

Noen merknader til
«Greinargerð. Um ýmis álitaefni sem tengjast þriðja orkupakka ESB og innleiðingu hans í íslenskan rétt» [Uttalelse. Om ulike problemer knyttet til EUs tredje energipakke og gjennomføringen av den i islandsk lov], Birgir Tjörvi Petursson, Lögmaður

Jeg er blitt bedt om å vurdere ovennevnte advokats betenkning om Islands tilslutning til EUs energibyrå, «den tredje energipakke». Jeg har ikke hatt muligheter til å gå inn i alle enkeltheter. Min uttalelse begrenser seg således til EØS-hovedavtalen av 2. mai 1992, dvs. særlig advokat Peturssons syn på EØS-avtalen artikkel 125 og EØS-avtalen artikkel 11, 12 og 13, (s. 26 og s. 30).

Sekundærlovgivningens enkeltheter styrer jeg utenom. Dvs. energimarkedets viktigste bestemmelser i den tredje energipakke, dvs. EU forordninger 713 og 714/2009, 347/2013 og direktiv 2009/72). Jeg analyserer ikke her denne sekundærlovgivningen, men viser til min juridiske betenkning «*Lovavdelingens uttalelse av 27. februar 2018: Noen merknader*» Tromsø, 3.mars 2018.

Min konklusjon er at advokat Petursson trekker uholdbare slutninger. Dette angår advokatens oppfatninger om at EØS-avtalen ikke skulle gjelde for energisektoren fordi *for det første*, EØS artikkel 125 – regelen om eiendomsretten som et eksklusivt nasjonalt anliggende – etter sigende – skulle utelukke det. *For det annet* advokatens standpunkt om at EØS artikkel 11, 12 og 13 om kvantitative handelsrestriksjoner ikke gjelder for Island som følge av at landet pr. dags dato, er uten utenlandskabler.

En som har satt seg inn i rettspraksis vil lett oppdage at artikkel 125 gjelder – i motsetning til hva advokat Petursson hevder – de eiendomsrettslige forhold i Island, fordi EU-domstolen har fastslått at disse forhold ikke generelt er unntatt fra verken det indre marked eller de «fire friheter». Også for energisektoren er dette fastslått jf. EFTA-domstolen i 2007 «Hjemfallssaken».

Det er videre misforstått når advokat Petursson med en enkel henvisning til at Island faktisk ikke har utenlandskabler for energi fastslår at Island *derved* unntas fra de grunnleggende bestemmelser i EØS avtalen artikkel 11, 12, og 13. Dette motsies av EØS-hovedavtalen selv jf. «Vedlegg IV energi» (artikkel 24) og EØS-artikkel 2 a). Det samme kan utledes av fortalen til nye forordninger og direktiver innenfor energisektoren. Jf. formuleringen «EØS-relevant tekst».

Alle bestemmelser i EØS-hovedavtalen har – etter hvert som de ulike «energipakker» vedtas – ubetinget anvendelse i Island. Dette betyr f.eks. at et islandsk forbud mot etablering av utenlandskabler vil stride i mot EØS-avtalen artikkel 12.

I. EØS-avtalen artikkel 125

Denne bestemmelse lyder – på islandsk og norsk – som følger:

„Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur sammingsaðila um skipan eignarréttar.“

«Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten»

Lögmadur Birgir Tjörvi Petursson sier følgende om EØS artikkel 125 (s. 30)

Þá varða reglur þriðja orkupakkans eða samþykkt sameiginlegu EES-nefndarinnar um aðlögun hans að samningnum, ekki á nokkurn hátt eignarrétt á orkuauðlindum á Íslandi. Hvergi er að finna neitt í reglunum sem um ræðir sem gefur tilefni til að draga slíka ályktun. Í því sambandi er líka rétt að minna á 125. gr. EES-samningsins þar sem segir: „Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur sammingsaðila um skipan eignarréttar.“

Dette kan oversettes slik:

„Da berører Den tredje energipakkes regler eller den felles EØS komites vedtak om dens tilpassning til avtalen ikke på noen måte eiendomsretten på energiresurser på Island. Ikke på noe sted i reglementet, som her drøftes, finnes det grunn til en slik konklusjon. I denne sammenheng er også på plass å minne om artikkel 125 i EØS-avtalen, hvor det heter: „Denne avtale har ingen påvirkning på avtalepartenes reglement for eiendomsretten.“

Jeg oppfatter det slik at advokat Petursson hevder følgende; *For det første* at „den tredje energipakkes regler“ ikke henviser til eiendomsretten til energiresurser i Island, og at EU-reglene derfor heller ikke har noen innflytelse på nasjonal regulering av disse.

Selv om advokatens tekst er noe uklar mht. om han hevder at EØS-hovedavtalens regler ikke kommer til anvendelse med mindre sekundærlovgivningen særskilt nevner det, finner jeg grunn til å nevne at *forholdet er motsatt*: alle nye forordninger og direktiver som har EØS-relevans gjelder – dersom EØS-landene slutter seg til dem – for EØS-området. Dersom en EØS-stat ønsker *unntak* fra en eller flere bestemmelser i en ny forordning, ja så må det avtales særskilt og unntakene må fremgå av vedkommende regelverk.

For det annet konstaterer advokaten at unntaket fra EØS-avtalen gjelder for „de eiendomsrettslige forhold i Island iht. artikkel 125 – noe som diskvalifiserer spørsmålet om

eierskap til energiressurene fra EØS-avtalen. Advokatens standpunkt er at EØS-reglene ikke kommer til anvendelse ved spørsmål om eiendomsrett til islandsk energiproduksjon.

For det tredje hevder advokat Petursson at det fysiske fravær av kabler og rørledninger ut av Island ekskluderer muligheten for private til å påberope seg EØS artikkel 11, 12 og 13 som begrensning for nasjonale islandske reguleringer.

Dette er uholdbart. Som jeg skal vise er disse standpunkter ikke tuftet på korrekt juss.

1. Generelt gjelder at det er korrekt som Petursson hevder at det i EU-reglene ikke finnes noen henvisninger til eiendomsretten. Men dette er unødvendig fordi det følger av EØS-rettens system at EØS-avtalens regler gjelder automatisk for et samfunnsområde når EØS-landene har vedtatt at EU-retten som gjelder dette, skal inkorporeres i avtalen. Dette fremkommer ved at EU-reglene viser til at det er «EØS-relevant tekst», jf. f.eks. forordning No. 347/2013 av 17 april 2013 (fortalen). Med dette siktes det ikke kun til sekundærreglene i EØS-avtalen men også til primærreglene. Dvs. at de forordninger og direktiver som fortløpende inkorporeres i EØS-avtalen også gjelder innen rammen av de generelle EØS-avtaleregler, herunder EØS artikkel 11, 12, 13 og 125. Se f.eks. forordning (EF) Nr. 714/2009 av 13. juli 2009 (fortalen, avsnitt 4) der det tales om hvor «viktig det er at fullføre det indre marked for elektrisitet og skape like vilkår for alle elektrisitetens virksomheter i Fællesskabet». Altså el-markedsreglene skal komme til anvendelse på samme måte som ved omsetning av andre varer og tjenester innenfor rammen av «de fire friheter». Det skal gjelde felles regler for alle som deltar i det indre marked, jf. uttrykket i «overensstemmelse med fællesskabsretten». Slik forordning (EF) Nr. 713/2009 av 13. juli 2009 (fortalen, avsnitt 6):

«Agenturet bør sikre, at de reguleringsoppgaver, der varetages af de nationale regulerende myndigheder ... koordineres effektivt og om nødvendigt fuldføres på fællesskabsplan. I denne forbindelse er det nødvendigt at garantere agenturets uafhængighed i forhold til elektricitets- og gasproducenter, transmissions- og distributionssystemoperatører, uanset om de er offentlige eller private, og forbrugerne og sikre dets virksomheds overensstemmelse med fællesskabsretten, dets tekniske og reguleringsmæssige kapacitet og dets åbenhed, modtagelighed for demokratisk kontrol og effektivitet.»

2. Generelt må en også merke seg at tekstene kun er et utgangspunkt for analyse om eiendomsrettens stilling i forhold til EØS-avtalen. Slik teksten fremstår i advokat Peturssons skriftstykke er teksten i sin språklige ikke-tolkede form *svaret* på problemstillingen om

eiendomsrett til kraftressursene. Dette er grunnleggende feil slik jeg skal vise i fortsettelsen. Avtaleteksten er utgangspunktet for - og ikke resultatet av analysen. Setningen er kun det tekstuelle grunnlag for en rettslig tolkning. Det er EFTA-domstolen – dvs. EU-domstolen iht. EØS-avtalen artikkel 6 – som med bindende virkning tolker EU-traktatene og derved også EØS-avtalen så fremt og så langt denne har innhold identisk med EU-traktatene.

«Artikkel 6

*Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold **er identiske** med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap og med rettsakter som er vedtatt i henhold til de to traktatene, **fortolkes i samsvar** med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale» (uth.her).*

3. EU-domstolens praksis har vist at teksten i artikkel 125 ikke kan forstås i overensstemmelse med sin naturlig språklige forståelse, dvs. at teksten gir et dårlig bilde av regelens innhold, fordi det er EU-domstolens fortolkning som avgjør. Petursson har oversett disse dommer og derved også dette faktum. De slutninger en kan trekke av EU-domstolens tolkning og reglenes kontekstuelle sammenheng, er som følger:

For det første: Hvordan er forholdet mellom artikkel 125 og artikkel 31 og 40 om fri flyt av kapital og fri etableringsrett? Tolkningen må bygge på bestemmelsenes innbyrdes plassering. Eiendomsreguleringen i artikkel 125 gjelder generelt for *alle forhold* som omfattes av EØS, jf. plasseringen i Del IX (alminnelige bestemmelser). Artikkel 31 og 40 står i Del III og gjelder «fri bevegelse for personer, tjenester og kapital». Allerede reglenes plassering forteller om deres rekkevidde. Prinsipielt gjelder at artikkel 31 og 40 måtte stått i Del IX for å begrense medlemsstatens rett til eksklusiv regulering av sine eiendomsrettslige forhold.

Men uansett det formelle: Artikkel 31 lyder slik:

«[Det skal] ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen ... på en annen av disse staters territorium ... Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak ... på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere».

Tilsvarende passus iht. artikkel 40 lyder som følger:

«ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital ... på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelse».

Altså, retten til flytting av rede penger eller realverdier over landegrensene er garantert, også innenfor energisektoren som jo uten tvil er en del av EØS-avtalen regler om det «frie varebyttet», se artikkel 24 «Vedlegg IV inneholder særlige bestemmelser og ordninger om energi», samtidig som det følger av EØS-artikkel 2 a) at i EØS-avtalen «menes med a) «avtale»: avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem». De nye forordninger og direktiver inntas i Vedlegg IV Energi etter hvert som EØS-landene Island, Liechtenstein og Island slutter seg til «den tredje energipakke». Dette betyr at Island ikke kan ha import- eller eksportrestriksjoner for kapital som setter utlendinger i en annerledes ugunstig posisjon enn islandske statsborgere.

På territoriet kan medlemsstaten ha reguleringer, men disse må tilsvare dem som gjelder for «egne borgere», dvs. private personer.

Begrepet «egne borgere» kan ikke tolkes slik at det omfatter statlige eller kommunale organer. Vi ser således at «fri flyt-bestemmelsene» ikke tolererer ulikhet *grunnet nasjonalitet* (jf. artikkel 124), men de berører ikke forskjellsbehandling vis-à-vis *offentlig eierskap*.

4. Forbudet mot å vektlegge forarbeidene i EU-retten¹ gjør at tolkingen ofte domineres av traktatens integrasjonsmålsetting² fremfor mer nyanserte synspunkter i enkeltbestemmelsenes forarbeider.³ I Portugal,⁴ Frankrike⁵ og Belgia⁶ - sakene som gjelder EF-traktatens daværende artikkel 295 [nå artikkel 345], fremkommer EU-domstolens fortolkning.

Utgangspunktet må være at EØS-avtalens tekst (og den tilsvarende bestemmelse i EUs funksjonstraktat) må forstås i overensstemmelse med alminnelig språkbruk, altså ingen avvik fra det som følger av ordlyden. Imidlertid, når sakene nevnt i forrige avsnitt stod for EU-domstolen skjer – for mange – overraskende ting: Tolkningen vris i motsatt retning av det en språklig tolkning av artikkel 125 skulle tilsi.

¹ Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen, EF-ret (København 1988) s. 128 og Laurids Mikaelsen, EF domstolen og Danmark (København 1984) s. 28-29. Se også Jo Shaw, Law of European Union (Palgrave 2000) s. 27.

² Se fortalen til traktaten om den Europeiske Union 10 ledd: «Som har det forsæt at videreføre processen henimod en stadig snævrere sammenslutning mellom de europæiske folk.»

³ Jo Shaw, Law of European Union 27 (Palgrave 2000) s. 159 og 205.

⁴ Sak C-367/98 Portugal ECR [2002] I-4731.

⁵ Sak C-483/99 Konle ECR [1999] I-3099.

⁶ Sak C-503/99 Belgia ECR [2002] I-4809.

EU-domstolen presser de tekstuelle rammer slik at nasjonal lovgivning også skal forhindre andre former for diskriminering enn dem nevnt i artikkel 124, selv om diskrimineringen gjelder «regler om eiendomsretten».⁷ EU-internt er dette relevant, og følges da også automatisk i EØS, fordi EFTA-stater som er medlem av EØS, har forpliktet seg til å følge EU-domstolens forståelse av tilsvarende regler i EU-retten. Riktignok heter det seg at rettspraksis fra «før undertegningen av denne avtale», dvs. 2. mai 1992 (EØS artikkel 6), er bindende, noe som etter en motsetningsvis slutning skulle bety at senere rettspraksis ikke binder, men dette er satt ut av kraft fordi EØS-landene har unnlatt å praktisere dette unntaket.

5. *Fearon-saken*,⁸ som avviser at annen forskjellsbehandling enn statsborgerskap er forbudt, er relevant. Saken som i korte trekk gjaldt «bu- og driveplikt» i Irland for å hindre at jord blir spekulasjonsobjekt, og for å sikre at jordbrukerne selv eier sin jord, drøftet lovligheten av kravet om at eiere av juridiske personer skulle være bosatt innen en radius av tre engelske miles fra eiendommen. Irske myndigheter hadde begjært ekspropriasjon av jord som var eid i et selskap med fem britiske statsborgere som ikke tilfredstilte disse kravene. Saken ble oversendt EU-domstolen for å få en uttalelse om tolkningen («preliminary ruling»). Spørsmålet som ble stilt, var om boplikten og offentlig innløsningsrett ved brudd på boplikten var i overenstemmelse med EU. I sin skriftlige vurdering («written observation») konkluderte EU-kommisjonen med at dette var et forhold som tilhørte medlemstatens kompetanse.

Domstolen var imidlertid uenig:

«Consequently, although article 222 [nå artikkel 345, som samsvarer med EØS artikkel 125] of the treaty does not call in question the member states' right to establish a system of compulsory acquisition by public bodies, such a system remains subject to the fundamental rule of non-discrimination which underlies the chapter of the treaty relating to the right of establishment» (avsnitt 7).

Domstolen viser her til at saken berører den grunnleggende ikke-diskrimineringsregelen som ligger under kapittelet om retten til etableringer. Den peker på EU-funksjonstraktat artikkel 54 (3)(e) nå artikkel 50 (2)(e), og forarbeidene.⁹ Retten beskriver den ulovlige diskrimineringen slik:

⁷ Jf. dokumentasjonen i Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press 2000).

⁸ Sak 182/83 *Fearon v Irish Land Commission* ECR [1984] 3677.

⁹ «Programme general pour la suppression des restrictions a la liberte d'etablissement» 18. desember 1961 (Journal officiel 1962) s. 36.

«... among the restrictions on freedom of establishment to be abolished, [are the] provisions or practices which provide for less favourable rules for nationals of another member state in regard to compulsory acquisition».²⁷

Retten konkluderte med at forskjellsbehandling grunnet statsborgerlige forhold skal opphøre. Andre former for ulikhet som også var til stede i saken, ble derimot ikke ansett å tilhøre «the fundamental rule of non-discrimination» som ligger under reglene om etableringsfriheten. Plikten til tvangssalg som kun gjaldt private eiere, var ikke forbudt etter etableringsfriheten i artikkel 49 *forutsatte* boplikten gjelder tilsvarende for egne borgere med hensyn til eierskap i landeiende selskap. Heller ikke regler om tvangssalg må praktiseres på diskriminerende måte.

6. *Fearon-dommen* falt før EØS ble undertegnet, og gjelder således tilsvarende ved analysen av EØS artikkel 125. De nasjonale regler om tvangsinnløsning av eiendom kan ikke utformes helt etter medlemsstatens forgodtbefinnende. *Fearon-dommen* gjør det klart at diskriminering på nasjonalt grunnlag ikke tolereres.

Oppsummert gjelder at artikkel 345 [EØS artikkel 125] ikke unntar noen medlemsstats eiendomsrettslige forhold fra EU-rettens virkeområde. Dvs. at forbudet mot å hindre fri flyt av kapital altså investerings- eller etableringsadgang (EU-funksjonstraktaten artikkel 63 og 49) gjelder fullt ut og uten modifikasjoner.

Medlemsstatene kan lage regler om boplikt og ekspropriasjon, forutsatt imidlertid at ordningen rammer likt mht. statsborgerlige forhold. Siden det etter EU-retten er virkninger av ordningene som teller («virkningstolkning»), vil nasjonale regler som gjør erverv av eierinteresser upraktisk eller tidkrevende, også stride mot traktatreglene om fri flyt. Nasjonale regler må være utløst av en viktig offentlig interesse («general interest»), og de skal følge proporsjonalitetsprinsippet. Eventuelle kontrollordninger ved eierskap skal kun foretas *ex post facto* og være basert på objektive, publiserte, og lovbundne kriterier.

7. Etter at Portugal, Frankrike og Belgia-sakene var avgjort, kom ytterligere to saker angående EU artikkel 345, Spania (C-463/00) og Storbritannia (C-98/01). Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer oppsummerer sitt syn slik at 2002-dommene «appear to render devoid of all practical effect Article 345 EC».¹⁰ EU-domstolen konkluderte likevel med at den heller

¹⁰ Rettsbelæring av 6. februar 2003. Sak C-463/00 og C-98/01, ECR [2003] I-4581 avsnitt 37.

ikke her var enig med Colomer. EU-domstolen fulgte ikke uventet rettsoppfatningene fra 2002.

*«That article [295] does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty».*⁷¹

Standpunktet fra 2002 ble således opprettholdt.

EU-domstolen mener at kun *de offentlig eide eller kontrollerte selskap* omfattes av artikkel 345. Kun da har medlemstatene eksklusiv kompetanse. Ved privatisering faller denne kompetanse bort, jf. synet om at blandingsøkonomiske løsninger medfører at nasjonal autonomi etter artikkel 345 går tapt, på tross av formuleringen om det motsatte («ikke på noen måte berører»). EUs grunnleggende prinsipper gjelder - slik domstolen tolker det - for substansielle forhold som ikke bare berører, men klart dikterer eiendomsretten i medlemsstatene. Med andre ord: artikkel 345 er *i dag* i gavnet satt ut av kraft. Av dette trekker jeg følgende slutninger:

8. Island kan ikke klandres for at diskrepansen mellom tekst og ny domstolsskapt rett var uklar i forbindelse med EØS-undertegningen den 2. mai 1992 fordi spørsmålet henhørte under domstolen. Uansett gjelder at dersom EU var klar over denne forståelse, burde de ha presisert at artikkel 125 ikke skulle forstås iht. alminnelig språklig forståelse. «Lojalitetsplikten» som følger av EØS artikkel 3 siste ledd, er ingen selvstendig plikt for EU, men fremkommer dersom Islands etterfølgende tilpasning fremstår som misforståelse av artikkel 125. EU må ta til motmæle. Gjør en ikke det, vil EØS-landenes praksis være et avgjørende tolkningsmoment etter Wien-konvensjonen. Jeg nevner dette, selv om det neppe kan sees å være relevant her.

9. Forholdet mellom EØS artikkel 125 og EUs funksjonalitetstraktat artikkel 345 [eldre artikkel 295] er avgjort ved EFTA-domstolens avgjørelse om den norske hjemfallsretten.¹¹ Domstolen fastslo først at de to tekstene var identiske og at de følgelig måtte tolkes likt, jf. homogenitetsprinsippet.

“There are no specific circumstances in the case at hand which would warrant an interpretation of Article 125 EEA different from the interpretation of Article 295 EC.

Since Articles 125 EEA and 295 EC are identical in substance for the purpose of the case

¹¹ JUDGMENT OF THE COURT, 26 June 2007, Case E-2/06,

at hand, the case law of the ECJ on Article 295 EC is of relevance when interpreting Article 125 EEA” (avsnitt 61).

10. Domstolen fastslår så at det følger av EØS artikkel 125 at medlemsstaten har kompetanse til å bestemme hvilket system av eierskap som landet vil ha. Retten er imidlertid begrenset fordi medlemsstaten er underlagt det indre markedes fire friheter, *in casu* investeringsfrihet og etableringsfrihet:

“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 ... In light of the above, the Defendant's submission that the contested rules do not fall within the scope of the EEA Agreement must be rejected” (avsnitt 62-63).

Dette betyr rent konkret at den enkelte EØS-stat selv kan bestemme om energiressursene skal være i offentlig eller privat eie.

«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» (avsnitt 72).

11. Vi ser således at medlemstaten – herunder Island – kan bestemme at staten eier alle naturressurser og at de selv utvinner og utvikler disse i statlig regi. Dersom en imidlertid etablerer et system med privat eller blandet privat/offentlig eierskap så må Island tillate at private slipper til uansett nasjonalitet, jf. EØS artikkel 124 (diskriminering pga. nasjonalitet).

II. EØS-avtalen artikkel 11,12 og 13

Advokat Petursson skriver s. 26:

Fyrir liggur að á meðan Ísland er ekki tengt innri markaði ESB með streng gilda ýmsar mikilvægar reglur EES-samningsins ekki um viðskipti með raforku. Hér má nefna bann 11. og 12. gr. samningsins við magntakmörkunum í inn- og útflutningi raforku og öðrum ráðstöfunum sem hafa samsvarandi áhrif. Þriðji orkupakki ESB hefur ekki áhrif á gildi þessara reglna. Sama má þá segja um 13. gr. samningsins sem veitir heimild til að innleiða bönn eða höft á sviði inn- og útflutnings raforku til að tryggja örugga afhendingu raforku til heimila, stofnana og fyrirtækja, í undantekningartilvikum, í þeim tilgangi að vernda þá mikilvægu almannahagsmuni sem ákvæðið mælir fyrir um. Leiðir þetta reyndar jafnframt af markmiðum þeim sem sett eru fram orkupökkum ESB og af reglum sem þar er að finna.

Oversatt til norsk blir dette som følger:

„Det ligger på bordet, at mens Island ikke er tilkoblet det indre markedet med kabel, er noen viktige regler i EØS-avtalen ikke gjeldende for handel med elkraft. Her kan nevnes forbud i avtalens 11. og 12. artikkel mot kvantitetsinnskrenkninger på import og eksport af elkraft samt mot andre inngrep med liknende funksjon. EUs Tredje energipakke virker ikke på disse reglers gyldighet. Det samme kan sies om avtalens 13. artikkel, som gir hjemmel for forbud mot eller innskrenkelser på import og eksport af elkraft for å sikre levering av elkraft til hjemmer, byråer og bedrifter i særtilfeller for å verne de viktige almenhetsinteresser, som artikkelen drejer seg om. Dette kommer også av de mål, som finnes i EUs energipakker og av de regler, som der finnes“.

1. Forfatteren hevder for det første at som følge av at Island ikke har noen utenlandskabler fysisk sett, så vil Island heller ikke mht. energiomsetning være underlagt noen av de viktigste EØS-regler. Slik det er formulert skal altså regler om handel med energi avhenge av et faktisk forhold, nemlig om det *de facto* finnes utenlandskabler fra Island. Dette kan umulig hevdes. EØS-avtalens regler gjelder ikke kun for nåtidige- men også fremtidige forhold. Det som utløser reglene er islandsk tilslutning til den „tredje energipakke“ ikke om Island har utenlandskabler eller ei. Reglene omfatter det forhold at Island f.eks. nekter en privat utbygger av utenlandskabler å bygge slike. Om forskjellige lands interesser er på kollisjonskurs så treffe ACER avgjørelser om en utenlandskabel skal bygges, EU-forordning no. 713/2009 artikkel 8.1:

„I forbindelse med grænseoverskridende infrastruktur træffer agenturet kun beslutning om de reguleringspørgsmål, der hører under de nationale regulerende myndigheders kompetence, herunder eventuelt vilkår og betingelser for adgang og operativ sikkerhed, a) når de kompetente nationale regulerende myndigheder ikke har kunnet nå til enighed senest seks måneder efter, at sagen blev forelagt for den sidste af disse regulerende myndigheder“

Ordningen med ACERs blir konsolidert når „energiplanen 2019-21“ „Project of Common Interest“ (PCI), vedtas.

*“In 2013, the TEN-E [Trans-European Energy Network] Regulation introduced a new framework for the development of critical energy infrastructure –PCIs –, foreseeing a role for the Agency in the **process for identifying PCIs and in assisting NRAs [National Regulatory Authority] in dealing with investment requests – including for cross-border cost allocation – submitted by PCI promoters**».¹²*

Her er det i realiteten tale om å forlate det tradisjonelle „topillar-systemet“ i EØS, til et „en-pillar-system“ som kjennetegner EU- og EU-medlemsskapet.

Vi ser altså at reglene i “den tredje energipakke“ kommer til anvendelse på det forhold at f.eks. den finske el-giganten Fortum planlegger sammen med HS Orka å legge rørledninger eller kabler fra Island til f.eks. Skotland. Dette blir så nektet av den islandske stat. Konflikten om den ikke løses av Islands „Reguleringsmyndighet for Energi“ (RME) – EUs forlengede arm i Island – som skal følge EU-rettens regler og som ikke kan instrueres av islandske myndigheter, blir da å avgjøre i ACER evt. EU-kommisjonen iht. EU-forordning no 713/2009, se artikkel 4 d) jf. Artikkel 8.1 a) og fortalen avsnitt 10).

2. For det annet hevder advokat Petursson at EØS-avtalens regler i artikkel 11, 12 og 13 ikke kommer til anvendelse fordi EØS-avtalen – i følge advokaten – ikke omfatter handel med elkraft, selv om Island slutter seg til „den tredje energipakke“. Jf. Formuleringen om at så lenge „Island ikke er tilkoblet det indre markedet med kabel, er noen viktige regler i EØS-avtalen ikke gjeldende for handel med elkraft“.

Dette er en feilslutning. Det finnes ingen holdepunkter for at handel med energi er unntatt fra EØS-avtalen, snarere tvert i mot. EØS-avtalen har helt siden avtalens vedtakelse 2

¹² Agency For The Cooperation Of Energy Regulators Programming Document 2019 – 2021 (Acer 6 September 2018) s. 13.

mai 1992 inneholdt forordninger og direktiver om energi, som EØS-statene er bundet av, jf. Vedlegg IV Energi. Innholdet i vedlegget har endret seg over tid ettersom EU har opphevet noen regler og vedtatt nye. Den „trede energipakke“ skal inn i dette vedlegget om Island slutter seg til „pakken“. Dette er elementært.

3. Her må også tilføyes at det til alt overmål gjelder strenge regler for plikten til å følge EU-forordninger og -direktiver: Mens EØS kun er tolkningsmoment ved islandske domstolars avgjørelser, er bildet annerledes mht. utøvende makt, dvs. Islands regjering, departementer, råd og nemnder:

«Rettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, skal være bindende for avtalepartene» (EØS artikkel 7).

Avgjørende blir da hvilke forordninger og direktiver som EØS-landene ønsker å inkorporere i EØS-avtalen. Eller sagt annerledes, dersom Island ikke ønsker at EØS-avtalen artikkel 11, 12 og 13 etc. skal ha ubetinget anvendelse for energisektoren, må en også stemme nei til den «trede energipakke».

Tromsø, 23. september 2018

Peter Thomas Örebech
Professor i rettsvitenskap,
UIT Norges arktiske universitet, 9037 Tromsø