

Minnisblað

Til: Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins, Ingva Más Pálssonar

Frá: BBA, Ólafi Jóhannesi Einarssyni, lögmanni

Dags.: 12. apríl 2018

Efni: Nokkur atriði tengd upptöku þriðja orkupakka ESB inn í EES-samninginn

Inngangur

Eins og rætt var um á fundi okkar fyrr í dag fylgir hér stutt samantekt um nokkur atriði í tengslum við upptöku þriðja orkupakka ESB inn í EES-samninginn. Í ljósi þess tíma sem var til stefnu og umfangs þessa stutta minnisblaðs er hér einungis stiklað á stóru og er ekki um tæmandi umfjöllun um þessi atriði að ræða.

Náttúruauðlindir og EES-samningurinn

EES-samningurinn hagar ekki forræði íslenska ríkisins á náttúruauðlindum í þeim skilningi, að ákvæði 125. gr. EES-samningsins, sem segir að hann hafi engin áhrif á skipan eignarréttar, leiðir að Ísland hefur heimild til þess að ákveða hvort náttúruauðlindir skuli vera í eigu ríkisins eður ei. Er þetta staðfest í dómi EFTA-dómstólsins í svonefndu Fossamáli en þar sagði dómstóllinn eftir að hafa vitnað til 125. gr.: „*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.*“¹ Var því talið að Noregi væri heimilt að stefna að því að tryggja opinbert eignarhald á þeim auðlindum sem um ræddi.

Í kjölfar þessa dóms EFTA-dómstólsins voru, með lögum nr. 58/2008, gerðar breytingar á nokkrum lögum á sviði auðlinda- og orkumála til að styrkja í sessi eignarhald íslenska ríkisins á þessum auðlindum. Segir t.d. í 1. mgr. 1. gr. þessara laga, að ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum, sem alfarið séu í eigu þeirra, sé óheimilt að framselja beint eða óbeint og með varanlegum hætti eignarrétt að vatni sem hafi að geyma virkjanlegt afl umfram 10 MW. Sambærileg ákvæði eru í lögnum um aðrar orkuauðlindir, s.s. jarðhita og grunnvatn.

Þær reglur sem er að finna í þriðja orkupakka ESB hagar í engu þeim heimildum íslenska ríkisins sem að framan eru raktar.

Hins vegar er rétt að hafa í huga, að almennar reglur EES-samningsins gilda, ákveði Ísland t.d. að veita tímabundin afnotaréttindi að þessum auðlindum líkt og heimilt er lögum samkvæmt. Við

¹ Mál E-2/06 ESA gegn Noregi, mgr. 72.

slíkt má t.d. ekki mismuna á grundvelli þjóðernis og eins verða leyfisveitingar að vera í samræmi við aðrar viðeigandi reglur EES-samningsins, eins og t.d. þjónustutíðskipunina. Af úrskurðarframkvæmd Eftirlitsstofnunar EFTA er ljóst, að ákvæði þjónustutíðskipunarinnar gilda um leyfisveitingar á sviði orkumála. Einnig hefur raforkutíðskipunin að geyma reglur sem þarf að taka tillit til í því samhengi og eins hefur hún áhrif á skipulag stjórnsýslu þessara mála. Samkvæmt þriðju raforkutíðskipuninni er t.d. hert á kröfum um sjálfstæði og heimildir eftirlitsstjórnvalda. Hins vegar hefur ACER, eins og rakið verður að neðan, ekkert að segja um atriði á borð við fyrirkomulag leyfisveitinga og stjórnsýslu. Upptaka þriðja orkupakkans hefur einungis í för með sér óverulegar breytingar í þessu sambandi.

Að síðustu er rétt að nefna í þessu sambandi, að samkvæmt 2. mgr. 194. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins er valdbærni sambandsins á sviði orkumála háð þeim fyrirvara, að aðildarríkin hafa m.a. rétt til að ákvarða með hvaða skilyrðum orkuauðlindir þeirra eru nýttar og hvaða orkugjafa þau velja. Er engum vafa undirorpið, að EFTA-ríkin hafa sömu heimildir að þessu leyti.

Valdheimildir ACER

Samkvæmt reglum þriðja orkupakka ESB eru heimildir ACER til taka bindandi ákvarðanir að meginstefnu bundnar við ákvæði, sem eiga við þegar um er að ræða grunnvirki, þ.e. sæstrengi, línur og jarðstrengi, sem ná yfir landamæri. Þegar af þessu leiðir, að eins og málum er nú háttað, að Ísland er ekki tengt raforkukerfi annars EES-ríkis í gegnum sæstreng, að beiting þessara heimilda getur ekki komið til greina í tilvikum Íslands.

Almennt er beiting tilvitnaðra heimilda háð því, að eftirlitsstjórnvöldum viðkomandi aðildarríkja hafi ekki tekist að komast að sameiginlegri niðurstöðu innan tiltekins frests eða þau hafi sameiginlega ákveðið að vísa úrlausn deilumálsins til ACER. Ákvörðun ACER beinist í öllum tilvikum að eftirlitsstjórnvöldum og samkvæmt núgildandi löggjöf hefur stofnunin engar heimildir til að taka ákvarðanir er beinast að einkaaðilum. Einnig hefur löggjöfin ekki að geyma neinar heimildir fyrir einkaaðila til að beina kæru er lúta að athöfnum einstakra eftirlitsstjórnvalda til stofnunarinnar.

Við upptöku þriðja orkupakkans í EES-samninginn var um að það samið, að komi til þess að framangreindum valdheimildum verði beitt gagnvart eftirlitsstjórnvöldum í EFTA-ríkjum er taka ákvarðana falin Eftirlitsstofnun EFTA (ESA). Ákvörðunartaka á sér því sér stað innan EFTA-stoðarinnar. Þýðir þetta m.a., að telji Orkustofnun (það eftirlitsstjórnvald sem ákvörðun ESA myndi beinast að) annmarka vera á ákvörðuninni, er stofnuninni heimilt að vísa málinu til EFTA-dómstólsins á grundvelli 36. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun Eftirlitsstofnunar og dómstóls.

Að því er varðar lagningu sæstrengs, er rétt að taka fram að hvorki í þeim reglum sem gilda um ACER né öðrum þeim gerðum, sem teknar eru upp í EES-samninginn með þriðja orkupakkanum er að finna fyrirmæli, sem myndu haggja því að það væri á forræði Íslands að ákveða hvaða stjórnvald veitti leyfi fyrir lagningu sæstrengs og eins hvort íslenska ríkið ætti að vera eigandi að honum.

Stjórnskipulegur fyrirvari samkvæmt 103. gr. EES-samningsins

Þriðji orkupakkinn var tekinn upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 93/2017 frá 5. maí 2017. Öll EFTA-ríkjanna þriggja gerðu svokallaðan stjórnskipulegan fyrirvara við upptöku gerðarinnar, sbr. 1. mgr. 103. gr. EES-samningsins, en Liechtenstein og Noregur hafa nú aflétt honum.

Rétt er til skýringar að taka fram, að stjórnskipulegur fyrirvari lýtur, þrátt fyrir að orðanotkun gæti gefið tilefni til annars, að því að lagabreytinga sé þörf til innleiðingar á viðkomandi EES-gerðum. Almennt hafa EFTA-ríkin sex mánuði til að aflétta stjórnskipulegum fyrirvara, en í framkvæmd er að finna fjölmörg dæmi þess, að slíkt dragist fram yfir þann frest. Hins vegar hefur það aldrei gerst, að EFTA-ríkin hafi tilkynnt að fyrirvaranum verði ekki aflétt og ákvörðunin geti ekki tekið gildi. Með öðrum orðum, EFTA-ríki hefur aldrei hafnað ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Sé ákvörðun nefndarinnar hafnað með þessum hætti, hefur það samkvæmt 2. mgr. 103. gr. EES-samningsins þau áhrif, að sú frestun viðkomandi viðauka til bráðabirgða, sem mælt er fyrir um í 2. mgr. 105. gr. samningsins kemur til framkvæmda einum mánuði eftir að nefnd tilkynning hefur verið send.

Frestun þessi gildir fyrir öll EFTA-ríkin ekki einungis það ríki, sem tilkynnir að ákvörðun geti ekki tekið gildi. Þar sem í sögu EES-samningsins hefur aldrei komið til frestunar af þessu tagi er ekki um fullri vissu unnt að fullyrða hverjar yrðu lögfræðilegar afleiðingar hennar. Sem dæmi má nefna, að ekki er ljóst hvort allur IV. viðauki samningsins um orkumál myndi frestast eða einungis hluti hans. Í ljósi þess, að um grundvallargerðir á sviði orkumála er að ræða má leiða líkum að því, að framkvæmd allra gerða IV. viðauka myndi frestast til bráðabirgða.