**Nokkrar athugasemdir prófessors Peter Örebech við**

**”Greinargerð um ýmis álitaefni, sem tengjast Þriðja orkupakka ESB og innleiðingu hans í íslenskan rétt”, eftir Birgi Tjörva Pétursson, lögmann, BTP.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Ég hef verið beðinn um að meta greinargerð ofannefnds lögmanns um aðild Íslands að Orkustofnun ESB, ACER, sem kæmi til framkvæmdar við samþykkt Alþingis á ”Þriðja orkupakkanum”.

Ég hef ekki getað fjallað um öll smáatriði. Greinargerð mín er þannig takmörkuð við aðalsamning EES frá 2. maí 1992, þ.e.a.s. sérstaklega afstöðu lögmannsins BTP til 125. greinar EES-sáttmálans og greinar 11, 12 og 13 í EES-samninginum, (bls. 26 og bls. 30).

Ég fjalla því ekki um einstök atriði í Afleiddu lagasetningunni, þ.e.a.s. mikilvægustu ákvæði orkumarkaðarins í Þriðja orkupakkanum, þ.e. ESB gerðir nr 713 og 714/2009, 347/2013 og tilskipun 2009/72. Ég greini hér ekki þessa afleiddu lagasetningu, en vísa til lögfræðilegrar álitsgerðar minnar ”Greinargerð lagadeildarinnar [Stórþingsins] 27. febrúar 2018: Nokkrar athugasemdir”, Tromsö, 3. marz 2018.

Niðurstaða mín er sú, að lögmaðurinn BTP dragi ályktanir, sem ekki standast. Þetta á við um skoðanir lögmannsins á, að EES-samningurinn gildi ekki um orkugeirann vegna þess í fyrsta lagi, að grein 125 í EES-samninginum – reglan um eignarrétt, sem sé á valdi hverrar þjóðar – að sögn – útiloki slíkt. Í öðru lagi sú afstaða lögmannsins, að greinar 11, 12 og 13 um magnbundnar viðskiptahindranir gildi ekki um Ísland vegna þess að landið, eins og staðan er í dag, sé án strengtenginga við útlönd.

Hver sá, sem hefur kynnt sér réttarvenjur, mun auðveldlega sjá, að grein 125 gildir um – andstætt því sem lögmaðurinn BTP heldur fram – eignarréttarlegar aðstæður á Íslandi, vegna þess að ESB-dómstóllinn hefur slegið því föstu, að þessar aðstæður séu ekki almennt undanþegnar hvorki innri markaðinum né ”fjórfrelsinu”. Þessu er einnig slegið föstu fyrir orkugeirann, sbr úrskurð EFTA-dómstólsins 2007 ”Hjemfallssaken” [þar sem dómstóllinn féllst á réttmæti eignarupptöku norska ríkisins af einkafyrirtækjum á vatnsaflsvirkjunum eftir ákveðinn tíma virkjananna í rekstri].

Það er ennfremur misskilningur, þegar lögmaðurinn BTP heldur því fram, með einfaldri tilvísun til þess, að Ísland er ekki tengt erlendum rafkerfum, að landið sé þar með undanþegið grundvallarákvæðum í greinum 11, 12 og 13 í EES-samninginum. Þetta er í mótsögn við sjálfan EES aðalsamnninginn, sbr ”Viðauka IV orka” (grein 24) og EES-grein 2 a). Sömu álykun má draga af innganginum að nýjum reglugerðum og tilskipunum í orkugeiranum, sbr hugtakið ”EES-tengdur texti”.

Allar samþykktir aðalsamnings EES eiga – eftir því, sem hinir ýmsu ”orkupakkar” koma fram og öðlast samþykki – algerlega við um Ísland. Þetta þýðir t.d., að íslenzkt bann við því að stofna til sæstrengstenginga við útlönd væri andstætt 12. grein EES-samningsins.

I. **EES-samningurinn, grein 125**

Þetta ákvæði er – bæði á norsku og íslenzku– svohljóðandi:

”Denne avtalen skal ikke på noen måte beröre avtalepartenes regler om eiendomsretten”.

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

Lögmaðurinn BTP segir eftirfarandi um grein 125 í EES-samningnum (bls. 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 reglum sem um ræðir sem gefur tilefni til að draga slíka ályktu. Í því sambandi er líka rétt að minna á 125. grein EES-samningsins þar sem segir: ”Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur samningsaðila um skipan eignarréttar”.

Þetta hefur verið þýtt þannig á norsku fyrir mig:

«Da berörer Den tredje energipakkes regler eller den felles EÖS-komites vedtak om dens tilpasning til avtalen ikke på noen måte ejendomsretten på energiresurser på Island. Ikke på noe sted i reglementet, som her dröftes, finnes det grunn til en slik konklusjon. I denne sammenheng er også på plass å minne om artikkel 125 i EÖS-avtalen, hvor det heter: «Denne avtale skal ikke på noen måte beröre avtalepartenes regler om eiendomsretten.»

Ég skil þetta þannig að lögmaðurinn BTP haldi eftirfarandi fram: Í fyrsta lagi, að ”reglur um Þriðja orkupakkann” vísi ekki til eignarréttar á orkuauðlindum á Íslandi og að ESB-reglurnar hafi þar af leiðandi ekki heldur nein áhrif á stjórnun landsmanna á þeim.

Jafnvel þótt skrif lögmannsins séu dálítið óskýr m.t.t. þess, hvort hann haldi því fram, að reglur EES-samningsins skuli ekki gilda, nema afleidda lagasetningin nefni það sérstaklega, þá sé ég ástæðu til að nefna, að þessu er þveröfugt farið: allar nýjar gerðir og tilskipanir, sem varða EES-samninginn – ef EES-löndin undirgangast þær – gilda fyrir allt EES. Ef EES-ríki óskar eftir undanþágu frá einu eða fleiri ákvæðum í nýrri Evrópugerð, já, þá þarf að semja sérstaklega um það, og undanþágurnar verða að koma fram í viðkomandi reglugerð.

Í öðru lagi slær lögmaðurinn því föstu, að undanþágan frá EES-samningnum gildi fyrir ”eignarréttinn á Íslandi með tilliti til 125. greinar – en það útilokar ákvæðið um eignarrétt á orkuauðlindum frá EES-samningnum. Afstaða lögmannsins er sú, að EES-reglurnar eigi ekki við um spurninguna um eignarrétt á íslenzkri orkuframleiðslu.

Í þriðja lagi staðhæfir lögmaðurinn BTP, að vöntun á rafstrengjum og röralögnum frá Íslandi útiloki möguleika einkaaðila á að nota 11., 12. og 13. greinar EES-samningsins til að takmarka stjórnvaldsaðgerðir íslenzkra yfirvalda. Þetta er fráleitt, og eins og ég mun sýna fram á, eru þessi sjónarmið ekki reist á réttri lögfræði.

1. **Almennt séð** er það rétt, sem BTP heldur fram, að í reglum ESB sé hvergi að finna tilvísun til eignarréttarins. En þetta er ekki nauðsynlegt, þar sem það felst í réttarkerfi EES, að EES-samningurinn gildir sjálfvirkt fyrir hvert svið þjóðfélagsins, þegar EES-löndin hafa samþykkt, að ESB-rétturinn, sem varðar viðkomandi svið, skuli verða innifalinn í samningnum. Þetta birtist í því að ESB-reglurnar vísa til þess, að það sé ”texti, sem varðar EES”, sbr. t.d. Evrópugerð nr 347/2013 frá 13. apríl 2013 (formálinn [í Innviðagerðinni]). Hér er ekki bara átt við afleiddar reglur EES-samningsins, heldur líka vísað til meginreglnanna, þ.e.a.s. þær gerðir og tilskipanir, sem í tímans rás verða hluti af EES-samningnum, gilda líka innan ramma hinna almennu EES-samningsreglna, þar á meðal greinar nr 11, 12, 13 og 125. Sjá t.d. Evrópugerð nr 714/2009 frá 13. júlí 2009 (formálinn, 4. hluti), þar sem fjallað er um, hve ”mikilvægt það er að ljúka við Innri markaðinn fyrir rafmagn og skapa sömu aðstæður fyrir öll rafmagnsfyrirtæki í Sambandinu”. Þannig eigi að nota markaðsreglurnar um rafmagn á sama hátt og um aðrar vörur og þjónustu innan ramma ”fjórfrelsisins”. Það eiga að gilda sameiginlegar reglur fyrir alla, sem eru þátttakendur í Innri markaðinum, sbr orðalagið í ”samræmi við sambandsréttinn”. Þannig er það í Evrópugerð nr 713/2009 frá 13. júlí 2009 (formálinn, málsgrein 6):

*Stofnunin [ACER] skal sjá til þess, að þau stjórnunarverkefni, sem stjórnvöld hvers lands [hér Landsreglarinn] sjá um … séu samræmd á árangursíkan hátt og lokið við hjá ESB eða stofnun þess, ef nauðsyn krefur. Í þessu sambandi er nauðsynlegt að tryggja sjálfstæði stofnunarinnar gagnvart rafmagns- og gasframleiðendum og flutninga- og dreifingaraðilum, hvort sem þeir eru einkaaðilar eða opinberir aðilar, og gagnvart neytendum, og tryggja, að starfsemi stofnunarinnar sé samkvæmt sambandsréttinum, tryggja tæknilega og stjórnunarlega getu hennar og móttækileika fyrir lýðræðislega stjórnun og skilvirkni.”*

1. **Almennt** verður einnig að gæta að því, að textinn er bara grundvöllur skilgreiningar á stöðu eignarréttarins gagnvart EES-samningnum. Eins og textinn er settur fram í skrifum BTP, er hann, óútlagður, **svarið** við spurningunni um eignarréttinn yfir orkuauðlindunum. Þetta eru grundvallar mistök, eins og ég mun sýna fram á hér á eftir. Samningstextinn er grundvöllurinn fyrir og ekki niðurstaða greiningarinnar. Framsetningin er bara hin skriflega forsenda fyrir lagalegri túlkun. Það er EFTA-dómstóllinn – þ.e.a.s. ESB-dómstóllinn samkvæmt 6. grein EES-laganna – sem túlkar ESB-sáttmálana á bindandi hátt og þar með EES-samninginn líka, svo fremi innihald hans sé það sama og ESB-sáttmálanna.

*Grein 6:*

*Við framkvæmd og beitingu ákvæða þessa samnings , og með fyrirvara um framtíðar breytingar og þróun réttarvenja, skulu ákvæðin, ef þau eru efnislega* ***samhljóða*** *samsvarandi reglum í Sáttmálanum um stofnun Efnahagsbandalags Evrópu og í Sáttmálanum um stofnun Kola- og stálbandalags Evrópu, og í samræmi við löggerninga, sem samþykktir eru á grundvelli þessara sáttmála,* ***verða túlkuð í samræmi*** *við viðeigandi dómsuppkvaðningar EB-dómstólsins fyrir undirritun þessa samnings.»*

1. **ESB-dómstóllinn** hefur sýnt, að textinn í grein 125 hefur ekki þá merkingu, sem í fljótu bragði mætti ætla, þ.e.a.s. textinn gefur óskýra mynd af merkingu sinni, af því að það er dómsuppkvaðning ESB-dómstólsins, sem ræður. BTP hafa yfirsézt þessir dómar, og þar með jafnframt þessi staðreynd. Ályktanirnar, sem hægt er að draga af túlkun ESB-dómstólsins og textalegu samhengi reglnanna, eru eftirfarandi:

*Í fyrsta lagi*: Hvernig er afstaðan á milli 125. greinar og 31. og 40. greina um frjálst flæði fjármagns og frelsi til athafna. Túlkunina verður að reisa á innbyrðis afstöðu ákvæðanna. Reglurnar um eignarrétt í 125. grein hafa almennt gildi við *allar aðstæður,* sem EES spannar, sbr staðsetninguna í kafla IX (almenn ákvæði). Greinar 31 og 40 standa í kafla III og fjalla um ”frjálst flæði fólks, þjónustu og fjármagns”. Sjálf staðsetning reglnanna segir okkur, hversu víðtækar þær eru. Það er meginatriði, að greinar 31 og 40 hefðu orðið að standa í kafla IX, ef þær áttu að afmarka rétt aðildarríkis til að geta með sjálfstæðum og óháðum hætti gert eigin ráðstafanir með eignarrétt sinn.

Hvað sem hinu formlega líður; 31. grein hljóðar svo:

*«[Það skulu] engar takmarkanir vera á aðgangi til athafna ... á umráðasvæði annarra á meðal þessara ríkja ... Athafnaaðgangur skal spanna aðgang til að stofna til og starfrækja atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki ... með þeim skilmálum, sem lagasetning í athafnaríkinu ákvarðar fyrir borgara þess.»*

Samsvarandi setning í grein 40 er eftirfarandi:

*«... ekki vera neinar takmarkanir á fjármagnsflutningum ... vegna þjóðernis hlutaðeigandi, heimilisfangs eða móttökustaðar fjármagnsins.»*

 Sem sagt rétturinn til að flytja fjármuni eða verðmæti yfir landamæri er tryggður, einnig innan orkugeirans, sem án alls vafa er hluti af reglum EES-samningsins um ”frjáls vöruviðskipti”, sjá 24. grein ”Viðauki IV inniheldur sértækar ákvarðanir og fyrirmæli um orku”, samtímis sem það leiðir beint af EES-grein 2a), að í EES-samninginum er átt við með a) «samningi»: aðalhluti samningsins, bókanir við hann og viðaukar ásamt löggerningum, sem þar er fjallað um. Hinar nýju gerðir og tilskipanir eru tekin upp í Viðauka IV Orku, þegar EES-löndin, Ísland, Liechtenstein og Noregur samþykkja ”Þriðja orkupakkann”. Þetta þýðir, að Ísland getur ekki verið með innflutnings- eða útflutningshömlur á fjármagni, sem setja útlendinga í annars konar og óhagstæðari aðstöðu en íslenzka ríkisborgara.

Á eigin landssvæði geta aðildarlöndin sett skorður, en þær verða að samsvara þeim skorðum, sem gilda fyrir ”eigin borgara”, þ.e.a.s. einkaaðila.

Hugtakið ”eigin borgarar” má ekki túlka þannig, að það eigi við ríkis- eða sveitarfélagastofnanir. Við lítum þess vegna svo á, að ”frjálsa flæðis-ákvæðið” umberi ekki mismunun á *grundvelli þjóðernis* (sbr. 124. grein), en það á hins vegar ekki við mismunun gagnvart *opinberu eignarhaldi*.

**4.** **Bannið** við að leggja áherzlu á undirbúningsatriðin í ESB-réttinum (1) leiðir til þess, að í túlkuninni er oft lögð ofuráherzla á samþættingarmarkmið sáttmálans (2) fremur en að leggja áherzlu á fjölbreyttari sjónarmið í einstökum ákvæðum undirbúningsatriðanna. (3) Í Portúgal (4), Frakklandi (5) og Belgíu (6) – í málunum, sem varða þáverandi grein 295 [nú grein 345] í sáttmála EB, kemur túlkun ESB-dómstólsins fram.

Frumforsendan verður því að vera, að texta EES-samningsins (og sambærileg ákvæði í starfssáttmála ESB) verður að skilja í samræmi við almennar málvenjur, þ.e.a.s. engin frávik frá orðanna hljóðan. Hins vegar, þegar þau mál, sem nefnd voru í síðasta hluta, komu fyrir ESB-dómstólinn, varð útkoman – mörgum til undrunar – þessi: Túlkuninni er snúið í öfuga átt miðað við málfarslega túlkun innihalds greinar 125.

1. Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sörensen, EF-ret (Köbenhavn 1988) bls. 128 og Laurids Mikaelsen, EF-domstolen og Danmark (Köbenhavn 1984) bls. 28-29. Sjá einnig Jo Shaw, Law of European Union (Palgrave 2000) bls. 27.
2. Sjá innganginn að samningnum um Evrópusambandið, 10. lið: ”Som har det forsæt at videreföre processen henimod en stadig snævrere sammenslutning mellom de europæiske folk.”
3. Jo Shaw, Law of European Union 27 (Palgrave 2000) bls. 159 og 205.
4. Mál C-367/98 Portugal ECR [2002] I-4731.
5. Mál C-483/99 Konle ECR [1999] I-3099.
6. Mál C-503/99 Belgia ECR [2002] I-4809.

ESB-dómstóllinn gengur þannig frá textum sínum, að löggjöf einstakra aðildarlanda skuli einnig hindra annars konar mismunun en þá, sem nefnd er í grein 124, jafnvel þótt mismunin varði ”reglur um eignarréttinn”. (7) Innan ESB er þetta gjaldgengt og gildir sjálfvirkt líka fyrir EES, af því að EFTA-ríki, sem eru aðilar að EES, hafa játazt undir þá skyldu að fylgja skilningi ESB-dómstólsins á sambærilegum reglum í ESB-rétti. Raunar er það þannig, að réttarvenjur, sem eru eldri en ”undirskrift þessa samnings”, þ.e.a.s. 2. maí 1992 ((EES-grein 6), eru bindandi, sem með gagnályktun ætti að þýða, að seinni réttarvenjur væru ekki bindandi, en slíkt kemur ekki til mála, því að EES-löndin hafa látið hjá líða að nýta þessa undanþágu.

*5Fearon-málið*, (8) sem hafnar því, að önnur mismunun en varðandi ríkisborgararétt sé bönnuð, gildir hér. Málið, sem í stuttu máli snerist um ”búsetu- og rekstrarskyldu” á Írlandi, til þess að koma í veg fyrir spákaupmennsku með jarðir og til að tryggja, að bændurnir eigi sínar jarðir sjálfir, tók fyrir lagalegan grunn kröfunnar um, að eigendur í lagalegum skilningi, skyldu vera búsettir innan þriggja enskra mílna frá eigninni. Írsk yfirvöld höfðu krafizt eignarnáms jarðar, sem var í eigu fyrirtækis fimm brezkra ríkisborgara, sem ekki uppfylltu þetta skilyrði. Málið var sent til ESB-dómstólsins til þess að fá álitsgerð um túlkunina (”preliminary ruling”). Málið, sem tekið var fyrir, varðaði búsetuskylduna og rétt yfirvalda til eignarnáms, ef brotið væri gegn búsetuskyldunni í samræmi við ESB. Í greinargerð sinni (”written observation”) komst framkvæmdastjórn ESB að þeirri niðurstöðu, að þetta væru aðstæður, sem heyrðu undir valdsvið aðildarríkisins.

7 Sbr skjölunina í Alec Stone Sweet, Governing with Judges:

Constitutional Politics in Europe (Oxford University Press 2000)

8 Sbr mál 182/83 Fearon v Irish Land Commission ECR (1984) 3677.

Dómstóllinn var hins vegar ósammála:

”*Consequently, although article 222 [nú grein 345, sem samsvarar EES-grein 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” (málsgrein 7).*

Dómstóllinn vísar hér til þess, að málið snerti hina almennu ekki-mismununarreglu, sem er grundvöllur kaflans um rétt til athafnafrelsis. Hann bendir á grein 54 (3)(e) í starfssáttmála ESB, nú grein 50 (2)(e), og undirbúningsvinnuna. (9). Rétturinn lýsir hinni ólöglegu mismunun þannig:

9 «Programme general pour la suppression des restictions a la liberte d’etablissement” 18. desember 1961 (Journal officiel 1962) bls. 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 acqusition”. (27)

Rétturinn komst að þeirri niðurstöðu, að mismunun reist á ríkisborgararétti skyldi hætt. Aðrar gerðir mismununar, sem einnig komu fyrir í málinu, voru hins vegar ekki álitnar heyra undir ”the fundamental rule of non-discrimination”, sem liggur til grundvallar reglunum um réttinn til athafnafrelsis. Skyldan til nauðungarsölu, sem aðeins átti við um einkaeign, var ekki bönnuð á grunni athafnafrelsis í grein 49, sem væri í gildi á sama hátt fyrir borgara landsins með tilliti til eignar í landeignarfélagi. Reglur um nauðungarsölur verða að gilda jafnt fyrir alla borgara EES.

**6.** Dómurinn í Fearon-málinu féll áður en EES-samningurinn var undirritaður, og á þannig við greininguna á EES-grein 125. Þjóðarreglur um nauðungarkaup á eignum er ekki hægt að semja, eins og hverju þjóðríki þóknast. *Fearon-dómurinn* tekur af allan vafa um það, að mismunun þjóðerna innan EES verður ekki umborinn.

*Niðurstaðan* er því sú, að grein 345 [EES-grein 125] veitir enga undanþágu fyrir neitt aðildarríki frá áhrifasviði ESB-réttarins. Þ.e.a.s. bannið við að hindra frjálst flæði fjármagns, bæði fjárfestingar- og athafnafrelsi (Starfsháttasáttmáli ESB, greinar 63 og 49) er algilt og án tilhliðrana.

Aðildarríkin geta sett reglur um búsetuskyldu og eignarnám, en þá verða ákvæðin að gilda jafnt, hvað varðar ríkisborgararétt. Þar sem það eru, samkvæmt ESB-réttinum, áhrifin af reglunum sem skipta máli, munu landsreglur, sem gera eignaviðskipti erfið eða tímafrek, líka vera andstæðar samningsreglunum um frjálst flæði. Landsreglur þarf að reisa á mikilvægum opinberum hagsmunum (”general interest”), og þær verða að vera í samræmi við hagsmunina. Hugsanlegar stjórnvaldsreglur um eignarhald verða að vera *ex post facto* og vera reistar á hlutlægum, útgefnum og lögbundnum skilyrðum.

**7**. Eftir að mál Portúgals, Frakklands og Belgíu voru leidd til lykta, komu tvö önnur mál sem vörðuðu ESB-grein 345, Spánn (C-463/00) og Stóra Bretland (C-98/01). Ríkissaksóknari Ruiz-Jarabo Colomer kemst að þeirri niðurstöðu, að 2002-dómarnir ”appear to render devoid of all practical effect Article 345 EC”. (10) ESB-dómstóllinn komst samt sem áður að þeirri niðurstöðu, að hann væri heldur ekki sammála Colomer. ESB-dómstóllinn fylgdi ekki óvænt afstöðu réttarins frá 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”. (11)

Afstaðan frá 2002 stóð þar með óhreyfð. ESB-dómstóllinn er þeirrar skoðunar, að grein 345 eigi einungis við *fyrirtæki í opinberri eigu eða undir stjórn opinberra aðila.* Aðeins þá eiga aðildarríkin sjálfdæmi um lagasetningu. Við einkavæðingu fellur þetta sjálfræði brott, sbr þá afstöðu, að við hagfræðilega blandaðar lausnir falli þjóðarsjálfræðið niður samkvæmt grein 345, þrátt fyrir, að framsetningin sé á hinn veginn (”snerti ekki á nokkurn hátt»).

(10) Réttarleiðbeining 6. febrúar 2003. Mál C-463/00 og C-98/01, ECR [2003] I-4581, málsgrein 37.

(11) JUDGEMENT OF THE COURT, 26 June 2007, Case E-2/06

 Grundvallarlögmál ESB gilda – eins og dómstóllinn túlkar þau – við kjarnaaðstæður, sem ekki einvörðungu snerta, heldur hafa forsögn um eignarréttinn í aðildarríkjunum. Með öðrum orðum: nú er í reynd búið að taka grein 345 úr gildi. Af þessu kemst ég að eftirfarandi niðurstöðum:

**8**. Ekki er hægt að álasa Íslandi, þótt mismunur á texta og dómafordæmum væri fyrir hendi, þegar EES-samningurinn var undirritaður 2. maí 1992, af því að viðfangsefnið var í höndum dómstólsins. Óháð þessu gildir, að ef ESB hefði haft þennan skilning á hreinu, hefði ESB átt að leggja áherslu á, að ekki mætti skilja grein 125 út frá almennri máltilfinningu. ”Hlýðniskyldan”, sem fylgir af síðasta lið 3. EES-greinar, er engin sjálfstæð skylda fyrir ESB, en kemur í ljós, ef síðari aðlögun Íslands birtist sem misskilningur á innihaldi greinar 125. ESB verður að mótmæla. Ef það er ekki gert, mun vinnulag EES-landanna verða ákvarðandi túlkunaratriði samkvæmt Vínarsamkomulaginu. Ég nefni þetta, jafnvel þótt það geti varla átt við hér.

**9**. Sambandið milli EES-greinar 125 og starfsháttasáttmála ESB, greinar 345 [áður grein 295], er ákvarðað með niðurstöðu EFTA-dómstólsins um norska ”heimkvaðningarréttinn”. (11) Dómstóllinn sló því fyrst föstu, að textarnir væru eins, og þar af leiðandi yrði að túlka þá eins, sbr samkvæmniregluna.

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

10. Dómstóllinn slær því svo föstu, að það leiði af EES-grein 125, að aðildarrríki hafi vald til að ákveða, hvers konar eignarhaldsfyrirkomulag skal viðhafa. Rétturinn er hins vegar takmarkaður vegna þess, að í aðildarríkinu gildir fjórfrelsið, *in casu* frelsi til fjárfestinga og athafnafrelsi [t.d. frelsi til að stofna fyrirtæki].

”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” (málsgreinar 62-63).

Þetta þýðir beinlínis, að hvert EES-ríki getur sjálft ákveðið, hvort orkulindirnar skuli vera í opinberri eigu eða í einkaeigu.

*”The Court holds that Artcle 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 effected by the EEA Agreement. The corollary of this is that Norway may legitimately pursue the objecticve of establishing a system of public ownership over these properties, provided that the objective is pursued in a non-discrimiantory and proportionate manner” (málsgrein 72).*

11. Við sjáum þannig, að aðildarríki – þar með talið Ísland – getur ákveðið, að ríkið eigi allar náttúruauðlindir og að það sjálft nýti og þrói þær undir stjórn ríkisins. Ef, hins vegar, komið er á fót kerfi, þar sem einkaeign eða blönduð einka- og opinber eign er viðhöfð, þá verður ísland að veita leyfi til þess, að einkaaðilar fái að reka starfsemi sína óháð þjóðerni, sbr. EES-grein 124 (mismunun á grunvelli þjóðernis).

**II. EES-samningurinn, greinar 11, 12 og 13**

Lögmaðurinn BTP skrifar, bls 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 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 í orkupökkum ESB og af reglum, sem þar er að finna.”*

Þetta hefur verið þýtt þannig á norsku:

*Det ligger på bordet, at mens Island ikke er tilkoblet det indre markedet med kabel, er noen viktige regler i EÖS-avtalen ikke gjeldende for handel med elkraft. Her kan nevnes forbud i avtalens 11. og 12. artikkel mot kvantitetsinnskrenkninger på import og eksport av 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 til forbud mot eller innskrenkelser på import og eksport av 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 av de regler, som der finnes.»*

1. Höfundurinn staðhæfir í fyrsta lagi, að þar sem Ísland sé ekki tengt útlöndum með neinum aflstrengjum, þá sé Ísland, varðandi orkuviðskipti, heldur ekki háð neinum hinna mikilvægustu EES-reglum. Eins og þetta er sett fram, eiga þannig reglur um orkuviðskipti að vera háð einni raunstöðu, nefnilega, hvort *de facto* Ísland sé tengt útlöndum með aflstrengjum. Þessu er ómögulegt að halda fram. EES-samningurinn gildir ekki bara fyrir aðstæður í nútíð, heldur einnig í framtíð. Það, sem virkjar reglurnar, er innleiðing Íslands á ”Þriðja orkupakkanum”, en ekki, hvort raforkukerfi Íslands sé tengt erlendum raforkukerfum beint. Reglurnar spanna þær aðstæður, að Ísland neiti t.d. einkaaðila, sem rekur millilandastrengi, um að leggja slíka. Ef hagsmunir mismunandi landa rekast á, þá tekur ACER ákvörðun um það, hvort leggja skuli sæstreng til útlanda, ESB-gerð nr 713/2009, grein 8.1:

”Varðandi innviði, sem tengja saman lönd, tekur Orkustofnun ESB, ACER, aðeins ákvörðun um stjórnunarleg viðfangsefni, sem falla undir valdsvið Landsreglaranna í viðkomandi löndum, þ.m.t. hugsanlega kjör og skilyrði fyrir aðgangi og rekstraröryggi, a) þegar viðkomandi stjórnvöld, Landsreglararnir, hafa ekki náð samkomulagi í síðasta lagi 6 mánuðum eftir að málið var lagt fyrir seinni Landsreglarann.»

Skipulag ACER verður fest í sessi, þegar ”orkuáætlun 2019-21”, ”Project of Common Interest” (PCI), verður samþykkt.

”In 2013, the TEN-E [Trans-European Energy Network] Regulation introduced a new framework for the developement 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)

(12) Agency for the Cooperation of Energy Regulators Programming Document 2019 – 2021 (Acer 6 September 2018) bls. 13

Hér er í raun og veru um að ræða að yfirgefa hið hefðbunda ”tveggja stoða kerfi” EES og fara yfir í ”einnar stoðar kerfi” sem einkennir ESB og ESB-aðild.

Við sjáum sem sagt, að gripið verður til reglnanna í ”Þriðja orkupakkanum” við aðstæður, eins og þær, að t.d. finnski rafmagnsrisinn Fortun hafi í hyggju, í samstarfi við HS Orku, að leggja rör eða strengi frá Íslandi til t.d. Skotlands. Setjum svo, að af hálfu íslenzka ríkisins verði lagzt gegn þessu. Ef Landsreglarinn – framlengdur armur ESB á Íslandi – sem á að sjá til þess, að reglum ESB-réttarins verði framfylgt á Íslandi og sem íslenzk yfirvöld geta ekki gefið fyrirmæli – getur ekki leyst úr deilunni, verður um hana úrskurðað innan ACER, eða jafnvel í framkvæmdastjórn ESB samkvæmt ESB gerð nr 713/2009, sjá grein 4 d), sbr grein 8.1 a) og innganginn, málsgrein 10).

**2**. *Í öðru lagi* staðhæfir lögmaðurinn BTP, að reglum samningsins í greinum 11, 12 og 13 verði ekki beitt, af því að EES-samningurinn – samkvæmt BTP – fjalli ekki um verzlun með raforku, jafnvel þótt Ísland samþykki ”Þriðja orkupakkann”, sbr framsetninguna, að svo lengi sem ”Ísland ekki er tengt innri markaðinum með rafstreng, muni sumar mikilvægar reglur þannig gildigurinn var undirritlliti til eignar garsölu, sem aðeins [are the] provisions or practices which provide for les fav í EES-samninginum ekki gilda fyrir viðskipti með rafmagn”.

Þetta er röng niðurstaða. Það eru engar forsendur fyrir því, að verzlun með orku sé undanskilin í EES-samningnum, heldur þvert á móti. Allar götur síðan EES-samningurinn var samþykktur 2. maí 1992, hefur hann falið í sér gerðir og tilskipanir um orku, sem EES-ríkin eru bundin af, sbr Viðauka IV Orku. Innihald viðaukans hefur breytzt með tímanum við það, að ESB hefur afnumið ýmsar reglur og samþykkt nýjar. ”Þriðji orkupakkinn” á að ganga inn í þennan viðauka, ef Ísland gerist aðili að ”pakkanum”. Þetta er augljóst.

**3**. Hér verður að bæta við, að sannarlega gilda strangar reglur um þá skyldu að framfylgja gerðum og tilskipunum ESB: þótt EES sé aðeins túlkunaratriði fyrir íslenzkum dómstólum, er myndin allt önnur, þegar kemur að framkvæmdavaldinu, þ.e.a.s. ríkisstjórn Íslands, ráðuneytum, ráðum og nefndum:

”*Lagagerningar, sem er fjallað um í eða teknir með í viðauka þessa samnings, eða samþykktir EES-nefndarinnar, skulu vera bindandi fyrir samningsaðilana»* (EES grein 7).

Ákvarðandi verður þá, hvaða gerðir og tilskipanir EES-löndin óska eftir, að tekin verði upp í EES-samninginn, eða með öðrum orðum, ef Ísland vill ekki, að greinar 11, 12 og 13 í EES-samningnum o.s.frv. öðlist ótakmarkað gildi fyrir orkugeirann, verður að greiða atkvæði gegn ”Þriðja orkupakkanum”.

Tromsö, 23. september 2018

**Peter Thomas Örebech**

**Prófessor í lögfræði**

**UIT Norges arktiske universitet, 9037, Tromsö**

Þýtt hafa á íslenzku, 13. október 2018:

Kristján L. Guðlaugsson og Bjarni Jónsson