Álitsgerð

um stjórnskipuleg álitamál tengd framsali ríkisvalds

til stofnana ESB/EFTA vegna þriðja orkupakka ESB

19. mars 2019

Friðrik Árni Friðriksson Hirst

Stefán Már Stefánsson

Efnisyfirlit

1. Inngangur ... 3
1.1. Almenn atriði ... 3
1.2. Nánar um viðfangsefnið ... 4
1.3. Uppbygging álitsgerðarinnar ... 5
2. Meginreglur og afleidd löggjöf ESB á sviði raforkumála ... 6
2.1. Meginreglur sambandsréttar ... 6
2.1.1. Inngangur ... 6
2.1.2. Almenna heimildin í 114. gr. SSESB ... 6
2.1.3. Sérákvæðin ... 6
2.1.4. Þýðing ákvæðis 345. gr. sambandsréttar um skipan eignarréttar ... 8
2.1.5. EES-réttur – 125. gr. EES-samningsins ... 9
2.1.6. Samantekt ... 12
2.2. Afleidd löggjöf ESB á sviði orkumála ... 13
2.2.1. Upphaflegar aðgerðir (fyrsti orkupakkinn) ... 13
2.2.2. Tilskipun 2003/54/EB o.fl. (annar orkupakkinn) ... 14
2.2.3. Þriðji orkupakkinn ... 15
3. Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði skv. reglugerð nr. 713/2009 ... 17
3.1. Inngangur ... 17
3.2. Almennt um verkefni ACER samkvæmt reglugerð nr. 713/2009 ... 17
3.3. Lagalega bindandi ákvarðanir ACER samkvæmt 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 ... 19
3.4. Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017 ... 21
3.4.1. Efni ákvörðunarinnar ... 21
3.4.2. Gildistaka og réttaráhrif ákvörðunarinnar – stjórnskipulegur fyrirvari ... 24
4. Stjórnskipuleg álitaefni vegna framsals á ríkisvaldi til ESA ... 25
4.1. Inngangur ... 25
4.2. Heimildir til framsals ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana í íslenskri stjórnskipun ... 25
4.2.1. Almenn atriði ... 25
4.2.2. Hvaða ríkisvald er framselt? ... 27
4.2.3. Viðmiðanir ... 28
4.3. Valdframsal til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 ... 31
4.3.1. Almenn atriði ... 31
4.3.2. Eðli og áhrif ákvarðana ESA ... 32
4.3.3. Er valdframsal til ESA vel afmarkað og skilgreint? ... 34
4.4. Niðurstaða um framsal ríkisvalds til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 ... 36

4.5. Dæmi um önnur stjórnskipuleg álitaefni tengd þriðja orkupakkanum 36
4.5.1. Veiting undanþága samkvæmt reglugerð nr. 714/2009 36
4.5.2. Sjálfstæði landsbundinna eftirlitsyfirvalda 37
5. Mögulegar lausnir 38
6. Nánar um einstök álitaefni 39
6.1. Almennt 39
6.2. Viðtakendur ákvarðana ESA - efni og réttaráhrif slíkra ákvarðana 39
6.3. Svigrúm löggjafans til að túlka stjórnarskrána 41
6.4. Innleiðing 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 41
6.5. Er framsal ríkisvalds afturkallanlegt? 42
7 Niðurstöður í stuttu máli 43

1. Inngangur

1.1. Almenn atriði

Á íslenska orkumarkaðnum starfa ýmis raforkufyrirtæki. Um er að ræða fyrirtæki í orkuvinnslu, í flutningi orkunnar og loks í dreifingu hennar. Enn sem komið er eru þessi fyrirtæki að mestu leyti í höndum opinberra aðila. Á markaði með raforku eru auk þess kaupendur hennar og greiðslukerfi tengd þeim viðskiptum. Loks eru svo eftirlitsaðilar, einkum Orkustofnun sem fer með eftirlit á raforkumarkaði auk Samkeppniseftirlitsins, sbr. 27. gr. raforkulaga nr. 65/2003.

Hinn svonefndi þriðji orkupakki Evrópusambandsins (ESB) hefur einkum að geyma fimm lagagerðir sambandsins. Þær sem mestu skipta fyrir viðfangsefni álitsgerðar þessarar eru: (i) tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins *2009/72/EB* frá 13. júlí 2009 um sameiginlegar reglur um innri markað fyrir raforku og um niðurfellingu á tilskipun 2003/54/EB, (ii) reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) *nr. 713/2009* frá 13. júlí 2009 um að koma á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði, og (iii) reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) *nr. 714/2009* frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri og um niðurfellingu á reglugerð (EB) nr. 1228/2003.[1]

Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (e. Agency for the Cooperation of Energy Regulators, hér eftir skammstafað „ACER") er komið á fót með fyrrnefndri reglugerð nr.

[1]Aðrar Evrópugerðir sem tilheyra þriðja orkupakkanum eru tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins *2009/73/EB* frá 13. júlí 2009 um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir jarðgas og um niðurfellingu á tilskipun 2003/55/EB, og reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) *nr. 715/2009* frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að flutningskerfum fyrir jarðgas og um niðurfellingu á reglugerð (EB) nr. 1775/2005. Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn o.fl., er hins vegar kveðið á um að tilskipun 2009/73/EB og reglugerð nr. 715/2009 skuli ekki gilda um Ísland, sbr. 1. gr. (liðir 3 og 4) ákvörðunarinnar. Koma þær því ekki til frekari skoðunar hér.

713/2009. Sú stofnun heyrir undir Evrópusambandið[2] og fer með verkefni er varða bæði raforku- og jarðgasgeirann. Í fyrrnefndri reglugerð nr. 713/2009 er gert ráð fyrir því að ACER geti tekið *lagalega bindandi ákvarðanir* sem snúa einkum að grunnvirkjum fyrir raforku sem tengja eða gætu tengt a.m.k. tvö aðildarríki (*grunnvirki yfir landamæri*). Ákvarðanir sem teknar eru af ACER varða nánar tiltekið „skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að og rekstraröryggi" grunnvirkja yfir landamæri, eins og nánar er rakið í reglugerð nr. 713/2009.[3] Hvað EFTA-ríkin snertir er gert ráð fyrir að Eftirlitsstofnun EFTA („ESA") fari með þær valdheimildir sem ACER eru veittar í reglugerð nr. 713/2009, m.a. lagalega bindandi ákvarðanir er varða grunnvirki yfir landamæri. Eftir sem áður er gert ráð fyrir því að ACER hafi mikil áhrif á efni slíkra ákvarðana ESA og skulu ákvarðanir ESA m.a. teknar á „grundvelli draga" sem ACER semur fyrir ESA.[4]

1.2. Nánar um viðfangsefnið

Í álitsgerð þessari er leitast við að varpa ljósi á *stjórnskipuleg álitaefni,* sem snúa að innleiðingu þriðja orkupakkans í íslenskan landsrétt, með áherslu á heimildir ESA til að taka *lagalega bindandi ákvarðanir um grunnvirki yfir landamæri* samkvæmt fyrrnefndri reglugerð nr. 713/2009. Álitaefnið sem hér er til skoðunar er nánar tiltekið hvort það standist ákvæði stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 að ESA sé falið vald til að taka lagalega bindandi ákvarðanir um grunnvirki yfir landamæri, sem haft geta bein og óbein áhrif á hagsmuni einstaklinga og lögaðila hér á landi, svo og almannahagsmuni tengda raforkukerfinu og nýtingu þess. Í þeim efnum verður sjónum aðallega beint að 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, þar sem gerð er nánari grein fyrir valdheimildum stofnunarinnar þar að lútandi. Eins og frekar er fjallað um í kafla 4 er það fyrst og fremst upptaka og innleiðing 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 sem myndi skapa ákveðinn stjórnskipunarvanda á Íslandi að mati höfunda álitsgerðar þessarar.

Grunnvirkjum *yfir landamæri* vegna raforkuflutnings hefur ekki verið komið á fót hér á landi enn sem komið er, sbr. fyrrgreindar valdheimildir ESA/ACER samkvæmt reglugerð nr. 713/2009, sem eiga við um slík grunnvirki. Eins og sakir standa er raforka sem framleidd er hér á landi því ekki flutt út úr landinu, þar sem möguleikar eru ekki fyrir hendi hvað flutningsgetu varðar. Að sama skapi er ekki flutt inn raforka. Af því leiðir að við núverandi aðstæður eru ekki fyrir hendi viðskipti yfir landamæri með raforku milli Íslands og aðildarríkja ESB/EFTA. Það gæti þó breyst ef tekin yrði ákvörðun um að leggja sæstreng frá Íslandi til að flytja raforku til annarra landa, t.d. aðildarríkja Evrópusambandsins. Þá myndi reyna á valdheimildir ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009,[5] ef umrædd ákvæði þriðja orkupakkans verða á annað borð tekin upp í EES-samninginn og þau lögfest hér á landi.

---

[2] Í íslenskri þýðingu á 2. gr. reglugerðar nr. 713/2009 segir að ACER skuli vera Bandalagsstofnun með réttarstöðu lögaðila. Stofnunin skuli njóta þess rétthæfis í öllum aðildarríkjunum sem löggjöf þeirra framast veitir lögaðilum. Hún skal m.a. geta aflað eða afsalað sér fasteignum og lausafé og tekið þátt í málarekstri. Framkvæmdastjóri stofnunarinnar er í forsvari fyrir hana.

[3] Sjá nánar 8. gr. reglugerðarinnar, sem nánar verður vikið að hér síðar.

[4] Sjá nánar ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017.

[5] Sama gildir um ýmis önnur ákvæði sem er að finna í þeim gerðum sem mynda þriðja orkupakkann.

1.3. Uppbygging álitsgerðarinnar

Uppbygging álitsgerðarinnar er sem hér segir:

Í 2. kafla er gefið almennt yfirlit yfir meginreglur Evrópusambandsréttar er snúa að auðlindum í aðildarríkjunum, einkum varðandi eignarrétt yfir þeim og nýtingu þeirra. Að því búnu er fjallað um afleidda löggjöf Evrópusambandsins á sviði raforkumála, einkum fyrsta, annan og þriðja orkupakkann.

Í 3. kafla er fjallað um Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER) sem sett var á fót með reglugerð nr. 713/2009. Þungamiðja þeirrar umfjöllunar hvílir á 8. gr. fyrrnefndrar reglugerðar, þar sem umræddri stofnun eru veittar heimildir til að taka lagalega bindandi ákvarðanir varðandi grunnvirki yfir landamæri í aðildarríkjum Evrópusambandsins. Að því búnu er gerð grein fyrir ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, þar sem gert er ráð fyrir að taka þriðja orkupakkann upp í EES-samninginn með nánar tilgreindum hætti, m.a. að fela ESA að fara með valdheimildir samkvæmt reglugerð nr. 713/2009 gagnvart EES/EFTA-ríkjunum.[6] Þess skal getið að umrædd ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn er bundin *stjórnskipulegum fyrirvara* af hálfu Íslands, sem hefur enn ekki verið aflétt.

Í 4. kafla er fjallað um stjórnskipuleg álitaefni sem snúa að valdheimildum ESA samkvæmt reglugerð nr. 713/2009, nánar tiltekið hvort það rúmist innan ákvæða stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 að ESA sé falið vald til að taka lagalega bindandi ákvarðanir varðandi grunnvirki yfir landamæri, sbr. einkum 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 og fyrirhugaða upptöku hennar í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017. Í kaflanum er gerð grein fyrir þeim viðmiðunum, sem byggt er á í stjórnskipunarrétti, við mat á því hvort framsal ríkisvalds (m.a. framkvæmdarvalds) til alþjóðlegrar stofnunar sé heimilt. Í kaflanum er síðan fjallað um það hvort valdheimildir ESA samkvæmt reglugerð nr. 713/2009 rúmist innan þeirra viðmiðana sem áður hefur verið lýst, en það er forsenda þess að framsalið standist stjórnarskrána.

Í 5. kafla álitsgerðarinnar er fjallað um hvernig bregðast megi við ef litið er svo á að einstök ákvæði þriðja orkupakkans standist ekki íslensk stjórnskipunarlög. Er m.a. spurt hvort þá sé mögulegt að aðlaga ákvæði þriðja orkupakkans þannig að þau standist stjórnarskrána, sem er forsenda þess að Ísland geti samþykkt upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn (aflétt stjórnskipulegum fyrirvara við ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017) og innleitt hann í íslenskan landsrétt.

Í 6. kafla er vikið sérstaklega að nokkrum sjónarmiðum sem fram hafa komið og rétt þótti að taka frekari afstöðu til.

---

[6] Hér er átt við þau EFTA-ríki sem eru jafnframt aðilar að EES-samningnum.

Í 7. kafla eru helstu niðurstöður álitsgerðarinnar dregnar saman.

2. Meginreglur og afleidd löggjöf ESB á sviði raforkumála

2.1. Meginreglur sambandsréttar

2.1.1. Inngangur

Aðalreglan er að aðildarríkin hafa forræði á auðlindum sínum. Sú niðurstaða styðst að einhverju leyti við 345. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins (SSESB) og löggjöf sambandsins eins og hún er um þessar mundir. Umrædd aðalregla þýðir m.a. að hvert ríki fyrir sig ákveður hvernig eignarrétti á auðlindum sé háttað, hvort þær skuli vinna (nýta), að hvaða marki og í hvaða formi.

Í sambandsréttinum eru þó undantekningar frá þessu sem hafa í fyrsta lagi stoð í einstökum *sérákvæðum* SSESB og í öðru lagi gætu þær jafnframt falist í almennu heimildinni í 114. gr. SSESB til að samræma lög innan sambandsins.

2.1.2. Almenna heimildin í 114. gr. SSESB

Ákvæðið tekur fyrst og fremst til samræmingar laga á sviði fjórfrelsisins á innri markaðinum. Hér er t.d. álitamál hvort unnt væri með stoð í fyrrgreindu ákvæði að setja afleidda löggjöf um að ákveðnar náttúruauðlindir skuli *nýttar* með tilteknum hætti, einkum þannig að skipan sjálfs eignarréttarins sé raskað, t.d. með því að krefjast einkavæðingar þeirra, m.a. á sviði orkumála. Slíkt telst sennilega ekki unnt vegna ákvæða 345. gr. SSESB en um það verður síðar rætt.

Sé hins vegar *ákveðið* að vinna auðlindirnar og setja þær á markað kemur til kasta reglna sambandsréttar um fjórfrelsið (þar á meðal gildir bann við mismunun) og eftir atvikum reglna þeirrar afleiddu löggjafar Evrópusambandsins sem um það hafa verið settar á grundvelli 114. gr. SSESB. Raforkutilskipanir sambandsins eru dæmi um þetta.

Niðurstaðan er sú að almenna heimildin í 114. gr. SSESB til að setja afleidda löggjöf til að samræma löggjöf aðildarríkjanna á sviði fjórfrelsisins felur að jafnaði ekki í sér heimildir til að kveða á um skipan *eignarréttar* að auðlindum aðildarríkjanna eða stjórnun þeirra. Reglur fjórfrelsisins og afleiddar reglur Evrópusambandsins sem settar eru með heimild í 114. gr. gilda á hinn bóginn þegar tekin hefur verið ákvörðun um að nýta auðlindirnar.

2.1.3. Sérákvæðin

Þau sérákvæði sambandsréttar sem hér koma til álita fjalla um ýmis nánar skilgreind atriði. Þau fjalla um ákveðna skipan *eignarréttar* að auðlindum, en þó einkum að þeim heimildum sem í honum felast. Þessar heimildir felast nú einkum í ákvæðum sambandsréttar um landbúnaðar- og fiskimál svo og í ákvæðum um umhverfismál og orkumál.

Evrópusambandið fer eitt og óskipt með valdheimildir sem varða varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins en að öðru leyti er stefna sambandsins í landbúnaðar- og sjávarútvegsmálum sameiginleg með aðildarríkjunum. Um hana gildir þó sambandsrétturinn að mestu leyti, sbr. d-lið 1. mr. 3. gr. SSESB.[7]

Varðandi önnur sérákvæði má hér nefna 194. gr. SSESB sem fjallar m.a. um heimildir til að setja afleiddar gerðir um orkumál. Þar segir að sambandsrétturinn taki m.a. til þess að *tryggja orkuafhendingu* í *sambandinu* og til þess að *tryggja orkumarkaðinn*. Stofnanir Evrópusambandsins geta sett afleidda löggjöf um þessa stefnu sem hlítir almennri lagasetningarmeðferð innan sambandsins. Í 2. mgr. ákvæðisins segir síðan að viðkomandi ráðstafanir skuli þó ekki hafa áhrif á vald aðildarríkjanna til að kveða á um *skilyrði orkunýtingar*, *val þeirra til að ákveða orkugjafa* og *almenna tilhögun orkuafhendingar*. Síðan er þó vikið frá þessu í c-lið 2. mgr. 192. gr. SSESB þar sem gert er ráð fyrir að ráðinu sé heimilt með *einróma ákvörðun* að gera ráðstafanir sem hafi umtalsverð áhrif á val aðildarríkis milli ólíkra orkugjafa og almenna tilhögun orkuafhendingar.[8]

Þetta þýðir að stofnunum Evrópusambandsins hefur verið fengið vald til að setja afleidda löggjöf um orkumál innan þeirra valdheimilda og með þeim skilyrðum sem fram koma í fyrrgreindum ákvæðum. Valdheimildir aðildarríkjanna skerðast þá að sama skapi. Einnig má segja að í raforkutilskipunum (sem eru hluti af samkeppnisreglunum) sé gert ráð fyrir að eignarrétti sé skipt upp og að samkeppnisreglur gildi á ákveðnum sviðum.[9] Þó er ekki bannað að raforkumannvirki eða dreifing orkunnar sé í opinberri eigu, þótt viss aðskilnaður sé ávallt áskilinn. [10]

Niðurstaðan er því sú að ýmis ákvæði finnast í frumrétti Evrópusambandsins sem varða eignarrétt á orkuauðlindum og meðferð þeirra, sem þó geta vart talist víðtæk enn sem komið er. Þau heimila sambandinu að setja afleidda löggjöf sem kann að hafa áhrif á upphaflegan rétt aðildarríkjanna til að stjórna auðlindum sínum. Það hefur sambandið gert, t.d. með reglum þriðja orkupakkans. Þær fela m.a. í sér að einstök aðildarríki hafa ekki einhliða ákvörðunarvald um skilyrði og skilmála fyrir aðgangi að grunnvirkjum yfir landamæri, eins og nánar verður rakið hér síðar.

---

[7] Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandsréttur, Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindarmál og ríkjasambandið*, 2014, bls. 181 og áfram.

[8] Sjá Aðalheiður Jóhannsdóttir: Sérregla 2. mgr. 192. gr. samningsins um starfshætti Evrópusambandsins með áherslu á viðkvæm umhverfis – og auðlindarmál, Stefánsbók, Fons Juris, 2018, bls. 346-350.

[9] Áður en Lissabons-sáttmálarnir tóku gildi hafði samningurinn um EB ekki að geyma sérreglur sem giltu um orku. Sviðið féll því undir fjórfrelsið. Markmiðið var, og er enn, fyrst og fremst að koma á frjálsum orkumarkaði. Raforkutilskipanir sambandsins voru fram að því samþykktar á grundvelli 95. gr. fyrri samnings um EB, nú 114. gr. SSESB um samræmingu laga. Ákvæði sem samsvara 194. gr. SSESB hafa aldrei verið tekin upp í EES- rétt.

[10] Sjá Michael Diathesopoulos: „Ownership Unbundling in European Energy Market Legal Problems under EU Law", bls. 17-18. Sjá einnig aðskilnaðarákvæði tilskipunar 2003/54/EB.

2.1.4. Þýðing ákvæðis 345. gr. sambandsréttar um skipan eignarréttar

Hér er fjallað um hvaða reglur felist í ákvæðum 345. gr. SSESB. Könnunin tekur fyrst og fremst mið af því að hvaða marki unnt sé að skerða reglur fjórfrelsisins með skírskotun í fyrrgreind ákvæði. Skal nú vikið frekar að þessu. Svo segir í ákvæðinu:

> *Sáttmálarnir hafa engin áhrif á reglur aðildarríkjanna um skipan eignarréttar.*[11]

Þetta ákvæði er ekki alls kostar skýrt. Meðal annars er það algeng skoðun að það eigi vegna forsögu sinnar aðeins við um fyrirtæki, þ.e. skipan eignarréttar að fyrirtækjum, þótt ekkert sé á það minnst í ákvæðinu.[12]

Orðin *skipan eignarréttar* virðast ekki taka til sjálfs eignarréttarins heldur þess fyrirkomulags sem haft er á honum, þ.e. hvort fyrirtæki eru í opinberum rekstri eða einkarekstri.[13] Reglan virðist við fyrstu sýn fela í sér að ríki megi gera ráðstafanir sem hafi það að markmiði að búa til kerfi sem t.d. miðar að því að auðlindir verði í opinberri eigu eða í einkaeigu. Segja má að umrætt ákvæði hafi að geyma fyrirvara til verndar þeirri skipan eignarréttar sem aðildarríkin óska að hafa hvert um sig. Það eru því aðildarríkin sem ráða skipan eignarréttar í ríkjum sínum. Samræmingarreglur þær sem er að finna í 114.-116. gr. SSESB og taka til innri markaðarins eiga því ekki við um þessi atriði svo dæmi sé tekið.

Eignarréttur og skipan eignarréttar í aðildarríkjunum grundvallast m.a. á stjórnarskrárákvæðum um friðhelgi eignarréttar, eignarnám og takmarkanir eignarréttarins. Ákvæði 345. gr. SSESB verndar þetta fyrirkomulag. Aðildarríkin hafa því t.d. heimild til þess að beita eignarnámi og kveða á um almennar takmarkanir eignarréttarins í samræmi við stjórnarskrárákvæði sín hér eftir sem hingað til. Þetta á þó ekki við um þau sérákvæði sem síðar hafa ratað inn í frumrétt sambandsréttar og fyrr var getið því að þar er um ný ákvæði að tefla sem ganga framar ákvæðum 345. gr. að því leyti.

Ekki er hins vegar unnt að nota þetta ákvæði 345. gr. SSESB til þess að komast *fram hjá meginreglunum um fjórfrelsið, samkeppnisreglum* og e.t.v. öðrum reglum sem koma fram í rétti Evrópusambandsins. Þær fyrstnefndu fela t.d. í fyrsta lagi í sér bann við að skerða frjálsræði á þessum vettvangi og í öðru lagi bann við misrétti gagnvart ríkisborgurum og félögum (í skilningi 54. gr. SSESB) annarra aðildarríkja. Stundum má þó réttlæta frávik frá þessu eins og síðar verður vikið að en það gerist þá eingöngu á grundvelli leyfilegra frávika sambandsréttarins frá fjórfrelsisreglunum. Reglur fjórfrelsisins eru því eftir atvikum til þess fallnar að skerða gildissvið

---

[11] Á ensku: „The Treaties shall in no way prejudice the rules of the Contracting Parties governing the system of property ownership." Á þýsku: „Dieses Abkommen lässt die Eigentumsordnung der einzelnen Vertragsparteien unberührt."

[12] Sjá Bram Akkermans og Eveline Ramaekers: „Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpertations", European Law Journal, 16. árg. 3. tbl., bls. 296-302.

[13] Sjá Bram Akkermans og Eveline Ramaekers: „Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpertations", European Law Journal, 16. árg. 3. tbl., bls. 302-304.

345. gr. SSESB með þeim hætti að ákvæðið víki fyrir þeim. Með öðrum orðum má segja að eignarnámi eða svipuðum aðgerðum verði ekki beitt nema að gættum reglum sambandsréttar um fjórfrelsið, reglum um samkeppni[14] og e.t.v. fleiri reglum. Hvað sem því líður kann ákvæði 345. gr. SSESB að standa því í vegi að einkaaðilar geti nýtt sér t.d. stofnsetningarrétt til fulls á þeim sviðum sem greinin tekur til.[15] Þetta má einnig orða þannig að stofnsetningarréttur verður ekki nýttur til að stofna einkafyrirtæki á sviðum sem eru eingöngu áskilin opinberum fyrirtækjum.[16]

Lagasetning sambandsins er síður en svo útilokuð þótt hún kunni að hafa áhrif á eignarrétt eða stjórnunarrétt að auðlindum. Þetta á sérstaklega við ef heimild fyrir slíkri lagasetningu er að finna í frumrétti sambandsins. Í slíkum tilvikum teljast aðildarríkin hafa samþykkt þær breytingar samkvæmt stjórnskipunarlögum sínum og þá e.t.v. þrengt gildissvið 345. gr. SSESB að sama skapi.

Samantekið má segja að hvorki sé ljóst hvað felist í orðasambandinu *skipan eignarréttar* né *hverrar verndar* hann njóti. Þó verður að telja að ákvæði 345. gr. SSESB feli í sér, miðað við forsögu þess og staðsetningu í samningnum, einhverja takmörkun á valdi stofnana sambandsins gagnvart aðildarríkjunum sem lýtur að því að stofnunum ESB beri að virða skipan eignarréttar í ríkjunum.[17]

2.1.5. EES-réttur – 125. gr. EES-samningsins

Í 125. gr. EES-samningsins er að finna ákvæði sem er hliðstætt 345. gr. SSESB. Ákvæði 125. gr. EES-samningsins hljóðar svo:

> *Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur samningsaðila um skipan eignarréttar.*

Við skýringu 125. gr. EES-samningsins og samanburð ákvæðisins við 345. gr. SSESB ber að hafa í huga að EES-samningurinn stefnir ekki að sama markmiði og samningarnir um Evrópusambandið enda teljast margar efnisreglur þessara réttarkerfa ólíkar. Þó er stefnt að samræmdum réttarreglum á mikilvægum sviðum, ekki síst á sviði reglnanna um fjórfrelsið, samkeppni og ríkisstyrki. Krafan um einsleitni þessara tveggja réttarkerfa er rík en hún hefur þó sín takmörk vegna ólíkra reglna í ýmsu tilliti. Þá ber sérstaklega að hafa í huga að við undirritun EES-samningsins hafði þágildandi Rómarsamingur engin sérstök ákvæði að geyma um raforku. Beiti stofnanir ESB þeim nýju valdheimildum í orkumálum sem raktar voru hér að framan getur

---

[14] Sjá nánar Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur og Rudolf Geiger: *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union, 5. útgáfa*, 2010, bls. 957.

[15] Sjá nánar Stefán Má Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, 2000, bls. 473.

[16] Þessu til stuðnings er 124. gr. EES-samningsins sem felur í sér bann við mismunun í vissum tilvikum líkt og 4. gr. samningsins. Fyrrnefnda greinin nær þó ekki til opinberra aðila.

[17] Rudolf Streinz: *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union*, 2. útgáfa 2012, bls. 2701-2702. Þar kemur enn fremur fram að upphaflegur tilgangur með greininni hafi verið að koma til móts við þann ótta aðildarríkjanna að stofnanir ESB myndu grípa inn í skipan eignarréttar á atvinnufyrirtækjum. Enn fremur að óumdeilt væri að aðildarríkin réðu því hvernig þau vilji haga skipan atvinnufyrirtækja í lögum sínum, þ.e. hvort einkavæða skuli fyrirtæki eða hafa þau í opinberri eigu.

verið álitamál hvort unnt sé að taka þær upp í EES-samninginn án samsvarandi breytinga á honum sjálfum. Og jafnvel þótt það teldist unnt yrði að prófa sérstaklega hvort innleiðing gerða sem byggðist á auknum valdheimildum stofnana ESB stæðist kröfur íslenskrar stjórnarskrár.[18]

Þetta skal nú skoðað nánar einkum út frá dómi dómstóls EFTA í *Heimfallsmálinu*.[19]

ESA höfðaði mál þetta gegn Noregi. Það varðaði ákvæði norskra laga sem fjalla um leyfi til kaupa á vatnsréttindum.[20] Ágreiningurinn í málinu snerist m.a. um að leyfi til kaupa á vatnsréttindum til raforkuframleiðslu væru ótímabundin ef þau voru veitt fyrirtækjum sem töldust *opinber* samkvæmt lögunum, en tímabundin ef um er að ræða önnur fyrirtæki, þar með talin öll erlend fyrirtæki. Málið varðaði enn fremur ákvæði sömu laga sem mæla fyrir um að leyfi til annarra fyrirtækja en þeirra sem teljast opinber væru bundin því skilyrði að vatnsréttindi og aðrar eignir tengdar raforkuframleiðslu, þ.e. mannvirki og búnaður til virkjunar, félli til ríkisins að leyfistíma loknum án þess að greiddar væru bætur fyrir þau verðmæti sem um var að ræða.

Vatnsréttindi í Noregi hafa frá upphafi getað verið undirorpin einkaeignarrétti en áhugi erlendra fjárfesta á kaupum á vatnsorku hafði farið vaxandi. Voru reglurnar settar til að bregðast við þeirri þróun.[21]

Aðilar málsins deildu m.a. um hvort framangreind ákvæði norskra laga féllu undir gildissvið EES- samningsins. Því var haldið fram að samningurinn tæki ekki til reglna um stjórnun mikilvægra orkuauðlinda. Einnig var bent á að 125. gr. bæri ekki að túlka með sama hætti og 295. gr. (nú 345. gr. SSESB) samningsins um ESB þar sem grundvallarmunur væri á þessum samningum. Því var einnig haldið fram að sá munur sem gerður væri í ákvæðum EES-samningsins á milli opinberra fyrirtækja og annarra fyrirtækja réttlætti frávik frá fjórfrelsisákvæðunum.

Í úrlausn EFTA-dómstólsins var ekki fallist á að munur væri á efni 125. gr. EES-samningsins annars vegar og 295. gr. þágildandi sambandslaga hins vegar. Bent var á að engin sérstök atvik í málinu réttlættu mismunandi túlkun umræddra ákvæða. Fram kom að enda þótt 125. gr. EES-samningsins feli það í sér að hvert EES-ríki ákveði skipan eignarréttar séu ráðstafanir til að koma á ákveðinni eignarréttarskipan ekki undanþegnar grundvallarreglum samningsins. Niðurstaðan varð því sú að 125. gr. EES-samningsins yrði að skilja þannig að hún undanþægi aðildarríkin ekki frá grundvallarreglum EES-samningsins, þar á meðal reglunum um frjálst flæði fjármagns og

[18] Um 125. gr. EES-samningsins og samanburð ákvæðisins við 345. gr. SSESB má jafnframt vísa til umfjöllunar í grein Kristínar Haraldsdóttur, „Hlutleysi EES- og ESB-réttar gagnvart skipan eignarréttar", *Úlfljótur 2018 (1)*.
[19] Dómur í máli E-2/06 (*Eftirlitsstofnun EFTA* gegn *Noregi*).
[20] Lög frá 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v.
[21] Í dag er um 88% af vatnsföllum í Noregi, sem hagnýtt eru til raforkuframleiðslu, í eigu opinberra aðila (ýmist í eign Statkraft AS eða sveitarfélaga) en að öðru leyti í eigu einkaaðila. Í Noregi er raforkuframleiðsla sem byggð er á vatnsföllum undirstaða um það bil helmings af heildarorkuneyslu landsins.

stofnsetningarrétti.[22] Því var þeirri röksemd norska ríkisins hafnað að umdeild lög og úrræði samkvæmt þeim féllu utan gildissviðs EES-samningsins.

Því næst fjallaði dómurinn um hindranir á frjálsu flæði fjármagns og stofnsetningarrétti. Í norsku lögunum var hugtakið opinber aðili skilgreint þannig að það tæki til fyrirtækja sem væru a.m.k. að 2/3 hlutum í eigu opinberra aðila. Í dóminum segir að sá greinarmunur sem gerður er í norskri löggjöf á opinberum aðilum annars vegar og einkaaðilum og erlendum aðilum hins vegar hafi neikvæð áhrif á fjárfestingu síðarnefnda hópsins og feli í sér óbeina mismunun sem hindri bæði frjálst flæði fjármagns og stofnsetningarréttinn.[23] Ástæðan sé sú að þessir aðilar hafi styttri tíma til að fá arð af fjárfestingu sinni en opinberir aðilar.

Loks er í dóminum vikið að því hvort unnt sé að réttlæta umræddar hindranir. Í dóminum er 125. gr. túlkuð svo að EES-samningurinn hafi ekki áhrif á rétt samningsaðila til að ákveða hvort vatnsréttindi og aðrar eignir tengdar raforkuframleiðslu skuli vera í opinberri eigu eða í eigu einkaaðila. Samkvæmt því geti það talist lögmætt í skilningi EES-samningsins að stefna að því markmiði að þessi réttindi skuli vera í opinberri eigu. Í slíkum aðgerðum má hins vegar hvorki felast mismunun né brot á reglum um meðalhóf.[24] Af þessum sökum þurfti að fara fram greining á því hvort umræddar hindranir væru nægjanlega réttlættar. Fram kom að þótt *opinber stýring* geti ekki talist lögmætt markmið í skilningi EES-samningsins geti slík stýring verið tæki til að ná fram lögmætu markmiði, þ.e. að tryggja orkuöryggi eða umhverfissjónarmið. Hins vegar hefði Noregur ekki sýnt fram á að umrætt kerfi væri nauðsynlegt og hóflegt til að ná þessum markmiðum.[25]

---

[22] Svo segir í 62. gr. dómsins: „It follows from the case law of the ECJ on Article 295 EC that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that, although the system of property ownership is a matter for each EEA State to decide, the said provision does not have the effect of exempting measures establishing such a system from the fundamental rules of the EEA Agreement, including the rules on free movement of capital and freedom of establishment [...]."

[23] Svo segir í dóminum: „65. [...].The differentiation is liable to operate to a particular disadvantage for foreign investors, since the rules in fact exclude them from benefiting from the more favourable provisions applying to Norwegian public owners. 66. The Court notes that Section 4 of the ILA does not set out that an undertaking must be Norwegian in order to obtain a concession for an indefinite period and therefore without a reversion requirement. Section 4 does, however, set out that Norwegian public entities must own at least two-thirds of the shares of the undertaking. The Court therefore concludes that the ILA on this point entails indirect discrimination *Commission* v *Italy* [1989] ECR 4035, at paragraphs 8 and 9)." Þess er þó hér að geta að umræddur dómur dómstóls ESB fjallar um ólíkt atriði. Þar voru málavextir þeir að í ítölskum lögum var gert ráð fyrir því að ýmis opinber störf yrðu aðeins falin fyrirtækjum sem hefðu skráða skrifstofu og meginstarfsemi á þeim stöðum sem verkin átti að inna af hendi. Þetta var talin óleyfileg mismunun og brot á reglunum um frjálsa þjónustustarfsemi. Í Heimfallsmálinu snerist ágreiningurinn ekki um þetta heldur hvort 125. gr. EES- samningsins heimili aðgerðir í þágu ríkis sem gætu hugsanlega fallið undir orðasambandið „skipan eignarréttar".

[24] Svo segir: 72 The Court holds that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that an EEA State's right to decide whether hydropower resources and related installations are in private or public ownership is, as such, not affected by the EEA Agreement. The corollary of this is that Norway may legitimately pursue the objective of establishing a system of public ownership over these properties, provided that the objective is pursued in a non-discriminatory and proportionate manner.

[25] Hér er um svipaða nálgun að ræða og t.d. í máli dómstóls ESB C-483/99 (framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi).

Því var hafnað að ákveðin *skipan eignarréttar* fælist í fyrirkomulagi eins og því norska, sem eingöngu stuðlaði að eða viðhéldi því að umrædd eignarréttindi væru að meginstefnu til í opinberri eigu, en veitti viðkomandi yfirvöldum á sama tíma frjálst mat um það hvort einkaaðilar gætu öðlast slík eignarréttindi. Var það mat dómstólsins að norska fyrirkomulagið stefndi fremur að opinberri stýringu á vatnsaflsauðlindum en opinberu eignarhaldi þeirra.[26] Með gagnályktun gæti falist í þessum athugasemdum að kerfi sem talið yrði fela í sér *skipan eignarréttar* væri varið af 125. gr. EES-samningsins. Samkvæmt dóminum var þetta ekki svo í málinu heldur var um að ræða *opinbera stýringu* sem ekki féll undir efni ákvæðisins.

Hvað sem þessu líður má halda því fram að í norska kerfinu hafi einmitt falist tiltekin *skipan eignarréttar* sem gerði norska ríkinu kleift að halda auðlindinni innan vébanda þess líkt og segja má um Fearonmálið.[27] Sá munur er þó að mál þetta tekur til opinberra raforkufyrirtækja sem stæðu miðað við umrædda löggjöf betur að vígi út frá samkeppnissjónarmiðum en önnur raforkufyrirtæki. Má vera að það sjónarmið hafi ráðið einhverju um niðurstöðu málsins.

Samkvæmt því sem hér er rakið er niðurstaðan sú að ekki er líklegt að EES-réttur víki frá sambandsréttinum um þau álitamál sem hér eru til umfjöllunar.

2.1.6. Samantekt

Skipan og stjórn auðlinda verður komið á með þeim sérákvæðum sem nú finnast í sambandsréttinum og að því marki sem þar er heimilað. Þau ákvæði eru ekki mörg enn sem komið er en finnast þó bæði í frumrétti og afleiddum sambandsrétti. Dæmi um þetta úr frumréttinum er ákvæði c-liðar 2. mgr. 192. gr. SSESB sem fyrr er rakið. Svipað er að segja um hinar almennu samræmingarheimildir samkvæmt 114. gr. SSESB. Í þeim gætu falist takmarkaðar heimildir til að kveða á um skipan auðlinda þar á meðal raforku en þó ekki almennar heimildir til að ráðstafa auðlindum aðildarríkjanna. Meginreglan er því sú að aðildarríkin halda eignarréttarlegum heimildum að auðlindum sínum.

Orðasambandið *skipan eignarréttar* í 345. gr. SSESB er skýrt þröngt samkvæmt dómafordæmum dómstóls Evrópusambandsins og EFTA-dómstólsins.[28] Helsta þýðing ákvæðisins virðist vera að aðildarríkin geti ákveðið hvort fyrirtæki og auðlindir séu í opinberri eigu eða einkaeigu. Heimilt er að beita eignarnámi sem slíku (og e.t.v. svipuðum aðgerðum) en kerfi sem slík ráðstöfun

[26] Svo segir í 77. gr. dómsins: „For the reasons set out above, the contested rules, as they exist today, cannot be said to aim at establishing a "system of property ownership" within the meaning of Article 125 EEA. Rather, the contested rules are aimed at achieving a certain level of public control of the relevant sector of the economy."
[27] Mál nr. C-182/83.
[28] Farið er nánar yfir viðkomandi dóma í: Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandsréttur, Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindarmál og ríkjasambandið*, 2014, bls. 183 og áfram.

byggist á verður að fullnægja grundvallarreglum Evrópusambandsins.[29] Sambærileg sjónarmið gilda um 125. gr. EES-samningsins, sbr. dóm EFTA-dómstólsins í *Heimfallsmálinu.*

Álykta má af dómaframkvæmd að viss frávik eða hindranir frá meginreglum stofnsetningarréttar og frjálsu flæði fjármagns megi eftir atvikum réttlæta, einkum með skírskotun í mikilvægar þjóðfélagsþarfir í almannaþágu, sbr. t.d. mál nr. C-483/99 (framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi). Óljóst er hversu langt verði gengið í því efni. Réttlætingarástæður af því tagi geta átt við þegar fyrirtæki starfa á sviðum sem varða *almannahag* eða veita *þýðingarmikla þjónustu*, t.d. varðandi orkubirgðir eða orkuöryggi, og þá ávallt að gættri *meðalhófsreglu.*

Að framan er gefið yfirlit yfir nokkrar meginreglur frumréttar Evrópusambandsins sem varða auðlindir aðildarríkjanna, þ.m.t. skipan og stjórn þeirra, sbr. m.a. 345. gr. SSESB og sambærilegt ákvæði 125. gr. EES-samningsins. Hér á eftir er vikið að *afleiddum rétti* Evrópusambandsins á sviði orkumála, þar á meðal þriðja orkupakkanum, sem álitsgerð þessi snýr að.

2.2. Afleidd löggjöf ESB á sviði orkumála

2.2.1. Upphaflegar aðgerðir (fyrsti orkupakkinn)

Í þessum kafla er gerð stuttlega grein fyrir forsögu þriðja orkupakkans, þ.e. fyrsta og öðrum orkupakka ESB, og þá m.a. fyrir undanþágum sem Ísland hefur notið eða sóst eftir frá einstökum ákvæðum viðkomandi orkupakka.

Átak Bandalagsins (nú Evrópusambandsins) á sviði orkumála miðaði að því að skapa orkumarkað þar sem reglur yrðu samræmdar og frelsi aukið til að stunda starfsemi á þessu sviði. Meðal helstu gerða sem settar voru í upphafi á sviði orkumála er tilskipun 90/377/EBE um starfsreglur bandalagsins til að auka gagnsæi verðlagningar á gasi og rafmagni til notenda í atvinnuskyni. Samkvæmt henni voru fyrirtæki sem sjá um afhendingu gass og rafmagns skyldug til að veita upplýsingar um verð og þau eru síðan auglýst með tilteknum hætti. Í annan stað var um að ræða aðgang til gegnumferðar, þ.e. tilskipun 90/547/EBE varðandi gegnumflutning á rafmagni um flutningskerfi og tilskipun 91/296/EBE varðandi gegnumflutning á jarðgasi um flutningskerfi. Þessar tilskipanir fólu í sér skyldu fyrir aðildarríkin til að heimila gegnumferð rafmagns og gass um samevrópsk net og ekki síst tilskipun 96/92/EB um sameiginlegar reglur um innri markaðinn á sviði raforku, sem gekk í gildi 19. febrúar 1999. Fleiri tilskipanir fylgdu fyrsta orkupakkanum sem hér verða ekki ræddar frekar.

---

[29] Sjá t.d. dóm dómstóls Evrópusambandsins í máli C-463/00 (framkvæmdastjórnin gegn Spáni) þar sem segir í grein 67: „However, those concerns cannot entitle Member States to plead their own systems of property ownership, referred to in Article 295 EC, by way of justification for obstacles, resulting from privileges attaching to their position as shareholder in a privatised undertaking, to the exercise of the freedoms provided for by the Treaty. That article does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty (...)."

Í aðfararorðunum tilskipunar 96/92/EB sagði m.a. að í samræmi við nálægðarregluna skyldu Bandalagið (nú Sambandið) setja almennar reglur og rammareglur en aðildarríkin skyldu sjá um nánari framkvæmdareglur þannig að hvert aðildarríki gæti valið það skipulag sem svaraði best til sérstöðu þess. Tilskipunin gerði jafnframt ráð fyrir því að ráðstafanir væru gerðar til þess að koma á innri markaði á sviði raforku. Þar sagði einnig að raforkufyrirtæki yrðu að geta starfað á innri markaðinum til að koma mætti á samkeppnismarkaði á sviði raforku með fyrirvara um að þau stæðu við skyldur sínar um opinbera þjónustu. Gert var ráð fyrir að þessi markaður væri frjáls og hefði jafngildar efnahagslegar afleiðingar í aðildarríkjunum og leiddi til sambærilegrar opnunar markaða. Skýr fyrirvari kom fram um það að aðildarríkjunum kynni að reynast nauðsynlegt að leggja á skyldur um opinbera þjónustu til að tryggja öruggt orkuframboð og vernd neytenda og umhverfis. Hornsteinar tilskipunarinnar voru þeir að komið var á samkeppni í raforkuvinnslu, fyrstu skref voru stigin til að notendur gætu valið hjá hvaða fyrirtæki þau keyptu rafmagn og gerðar voru kröfur um bókhaldslegan aðskilnað raforkuvinnslu, -dreifingar og -flutnings.[30]

Tilskipun þessi varð hluti af EES-samningnum með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 168/1999 um breytingu á viðauka IV við EES-samninginn. Þá fékk Ísland möguleika sem lítið einangrað svæði til að sækja um undanþágu frá 4., 5., 6. og 7. kafla tilskipunarinnar, þ.e. öðrum köflum hennar en lúta að raforkuvinnslu. Slík undanþága er aðeins möguleg ef sýnt er fram á að veruleg vandkvæði séu á lögfestingu þessara tilteknu ákvæða tilskipunarinnar. Tilskipunin var innleidd í íslenskan rétt með raforkulögum nr. 65/2003.

2.2.2. Tilskipun 2003/54/EB o.fl. (annar orkupakkinn)

Tilskipun 2003/54/EB felldi úr gildi fyrrgreinda tilskipun 96/92/EB um sameiginlegar reglur fyrir innri markað fyrir raforku og kom í hennar stað. Tilskipunin setti sameiginlegar reglur um framleiðslu, flutning, dreifingu og afhendingu rafmagns, auk ákvæða er varða neytendavernd, með það að markmiði að bæta og samþætta samkeppnishæfa raforkumarkaði innan bandalagsins. Settar voru reglur um skipulagningu og starfsemi á sviði raforku, markaðsaðgang, viðmiðanir og málsmeðferð við útboð og leyfisveitingu og rekstur kerfa. Þá setti tilskipunin skilyrði varðandi alþjónustu og réttindi raforkunotenda auk þess að skýra samkeppnisskilyrði. Í stuttu máli má segja að tilskipunin hafi mælt fyrir um aukna opnun markaða og frekari aðskilnað samkeppnisþátta í rekstri raforkufyrirtækja.

Tilskipun 2003/54/EB var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 151/2006 og innleidd hér á landi með raforkulögum nr. 65/2003 og reglugerðum settum á grundvelli þeirra, sbr. einnig lög nr. 58/2008, um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði.

---

[30] Sjá Ragna Árnadóttir: „Áhrif innleiðingar þriðja orkupakka ESB í íslenskan rétt", *Úlfljótur vefrit*, 14. júlí 2018. Í tilskipuninni var síðan að finna nánari reglur um afnám einkaréttar á framleiðslu rafmagns, um rekstur dreifi- og flutningskerfa, aðgang að kerfunum o.fl.

Í fyrrnefndri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar var kveðið á um að undanþága 1. mgr. 26. gr. tilskipunarinnar gilti fyrir Ísland og að Ísland teldist lítið og einangrað kerfi samkvæmt 2. mgr. 26. gr. tilskipunarinnar. Undanþáguheimildin var víðtæk og bauð upp á möguleika á að sækja um undanþágur frá köflum IV (starfsemi flutningskerfa), V (sjálfstæði flutningskerfisstjóra), VI (rekstur dreifikerfa) og VII (sundurgreining og gagnsæi reikninga) í tilskipuninni. Undanþágan var þó skilyrt að því leyti að ríki sem uppfylltu skilyrði um lítið einangrað kerfi, þurftu að sýna fram á að umtalsverð vandkvæði væru við rekstur raforkukerfisins. Frekari útfærslur voru á þessu sem ekki verða raktar hér. Aðalatriðið er að Ísland virkjaði ekki þessar undanþágur heldur innleiddi aðra raforkutilskipunina að fullu hér á landi. Markmið löggjafans með þessum reglum var að leitast við að koma á samkeppnismarkaði fyrir raforku hér á landi.

2.2.3. Þriðji orkupakkinn

Eins og fram kom í 1. kafla samanstendur þriðji orkupakkinn einkum af eftirfarandi tilskipunum og reglugerðum:

1. 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;
2. Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins *2009/73/EB* frá 13. júlí 2009 um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir jarðgas og um niðurfellingu á tilskipun 2003/55/EB;
3. Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) *nr. 713/2009* frá 13. júlí 2009 um að koma á fót Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði;
4. Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) *nr. 714/2009* frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að neti fyrir raforkuviðskipti yfir landamæri og um niðurfellingu á reglugerð (EB) nr. 1228/2003; og
5. Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) *nr. 715/2009* frá 13. júlí 2009 um skilyrði fyrir aðgangi að flutningskerfum fyrir jarðgas og um niðurfellingu á reglugerð (EB) nr. 1775/2005.[31]

Tilskipun 2009/72/EB um sameiginlegar reglur um innri markað fyrir raforku kemur í stað tilskipunar 2003/54/EB. Ísland fór fram á sambærilegar undanþágur og fengust samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar varðandi tilskipun 2003/54/EB á grundvelli 1. mgr. 44. gr. tilskipunar 2009/72/EB. Einnig var sótt um undanþágur á grundvelli 2. mgr. 44. gr. en þær varða undanþágur frá 9. gr. tilskipunarinnar um eigendaaðskilnað flutningsfyrirtækisins og fleiri ákvæðum tilskipunarinnar. Í samningaviðræðum við framkvæmdastjórn Evrópusambandsins náðust þessi markmið ekki að fullu. Það var einna helst tvennt sem gerði erfitt að sækja þessar

[31] Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn o.fl., er kveðið á um að tilskipun 2009/73/EB og reglugerð nr. 715/2009, sem varða jarðgas, skuli ekki gilda um Ísland, sbr. 1. gr. (liðir 3 og 4) ákvörðunarinnar.

undanþágur. Í fyrsta lagi er raforkuframleiðsla á Íslandi talin um sex sinnum hærri en viðmið tilskipunarinnar um lítil kerfi og hefur aukist hratt á nýliðnum árum. Í öðru lagi var ljóst Ísland hafði innleitt aðra raforkutilskipunina (2003/54/EB) að fullu og án vandkvæða og jafnvel gengið lengra en kröfur tilskipunarinnar með uppskiptingu dreififyrirtækja.

Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, þar sem ráðgert er að taka þriðja orkupakkann upp í EES-samninginn, er m.a. kveðið á um eftirfarandi undanþágu og undanþáguheimild til handa Íslandi frá tilgreindum ákvæðum tilskipunar 2009/72/EB, sbr. 1. gr. ákvörðunarinnar (liður 2-j):

> *Eftirfarandi kemur í stað 2. mgr. 44. gr.:*
>
> *„Ákvæði 9. gr. gildir ekki um Kýpur, Lúxemborg, Möltu, Liechtenstein og/eða Ísland. Auk þess gilda 26. gr., 32. gr. og 33. gr. ekki um Möltu.*
>
> *Ef Ísland getur sýnt fram á, eftir að ákvörðun þessi hefur tekið gildi, að veruleg vandamál séu til staðar fyrir rekstur kerfa þess, er Íslandi heimilt að sækja um undanþágu frá 26., 32. og 33. gr., sem Eftirlitsstofnun EFTA getur veitt. Eftirlitsstofnun EFTA skal upplýsa EFTA-ríkin og framkvæmdastjórnina um slíkar umsóknir áður en ákvörðun er tekin, að teknu tilliti til sjónarmiða um þagnarskyldu. Slík ákvörðun skal birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins.“*[32]

Samkvæmt þessu geta íslensk stjórnvöld óskað eftir undanþágum frá tilteknum greinum í raforkutilskipun 2009/72/EB ef ástæða er talin til og færðar eru fram fullnægjandi röksemdir fyrir því. Er hér um að ræða áþekkar undanþágur/undanþáguheimildir og Ísland hefur notið samkvæmt annarri raforkutilskipuninni, þ.e. 2003/54/EB. Þrátt fyrir að Ísland sé ekki lengur skilgreint sem lítið einangrað kerfi eru eftir sem áður möguleikar á að sækja um tilteknar undanþágur eftir því sem ástæða er talin til. Undanþága frá 9. gr. tilskipunar 2009/72/EB, um eigendaaðskilnað flutningsfyrirtækisins, þýðir t.d. að ekki er nauðsynlegt að losa eignarhluti Landsvirkjunar, Orkuveitu Reykjavíkur, RARIK og Orkubús Vestfjarða í flutningsfyrirtækinu Landsneti hf. [33]

Í 37. gr. tilskipunar 2009/72/EB eru talin upp þau verkefni sem eftirlitsaðilum eru fengin og er ljóst að þau hafa verið aukin frá því sem áður var. Hér má nefna sem dæmi auknar skyldur á sviði neytendamála og eftirlits með smásölu og heildsölumarkaði raforku. Aðildarríkin skulu og

---

[32] 26. gr. fjallar um sundurgreiningu kerfisstjóra í kafla VI um rekstur dreifikerfa, 32. gr. fjallar um aðgang þriðja aðila í kafla VIII um skipulag aðgangs að kerfinu og 33. gr. fjallar um markaðsaðgang og gagnkvæmni í kafla VIII um skipulag aðgangs að kerfinu.

[33] Landsnet hf. er fyrirtæki sem annast flutning raforku og stjórnun raforkukerfa. Félagið starfar samkvæmt sérleyfi og var stofnað á grundvelli raforkulaga nr. 65/2003. Það er í eigu opinberra orkufyrirtækja og er að 64,73% í eigu Landsvirkjunar, 22,51% í eigu RARIK, 6,78% í eigu Orkuveitu Reykjavíkur og 5,98% í eigu Orkubús Vestfjarða.

tryggja að eftirlitsyfirvöld (eða dómstólar) geti beitt skilvirkum viðurlögum á raforkufyrirtæki sem fullnægja ekki skyldum sínum.[34]

3. Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði skv. reglugerð nr. 713/2009

3.1. Inngangur

Í þessum kafla álitsgerðarinnar verður sjónum aðallega beint að reglugerð nr. 713/2009, sem lýtur að Samstarfsstofnun eftirlitsaðila á orkumarkaði (ACER), og hvernig sameiginlega EES-nefndin hefur lagt til að sú reglugerð verði tekin upp í EES-samninginn, sbr. ákvörðun nefndarinnar frá 5. maí 2017. Þungamiðja kaflans hvílir á umfjöllun um 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, þar sem ACER er veitt heimild til að taka lagalega bindandi ákvarðanir varðandi grunnvirki yfir landamæri, en sem fyrr segir er ráðgert að ESA muni fara með þær valdheimildir gagnvart EES/EFTA-ríkjunum.

3.2. Almennt um verkefni ACER samkvæmt reglugerð nr. 713/2009

Samkvæmt 2. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er ACER Sambandsstofnun með réttarstöðu lögaðila. Skal stofnunin njóta þess rétthæfis í öllum aðildarríkjunum sem löggjöf þeirra framast veitir lögaðilum. Hún skal m.a. geta aflað eða afsalað sér fasteignum og lausafé og tekið þátt í málarekstri. Framkvæmdastjóri stofnunarinnar er í forsvari fyrir hana. ACER tók formlega til starfa í mars 2011 og eru höfuðstöðvar stofnunarinnar í Ljubljana, Slóveníu.

Í 3. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er fjallað um uppbyggingu ACER. Til stofnunarinnar teljast: a) stjórn sem annast þau verkefni sem eru sett fram í 13. gr., b) stjórn eftirlitsaðila sem skal annast þau verkefni sem eru sett fram í 15. gr., c) framkvæmdastjóri sem annast þau verkefni sem sett eru fram í 17. gr. og d) kærunefnd sem annast þau verkefni sem eru sett fram í 19. gr.

Í lið 5 aðfararorða reglugerðar nr. 713/2009 kemur fram að ACER skuli sett á fót til að „bæta gloppur í löggjöfinni á vettvangi Bandalagsins og stuðla að skilvirkri starfsemi innri markaða fyrir raforku og jarðgas. [ACER] skal einnig gera landsbundnum eftirlitsyfirvöldum kleift að auka samvinnu sína á vettvangi Bandalagsins og taka gagnkvæman þátt í Bandalagstengdri starfsemi“. Jafnframt skal ACER samkvæmt lið 6 aðfararorða reglugerðarinnar tryggja að eftirlitsstarfsemi landsbundinna eftirlitsyfirvalda m.a. samkvæmt tilskipun 2009/72/EB sé „samræmd á viðunandi hátt og, ef nauðsyn krefur, lokið á vettvangi Bandalagsins“. Í þeim tilgangi sé „nauðsynlegt að tryggja sjálfstæði [ACER] gagnvart raforku- og gasframleiðendum, flutnings- og dreifikerfisstjórum, hvort sem þeir eru opinberir aðilar eða einkaaðilar, og neytendum og tryggja samræmi aðgerða [ACER] við lög Bandalagsins [...]“, eins og nánar er rakið í lið 6 aðfararorða reglugerðarinnar.

---

[34] Sjá nánar Ragna Árnadóttir, „Áhrif innleiðingar þriðja orkupakka ESB í íslenskan rétt“, *Úlfljótur vefrit*, 14. júlí 2018.

ACER er samkvæmt reglugerð nr. 713/2009 í ráðgjafarhlutverki gagnvart framkvæmdastjórn ESB og öðrum stofnunum ESB og landsbundnum eftirlitsyfirvöldum m.a. varðandi raforkumál.[35] Hún getur beint tilmælum til eftirlitsaðila og markaðsaðila til að aðstoða þá við að miðla góðum starfsvenjum. Hún skal hafa samráð við hagsmunaaðila eftir því sem við á, og veita þeim eðlilegt tækifæri til að segja álit sitt á fyrirhuguðum ráðstöfunum, svo sem kerfisreglum. Jafnframt skal stofnunin stuðla að framkvæmd viðmiðunarreglna fyrir samevrópsk orkunet og viðleitni til að auka orkuöryggi. Hlutverk ACER er einnig að aðstoða eftirlitsaðila á orkumarkaði við beitingu valdheimilda innan ESB og ef þörf krefur samhæfa aðgerðir þeirra.

Í 4. gr. reglugerðarinnar er fjallað um tegundir aðgerða sem ACER getur gripið til. ACER skal: a) gefa út álit og tilmæli sem beint er til flutningskerfisstjóra, b) gefa út álit og tilmæli sem beint er til eftirlitsyfirvalda, c) gefa út álit og tilmæli sem beint er til Evrópuþingsins, d) taka einstakar ákvarðanir um sérstök tilvik sem um getur í 7., 8. og 9. gr. og e) leggja fyrir framkvæmdastjórnina rammaviðmiðunarreglur sem eru ekki bindandi í samræmi við 6. gr. reglugerða nr. 714/2009 og nr. 715/2009.

Hafa ber í huga að samkvæmt 35. gr. tilskipunar 2009/72/EB um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir raforku skal tryggja að landsbundinn eftirlitsaðili sé sjálfstæður gagnvart raforkufyrirtækjum og lagalega aðgreindur frá öllum öðrum opinberum aðilum. Hann skal taka sjálfstæðar ákvarðanir óháð öðrum aðilum á sviði stjórnmála og hafa aðskildar árlegar fjárúthlutanir, sjálfræði við framkvæmd fjárúthlutana og fullnægjandi mannafla og fjármagn til að sinna skyldustörfum sínum. Tilskipunin hefur einnig að geyma ákvæði um sjálfstæði stjórnarmanna eftirlitsaðila. ACER skal, sem fyrr segir, m.a. tryggja að eftirlitsstarfsemi landsbundinna eftirlitsyfirvalda sé í samræmi við tilskipun 2009/72/EB.[36] ACER sinnir einnig öðru eftirlitshlutverki sem ekki verður vikið frekar að hér.

Hvað Ísland snertir er Orkustofnun helsta landsbundna eftirlitsyfirvaldið á sviði orkumarkaðar. Orkustofnun er sérstök ríkisstofnun sem sett er á fót með samnefndum lögum nr. 87/2003 og heyrir undir yfirstjórn atvinnuvega- og nýsköpunarráðherra.[37] Fjallað er um verkefni Orkustofnunar hvað raforku snertir í raforkulögum nr. 65/2003. Samkvæmt 24. gr. raforkulaga nr. 65/2003 skal Orkustofnun hafa eftirlit með því að fyrirtæki sem starfa samkvæmt raforkulögum fullnægi þeim skilyrðum sem um starfsemina gilda samkvæmt ákvæðum laganna, reglugerðum settum samkvæmt þeim, o.fl. Orkustofnun skal hafa samráð við Samkeppniseftirlitið um eftirlit með starfsemi og gjaldskrá flutningsfyrirtækisins, þ.e. Landsnets hf., og dreifiveitna eftir því sem við á. Nánar er fjallað um eftirlit og úrræði Orkustofnunar í VII. kafla raforkulaga nr. 65/2003.[38]

---

[35] Hér á landi væri slíkt eftirlit fyrst og fremst hjá Orkustofnun.
[36] Svipað gildir um tilskipun 2009/73/EB um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir jarðgas.
[37] Sjá 3. gr. laga nr. 87/2003 um Orkustofnun og 2. gr. forsetaúrskurðar um skiptingu stjórnarmálefna milli ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands nr. 84/2017.
[38] Sjá einnig umfjöllun í kafla 4.5.2 hér síðar.

Samkvæmt d-lið 1. mgr. 37. gr. tilskipunar 2009/72/EB er það meðal skyldna landsbundinna eftirlitsaðila í aðildarríkjunum að „fara að, og framkvæma, allar viðeigandi lagalega bindandi ákvarðanir [ACER] og framkvæmdastjórnarinnar". Með „lagalega bindandi" ákvörðunum ACER er vísað til ákvarðana sem stofnunin tekur samkvæmt 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009, sbr. d-lið 4. gr. reglugerðarinnar, sem áður var vikið að. Í álitsgerð þessari er sjónum einkum beint að slíkum ákvörðunum og stjórnskipulegum álitaefnum sem þeim tengjast. Í næsta kafla verður nánar vikið að heimildum ACER til að taka slíkar ákvarðanir samkvæmt reglugerðinni.

3.3. Lagalega bindandi ákvarðanir ACER samkvæmt 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009

Eins og áður kom fram er það meðal verkefna ACER að taka ákvarðanir í tilvikum sem talin eru upp í 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Í 7. gr. er kveðið á um verkefni ACER sem varða landsbundin eftirlitsyfirvöld og í 8. gr. verkefni ACER sem varða skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis yfir landamæri. Í 9. gr. er kveðið á um önnur verkefni ACER, m.a. veitingu tilgreindra undanþága og viðbótarverkefni sem ACER kunna að vera falin.

Samkvæmt fyrrnefndri 7. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er ACER m.a. ætlað að samþykkja einstakar ákvarðanir um tæknileg málefni, þar sem kveðið er á um þær ákvarðanir í öðrum hlutum þriðja orkupakkans. Þá getur ACER mælt með aðstoð við eftirlitsyfirvöld og markaðsaðila við að miðla góðum starfsvenjum. Jafnframt gegnir ACER hlutverki í tengslum við framkvæmd viðmiðunarreglna sem vísað er til í þriðja orkupakkanum, sem óþarft er að rekja nánar hér. Í lokamálsgrein 7. gr. reglugerðarinnar er síðan kveðið á um að ACER skuli „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."

Í tilvitnaðri *8. gr. reglugerðar nr. 713/2009* er, sem fyrr segir, fjallað um verkefni ACER er varða „skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis yfir landamæri". Ákvæðið er svohljóðandi en orðið „stofnunin" vísar til ACER:

1. *Hvað varðar grunnvirki yfir landamæri skal stofnunin aðeins taka ákvörðun í málum sem varða reglusetningu, falla innan valdheimilda landsbundinna eftirlitsyfirvalda, og kunna að innihalda skilyrði og skilmála fyrir aðgangi og rekstraröryggi:*

   a) *ef lögbær landsbundin eftirlitsyfirvöld hafa ekki getað komist að samkomulagi um málið innan sex mánaða frá því að því var vísað til síðasta stjórnvaldsins eða*

   b) *að fenginni sameiginlegri beiðni lögbærra landsbundinna eftirlitsyfirvalda.*

   Lögbær landsbundin eftirlitsyfirvöld geta sameiginlega farið fram á að tímabilið sem um getur í a-lið verði framlengt um allt að sex mánuði.

Við undirbúning ákvörðunar sinnar getur stofnunin haft samráð við landsbundin eftirlitsyfirvöld og viðkomandi flutningskerfisstjóra og skal hún upplýst um tillögur og athugasemdir allra flutningskerfisstjóra sem hlut eiga að máli.

2. *Skilmálar og skilyrði fyrir aðgangi að grunnvirkjum yfir landamæri skulu taka til:*

   a) *verklagsreglu fyrir úthlutun flutningsgetu,*

   b) *tímamarka úthlutunar,*

   c) *hlutdeildar í tekjum vegna kerfisangar og*

   d) *álagningu (sic) gjalda á notendur grunnvirkis sem um getur í d-lið 1. mgr. 17. gr. reglugerðar (EB) nr. 714/2009 eða d-lið 1. mgr. 36. gr. tilskipunar 2009/73/EB.*

3. *Hafi máli verið vísað til stofnunarinnar skv. 1. mgr.*

   a) *skal stofnunin leggja fram ákvörðun sína innan sex mánaða frá því málinu var vísað til hennar og*

   b) *getur stofnunin, ef nauðsyn krefur, tekið bráðabirgðaákvörðun til að tryggja að afhendingaröryggis eða rekstraröryggis grunnvirkisins sem um ræðir sé gætt.*

4. *Framkvæmdastjórnin getur samþykkt viðmiðunarreglur um aðstæður þar sem stofnunin verður lögbær til að taka ákvarðanir um skilyrði og skilmála fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis yfir landamæri. Þessar ráðstafanir, sem eru ætlaðar til breytinga á atriðum sem ekki teljast grundvallaratriði í þessari reglugerð með því að bæta við hana, skulu samþykktar í samræmi við reglunefndarmeðferð með grannskoðun sem um getur í 2. mgr. 32. gr. þessarar reglugerðar.*

5. *Taki mál sem varða reglusetningu sem um getur í 1. mgr. til undanþága í skilningi 17. gr. reglugerðar (EB) nr. 714/2009 eða 36. gr. tilskipunar 2009/73/EB, skal frestur sem um getur í reglugerðinni ekki bætast við frest sem kveðið er á um í ákvæðunum.*

Í 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 er mælt svo fyrir að ACER geti ákveðið undanþágur, eins og kveðið er á um í 5. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009. ACER getur einnig ákveðið undanþágur eins og kveðið er á um í 4. mgr. 36. gr. tilskipunar 2009/73/EB ef grunnvirkið sem um getur er staðsett á svæði fleiri en eins aðildarríkis. Jafnframt skal ACER veita álit, að ósk framkvæmdastjórnarinnar, um ákvarðanir landsbundinna eftirlitsyfirvalda um vottun, eftir því sem nánar greinir í 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Þá má fela ACER viðbótarverkefni sem fela ekki í sér vald til ákvörðunartöku, við aðstæður sem eru skýrt skilgreindar af framkvæmdastjórninni í viðmiðunarreglum og varðandi málefni sem tengjast markmiðum ACER, svo sem nánar er rakið í 9. gr. reglugerðarinnar.

Með fyrrgreindum ákvæðum reglugerðar nr. 713/2009, þ.e. 7., 8. og 9. gr., eru ACER veittar heimildir til að taka *lagalega bindandi ákvarðanir* á ákveðnum sviðum, eins og áður kom fram, þar á meðal ákvarðanir sem *varða skilmála og skilyrði* fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkja yfir landamæri, sbr. 8. gr. reglugerðarinnar. Í þessum tilvikum er hlutverk ACER annað og meira en að veita eingöngu álit og tilmæli, en í ýmsum öðrum ákvæðum reglugerðarinnar eru heimildir ACER einskorðaðar við slík óbindandi álit eða tilmæli um nánar tilgreind atriði. Það eru einkum tilvik þar sem ACER (ESA gagnvart EES/EFTA-ríkjunum) er falið að taka lagalega bindandi ákvarðanir samkvæmt reglugerð nr. 713/2009 sem vekja spurningar um hvort viðkomandi ákvæði reglugerðarinnar standist stjórnskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, þ.e.a.s. hvort slíkt valdframsal rúmist innan ákvæða hennar. Um það álitaefni verður nánar fjallað hér síðar.

Eins og að framan greinir, varða ákvarðanir ACER samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 *skilmála og skilyrði* fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkja yfir landamæri. Í 2. mgr. 8. gr. segir að skilmálar og skilyrði fyrir aðgangi að grunnvirkjum yfir landamæri „skulu taka til": a) verklagsreglu fyrir úthlutun flutningsgetu, b) tímamarka úthlutunar, c) hlutdeildar í tekjum vegna kerfisangar og d) álagningar gjalda á notendur grunnvirkis, sbr. nánar hér að framan. Orðalagið „skulu taka til" útilokar ekki að fleiri atriði geti fallið undir ákvörðunarvald ACER en þau sem talin eru upp í stafliðum a)-d) hér að framan.[39] Að auki er ráðgert í 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar að framkvæmdastjórn ESB geti samþykkt viðmiðunarreglur um tilvik þar sem ACER er lögbær til að taka lagalega bindandi ákvarðanir varðandi grunnvirki yfir landamæri, þ.m.t. skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að slíkum grunnvirkjum, eins og nánar er lýst í ákvæðinu.

3.4. Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017

3.4.1. Efni ákvörðunarinnar

Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017 um breytingu á IV. viðauka (orka) við EES-samninginn er gert ráð fyrir að fella þriðja orkupakkann inn í EES-samninginn með ákveðnum aðlögunum m.a. til samræmis við tveggja stoða kerfi EES-samningsins. Hér verður einkum fjallað um þann hluta ákvörðunarinnar sem snýr að reglugerð nr. 713/2009 (um stofnun ACER), og þá einkum 7., 8. og 9. gr. reglugerðarinnar sem snúa að valdi ACER til að taka lagalega bindandi ákvarðanir um tiltekin atriði. Reglugerð þessi hefur meginþýðingu fyrir það viðfangsefni sem hér er til umfjöllunar. Um upptöku reglugerðarinnar í EES-samninginn er fjallað í lið 5 í 1. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar, en þar segir eftirfarandi, sbr. einkum lið d):[40]

---

[39] Þessi skilningur fær ákveðna stoð í erlendum textum reglugerðarinnar, en orðalagið „skulu taka til" í 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar svarar til „shall include" í enskri útgáfu reglugerðarinnar, „beinhalten" í þeirri þýsku og „omfatter" í þeirri dönsku.

[40] Feitletraður texti felur í sér áhersluatriði höfunda álitsgerðar þessarar.

... Ákvæði reglugerðarinnar [nr. 713/2009] skulu, að því er samning þennan varðar, aðlöguð sem hér segir:

a) Eftirlitsyfirvöld EFTA-ríkjanna skulu taka fullan þátt í vinnu Samstarfsstofnunar eftirlitsaðila á orkumarkaði, hér eftir nefnd ***„stofnunin“****, og allra undirbúningsnefnda, þ.m.t. vinnuhópar, nefndir og átakshópar stofnunarinnar, stjórn og eftirlitsstjórn, þó án atkvæðisréttar.*

b) Þrátt fyrir ákvæði bókunar 1 við samninginn ber að skilja hugtakið „aðildarríki(n)“ í reglugerðinni þannig að það taki til EFTA-ríkjanna auk ríkja sem það tekur til samkvæmt reglugerðinni.

c) Að því er varðar EFTA-ríkin skulu Eftirlitsstofnun EFTA eða fastanefndin, eftir því sem við á, njóta aðstoðar stofnunarinnar við þau verkefni sem þeim eru falin, hvernig og hvenær sem það á við.

d) Að því er varðar mál sem varðar EFTA-ríki koma eftirfarandi ákvæði í stað ákvæða sem varða bindandi ákvarðanir stofnunarinnar, sem um getur í 7., 8. og 9. gr.

i) Í málum sem varða EFTA-ríki, eitt eða fleiri, skal Eftirlitsstofnun EFTA samþykkja ákvörðun sem beint er til eftirlitsyfirvalda í EFTA-ríkinu/-ríkjunum sem um ræðir.

ii) Stofnunin skal eiga rétt á að taka þátt í starfi Eftirlitsstofnunar EFTA og undirbúningsnefnda hennar *þegar Eftirlitsstofnun EFTA sinnir störfum stofnunarinnar, að því er varðar EFTA-ríkin, eins og kveðið er á um í þessum samningi, þó án atkvæðisréttar.*

iii) ***Eftirlitsstofnun EFTA skal eiga rétt á að taka fullan þátt í starfi stofnunarinnar*** *og undirbúningsnefndum hennar, þó án atkvæðisréttar.*

iv) Stofnunin og Eftirlitsstofnun EFTA ***skulu vinna náið saman*** *þegar ákvarðanir, álit og tilmæli eru samþykkt.*

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

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

Eftirlitsyfirvöld EFTA-ríkjanna geta óskað eftir því að Eftirlitsstofnun EFTA taki ákvörðun sína til endurskoðunar. ***Eftirlitsstofnun EFTA skal senda slíka beiðni til stofnunarinnar. Ef þannig ber undir skal stofnunin íhuga að semja ný drög fyrir Eftirlitsstofnun EFTA og svara án ótilhlýðilegrar tafar.***

Ef stofnunin breytir eða afturkallar ákvörðun sem er hliðstæð ákvörðun sem Eftirlitsstofnun EFTA hefur samþykkt, ***skal stofnunin, án ótilhlýðilegrar tafar, semja drög á sama veg fyrir Eftirlitsstofnun EFTA.***

[...]

Framangreind ákvæði í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, sem varða upptöku og aðlögun á reglugerð nr. 713/2009 að EES-samningnum, má draga saman svo:

- Gagnvart EES/EFTA-ríkjunum fer ESA formlega með valdheimildir ACER samkvæmt reglugerðinni, m.a. er formlegt vald til að taka lagalega bindandi ákvarðanir varðandi grunnvirki yfir landamæri samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar lagt í hendur ESA.

- ACER hefur eftir sem áður mikið að segja um efni þeirra ákvarðana sem ESA tekur á grundvelli reglugerðarinnar. Skulu ákvarðanir ESA þannig teknar „á grundvelli draga" sem ACER semur „að eigin frumkvæði eða að beiðni" ESA. Berist beiðni um endurskoðun ákvörðunar skal ESA „senda slíka beiðni til [ACER]" og skal ACER þá „íhuga að semja ný drög" fyrir ESA sem yrði svo sambærilegur grundvöllur að nýrri ákvörðun ESA.

Vakin er sérstök athygli á því að málsmeðferðin er aldrei öfug að þessu leyti, þ.e. að ESA semji drög að ákvörðun sem séu lögð til grundvallar af ACER. Áhrif ACER eru því meiri en ESA að þessu leyti.

Í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar er einnig, hvað varðar aðlögun 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009, vikið að því hvernig bregðast skuli við ef ágreiningur rís milli ACER og ESA, en við þær aðstæður getur formaður ACER eða stjórn ESA, ef samstaða næst ekki, farið þess á leit við samningsaðila að þeir vísi málinu til sameiginlegu EES-nefndarinnar, sem skal fjalla um málið í samræmi við 111. gr. EES-samningsins (um lausn deilumála).[41] Þá er kveðið á um það í umræddri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar að EFTA-ríkin eða hvaða einstaklingur eða lögpersóna sem er geti hafið málarekstur gegn ESA fyrir EFTA-dómstólnum í samræmi við 36. og 37. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.[42]

Þess skal einnig getið að samkvæmt fyrrnefndri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar skulu EFTA-ríkin láta ACER „njóta sérréttinda og friðhelgi með hliðstæðum hætti og kveðið er á um í

[41] Sjá lið 5-d)-v) í 1. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017.
[42] Sjá lið 5-d)-v) í 1. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017.

Bókun um sérréttindi og friðhelgi Evrópusambandsins".[43] Þá skulu EFTA-ríkin samkvæmt ákvörðuninni taka þátt í fjármögnun ACER.[44] Að framangreindum atriðum frágengnum verður ekki fjallað frekar um efni ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar á þessum vettvangi.

3.4.2. Gildistaka og réttaráhrif ákvörðunarinnar – stjórnskipulegur fyrirvari

Samkvæmt 3. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017 skal ákvörðunin öðlast gildi 6. maí 2017 *eða* „daginn eftir að síðasta tilkynning samkvæmt 1. mgr. 103. gr. EES-samningsins hefur farið fram, eftir því hvor dagsetningin er síðar". Með þessu er skírskotað til þeirrar grunnreglu EES-samningsins, að til þess að ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar geti orðið bindandi fyrir EES/EFTA-ríkin, þá þurfa ríkin, hvert um sig, að beina tilkynningum til sameiginlegu EES-nefndarinnar um að fullnægt sé stjórnskipulegum skilyrðum í viðkomandi ríki fyrir því að ákvörðunin geti orðið bindandi. Þangað til það gerist telst ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar háð *stjórnskipulegum fyrirvara* af hálfu viðkomandi EES/EFTA-ríkja.

Þótt sameiginlega EES-nefndin hafi, sem fyrr segir, tekið ákvörðun um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn þann 5. maí 2017, hefur Ísland ekki enn beint tilkynningu til nefndarinnar um að aflétt sé stjórnskipulegum fyrirvara Íslands við þá ákvörðun, sbr. 1. mgr. 103. gr. EES-samningsins. Það hafa önnur EES/EFTA-ríki, Noregur og Liechtenstein, hins vegar gert.[45] Stjórnskipulegum fyrirvara Íslands verður að jafnaði aflétt með því að Alþingi samþykki ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar með *þingsályktun*. Ef fyrirvaranum er aflétt, þá öðlast ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar gildi og verður skuldbindandi fyrir Ísland að þjóðarétti í samræmi við ákvæði EES-samningsins, sem m.a. leggur á Ísland skyldu að þjóðarétti til að innleiða viðkomandi ESB-gerðir í landsrétt.

Færi svo hins vegar svo að Ísland hafni því að aflétta hinum stjórnskipulega fyrirvara, þá leiðir af 103. gr. EES-samningsins að taka þyrfti málið aftur upp í sameiginlegu EES-nefndinni og leitast við að ná lausn þess. Þá tekur við málsmeðferð sem um getur í 102. gr. EES-samningsins. Af ákvæðum 102. gr. EES-samningsins leiðir að framkvæmd viðkomandi viðauka EES-samningsins (sem ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar lýtur að) er þá *frestað til bráðabirgða* nema sameiginlega EES-nefndin ákveði annað. Skal sameiginlega EES-nefndin leitast við að koma á samkomulagi um lausn sem aðilar geta sætt sig við svo að draga megi frestunina til baka við fyrsta tækifæri.

---

[43] Sjá lið 5-i) í 1. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017.
[44] Sjá lið 5-j) í 1. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017.
[45] Hvað reglugerð nr. 713/2009 snertir, þá var stjórnskipulegum skilyrðum í Noregi fullnægt 27. apríl 2018, og í Liechtenstein 9. maí 2018. Sjá upplýsingar á heimasíðu EFTA, http://www.efta.int/eea-lex/32009R0713.

4. Stjórnskipuleg álitaefni vegna framsals á ríkisvaldi til ESA

4.1. Inngangur

Þegar Alþingi tekur afstöðu til þess hvort aflétta beri stjórnskipulegum fyrirvara við ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn, ber þinginu m.a. að gæta að því hvort þær ESB-gerðir, sem ákvörðunin tekur til, samræmist stjórnskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Hér verður einkum vikið að því álitaefni hvort það standist ákvæði stjórnarskrárinnar að *ESA* sé falið vald til að taka *lagalega bindandi ákvarðanir* varðandi grunnvirki yfir landamæri, sbr. einkum 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009, sbr. og fyrrnefnda ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017 sem felur í sér aðlögun fyrrgreindra ákvæða að tveggja stoða kerfinu.

Eins og áður greinir varða flestar reglurnar, sem fela í sér valdframsal til ESA, aðgang að grunnvirkjum yfir landamæri og rekstraröryggi þeirra. Slíkum grunnvirkjum, t.d. sæstreng, hefur ekki verið komið á fót hér á landi. Það breytir því þó ekki að þriðji orkupakkinn verður ekki tekinn upp í íslenskan landsrétt nú nema hann standist stjórnarskrána. Verður ákvörðun Alþingis um hvort aflétta eigi stjórnskipulegum fyrirvara Íslands við þriðja orkupakkann og innleiða hann í íslenskan landsrétt að miðast við þá forsendu að grunnvirkjum yfir landamæri verði komið á fót hér á landi, en við þær aðstæður myndi reyna á umrætt valdframsal til ESA, einkum samkvæmt reglugerð nr. 713/2009.

Engin heimild er til þess að taka í lög ákvæði sem ekki fá staðist íslenska stjórnarskrá þó að svo standi á að ekki reyni á umrædd lagaákvæði í svipinn. Verður því að telja rökrétt og raunar óhjákvæmilegt að tekin sé afstaða til stjórnskipulegra álitaefna sem tengjast þriðja orkupakkanum nú þegar og það *áður* en Alþingi samþykkir þriðja orkupakkann.[46]

Verður því að hafna því sjónarmiði að álitaefni tengd valdframsali til ESA skipti ekki máli á þessu stigi þar sem grunnvirki yfir landamæri eigi enn eftir að líta dagsins ljós hér á landi, og því sé Alþingi fært að samþykkja þriðja orkupakkann hvað svo sem líði stjórnskipulegum álitaefnum varðandi valdframsal til ESA. Vikið verður nánar að þessu atriði hér síðar.

4.2. Heimildir til framsals ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana í íslenskri stjórnskipun

4.2.1. Almenn atriði

Gildissvið stjórnarskrárinnar tekur í aðalatriðum til yfirráðasvæðis íslensks ríkisvalds eins og það er ákveðið í íslenskri stjórnskipan. Það tekur enn fremur til þeirra einstaklinga og lögaðila sem tilheyra íslenska ríkinu og njóta þar réttinda og bera skyldur. Einkum er um að ræða aðila sem hafa íslenskan ríkisborgararétt eða eiga heimili hér á landi.

---

[46] Sjá einnig umfjöllun í kafla 4.3.3 hér síðar.

Þegar vald alþjóðastofnana gagnvart íslenskum einstaklingum, lögaðilum og jafnvel ríkinu sjálfu er skoðað með hliðsjón af ákvæðum stjórnarskrárinnar eru nokkur atriði öðrum fremur sem máli skipta. Fyrst ber að hafa hugfast að íslenska stjórnarskráin er með öllu þögul um heimildir til framsals ríkisvalds til alþjóðastofnana. Að þessu leyti greinir hún sig frá stjórnarskrám flestra annarra Evrópuríkja. Einkum skal hér bent á stjórnskipun og aðild Noregs að EES-samningnum sem samþykkt var á grundvelli sérstaks stjórnarskrárákvæðis, sem er að finna í 115. gr. norsku stjórnarskrárinnar. Þar kemur fram í 1. mgr. að til að tryggja alþjóðafrið og öryggi o.fl. geti norska Stórþingið samþykkt með ¾ hluta atkvæða að alþjóðastofnun sem Noregur er aðili að eða vill gerast aðili að geti á efnislega afmörkuðu sviði farið með þær valdheimildir sem ella heyra undir valdhafa ríkisins, en þó ekki heimildir sem breyta stjórnarskránni.[47] Aðild Noregs að EES-samstarfinu hvílir því á þeim grunni, ólíkt Íslandi, að valdheimildir hafi verið framseldar til alþjóðastofnunar umfram það sem leiða mætti af almennum og óskráðum viðmiðum þjóðaréttar og alþjóðlegs einkamálaréttar og því sem telja mætti minniháttar framsal í því sambandi. Af því leiðir að í Noregi þarf ekki nauðsynlega að skoða síðari viðbætur við EES-samninginn með hliðsjón af öllum samningnum þegar mikilvægi þeirra er metið. Virðist því að áliti sumra fræðimanna vera meira svigrúm til að skoða þær sem einangrað fyrirbæri þar í landi.[48]

Varðandi þriðja orkupakkann hefur í Noregi verið talið að hann feli í sér framsal ríkisvalds til alþjóðlegrar stofnunar, þ.e. ESA.[49] Norska Stórþingið hefur þó litið svo á að framsalið sé „lite inngripende". Það gefur þar í landi heimild til að beita 26. gr. norsku stjórnarskrárinnar sem þýðir að einfaldur meirihluti þingsins nægir til ákvörðunar.[50] Sú túlkun norska stórþingsins að umrætt valdframsal teljist „lite inngripende" er þó ekki óumdeild.[51]

Í þessu samhengi er einnig rétt að geta 20. gr. dönsku stjórnarskrárinnar sem veitir heimild til að framselja ríkisvald til alþjóðlegra stofnana með þeim ströngu skilyrðum sem rætt er um í

---

[47] Í 2. mgr. 115. norsku stjórnarskrárinnar segir að áskilnaður 1. mgr. um samþykki með ¾ hluta atkvæða gildi ekki um framsal valds til alþjóðlegrar stofnunar til að taka ákvarðanir sem einungis binda Noreg að þjóðarétti („bare har folkerettslig virkning for Norge"). Umfjöllun um hvers konar ákvarðanir falla undir 2. mgr. 115. gr. stjórnarskrárinnar má finna í bréfi Det Kongelige Justis- og Beredskapsdepartement (lovavdelingen) frá 27/2 2018 til Olje- og Energidepartementet, sbr. einkum kafla 2.4.

[48] Þessi skoðun er þó fjarri því að vera óumdeild, sbr. t.d. Erik Holmöyvik: Sikker konstitusjonell praksis i Nytt Nordisk Tidsskrift, nr. 2/2013 Iniversitetsforlaget, bls. 117 og áfram.

[49] Þess skal hér getið að Eivind Smith, prófessor í stjórnskipunarrétti við háskólann í Osló, hefur látið hafa eftir sér í blaðinu Nationen fyrri part árs 2018 að bindandi ákvörðun yfirþjóðlegrar stofnunar sem hvorki norska Stórþingið né ríkisstjórn geti haft nokkur áhrif á raski einmitt þeirri valdaskiptingu sem norska stjórnarskráin tekur mið af.

[50] Sjá nánar um afstöðu norskra stjórnvalda í bréfi Det Kongelige Justis- og Beredskapsdepartement (lovavdelingen) frá 27/2 2018 til Olje- og Energidepartementet, sbr. einkum kafla 3.7. Í kafla 3.4 í bréfinu er að finna viss viðmið um það hvað skuli teljast „lite inngripende" þar í landi miðað við framkvæmdina þar. Sjá einnig um svipuð sjónarmið hjá Halvard Haukeland Fredriksen: EU – byråene, Grundloven og EÖS-avtalens bærekraft i Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1 2018, bls. 7.

[51] Sjá t.d. skýrslu Hans Petter Graver, prófessors við lagadeild háskólans í Osló, *Grunnlovens § 115 og ACER-saken* frá 2018, bls. 37, en þar dregur skýrsluhöfundur þá ályktun að það orki tvímælis að líta á umrætt valdframsal sem „lite inngripende". Í því samhengi bendir skýrsluhöfundur m.a. á að samkvæmt ákvæðum þriðja orkupakkans séu ákvarðanir ESA ekki eingöngu bindandi fyrir innlend eftirlitsstjórnvöld að þjóðarétti heldur einnig að landsrétti. Sjá einnig svipuð sjónarmið hjá Halvard Haukeland Fredriksen: EU – byråene, Grundloven og EÖS- avtalens bærekraft i Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1 2018, bls. 7.

greininni (samþykki 5/6 danska Stórþingsins eða einfaldur meirihluti í þjóðaratkvæðagreiðslu). Skilyrðin eru hins vegar vægari þegar um er að ræða þjóðréttarsamninga sem ekki hafa þessi einkenni.[52]

4.2.2. Hvaða ríkisvald er framselt?

Engar skýrar heimildir er að finna í íslenskum stjórnskipunarreglum fyrir framsali ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana, eins og áður segir.[53] Við mat á því hvort framsal ríkisvalds til alþjóðlegrar stofnunar samræmist stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, skiptir máli hvers konar ríkisvald er framselt viðkomandi stofnun, þ.e. framkvæmdarvald, dómsvald eða löggjafarvald.[54]

Hvað *framkvæmdarvald* varðar skiptir öllu máli að kanna hvers eðlis framsalið er. Gengið væri út frá því að í því fælist vald til að taka bindandi ákvarðanir sem beindust að einstaklingum eða lögaðilum og ennfremur vald til að setja almenn stjórnsýslufyrirmæli á grundvelli almennra laga. Framsal framkvæmdarvalds getur falist í því að alþjóðlegum stofnunum sé falið vald til að taka ákvarðanir sem væru gildar og bindu hendur íslenskra aðila eða eftir atvikum til að setja reglur sem hefðu stöðu almennra stjórnsýslufyrirmæla. Þegar slíkir samningar um framsal ríkisvalds væru metnir skipti máli að meta hversu íþyngjandi og umfangsmiklar þær valdheimildir væru sem gert væri ráð fyrir að framseldar yrðu. Máli skiptir hvort viðkomandi stofnanir geti framkvæmt ákvarðanirnar hér á landi en slíkt myndi alla jafna fela í sér talsvert inngrip í fullveldisrétt. *Tilmæli og álit* sem stofnanirnar geta beint til íslenskra stjórnvalda teljast hins vegar til óbindandi gerða og myndu að jafnaði ekki fela í sér framsal framkvæmdarvalds. Framkvæmdarvald sem felst í heimild til að krefja innlendar stofnanir um upplýsingar vekja heldur ekki upp stjórnskipuleg álitaefni. Niðurstaðan er því að öllu framsali sem felur í sér heimildir alþjóðlegra stofnana til að taka *lagalega bindandi ákvarðanir* sem hafa áhrif á hagsmuni einstaklinga og fyrirtækja hér á landi eru settar þröngar stjórnskipulegar skorður, en mun minni ef slíkar ákvarðanir beinast einungis að ríkinu sjálfu eða stofnunum þess og ef þær teljast ekki verulega umfangsmiklar og íþyngjandi. Eins og nánar verður vikið að hér síðar er lagt til grundvallar í álitsgerð þessari að valdframsal til ESA, m.a. samkvæmt reglugerð nr. 713/2009, feli í sér framsal á framkvæmdarvaldi til stofnunarinnar. Kemur því til skoðunar hvort framsalið rúmist innan þeirra marka sem stjórnarskráin setur slíku.

---

[52] Jens Hartig Danielsen, *Suverænitetsafgivelse*, bls. 66. Þar segir: „Kerneeksemplet for § 20´s anvendelsesområde er herefter nok tilfælde, hvor et mellemsfolkeligt organ beføjes til direkte i forhold til danske borgere at pålægge disse forpligtelser og tildele dem rettigheder ... Men lige så sikkert falder også andre tilfælde indenfor § 20, hvor det ikke er et sådan umiddelbart forhold mellem det mellemfolkelige organ og danske borgere og virksomheder, men hvor det kan konstanteres en komptenseændring mellem den danske myndighed og det mellefolkelige organ ... Tiltrædelse af traktater hvorved konkrete danske myndigheder indplaceres i et underordnelsesforhold i forhold til en mellemfolkelig myndighed, som har instruktionsbeføjelser i forhold til den konkrete danske myndighed, forudsætter derfor andvendelsen af § 20 ...“

[53] Sjá nánar Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur - Undirstöður og handhafar ríkisvalds*, bls. 142-147.

[54] Ákvæði 2. gr. stjórnarskrárinnar hljóðar svo: „Alþingi og forseti Íslands fara saman með löggjafarvaldið. Forseti og önnur stjórnarvöld samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum fara með framkvæmdarvaldið. Dómendur fara með dómsvaldið.“

Að því er *dómsvald* varðar er viðurkennt að fela megi alþjóðlegum dómstóli úrlausnarvald til að túlka þjóðréttarlegar skyldur sem leiða af þjóðréttarsamningi og hvíla á ríkinu eða stofnunum þess, án þess að viðurkenning slíks dómsvalds feli í sér óleyfilegt framsal á slíku valdi. Þó hefur verið viðurkennt að öllu slíku framsali á dómsvaldi sé þröngur stakkur sniðinn. Hér skiptir þó miklu máli að kanna hvort úrlausnir slíks dómstóls séu bindandi fyrir einkaaðila og hvort um sé að ræða dómstól sem Ísland á aðild að.

Um *löggjafarvald* er álitaefnið hvort setning laga eða fyrirmæla af hálfu alþjóðlegs aðila gæti hugsanlega falið í sér brot á 2. gr. stjórnarskrárinnar sem kveður á um að Alþingi og forseti Íslands fari saman með löggjafarvaldið. Sé löggjafinn ekki bundinn við lagasetningu sem fram fer innan viðkomandi samstarfs, heldur hefur fullt vald til að ákveða hvaða reglur skuli teknar í lög um það efni hér á landi, þá felur slíkt ekki í sér framsal löggjafarvalds. Við það er og miðað við upptöku nýrra gerða í EES-samninginn.

4.2.3. Viðmiðanir

Þegar metið er hvort eða að hvaða marki framsal ríkisvalds til alþjóðlegrar stofnunar geti átt sér stað verður jafnframt að hafa hliðsjón af eftirfarandi viðmiðunum sem stuðst er við í þjóðarétti og alþjóðlegum einkamálarétti (lagaskilarétti) til að afmarka vald ríkisins gagnvart valdi annarra ríkja eða alþjóðastofnana. Eftirfarandi eru þær viðmiðanir sem telja má að skipti hvað mestu máli við mat á því hvort framsal framkvæmdarvalds til ESA, m.a. samkvæmt reglugerð nr. 713/2009, standist stjórnarskrána:[55]

1. Er framsalið víðtækt?

Hér skal þess getið að því eru takmörk sett hversu *víðtækar og umfangsmiklar* þær skyldur geta verið sem íslenska ríkið gæti tekið á sig gagnvart erlendum aðilum að óbreyttri stjórnarskrá og getur það einnig gilt þótt um svonefnda hefðbundna þjóðréttarsamninga sé að ræða, þ.e. þá þjóðréttarsamninga sem ekki hafa bein réttaráhrif fyrir einstaklinga og fyrirtæki í viðkomandi ríki. Skyldur samkvæmt þjóðréttarsamningi geta bæði verið víðtækar og umfangsmiklar t.d. vegna þess að þær nái til mikils hluta löggjafar eða dómsvalds aðildarríkis. Almennt má segja að því víðtækara sem framsal er því fyrr nálgist það leyfileg mörk stjórnarskrárinnar um framsal ríkisvalds.

2. Er framsalið vel skilgreint?

Ef skyldurnar eru ekki vel skilgreindar eða óljósar gæti niðurstaðan hæglega orðið sú að mörk leyfilegs framsals ríkisvalds nálgist. Segja má að skyldur ríkis geti þá orðið bæði ófyrirsjáanlegar og ólýðræðislegar. Slíka ályktun má m.a. byggja á lögmætisreglunni sem

[55] Sjá álitsgerð Bjargar Thorarensen og Stefáns Más Stefánssonar frá 25. apríl 2012 um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn.

mælir fyrir um að heimildir til framsals valds til alþjóðlegra stofnana þurfi að vera skýrar og ótvíræðar.

3. Er framsalið einhliða eða gagnkvæmt?

Skyldur samkvæmt þjóðréttarsamningi kunna að vera mjög *einhliða*, t.d. ef ekki væri til staðar eðlilegt jafnvægi í viðkomandi samningi heldur réði annar samningsaðilinn ferðinni að miklu leyti þegar teknar væru ákvarðanir samkvæmt samningnum. Ákveðin gagnkvæmni er því mikilvægur þáttur þegar metin eru mörk leyfilegs framsals ríkisvalds samkvæmt stjórnarskránni. Svipuð sjónarmið koma til álita ef afleiðingar þess að ekki er fylgt ákveðnum reglum væru mjög íþyngjandi fyrir annan aðilann. Því má eflaust almennt segja að eftir því sem meira skorti á gagnkvæmni í viðkomandi þjóðréttarsamningi því fyrr nálgist leyfileg mörk stjórnarskrárinnar um framsal ríkisvalds.

4. Að hvaða aðilum beinast ákvarðanir yfirþjóðlegs valds?

Ýmsar skerðingar grundvallarmannréttinda eða aðrar íþyngjandi ákvarðanir gagnvart íslenskum borgurum og fyrirtækjum eru verndaðar með ákvæðum stjórnarskrárinnar. Hafi alþjóðastofnun fengið vald til að taka ákvörðun, t.d. sektarákvörðun, gagnvart einstaklingum eða fyrirtækjum hér á landi koma þessi sjónarmið um stjórnarskrárvernd sérstaklega til álita. Íslenska stjórnarskráin áskilur borgurum sínum og fyrirtækjum rétt til þess að bera ágreining um embættistakmörk yfirvalda undir dómstóla, sbr. 60. gr. stjórnarskrárinnar, auk þess sem þessir aðilar eiga tvímælalausan rétt á dómstólavernd hér á landi. Hafið er yfir allan vafa að íslenska stjórnarskráin áskilur borgurum sínum og lögaðilum ríka og sambærilega vernd gagnvart slíkum ákvörðunum erlendra aðila. Beinist ákvarðanir af þessu tagi hins vegar eingöngu gegn íslenska ríkinu eða stofnunum þess eru mörk stjórnarskrárinnar til framsals ríkisvalds rýmri.

5. Forsendur EES-samningsins

Í EES-samstarfinu vakna stöðugt fleiri álitaefni um hvort farið sé út fyrir mörk stjórnarskrárinnar með þróun EES-samningsins og innleiðingu nýrra gerða sem stefna að auknu valdframsali til alþjóðastofnana. Á sínum tíma var EES-samningurinn talinn fela í sér framsal valdheimilda í þeim mæli að hann taldist á mörkum þess sem stjórnarskráin heimilaði. Þannig hafa forsendur breyst í ýmsu tilliti frá því að samningurinn tók gildi en á þeim tíma kom einkum til álita sektarvald ESA í samkeppnismálum sem atriði sem gengi of langt. Síðar hafa önnur óskyld svið bæst við.[56] Þótt hver þessara breytinga geti staðist skoðun ef litið er á þær einangrað og ekki í heildarmynd, kann að fara svo að mun meira vald verði framselt til alþjóðastofnana en heimilt hefði verið ef allar breytingar

[56] T.d. Schengen-gerðirnar, ákvæði 27. gr. samkeppnislaga, sem binda hendur íslenskra dómstóla m.a. við ákvörðun ESA, sektarvald ESA í flugmálum og margvíslegar heimildir í tengslum við innleiðingu reglugerða um eftirlit með fjármálamörkuðum sem fela í sér ákvörðunarvald gagnvart einkaaðilum.

hefðu legið fyrir ljósar í upphafi. EES-samningurinn gerir að vísu ráð fyrir að hann muni breytast í framtíðinni til samræmis við þróun innan Evrópusambandsins. Að því leyti er þróun hans fyrirsjáanleg. Það á hins vegar fyrst og fremst við um efnisreglur en ekki aukna tilfærslu valdheimilda til alþjóðastofnana, enda er tekið skýrt fram í álitsgerð nefndar utanríkisráðherra um EES-samninginn frá 1992 að gera ætti eða mætti stjórnarskrárbreytingu ef forsendur nefndarinnar (fyrir því að EES-samningurinn stæðist íslenska stjórnarskrá) stæðust ekki.

6. Tveggja stoða kerfi

EES-samningurinn byggir á tveggja stoða kerfi. Ef tekið er upp eftirlitskerfi innan EES sem fellur ekki að tveggja stoða kerfinu en væri reist á því að einhver stofnun ESB færi með slíkt hlutverk gagnvart t.d. Íslandi, gæti það skapað vafa um hvort slíkt fyrirkomulag fengi samrýmst ákvæðum stjórnarskrárinnar. Ástæðan er einkum sú að samningur með þessum hætti gæti orðið mjög einhliða og ófyrirsjáanlegur miðað við forsendur EES-samningsins, sbr. töluliði 2 og 3 hér að framan. Þó skiptir hér máli hvort ákvarðanir slíkrar stofnunar bindi einstaklinga og lögaðila eða aðeins ríkið og stofnanir þess.

7. Þýðing fullveldissjónarmiða

Við túlkun ákvæða stjórnarskrárinnar sem varða fullveldi íslenska ríkisins verður að hafa í huga síaukna alþjóðlega samvinnu á öllum sviðum. Þau ákvæði stjórnarskrárinnar sem hér eru til skoðunar eru gömul að stofni til. Alþjóðlegt samstarf hefur fært þjóðir heims saman og Ísland er þar þátttakandi. Þessa þróun er eðlilegt að hafa í huga þegar ákvæði stjórnarskrárinnar eru túlkuð. Er þá miðað við að þær alþjóðlegu stofnanir sem vald er framselt til byggist á lýðræðislegum grundvelli og að þær viðurkenni meginreglur um réttláta málsmeðferð og réttláta stjórnsýslu. Á sama hátt getur skipt máli hvort framsalið leiði af þjóðréttarsamningi sem stefnir að lögmætum markmiðum í þágu friðar og menningarlegra, félagslegra eða efnahagslegra framfara. Því er eðlilegt að líta svo á að ákveðið svigrúm sé fyrir hendi til að túlka þessi ákvæði þannig að ekki þrengi um of að möguleikum Íslands sem fullvalda þjóðréttaraðila til að tryggja hagsmuni sína og þegna sinna sem best í samstarfi og samningum við aðrar þjóðir.

8. Svigrúm löggjafans til að túlka stjórnarskrána

Ekkert eitt af þeim atriðum sem um ræðir í töluliðum 1-7 hér að framan ræður að jafnaði úrslitum um að hvaða marki íslensk stjórnarskrá heimilar framsal einstakra þátta ríkisvaldsins til alþjóðlegra stofnana eða annars ríkis. Segja má öllu fremur að það séu *heildaráhrif* þeirra sem máli skipta. Eðlilegt er að gera ráð fyrir því að ákvæði stjórnarskrárinnar séu túlkuð með hliðsjón af gildandi þjóðarétti á hverjum tíma að því marki sem unnt er að samrýma slíka túlkun fullveldisrétti ríkisins og réttaröryggi borgaranna. Við þessar aðstæður er ekki óeðlilegt að löggjafinn sjálfur, hinn lýðræðislega

kjörni meirihluti Alþingis, hafi visst svigrúm til að túlka stjórnarskrána með hliðsjón af tilteknum þjóðréttarsamningum eins og að framan greinir, í eins konar umboði stjórnarskrárgjafans. Þetta á því fremur við þar sem hér á landi eru ekki til sérstakir stjórnskipunardómstólar eða aðrar stofnanir sem hafa það hlutverk að túlka stjórnarskrána með bindandi hætti. Svigrúm löggjafans í þessum efnum er þó ekki takmarkalaust.

4.3. Valdframsal til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009

4.3.1. Almenn atriði

Sem fyrr segir er kveðið á um það í 7., 8. og 9. gr. reglugerðar nr. 713/2009 að ACER (ESA gagnvart EES/EFTA-ríkjunum) geti tekið ákvarðanir um nánar tilgreind atriði er varða grunnvirki yfir landamæri. Í þessum kafla verður sjónum aðallega beint að 8. gr. reglugerðarinnar, sem veitir ESA vald til að taka *lagalega bindandi ákvarðanir* varðandi *skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis yfir landamæri*, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Ljóst þykir að slíkar ákvarðanir ESA geta haft bein og óbein áhrif á hagsmuni einstaklinga og lögaðila hér á landi, svo og almannahagsmuni sem tengjast nýtingu raforkukerfisins. Í eftirfarandi umfjöllun verður 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, sem felur í sér framsal á ríkisvaldi til ESA, skoðuð í ljósi þeirra stjórnskipulegu viðmiðana sem gerð hefur verið grein fyrir í kafla 4.2 hér að framan, og á þeim grundvelli lagt mat á hvort umrætt fyrirkomulag reglugerðarinnar samrýmist stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Umfjöllun kaflans miðast við að *ESA* fari með vald til að taka ákvarðanir á grundvelli reglugerðar nr. 713/2009, þ.e. gagnvart EES/EFTA-ríkjunum, sbr. ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017. Þrátt fyrir að valdið sé þannig formlega hjá ESA er ljóst að ACER mun hafa mikið að segja um efni ákvarðana sem ESA tekur á grundvelli reglugerðarinnar, enda semur ACER drög að ákvörðunum og leggur þau fyrir ESA. Það má því velta fyrir sér hvort ákvörðunarvaldið sé í raun hjá ACER[57] og að hlutverk ESA sé aðallega formlegs eðlis í því skyni að fyrirkomulag reglugerðarinnar samræmist betur tveggja stoða kerfinu. Færa má rök fyrir því að í raun sé ákvörðunarvaldið að hluta til framselt stofnun sem heyrir undir Evrópusambandið og *stendur utan EFTA-stoðarinnar*, þ.e. ACER. Í þessu ljósi má leggja til grundvallar að gera verði *enn ríkari kröfur* en ella til þess að valdframsalið, sem felst í 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, standist þær stjórnskipulegu viðmiðanir sem áður hafa verið raktar, m.a. varðandi tveggja stoða kerfi EES-samningsins, sbr. einkum kafla 4.2.2. og 4.2.3. hér að framan.

Þess ber að geta í þessu samhengi að ESA hefur ýmsa möguleika á að hafa áhrif á efni þeirra „draga" að ákvörðunum sem ACER semur og leggur fyrir ESA, sbr. d-lið liðar 5 í 1. gr. ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, sbr. og umfjöllun í kafla 3.4.1 álitsgerðarinnar. Í tilvísuðu ákvæði ákvörðunarinnar segir þannig m.a. að ESA og ACER skuli

[57] Sjá hér í svipaða átt Halvard Haukeland Fredriksen: EU – byråene, Grundloven og EÖS- avtalens bærekraft i Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1 2018, bls. 6 þar sem hann ræðir um að ekki sé gert ráð fyrir að ákvörðunarvald ESA sé raunverulegt heldur eigi ESA að leggja drög ACER til grundvallar.

vinna „náið saman“ þegar ákvarðanir, álit og tilmæli eru samþykkt. Jafnframt skal ESA eiga rétt á að taka fullan þátt í starfi ACER, þó án atkvæðisréttar, og öfugt. Þá er gert ráð fyrir því í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar að sú staða geti komið upp að ágreiningur rísi milli ACER og ESA að því er varðar framkvæmd umræddra ákvæða. Skulu stofnanirnar þá leitast við að leysa ágreininginn en ella er unnt að vísa málinu til sameiginlegu EES-nefndarinnar til umfjöllunar. Í þessu felst m.a. að ESA getur neitað að samþykkja drög að ákvörðunum sem ACER leggur fyrir ESA ef ekki næst samstaða milli stofnananna og er þrautalendingin þá sú að vísa málinu til sameiginlegu EES-nefndarinnar.

Framangreint breytir þó ekki því meginatriði, sem áður var gerð grein fyrir, að drög að ákvörðunum eru í grunninn samin af ACER og að áhrif ACER á efni ákvarðana ESA hljóta því að vera veruleg. Virðist þannig gert ráð fyrir því að stefnumótun varðandi efni og framkvæmd umræddra ákvæða reglugerðar nr. 713/2009 muni einkum fara fram á vettvangi ACER, þrátt fyrir að ESA eigi vissulega aðkomu að því ferli og geti haft áhrif á það með þeim hætti sem að framan greinir.

4.3.2. Eðli og áhrif ákvarðana ESA

Í 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 felst að ESA fari með vald til að taka ákvarðanir um *skilmála og skilyrði* fyrir aðgangi að og rekstraröryggi grunnvirkis yfir landamæri, þar á meðal verklagsreglu fyrir úthlutun flutningsgetu, tímamörk úthlutunar og álagningu tiltekinna gjalda á notendur, sbr. nánar 2. mgr. ákvæðisins. Ákvarðanir ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar yrðu, sem fyrr segir, lagalega skuldbindandi hér á landi ef reglugerðin yrði innleidd í landsrétt. Bæri landsbundnum eftirlitsyfirvöldum, s.s. Orkustofnun, þá jafnframt lagaskylda til að fara að og framkvæma slíkar ákvarðanir ESA, sbr. d-lið 1. mgr. 37. gr. tilskipunar 2009/72/EB. Innleiðing 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 myndi þannig fela í sér að framkvæmdarvald, sem falið er íslenskum stjórnvöldum samkvæmt stjórnarskránni, væri framselt ESA sem fyrr segir, sbr. og kafla 4.2.2 hér að framan.

Eins og áður kom fram í álitsgerð þessari kemur ekki til þess að ESA taki ákvörðun á grundvelli 8. gr. reglugerðarinnar *nema* „a) ef lögbær landsbundin eftirlitsyfirvöld hafa ekki getað komist að samkomulagi um málið innan sex mánaða frá því að því var vísað til síðasta stjórnvaldsins eða b) að fenginni sameiginlegri beiðni lögbærra landsbundinna eftirlitsyfirvalda“. Ísland hefur því ekki fullt forræði á því hvort máli sé vísað til ESA til ákvörðunar, heldur er skylt að gera það ef sex mánuðir líða án þess að landsbundnum eftirlitsyfirvöldum (s.s. Orkustofnun og eftirlitsyfirvald í öðru aðildarríki) hafi tekist að leiða málið til lykta.

Ómögulegt er að sjá fyrir hversu mikið myndi kveða að ákvörðunum ESA á íslenskum raforkumarkaði, ef 8. gr. reglugerðarinnar væri innleidd í landsrétt og grunnvirki yfir landamæri komið á fót hér á landi. Því verður t.d. ekkert fullyrt um á þessu stigi hversu margar ákvarðanir yrðu teknar af ESA með stoð í 8. gr. reglugerðarinnar eða hversu víðtækar þær yrðu. Einnig skal minnt á að íslensk eftirlitsyfirvöld myndu, samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, hafa nokkuð vítt

svigrúm til að vísa málum til ESA til ákvörðunar, til viðbótar þeim tilvikum þar sem beinlínis er skylt að gera það.

Þótt ákvarðanir ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar beinist að forminu til að eftirlitsyfirvöldum hér á landi (s.s. Orkustofnun), þá breytir það því ekki að þær geta jafnframt haft áhrif á *hagsmuni einstaklinga og lögaðila*, bæði þá sem stunda raforkustarfsemi og notendur raforkukerfisins (auk þess að hafa einnig áhrif á *almannahagsmuni* tengda nýtingu raforkukerfisins). Það er einkum tvennt sem tekur af skarið um að umræddar ákvarðanir muni hafa þessi áhrif. Í fyrsta lagi eru þær teknar á grundvelli reglugerðar en þær eru *bindandi í sérhverju tilliti og fá lagagildi í öllum aðildarríkjum ESB samtímis*.[58] Í öðru lagi er sérstaklega kveðið á um það í fyrrgreindri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar að EFTA-ríkin eða hvaða einstaklingur eða lögpersóna sem er geti hafið málarekstur gegn ESA fyrir EFTA-dómstólnum í samræmi við 36. og 37. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Þar með er því slegið föstu að einstaklingar og lögpersónur geti átt aðild að umræddum ákvörðunum ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009.

Innlendum eftirlitsyfirvöldum ber jafnframt lagaskylda til að fara að og framkvæma slíkar ákvarðanir ESA, sbr. d-lið 1. mgr. 37. gr. tilskipunar 2009/72/EB, eins og fyrr greinir. Ef ESA tæki ákvörðun á grundvelli 8. gr. reglugerðarinnar væri innlendu eftirlitsyfirvaldi, t.d. Orkustofnun, þannig skylt að framfylgja henni *að landsrétti* gagnvart þeim málsaðila/-aðilum sem í hlut eiga, t.d. innlendum raforkufyrirtækjum og notendum raforkukerfisins.

Af framansögðu er ljóst að raunverulegt efni og réttaráhrif ákvarðana ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 snúa ekki eingöngu að innlendum eftirlitsyfirvöldum, heldur varða þau einnig hagsmuni einstaklinga og lögaðila.[59] Á þetta t.d. ljóslega við um ákvarðanir ESA sem varða álagningu tiltekinna gjalda „á notendur" grunnvirkja yfir landamæri, sbr. d-lið 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar. Ákvarðanir ESA hafa jafnframt lagalega bindandi áhrif að landsrétti en eru ekki einungis þjóðréttarlegs eðlis.[60]

---

[58] Tilskipanir eru hins vegar að jafnaði aðeins bindandi fyrir aðildarríkin.

[59] Hans Petter Graver, prófessor við lagadeild Háskólans í Osló, dregur sambærilega ályktun að því er varðar efni og réttaráhrif ákvarðana ACER/ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 í skýrslu sinni *Grunnlovens § 115 og ACER-saken* frá 2018. Á bls. 40 í skýrslunni er komist svo að orði: „Når dette direktivet er innlemmet i EØS-avtalen og innlemmet i norsk rett, har ESA og Kommisjonen fått myndighet til å treffe beslutninger som den nasjonale reguleringsmyndigheten er forpliktet til å overholde og gjennomføre. Formelt er disse beslutningene rettet til nasjonale myndigheter, det vil si forvaltningen, men reelt er de ment å skape rettigheter og plikter for private."

[60] Sjá einnig til hliðsjónar fyrrnefnda skýrslu Hans Petter Graver, *Grunnlovens § 115 og ACER-saken*, bls. 40-41: „For det andre er Norge forpliktet til å gjennomføre artikkel 37 i norsk rett. Det følger av dette at EØS-loven § 2 kommer til anvendelse. Det innebærer at den nasjonale myndighetens plikt til å gjennomføre ESAs og kommisjonens vedtak går foran andre bestemmelser i norsk rett som regulerer samme forhold. Dette er en mye sterkere forpliktelse til å gjennomføre folkerettslige forpliktelser enn den som for øvrig følger av det generelle forholdet mellom folkeretten og norsk rett. Dette betyr at en delegasjon av en myndighet til å fastsette forpliktelser av folkerettslig karakter innenfor rammen av EØS-samarbeidet ikke kan sammenlignes med en delegasjon av slik kompetanse i andre sammenhenger. Dette taler for ikke å anse EFTAs overvåkningsorgans myndighet som en myndighet som er

Þá verður að hafa í huga í þessu sambandi að samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar verða ákvarðanir íslenskra stjórnvalda almennt bornar undir dómstóla til endurskoðunar, sem skera m.a. úr um hvort stjórnvöld hafi farið að lögum í störfum sínum. Ljóst er að ákvarðanir ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 verða sem slíkar ekki bornar undir íslenska dómstóla á grundvelli fyrrgreinds stjórnarskrárákvæðis, heldur er gert ráð fyrir því að unnt verði að skjóta slíkum ákvörðunum til EFTA-dómstólsins, sbr. 36. og 37. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls EFTA, sem fyrr segir. Af því leiðir að væri ákvörðun innlends eftirlitsstjórnvalds, t.d. Orkustofnunar, tekin á grundvelli *bindandi ákvörðunar/fyrirmæla ESA* samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, þá myndi slík ákvörðun almennt ekki geta sætt efnislegri endurskoðun íslenskra dómstóla, a.m.k. ekki þannig að hróflað væri við ákvörðun ESA sem slíkri.[61]

Í ljósi eðlis og áhrifa ákvarðana ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, og þess að þær sæta sem slíkar ekki endurskoðun íslenskra dómstóla, má telja að gera verði *strangar kröfur* til þess að valdframsalið standist þær stjórnskipulegu viðmiðanir sem raktar voru hér að framan, sbr. einkum kafla 4.2.2 og 4.2.3, einkum að framsalið sé vel afmarkað og skilgreint, að það varði ekki réttarstöðu einstaklinga og lögaðila og að það standist þær forsendur sem Ísland byggði á við gerð EES-samningsins, m.a. um fyrirsjáanleika.

4.3.3. Er valdframsal til ESA vel afmarkað og skilgreint?

Við mat á hvort framsal ríkisvalds til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 standist stjórnarskrána verður m.a. að horfa til þess hvort framsalið sé *vel afmarkað og skilgreint*, sbr. kafla 4.2.3. Eins og fram hefur komið skal ESA samkvæmt ákvæðinu „taka ákvörðun í málum sem varða reglusetningu, falla innan valdheimilda landsbundinna eftirlitsyfirvalda, og kunna að innihalda skilyrði og skilmála fyrir aðgangi [að] og rekstraröryggi" grunnvirkja yfir landamæri. Ákvæðið skilgreinir ekki með tæmandi hætti hvers konar mál það eru sem geta varðað „skilmála og skilyrði fyrir aðgangi að" og „rekstraröryggi" grunnvirkja yfir landamæri. Áréttað skal að 2. mgr. 8. gr., sem segir að skilmálar og skilyrði o.s.frv. „skuli taka til" (e. „shall include") tilgreindra atriða (m.a. álagningar tilgreindra gjalda á notendur), útilokar ekki að fleiri atriði geti komið hér til álita, og þar með fallið undir ákvörðunarvald ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, t.d. skilyrði og skilmálar er varða skipulag og starfsemi þeirra fyrirtækja sem sækjast eftir aðgangi að viðkomandi grunnvirki. Jafnframt er gert ráð fyrir því að framkvæmdastjórn ESB útlisti nánar valdheimildir ACER að þessu leyti í viðmiðunarreglum, sem fyrr segir, sbr. 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

---

av folkerettslig karakter, siden EFTAs overvåkningsorgans vedtak vil være bindende for den nasjonale myndigheten også på internrettslig grunnlag."

[61] Eftir sem áður væru íslenskir dómstólar bærir til að taka afstöðu til þess almenna álitaefnis hvort framsal ríkisvalds til ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðarinnar samræmdist íslensku stjórnarskránni. Á slíkt gæti t.d. reynt ef ákvörðun Orkustofnunar af framangreindum toga væri borin undir íslenska dómstóla á grundvelli 60. gr. stjórnarskrárinnar, og málsaðili héldi fram þeirri málsástæðu að ákvörðunin væri ólögmæt og óskuldbindandi þar sem hún byggðist á framsali ríkisvalds til ESA sem rúmaðist ekki innan ákvæða stjórnarskrárinnar.

Með hliðsjón af framansögðu er torvelt að líta svo á að framsal ríkisvalds samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 sé vel afmarkað og skilgreint. Virðist fremur verða að líta svo á að valdheimildir ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar yrðu óljósar og háðar túlkun á þeim hugtökum sem að framan greinir. Ekki er með góðu móti unnt að átta sig á því hvernig ESA muni skýra valdheimildir sínar samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, en væntanlega mun túlkun ACER á samsvarandi valdheimildum þeirrar stofnunar gagnvart ESB-ríkjunum hafa þar afgerandi áhrif, ásamt fyrrgreindum viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar ESB. Í það minnsta verður ekki litið svo á að afmörkun og skilgreining valdframsals til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar uppfylli þær *ríku kröfur* sem gera verður til valdframsals af þeim toga sem hér um ræðir. Í því sambandi er einkum til þess að líta að ákvarðanir ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðarinnar beinast ekki einungis að hérlendum eftirlitsyfirvöldum, heldur varða þær í raun beint og óbeint mikilvæga hagsmuni einstaklinga og lögaðila, og einnig ríka almannahagsmuni tengda raforkukerfinu og nýtingu þess, eins og fyrr segir. Þá verður að hafa í huga þau miklu áhrif sem ACER hefur á ákvarðanatöku ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, sbr. umfjöllun í framangreindum köflum. Slíkt fyrirkomulag fellur jafnframt illa að tveggja stoða kerfi EES-samningsins, sem er meðal þeirra viðmiðunaratriða sem litið er til við mat á því hvort framsal ríkisvalds til alþjóðlegrar stofnunar rúmist innan stjórnarskrárinnar, sbr. nánar umfjöllun í kafla 4.2.3. hér að framan.

Fram er komið að hér á landi fara ekki fram viðskipti yfir landamæri með raforku, sem valdframsal til ESA samkvæmt reglugerð nr. 713/2009 snýr aðallega að.[62] Það breytir því þó ekki að innleiðing þriðja orkupakkans þarf að standast stjórnarskrána. Í því sambandi verður að hafa hugfast að lagasetning sem brýtur gegn stjórnarskránni getur haft skaðlegar afleiðingar í för með sér, og skiptir þá í sjálfu sér ekki máli hvort slíkar afleiðingar koma fram strax við samþykkt laganna eða á síðari tímapunkti. Til að mynda getur lagasetning, sem brýtur gegn stjórnarskrá, bakað íslenska ríkinu bótaskyldu gagnvart einstaklingum og lögaðilum vegna tjóns sem þeir verða fyrir vegna slíkrar lagasetningar. Slík bótakrafa einstaklinga eða lögaðila á hendur íslenska ríkinu verður höfð uppi þegar tjón hefur orðið, en það getur í sjálfu sér gerst löngu eftir að viðkomandi lög eru samþykkt á Alþingi. Hvað sem líður hugsanlegum bótakröfum af þessum toga hefur vafi um stjórnskipulegt gildi innleiðingar þriðja orkupakkans í för með sér réttaróvissu sem ekki verður við unað.[63]

---

[62] Áréttað skal að þriðji orkupakkinn leggur enga skyldu á aðildarríki um að koma á fót raforkutengingu/grunnvirkjum yfir landamæri. Verði raforkutengingum milli Íslands og Evrópu komið á ber að hafa í huga að meginreglurnar í 11. og 12. gr. EES-samningsins um bann við magntakmörkunum á inn- og útflutningi fá fullt gildi. Þær gilda því fullum fetum að því leyti sem afleidd löggjöf hefur ekki að geyma frávik frá þeim. Þessar meginreglur ganga þó ekki svo langt að þær gefi markaðsaðilum rétt á að krefjast þess að raforkutengingum sé komið á eða þær stækkaðar. Ekki má þó gleyma að hafni Orkustofnun umsókn fyrirtækis þar að lútandi gæti fyrirtækið snúið sér til ESA með kæru sem gæti endað með samningsbrotamáli gegn Íslandi. Slík staða gæti reynst Íslandi erfið.

[63] Sjá einnig umfjöllun í kafla 4.3.2 hér að framan um möguleika málsaðila á að láta reyna á það fyrir íslenskum dómstólum hvort valdframsal til ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 stæðist stjórnarskrá, með því að

4.4. Niðurstaða um framsal ríkisvalds til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009

Með vísan til framanritaðs er það niðurstaða höfunda álitsgerðarinnar að verulegur vafi leiki á því hvort framsal ákvörðunarvalds til ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, eins og ráðgert er að taka hana upp í EES-samninginn samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, rúmist innan ákvæða stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Er þá m.a. tekið tillit til þeirra almennu stjórnskipulegu viðmiðana sem líta ber til í þessum efnum, sbr. kafla 4.2.2 og 4.2.3, og þeirra sérstöku sjónarmiða sem eiga við um það viðfangsefni sem hér er til athugunar. Skal sérstaklega tekið fram að sjónarmið um forsendur EES-samningsins[64], afmörkun framsalsins og víðfeðmi þess, sbr. kafla 4.3.2. og 4.3.3, teljast vega þungt í þessu sambandi.

Með vísan til framanritaðs er það álit höfunda að ekki séu að óbreyttu forsendur til þess að Ísland aflétti stjórnskipulegum fyrirvara við umrædda ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um að taka þriðja orkupakkann upp í EES-samninginn, sbr. 1. mgr. 103. gr. EES-samningsins, nema tryggt sé að reglugerð nr. 713/2009 verði innleidd í íslenskan rétt á þann hátt að samræmist stjórnarskránni, sjá nánar kafla 4.1. og 4.3.3.

4.5. Dæmi um önnur stjórnskipuleg álitaefni tengd þriðja orkupakkanum

Þótt viðfangsefni álitsgerðar þessarar einskorðist að mestu við valdheimildir ESA/ACER samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, verður í þessum kafla stuttlega vikið að heimildum ACER til að veita nánar tilgreindar undanþágur samkvæmt reglugerð nr. 714/2009. Í framhaldi af því verður vikið stuttlega að kröfum til sjálfstæðis landsbundinna eftirlitsyfirvalda samkvæmt tilskipun 2009/72/EB.

4.5.1. Veiting undanþága samkvæmt reglugerð nr. 714/2009

Ákvæði 1. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009 gerir ráð fyrir því að heimilt sé að undanþiggja í takmarkaðan tíma, sé þess óskað, nýja „jafnstraumstengla" frá vissum skyldum þegar ákveðnar forsendur eru fyrir hendi sem nánar eru taldar upp í greininni. Hér er t.d. um að ræða undanþágu frá greiðsluskyldu vegna úthlutunar á samtengingu[65] (sbr. 6. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar, sbr. einnig 20. og 21. gr. aðfararorða hennar), um skyldu til sundurgreiningar flutningskerfa og flutningskerfisstjóra og um aðgang þriðja aðila að flutnings- eða dreifikerfum á hlutlægum grundvelli og án þess að kerfisnotendum sé mismunað (sbr. 9. og 32. gr. tilskipunar 2009/72/EB).

---

bera viðkomandi ákvörðun Orkustofnunar (eða annars innlends eftirlitsstjórnvalds) undir dómstóla í skjóli 60. gr. stjórnarskrárinnar.

[64] Sjá m.a. kafla 4.2.3.

[65] Greiðslur þessar eru notaðar til að leysa úr kerfisöng, sbr. 6. gr. 16. gr. reglugerðarinnar. Með hugtakinu kerfisöng er átt við aðstæður þar sem samtengilína, sem tengir saman landsbundin flutningsnet, getur ekki ráðið við allt raunverulegt flæði vegna alþjóðaviðskipta, sem markaðsaðilar hafa óskað eftir, vegna skorts á flutningsgetu samtenglanna og/eða hlutaðeigandi landsbundinna flutningskerfa, sbr. c) lið 2. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunar 714/2009.

Hér er aðalatriði að eftirlitsyfirvöld í viðkomandi ríkum taka ákvörðun um undanþágurnar, sbr. nánar 4. mgr. 17. gr. reglugerðar nr. 714/2009. Hafi viðkomandi eftirlitsyfirvöld komist að samkomulagi skal það tilkynnt til ACER. Náist hins vegar ekki samkomulag innan tiltekins tíma skal ACER taka ákvörðunina, sbr. nánar 5. mgr. umræddrar greinar. Aðildarríkin geta þó ákveðið að fara aðrar leiðir og krafist þess að eftirlitsyfirvaldið eða ACER leggi álit sitt á beiðninni fyrir viðeigandi aðila í aðildarríkinu til ákvörðunar og ber að tilkynna slíkt til framkvæmdastjórnarinnar. Framkvæmdastjórnin getur síðan ákveðið að óska eftir því við tilkynningarskylda aðila að þeir dragi til baka eða breyti viðkomandi ákvörðun og er slík ákvörðun bindandi, sbr. 8. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar.

Ekki verður betur séð en að umræddar undanþágur muni beinast að markaðsaðilum, þ.e. ekki eingöngu að opinberum fyrirtækjum heldur einnig að einkaaðilum sem kunna að stunda raforkuvinnslu, flutning eða dreifingu. Það að ESA sé (gagnvart EES/EFTA-ríkjunum) falið vald til að veita slíkar undanþágur samkvæmt nánari ákvæðum reglugerðar nr. 714/2009 kann að vekja upp hliðstæð stjórnskipuleg álitaefni og heimildir ESA til að taka lagalega bindandi ákvarðanir samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Þar sem viðfangsefni álitsgerðar þessarar er einkum bundið við síðarnefndu reglugerðina, verður ekki fjallað frekar um reglugerð nr. 714/2009 á þessum vettvangi.

4.5.2. Sjálfstæði landsbundinna eftirlitsyfirvalda

Á sviði raforkumála tekur Evrópusambandið (eða stofnanir þess) ákvarðanir (og setur reglur) sem EFTA ríkin yfirtaka að öllu leyti hvað varðar viðskipti yfir landamæri.[66] Hér á landi er eftirlit með því að þessum reglum sé fylgt og þær framkvæmdar einkum á hendi Orkustofnunar. Í 34. gr. aðfararorða tilskipunar 2009/72/EB segir, hvað varðar landsbundna eftirlitsaðila í aðildarríkjunum, að eftirlitsaðili eigi að geta tekið ákvarðanir í tengslum við öll viðeigandi mál um lög og reglur og skuli vera óháður hvers konar öðrum einka- og almannahagsmunum. Sjálfstæði landsbundinna eftirlitsaðila útilokar þó hvorki endurskoðunarvald dómstóla né þinglegt eftirlit í samræmi við stjórnskipunarlög aðildarríkjanna.

Áður er komið fram að samkvæmt 35. gr. tilskipunar 2009/72/EB skal tryggja að eftirlitsaðili sé sjálfstæður gagnvart raforkufyrirtækjum og lagalega aðgreindur frá öllum öðrum opinberum aðilum. Hann skal taka sjálfstæðar ákvarðanir óháð öðrum aðilum á sviði stjórnmála og hafa aðskildar árlegar fjárúthlutanir, sjálfræði við framkvæmd fjárúthlutana og fullnægjandi mannafla og fjármagn til að sinna skyldustörfum sínum. Ákvæði eru einnig um sjálfstæði stjórnarmanna eftirlitsaðila. ACER skal tryggja að eftirlitsstarfsemi landsbundinna eftirlitsyfirvalda sé í samræmi við tilskipun 2009/72/EB.

[66] Þetta gildir þó ekki um valdheimildir innanlands að svo miklu leyti sem annað leiðir ekki af EES-samningnum og löggjöf ESB eins og hún hefur verið tekin upp í hann.

Eins og áður kom fram er Orkustofnun sérstök ríkisstofnun sem heyrir undir yfirstjórn ráðherra, sbr. 1. gr. laga nr. 87/2003 um Orkustofnun.[67] Ráðherra skipar forstöðumann Orkustofnunar til fimm ára í senn og nefnist hann orkumálastjóri. Orkumálastjóri fer með stjórn og daglegan rekstur Orkustofnunar og ræður annað starfslið stofnunarinnar, sbr. 5. gr. fyrrnefndra laga.

Þótt Orkustofnun sé samkvæmt framansögðu sérstakt stjórnvald, sem er lagalega aðskilið frá ráðherra og öðrum opinberum aðilum, þá heyrir Orkustofnun eftir sem áður undir almennar *eftirlits- og yfirstjórnunarheimildir* ráðherra, sem æðra stjórnvalds, í samræmi við almennar reglur stjórnsýsluréttar, enda kveða fyrrnefnd lög um stofnunina ekki á um annað fyrirkomulag, a.m.k. ekki með skýrum hætti.[68] Orkustofnun er þannig ekki að öllu leyti stjórnunarlega sjálfstæð gagnvart ráðherra, líkt og á hins vegar við um ýmsar aðrar stofnanir, t.d. Samkeppniseftirlitið. Vekur þetta spurningar um hvort lagaleg umgjörð Orkustofnunar fullnægi þeim kröfum sem tilskipun 2009/72/EB gerir til sjálfstæðis landsbundinna eftirlitsaðila. Slíkt er sjálfstætt athugunarefni sem ekki verður vikið frekar að hér.

5. Mögulegar lausnir

Eins og áður var rakið er ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017 um að taka þriðja orkupakkann upp í EES-samninginn enn bundin stjórnskipulegum fyrirvara af hálfu Íslands. Sé lagt til grundvallar að valdframsal til ESA samkvæmt þriðja orkupakkanum, m.a. samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, rúmist ekki innan stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, er ljóst að ekki eru forsendur til að Alþingi aflétti þeim fyrirvara í heild sinni, og verður þriðji orkupakkinn þá heldur ekki innleiddur í íslenskan landsrétt að óbreyttu. Sé stjórnskipulegum fyrirvara viðhaldið í heild sinni þýðir það að fyrirvarinn gildir um öll EES/EFTA-ríkin, sbr. 2. mgr. 93. gr. EES-samningsins. Það er réttur EES/EFTA-ríkjanna samkvæmt EES-samningnum að neita upptöku gerða í EES-samninginn og eftirfarandi innleiðingu á viðkomandi gerðum á þeim grundvelli, sbr. 103. gr. EES-samningsins. Slíkt kallar hins vegar á sáttameðferð á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar, sbr. 102. gr. EES-samningsins.[69]

EES-samstarfið byggist á þeirri forsendu að EES/EFTA-ríkin innleiði löggjöf Evrópusambandsins í landsrétt sinn á þeim sviðum sem EES-samningurinn tekur til, hvort heldur óbreytta eða með aðlögunum m.a. með hliðsjón af forsendum EES-samningsins og sérstöðu hvers ríkis um sig. Í því ljósi virðist nærtækt að Ísland leiti lausna sem eru fólgnar í því að aðlaga

[67] Nánar tiltekið atvinnuvega- og nýsköpunarráðherra, sbr. 2. gr. forsetaúrskurðar um skiptingu stjórnarmálefna milli ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands nr. 84/2017.

[68] Sjá t.d. athugasemdir í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 87/2003 um Orkustofnun (athugasemdir við 5. gr.): „Orkumálastjóri er forstöðumaður Orkustofnunar og ber hann ábyrgð á stjórn hennar og daglegum rekstri í samræmi við erindisbréf frá ráðherra. Er á því byggt að hlutverk hans verði í samræmi við það hlutverk sem forstöðumenn ríkisstofnana almennt hafa."

[69] Málsmeðferðin í 111. gr. EES-samningsins á því aðeins við að um sé að ræða ágreining um beitingu eða túlkun samningsins. Hún á því ekki við hér og heldur ekki 112. gr. um öryggisráðstafanir.

ákvæði þriðja orkupakkans þannig að þau fái samrýmst þeim takmörkunum sem stjórnarskráin setur framsali ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana líkt og ESA. Um slíkar lausnir þyrfti þá að semja á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar í samræmi við málsmeðferð samkvæmt 102. gr. EES-samningsins. Ein möguleg lausn gæti falist í því að Ísland fari fram á undanþágur frá reglugerðum nr. 713/2009 og 714/2009 í heild, m.a. á þeirri forsendu að hér á landi fari ekki fram raforkuviðskipti milli landa, og eigi fyrrgreindar reglugerðir því ekki við um aðstæður hér á landi. Kosturinn við þessa aðferð er að hún er tiltölulega einföld í framkvæmd og mætti segja að EES/EFTA-ríkin töluðu einum rómi ef slíkar undanþágur fyrir Ísland yrðu samþykktar.[70]

Önnur lausn gæti falist í því að þriðji orkupakkinn verði innleiddur í íslenskan rétt en með lagalegum fyrirvara um að ákvæði hans um grunnvirki yfir landamæri, t.d. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, öðlist ekki gildi, enda er slíkum grunnvirkjum ekki fyrir að fara hér á landi. Grunnforsenda þessarar lausnar væri þá sú að þriðji orkupakkinn leggi ekki skyldur á Ísland til að koma á fót grunnvirkjum yfir landamæri, heldur sé ákvörðun um það alfarið á forræði Íslands. Ef Ísland tæki ákvörðun um að leggja grunnvirki yfir landamæri, yrðu ákvæði þriðja orkupakkans um grunnvirki yfir landamæri tekin að nýju til skoðunar og þá m.a. með tilliti til þess hvort þau samrýmist stjórnarskránni. Þessi lausn er þó ekki gallalaus.

6. Nánar um einstök álitaefni

6.1. Almennt

Eftir að drög að álitsgerð þessari voru send ráðuneytinu lét ráðuneytið í té nokkrar athugasemdir við drögin. Af hálfu höfunda hefur verið leitast við að taka tillit til þeirra athugasemda í umfjölluninni hér að framan, og hefur þannig m.a. verið dýpkað og skerpt á ýmsum atriðum í einstökum köflum álitsgerðarinnar í samræmi við athugasemdirnar. Hér í framhaldinu verður jafnframt fjallað nánar um nokkur meginatriði sem nefnd eru sérstaklega í athugasemdum ráðuneytisins.

6.2. Viðtakendur ákvarðana ESA - efni og réttaráhrif slíkra ákvarðana

Þegar metið er hvort framsal framkvæmdarvalds, líkt og hér um ræðir, standist ákvæði stjórnarskrárinnar skiptir m.a. máli hvort ákvarðanir viðkomandi stofnunar (þ.e. þeirrar alþjóðlegu stofnunar sem vald er framselt til, hér ESA), beinist að einstaklingum og lögaðilum í viðkomandi ríki, eða eingöngu að stjórnvöldum í því ríki. Á það er bent af hálfu ráðuneytisins að ákvarðanir ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 muni ekki beinast að einstaklingum og lögaðilum sem slíkum, heldur að innlendum eftirlitsstjórnvöldum (s.s. Orkustofnun). Að mati höfunda álitsgerðarinnar breytir það þó ekki því meginatriði, að slíkar ákvarðanir ESA munu geta

[70] Ýmis fordæmi eru fyrir sambærilegum undanþágum. Þær eru á því byggðar að samstaða verði um þær innan sameiginlegu EES-nefndarinnar. Er skemmst að minnast ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn o.fl., þar sem kveðið er á um að tilskipun 2009/73/EB og reglugerð nr. 715/2009 (um jarðgas) skuli ekki gilda um Ísland, sbr. 1. gr. (liðir 3 og 4) ákvörðunarinnar.

haft veruleg áhrif á mikilvæga hagsmuni einstaklinga og lögaðila hér á landi, þ.m.t. raforkufyrirtæki og einstaka notendur raforkukerfisins. Einnig geta ákvarðanir ESA haft áhrif á veigamikla þjóðfélagslega hagsmuni, þ.e. nýtingu á orkuauðlindum þjóðarinnar. Með öðrum orðum myndu *efni og réttaráhrif* slíkra ákvarðana ESA í raun beinast að þeim einstaklingum og lögaðilum sem eiga í hlut, s.s. notendum raforkukerfisins, þrátt fyrir að „viðtakandi" ákvörðunar ESA væri að formi til innlent eftirlitsstjórnvald (t.d. Orkustofnun). Augljóst dæmi um þessa aðstöðu væri ef ESA tæki ákvörðun varðandi „álagningu *gjalda á notendur* grunnvirkis..." skv. d-lið 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar, en réttaráhrif slíkrar ákvörðunar myndu binda þá notendur sem gjöldin eru lögð á.[71] Sama á við um ákvarðanir ESA varðandi þau atriði sem getið er í öðrum stafliðum ákvæðisins, þ.e. a-lið (um „verklagsreglu fyrir úthlutun flutningsgetu"), b-lið (um „tímamörk úthlutunar") og c-lið (um „hlutdeild í tekjum vegna kerfisangar"), en í síðastnefndum tilvikum myndi ákvörðun ESA í raun varða réttindi og hagsmuni þeirra einstaklinga og lögaðila sem eiga í hlut (s.s. fyrirtækja sem sækjast eftir aðgangi að viðkomandi raforkugrunnvirki).[72] Það er því ljóst að ákvarðanir ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar myndu því í raun geta snert beina fjárhagslega hagsmuni viðkomandi einstaklinga og lögaðila, á borð við notendur raforkukerfisins og raforkufyrirtæki, m.a. hvernig raforkuflutningsgetu er skipt milli þeirra (sbr. „úthlutun flutningsgetu" og „tímamörk" hennar).[73] Í öllum tilfellum væri Orkustofnun (eða annað innlent eftirlitsstjórnvald ef því er að skipta) jafnframt *bundin* af viðkomandi ákvörðun ESA og Orkustofnun því í raun að starfa í umboði og eftir bindandi fyrirmælum ESA. Niðurstaðan er því sú að ESA hefði heimild til að taka ákvarðanir sem í raun binda einstaklinga og lögaðila hér á landi hvað sem líður hlutverki Orkustofnunar í þeirri málsmeðferð sem er aðallega formlegs eðlis.

Að mati höfunda verður þannig, við mat á úrlausnarefninu, fyrst og fremst að horfa til *raunverulegra réttaráhrifa og inntaks* ákvarðana ESA á grundvelli 8. gr. reglugerðarinnar, fremur en að líta eingöngu til þess að *viðtakendur* slíkra ákvarðana séu innlend stjórnvöld en ekki notendur eða raforkufyrirtæki sem slík. Gera verði skýran greinarmun á þessu tvennu.

Vissulega má taka undir það, sem fram kemur í athugasemdum ráðuneytisins, að það að „viðtakendur" umræddra ákvarðana ESA séu innlend stjórnvöld, en ekki notendur eða raforkufyrirtæki sem slík, *geti haft þýðingu* við mat á því hvort framsal valds til ESA standist stjórnarskrána. Höfundar telja þetta atriði þó, eitt sér, ekki vega svo þungt að það hafi

[71] Áherslubreyting höfunda. Vakin er athygli á því að væru slík gjöld (sbr. d-lið 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar) talin fela í sér skattlagningu í skilningi 40. og 77. gr. stjórnarskrárinnar, þá myndu tilvísuð stjórnarskrárákvæði, einkum 77. gr. (sem girðir að mestu fyrir framsal skattlagningarvalds frá löggjafanum til *framkvæmdarvaldsins*), girða fyrir að vald til að kveða á um slíka gjaldtöku sé framselt til ESA, hvað sem öðru líður.

[72] Áréttað skal að framangreind upptalning í 2. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar er samkvæmt orðalagi ákvæðisins ekki nauðsynlega tæmandi og kynnu ákvarðanir ESA því að geta beinst að fleiri atriðum en beinlínis eru talin upp í einstökum stafliðum 2. mgr.

[73] Eftirfarandi er tilbúið dæmi til nánari skýringar: Raforkufyrirtæki óskar eftir því við Orkustofnun að fá að flytja tiltekið magn af rafmagni um sæstreng til Bretlands. Íslensk og bresk stjórnvöld ná ekki samkomulagi um skilyrði og skilmála fyrir þessu. Hér sker yfirþjóðleg stofnun úr þessari deilu aðildarríkjanna en hún varðar viðkomandi raforkufyrirtæki beint.

úrslitaþýðingu. Þvert á móti *vegur þyngst* að mati höfunda að raunverulegt efni og réttaráhrif slíkra ákvarðana ESA binda einstaklinga og lögaðila hér á landi, með þeim hætti sem að framan greinir, hver svo sem formlegur viðtakandi slíkra ákvarðana er. Síðastgreint atriði, ásamt öðrum sem áður hafa verið rakin, telja höfundar að leiði til þeirrar ályktunar að verulegur vafi leiki á því hvort umrætt valdframsal til ESA rúmist innan stjórnarskrárinnar.

Jafnvel þó að lagt væri til grundvallar að ákvarðanir ESA beindust einungis að innlendum eftirlitsstjórnvöldum (t.d. Orkustofnun), þá verður engu að síður að hafa í huga að ákvörðunarvald hinnar erlendu stofnunar skv. reglugerð nr. 713/2009 tekur a.m.k. óbeint til skipulags og ráðstöfunar á *mikilvægri orkuauðlind þjóðarinnar*. Slíkt valdframsal getur ekki talist minni háttar í skilningi viðmiðana sem líta ber til við mat á stjórnskipulegu lögmæti valdframsals til alþjóðlegra stofnana á sviði EES-samningsins. Þessu má, með einhverri einföldun, líkja við að ESA væri falið vald til að ákveða leyfilegan hámarksafla ríkja á sviði sjávarútvegs. Af framangreindum ástæðum, og þar sem umrætt valdframsal til ESA lýtur að nýtingu og ráðstöfun orkuauðlinda, verður valdheimildum ESA skv. reglugerð nr. 713/2009 ekki jafnað til áþekkra valdheimilda sem ESA hefur fengið eftir gildistöku EES-samningsins s.s. á grundvelli reglna um fjármálamarkaði, flugöryggi og losunarheimildir.

6.3. Svigrúm löggjafans til að túlka stjórnarskrána

Taka má undir það, sem nefnt er í athugasemdum ráðuneytisins, og svo sem rakið er í kafla 4.2.3 álitsgerðarinnar, að löggjafinn hefur visst svigrúm við túlkun á stjórnarskránni og þá m.a. við mat á því hvort lagasetning, sem felur í sér framsal á ríkisvaldi til alþjóðlegrar stofnunar, rúmist innan þeirra marka sem stjórnarskráin setur slíku valdframsali. Það er enda svo að þær viðmiðanir, sem litið hefur verið til við mat á stjórnskipulegu lögmæti slíks valdframsals, eru matskenndar. Þó er ljóst að svigrúm löggjafans í þessum efnum er ekki án takmarkana. Hlýtur meginreglan þvert á móti að vera sú, að mati höfunda, að þar sem stjórnarskrárgjafinn hefur ekki veitt löggjafanum beina heimild til valdframsals til alþjóðlegra stofnana, af þeim toga sem hér um ræðir, þá hljóti svigrúmi löggjafans í þessum efnum almennt að vera þröngur stakkur sniðinn. Löggjafinn ætti því að stíga varlega til jarðar í þessum efnum. EES-samningurinn er byggður á þeirri forsendu að innan hans verði ákveðin þróun sem felst í því að breyta má viðaukum hans og sumum bókunum. Forsendur EES-samningsins snúa hins vegar fyrst og fremst að *efnisreglum* og upptöku þeirra í landsrétt, en ekki að aukinni valdtilfærslu til alþjóðlegra stofnana, sbr. einnig umfjöllun í kafla 4.2.3 (liður 5).

6.4. Innleiðing 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009

Fram hefur komið að ekki standi til að innleiða 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 í landsrétt jafnvel þótt þriðji orkupakkinn væri tekinn upp í EES-samninginn (að undangengnu samþykki Alþingis á fyrirliggjandi ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017), þar sem Ísland sé ekki tengt við innri orkumarkað ESB (t.d. gegnum sæstreng). Að mati höfunda er þó til þess að líta að samþykki Alþingi umræddra ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar óbreytta (og aflétti þar

með stjórnskipulegum fyrirvara við hana), þá bakar Ísland sér *þjóðréttarlega skuldbindingu* til að innleiða reglugerð nr. 713/2009 í landsrétt, með þeim breytingum/aðlögunum sem leiða af umræddri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, sbr. 7. gr. EES-samningsins.[74] Myndi Íslandi því bera skylda til að innleiða reglugerðina í landsrétt með aðlögunum sem leiða af ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Þetta þýðir jafnframt að taka verður afstöðu til þess nú þegar hvort 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 (og aðrir hlutar þriðja orkupakkans ef því er að skipta) standist stjórnarskrána, og það *áður* en Alþingi ákveður hvort samþykkja skuli umrædda ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar.

6.5. Er framsal ríkisvalds afturkallanlegt?

Í athugasemdum ráðuneytisins er m.a. bent á að eitt þeirra atriða, sem líta beri til við mat á stjórnskipulegu lögmæti framsals ríkisvalds til alþjóðlegrar stofnunar, sé hvort framsal ríkisvalds sé *afturkallanlegt* eða ekki.

Fyrir liggur að væri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017 samþykkt af hálfu Alþingis (og stjórnskipulegum fyrirvara þar með aflétt), væri Ísland sem fyrr segir *skuldbundið samkvæmt EES-samningnum* til að innleiða reglugerð nr. 713/2009 í landsrétt, ásamt öðrum hlutum þriðja orkupakkans. Reglugerðin verður þó ekki hluti af íslenskum landsrétti fyrr en Alþingi hefur innleitt hana með lagasetningu.

Ef Alþingi myndi samþykkja ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, en léti allt að einu hjá líða að innleiða reglugerð nr. 713/2009 í landsrétt, þá fæli slíkt í sér brot gegn skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum og gæti það m.a. orðið til þess að ESA höfðaði samningsbrotamál á hendur Íslandi. Af sömu ástæðum myndi Alþingi í raun ekki geta fellt úr gildi lagasetningu sem innleiddi reglugerð nr. 713/2009 í landsrétt. Jafnframt verður ekki séð að Ísland geti óskað eftir breytingum á ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar eftir að hún hefur öðlast endanlegt gildi (með því að Ísland aflétti stjórnskipulegum fyrirvara við hana). Samkvæmt framansögðu er vandséð að Ísland gæti „afturkallað" framsal ríkisvalds til ESA á grundvelli reglugerðar nr. 713/2009, ef reglugerðin væri tekin upp í EES-samninginn.

Loks skal tekið fram að EES-samningurinn er uppsegjanlegur sem slíkur, sbr. 127. gr. Höfundar telja að sú staðreynd hafi þó engin teljandi áhrif við mat á því hvort upptaka og innleiðing EES-reglna, sem hér er fjallað um, fari í bága við stjórnarskrána.

---

[74] Sjá 7. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993: „Gerðir sem vísað er til eða er að finna í viðaukum við samning þennan, eða ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar, binda samningsaðila og eru þær eða verða teknar upp í landsrétt sem hér segir: *a. gerð sem samsvarar reglugerð EBE skal sem slík tekin upp í landsrétt samningsaðila*; b. gerð sem samsvarar tilskipun EBE skal veita yfirvöldum samningsaðila val um form og aðferð við framkvæmdina." (áherslubreyting höfunda)

7 Niðurstöður í stuttu máli

Álitsgerð þessi snýst einkum um 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, en reglugerðin er hluti af þriðja orkupakka ESB. Með 8. gr. reglugerðarinnar er orkustofnun ESB, Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), m.a. falið vald til að taka vissar ákvarðanir sem varða flutningsvirki sem flytja raforku milli ríkja sem mynda sameiginlegan raforkumarkað ESB. Álitaefnið sem hér er til skoðunar er nánar tiltekið hvort 8. gr. reglugerðarinnar eins og ráðgert er að taka hana upp í EES- samninginn rúmist innan stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 verði reglugerðin innleidd í íslenskan rétt.

Fyrir liggur ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um að taka þriðja orkupakkann upp í EES-samninginn frá 5. maí 2017. Ákvörðunin er enn bundin stjórnskipulegum fyrirvara af hálfu Íslands. Samkvæmt ákvörðuninni mun Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) taka ákvarðanir samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 gagnvart EES/EFTA-ríkjunum, þ.m.t. Íslandi. Ísland er þó ekki tengt sameiginlegum raforkumarkaði ESB, enda er grunnvirkjum yfir landamæri, sem flutt gætu raforku til og frá Íslandi, ekki fyrir að fara hér á landi.

Verði þriðji orkupakkinn innleiddur hér á landi verður ESA samkvæmt 8. gr. reglugerðarinna falið vald til að taka ákvarðanir um skilyrði og skilmála fyrir aðgangi að grunnvirkjum yfir landamæri verði slíkum grunnvirkjum á annað borð komið á fót hér á landi. Slíkar ákvarðanir ESA geta m.a. lotið að því hvernig flutningsgetu er úthlutað milli raforkufyrirtækja og notenda hér á landi og annars staðar á EES-svæðinu, sem og fleiri atriðum er snerta grunnvirki yfir landamæri.

Verði 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009 tekin upp í EES-samningsins og innleidd í íslenskan rétt í óbreyttri mynd mun reglugerðarákvæðið fela í sér framsal framkvæmdarvalds til ESA sem ella væri á hendi íslenskra stjórnvalda. Verður ESA þá falið vald til að taka ákvarðanir sem munu binda íslensk stjórnvöld að landsrétti og munu um leið varða hagsmuni mikilsverða raforkufyrirtækja og notenda raforkukerfisins beint og óbeint. ACER myndi einnig hafa umtalsverð áhrif á efni ákvarðana ESA. Umræddar ákvarðanir ESA lúta að nýtingu takmarkaðrar auðlindar sem felst í raforkuflutningsgetu um grunnvirki yfir landamæri. Ekki eru fordæmi fyrir slíku valdframsali til alþjóðlegra stofnana á grundvelli EES-samningsins.

Í ljósi eðlis og inntaks valdframsals til ESA, sem felst í 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, telja höfundar vafa undirorpið hvort valdframsalið gangi lengra en rúmist innan ákvæða stjórnarskrárinnar miðað við núverandi aðstæður og forsendur EES-samningsins. Færð eru nánari rök fyrir þessu áliti höfunda í meginmáli álitsgerðarinnar, sjá einkum kafla 4.3.2., 4.3.3. og kafla 4.4. Við skoðun á þessu er einnig mikilvægt að hafa í huga að stjórnarskráin geymir ekki sérstaka heimild til að framselja ríkisvald til alþjóðlegra stofnana. Hingað til hefur slíkt valdframsal hér á landi einkum byggst á fræðikenningum og viðmiðunum sem eru um margt óljósar og matskenndar. Þessu er öðruvísi farið í Noregi og Danmörku en stjórnarskrár þessara ríkja geyma

sérstök ákvæði sem heimila framsal ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, m.a. um aukinn meirihluta í þjóðþingum viðkomandi landa. Þar sem bein ákvæði um slíkt valdframsal skortir í íslensku stjórnarskrána má álykta að heimildir til slíks valdframsals séu almennt séð þröngar í íslenskum rétti.

Áréttað skal að Ísland hefur enn ekki tengst sameiginlegum raforkumarkaði ESB enda er grunnvirkjum yfir landamæri ekki fyrir að fara hér á landi. Meðan sú er raunin er ljóst að ákvæði þriðja orkupakkans um grunnvirki yfir landamæri, þar á meðal 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, eiga ekki við og hafa ekki raunhæfa þýðingu hér á landi. Eftir sem áður telja höfundar ekki forsendur til að Ísland aflétti stjórnskipulegum fyrirvara við ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, um upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn, nema tryggt sé að reglugerð nr. 713/2009 verði innleidd í íslenskan rétt á þann hátt að samræmist stjórnarskránni, sjá nánar kafla 4.1. og 4.3.3.

Möguleg lausn gæti falist í því að þriðji orkupakkinn verði innleiddur í íslenskan rétt en með lagalegum fyrirvara um að ákvæði hans um grunnvirki yfir landamæri, t.d. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009, öðlist ekki gildi, enda er slíkum grunnvirkjum ekki fyrir að fara hér á landi. Grunnforsenda þessarar lausnar væri þá sú að þriðji orkupakkinn leggi ekki skyldur á Ísland til að koma á fót grunnvirkjum yfir landamæri, heldur sé ákvörðun um það alfarið á forræði Íslands. Ef Ísland tæki ákvörðun um að leggja grunnvirki yfir landamæri, yrðu ákvæði þriðja orkupakkans um grunnvirki yfir landamæri tekin að nýju til skoðunar og þá m.a. með tilliti til þess hvort þau samrýmist stjórnarskránni. Þessi lausn er þó ekki gallalaus.

Reykjavík 19. mars 2019

Friðrik Árni Friðriksson Hirst

Stefán Már Stefánsson