

Minnisblað

til Utanríkismálanefndar Alþingis

frá Tómasi Jónssyni hrl.

Inngangur

1. Minnisblað þetta er ritað í tilefni af boðun undirritaðs á fund utanríkismálanefndar 19. ágúst 2019. Til umfjöllunar á fundinum er „tillaga til þingsályktunar um staðfestingu ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar, nr. 93/2017, um breytingu á IV. viðauka (Orka) við EES-samninginn (þriðji orkupakkinn), 777. mál, <https://www.althingi.is/altext/149/s/1237.html>“.¹
2. Tilefni fundarboðunar er væntanlega stuttar blaðgreinar sem undirritaður, ásamt nokkrum öðrum hæstaréttarlögmönnum, skrifuðu í Morgunblaðið 14. júní og 7. ágúst s.l.
3. Í greinunum er varað við mögulegum samningsbrotamálum og skaðabótamálum gegn íslenska ríkinu ef þriðji orkupakkinn verður samþykktur og innleiddur í íslensk lög.
4. Kveikjan að þessum varnaðarorðum var neðanmálgrein sem kom fram í álitgerð Stefáns Más Stefánssonar og Friðriks Árna Friðrikssonar Hirtz frá 19. mars 2019. Hér er átt við neðanmálgrein nr. 62 á bls. 35 í álitinu. Umrætt álit hefur verið túlkað með mismunandi hætti en þessi neðanmálgrein hafði ekki komið mikið til umfjöllunar þegar fyrri blaðgreinin var skrifuð 14. júní s.l. og tilefni þótti til að vekja meiri athygli á henni.
5. Í neðanmálgreininni segir að meginreglur 11. og 12. gr. EES-samningsins gangi ekki svo langt að þær gefi markaðsaðilum rétt að krefjast þess að raforkutengingum sé komið á eða þær stækkaðar en síðan segir orðrétt: „Ekki má þó gleyma að hafni Orkustofnun umsókn fyrirtækis þar að lútandi gæti fyrirtækið snúið sér til ESA með kæru sem gæti endað með samningsbrotamáli gegn Íslandi. Slík staða gæti reynst Íslandi erfið.“
6. Þessi „erfiða staða“ er ekki nánar rædd eða rökstudd í álitinu en að mati undirritaðs er augljóst að álitsgjafar hafa í huga markmiðsskýringar sem Evrópudómstóllinn (ECJ) gæti beitt varðandi túlkun á löggjöf þeirri sem mynda orkupakkann. Og á grundvelli ákvæða EES-samningsins um einsleitni á dómstóll EFTA mjög erfitt með að ganga gegn túlkunum ECJ.
7. ECJ hefur beitt markmiðsskýringum allt frá sjöunda áratug síðustu aldar og eru frægustu dæmin dómar í málum nr. 26/62 og 6/64 sem skópu reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsráhrif reglna Evrópusambandsins fram yfir landsrétt. Dómar þessi byggðu á grunni til á því hvert væri markmiðið með stofnun Evrópusambandsins enda var ekki að finna neinn texta í Rómarsáttmálanum um þessi atriði, þ.e. bein réttaráhrif og forgangsráhrif.
8. Seinna beitti ECJ markmiðsskýringu til þess að búa til regluna um skaðabótaábyrgð samningsríkja ef reglur Evrópusambandsins eru ekki rétt innleiddar í landsrétt og reglan um beinu réttaráhrif á ekki við, sbr. dóm nr. 9/90.
9. Reyndar virðast allir fræðimenn á sviði Evrópuréttar sammála um þessa staðreynd, þ.e. að ECJ byggi á markmiðsskýringum í niðurstöðum sínum þegar samnings- eða lagatexta er ekki til að

dreifa. Yfirlýsingar um markmið og tilgang í Evrópulöggjöfnni eru ekki þýðingarlausar heldur geta þvert á móti haft umtalsvert vægi þegar kemur að því að útkljá réttarágreiðing.

10. Aðfararorð þeirrar löggjafar sem mynda nefndan orkupakka verða ekki skilin á annan veg en að markmiðið og tilgangurinn með löggjöfnni er að koma á fót sameiginlegum markaði með raforku. Hér má einkum vísa til 1., 2. og 5. mgr. aðfararorða reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 713/2009 frá 13. júlí 2009, 1.-4. mgr. aðfararorða reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 714/2009 frá 13. júlí 2009 og 1.- 8. og 59. mgr. aðfararorða tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2009/72/EB frá 13. júlí 2009. 1. gr. reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 714/2009 frá 13. júlí 2009 styður framangreindan skilning.
11. Fyrir liggur að eina tæknilega leiðin fyrir Ísland að tengjast þessum markaði er með sæstreng og ef Ísland samþykkir orkupakkann en hafnar sæstreng þá gæti verið litið á það sem samningsbrot, sem Eftirlitsstofnun EFTA myndi fylgja eftir gagnvart Íslandi fyrir EFTA dómstólum.
12. Hagsmunaaðilar gætu haft réttmætar væntingar til þess að sæstrengur verði lagður og gætu átt rétt á skaðabótum ef sæstreng er hafnað. Gagnvart slíkum kröfum gæti Íslandi verið nauðugur sá kostur að heimila lagningu sæstrengs.
13. Þar sem rafmagn er vara skv. skilgreiningu Evrópuréttar gæti höfnun á lagningu sæstrengs verið túlkað hindrun á frjálsum flæði vara og þannig andstætt fjórfrelsinu.
14. Loks má nefna að eitt af meginmarkmiðum orkupakkans er að koma á virkri samkeppni með sölu og dreifingu rafmagns. Ef Íslendingar hafna því að leggja sæstreng þrátt fyrir að hafa gengist undir framangreint markmið gæti það verið túlkað sem brot á samkeppnisreglum EES-samningsins.
15. Mikilvægt er að öll framangreind lagaóvissa og áhætta sem fylgir samþykkt orkupakkans verði rannsökuð og könnuð til hlítar áður en reglurnar eru samþykktar og innleiddar í íslenska löggjöf.
16. Einnig er rétt að skoða til hlítar þau ákvæði EES- samningsins sem gera ráð fyrir undanþágum og lausn ágreiningsmála, sbr. ákvæði 102. og 103. gr. samningsins. Undanþágubeiðni á grundvelli þeirra ógnar ekki EES samstarfinu að mati undirritaðs, samningurinn gerir ráð fyrir að deilumál komi upp og geymir skýr ákvæði um hvernig skuli þá bregðast við. Í nefndri álitserð sinni benda Stefán og Friðrik á þessa leið, sbr. bls. 39 í álitserðinni.

Virðingarfyllst,

Tómas Jónsson

Undirritaður útskrifaðist úr lagadeild Háskóla Íslands 1988, nam alþjóðarétt við University College London og London School of Economics 1989-1990 og er með LL.M. gráðu í Hafrétti og Evrópurétti.

Undirritaður hefur starfað sem lögmaður síðan 1990, þar af hæstaréttarlögmaður frá 1997.