).

<sup>15</sup> Hér er í meginmáli sleppt tilvísun til e-liðar sem hljóðar svo: frá því að markaðurinn var opnaður að hluta, eins og um getur í 19. gr. í tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 96/92/EB frá 19. desember 1996 um sameiginlegar reglur um innri markað á sviði raforku, má enginn hluti fjármagns- eða rekstrarkostnaðar samtengilsins hafa verið endurheimtur með neinum þáttum gjalda sem innheimt eru vegna notkunar á flutnings- eða dreifikerfum sem samtengillinn tengir saman.

atriði, tekið ákvörðun um hvort framangreindar reglur gilda um ráðstöfun þessara tekna eða hvort heimilt er að víkja frá þeim með einhverjum hætti. Hér er um að ræða tekjur sem að öðru jöfnu falla til flutningskerfisstjóra en þó er hugsanlegt að aðrir markaðsaðilar kynnu að hafa hér hagsmuni, t.d. ef til stæði að ráðstafa slíkum tekjum að einhverju leyti til þeirra á grundvelli undanþágu.

Ákvæði 9. gr. raforkutilskipunarinnar lýtur að sundurgreiningu flutningskerfa og flutningskerfisstjóra. Frá þessari grein nýtur íslenska ríkið undanþágu, sbr. j-lið 2. mgr. 1. gr. fyrrgreindrar ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar. Hins vegar kynnu íslenskir hagsmunir að tengjast því að undanþágan væri ekki nýtt að því er varðaði hugsanlegt eignarhald kerfisstjóra í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins á samtengli til landsins.

Ákvæði 32. gr. raforkutilskipunarinnar fela í sér þá meginreglu að aðgangur sé tryggður að flutnings- og dreifikerfum og gjaldskrá sé beitt hlutlægt og án mismununar. Rétt er að vekja athygli á að samkvæmt j-lið 2. mgr. 1. gr. greinar fyrrnefndrar ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar getur íslenska ríkið m.a. sótt um undanþágu frá þessari grein til Eftirlitsstofnunar EFTA. Með því að ákvörðun um slíka undanþágu er háð ákvörðun alþjóðlegs aðila er þessi möguleiki þó án þýðingar. Hvað sem þessu líður birtast í ákvæðum 32. gr. raforkutilskipunarinnar grunnreglur sambandsréttar um að aðgangur að flutnings- og dreifikerfum skuli vera opinn og að hindranir verði að byggjast á málefnalegum ástæðum. Ef t.d. væri fyrirhugað að tilteknir seljendur orku á Íslandi nytu einkaréttar gagnvart flutningi orku með sæstreng væri nauðsynlegt að sækja um undanþágu frá þessu ákvæði raforkutilskipunarinnar til hlutaðeigandi eftirlitsstjórnvalda í þeim ríkjum sem sæstrengurinn tengir. Væri slík undanþága tekin til greina af hálfu íslensks eftirlitsstjórnvalds (Orkustofnunar) væri jafnframt hugsanlegt að upp kæmi ágreiningur við eftirlitsstjórnvald hlutaðeigandi sambandsríkis með þeim afleiðingum að heimild samkvæmt 1. mgr. 9. gr. reglugerðar nr. 714/2009 yrði virk (með þeirri aðlögun að EES-samningnum sem síðar greinir).

Samkvæmt 6. mgr. 37. gr. raforkutilskipunarinnar skulu eftirlitsstjórnvöld bera ábyrgð og samþykkja eða ákveða a) tengingu og aðgangi að landsbundnum netum; b) veitingu jöfnunarþjónustu; og c) aðgangi að grunnvirkjum yfir landamæri, þ.m.t. málsmeðferðarreglur við úthlutun flutningsgetu og viðbrögð við kerfisöng. Samkvæmt 10. mgr. 37. gr. raforkutilskipunarinnar skulu eftirlitsstjórnvöld hafa heimild til að krefjast þess að kerfisstjórar flutningskerfa og dreifikerfa breyti þeim skilmálum og skilyrðum, ef nauðsyn ber til, þ.m.t. gjaldskrá eða aðferðafræði, sem um getur í þessari grein, til að tryggja að þær séu hóflegar og þeim beitt án mismununar. Um þau atriði sem þarna er vísað til eru nánari ákvæði í raforkutilskipuninni sem ekki er ástæða til að rekja hér. Hins vegar fer vart á milli mála að þau efni sem hér er vísað til eru margþætt og lúta að ýmsum hagsmunum markaðsaðila.

Samkvæmt 6. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009 getur aðildarríki krafist þess að formleg ákvörðun samkvæmt 5. mgr. greinarinnar sé tekin af viðeigandi stofnun þess sjálfs (væntanlega eftirlitsstjórnvaldi þess) en við þær aðstæður er skylt að láta álit Samstarfsstofnunarinnar fylgja slíkri ákvörðun. Umrætt ákvæði breytir því vart eðli heimilda Samstarfsstofnunarinnar sem í reynd tekur ákvörðun um undanþágu þótt hún sé gefin út nafni hins innlenda aðila. Sem fyrr er hér um að ræða ákvörðun sem stjórn eftirlitsaðila fjallar um á vettvangi Samstarfsstofnunarinnar.

## 2.4 Skilyrði fyrir ákvörðun og málsmeðferð

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er ákvörðun Samstarfsstofnunarinnar háð því skilyrði að eftirlitsyfirvöld hafi ekki getað komist að samkomulagi um málið innan sex

mánaða frá því að því var vísað til síðasta stjórnvaldsins eða að fenginni beiðni hlutaðeigandi eftirlitsstjórnvalda. Eins geta eftirlitsyfirvöld óskað sameiginlega eftir ákvörðun stofnunarinnar, sbr. b-lið 1. mgr. 8. gr. Í þessum fyrirvara birtist sú meginregla að heimildum Samstarfsstofnunarinnar er einungis ætlað að koma til skjalanna við þær aðstæður að eftirlitsstjórnvöldum mistakist að komast að samkomulagi um atriði sem lúta að aðgangi fyrirtækja að samtengli milli ríkja. Sem fyrr segir verður að telja líklegt að „samkomulag um að vera ósammála“ um ákveðin atriði myndi ekki teljast samkomulag í þessum skilningi.

Við undirbúning ákvörðunar sinnar „getur“ stofnunin haft samráð við landsbundin eftirlitsyfirvöld og viðkomandi flutningskerfisstjóra. Hér verður þó að hafa í huga að eftirlitsstjórnvöld ríkjanna koma að ákvarðanatöku á vettvangi Samstarfsstofnunarinnar, svo sem áður greinir, og eru því í góðri aðstöðu til kynna sér málið og koma sjónarmiðum sínum á framfæri, eftir atvikum í samræmi við almenna stefnumótun heimaríkja sinna (en þó ekki samkvæmt sérgreindum fyrirmælum stjórnvalda).

Í b-lið 3. mgr. greinarinnar er stofnuninni veitt heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar í þágu afhendingaröryggis eða rekstraröryggis grunnvirkis. Væntanlega verður að skýra heimildina þannig að hún sé að efni til þrengri en þær heimildir sem áður greinir samkvæmt 2. mgr. 8. gr. en hins vegar ekki háð þeim tímafrestum sem þar um ræðir.

Það athugast að við töku ákvarðana sinna verður Samstarfsstofnunin að gæta almennra reglna sambandsréttar um málsmeðferð, svo sem rannsóknarskyldu, andmælaréttar, meðalhófs og jafnræðis. Er hér um að ræða reglur sem annað hvort styðjast við meginmál stofnsáttmála Evrópusambandsins eða dómaframkvæmd ESB-dómstólsins. Brot gegn þessum reglum kunna að varða ógildingu ákvörðunar, annað hvort með úrskurði kærunefndar stofnunarinnar eða með dómi ESB-dómstólsins.

## 2.5 Málskot og réttarúræði

Í 18. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er kveðið á um sérstaka kærunefnd og í 19. gr. er áréttað að eftirlitsstjórnvöldum sé heimilt að skjóta ákvörðunum samkvæmt 7., 8. og 9. gr. til nefndarinnar. Ljóst er að téðar ákvarðanir geta haft ýmsa þýðingu fyrir hagsmuni markaðsaðila og er gert ráð fyrir því að þeir geti notið réttar til að kæra ákvörðun til kærunefndar þegar hún varðar „sérstaka hagsmuni þeirra“. Þetta ákvæði gefur tilefni til ýmissa athugasemda sem hafa takmarkaða þýðingu með hliðsjón af aðlögun reglugerðarinnar að EES-rétti og verða því látnar liggja á milli hluta.

Öllu mikilvægari er heimild 1. mgr. 20. gr. reglugerðarinnar til að höfða mál fyrir ESB-dómstólnum til ógildingar á ákvörðun kærunefndarinnar eða upphaflegrar ákvörðunar Samráðsstofnunarinnar (við þær aðstæður að ekki er heimilt að skjóta máli til nefndarinnar). Samkvæmt þessu virðist málhöfðun fyrir dómstólnum bundin því skilyrði að kærunefnd hafi fjallað um málið ef hún er til þess bær, en þetta skilyrði er þó þýðingarlaust með hliðsjón af aðlögun gerðarinnar að EES-samningnum. Í 2. mgr. greinarinnar er einnig að finna heimild til að höfða svokallað athafnarleysismál, sbr. nú 265. gr. samningsins um starfshætti Evrópusambandsins (sbr. til hliðsjónar 37. gr. EFTA-samnings um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls). Slík málhöfðun kæmi einkum til greina ef stofnunin hefði ekki hafist handa við að leysa úr ágreiningi eftirlitsstjórnvalda innan tilhlýðilegs tíma.

Að endingu ber að minna á að dómstólar aðildarríkjanna geta vísað málum til forúrskurðar ESB-dómstólsins við þær aðstæður að mál er höfðað fyrir þeim til ógildingar á ákvörðun eftirlitsstjórnvalds ríkisins sem ætlað er að framfylgja ákvörðun Samstarfsstofnunarinnar. Með því að ESB-dómstólnum er ætlað að fjalla um gildi fyrrgreindra

ákvarðana Samstarfsstofnunarinnar má í reynd jafna því við að honum séu fengnar sambærilegar valdheimildir og stofnuninni sjálfri. Felst því í heimildum Samstarfsstofnunarinnar einnig framsal dómsvalds í stjórnskipulegum, svo sem nánar er vikið að í niðurstöðum.

### 3

## Mat á heimildum Samstarfsstofnunarinnar

Í upphafi þykir rétt að áréttu að heimildir Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt fyrirnefndum heimildum ná ótvírætt ekki til ákvarðana um hvort byggja skuli ný grunnvirki sem fela í sér tengingu orkumarkaða tveggja eða fleiri ríkja. Það er því einungis við þær aðstæður að slík tenging liggur þegar fyrir að heimildir stofnunarinnar verða virkar. Umfjöllun um ákvarðanir um ný grunnvirki, svo sem sæstreng til flutnings raforku milli Íslands og Bretlands, fellur því utan þeirra stjórnskipulegu álitafna sem innleiðing reglugerðar nr. 713/2009 gefur tilefni til. Að þessu efni er þó, samhengisins vegna, vikið hér síðar.

Einnig er ljóst að umræddum ákvörðunum Samstarfsstofnunarinnar er beint að eftirlitsstjórnvöldum aðildarríkjanna og ekki beint og milliliðalaust að einstaklingum eða lögaðilum. Samkvæmt d-lið 1. mgr. 37. gr. raforkutílskipunarinnar er það skylda eftirlitsstjórnvalda að fara að og framfylgja öllum viðeigandi lagalega bindandi ákvarðunum Samstarfsstofnunarinnar og Framkvæmdastjórnarinnar. Slík skylda leiðir þó jafnframt af almennum reglum stofnsáttmála Evrópusambandsins um hollustuskyldu, sbr. til hliðsjónar sambærilega reglu 3. gr. EES-samningsins, og raunar að verulegu leyti einnig af almennum reglum þjóðaréttar. Samkvæmt 6. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009 getur aðildarríki krafist þess að formleg ákvörðun Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt 5. mgr. greinarinnar sé tekin af viðeigandi stofnun þess (væntanlega eftirlitsstjórnvaldi þess) en við þær aðstæður er skylt að láta álit Samstarfsstofnunarinnar fylgja slíkri ákvörðun. Umrætt ákvæði breytir því vart eðli heimilda Samstarfsstofnunarinnar, sem fyrir segir.

Svo sem áður greinir er heimild Samstarfsstofnunarinnar bundin við þá aðstöðu að eftirlitsstjórnvöldum tveggja eða fleiri ríkja takist ekki að komast að samkomulagi eða eru sammála um að vísa málinu til stofnunarinnar. Að virtu eðli þeirra mála sem hér er um að ræða má hins vegar ætla að slíkur ágreiningur sé a.m.k. raunhæfur og hið sama verður þá sagt um líkur á því að téðar heimildir Samstarfsstofnunarinnar verði virkar í reynd. Þegar um tengingu milli tveggja ríkja eða fleiri er að ræða er ljóst ákvörðun eftirlitsstjórnvalds á öðrum enda tengingar er yfirleitt til þess fallin að hafa áhrif á hagsmuni aðila á hinum endanum og öfugt. Sumar ákvarðanir, svo sem ákvarðanir um skiptingu tekna, verða einnig vart teknar nema með algeru sammæli hlutaðeigandi eftirlitsstofnana þótt í sumum tilvikum sé ekki útilokað að eftirlitsstjórnvöld sammælist um að vera ósammála. Þessi ályktun virðist fá stoð í þeim ákvörðunum framkvæmd Samstarfsstofnunarinnar, svo og kærunefndarinnar, sem þegar liggja fyrir frá því stofnunin tók til starfa.<sup>16</sup> Á hinn bóginn er hér um að ræða atriði sem um yfirleitt um gilda ítarlegar reglur sem sprotnar eru upp úr samstarfi flutningskerfisstjóra og eftirlitsstjórnvalda. Þá ber að minna á að heimildir stofnunarinnar takmarkast í öllum tilvikum við ákvarðanir sem eftirlitsstofnanirnar taka á grundvelli eigin heimilda samkvæmt sambandsrétti.

---

<sup>16</sup> Sjá vefsíðu ACER: [www.acer.europa.eu](http://www.acer.europa.eu).



Frá sjónarhóli orkuréttar kunna valdheimildir Samstarfsstofnunarinnar að þykja rýrar, bæði þegar litið er til efnis þeirra og skilyrða fyrir því að þær verði virkar.<sup>17</sup> Í þágu (stjórnskiplegrar) varúðar verður hins vegar að gera ráð fyrir því að heimildir Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt 1 og 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 geti beinst að öllum mikilvægustu stjórnunarbáttum vegna samtengils um raforku milli tveggja aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins. Ef ekki næst samkomulag milli eftirlitsstjórnvalda er því gert ráð fyrir að stofnunin hafi með höndum helstu stjórnunarheimildir vegna slíkrar tengingar, einkum ákvörðunarvald um reglur um hvernig eigi að haga aðgangi framleiðenda og annarra orkusala að tengingu, um álagningu gjalda, o.s.frv. Ef um er að ræða undaþágur frá almennum reglum sambandsréttar um orkumál vegna nýrrar tengingar, svo sem ljóst er að eiga myndi við um sæstreng milli Íslands og Bretlands, er einnig ljóst að stofnunin hefur víðtækar heimildir til hlutast til um hvernig slíkum undanþágum er hagað með ákvörðunum, ef ágreiningur er milli eftirlitsstjórnvalda ríkjanna.

*Í hnotskurn tel ég því að lýsa megi heimildum Samstarfsstofnunarinnar – við þær aðstæður að samtengill milli ríkja sé til staðar og ágreiningur er uppi milli eftirlitsstjórnvalda ríkjanna – sem víðtækum og að ákvarðanir stofnunarinnar geti í reynd lotið að flestum þeim atriðum sem máli skipta um aðgengi markaðsaðila að slíkum tengli. Á hinn bóginn er jafnframt ljóst að ákvarðanir stofnunarinnar byggjast í flestum tilvikum á ítarlegum reglum sem flutningskerfisstjórar og eftirlitsstjórnvöld aðildarríkjanna hafa komið að því að móta og jafnframt geta heimildir stofnunarinnar aldrei orðið víðtækari en heimildir innlendra eftirlitsstofnana á grundvelli sambandsreglna.*

---

<sup>17</sup> Sjá t.d. umfjöllun Florian Ermacora í *EU Energy Law, Volume 1, The Internal Energy Market, The Third Liberalisation Packet*, áður tilv., bls. 285.

## Aðlögun valdheimilda Samstarfsstofnunarinnar að EES-samningnum

Svo sem áður greinir hafa áður nefndar gerðir verið teknar upp í EES-samninginn með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017. Í 5. mgr. 1. gr. ákvörðunarinnar er fjallað um aðlögun reglugerðar nr. 713/2009 að samningnum. Í a- til c-lið málgreinarinnar er fjallað um þátttöku EFTA-ríkjanna, sem skulu teljast aðildarríki í skilningi reglugerðarinnar, í vinnu Samstarfsstofnunarinnar, þó án atkvæðisréttar. Í d-lið málgreinarinnar er að finna ákvæði sem „varða bindandi ákvarðanir stofnunarinnar, sem um getur í 7., 8., og 9. gr. Ákvæðin eru samhljóða b-lið 1. mgr. greinarinnar, sem kemur í stað 5. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009, og eru svohljóðandi:

- i) Í málum þar sem um er að ræða EFTA-ríki, eitt eða fleiri, skal Eftirlitsstofnun EFTA samþykkja ákvörðun sem beint er til eftirlitsyfirvalda í EFTA-ríkinu/ríkjunum sem um ræðir.
- ii) Stofnunin skal eiga rétt á að taka þátt í starfi Eftirlitsstofnunar EFTA og undirbúningsnefnda hennar þegar Eftirlitsstofnun EFTA sinnir störfum stofnunarinnar, að því er varðar EFTA-ríkin, eins og kveðið er á um í þessum samningi, þó án atkvæðisréttar.
- iii) Eftirlitsstofnun EFTA skal eiga rétt á að taka fullan þátt í starfi stofnunarinnar og undirbúningsnefndum hennar, þó án atkvæðisréttar.
- iv) Stofnunin og Eftirlitsstofnun EFTA skulu vinna náið saman þegar ákvarðanir, álit og tilmæli eru samþykkt.

Ákvarðanir Eftirlitsstofnunar EFTA skulu, án ótilhlýðilegrar tafar, samþykktar á grundvelli draga sem stofnunin hefur samið að eigin frumkvæði eða að beiðni Eftirlitsstofnunar EFTA.

Þegar stofnunin semur drög fyrir Eftirlitsstofnun EFTA í samræmi við þessa reglugerð skal hún tilkynna það Eftirlitsstofnun EFTA. Hin síðarnefnda skal setja frest sem eftirlitsyfirvöld EFTA-ríkjanna hafa til þess að gefa álit sitt á málinu, að teknu fullu tilliti til þess hversu málið er brýnt og flókið og afleiðinga sem það kann mögulega að hafa.

Eftirlitsyfirvöld EFTA-ríkjanna geta óskað eftir því að Eftirlitsstofnun EFTA taki ákvörðun sína til endurskoðunar. Eftirlitsstofnun EFTA skal senda slíka beiðni til stofnunarinnar. Ef þannig ber undir skal stofnunin íhuga að semja ný drög fyrir Eftirlitsstofnun EFTA og svara án ótilhlýðilegrar tafar. Ef stofnunin breytir eða afturkallar ákvörðun sem er hliðstæð ákvörðun sem Eftirlitsstofnun EFTA hefur samþykkt, skal stofnunin, án ótilhlýðilegrar tafar, semja drög á sama veg fyrir Eftirlitsstofnun EFTA.

v) Komi til ágreinings milli stofnunarinnar og Eftirlitsstofnunar EFTA að því er varðar framkvæmd þessara ákvæða skulu formaður stofnunarinnar [þ.e. framkvæmdastjóri] og stjórn Eftirlitsstofnunar EFTA, að teknu tilliti til þess hversu málið er brýnt, boða til fundar án ótilhlýðilegrar tafar til þess að leita eftir samstöðu. Náist ekki samstaða, getur formaður stofnunarinnar eða stjórn Eftirlitsstofnunar EFTA farið þess á leit við samningsaðila [þ.e. EES/EFTA-ríkin, aðildarríki ESB og Evrópusambandið sjálft] að þeir vísi málinu til sameiginlegu EES-nefndarinnar sem skal fjalla um það í samræmi við 111. gr. þessa samnings, sem skal gilda að breyttu breytanda. Í samræmi við 2. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-

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

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

Með þeirri aðlögun sem hér er um að ræða er með engu haggð við eðli þeirra heimilda sem áður greinir. Umrædd aðlögun haggar þannig ekki því framsali valdheimilda sem fólgið er í 7. til 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Hins vegar felur aðlögunin það í sér að „í málum sem varða EFTA-ríki, eitt eða fleiri, skuli Eftirlitsstofnun EFTA samþykkja ákvörðun sem beint er til eftirlitsstjórnvalda í EFTA-ríkjunum.“ Vart þarf að taka fram að eftirlitsstofnunin starfar á grundvelli EFTA-samnings um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls sem íslenska ríkið er aðili að. Með hliðsjón af enskri útgáfu ákvörðunarinnar fer ekki á milli mála að hér er átt við að eftirlitsstofnunin taki (formlega) þá ákvörðun sem um er að ræða (e. adopt a decision addressed to the national regulatory authorities of the concerned EFTA State(s)).

Samkvæmt framangreindu er ljóst að ef ákvörðun lýtur að málefni, sem varðar flutning raforku á milli EFTA-ríkis og sambandsríkis, þurfa Samstarfsstofnunin og Eftirlitsstofnun EFTA að taka tvær sjálfstæðar en, væntanlega einnig, að öllu verulegu leyti samhljóða ákvarðanir sem lúta að samtengingu milli ríkjanna ef markmiðið um samræmingu á að nást. Hér því ekki um að ræða þá stöðu sem upp getur komið í samkeppnismálum að Framvæmdastjórnin geti, í undantekningartilvikum, tekið ákvörðun sem lýtur að fyrirtæki með staðfestu í EFTA-ríki í þágu einsleitni (og Eftirlitsstofnun EFTA ákvörðun gagnvart fyrirtæki innan sambandsins). Þeir hagsmunir sem felast í náinni samvinnu Samstarfsstofnunarinnar og eftirlitsstofnunarinnar með það að markmiði að þær nái samstöðu í málefnum sem lúta að samtengingu milli tveggja ríkja hljóta að liggja nokkuð beint við og verður að virða ákvæði ákvörðunarinnar um samvinnu stofnanna í því ljósi. Á hinn bóginn er ljóst að eftirlitsstofnun EFTA hefur neitunarvald gagnvart tillögu Samstarfsstofnunarinnar og verður við þær aðstæður að fara með málið samkvæmt 111. gr. EES-samningsins. Ákvæði þeirrar greinar fela í grófum dráttum í sér að engin ákvörðun verður tekin nema með samþykki allra EFTA-ríkjanna.<sup>18</sup> Má því segja að þar sé um að ræða málsmeðferð sem lýtur meginreglum hefðbundins þjóðaréttar sem ekki fer á milli mála að er í samræmi við fullveldi ríkja í þjóðréttarlegum skilningi. Samkvæmt framangreindu er ekki um það að ræða að bindandi ákvörðun verði tekin á grundvelli fyrrgreindra heimilda reglugerðar nr. 713/2009 nema með ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA.

Samkvæmt umræddri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar eru málshöfðunarheimildir færðar frá ESB-dómstólnum til EFTA-dómstólsins sem starfar einnig á grundvelli fyrrgreinds EFTA-samnings, sbr. einnig h-lið 5. mgr. 1. gr. umræddrar ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar. Ekki er gert ráð fyrir sérstakri kærunefnd að því varðar ákvarðanir Eftirlitsstofnunarinnar og yrði því að bera ákvarðanir eftirlitsstofnunarinnar beint undir EFTA-dómstólinn. Sú aðstaða verður að teljast líkleg að ákvörðun eftirlitsstofnunarinnar

<sup>18</sup> Það athugast að 4. mgr. 6. gr. raforkutilskipunarinnar sem fjallar um eflingu lóðréttrar svæðisbundinnar samvinnu er ekki aðlöguð að EES-samningnum. Eftirlitsáætlun samkvæmt ákvæðinu mun því háð samþykki Samstarfsstofnunarinnar jafnvel þótt um sé að ræða samvinnu milli tveggja EFTA-ríkja eða fleiri. Hér sýnist því um að ræða undantekningu frá þeirri tveggja stöða laus sem almennt er lögð til grundvallar aðlögun gerða þriðja raforkupakkans. Með hliðsjón af eðli heimildar Samstarfsstofnunarinnar samkvæmt ákvæðinu svo og því að almennt yrði um að ræða svæðisbundna samvinnu EFTA-ríkis og ESB-ríkis þykir téð heimild ekki gefa tilefni til sérstakrar umræðu.

eigi sér samsvörun í annarri ákvörðun Samstarfsstofnunarinnar sem lýtur að því sambandsríki (eða ríkjum) sem eru aðilar að samtengingu. Í úrlausn um ákvörðun eftirlitsstofnunarinnar kynni EFTA-dómstóllinn því í reynd óbeint að fjalla um gildi ákvörðunar Samstarfsstofnunarinnar. Hér er því langt gengið af hálfu Evrópusambandsins í þá átt að fela utan að komandi dómstól úrskurðarvald um efni sambandsréttar og gildi gerða stofnana sambandsins. Um þetta atriði og algera sérstöðu EFTA-ríkjanna í samstarfi sínu við Evrópusambandið að þessu leyti verður þó ekki rætt frekar hér.

Samkvæmt g-lið 5. mgr. 1. gr. ákvörðunar Sameiginlegu EES-nefndarinnar eiga eftirlitsstjórnvöld EFTA-ríkjanna rétt á því að taka þátt í málsmeðferð kærunefndarinnar þegar leyst er úr ágreiningi um ákvörðun sem varðar þau. Skilja verður þetta ákvæði á þá leið að hér væri um að ræða úrlausn um ákvörðun sem ætti, að meira eða minna leyti, samsvörun í annarri ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA, enda er gert ráð fyrir því að Samstarfsstofnunin hafi frumkvæði að því að eftirlitsstofnunin breyti ákvörðun sinni ef kærunefndin fellir úr gildi eða breytir hinni kærðu ákvörðun. Hins vegar verður að skilja ákvæðið þannig að eftirlitsstjórnvöld EFTA-ríkjanna hafi ekki sjálfstæðan málskotsrétt til kærunefndarinnar. Er þetta í aðalatriðum sambærilegt fyrirkomulag og gildir um aðkomu EFTA-ríkjanna að málarekstri fyrir ESB-dómstólum.

Minna ber á að íslenskir dómstólar gætu vísað máli til ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins samkvæmt 34. gr. EFTA-samnings um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls ef höfðað væri af hálfu einkaaðila mál til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar sem fæli í sér innleiðingu á ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA. Ekki fer á milli mála að EFTA-dómstóllinn væri til þess bær að fjalla um gildi þeirrar ákvörðunar eftirlitsstofnunarinnar sem lægi til grundvallar hinni innlendu ákvörðunar. Samkvæmt framangreindu má fullyrða að réttarvernd og aðgangur að sjálfstæðum dómstólum sé því í öllum meginatriðum tryggður með sambærilegum hætti gagnvart EFTA-ríkjunum og að sambandsrétti, þó þannig að EFTA-dómstóllinn starfar aðeins á einu dómstigi og áfrýjun máls til annars dómstigs er því ekki möguleg.

## Fyrirhuguð aðlögun og tveggja stoða kerfi EES-samningsins

Í fyrrnefndri álitgerð minni frá mars 2016 um framsal valdheimilda vegna evrópsks fjármálaeftirlits er gerð grein fyrir svonefndu tveggja stoða kerfi EES-samningsins og hvernig fyrirhuguð aðlögun gerða á sviði fjármálaeftirlits fól í sér frávík frá upphaflegu fyrirkomulagi þess. Sama lýsing á að mínu mati við um þá aðlögun gerða þriðja orkupakkans sem hér hefur verið fjallað um. Í stórum dráttum má lýsa þannig lýsa umræddu fyrirkomulagi þannig að hlutaðeigandi stofnun Evrópusambandsins sé ætlað viðameira hlutverk við töku einstakra ákvarðana en almennt tíðkast um verkaskiptingu milli sambands- og EFTA-stoðarinnar, t.d. í samkeppnismálum. Hins vegar er leitast við að tryggja jafnræði og gagnkvæmni með því að ljá EFTA-stoðinni þátttöku í starfi hlutaðeigandi sambandsstofnunar í meira mæli en gildir á öðrum sviðum. Fulltrúar EFTA-stoðarinnar, þ.e. Eftirlitsstofnun EFTA, eftirlitsstjórnvöld EFTA-ríkjanna og flutningskerfisstjórar þeirra, hafa þannig mun meiri aðgang að ákvarðanatöku á því sviði sem hér um ræðir en t.d. gildir um samkeppnismál. Hér er því um að ræða „kaup kaups“, ef svo má að orði komast, þótt strangt til tekið samræmist þátttaka EFTA-ríkjanna í stofnunum sambandsins ekki tveggja stoða fyrirkomulaginu.

Með sama hætti og greinir í áðurnefndri álitgerð tel ég einnig þá meginniðurstöðu eiga við hér að vart sé hægt að halda því fram að EFTA-stoðin yrði áhrifalaus um þær ákvarðanir sem að endingu yrðu teknar. Formlegt ákvörðunarvald er skýrlega í höndum Eftirlitsstofnunar EFTA og verður því engin ákvörðun tekin nema með atbeina þeirrar stofnunar. Að þessu leyti samrýmist fyrirbyggjandi aðlögun tveggja stoða kerfi samningsins. Þá verður einnig að telja að hið formlega neitunarvald Eftirlitsstofnunar EFTA geti styrkt stofnunina, svo og fullrúa eftirlitsstjórnvalda EFTA-ríkjanna, í hvers kyns samskiptum við Samstarfsstofnunina. Samkvæmt þessu verður að mínu mati ekkert fullyrt um að það afbrigði af tveggja stoða lausn sem hér um ræðir geri stöðu EFTA-ríkjanna í heild sinni veikari en leiða myndi af hefðbundnari tveggja stoða lausn. Í öllu falli leiðir slík niðurstaða ekki af þeim reglum sem hér gilda, hvað sem segja má svo um pólitíska stöðu EFTA-stoðarinnar við núverandi aðstæður.

Þá verður að fallast á að hefðbundin tveggja stoða lausn væri mjög erfiðleikum bundin við þær aðstæður sem uppi eru við ákvarðanatöku um nýtingu samtengils milli EFTA-ríkis og sambandsríkis. Líkt og fjallað var um í fyrrnefndri álitgerð í tengslum við evrópskt fjármálaeftirlit eru því málefnaleg rök fyrir því að Samstarfsstofnuninni sé falið leiðandi hlutverk við þessa ákvarðanatöku í þágu einsleitni. Það er spurning um pólitíska möguleika og stefnumótun hversu virk Eftirlitsstofnun EFTA, svo og EFTA-ríkin, kjósa að vera gagnvart Samstarfsstofnuninni, almennt og í einstökum málum. Hitt er ljóst að EFTA-stoðin hefur frá lagalegu sjónarmiði möguleika til áhrifa.

Minna má á að sú tveggja stoða lausn sem lögð var til grundvallar við aðlögun gerða um fjármálaeftirlit var afrakstur nokkuð langra samningaviðræðna EFTA-ríkjanna við Framkvæmdastjórn sambandsins. Var það á fundi fjármála- og efnahagsráðherra ríkja

Evrópusambandsins og EFTA-ríkjanna (ECOFIN) 14. október 2014 sem loks náðist samkomulag um meginatriði við aðlögun umræddra gerða.<sup>19</sup> Í hnotskurn má því segja að með samkomulaginu hafi EFTA-ríkin fyrir sitt leyti viðurkennt mikilvægi hins nýja eftirlitskerfis sambandsins fyrir innri markaðinn, þörfina fyrir miðlæga samræmingu og um leið að einsleitnismarkmið EES-samningsins gerði það nauðsynlegt að tekið væri tillit til þeirra hagsmuna sem í þessu fælist fyrir verkan innri markaðarins. Hins vegar hafi Evrópusambandið viðurkennt að við aðlögun þessa kerfis að EES-samningnum yrði að taka tillit til grunnreglna EES-samningsins, þ.e. sjálfstæðis EFTA-stoðarinnar samkvæmt umræddu tveggja stoða kerfi. Samkvæmt samkomulaginu var gert ráð fyrir því að ákvarðanir Eftirlitsstofnunar EFTA byggðust á tillögu eða „uppkasti“ (e. draft) sem hlutaðeigandi eftirlitsstofnun ESB myndi útbúa og er það (óheppilega) orðalag áfram notað í þeirri aðlögun sem hér um ræðir. Með sama hætti var gert ráð fyrir því að leysa yrði ágreining milli stoðanna samkvæmt ákvæðum EES-samningsins um málsmeðferð fyrir sameiginlegu EES-nefndinni, svo sem beinlínis er kveðið á um í fyrrnefndri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar.

Þetta er rifjað upp hér vegna þess að hugmyndir fulltrúa Evrópusambandsins, og reyndar einnig Noregs, stóðu upphaflega til þess að EFTA-ríkin gengju, með einum eða öðrum hætti, beint undir valdsvið sambandsstofnanna hvað varðaði eftirlit með fjármálamörkuðum. Með þeirri stefnumótun sem fólst í fyrrgreindu samkomulagi, og haldið er tryggð við með þeirri aðlögun sem hér um ræðir, var þessari hugmynd hafnað viðurkennt að tryggja bæri sjálfstæði EFTA-stoðarinnar, svo og jafnræði og gagnkvæmni EFTA-ríkjanna í samskiptum við stofnanir Evrópusambandsins, með ekki lakari hætti en almennt tíðkaðist í EES-samstarfinu. Gilti þá einu þótt nýjar aðstæður kölluðu á breytta útfærslu og samvinnu milli EFTA-stoðarinnar og sambandsins. Frá sjónarhóli Evrópusambandsins er EFTA-ríkjunum með þessu fyrirkomulagi veitt allt önnur og betri staða en þekkist í samskiptum sambandsins við þriðju ríki og er sú niðurstaða að verulegu leyti komin til fyrir þá viðleitni íslenskra stjórnvalda að tryggja stöðu EFTA-stoðarinnar við áframhaldandi þróun EES-samningsins.

---

<sup>19</sup> Sjá fréttatilkynningu á vefsíðu fjármála- og efnahagsráðuneytisins: [www.fjarmalaraduneyti.is/frettir/nr/18558](http://www.fjarmalaraduneyti.is/frettir/nr/18558).

## Eðli framsals og samanburður við heimildir á sviði evrópsks fjármálaeftirlits

Að mínu mati er hér í öllum meginatriðum um að ræða sambærilegt fyrirkomulag við aðlögun gerða að EES-samningnum og ég hef áður fjallað um í áðurnefndri álitargerð frá mars 2016 um innleiðingu EES-gerða um evrópskt fjármálaeftirlit. Sá munur er þó, í fyrsta lagi, á að þær valdheimildir sem hér um ræðir *beinast eingöngu að eftirlitsstjórnvöldum EFTA-ríkjanna* en ekki að einstaklingum eða fyrirtækjum. Svo sem áður greinir má af þessu tilefni spyrja hvort yfir höfuð sé um framsal valheimilda að ræða til alþjóðlegrar stofnunar eða hvort réttara sé að líta svo á að ákvarðanir Eftirlitsstofnunar séu í reynd einungis bindandi fyrir íslenska ríkið að þjóðarétti. Í þessu fælist þá það sjónarmið skoða bæri hið íslenska eftirlitsstjórnvald (væntanlega Orkustofnun) sem fyrirsvarsmann íslenska ríkisins í þjóðréttarlegum samskiptum.

Fyrir liggur að í álti lagaskrifstofu norska dómsmálaráðuneytisins 27. febrúar 2018 er komist að þeirri niðurstöðu að hér sé ekki um eiginlegt framsal valdheimilda að ræða og er þar einnig vísað til sjónarmiða danskra fræðimanna. Í nefndarálti auðlinda- og umhverfisnefndar norska Stórþingsins kemur þó fram að um þetta eru skiptar skoðanir meðal norskra fræðimanna. Sjálfur ræddi ég þetta álitamál nokkuð í fyrnefndri álitargerð frá mars 2016 með tilliti til framsals valdheimilda vegna gerða um evrópskt fjármálaeftirlit. Mín niðurstaða þá var sú að sú aðstaða sem hér væri uppi, þ.e. að ákvörðun beindist gegn sjálfstæðu stjórnvaldi ríkis, sem hefði ekki fyrirsvar fyrir ríkinu samkvæmt stjórnskipun þess eða þjóðarétti, yrði ekki jafnað til þess að ákvörðun væri beint að ríkinu sem þjóðréttaraðila. Við þetta bætast þær kröfur sem gerðar eru sjálfstæðis hlutaðeigandi eftirlitsstofnunar ríkisins gagnvart almennum stjórnvöldum (ríkisstjórn og Alþingi) og hollustuskyldu þess og náði samstarf við hina alþjóðlegu stofnun, sem áður er vikið að. Ég tel því sem fyrr að þetta atriði haggi því ekki að hér er um framsal valdheimilda er að ræða í skilningi íslenskra stjórnлага. Hins vegar er ljóst, líkt og einnig kemur fram í álitargerðinni árið 2016, að framsal valds með þessum hætti er viðurhluð minna en framsal valdheimilda til töku milliliðalausra ákvarðana gagnvart einkaaðilum á íslensku yfirráðasvæði.

Í annan stað er hér sá munur á að Eftirlitsstofnun EFTA og Samstarfsstofnunin hafa *engar rannsóknarheimildir* á yfirráðasvæði EFTA-ríkjanna, líkt og átti við um gerðir um evrópskt fjármálaeftirlit. Í þriðja stað má færa að því rök að valdheimildir Eftirlitsstofnunar EFTA samkvæmt fyrirbyggjandi gerðum séu *á talsvert þrengra sviði og lúti að afmarkaðri atriðum* en um ræddi í fyrrgreindum gerðum vegna evrópsks fjármálaeftirlits. Er þá horft til þess að síðarnefndu gerðirnar veittu Eftirlitsstofnun EFTA heimildir til að banna eða takmarka starfsemi sem féll undir gerðirnar og taka bindandi ákvarðanir um skyldu fjármálfyrirtækja samkvæmt efnisrétti sambandsins. Til samanburðar lúta þær heimildir sem taldar eru upp í 1. og 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 að afmörkuðum atriðum á þröngu sviði. Einnig má minna á að heimildir Samstarfsstofnunarinnar/Eftirlitsstofnunar EFTA beinast að meginstefnu að ágreiningi um reglur sem eftirlitsstjórnvöldin setja samkvæmt sínum eigin valdheimildum að sambandsrétti og fela ekki í sér heimildir til töku ákvarðana gagnvart markaðsaðilum. Á hinn

bóginn lýtur heimild til að veita undanþágur samkvæmt samkvæmt 1. mgr. 9 gr. reglugerðarinnar, sbr. 5. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009, að mun fleiri og matsskenndari atriðum. Hér ber þó að hafa í huga að um er að ræða undanþágur frá almennum reglum EES-réttar sem ríkið hefur hvort sem er skuldbundið sig til að fylgja. Í fjórða lagi er í *engum atriðum vikið frá því tveggja stöðva kerfi* sem komið er á fót með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar, svo sem gert var í afmörkuðum tilvikum við innleiðingu gerða um fjármálaeftirlit.<sup>20</sup> Í fimmta lagi er *ekki um að ræða sektarvald* gagnvart einkaaðilum, svo sem tiltekna gerðir um fjármálaeftirlit gerðu ráð fyrir, þó að frátöldu sektarvaldi vegna vísvitandi rangrar upplýsingargjafar sem að er vikið í inngangi og ekki þykir gefa tilefni til sérstakra álitamála.

Öll framangreind atriði horfa því til þess að litið sé svo á að það framsal valds sem felst í reglugerð nr. 713/2009 sé mun viðurhlutaminna en það framsal sem fjallað var um í fyrirnefndri álitagerð frá mars 2016. Á hinn bóginn tel ég ljóst að þær ákvarðanir sem hér um ræðir lúti í ýmsum atriðum að viðkvæmari málefnum með tilliti til fullveldis ríkis samanborið við umræddar gerðir um fjármálaeftirlit. Er þá horft til þess að stjórn auðlinda, svo sem raforku, er meðal mikilvægustu hagsmuna hvers fullvalda ríkis. Má í þessu sambandi vísa til þjóðmálaumræðu á Íslandi undanfarin ár sem bendir til þess að breið samstaða sé um að í stjórnarskrár ríkisins verði því lýst yfir að náttúruauðlindir innan lögsögu ríkisins séu þjóðareign og nýta eigi þær til hagsbóta landsmönnum öllum. Af þessu leiðir að yfirþjóðlegt inngríp, sem byggist á öðrum hagsmunum en íslenskum og getur haft óbein áhrif á auðlindastýringu, kann að horfa við á annan hátt en afskipti af mörkuðum sem eru að verulegu leyti í eðli sínu undir alþjóðlegum áhrifum, svo sem fyrirnefndir fjármálamarkaðir. Hér verður þó að horfa til þess að umræddar gerðir taka tillit þessarar sérstöðu auðlinda fyrir aðildarríkin með því að heimildir umræddra yfirþjóðlegra stofnana taka ekki til viðkvæmustu atriða auðlindastýringar, svo sem nánar er vikið að síðar, heldur fjalla þær um þær nánari reglur sem gilda eiga um flutning og viðskipti með raforku milli landa. Þá má einnig minna á ákvæði 42. gr. raforkutilskipunarinnar um verndarráðstafanir ríkis við kreppu á orkumarkaði.

Að framan er einnig vikið að því að telja verði raunhæft að framangreindum heimildum sé beitt við þær aðstæður að samtenging fyrir raforku yfir landamæri sé á annað borð fyrir hendi. Hér væri því ekki um að ræða fjarlægga möguleika á beitingu yfirþjóðlegra heimilda. Enn sem fyrr verður þó að minna á að téðar heimildir koma aðeins til skjalanna við þær aðstæður að slíkur samtengill hafi þegar verið gerður en slíka ákvörðun verður að telja alfarið á forræði íslenska ríkisins, svo sem vikið verður að í næsta kafla.

---

<sup>20</sup> Sbr. þó fyrri athugasemd um aðlögun 4. mgr. 6. gr. raforkutilskipunarinnar.



## Valdheimildir ESA/Samstarfstofnunarinnar og almennar reglur EES

Ljóst er að reglur EES-samningsins geta haft margs konar þýðingu við auðlindastýringu hér á landi. Þótt EES-samningurinn haggi ekki við skipan eignarréttar, sbr. 125. gr. samningsins, geta reglur hans engu að síður takmarkað svigrúm íslenskra stjórnvalda til þess að setja reglur um nýtingu auðlinda, einkum reglur sem með beinum eða óbeinum hætti fela í sér mismunun á grundvelli þjóðernis við auðlindanýtingu.<sup>21</sup> Viðkvæmustu hagsmunirnir með tilliti til fullveldis sem þessu tengjast eru án vafa ákvarðanir um hvort nýta beri tilteknar auðlindir, t.d. ákvarðanir um virkjanir, gjaldtöku af auðlindanýtingu og ákvarðanir um hvort stærri tengivirki fyrir orkuflutning verði reist og þá ekki síst tengingar við önnur ríki. Hér er hins vegar til þess að líta að umræddar gerðir þriðja orkupakkans fjalla ekki um ákvarðanir um nýtingu orku, svo sem ákvarðanir um nýjar raforkuvirkjanir, heldur einungis um flutning og viðskipti með orku. Því síður snúa þær afmörkuðu heimildir sem áður greinir að slíkum ákvörðunum. Hið sama má einnig segja um almennar EES-samningsins. Jafnvel þótt fjallað sé um orkumál í 194. gr. samningsins um starfshætti Evrópusambandsins er sömuleiðis ljóst að ákvarðanir um eiginlega auðlindanýtingu falla undir lögsögu aðildarríkanna.

Það athugast, að því er varðar ákvörðun um tengingu íslensks raforkumarkaðar við annað ríki, að aðfararorð gerða þriðja orkupakkans, svo og aðrar heimildir um orkustefnu Evrópusambandsins, bera með sér að slík tenging væri væntanlega í samræmi við þá stefnu sambandsins að styrkja innri markað með raforku, treysta afhendingaröryggi. Jafnframt má hér vísa til reglugerðar nr. 347/2013/ESB um viðmiðunarreglur fyrir sameiginlega orkuinnviði Evrópu sem þó hefur ekki verið tekin upp í EES-samninginn. Er sæstrengur milli Íslands og Bretlands („Ice-link“) þar tilgreindur á verkefnalista, svo sem vikið er að í inngangi. Hins vegar er hafið yfir vafa að afleiddur réttur sambandsins, þ.á m. umræddrar gerðir þriðja orkapakkans, fela ekki í sér skyldu til slíkrar framkvæmdar eða til skyldu til að leyfa þær. Þá er ljóst að umræddrar heimildir Eftirlitsstofnunar EFTA/Samstarfstofnunarinnar beinast ekki að ákvörðunum um slíkar framkvæmdir. Minna má að fyrrgreint ákvæði samningsins um starfshætti Evrópusambandsins sem liggur til grundvallar sjálfstæðri orkustefnu sambandsins er ekki hluti EES-samningsins og er Ísland því með engum hætti bundið af stefnumótun og gerðum sambandsins þegar sleppir reglum innri markaðarins um flutning og viðskipti með orku.

*Samkvæmt framangreindu beinast álitafni um hugsanlega skyldu íslenska ríkisins til þess að leyfa lagningu sæstrengs milli landsins og annars aðildarríkis EES til orkuflutnings að almennum reglum EES-samningsins sem innleiðing umræddra gerða hefur engin áhrif á. Ef svo ólíklega færi að því yrði haldið fram að sú skylda hvíldi á íslenska ríkinu til að leyfa lagningu sæstrengs, væntanlega með vísan til almennra reglna EES-samningsins um fjrálsa för vara, væri það þannig málefni sem Eftirlitsstofnun EFTA tæki til rannsóknar og lyki, eftir*

<sup>21</sup> Sjá til hliðsjónar dóm EFTA-dómstólsins 26. júní 2007 í máli nr. E-2/06, Eftirlitsstofnun EFTA gegn Noregi.

atvikum, með höfðun sammingsbrotamáls fyrir EFTA-dómstólnum. Eins væri hugsanlegt að einkaaðili höfðaði slíkt mál fyrir íslenskum dómstólum sem vísaði álitafnum til EFTA-dómstólsins til ráðgefandi álits undir meðferð málsins. Hér væri því ekki heldur um að ræða aðstæður þar sem alþjóðlegri stofnun hefði verið framselt vald til þess að taka með beinum og milliliðalausum hætti ákvörðun um íslenska hagsmuni heldur túlkun dómstóls á þjóðréttarlegum skuldbindingum ríkisins samkvæmt fyrirliggjandi milliríkjasamningi. Ég tel rétt að láta þess getið að ég tel afar ólíklegt að fallist yrði á málsástæður á þessum grundvelli fyrir EFTA-dómstólnum. Kemur þar helst til að ákvörðun um lagningu sæstrengs, sem meðal annars myndi liggja um landgrunn í landhelgi Íslands, er háð fjölmörgum atriðum sem eru á forræði aðildarríkjanna og falla utan gildissviðs EES-sammingsins (og raunar einnig reglna sambandsréttar). Þannig er hvers kyns hagnýting landgrunnins háð fullveldisrétti íslenska ríkisins. Jafnvel mætti einnig færa að því rök að hér sé um að ræða nýtingu auðlinda hafsbotnsins sem eru eign íslenska ríkisins í einkaréttarlegum skilningi, sbr. lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins, og að heimild til lagningar sæstrengs feli í sér afsal eða kvöð á landi eða landhelgi þannig að samþykki Alþingis þurfi að koma til samkvæmt 21. gr. stjórnarskrárinnar. Að mínu mati er því útilokað að sæstrengur til flutnings raforku yrði lagður án þess að Alþingi tæki afstöðu til málsins, annað hvort með setningu almennra reglna eða með lögum sem lytu að framkvæmdinni sjálfri.

Þótt frekari umfjöllun um þetta atriði falli samkvæmt þessu utan þeirra álitafna sem gerðir þriðja orkupakkans gefa tilefni til, tel ég allt að einu rétt að benda á að almennar reglur EES-sammingsins gætu horft á annan veg við ef ákvörðun hefði á annað borð verið tekin um lagningu tiltekins sæstrengs og íslenskur raforkumarkaður væri þannig orðin tengdur markaði sambandsins. Hér er einkum höfð í huga sú aðstaða að eigandi samtengils, t.d. sæstrengs, sækti um stækkun hans eða að aðrir aðilar sæktu um leyfi til reksturs sambærilegs strengs.

Að lokum má minna, í sambandi við afstöðu almennra reglna EES-sammingsins til auðlindastýringar, á að íslenska ríkið getur ávallt, í krafti fullveldis síns, hvenær sem er sagt EES-samningnum upp samkvæmt 127. gr. hans, ef samningurinn er ekki lengur talin þjóna hagsmunum ríkisins, t.d. vegna þróunar hans á grundvelli lagasetningar Evrópusambandsins eða dómaframkvæmdar. Þá má einnig minna á möguleika ríkisins til að beita öryggisráðstöfunum samkvæmt 42. gr. raforkutilskipunarinnar, svo og samkvæmt 112. gr. meginmáls sammingsins ef flutningur orku úr landinu væri talin andstæð brýnum almannahagsmunum.

## Stjórnskipulegar heimildir til framsals valdheimilda í þágu EES-samningsins

Í framsali ríkisvalds felst að einhverjar af stjórnskipulegum heimildum handhafa ríkisvalds samkvæmt stjórnlögum ríkisins, þ.e. löggjafar-, framkvæmdar- eða dómvald, eru fengnar utan að komandi aðila, t.d. alþjóðlegri stofnun. Þessi aðili fær þá með einhverjum hætti vald til þess að setja reglur sem eiga að gilda (sjálfkrafa) innan lögsögu ríkis, framfylgja þessum reglum og/eða dæma um réttindi og skyldur manna (eða skera úr um sekt þeirra og ákveða þeim refsingu) samkvæmt efni þeirra þannig að hafi milliliðalaust réttaráhrif að landsrétti. Ríkið getur hins vegar tekist á herðar margvíslegar skyldur að þjóðarétti án þess að um framsal valds sé að ræða í þessum skilningi. Þannig getur ríkið t.d. skuldbundið sig til þess að leiða ákveðnar reglur í lög sín eða til þess að framfylgja ákvörðunum alþjóðlegrar stofnunar, jafnvel hlíta dómum alþjóðlegs dómstóls og veita þeim réttaráhrifum að landsrétti með viðeigandi hætti. Svo sem áður greinir á þetta við um þórrann af þeim EES-reglum sem íslenska ríkið hefur undirgengist á sviði orkumála. Með þessum reglum er því ekkert ríkisvald framselt hinni alþjóðlegu stofnun enda er ríkið hér einungis skuldbundið að þjóðarétti til ákveðinna aðgerða sem það eitt getur framkvæmt. Það fer þá eftir stjórnskipun viðkomandi ríkis og/eða nánari ákvörðunum þess hvort og að hvaða marki alþjóðlegar reglur, ákvarðanir og dómur öðlast gildi innan lögsögu þess. Sú meginregla gildir að íslenskum rétti að reglur þjóðaréttar verður að innleiða sérstaklega í íslenska réttarskipun, einkum með lögfestingu. Sama á við um ákvarðanir alþjóðlegra stofnana á sviði framkvæmdavalds og dóma alþjóðlegra dómstóla sem geta ekki öðlast réttaráhrif að innan íslenskrar lögsögu án einhvers konar atbeina handhafa íslensks ríkisvalds.

Þegar löggjafarvald hefur verið framselt alþjóðlegri stofnun hafa reglur, sem stofnunin setur, sjálfkrafa gildi innan ríkisins. Ef reglurnar eru nægilega skýrar og óskilyrtar, geta einstaklingar og lögaðilar þar af leiðandi þegar í stað byggt rétt og skyldu á reglunum fyrir dómstólum ríkisins. Er þá almennt rætt um að reglurnar hafi *beina réttarverkan*. Með sama hætti felst í framsali framkvæmdarvalds að alþjóðleg stofnun fer með einhverjar þær heimildir sem heyra undir framkvæmdarvaldið, en þessar heimildir geta verið æði fjölbreyttar (t.d. útgáfa eða svipting leyfa, ýmsar rannsóknaraðgerðir og sektir). Þegar um er að ræða ákvarðanir, sem alþjóðleg stofnun hefur tekið, er hugtakið bein réttarverkan iðulega einnig notað. Er þá vísað til þess að með ákvörðuninni hafi réttindum og skyldum einstaklinga og lögaðila verið skipað milliliðalaust, án atbeina viðkomandi ríkisins, þannig að réttaráhrif hafi að landsrétti. Sama kann að eiga við, að breyttum breytanda, um dóma alþjóðlegs dómstóls sem er þá hægt að fullnustu samkvæmt almennum reglum landsréttar án staðfestingar eða annars atbeina innlendra dómstóla. Þegar alþjóðlegum reglum eða ákvörðunum og dómum alþjóðlegrar stofnunar er ætlað að hafa beina réttarverkan fer það eftir stjórnlögum viðkomandi ríkis hvernig slík réttaráhrif eru tryggð að landsrétti, svo sem áður greinir.<sup>22</sup> Framsal framkvæmdarvalds er

<sup>22</sup> Undirritaður hefur fjallað um þetta efni í greininni „Stjórnskipuleg staða þjóðaréttar að íslenskum lögum – Er þörf á sérstöku stjórnarskrárákvæði?“, *Lögfræðingur*, 2012, 1. tbl., bls. 49 o.áfr.

almennt talið viðrhlutaminna en framsal lagasetningarvalds eða dómsvalds með því að heimildir hinnar alþjóðlegu stofnunar grundvallast almennt á lögum innlands löggjafa og geta komið til skoðunar innlendra dómstóla sem þannig fara með endanlegt ákvörðunarvald um hvort athafnir stofnunarinnar samræmist lögum landsins og stjórnarskrá.

Samfara hugmyndum um stóraukna samvinnu þjóða í kjölfar síðari heimsstyrjaldarinnar breyttu fjölmörg ríki stjórnlögum sínum á þá leið að heimilt væri að framselja alþjóðlegum stofnunum valdheimildir á afmörkuðum sviðum, en samkvæmt stjórnlögum sumra ríkja var slíkt framsal þó þegar talið heimilt að ákveðnu marki.<sup>23</sup> Var litið svo á að til þess að tryggja frið og, eftir atvikum, önnur markmið alþjóðlegrar samvinnu kynni framsal valdheimilda til alþjóðlegrar stofnunar að vera nauðsynlegt. Stjórnskipulegum heimildum til framsals var þannig ætlað að gera viðkomandi ríki kleift að taka þátt í alþjóðlegri samvinnu til fulls og standa þannig jafnfætis öðrum fullvalda ríkjum í alþjóðasamvinnu. *Slík stjórnarskrárbreyting hefur hins vegar, enn sem komið er, ekki verið gerð á Íslandi sem sker sig þannig úr hópi vestrænna ríkja að þessu leyti.*

Það leiðir af fullveldishugtakinu að framsal tiltekinna valdheimilda haggar því ekki að viðkomandi ríki er áfram fullvalda.<sup>24</sup> Því er því óheppilegt að ræða um „framsal fullveldis“ sem þó er tíðkanlegt hér á landi og getur skapað þá röngu hugmynd að fullveldi ríkisins sé með einhverjum hætti minna eða takmarkaðra eftir framsal. Raunar má snúa blaðinu við og halda því fram að það leiði beinlínis af fullveldi ríkis að það geti tekið þátt í alþjóðasamstarfi (með öðrum fullvalda ríkjum) með því að fela alþjóðastofnunum afmarkaðar heimildir á yfirráðasvæði sínu. Af sömu ástæðum er framsal valdheimilda í eðli sínu einnig ætíð afturkræft, jafnvel þótt milliríkjasamningur geri ekki ráð fyrir uppsögn. Hvað sem líður þjóðréttarlegum skuldbindingum sem fullvalda ríki tekst á hendur á það með öðrum orðum ætíð síðasta orðið um hvaða lög gilda á yfirráðasvæði þess, hvernig þeim er framfylgt, o.s.frv. Hitt er svo annað mál að með því að nýta sér fullveldisrétt sinn til hins ýtrasta getur ríkið talist brotlegt við þjóðréttarreglur og kallað yfir sig þjóðréttarleg viðbrögð og viðurlög. Af þessum sökum er það talið viðrhlutaminna gagnvart fullveldinu þegar framsal valdheimilda fer fram á grundvelli uppsegjanlegs þjóðréttarsamnings, svo sem á við um EES-samninginn, sbr. 127. gr. hans.

Samkvæmt 21. gr. stjórnarskrárinnar gerir forseti lýðveldisins samninga við önnur ríki, en af 11., 13. og 14. gr. stjórnarskrárinnar leiðir að slíkir samningar verða ekki gerðir nema með atbeina ráðherra. Samkvæmt 21. gr. stjórnarskrárinnar getur ríkisstjórnin/ráðherra, með atbeina forseta, hins vegar enga samninga gert, ef þeir hafa í sér fólgið afsal eða kvaðir á landi eða landhelgi eða ef þeir horfa til breytinga á stjórnarhögum ríkisins, nema samþykki Alþingis komi til.<sup>25</sup> Ef svo stendur á að samþykki Alþingis er nauðsynlegt er því tíðkanlegt að samningur sé undirritaður fyrir hönd Íslands með fyrirvara um samþykki (fullgildingu) Alþingis, almennt nefnt „stjórnskipulegur fyrirvari“ í tengslum við framkvæmd EES-samningsins, sbr. 103. gr. samningsins.

Hvorki í 21. gr. stjórnarskrárinnar né öðrum ákvæðum hennar er gert ráð fyrir því að með milliríkjasamningi sé erlendum aðila eða alþjóðlegri stofnun fengnar heimildir sem taldar yrðu til meðferðar ríkisvalds samkvæmt íslenskum stjórnlögum. Ákvæði 2. gr. stjórnarskrárinnar mæla fyrir um að löggjafarvaldið sé sameiginlega hjá Alþingi og forseta, framkvæmdarvaldið sé hjá forseta og öðrum stjórnvöldum og dómsvaldið sé hjá dómendum.

<sup>23</sup> Að því er varðar síðari flokkinn eru höfð í huga ríki eins og Bandaríki Norður Ameríku og Stóra-Bretland.

<sup>24</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur, undirstöður og handhafar ríkisvalds*, Reykjavík 2015, bls. 140.

<sup>25</sup> Hér má einkum vísa til greinar Bjargar Thorarensen, „Stjórnarskráin og meðferð utanríkismála“, *60 ára Afmælisrit Úlfjólts*, Reykjavík 2007, bls. 2.

Við þetta bætast önnur ákvæði stjórnarskrárinnar sem skýra nokkuð nánar inntak ríkisvaldsins, þ.á m. 60. gr. stjórnarskrárinnar sem fjallar um úrskurðarvald dómenda og setur takmörk við því í hvaða mæli réttur manna til að bera stjórnvaldsathafnir undir íslenska dómstóla verður skertur. Fer ekki á milli mála að í öllum tilvikum er vísað til innlendra stjórnvalda, þ.e. stofnana íslenska ríkisins.<sup>26</sup>

Ef einungis er litið til texta stjórnarskrárinnar mætti e.t.v. draga þá ályktun að hvers kyns framsal ríkisvalds væri óheimilt. Allt frá upphafi fullvalda íslensks ríkis hafa þó verið viðurkennd ýmis frávik frá þeirri meginreglu að hvers kyns heimildir ríkisvald væru hjá formlegum handhöfum ríkisvalds.<sup>27</sup> Þannig var gert ráð fyrir því í „sambandslögunum“ frá 1918 að Danir færu með utanríkismál í umboði Íslendinga og eins að æðsti dómstóll þjóðarinnar yrði Hæstiréttur Danmerkur þar til Íslendingar hefðu ákveðið að taka dómvaldið alfarið í sínar hendur. Í varnarsamningi við Bandaríkin, sem samþykktur var sem lög nr. 110/1951, voru einnig ákvæði um forgang Bandaríkjanna til lögsögu yfir mönnum í eigin liði og brotum gegn þeim, svo og undaþágur frá tollalögum og ýmsum öðrum lögum. Mátti þannig segja að í landinu hafi gilt, og gildi strangt til tekið enn, tvenn lög, íslensk og bandarísk.

Á lýðveldistímanum fengu álitamál um framsal ríkisvalds til alþjóðastofnana lengst af takmarkaða athygli í íslenskri lögfræði. Er það e.t.v. skiljanlegt í ljósi þess að það alþjóðlega samstarf sem Ísland var aðili að krafðist ekki framsals valdheimilda og olli því ekki sérstökum vandkvæðum. Þá er ekki að finna dóma Hæstaréttar þar sem beinlínis hefur reynt á stjórnskipuleg mörk vegna framsals ríkisvalds.<sup>28</sup> Í ljósi þess að Íslendingar hafa nú verið þátttakendur í samstarfi á grundvelli EES-samningsins í rúman aldarfjórðung má draga þá ályktun að lítt hafi kveðið að beitingu beinna heimilda alþjóðlegra stofnana á grundvelli samningsins. Hin margvíslegu og viðamiklu áhrif EES-samningsins á íslensk samfélag hafa því fyrst og fremst grundvallast á þjóðréttarlegum skuldbindingum sem Íslendingar sjálfir hafa innleitt og framfylgt í krafti eigin stofnana.

Óhætt er að fullyrða að við fyrirhugaða aðild Íslands að EES-samningnum árið 1992 hafi í fyrsta sinn, fyrir alvöru, reynt á mörk íslenskra stjórnлага gagnvart framsali valdheimilda í þágu alþjóðasamvinnu. Frá svonefndu álitu fjórmeninganefndarinnar árið 1992, sem ekki verður rakið nánar hér, hefur hins vegar ítrekað verið fjallað um álitaeefni tengd framsali ríkisvalds í íslenskri lögfræði, ekki síst í tengslum við EES-samninginn, bæði á álitagerðum og fræðilegri umfjöllun. Má um þessa umfjöllun að meginstefnu vísa til umfjöllunar í álitagerð minni frá mars 2016.

Í fyrrnefndri álitagerð minni frá mars 2016 er gerð grein fyrir því í hverju framsal valdheimilda er fólgið, svo og sjónarmið fræðimanna og fyrri álitagerðir um framsal valdheimilda á grundvelli EES-samningsins. Ég tel óþarfa að endurtaka þá umfjöllun í heild

<sup>26</sup> Sbr. t.d. Björgu Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur, undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 143.

<sup>27</sup> Sama heimild, bls. 143-144. Hér má einnig vísa til Ólafs Jóhannessonar, „Stjórnarskráin og þátttaka Íslands í alþjóðastofnunum“, *Tímarit Lögfræðinga* 1962 (1), bls. 1-27. Í greininni telur Ólafur að valdaafsal til alþjóðlegrar „yfirríkjastofnunar“ myndi krefjast sérstakrar stjórnлагаheimildar. Hins vegar verður sú ályktun dregin af umfjöllun hans að framsal heimilda geti staðist, án sérstakrar stjórnлагаheimildar, við aðrar aðstæður, einkum þær að um sé að afmarkað framsal til stofnunar sem Ísland taki þátt í á jafnræðisgrundvelli við önnur ríki.

<sup>28</sup> Íslenskir dómstólar hafa margsinnis viðurkennt dóma erlendra dómstóla, bæði á grundvelli ólögfestra reglna og milliríkjasamninga sem lögfestir hafa verið hér á landi (Lúganósamningurinn, sbr. lög nr. 7/2011 og áður lög nr. 68/1995). Einnig kunna lög að mæla fyrir um viðurkenningu ákvarðana erlendra stjórnvalda (t.d. um gjaldþrot manna á Norðurlöndum – sjá lög nr. 21/1934 um heimild fyrir ríkisstjórnina til þess að láta öðlast gildi ákvæðin í samningi milli Íslands, Danmerkur, Finnlands, Noregs og Svíþjóðar, um gjaldþrotaskipti) eða slíkt leiðir ólögfestum reglum (t.d. um viðurkenningu erlendra stjórnvaldsákvarðana um sífjaréttarlega stöðu). Í þessari dómaframsal hefur þó aldrei verið tekið til skoðunar hvort um sé að ræða framsal valds í andstöðu við ákvæði stjórnarskrár.

sinni en tel þó rétt að rifja upp þau atriði sem íslenskir fræðimenn hafa talið rétt að leggja til grundvallar við mat á því hvort framsal þeirra heimilda, sem innlend stjórnvöld fara með samkvæmt stjórnslögum, til alþjóðlegra eða erlendra aðila sé heimilt.

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

Einnig er á það minnt að litið hefur verið svo á að skapast hafi „venjuhelguð regla um skýringu á stjórnarskrá þar sem reynir á samspil margra þátta“ og „Alþingi hafi á grundvelli pólitísks hlutverks síns ákveðið svigrúm til að túlka ákvæði stjórnarskrárinnar þannig að ekki þrenji um of að möguleikum Íslands sem fullvalda þjóðréttaraðila í samstarfi og samningum við aðrar þjóðir.“<sup>29</sup> Í þessu sambandi er almennt litið svo á að framsal löggjafar- og dómvalds teljist almennt viðurhlutameira en framsal framkvæmdarvalds, svo sem áður er vikið að. Þá eru einnig gerðar strangari kröfur til þess þegar alþjóðastofnunum eru veittar heimildir til að taka ákvarðanir beint gagnvart einkaaðilum samanborið við það þegar ákvarðanir beinast að stjórnvöldum ríkis. Að lokum hefur verið talið að skilyrðið um gagnkvæmni og jafnræði leiði almennt til þess að gera verði kröfu um þátttökurétt íslenska ríkisins í þeirri alþjóðastofnun sem falin er heimild til töku ákvörðunar þannig að ríkið sé ekki í lakari stöðu en önnur ríki sem koma að hlutaðeigandi milliríkjasamstarfi.

Hér verður ekki dregin fjöður yfir það að framangreind atriði eru í mörgum tilvikum matskennd og við nánara mat fræðimanna á þeim kemur í ljós ýmis konar ágreiningur sem í sumum tilvikum tengist ólíkum skilningi á fullveldishugtakinu sjálfu. Í nýlegri grein minni „Fullveldishugtakið í íslenskum rétti frá 1918 til samtímans“, sem birtist í ritinu *Frjálst og fullvalda ríki, Ísland 1918-2018*, er áherslumunur lagaprófessoranna Bjargar Thorarensen og Davíðs Þórs Björgvinssonar tekinn saman með eftirfarandi hætti:

Draga má umræddan fræðilega ágreining saman á þá leið að annars vegar sé lagt til grundvallar að stjórnarskráin heimili að meginreglu ekki framsal valdheimilda og verði að túlka svigrúm löggjafans í þessu efni með varúð með hliðsjón af því að í 2. gr. stjórnarskrárinnar um handhöfn valdsins „birtist kjarni fullveldis íslenska ríkisins“. Hins vegar er þá litið svo á að skapast hafi ný stjórnskipunarvenja um framsal valds sem taki mið af breyttri stöðu ríkisins í heimi stóráukinnar alþjóðlegrar samvinnu. Er þá nærtækt að líta svo á að síðargreinda viðhorfið grundvallist á því að e.t.v. beri einnig að endurskoða sjálft fullveldishugtakið með hliðsjón af umræddri þróun þannig að nánari þjóðréttarsamvinna, með auknum valdheimildum alþjóðlegra stofnana, teljist nú samrýmanleg fullveldinu þótt svo hafi ekki verið talið í öndverðu.

Að síðustu þykir rétt að vekja athygli á því að skilyrðið um að framsal sé vel skilgreint og á afmörkuðu sviði hefur komið til sérstakrar umræðu á allra síðustu árum, einkum vegna skrifna Bjargar Thorarensen prófessors. Þykir rétt að fjalla um þessa gagnrýni sérstaklega í næsta kafla.

<sup>29</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur, undirstöður og handhafar ríkisvalds*, áður tilv., bls. 146.

## Nánar um skilyrðið að framsal sé vel skilgreint og fari fram á afmörkuðu sviði

Hafa ber í huga að áðurgreind viðmið, um mat á stjórnskipulegri heimild til framsals valds til alþjóðastofnana, lúta mörg hver að því að með framsali sé raskað fyrirkomulagi valds eins og því er fyrirkommið með stjórnarskránni, einkum með þeim afleiðingum að ábyrgð á meðferð valdsins er ekki lengur gagnvart lýðræðislega kjörnu Alþingi. Þá kann réttarvernd borgaranna að vera rýrð með slíku framsali þannig að ósamrýmanlegt sé stjórnskipulegri vernd grundvallarréttinda. Það viðmið sem tengist fullveldinu sjálfu einna nánast er hins vegar krafan um að framsal sé á *afmörkuðu sviði og vel skilgreint*.

Með skilyrðinu um að framsal fari fram á afmörkuðu sviði og sé vel skilgreint er í reynd gerð krafa um að alþjóðlegri stofnun sé ekki framselt vald með svo víðtækum og óljósum hætti að hinn erlendi aðili geti í reynd sjálfur skilgreint heimildir sínar og farið með þær að eigin geðþótta (sbr. þýska hugtakið „kompetenz-kompetenz“).<sup>30</sup> Ýmsir æðstu dómstóla aðildarríkja Evrópusambandsins, þar á meðal Stjórnlagadómstóll Þýskalands og Hæstiréttur Danmerkur, hafa í samræmi við þetta lagt áherslu á að ákvörðunarvaldið um hvort stofnanir Evrópusambandsins starfi innan valdheimilda sinna sé að endingu í höndum innlands dómvalds. Í þessu felst að frá sjónarhóli landsréttar er bein réttarverkan og forgangsaðhrif hvers kyns sáttmála eða gerða Evrópusambandsins háð samþykki stofnana ríkisins, þar á meðal dómstóla sem starfa á grundvelli innlendra laga.<sup>31</sup> Enginn dómstóll aðildarríkis hefur hins vegar komist að þeirri niðurstöðu að valdframsal til sambandsins væri orðið svo víðtækt og óákveðið að það stæðist ekki lengur stjórnlæg hlutaðeigandi ríkis, þ.á m. skilyrði um að framsal færi fram á afmörkuðu sviði. Vart þarf að taka fram aðildarríki Evrópusambandsins njóta ótvíðræðrar viðurkenningar á alþjóðavettvangi sem fullvalda ríki og nýlega hefur eitt slíkt ríki, Bretland, ákveðið að segja sig úr sambandinu í krafti fullveldis síns. Er sömuleiðis óumdeilt að 29. mars 2019, þegar útgöngulög Breta taka gildi, munu, að öðru óbreyttu, allar reglur og ákvörðunarvald Evrópusambandsins innan breskrar lögsögu falla niður nema bresk stjórnvöld taki aðra ákvörðun. Með öðrum orðum er hvers kyns gildi sambandsréttar og ákvarðana stofnana sambandsins innan breskra lögsögu háð breskri lagasetningu (þ.e. the European Community Act frá 1972).

Í nýlegri grein hefur Björg Thorarensen lagaprófessor sett fram það sjónarmið að þótt hver og ein breyting á EES-samningnum gæti mögulega staðist út frá upphaflegum stjórnskipulegum forsendum fyrir samþykkt samningsins verði að skoða heildarmyndina og hvernig valdheimildir hafi færst í hendur evrópskra stofnana í vaxandi mæli. Telur hún „augljóst“ að þetta framsal valds, þegar það sé virt heildstætt, fari ekki lengur fram á afmörkuðu

<sup>30</sup> Sjá nánar um danskan rétt Henrik Zahle, *Grundloven*, bls. 206 o.áfr.

<sup>31</sup> Sjá dóm Hæstaréttar Danmerkur 6. apríl 1998 (Ufr. 1998:800), dóm Stjórnlagadómstóls Þýskalands í máli Brünner árið 1994, en bæði mál snerust um lögmæti Maastricht-sáttmálans frá 1993 samkvæmt stjórnlögunum. Stjórnlagadómstóllinn fjallaði á svipuðum nótum um Lissabon-sáttmálann í dómi árið 2009.

sviði og þannig séu stjórnskipulegar forsendur fyrir samþykkt EES-samningsins árið 1992 brostnar.<sup>32</sup> Hér er því um að ræða alvarlega athugasemd við framkvæmd og þróun EES-samningsins, sem einnig hefur þýðingu fyrir stjórnskipulegt lögmæti þeirra framsalsheimilda þriðja orkupakkans sem áður hefur verið fjallað um, og nauðsynlegt er að fjalla um nánar.

Hér er þess í fyrsta lagi að gæta að EES-samningurinn felur í sér mun minna framsal valdheimilda en stofnsáttmálar Evrópusambandsins sem meðal annars fela í sér viðurhlutamikið framsal lagasetningarvalds. Umrædd skoðun Bjargar Thorarensen gefur því til kynna að hún leggi aðra og þá mun strangari túlkun til grundvallar en leiðir af settum ákvæðum í stjórnarskrám evrópskra ríkja um framsal valds, sbr. t.d. 20. gr. dönsku stjórnarskrárinnar og 115. gr. norsku stjórnarskrárinnar. Efnisrök Bjargar Thorarensen fyrir þeirri skoðun eru að mínu mati óljós og í öllu falli fá þau ekki stoð í norskum eða dönskum rétti. Þessu má e.t.v. svara með vísan til þess að ólíkt dönskum og norskum rétti skorti sérstakt ákvæði um framsal valds í íslensku stjórnarskrána. Að mínu mati getur sá munur þó ekki skýrt á hvaða grundvelli Björg telur uppsafnaðar heimildir stofnana Evrópska efnahagssvæðisins nú brjóta gegn téðu skilyrði, a.m.k. ef á annað borð er viðurkennt að eitthvert framsal valds til alþjóðlegra stofnana sé heimilt að íslenskum rétti.

Svo sem áður greinir verður að skilja á milli spurningarinnar um hvort framsal valdheimilda sé heimilt í ákveðnu tilviki að stjórnlögum og hins hvort ríkið telst áfram fullvalda þrátt fyrir framsalið. Í þessu felst að framsal valdheimilda getur verið óheimilt samkvæmt stjórnlögum ríkis þótt það myndi fráleitt hafa þau áhrif að fullveldi ríkisins myndi líða undir lok ef framsalið færi fram. Þannig tel ég ótvírætt að íslenska ríkið gæti ekki gerst aðili að Evrópusambandinu, að óbreyttum stjórnlögum, þótt færa megi haldbær rök að því að slík aðild myndi ekki hagga fullveldi ríkisins, frekar en annarra aðildarríkja sambandsins. Ef framsal er ekki vel skilgreint og á afmörkuðu sviði jafngildir það hins vegar því að ríki hafi misst fullveldi sitt gagnvart hinum alþjóðlega eða erlenda aðila eða a.m.k. að um þetta leiki réttlætanlegur vafi. Ef fallist er á fyrrgreinda röksemdafærslu Bjargar Thorarensen felst þar af leiðandi í því fullyrðing um að málum sé svo komið að vafasamt sé að íslensk stjórnvöld fari með „æðstu völd í landinu, [séu] fullgildir húsbændur á sínu heimili“, svo notuð séu orð Ólafs Jóhannessonar.<sup>33</sup> Með öðrum orðum virðist þá lítið svo á að þær uppsöfnuðu heimildir sem fólgnar hafa verið stofnunum Evrópska efnahagssvæðisins séu orðnar svo víðtækar og óafmarkaðar að þessar stofnanir geti í reynd farið sínu fram hér á landi án tillits til afstöðu og aðgerða íslenskra stjórnvalda. Hér ber þá einnig að hafa í huga að ef íslenska ríkið hefur tapað fullveldi sínu gagnvart hinum yfirþjóðlegu aðilum væri þeim það í sjálfsvald sett hvort þeir tækju til greina uppsögn ríkisins á EES-samningnum eða héldu sínu striki við að stjórna málefnum landsins.

Að mínu mati er slík niðurstaða um stöðu íslenska ríkisins gagnvart EES-samningnum fjarstæðukennd. Í fyrsta lagi má nefna að hér landi ber almennt ekki mikið á aðgerðum stofnana Evrópska efnahagssvæðisins og gildir þá einu þótt þeim hafi verið færðar ýmsar nýjar valdheimildir á 25 ára gildistíma samningsins. Til marks um þetta er sú staðreynd að ekkert íslenskt dómsmál liggur fyrir þar sem reynt hefur á beinar valdheimildir alþjóðlegrar stofnunar og stjórnskipulegt gildi þess framsals sem þær eru reistar á. Í annan stað tel ég fullvíst að ef skærast alvarlega í brýnu milli íslenskra stjórnvalda og umræddra stofnana EES liggi hollusta íslensks samfélags ótvírætt við íslensk stjórnvöld en ekki hinar alþjóðlegu stofnanir. Hér mætti í dæmaskyni rekja ýmis mál þar sem íslenska ríkið hefur verið talið brotlegt við EES-reglur, nú síðast vegna reglna sem takmarka innflutning á hráum kjötafurðum. Í þessum tilvikum hefur aldrei farið á milli mála að íslenskir aðilar fara að íslenskum lögum án tillits til þess hvort þau eru samrýmanleg EES-reglum eða ekki og eins er þeim framfylgt af íslenskum undirstofnunum sem fara að íslenskum lögum, án tillits til þess hvort þau kunna að brjóta gegn EES-reglum eða

<sup>32</sup> Björg Thorarensen, „Stjórnarskrárákvæði um framsal ríkisvalds“, áður tilv., bls. 113 o.áfr., sjá einkum bls. 140.

<sup>33</sup> Ólafur Jóhannesson, „Stjórnarskráin og þátttaka Íslands í alþjóðastofnunum“, áður tilv., bls. 13–14.



ekki. Í þriðja lagi má minna á að íslenska ríkið getur, hvenær sem er, í krafti fullveldis síns sagt EES-samningnum upp, sbr. 127. gr. samningsins. Mér er ekki kunnugt um efasemdir á þá leið að slík uppsögn yrði ekki talin gild og að yfirþjóðlegar stofnanir myndu án tillits til slíkrar uppsagnar halda áfram að hlutast til um málefni innan íslenskrar lögsögu. Að lokum má minna á það víðtæka framsal til danska ríkisins á sviði utanríkismála og dómsmála sem sambandslagasáttmálinn árið 1918 fól í sér og talin var samræmast fullveldi ríkisins samkvæmt stjórnarskrá konungsríkisins Íslands frá 1920. Hér er að mínu mati um að ræða framsal á mun afmarkaðri sviðum og einnig heimildir sem eru mun betur skilgreindar að lögum.

Samkvæmt framangreindu er fyrrgreindri röksemdafærslu Bjargar Thorarensen hafnað, a.m.k. miðað við stöðu EES-samstarfsins eins og það stendur nú. Því samstarfi má í meginatriðum lýsa þannig að beinar heimildir stofnana Evrópska efnahagsvæðisins til athafna á íslensku yfirráðasvæði heyri til undantekninga, séu á afmörkuðum sviðum og jafnframt þess eðlis að þeim verði ekki beitt án einhvers konar atbeina stofnana íslenska ríkisins sem starfa samkvæmt íslenskum lögum og stjórnlögum. Ef talið er að EES-samningurinn þjóni ekki lengur hagsmunum ríkisins er unnt að segja samningnum upp í krafti íslensks fullveldis, sem stendur óhaggað, með þeim afleiðingum að heimildir umræddra stofnana innan íslenskrar lögsögu falla niður.

## Mat á fyrirhuguðum heimildum Eftirlitsstofnunar EFTA á sviði orkumála hliðsjón af íslenskum stjórnلögum

Svo sem áður greinir er það niðurstaða mín að aðlögun 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 að EES-samningnum, sbr. ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017 frá 5. maí 2017, feli í sér að Eftirlitsstofnun EFTA sé framselt framkvæmdarvald í skilningi 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Þá verður einnig að líta svo á að EFTA-dómstólnum sé að vissu marki framselt dómvald í skilningi 2. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. einnig 60. gr. hennar. Hins vegar fela áðurlýstar heimildir ekki í sér að framselt sé lagasetningarvald, enda verður að taka þær reglur, sem heimilt er að setja samkvæmt gerðum þriðja orkupakkans, upp í EES-samninginn með sjálfstæðum hætti, sbr. 102. gr. samningsins. Þá er ekki um það að ræða að stofnunum Evrópusambandsins séu veittar formlegar heimildir til ákvarðana innan íslenskrar lögsögu.<sup>34</sup> Verður nú fjallað um heimildirnar með hliðsjón af þeim viðmiðum sem áður hefur verið gerð grein fyrir og áður hefur verið litið til við mat á því hvort framsal valdheimilda í þágu EES-samningsins sé heimilt að íslenskum stjórnلögum.

### *Markmið þeirra reglna sem hér um ræðir*

Áður hefur verið vikið að lagagrundvelli þeirra reglna sem hér um ræðir og tengslum þeirra við innri markað Evrópusambandsins sem EES-samningurinn hefur að meginmarkmiði að rýmka til EFTA-ríkjanna. Þykir mega slá því föstu að markmið umræddra reglna samrýmist, eða falli saman við, almenn markmið EES-samstarfsins. Við þær aðstæður að íslenskur raforkumarkaður yrði tengdur mörkuðum annarra ríkja Evrópska efnahagssvæðisins myndu reglurnar þannig þjóna þeim tilgangi að stuðla að frjálsum flutningi raforku til og frá landinu í þágu innri markaðarins. Um almenn markmið EES-samstarfsins hefur ítrekað verið fjallað í fyrri álitgerðum, ekki síst álitgerð nefndar utanríkisráðherra frá 1992, og getur vart farið á milli mála að til grundvallar aðild ríkisins að samningnum liggur það mat löggjafans að um sé að ræða alþjóðlega samvinnu sem samrýmist hagsmunum íslenska ríkisins. Þá má minna á að allar helstu stofnanir ríkisins, þ.á m. dómstólar, hafa athugasemdalaust tekið þá í framkvæmd samningsins í rösklega aldarfjórðung.

### *Jafnræði og gagnkvæmni í milliríkjalegum samskiptum*

Áður hefur verið gerð grein fyrir inntaki þeirrar tveggja stoða lausnar sem umrædd aðlögun gerða þriðja orkupakkans gerir ráð fyrir og bent á með hvaða hætti hún felur í sér frávík frá því sem kalla má hefðbundið tveggja stoða fyrirkomulag á sviði EES-samningsins, t.d. í samkeppnismálum. Andstætt því sem átti við aðlögun gerða um eftirlit á fjármálamarkaði, sem álitgerð mín frá mars 2016, fjallaði um felur aðlögunin ekki í sér nein frávík frá umræddri

<sup>34</sup> Sbr. þó 4. mgr. 6. gr. raforkutilskipunarinnar.

tveggja stoða lausn. Stofnanir Evrópusambandsins hafa því engar beinar heimildir á íslensku yfirráðasvæði.<sup>35</sup>

Að því er varðar heimildir Eftirlitsstofnunar EFTA og EFTA-dómstólsins er til þess að líta að íslenska ríkið er fullgildur aðili að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið og stendur að Eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstólnum með aðild að sérstökum milliríkjasamningi. Með því að Eftirlitsstofnun EFTA færi með allar formlegar valdheimildir gagnvart íslenska ríkinu er ljóst að um væri að ræða framsal valds til stofnunar sem íslenska ríkið er fullgildur aðili að og rekur ásamt öðrum EFTA-ríkjum á jafnræðisgrundvelli. Að þessu leyti samræmist það valdframsal sem hér er gert ráð fyrir sjónarmiðum um jafnræði og gagnkvæmni í samskiptum ríkja með sama hætti og EES-samningurinn var í heild sinni talinn gera á sínum tíma.

Að því er varðar stöðu EFTA-stoðarinnar í EES-samstarfinu eru óhjákvæmilegt að minna á að ætlunin með EES-samningnum var aldrei sú að fullt jafnræði yrði með stoðunum tveimur að því er varðaði efni þeirra gerða sem teknar væru upp í samninginn eða inntak ákvarðana sem teknar væru á ákveðnum sviðum, t.d. á sviði samkeppnismála. Þvert á móti gerði samningurinn afdráttarlaust ráð fyrir því, í þágu meginmarkmiðs hans um einsleitni, að gerðir sambandsins væru að meginstefnu teknar óbreyttar upp í samninginn. Þetta markmið náði einnig til stofnana EFTA (Eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstóllinn) sem ber að horfa til úrlausna stofnana Evrópusambandsins í störfum sínum í þágu einsleitni og hafa í framkvæmd fylgt því markmiði.<sup>36</sup> Þetta breytir því hins vegar ekki að samkvæmt hinni „hefðbundnu tveggja stoða lausn“ er endanlegt ákvörðunarvald í höndum EFTA-stoðarinnar og skapar þetta EFTA-stofnununum ákveðið svigrúm og þar með sjálfstæði. Er þá bæði litið til frumkvæðisréttar, málsmeðferðar og efnislegrar úrlausnar.

Eins og áður greinir er gert ráð fyrir því að Eftirlitsstofnun EFTA taki ákvörðun á grundvelli tillögu eða „uppkasts“ sem útbúið yrði af Samstarfsstofnuninni og ber Eftirlitsstofnun EFTA í framhaldinu að taka ákvörðun án óhóflegrar tafa. Þótt Eftirlitsstofnun EFTA sé ekki skylt að fylgja tillögunni myndi markmiðið um einsleitni vafalaust almennt mæla með því að tillögunni væri fylgt. Með þessu er sambandsstoðinni bæði fenginn frumkvæðisréttur og möguleikar til að hafa veruleg áhrif á efni ákvörðunar Eftirlitsstofnunar EFTA. Þetta fyrirkomulag verður hins vegar að skoða í ljósi þeirra hagsmuna sem felast í því að einsleitni sé náð á milli aðgerða Eftirlitsstofnunar EFTA og Samstarfsstofnunarinnar og áður ræðir. Að mínu mati eru þeir hagsmunir síst minna knýjandi varðandi þær ákvarðanir um raforkuflutnings milli ríkja, sem áður er vikið að, en átti við um það eftirlit með fjármálastofnunum sem fjallað var í fyrrnefndri álitgerð frá mars 2016. Með sama hætti og þar greinir stendur sú spurning hins vegar eftir hvort þau auknu áhrif sem ESB-stoðinni eru fengin jafngildi að um of sé gengið gegn jafnræði og gagnkvæmni í samskiptum ríkja.

Með hliðsjón af meginmarkmiði EES-samningsins um einsleitni er í sjálfu sér ekki ómálefnalegt að lögð sé sérstök áhersla á einsleitni í tengslum við tilteknar ákvarðanir. Má í þessu sambandi rifja upp að við upptöku nýrra gerða í EES-samninginn er í reynd beitt sambærilegri aðferðafræði, þ.e. Evrópusambandið vísar gerð til sameiginlegu EES-nefndarinnar í því skyni að hún verði tekin upp í samninginn. Er jafnframt ljóst að gert er ráð

<sup>35</sup> Sbr. þó 4. mgr. 6. gr. raforkutilskipunarinnar.

<sup>36</sup> Þannig liggur ekki fyrir eitt einasta formlegt ágreiningsmál milli EFTA-ríkjanna og Evrópusambandsins vegna athafna Eftirlitsstofnana EFTA og EFTA-dómstólsins sem leysa hefur þurft samkvæmt 111. gr. EES-samningsins. Á hinn bóginn mætti hafa langt mál um hvort og að hvaða marki EFTA-stofnarnirnar, einkum EFTA-dómstóllinn, hafa nýtt sér svigrúm sitt til sjálfstæðrar stefnumótunar, jafnvel þannig að áhrif hefur haft á framkvæmd eða efnisrétt sambandsins.

fyrir því að ESB-gerð sé tekin efnislega óbreytt upp í EES-samninginn þannig að réttaröryggi og einsleitni sé tryggð, sbr. upphafsorð 102. gr. EES-samningsins. Við þessa málsmeðferð hafa EFTA-ríkin vissulega neitunarvald þótt beiting þess sé yfirleitt pólitískt ósennileg vegna hagsmuna hvers og eins ríkis af áframhaldandi framkvæmd EES-samningsins. Möguleikar EFTA-ríkjanna felast því að verulegu leyti í því að hafa áhrif á gerðirnar áður en þær eru samþykktar hjá stofnunum sambandsins, sbr. 99. til 101. gr. EES-samningsins.

Hér verður einnig að líta til þess að bæði fulltrúar Eftirlitsstofnunar EFTA og eftirlitsstjórnvalda EFTA-ríkjanna munu njóta áheyrnaraðildar við málsmeðferð og ákvarðanatöku Samstarfsstofnunarinnar um „drög“ til Eftirlitsstofnunar EFTA. Þótt fulltrúar EFTA-stoðarinnar njóti ekki atkvæðisréttar er á það að líta að Eftirlitsstofnun EFTA hefur, sem fyrr segir, neitunarvald gagnvart hvers kyns tillögum sem stafa frá ESB-stoðinni. Ef upp kemur ágreiningur milli stofnananna ber að vísa honum til sameiginlegu EES-nefndarinnar samkvæmt 111. gr. EES-samningsins og verður þeirri málsmeðferð í öllum meginatriðum jafnað til milliríkjalegs farvegs (þ.e. hvert EFTA-ríki hefur í reynd neitunarvald). Er þetta því til þess fallið að styrkja EFTA-stoðina í þeirri málsmeðferð Samstarfsstofnunarinnar sem leiðir til ákvörðunar Eftirlitsstofnunar EFTA. Þau áhrif sem fulltrúar EFTA-stoðarinnar geta haft á tillögugerð Samstarfsstofnunarinnar vega einnig upp á móti þeirri staðreynd að Eftirlitsstofnun EFTA er ekki ætlað að grípa til athafna nema að fenginni tillögu frá Samstarfsstofnuninni (þótt eftirlitsstofnunin geti óskað eftir slíkri tillögu). Að lokum má rifja upp að fordæmi eru fyrir sambærilegu fyrirkomulagi önnur en fyrrgreint fjármálaeftirlit. Má hér t.d. vísa til umfjöllunar um Flugöryggisstofnun Evrópu í álitgerð Stefáns Más Stefánssonar frá 2011. Eðlislíkt fyrirkomulag gildir einnig um staðfestingu lyfja, þar sem gert er ráð fyrir því að EFTA-ríkin taki sambærilega ákvörðun um staðfestingu lyfs og tekin hefur verið hjá sambandinu innan 30 daga.<sup>37</sup>

Að þessu athuguðu verður ekki litið aðkomu EFTA-stoðarinnar sem hreint formsatriði eða til málamynda. Öllu heldur verður að telja að EFTA-stoðin (fulltrúar EFTA-ríkjanna og Eftirlitsstofnunar EFTA) hafi frá lagalegu sjónarmiði raunhæfa möguleika á áhrifum á tillögu Samstarfsstofnunarinnar og endingu hefur Eftirlitsstofnun EFTA neitunarvald. Að öllu þessu virtu verður því að telja umrædda aðlögun samræmast jafnræði og gagnkvæmni í samskiptum þjóða með ekki lakari hætti en EES-samningurinn gerir í heild sinni.

### *Umfang og eðli framsals*

Sú meginregla gildir um áðurlýstar heimildir að einungis kemur til ákvörðunar Eftirlitsstofnunar EFTA gagnvart íslensku eftirlitstjórnvaldi við þær aðstæður að uppi sé ágreiningur milli stjórnvaldsins og eftirlitsstjórnvalds annars ríkis. Eins og áður greinir er það álitamál hvort yfir höfuð beri að líta á heimildir Eftirlitsstofnunar EFTA gagnvart íslensku eftirlitsstjórnvaldi sem framsal framkvæmdavalds í stjórnskipulegum skilningi. Er áður vikið að sjónarmiðum norskra lögfræðinga um að þvert á móti beri að líta svo á við þessar aðstæður að ákvörðunum eftirlitsstofnunarinnar sé einungis beint að eftirlitsstjórnvaldinu sem fulltrúa ríkisins sem þjóðréttaraðila. Niðurstaða mín er hins vegar sú að eðlilegra sé að leggja til grundvallar að hér sé um að ræða framsal valds í stjórnskipulegum skilningi. Er þá bæði litið til stöðu eftirlitsstjórnvaldsins gagnvart hinni alþjóðlegu stofnun og einnig þess að í vafatilvikum ber fremur að skýra heimildir stjórnлага um framsal valdheimilda þrengjandi. Hvað sem líður þessari niðurstöðu er þó ljóst að framsal valds, sem felst einungis í heimildum til að taka ákvarðanir sem binda íslensk stjórnvöld, eru síður íþyngjandi en framsal valds til að

<sup>37</sup> Sjá 2. viðauka EES-samningsins, XIII. kafla.

taka ákvarðanir beint gegn íslenskum þegnum eða öðrum aðilum innan íslenskrar lögsögu. Á slíkt fyrirkomulag sér og ýmis fordæmi úr EES-samstarfinu, t.d. á sviði opinberra innkaupa og ríkisstyrkja. Það yrði því ætíð íslensks stjórnvalds að framfylgja ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA og vanræksla eða brot stjórnvaldsins gæti aðeins leitt til málshöfðunar stofnunarinnar fyrir EFTA-dómstólnum og dóms um sammingsbrot íslenska ríkisins. Einkaaðilar ættu þess hins vegar kost að skjóta ákvörðunum íslensks eftirlitsstjórnvalds, sem byggðust á ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA, til íslenskra dómstóla þar sem þeir gætu meðal annars byggt á stjórnarskrárvernduðum réttindum sínum.

Ekki er gert ráð fyrir því að Eftirlitsstofnun EFTA hafi heimild til að ákveða sektir (ef frá er talin heimild til sekta vegna vísvitandi rangra upplýsinga). Að þessu leyti fela gerðir þriðja orkupakkans í sér viðurhlutaminni heimildir samanborið við heimildir Eftirlitsstofnunar EFTA og Framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins á sviði samkeppnismála. Á móti þessu kemur að þeir hagsmunir sem mögulegar ákvarðanir gætu lotið að, þ.e. flutningur raforku til og frá landinu, eru viðkvæmir með tilliti til fullveldis ríkisins. Er áður rakið að hér er lagt til grundvallar að heimildir Eftirlitsstofnunar EFTA/Samstarfsstofnunarinnar gagnvart flutningi raforku um samtengil milli ríkja séu víðtækar og megi í grófum dráttum segja að ákvörðun um öll helstu hagsmunamál markaðsaðila geti að endingu legið hjá hinni yfirþjóðlegu stofnun. Að síðustu verður að telja raunhæft að til einhvers konar íhlutunar Eftirlitsstofnunar EFTA/Samstarfsstofnunarinnar gæti komið við ákvarðanatöku um þau atriði sem lúta að samtengli milli landa. Svo sem áður greinir er hér þó að meginstefnu um að ræða ákvarðanir um reglur sem gilda um flutning og viðskipti um orku milli ríkja og eins geta heimildir Eftirlitsstofnunarinnar/Samstarfsstofnunarinnar aldrei orðið víðtækari en heimildir eftirstjórnvalds samkvæmt nánari reglum sambandsréttar (þ.e. gerðum þriðja orkupakkans). Hér verður einnig að líta til þess að ríkið hefur bæði heimildir til verndarráðstafana samkvæmt 42. gr. raforkutillskipunarinnar og einnig öryggisráðstafana samkvæmt 112. gr. EES-sammingsins. Verður því að telja að íslenska ríkið hafi áfram fullnægjandi heimildir til að gæta brynna hagsmuna þjóðarinnar sem tengjast hugsanlegum inn- og útflutningi raforku. Í þessu sambandi skiptir einnig máli að EES-samningnum verður sagt upp ef það er mat íslenskra stjórnvalda að samningurinn þjóni ekki lengur íslenskum hagsmunum, sbr. 127. gr. sammingsins.

Við mat á eðli framsals verður að lokum að horfa til þess að íslensk stjórnvöld gætu fengið skorið úr um lögmæti ákvarðana Eftirlitsstofnunar EFTA fyrir EFTA-dómstólnum. Þá er aðgangur markaðsaðila að íslenskum dómstólum, sem geta aflað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, í engu skertur með hliðsjón af því að ákvörðun eftirlitsstofnunarinnar þarf ætíð að innleiða með íslenskri stjórnvaldsákvörðun eða fyrirmælum. Ekki fer á milli mála að þær kröfur sem EFTA-dómstóllinn hefur gert í dómaframkvæmd sinni til málsmeðferðar Eftirlitsstofnunar EFTA svo og um vernd grundvallarréttinda, þ.á m. samkvæmt Mannréttindasáttmála Evrópu, fullnægja grundvallarkröfum íslensks réttar um vernd grundvallarréttinda og aðgang að dómstólum. Verður því að álykta að vernd grundvallarréttinda yrði tryggð, þrátt fyrir umrætt framsal, svo og að málsmeðferð Eftirlitsstofnunar EFTA muni fullnægja meginreglum stjórnsýsluréttar.

Samkvæmt framangreindu verður ekki talið að eðli þeirra framsalsheimilda sem hér um ræðir í sé verulega íþyngjandi, hvorki fyrir íslensk stjórnvöld né einkaðila undir lögsögu þeirra.

*Er framsalið vel skilgreint og á afmörkuðu sviði?*

Hér að framan er gerð ítarleg grein fyrir því skilyrði að framsal sé vel skilgreint og á afmörkuðu sviði. Svo sem nánar er vikið að þar er kjarni þessa skilyrðis sá að það sé

ósamrýmanlegt fullveldi ríkis að alþjóðlegri stofnun sé framselt vald sem hún geti skilgreint sjálf og farið með að geðþótta. Af þessu leiðir að gera verður þá kröfu að heimildir sem veittar eru alþjóðlegri stofnun séu skilgreindar með efnis- og formreglum sem gildi um umfang og beitingu heimilda hennar.<sup>38</sup>

Áður hefur verið vikið að gildissviði reglugerðar nr. 713/2009, svo og reglugerðar nr. 714/2009, svo og heimildum 7., 8. og 9. gr. fyrrnefndu reglugerðarinnar sem allar lúta að ákvörðunum varðandi samtengil fyrir orkuflutning milli tveggja ríkja eða fleiri. Gildissvið heimildanna er því vel afmarkað og raunar á mjög þröngu málefnasviði, t.d. samanborið við heimildir á sviði samkeppnismála eða fjármálaeftirlits. Sést þetta best á því að heimildirnar hafa ekki raunhæfa þýðingu nema sú ákvörðun hafi verið tekin að koma á tengingu íslensks raforkumarkaðar við annað ríki, væntanlega með lagningu sæstrengs. Þá myndu heimildirnar aðeins eiga við þegar fyrir lægi ágreiningur íslensks eftirlitsstjórnvalds við eftirlitsstjórnvalds annars aðildarríkis Evrópska efnahagssvæðisins. Þótt ákvarðanir kynnu við þessar aðstæður beinast að verulegum hagsmunum, svo sem áður greinir, er hér ekki um að ræða viðkvæmustu atriði auðlindastýringar.

Umræddar gerðir hafa að geyma bæði formleg og efnisleg skilyrði fyrir því að heimilt sé að beita umræddum heimildum. Þótt ýmis þessara skilyrða séu óhjákvæmilega að einhverju leyti matskennd verður ekki litið svo á að Eftirlitsstofnun EFTA/Samstarfsstofnuninni sé með einhverjum hætti falið óheft mat eða geðþóttvald með umræddum reglum, t.d. samanborið við ýmsar þær heimildir sem íslenskum stjórnvöldum eru fengnar á grundvelli íslenskra laga. Þá verður hér einnig að horfa til þess að í þessu efni myndi Eftirlitsstofnun EFTA sæta eftirliti EFTA-dómstólsins sem hefur í dómaframkvæmd sinni endurskoðað ákvarðanir og málsmeðferð Eftirlitsstofnunar EFTA með vísan til meginreglna stjórnsýsluréttar og grundvallarréttinda. Ég tel því ljóst að umræddu skilyrði er fullnægt með tilliti til umræddra heimilda Eftirlitsstofnunar EFTA.

### *Önnur atriði*

Ganga verður út frá því að þær heimildir sem Eftirlitsstofnun EFTA yrðu fengnar yrðu afmarkaðar með almennum lögum þar sem kveðið yrði á um réttaráhrif ákvarðana stofnunarinnar (svo og EFTA-dómstólsins) hér á landi. Þótt þessi réttaráhrif séu takmörkuð við íslenskt eftirlitsstjórnvald leiðir lögmætisregla íslensks réttar þannig til þess að slík skipan mála er nauðsynleg. Af þessu myndi einnig leiða að hinn almenni löggjafi gæti hvenær sem er ákveðið að afnema téðar heimildir eftirlitsstofnunarinnar. Slík ákvörðun gæti vissulega þýtt brot gegn skuldbindingu ríkisins samkvæmt EES-samningnum en það myndi hins vegar ekki haggja gildi og réttaráhrifum slíkrar lagasetningar á íslensku yfirráðasvæði. Umrætt framsal valds yrði því í þessum skilningi afturkallanlegt auk þess sem unnt væri að segja EES-samningnum upp í heild sinni, svo sem áður greinir. Hvað sem líður þjóðréttarlegum skuldbindingum myndi Ísland, sem fullvalda ríki, því ætíð eiga síðasta orðið um hvaða reglur giltu á yfirráðasvæði þess, svo og hvaða ákvörðunum og dómum alþjóðlegra aðila yrði framfylgt hér á landi. Gildir þá einu þótt slíkar aðgerðir ríkisins gætu talist brot á reglum EES-samningsins og leitt til þjóðréttarlegra viðurlaga og viðbragða á þeim grundvelli.

Svo sem áður greinir er það mikilvægur þáttur í fullveldi ríkja að eiga í milliríkjalegum samskiptum og geta ráðstafa réttindum sínum og skyldum á alþjóðavettvangi með samningum við önnur ríki. Hafa og áður verið rakin sjónarmið fræðimanna um að við túlkun stjórnarskrárinnar beri að haga túlkun á þá leið „að ekki þrengi um of að möguleikum Íslands

<sup>38</sup> Sjá nánar um danskan rétt, Henrik Zahle, *Grundloven*, áður tilv., bls. 206.

sem fullvalda þjóðréttaraðila til að tryggja hagsmuni sína sem best í samstarfi og samningum við aðrar þjóðir jafnvel þótt stofn stjórnarskrárinnar sé gamall.“<sup>39</sup> Án þess að gert sé of mikið úr þessu sjónarmiði er óhjákvæmilegt að halda því til haga að rúmlega 25 ár eru frá því að EES-samningurinn tók gildi með þátttöku Íslands sem stofnaðila. Á þessum tíma hafa allar greinar ríkisvaldsins, þ.á m. dómstólar, komið að framkvæmd samningsins, með einum eða öðrum hætti, án þess að athugasemdir eða fyrirvarar væru gerðar við stjórnskipulegt gildi hans. Ljóst er að hagsmunir íslenska ríkisins, samfara þeim gerðum sem hér hefur verið fjallað um, liggja ekki aðeins í því málefnasviði sem hér er um að ræða heldur getur synjun Íslands við upptöku gerðanna í EES-samninginn teft þátttöku ríkisins í EES-samstarfinu í heild sinni í tvísýnu. Slík niðurstaða myndi þýða að íslenska ríkið gæti ekki tekið áfram fullan þátt í alþjóðlegu samstarfi sem ríkisstjórn og Alþingi hafa metið til hagsbóta þjóðinni. Slík niðurstaða væri tæplega í góðu samræmi við fullveldi ríkisins en væri þó fyrst og fremst til marks um annmarka á gildandi stjórnلögum sem enn sem komið er hafa ekki verið lagfærðir.

---

<sup>39</sup> Sjá áður tilvitnaða álitserð mína frá mars 2016, bls. 34.

## Niðurstaða

Við mat á því hvort valdheimildir samkvæmt 7., 8. og 9. gr. reglugerðar (EB) nr. 713/2009 um að koma á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER), eins þær hafa verið lagaðar að EES-samningnum með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017, samræmast íslenskum stjórnلögum, verður að leggja til grundvallar þau viðmið sem mótuð hafa verið í fræðilegri umfjöllun og fyrri álitsgerðum um framsal valdheimilda á grundvelli sama samnings, ekki síst álitsgerðar nefndar utanríkisráðherra um EES-samninginn frá 1992. Er þá litið til þess að EES-samningurinn hefur verið í gildi í meira en 25 ár og hefur framkvæmd hans verið án athugasemda um stjórnskipulegt gildi af hálfu allra greina ríkisvaldsins. Vegna eðlis þeirrar aðlögunar sem hér er um að ræða er einnig vísað til álitsgerðar minnar frá mars 2016 um framsal valdheimilda á grundvelli gerða um evrópsk fjármálaeftirlit, en það er meðal niðurstaðna minna að sú aðlögun 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 sem kveðið er á um í fyrrgreindri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar sé að formi til í öllum meginatriðum sambærileg þeirri sem fjallað var um í þeirri álitsgerð.

Svo sem fram kemur í inngangi tel ég rétt að leggja til grundvallar að raunhæft sé að íslenskur markaður með raforku gæti orðið tengdur markaði annars ríkis Evrópska efnahagssvæðisins þannig að umræddar heimildir Eftirlitstofnunar EFTA og Samstarfsstofnunarinnar verði virkar. Með þessu er að sjálfsögðu engin afstaða tekin til þess hvort ráðast beri í slíka framkvæmd. Vakin er athygli á því að umræddar gerðir þriðja orkupakkans, og heimildir 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009, taka með engum hætti til ákvarðana um tengingu fyrir flutning raforku til annarra ríkja, svo sem með lagningu sæstrengs. Því síður taka heimildirnar til ákvarðana um eiginlega nýtingu auðlinda, t.d. virkjana. Það er því niðurstaða mín að umfjöllun um þessi efni, sem lúta að afstöðu almennra reglna EES-samningsins til auðlindastjórnar, falli utan þeirra álitamála sem mér hefur verið falið að fjalla um og hafi þar af leiðandi ekki þýðingu um stjórnskipulega heimild til innleiðingar gerða svonefnds þriðja orkupakka.

Með hliðsjón af þeim viðmiðum, sem almennt er viðurkennt að leggja beri til grundvallar við mat á stjórnskipulegri heimild til framsals valdheimilda til alþjóðlegra stofnana, er það niðurstaða mín að það framsal valdheimilda, sem leiðir af innleiðingu reglugerðar nr. 713/2009 í íslensk lög, myndi fullnægja því skilyrði að teljast nauðsynlegt vegna alþjóðasamvinnu sem Ísland tekur þátt í og einnig helgast af mikilvægum hagsmunum ríkisins eins og þeir hafa verið metnir af Alþingi og öðrum þar til bærum stjórnvöldum. Ég hef einnig rökstutt ítarlega að skilyrðinu um að framsalið sé vel skilgreint og á afmörkuðu sviði sé fullnægt hvað sem líði fyrri ákvörðunum framsal heimilda til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins og „uppsöfnun“ slíkra heimilda.

Af því er varðar eðli og umfang þeirra heimilda sem hér um ræðir tel ég að horfa verði til þess að hugsanlegar ákvarðanir Eftirlitstofnunar EFTA/Samstarfsstofnunarinnar tengjast



mikilvægum og sumpart viðkvæmum hagsmunum ríkisins. Heimildirnar sjálfar beinast þó aðeins að þeim nánari reglum og undanþágum sem gilda um sjálfan flutning raforku um samtengil við annað ríki. Þótt ákvarðanir um flutning raforku milli landa, ef til slíks flutnings kæmi til frá Íslandi, geti verið til þess fallnar að hafa ýmis bein og óbein áhrif á íslenskan orkumarkað og jafnvel pólitískar ákvarðanir um auðlindanýtingu, verður þessu ekki með neinum hætti jafnað til þess að forræði á raforkumálum sé fært af hendi íslenskra stjórnvalda til yfirþjóðlegs aðila. Er áréttað í þessu sambandi að innleiðing umræddra gerða myndi ekki fela í sér neins konar skyldu íslenska ríkisins til þess að koma á, eða leyfa, samtengingu íslensks raforkumarkaðs við önnur ríki Evrópska efnahagssvæðisins. Þá hefur ríkið heimildir til að tryggja tímabundið brýna hagsmuni þjóðarinnar við þær aðstæður að kreppa yrði á orkumarkaði og öryggi fólks, tækja, eða flutningskerfis stefnt í hættu. Að lokum gæti íslenska ríkið, í krafti fullveldis síns, ákveðið að segja EES-samningnum upp, sbr. 127. gr. hans, ef samningurinn væri ekki lengur talinn þjóna hagsmunum þjóðarinnar. Að öllu virtu tel ég því að eðli og umfang þeirra heimilda sem hér um ræðir sé, frá lagalegu sjónarmiði, ekki frábrugðið því sem áður hefur verið talið samrýmast stjórnarskránni. Raunar má færa að því rök að það framsal valdheimilda, sem hér hefur verið fjallað um hér, gangi í öllum atriðum skemmra, bæði að því er varðar umfang og eðli ákvarðana en t.d. framsal heimilda vegna evrópsks fjármálaeftirlits. Má í því sambandi benda á að Norðmenn töldu ekki efni til að virkja 115. gr. norsku stjórnarskrárinnar sem heimilar framsal valdheimilda vegna innleiðingar umræddra gerða andstætt því sem átti við um innleiðingu gerða á sviði fjármálaeftirlits, þótt sú niðurstaða hafi ekki verið óumdeild.

Svo sem rætt er í álitgerð minni frá mars 2016 snúa stjórnskipuleg álitafni einkum að því hvort jafnræði og gagnkvæmni sé nægilega tryggð með því afbrigði af svonefndu tveggja stoða kerfi sem kveðið er á um í fyrrnefndri ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar. Sérstaða þess fyrirkomulags samanborið við það „hefðbundna“ tveggja stoða kerfi sem komið var á við gildistöku EES-samningsins, t.d. við samkeppniseftirlit, felst í því að Samstarfsstofnuninni er ætlað að hafa frumkvæði að og undirbúa ákvarðanir Eftirlitsstofnunar EFTA með því að setja fram tillögu eða „uppkast“. Með þessu tel ég að sambandsstoðinni séu veitt meiri áhrif á efni ákvörðunar en almennt hefur tíðkast, t.d. á sviði samkeppnismála, þótt þessi tilhögun sé reyndar ekki alveg án eldri fordæma. Á móti þessum auknu áhrifum sambandsstoðarinnar kemur hins vegar að fulltrúum EFTA-stoðarinnar eru fengnir möguleikar til að hafa áhrif á málsmeðferð og ákvarðanatöku innan Samstarfsstofnunarinnar. Þar sem endanlegt ákvörðunarvald er einnig í höndum Eftirlitsstofnunar EFTA verður að telja að Eftirlitsstofnun EFTA (auk fulltrúa eftirlitsstjórnvalda EFTA-ríkjanna) hafi raunhæfa möguleika á því að hafa áhrif á efni ákvörðunar að ógleymdu neitunarvaldi eftirlitsstofnunarinnar um hvort endanleg ákvörðun er tekin, ef í harðbakkann slær. Við slíkar aðstæður færi ágreiningur milli hinna tveggja stoða í reynd í milliríkjalegan farveg samkvæmt 111. gr. EES-samningsins.


Það fyrirkomulag sem hér er gert ráð fyrir á sér nokkra samsvörun við upptöku nýrra gerða í EES-samninginn auk þess sem það hefur einnig verið tekið upp við eftirlit á afmörkuðum sviðum, þ.á m. við fjármálaeftirlit. Þegar litið er til alls þessa er það álit mitt að það kerfi, sem hér er lagt til, samræmist jafnræði og gagnkvæmni í samskiptum ríkja með ekki lakari hætti en EES-samningurinn í heild sinni. Tel ég þar af leiðandi að skilyrðum íslenskra stjórnvalda sé fullnægt um innleiðingu umræddra gerða með svipuðum hætti og áður hefur verið talið gilda um EES-samninginn í heild sinni, svo og einstakar gerðir hans sem komið hafa til sérstakrar skoðunar síðar.

Framsál dómsvalds, að því marki sem um það er að ræða, yrði til EFTA-dómstólsins sem starfar á grundvelli milliríkjasamnings sem Ísland er aðili að. Ekki fer á milli mála að

dómstóllinn fullnægir kröfum um aðgang og réttláta málsmeðferð. Verður því að telja að réttarvernd vegna meðferðar alþjóðastofnana á umræddum heimildum samrýmist grundvallarréttindum, eins og þau eru vernduð með stjórnarskrá, og íslensku réttarskipulagi. Þá myndu einkaaðilar geta skotið ákvörðunum, sem fela í sér innleiðingu íslensks eftirlitsstjórnvalds á ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA, til íslenskra dómstóla sem gætu aflað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins samkvæmt 34. gr. EFTA-samnings um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.

Samkvæmt öllu framangreindu er það niðurstaða mín að framsal valdheimilda með innleiðingu 7., 8. og 9. gr. reglugerðar (EB) nr. 713/2009 um að koma á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER), eins reglugerðin hefur verið löguð að EES-samningnum með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017, myndi samræmast íslenskum stjórnlögum.

Reykjavík, 15. mars 2019



Skúli Magnússon