

## Framhaldsnefndarálit

### um tillögu til þingsályktunar um staðfestingu ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar, nr. 93/2017, um breytingu á IV. viðauka (Orka) við EES-samninginn (þriðji orkupakkinn).

Frá minni hluta utanríkismálanefndar.

Minni hluti utanríkismálanefndar vísar til ítarlegs nefndarálits á þskj. 1525 um afstöðu til málsins. Mörgum spurningum er enn ósvarað. Þannig hafa engin svör fengist við spurningunni um af hverju liggja á að samþykkja þriðja orkupakkann eða hvaða ávinningur fylgir því fyrir Ísland að samþykkja hann. Þá hefur því ekki verið svarað hvers vegna lagt er fyrir Alþingi að samþykkja reglugerðir sem einungis eiga við þegar komin er á tenging við evrópska raforkukerfið þegar engin slík er fyrir hendi.

#### Eindregin viðvörunarorð.

Fyrir Alþingi liggja í málinu vandaðar lögfræðilegar álitsgerðir en þeim ber ekki að öllu leyti saman. Skyld er þegar uppi eru spurningar tengdar auðlindum að stíga gætilega til jarðar. Í margnefndri álitsgerð Friðriks Árna Friðrikssonar Hirst lögmanns og Stefáns Más Stefáns-sonar, prófessors emeritus við lagadeild Háskóla Íslands, um stjórnskipuleg álitamál tengd framsali ríkisvalds, liggja sem rauður þráður varnaðarorð af ýmsu tagi. Vegur þyngst að mati höfunda að raunverulegt efni og réttaráhrif ákvarðana ESA sem um ræðir binda einstaklinga og lögaðila hér á landi, með þeim hætti sem rakið er í álitsgerð þeirra, hver svo sem formlegur viðtakandi slíkra ákvarðana er. Segja þeir að þetta atriði, ásamt öðrum sem áður hafa verið rakin í álitsgerð þeirra, telji höfundar að leiði til þeirrar ályktunar að „verulegur vafi“ leiki á því hvort umrætt valdframsal til ESA rúmist innan stjórnarskrárinnar.

Enn fremur segja höfundar: „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 lögmati 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. sem á grundvelli reglna um fjármálamarkaði, flugöryggi og losunarheimildir.“

Af tilvitnuðum orðum höfunda má ráða að valdheimildir ESA taka til skipulags, nýtingar og ráðstöfunar mikilvægra orkuauðlinda Íslendinga. Af orðum þeirra má álykta að ef eins væri staðið að málum af hálfu Íslendinga við undirbúning samningsins um Evrópska efna-

hagssvæðið og nú er ráðgert hefði erlendum aðilum verið falið ákvörðunarvald sem snertir fiskveiðiauðlind Íslendinga.

Höfundar segja að „ekki [séu] fordæmi fyrir slíku valdframsali“ sem hér um ræðir „til alþjóðlegra stofnana á grundvelli EES-samningsins“. Þá segja þeir enga heimild 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.“

Höfundar segja að „samþykki Alþingi umrædda 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. 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.“

Þá er jafnframt mikilvægt að líta til þess að viðfangsefni álitserðarinnar var einkum bundið við reglugerð nr. 713/2009. Reglugerð nr. 714/2009 var því mestmegnis utan viðfangsefnis álitserðarinnar. Þrátt fyrir þetta sáu höfundar sig knúna til að tiltaka þau varnarorð að þær undanþágur sem ESA er samkvæmt reglugerðinni falið vald til að veita kynnu að vekja upp hliðstæð stjórnskipuleg álitaeftni og heimildir ESA til að taka lagalega bindandi ákvarðanir skv. 8. gr. reglugerðar nr. 713/2009. Af þessu má ráða að enn eru uppi stjórnskipuleg álitaeftni sem snúa að valdheimildum ESA samkvæmt reglugerð nr. 714/2009.

### **Tvær hugsanlegar lausnir.**

Af hálfu Friðriks Árna Friðrikssonar Hirst og Stefáns Más Stefánssonar var staðfest á fundi utanríkismálanefndar 19. ágúst sl. að megintillaga þeirra lýtur að því að Ísland fari fram á undanþágur frá tveimur tilgreindum reglugerðum í orkupakkanum í heild, m.a. á þeirri forsendu að á Íslandi fari ekki fram raforkuviðskipti milli landa, og fyrrgreindar reglugerðir eigi því ekki við um aðstæður hér á landi.

Í álitserð sinni benda þeir á að það sé 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 kalli hins vegar á sáttmeðferð á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar, sbr. 102. gr. samningsins.

Höfundar taka fram að 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. Segja þeir í álitserð sinni: „Í því ljósi virðist nærtækt að Ísland leiti lausna sem eru fölgnaðar í því að aðlaga 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.“

Af hálfu höfunda er bent á aðra lausn og sýnist hún, eins og lesa má í 6. kafla álitserðarinnar, komin til eftir að utanríkisráðuneytið lét í té nokkrar athugasemdir. Sú lausn er kynnt með þessum orðum: „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.“ Á fundi utanríkismálanefndar 19. ágúst sl. sem opinn var fjölmiðlum sagði Stefán Már Stefánsson þessa lausn hina næstbestu. Af þessu er ljóst að utanríkisráðherra valdi ekki bestu leiðina sem í boði var.

Síðarnefnda lausnin, lakari kosturinn af tveimur að dómi lögfræðilegra ráðunauta utanríkisráðherra, var valin af hálfu ríkisstjórnarinnar. Um þá lausn er fjallað í sjö og hálfri línu í 44 síðna álitu Friðriks og Stefáns Má. Fyrir Alþingi liggur engin lögfræðileg álitserð um þessa lausn; hvort lögfræðilegi fyrirvarinn dugi til að vega upp á móti þjóðréttarlegum skuldbindingum sem fylgja samþykki orkupakkans. Í bréfi höfunda til utanríkisráðherra, dags. 10. apríl 2019, segir þó: „Enginn lögfræðilegur vafi er á því að sú leið sem við lögðum til og lögð er til grundvallar í þingsályktunartillögu utanríkisráðherra er í samræmi við stjórnarskrá. Að okkar mati skiptir sú staðreynd mestu.“ Þessari fullyrðingu fylgir ekki rökstuðningur auk þess sem gefur að skilja að langur vegur er milli sendibréfs og ítarlegrar lögfræðilegrar álitserðar. Um gallana á umræddri leið segja höfundar: „Þeir ágallar sem við teljum vera á þessari leið lúta eingöngu að því hvort upptaka og innleiðing gerðarinnar með þessum hætti verði tilefni til athugunar af hálfu ESA, þ.e. hvort innleiðing gerðarinnar standist þjóðréttarlegar skuldbindingar samkvæmt EES samningnum.“ Síðar í bréfinu taka þeir fram að „að þessi leið sé ekki hafin yfir allan lögfræðilegan vafa“.

Í bréfi höfunda til utanríkismálanefndar dags. 19. ágúst sem ritað var í framhaldi af fundi nefndarinnar sama dag segja þeir telja „mikilvægt að fyrirvarar Íslands, við upptöku og innleiðingu EES-gerða samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 5. maí 2017, séu settir fram með skýrum hætti, þ.e. fyrirvarar um stjórnarskrá og um forræði Íslands á lagningu sæstrengs.“ Segja þeir enn fremur: „Séu fyrirliggjandi skjöl lesin saman, þ.e.a.s. þingsályktunartillaga utanríkisráðherra og þingsályktunartillaga ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra, auk lagafrumvarpa hins síðarnefnda, ásamt greinargerðum og öðrum gögnum, teljum við að fyrirvörunum sé þar réttlæga haldið til haga.“

Athygli vekur að höfundar afmarka athugasemdir sínar við að fyrirvarar Íslands séu nóg samlega kynntir viðeigandi aðilum. Hvergi víkja höfundar orði að þjóðréttarlegu gildi fyrirvaranna enda höfðu þeir í tilvitnuðu bréfi til utanríkisráðherra dags. 10. apríl sl. lýst efasemdum um það atriði. Davíð Þór Björgvinsson, rannsóknaprófessor við Háskóla Íslands, varaforseti Landsréttar og höfundur bókarinnar *EES-réttur og landsréttur*, sagði aðspurður á fundi utanríkismálanefndar 8. maí sl. að þjóðréttarlegt gildi fyrirvarans, sem á þeim tíma var rætt um í eintölu, væri ekkert, hann væri bara til heimabruks. Undir þetta álit, sem Davíð Þór ítrekaði á fundi utanríkismálanefndar 16. ágúst sl., hafa opinberlega tekið fimm hæstaréttarlögmenn og héraðsdómari.

Að öllu þessu virtu er óvarlegt að gera ráð fyrir öðru en að hinir svokölluðu lagalegu fyrirvarar séu haldlausir ef á reynir, t.d. fyrir EFTA-dómstólnum. Lagalegir fyrirvarar af því tagi sem hér eru uppi hljóta að skoðast sem einhliða yfirlýsingar. Slíkar yfirlýsingar eiga sér ekki

stoð í EES-samningnum, sem gerir ráð fyrir að niðurstaða sé fengin á grundvelli samninga með gagnkvæmum hætti á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar eins og aðaltillaga Friðriks Árna Friðrikssonar Hirst og Stefáns Más Stefánssonar snýst um.

Fram hafa komið sjónarmið um að þótt EES-samningurinn feli í sér skýr ákvæði um heimild til að taka upp mál í sameiginlegu EES-nefndinni á grundvelli skýrra ákvæða um málsmeðferð eigi þessi ákvæði að einhverju leyti ekki við í raun. Þannig hefur prófessor dr. Carl Baudenbacher, sem virðist hafa verið kallaður til á síðari stigum, látið í ljósi það álit bæði skriflega og á fundi utanríkismálanefndar 9. maí sl. að aðildarríki EES-samningsins eigi þann rétt sem kveðið er á um en látið uppi efasemdir og varnaðarorð um að þessi leið sé í raun fær. Baudenbacher taldi því að mundi Ísland hafna þriðja orkupakkanum gæti það teflt aðildinni að EES-samningnum í tvísýnu. Þá er líklegt að viðbrögð ESB mundu litast af því að setja fordæmi sem ætlað væri að vera öðrum víti til varnaðar. Athygli vakti að Baudenbacher sá ástæðu til að minna Íslendinga á hollustuskyldu sína við Norðmenn og að taka yrði tillit til hagsmuna þeirra. Sérfræðingurinn ræður íslenskum stjórnvöldum frá að beita samningsbundnu ákvæði sem hann telur þó að þau séu í fullum rétti til að virkja. Enginn lögfræðilegur rökstuðningur fylgir þeirri ráðgjöf heldur er teflt fram hugleiðingum um pólitískar afleiðingar þess að beita ákvæðinu. Þá er þess að geta að fram hefur komið í fjölmiðlum að höfundu voru greiddar umtalsverðar fjárhæðir fyrir álit sitt og mun hærri en öðrum skýrsluhöfundum. Telur minni hluti utanríkismálanefndar ekki hjá því komist að álykta að svo háar greiðslur sem hér um ræðir kunni að vekja spurningar um trúverðugleika álitsins.

Utanríkisráðuneytið fór þess á leit við Alþjóða- og Evrópuréttarstofnun Háskólans í Reykjavík að stofnunin veitti sérfræðilegt álit sitt á því hverjar yrðu lagalegar afleiðingar þess ef Alþingi hafnar afléttingu stjórnskipulegs fyrirvara vegna þriðja orkupakkans. Í umsögn stofnunarinnar er vísað til bókar Sigurðar Líndals og Skúla Magnússonar *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* þar sem segir að rétturinn til að synja laganýmælum ESB á þeim sviðum sem EES-samningurinn nær til sé vissulega fyrir hendi frá formlegu sjónarhorni. Frá pólitísku sjónarhorni telja þeir hann þó vart fyrir hendi, a.m.k. svo framarlega sem stjórnvöld EFTA-rikkjanna vilja halda í EES-samninginn. Á hinn bóginn segja þeir megi líta á heimild EFTA-rikkjanna eins og neyðarhemil sem til greina kæmi að nota við sérstakar aðstæður. Eðlilegt sýnist að skilja ummæli þeirra á þann hátt að við sérstakar aðstæður komi til greina að nota umræddan neyðarhemil en að því tilskildu að pólitískur jarðvegur í garði viðsemjenda hafi verið vel undirbúinn áður.

Í umsögn Alþjóða- og Evrópuréttarstofnunar Háskólans í Reykjavík segir jafnframt að ESB hafi „sýnt mikinn samstarfsvilja til að ná samkomulagi þegar dregist hefur von úr viti að ná samkomulagi um upptöku gerða í EES-samninginn“. Athygli vekur þó það sem segir í framhaldinu: „Þó hefur það gerst að þolinmæði ESB hefur þrotið og sambandið virkjað þau úrræði sem er að finna í 4. mgr. 102. gr. EES-samningsins, en í því felst hótun um að fresta hluta EES-samningsins til bráðabirgða, sbr. 5. mgr. sama ákvæðis.“ Tekin er sem dæmi tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB en málið dróst á langinn vegna andstöðu íslenska ríkisins við sum ákvæði tilskipunarinnar. Segir í umsögninni að eftir að ESB virkjaði 4. mgr. 102. gr. samningsins hafi frekari samningaviðræður átt sér stað á milli samningsaðila og að lokum hafi íslenska ríkið samþykkt að umrædd tilskipun yrði tekin upp í EES-samninginn. Ekki hafi því komið til þess að ESB beitti heimild 5. mgr. 102. gr. samningsins um að fresta hluta viðaukans. Ályktun höfunda umsagnarinnar er að framangreint dæmi sýni að ESB virðist vera tilbúið að beita heimildum 5. mgr. 102. gr. ef sambandið telur ástæðu til.

Vekur athygli að höfundar lýsi framgöngu af hálfu ESB á þann veg að beitt sé hótunum. Einn höfunda umsagnar stofnunarinnar, Margrét Einarsdóttir, rakti í ritrýndri grein sinni

*Vaxandi vandkvæði við framkvæmd EES-samningsins – upptaka afleiðdrar löggjafar sem birt var í Timariti lögfræðinga 2016, samskipti við ESB þegar risið hafa álitæfni um hvort tilteknar Evrópugerðir falli undir gildissvið EES-samningsins. Segir þar um upptöku fyrrgreindrar tilskipunar 2004/38/EB að Alþingi hefði „í raun enga möguleika“ haft til að koma í veg fyrir upptöku hennar í samninginn „öðruvísi en að setja framkvæmd EES-samningsins í algjört uppnám“ (bls. 521). Í greininni er útskýrt að íslensk stjórnvöld byggðu á því frá upphafi að umrædd tilskipun félli ekki undir gildissvið EES-samningsins en að ESB virðist „frá upphafi hafa verið staðráðið í“ að tilskipunin félli undir gildissvið samningsins og „að EFTA-ríkin yrðu að taka hana upp í samninginn“. Þá segir í fræðigreininni: „Þessi skoðun virðist ekki hafa verið byggð á lagarökum heldur var fremur um að ræða pólitískt mat þeirra á mikilvægi tilskipunarinnar fyrir innri markaðinn“, (bls. 517). Verður að telja að hér gæti af hálfu höfundar allharðrar gagnrýni á framgöngu ESB gagnvart viðsemjendum sínum.*

Þá er í greininni vísað til viðtals við embættismann í framkvæmdastjórn ESB sem tekið var í nóvember 2008 og lýsti þessu pólitíska mati: „*Stundum er afstaða okkar sú að gerðir falli undir gildissvið EES-samningsins af því að við viljum að gerðirnar fari inn í samninginn. Í þessum málum ræðum við ekki lagarökun. Gerðirnar falla undir gildissviðið af því að við segjum að þær falli undir gildissviðið...*“. Telja verður viðhorf fulltrúa ESB með ólíkindum. Ef þetta er viðmótið sem mætir Íslandi í samningaviðræðunum kemur kannski ekki á óvart hversu erfiðlega stundum hefur reynt að fá aðlaganir og undanþágur við upptöku gerða í EES-samninginn.

Í framhaldi af framangreindri umfjöllun ræðir höfundur mögulega kosti í viðræðum við ESB. Segir höfundur um þetta atriði eftir að hafa haldið fram að það hafi „þungbærar afleiðingar bæði lagalegar og pólitískt ... að beita neitunarvaldinu“ (bls. 523): „Þó kann að vera í slíkum erfiðum tilfellum að íslenska ríkinu takist að sannfæra ESB um að veita efnislegar aðlaganir, líkt og gerðist varðandi upptöku matvælaöggjafar ESB“ (bls. 523–4). Lýsir höfundur því álitum í framhaldinu að afar mikilvægt sé að íslenska ríkið velji af kostgæfni hvenær þeir (svo) vilja fara í langar og erfiðar samningaviðræður við ESB“ (bls. 524). Höfundur slær þann fyrirvara að það kunni „að vera meiri langtímahagsmunir í því fölgirnir fyrir íslenska ríkið að gefa eftir í sumum tilvikum þegar ESB er eindregið þeirrar skoðunar að tiltekin gerð falli undir gildissvið EES-samningsins, jafnvel þó að íslenska ríkið hafi efasemdir“. Þetta telur höfundur sérstaklega eiga við ef efni hinnar afleiðdu löggjafar „er íslenska ríkinu þóknalegt eða ef veigalitrir hagsmunir fyrir íslenska ríkið eru í húfi“ (bls. 524). Ályktar höfundur í framhaldi af þessu: „Á móti kemur að það getur varla talist lýðræðislegt eða samræmast fullveldi landsins, að íslensk stjórnvöld séu í raun nauðbeygd til að taka löggjöf upp í EES-samninginn sem út frá lagalegu sjónarmiði fellur utan gildissvið samningsins og kann að hafa áhrif á viðkvæm innanlandsmálefni“ (bls. 524). Undir þessi ályktunarorð höfundar tekur minni hlutinn.

Í niðurlagi umsagnar Alþjóða- og Evrópuréttarstofnunar Háskólans í Reykjavík segir að ljóst sé að heimild íslenska ríkisins til að hafna því að aflétta stjórnskipulegum fyrirvara og upptöku gerðar í EES-samninginn feli í sér algjört neyðarúrræði. Synjun íslenska ríkisins um að aflétta stjórnskipulegum fyrirvara fæli í sér fordæmalaus stöðu sem hefði í för með sér mikla lagalega og pólitíska óvissu og setti framkvæmd EES-samningsins í uppnám. Þessi niðurstaða verður vart talin grundvölluð á fullnægjandi rökstuðningi. Orðalag hennar sýnist frasakennt að því leyti að fullyrðing um að framkvæmd samnings sé sett í uppnám er naumast nægilega skýrt orðað til að greina megi með fullnægjandi hætti við hvað er átt. Niðurstaðan er í andstöðu við skýr ákvæði EES-samningsins og styðst ekki við nein reynslurök. Verður því að gjalda varhug við henni.

Ef það er svo að Ísland hefur raunverulega ekki möguleika á því að neita upptöku gerða í EES-samninginn og þar með innleiðingu í íslenskan rétt vekur það upp spurningar um hvort gengið sé gegn 2. gr. stjórnarskrárinnar sem kveður á um að Alþingi og forseti Íslands fari saman með löggjafarvaldið. Í því samhengi má nefna að efni og orðalag Evrópugerða er ákveðið af stofnunum ESB og löggjafarvaldið er að því leyti í höndum stofnana ESB. Þá eru það fulltrúar framkvæmdarvaldsins en ekki löggjafans sem sitja í sameiginlegu EES-nefndinni. Ef neyðarhemill EES-samningsins er í raun óvirkur og Ísland getur ekki hindrað upptöku og innleiðingu löggjafar ESB er eðlilegt að spyrja hvort framsal lagasetningarvalds að þessu leyti samræmist 2. gr. stjórnarskrárinnar.

### **Samningsbrota- og skaðabótamál.**

Í kafla 4.3.3 í álitserð Friðriks Árna Friðrikssonar Hirst og Stefáns Más Stefánssonar vekja þeir máls á því að lagasetning, sem brýtur gegn stjórnarskrá, geti bakað íslenska ríkinu bótaskyldu gagnvart einstaklingum og lögaðilum vegna tjóns sem þeir verða fyrir vegna slíkrar lagasetningar. Segir um þetta atriði: „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.“ Þá bæta höfundar við eftirfarandi athugasemd: „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.“

Í neðanmálgrein 62 á bls. 35 áréttu höfundar að þriðji orkupakkinn leggi enga skyldu á aðildarríki um að koma á fót raforkutengingu/grunnvirkjum yfir landamæri. Segja þeir að ekki megi þó gleyma að hafni Orkustofnun umsókn fyrirtækis þar að lútandi gæti fyrirtækið snúið sér til ESA með kærnu sem gæti endað með samningsbrotamáli gegn Íslandi. „Slík staða gæti reynst Íslandi erfið“ segir þar. Undir þetta sjónarmið hafa tekið opinberlega fimm hæstaréttarlögmenn og héraðsdómari.

Telja verður verulegan ágalla á málsmeðferð ríkisstjórnarinnar að engin gögn hafa verið lögð fram sem að þessu lúta, aðild að slíkum málum, hugsanlegar varnir af hálfu Íslands, skilyrði bótaskyldu og mat á fjárhæð skaðabóta. Hins vegar er í fersku minni að EFTA-dómstóllinn felldi dóm um samningsbrot af Íslands hálfu vegna frystiskyldu á ófrosnu kjöti. Hafa í kjölfarið fallið skaðabætur á ríkissjóð sem nema milljörðum króna. Sýnist engum blöðum um það að fletta að kæmi til sams konar málaferla gegn Íslandi ef sú staða kæmi upp sem lýst er í tilvitnaðri neðanmálgrein 62 gæti farið svo að á ríkissjóð féllu mjög háar skaðabætur í ljósi umfangs framkvæmda á sviði raforkutenginga, og eftir atvikum raforkuframleiðslu, og stórfellds kostnaðar við slíkar framkvæmdir. Hér er uppi áhætta af því tagi að ábyrgðarlaust verður að teljast að greina hana ekki til hlítar og undirbúa viðbúnað gagnvart atburðarás af því tagi sem Íslendingar hafa þegar reynslu af.

Framkvæmdastjórn ESB ákvað 25. júlí sl. að höfða mál gegn Belgíu fyrir Evrópudómstólnum vegna meintrar ófullnægjandi innleiðingar á tilteknum gerðum í þriðja orkupakknum, nánar tiltekið raforkutilskipun 2009/72/EB og jarðgasstilskipun 2009/73/EB. Á vefsíðu framkvæmdastjórnarinnar ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)) kemur fram að Belgía hafi ekki falið hinni innlendu eftirlitsstofnun vald til að taka bindandi ákvarðanir á sviði raforku og jarðgass heldur hafi stofnunin aðeins tillögurétt til ríkisstjórnar sem taki slíkar ákvarðanir. Þá segir að ákvarðanir um tengingu við flutningskerfi raforku og jarðgass séu á hendi stjórnvalda en ekki hinnar innlendu eftirlitsstofnunar eins og krafist er í gerðum þriðja orkupakkans. Sjá má af þessari málshöfðun hve fast ESB sækir að aðildarríki sambandsins, og þá væntanlega

einnig EES/EFTA-ríkin, standi við skuldbindingar sínar sem fylgja innleiðingu þriðja orkupakkans.

### **Áhrif á þjóðarbúskap, þróun raforkuverðs og neytendavernd.**

Þingsályktunartillögu utanríkisráðherra fylgja engar álitsgerðir um áhrif orkupakkans í bráð og lengd á þjóðarbúskap, þróun raforkuverðs og neytendavernd. Hafa þó komið fram fullyrðingar um að orkupakkinn leiði af sér lækkun á raforkuverði og aukna neytendavernd. Staðhæfingar um lækkun raforkuverðs hafa ekki verið studdar neinni greiningu af neinu tagi og stangast á við reynslu hér á landi og í Noregi. Af hálfu Orkunnar okkar liggur fyrir greining á þessum atriðum í skýrslu samtakanna *Áhrifinngöngu Íslands í Orkusamband ESB – frá orkusamvinnu til orkusambands*. Í 8. kafla skýrslunnar koma m.a. fram sterkar röksemdir fyrir því að yrði raforkukerfi Íslands tengt raforkukerfi ESB mundi raforkuverð á Íslandi hækka bæði til fyrirtækja og heimila. Þá mundi raforkunotkun á Íslandi minnka og atvinnutækifærum sem byggjast á raforku fækka að sama skapi. Loks mundi samtenging við evrópskan raforkumarkað sennilega leiða til aukinnar raforkuframleiðslu á Íslandi sem skapa mundi þrýsting á að virkjað yrði til að mæta eftirspurn í Evrópu. Þá er mikilvægt að líta til þess að alla jafna er óheimilt er að hindra virkjanir og banna lagningu sæstrengja ef einkaðilar vilja leggja í slíkar framkvæmdir þar sem slíkt gæti flokkast undir skaðlegar markaðshindranir. Í skýrslunni er raunar tiltekið að ef heimila ætti slíka hindrun þyrftu hlutlæg rök að vera til staðar sem sennilega þyrftu að byggjast á því að meiri verðmæti fælust í verndun umhverfisins á Íslandi en orkuframleiðslu fyrir Evrópu.

Í 4. kafla skýrslunnar er m.a. fjallað um neytendavernd. Þar kemur fram að þrátt fyrir að lykilatríði orkustefnu ESB sé sem samkeppnishæfast og jafnast verð til neytenda er neytendum eftir sem áður ætlað að bera kostnað af koltvíildislosun við raforkuvinnslu. Þá hafa kröfur um meiri endurnýjanlega orku og minni brennslu eldsneytis valdið miklum kostnaði sem lendir á neytendum. Af skýrslu Orkunnar okkar er ljóst að haldlaust er að halda því fram að Íslendingar muni njóta ávinnings af orkupakkanum í formi lægra raforkuverðs eða aukinnar neytendaverndar.

### **Fyrirvarar Norðmanna og fjórði orkupakkinn.**

Fyrir liggur að þriðji orkupakkinn var samþykktur á norska Stórþinginu með einum átta fyrirvörum sem settir voru að kröfu Verkamannaflokksins. Þingsályktunartillögu utanríkisráðherra fylgir engin greinargerð um reynslu Norðmanna, þar á meðal hver hafa verið viðbrögð ESB við fyrirvörunum átta. Þá fylgja engar upplýsingar um dómsmál það sem höfðað hefur verið af hálfu norsku samtakanna Nei til EU vegna málsmeðferðar í norska þinginu og er til meðferðar fyrir héraðsdómi í Noregi (Oslo tingrett). Miðað við fyrirbyggjandi upplýsingar er gert ráð fyrir að héraðsdómur taki afstöðu til frávisunarkröfu norska forsætisráðuneytisins í síðari hluta septembermánaðar.

Evrópuþingið og ráð ESB samþykktu í lok maí sl. gerðir undir heitinu „Clean energy for all Europeans“ sem í daglegu tali hafa héraðslandis verið kallaðar einu nafni fjórði orkupakkinn. Löggjafarpakkinn inniheldur endurskoðun á helstu þáttum í orkulöggjöf ESB og tekur við af gerðum í þriðja orkupakkanum en nær auk þess til fleiri sviða. Úr því að þessar ákvarðanir liggja þegar fyrir er brýnt að meta þriðja orkupakkann með heildaryfirsýn fyrir augum. Engin gögn hafa verið lögð fram af hálfu ríkisstjórnarinnar um umræddan fjórða orkupakka þó að hann hafi verið til skoðunar, a.m.k. í drögum, á vettvangi Stjórnarráðsins um alllangt skeið. Virðist allt bera að sama brunni í þessum efnum að áberandi er skortur á útteknum og greinargerðum um mikilvæga þætti sem snerta þriðja orkupakkann eins og hér hefur verið rakið.

Slíkar úttektir og greinargerðir eru forsenda fyrir því að Alþingi ræki þá skyldu sína að taka upplýsta ákvörðun í málinu.

### Málsmeðferð fram undan.

Í ritrýndri grein Margrétar Einarsdóttur í Tímariti lögfræðinga 2016 *Upptaka afleiddrar löggjafar í EES-samninginn – Hvað er unnt að gera betur?* kemur fram að þegar Alþingi hefur með þingsályktun veitt samþykki sitt fyrir ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar að tiltekna Evrópureglur hljóti lagagildi séu staðfestingarskjöl send til forseta með beiðni um staðfestingu. Samstarfsþjóðum í EFTA er ekki tilkynnt um samþykki Alþingis fyrr en samþykki forseta liggur fyrir (bls. 19).

Fram hefur komið að samþykki Alþingi þingsályktunartillögu utanríkisráðherra um þriðja orkupakkann áformi ríkisstjórnin að taka upp hinar umdeildu Evrópureglur þriðja orkupakkans í íslenska löggjöf með reglugerð ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra. Drögum að reglugerð hefur verið dreift meðal þingmanna. Segir í reglugerðardrögunum að áður nefnd Evrópureglugerð nr. 713/2009 skuli öðlast gildi hér á landi. Er áformað að texti Evrópureglugerðarinnar sem þannig á að lögfesta verði birtur sem fylgiskjal með reglugerðinni.

Í fyrirhugaðri reglugerð ráðherrans segir í 4. gr. að hún sé sett með stoð í 45. gr. raforkulaga og öðlist þegar gildi. Í 45. gr. raforkulaga, nr. 65/2003, segir að ráðherra sé heimilt að setja nánari ákvæði um framkvæmd raforkulaganna í reglugerð. Í því samhengi er áhugavert að líta til skrifa fræðimanna. Í bók Davíðs Þórs Björgvinssonar EES-réttur og landsréttur segir: „Við ákvörðun um það hvort rétt sé að leiða reglugerð í lög með almennum lögum eða almennum stjórnisýslufyrirmælum gilda almenn lögfræðileg sjónarmið. Í framkvæmd er miðað við að fyrst sé gengið úr skugga um hvort unnt sé að leiða reglugerð í lög með almennum stjórnisýslufyrirmælum og hvort nægileg heimild sé til þess í almennum lögum.“ Í ljósi þessa er eðlilegt að spyrja hvort unnt sé að túlka fyrrgreint ákvæði raforkulaga á þann veg að það feli í sér nægjanlega lagastoð til að veita lagagildi hér á landi Evrópureglum um nýtt svið í raforkumálum.

Til hliðsjónar má athuga með hvaða hætti evrópskar almannatryggingarreglur eru lögfestar hér á landi. Í lögum um almannatryggingar, nr. 100/2007, er skýrt tiltekið í 71. gr. að ráðherra sé heimilt að innleiða með reglugerð Evrópureglur á þessu sviði sem samið hefur verið um að taka upp á grundvelli EES-samningsins. Áður nefnd 45. gr. raforkulaga er í engu sambærileg og hefur engin slík ákvæði. Ráðherrann hlýtur því að þurfa að upplýsa Alþingi um hvaða lögfræðilegar álitserðir liggja til grundvallar því að 45. gr. raforkulaga feli í sér nægilega styrka lagastoð fyrir því að veita umræddum orkupakkareglum lagagildi hér á landi með útgáfu reglugerðar.

### Alþingi velji besta kostinn.

Enginn hefur haft fyrir því að útskýra af hverju liggur á að samþykkja þriðja orkupakkann eða hvaða ávinningur fylgir því fyrir Ísland að samþykkja hann. Verður að teljast ráðgáta hvers vegna lagt er fyrir Alþingi að samþykkja reglugerðir sem einungis eiga við þegar komin er á tenging við evrópska raforkukerfið þegar engin slík er fyrir hendi. Samið var um undanþágu og aðlaganir gerða um jarðgas af því það átti ekki við á Íslandi. Þrátt fyrir þetta er Íslandi ætlað að samþykkja reglugerðir sem lúta að raforkutengingu sem á sama hátt eiga ekki við hér á landi. Enginn hefur tekið sig fram um að varpa ljósi á þetta.

Ítarleg greining liggur fyrir í álitserð Friðriks Árna og Stefáns Más um að erlendri stofnun verði að þriðja orkupakkanum samþykktum veitt ákvörðunarvald um skipulag, ráðstöfun og nýtingu mikilvægra íslenskra orkuauðlinda. Hafa þeir ítrekað lagt áherslu á aðaltillögu



sína að leitað verði á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar eftir undanþágum frá þeim gerðum sem máli skipta í þessu sambandi, einkanlega reglugerðum nr. 713/2009 og 714/2009. Enginn heldur því lengur fram að boðaðir lagalegir fyrirvarar, sem eru einhliða yfirlýsingar án skuldbindingar fyrir viðtakanda, hafi nokkurt þjóðréttarlegt gildi sem hald væri í ef á reyndi í dómsmáli fyrir EFTA-dómstólnum.

Hins vegar liggja fyrir yfirlýsingar sem gefa til kynna að skilningur ríki á sérstöðu Íslands og að unnt verði að leita samkomulags eftir pólitískum og diplómáttískum leiðum til að komast undan hinnu boðuðu niðurstöðu að Íslendingar gefi eftir full yferráð sín yfir orkulindum þjóðarinnar. Sameiginleg yfirlýsing framkvæmdastjóra ESB á sviði orkumála og utanríkisráðherra og yfirlýsing EFTA-ríkja á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar 8. maí sl. tala sínu máli um viðurkenningu ESB og samstarfsríkja í EFTA á íslenskum aðstæðum og sérstöðu. Engin ástæða er til að draga fjöður yfir að viðræður kynnu að reynast erfiðar. Á móti kemur sterk málefnaástaða sem helgast af sérstöðu sem hafin er yfir allan vafa og að helstu viðsemjendur hafa þegar kunnert skilning á hinum íslenska málstað auk hinnar sterku andstöðu sem gætir meðal þjóðarinnar gegn innleiðingu þriðja orkupakkans.

Eðlilegt er að samið sé um gagnkvæman aðgang að markaði ef samningsaðilar telja sér slíkt í hag. Hér er uppi það nýmæli að í stað þess að semja um gagnkvæman aðgang að markaði er lagður fram aðgangur að auðlind fyrir aðgang að markaði. Þetta verður að teljast grundvallarbreyting á utanríkisstefnu Íslendinga eins og hún var mörkuð þegar samið var um aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu. Engin skýring liggur fyrir um hvað gæti réttlætt slíka stefnubreytingu.

Stjórnvöld hafa látið undir höfuð leggjast að kynna þjóðinni efni orkupakkans, þar á meðal hugsanlegan ávinning af honum og þá galla sem honum fylgja. Gjörlla má greina hug íslensku þjóðarinnar til þriðja orkupakkans og er andstaða meiri hluta þjóðarinnar staðfest í skoðanakönnunum. Fjöl margir hafa andmælt orkupakkanum, þar á meðal Alþýðusamband Íslands, verkalýðsleiðtogar, sveitarfélög og samtök atvinnugreina sem eiga samkeppnisstöðu sína undir hinu tiltölulega hagstæða raforkuverði hér á landi. Maður hefur gengið undir manns hönd í ríkisstjórnarflokkunum til að hvetja þá til að fylgja markaðri stefnu flokkanna um fullveldi Íslendinga yfir orkuauðlindum sínum.

Stjórnvöldum er skylt að hlusta á rödd þjóðarinnar. Alþingi ber að fara að þjóðarvilja og hafna þriðja orkupakka Evrópusambandsins.

Alþingi, 26. ágúst 2019.

Ólafur Ísleifsson.