

Leyfi til raforkuframleiðslu: Skyldur ríkja samkvæmt raforkutilskipuninni í ljósi reglna um jafnræði og gagnsæi

Kristín Haraldsdóttir, LL.M, sérfræðingur, lagadeild Háskólans í Reykjavík.

Útdráttur

Í greininni er fjallað um það fyrirkomulag leyfa til raforkuframleiðslu, sem mælt er fyrir um í 7. gr. tilskipunar 2009/72/EB um innri markað raforku. Fyrirkomulagið á að stuðla að greiðum aðgangi að framleiðslu raforku og virkri samkeppni. Leitað er svara við því hvaða skyldur ríkin verða að uppfylla samkvæmt reglum 7. gr., einkum í ljósi krafna um jafnræði og gagnsæi í málsmeðferðinni, og jafnframt hvort reglurnar þjóni tilgangi sínum. Færð eru rök fyrir því að óljóst sé hvaða skyldur reglurnar leggi á ríkin. Þær taki ekki nægilega vel mið af því hve málsmeðferð vegna leyfa til að reisa og reka raforkuver er ólík og flókin í aðildarríkjunum og því hve raforkuver eru ólík að stærð og gerð.

Efnisorð: Raforkuframleiðsla; leyfi; tilskipun 2009/72/EB

Access to Electricity Production Activities Pursuant to the Internal Electricity Market Directive.

Abstract

The article analyses the procedural requirements that authorities must fulfil when granting authorisation for new electricity generating capacity according to Article 7 of the Electricity Directive 2009/72/EB. Pursuant to the provisions of Article 7 Member States must publish the authorisation procedure and the criteria for granting authorisations. The criteria must be objective, transparent and non-discriminatory. The article asks what these requirements entail and



Icelandic Review of Politics and Administration Vol 10, Issue 2(543-564)

© 2014 Contact: Kristín Haraldsdóttir, kristinhar@ru.is

December 18th 2014 on <http://www.irpa.is>

Publisher: Institute of Public Administration and Politics, Gimli, Sæmundargötu 1, 101 Reykjavík, Iceland

Stjórn mála & stjórnsýsla 2. tbl. 10. árg. 2014 (543-564)Fræðigreinar

© 2014 Tengiliður: Kristín Haraldsdóttir, kristinhar@ru.is

Vefbirting 18. desember 2014 - Birtist á vefnum <http://www.irpa.is>

Útgefandi: Stofnun stjórnsýslufræða og stjórnmála, Gimli, Sæmundargötu 1, 101 Reykjavík

DOI: <http://dx.doi.org/10.13177/irpa.a.2014.10.2.17>

This work is licensed under Creative Commons Attribution 3.0 License

whether they meet the intended purpose to ensure access to generating activities and free competition. It argues that the rules are too general and do not take into account the differing and complex procedures in the Member States and the diverse nature of electricity generation plants.

Inngangur

Tilskipun Evrópusambandsins 2009/72/EB um innri markað raforku (raforkutilskipunin) mælir fyrir um sameiginlegar reglur um framleiðslu, flutning, dreifingu og sölu raforku í aðildarríkjum Evrópusambandsins. Henni er ætlað að stuðla að virkri samkeppni í framleiðslu og sölu raforku og ná með því markmiðum um innri markað með raforku. Í greininni er sjónum beint að ákvæðum 7. gr. tilskipunarinnar um raforkuframleiðslu.¹ Í 1. mgr. 7. gr. raforkutilskipunarinnar kemur fram að ríkin skuli: „[...] samþykkja málsmeðferð við leyfisveitingu til aukinnar framleiðslugetu, sem skal fara fram í samræmi við viðmiðanir sem eru hlutlægar, gagnsæjar og án mismununar.“ Í 2. mgr. 7. gr. eru svo tilgreind sjónarmið sem viðmiðin skulu varða. Þá er í 4. mgr. 7. gr. tekið fram að ríkin skuli birta opinberlega málsmeðferðina og þau viðmið sem lögð verða til grundvallar ákvarðanatökunni. Ef umsækjendum er synjað um leyfi skal þeim tilkynnt um ástæður þess. Þær þurfa að vera „hlutlægar, án mismununar, gildar og rökstuddar á tilhlýðilegan hátt“. Ákvæðin mæla því annars vegar fyrir um þau efnislegu viðmið sem lögð verða til grundvallar við mat á því hvort heimila skuli aukna framleiðslugetu og hins vegar málsmeðferðarreglur sem ríkin eiga að fylgja.

Í greininni verður leitast við að skýra hvaða skyldur þessi ákvæði leggja á ríkin í ljósi þeirra fjórfrelsis- og samkeppnissjónarmiða sem þau hvíla á. Í því sambandi verður einkum horft til jafnræðisreglunnar eins og hún birtist í 7. gr. og kröfunnar um gagnsæi. Sérstaklega verður skoðað hvort á ríkjnum hvíli skylda til að auglýsa einstök leyfi í þeim tilgangi að gefa framleiðendum frá öðrum ríkjum kost á að keppa um leyfið. Þá verður leitast við að skýra hversu mikið svigrúm ríkjnum er eftirlátið við mat á því hvort veita skuli leyfi. Ólík sjónarmið hafa verið sett fram um það efni (Bjørnebye, 2010, 197-222). Með nokkurri einföldun má skipa viðhorfum fræðimanna í tvo flokka. Annars vegar er það viðhorf að tilskipunin veiti framleiðendum rétt á að fá leyfi ef þeir uppfylla hlutlæg viðmið sem hafa verið birt. Svigrúm ríkja til að synja um leyfi sé því þröngt (Jones, 2010, 16-24 og Cameron, 2007, 132-133). Hins vegar er svo það viðhorf að framangreindum ákvæðum sé eingöngu ætlað að koma í veg fyrir gerræðislega mismunun af hálfu stjórnvalda en ekki veita rétt til framleiðslu. Bygging og rekstur raforkuvera sé þess eðlis að ríki hafi óhjákvæmilega rúmt svigrúm til mats um hvort leyfi verði veitt (Bjørnebye, 2010, 220-222). Þessi ólíku sjónarmið vekja spurningar um hvort reglur 7. gr. tilskipunarinnar séu nægilega skýrar og hvort þær þjóni þeim tilgangi að tryggja greiðan aðgang að framleiðslu raforku og virka samkeppni. Ýmis merki eru um að svo sé ekki. Bent hefur verið á að ferli vegna umsókna um leyfi til að reisa og reka raforkuver séu bæði flókin og tímafrek (Kottasz, 2010, 117-119) og að málsmeðferð vegna t.d. vatnsaflsvirkjana sé ógagnsæ í mörgum ríkjum (Glachant o.fl., 2014a og 2014b). Þá sýndi athugun framkvæmdastjórnarinnar á samkeppni á raforkumarkaði að mikið vantaði upp

á virka samkeppni á framleiðslu- og heildsölumörkuðum (framkvæmdastjórnin, 2007). Í nýlegri skýrslu framkvæmdastjórnarinnar kemur þar að auki fram að íhlutanir af hálfu stjórnvalda á sviði raforkuframleiðslu séu verulegar og umfram nauðsyn (framkvæmdastjórnin, 2014a). Vandamálin eru flóknari en svo að gagnsæi í málsmeðferð við veitingu opinberra leyfa sé eina lausnin. Gagnsæi skiptir þó verulegu máli og í því ljósi er umfjöllun greinarinnar beint sérstaklega að kröfum þar að lútandi. Í íslensku samhengi er umfjöllun greinarinnar líka áhugaverð út frá sjónarmiðum um skilvirka og gagnsæja málsmeðferð við veitingu opinberra leyfa vegna orkunýtingar og enn fremur út frá álitamálum um hvernig skuli staðið að ráðstöfun réttinda ríkisins á heimildum til orkunýtingar. Umfangsins vegna beinist greinin þó ekki sérstaklega að lögum og réttarframkvæmd hér á landi.

Ekkert hefur reynt á ákvæði 7. gr. tilskipunarinnar fyrir Evrópudómstólnum en leitað er eftir hliðstæðum í annarri afleiddri löggjöf Evrópusambandsins (ESB) á orkusviði, einkum tilskipun 94/22/EB um kolvetnisvinnslu, svo og annarrar löggjafar sem lýtur að opnun markaða, s.s. á sviði póst- og fjarskiptabjónustu, opinberum innkaupum og sérleyfissamningum. Í umfjölluninni verður fyrst fjallað um forsögu og markmið tilskipunarinnar og greina hennar um raforkuframleiðslu (1. kafli) og það leyfisveitingarfyrirkomulag sem 7. gr. mælir fyrir um (2. kafli). Umfjölluninni í þessum köflum er ætlað að veita nauðsynlega yfirsýn, auk þess sem forsaga og markmið tilskipunarinnar og greina hennar um raforkuframleiðslu skiptir máli við túlkun á þeim ákvæðum sem koma svo til skoðunar í 3. og 4. kafla. Umfjöllun 3. kafla snýr að svigrúmi stjórnvalda við ákvörðunartöku um hvort veita skuli leyfi í ljósi þeirra sjónarmiða sem stjórnvöldum er heimilt að líta til og kröfum um hlutlægni, gagnsæi og jafnræði. Í 4. kafla er svo leitað svara við því hvort kröfur 7. gr. tilskipunarinnar um gagnsæi og jafnræði kunni að leggja skyldu á ríkin að auglýsa einstök leyfi í þeim tilgangi að gefa framleiðendum í öðrum ríkjum kost á að keppa um leyfin. Í 5. kafla eru svo að lokum dregnar saman almennar niðurstöður.

1. Markmið og forsaga tilskipunar um innri markað raforku og framtíðarþróun

Eins og fram kemur í 1. gr. raforkutilskipunar 2009/72/EB mælir tilskipunin fyrir um sameiginlegar reglur um framleiðslu, flutning, dreifingu og sölu raforku í þeim tilgangi að bæta samkeppni á raforkumörkuðum og tengja þá saman. Hún byggir á 95. gr. EB-sáttmálans (114. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins (SSE)) og vísar til ákvæða hans um frelsi til staðfestu og þjónustu (2. mgr. 47. gr. og 55. gr. EB). Meginefni hennar snýr að því að afmarka hvernig skipulag raforkumarkaðarins skuli vera og dregur hún ákveðnar línur um hlutverk ríkisins á raforkumarkaði. Líkt og önnur sértæk löggjöf sambandsins um ákveðna markaði, s.s. fjarskiptamarkaðinn, takmarkar tilskipunin heimildir ríkja til að ákveða skipulag markaðarins. Í því ljósi mælir tilskipunin fyrir um skiptingu valds á milli ríkjanna og sambandsins (sjá til samanburðar um fjarskiptamarkaðinn Hancher, 1999, 221-223). Aðgangur að framleiðslu og sölustarfsemi á raforkumarkaði á í aðalatriðum að vera opin og lúta lögmálum markaðarins. Tilskipunin skýrir nánar hvað í því felst og í hvaða tilgangi og með hvaða hætti ríkjum er heimilt að

grípa inn í til að vernda ríka almannahagsmuni. Flutningur og dreifing raforku er á hinn bóginn álitin vera náttúruleg einokunarstarfsemi. Í tilskipuninni eru ítarlegar reglur um aðskilnað samkeppnis- og einokunarstarfsemi og hvernig skuli tryggja jafnræði notenda kerfisins, s.s. varðandi aðgang að því og gjald fyrir notkun þess, áreiðanleika, uppbyggingu og öryggi kerfisins, auk þess sem þar er að finna reglur um sértækt eftirlit með markaðnum og reglur um vernd neytenda.

Sú skipan sem raforkutilskipunin mælir fyrir um nú er talsvert ólík því markaðsumhverfi sem flest ríki höfðu sjálf valið áður en framkvæmdastjórnin hóf að vinna að endurskipulagningu raforkumarkaðarins. Allt fram undir lok 9. áratugar síðustu aldar var það almennt viðhorf í Evrópu, líkt og víða annars staðar, að raforkumarkaðurinn ætti að lúta stjórn hins opinbera og að markaðslögmálin ættu þar ekki við. Fyrirtækin voru almennt í opinberri eigu og starfsemi þeirra lóðrétt samþætt þar sem hún tók jafnan til flestra stiga raforkumarkaðarins (framleiðslu, flutnings, dreifingar og sölu). Fyrirtækin nutu oft sérréttinda eða störfuðu á grundvelli sérleyfis innan ákveðinna landfræðilegra marka og á þeim hvíldu opinberar skyldur, t.d. um að tryggja nægilegt framboð raforku og afhendingaröryggi á ákveðnu verði. Raforkumarkaðir voru samkvæmt því einokunarmarkaðir sem afmörkuðust af landamærum ríkja. Markviss vinna að löggjöf um opnun raforkumarkaðarins hófst undir lok 9. áratugarins, samhliða opnun annarra hefðbundinna ríkiseinokunarmarkaða, s.s. póst- og fjarskiptaþjónustu. Fyrirmæli um breytta skipan raforkumarkaða birtist fyrst með heildstæðum hætti í tilskipun 96/92/EB um innri markað raforku. Hér er ekki ástæða til að rekja frekar lagaþróunina í Evrópu fram að gildistöku tilskipunar 96/92/EB en gerð hefur verið ítarleg grein fyrir henni víða (sbr. t.d. Slot, 1994, 511-547 og Newbery, 2009, 35-63).

Tilskipun 96/92/EB veitti ríkjunum mjög rúmt svigrúm um skipulag markaðarins, en fyrstu tillögur framkvæmdastjórnarinnar fólu í sér mun róttækari samræmingu (framkvæmdastjórnin, 1992). Tilskipunin var málamiðlun þar sem komið var til móts við rótgróin en ólík viðhorf ríkja um skipan markaðarins og ólíkar áherslur þeirra á félagsleg markmið og hlutverk hins opinbera í að tryggja þau. Þetta endurspeglast m.a. í 10. og 11. lið aðfaraorða tilskipunarinnar. Dregnar voru meginlínur um skipulag markaðarins þar sem ríkin skyldu afnema einokun á framleiðslu og sölu raforku til stærri notenda og tryggja jafnræði notenda flutnings- og dreifikerfa. Ákvæði tilskipunarinnar um framleiðslu raforku fólu þó í sér skilyrðislausu kröfu til ríkjanna um að opna fyrir samkeppni í framleiðslu raforku, óháð stærð og gerð markaða. Heimildir um almennar undanþágur frá einstökum köflum tilskipunarinnar fyrir lítil og einangruð kerfi, sbr. 3. mgr. 24. gr., tóku þannig ekki til raforkuframleiðslu. Ríkin áttu því að afnema sérleyfi og sérréttindi framleiðslufyrirtækja nema ef sýnt væri að þeirra væri þörf til að tryggja ákveðin markmið um almannþjónustu, sbr. 3. gr. tilskipunarinnar. Tilskipunin bauð þó ríkjunum að eiga frumkvæði að aukningu á framleiðslugetu og þar með handstýra aðganginum að markaðnum svo lengi sem jafnræði væri tryggt. Ríkin gátu valið á milli þess að stýra framleiðslunni á grundvelli langtímaáætlana og bjóða reglubundið út aukna framleiðslugetu á grundvelli þeirra, sbr. 6. gr. tilskipunarinnar (útboðsleið), eða leyfisbinda aukna framleiðslugetu og fela framleiðslufyrirtækjum frumkvæðið að framleiðsluaukningu,

sbr. 5. gr. tilskipunarinnar (leyfisveitingarleið). Líkt og í gildandi tilskipun var gerð krafa um að ákvörðun stjórnvalda byggði á hlutlægum og gagnsæjum viðmiðum sem samræmdust jafnræði. Sjónarmið sem viðmiðin gátu byggst á voru tiltekin og þess krafist að málsmeðferðin og viðmiðin yrðu birt opinberlega. Takmarkaða leiðbeiningu er að finna í lögskýringargögnum um þessi ákvæði. Þótt undirbúningsskýrslur framkvæmdastjórnarinnar hafi ekki þýðingu sem lögskýringargögn má benda á athygli verð sjónarmið í skýrslu frá árinu 1988 sem lýsa viðhorfi framkvæmdastjórnarinnar til svigrúms ríkja við útgáfu leyfa á þeim tíma sem framkvæmdastjórnin vann að mun róttækari samræmingartillögum en samþykktar voru með tilskipun 96/92/EB. Þar kemur fram að kanna þurfi mismunun við veitingu opinberra leyfa og hvort samræma megi skilyrði fyrir leyfum til að reisa og reka raforkuver. Í því sambandi er bent á að athuga þurfi hvort rétt sé að skylda ríkin til að gefa út leyfi með fyrirvara um að orkuverid samræmist skipulagsáætlunum og kröfum er varða annars vegar orkugjafa og hins vegar umhverfisáhrif framkvæmda (framkvæmdastjórnin, 1988, 70-71). Samkvæmt þessu leit framkvæmdastjórnin á þessum tíma ekki svo á að réttur orkuframleiðenda til leyfis ætti að vera óskilirtur. Svigrúm ríkja til að hafna leyfi var þó bundið við umhverfis- og skipulagsmál og val á orkugjafa.

Frekari samræming á skipulagi markaðarins og opnun á sölu raforku til smærri notenda var svo ákveðin með tilskipun 2003/54/EB sem felldi úr gildi tilskipun 96/92/EB. Í tilskipuninni kemur fram að helstu hindranir í vegi þess að koma á virkri samkeppni og innri markaði með raforku hafi falist í mismunun tengdri aðgangi að flutnings- og dreifikerfum og gjaldi fyrir notkun þess, svo og mismunandi opnun sölumarkaða í ríkjum, sbr. 5. lið aðfaraorða tilskipunarinnar. Breytingunum, sem lagðar voru til með tilskipuninni, var fyrst og fremst ætlað að taka á þessum annmörkum, sbr. einkum 2.-8. lið aðfaraorðanna. Hvað framleiðslu snertir skiptir mestu að almenn heimild ríkja til að stjórna aukningu á framleiðslugetu var felld brott. Eina skýringin, sem gefin var á því í tilskipuninni, var sú að ekkert ríki hefði valið þessa leið og ákvæðið væri því óþarft, sbr. 22. lið aðfaraorðanna. Af lögskýringargögnum má að auki ráða að útboðsleiðin hafi verið talin síðri til að koma á samkeppni án þess að það sé skýrt nánar (framkvæmdastjórnin, 2001, 39). Með þessari breytingu varð meginreglan sú að fyrirtæki á markaði áttu að hafa frumkvæði að því að auka framleiðslugetu. Aðkoma stjórnvalda var bundin við að taka afstöðu til umsókna um heimild til að auka framleiðslu (leyfisveitingarleiðin) eftir fyrirfram birtri málsmeðferð og viðmiðunum sem áttu að uppfylla kröfur um hlutlægni, gagnsæi og jafnræði, sbr. 1., 2. og 3. mgr. 6. gr. tilskipunar 2003/54/EB. Traustið til markaðsaflanna virðist þó ekki hafa verið fullt þar sem ríkjum var gert skylt að tryggja að mögulegt væri að bjóða út aukna framleiðslugetu ef þess þyrfti með til að tryggja öruggt framboð raforku, sbr. 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 2003/54/EB. Þá var ríkjum jafnframt heimilað að skipuleggja framleiðslu með þessum hætti ef sýnt var fram á nauðsyn þess vegna umhverfisverndar og tækniþróunar, sbr. 2. mgr. 7. gr. Að auki kom inn nýtt ákvæði í 3. mgr. 6. gr. sem lagði þá skyldu á aðildarríkin að tryggja að málsmeðferð við leyfisveitingu fyrir litla og/eða dreifða framleiðslu taki tillit til takmarkaðrar stærðar þeirra og hugsanlegra áhrifa.

Rannsókn framkvæmdastjórnarinnar á samkeppni á raforku- og gasmörkuðum, sem birt var árið 2007, leiddi í ljós að illa hafði gengið að koma á virkri samkeppni á raforkumörkuðum (framkvæmdastjórnin, 2007). Athuginin einskorðaðist við ákveðin atriði og tók t.d. ekki til leyfisveitinga vegna raforkuframleiðslu. Hún sýndi að framleiðslu- og heildsölumarkaðir raforku voru enn að verulegu leyti afmarkaðir af landamærum ríkja og að þeir einkenndust af samþjöppun og ráðandi stöðu þeirra sem voru á markaðnum þegar hann var opnaður. Í kjölfarið voru samþykktar lagabreytingar sem ætlað var að taka á þessum vandamálum og er tilskipun 2009/72/EB, sem er enn í gildi, hluti þeirra.² Ákvæði tilskipunarinnar um raforkuframleiðslu eru að mestu óbreytt frá tilskipun 2003/54/EB. Þó skiptir máli að listi 2. mgr. 7. gr. yfir sjónarmið, sem ríkjum er heimilt að byggja á við leyfisveitingar, er nú tæmandi. Þar segir að viðmiðanir „skulu varða“ tilgreind sjónarmið í stað „kunna að varða“ áður. Engar skýringar eru í aðfaraorðum eða lögskýringargögnum á þessari breytingu en fræðimenn virðast almennt sammála um að listinn sé nú tæmandi (Bjørnebye, 2010, 204 og Talus, 2013, 69). Þessi breyting kann að gefa til kynna að vilji hafi staðið til þess að draga úr svigrúmi ríkja til að takmarka aðgang að framleiðslu raforku. Þá má greina nokkuð breyttan og beittari tón í aðfaraorðum tilskipunarinnar varðandi nauðsyn þess að stuðla að fjárfestingum í aukinni framleiðslu og tryggja greiðari aðgang nýrra aðila að framleiðslu- og heildsölumörkuðum, sbr. 6., 8., 31., 35., 39., 57., 60. og 61. lið aðfaraorða tilskipunarinnar. Af nýlegri úttekt framkvæmdastjórnarinnar að dæma hafa þær breytingar, sem gerðar voru með tilskipuninni varðandi aðgang að flutnings- og dreifikerfum og aðskilnað samkeppnis- og einokunarstarfsemi, borið árangur og er nú helst lögð áhersla á frekari samtengingu markaða og að draga úr íhlutunum hins opinbera á markaðnum sem eru verulegar og umfram nauðsyn (framkvæmdastjórnin, 2014a, 3-7 og 2013a, 2-16). Frekari lagabreytingar virðast hins vegar ekki vera á döfinni.

Af framansögðu má ráða að tilskipunin hefur frá upphafi byggt á bæði fjórfrelsis- og samkeppnissjónarmiðum í því augnamiði að koma á innri markaði raforku. Meginmarkmið tilskipunarinnar eru þannig efnahagslegs eðlis og lúta að því að stuðla að skilvirkni og hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta, m.a. í þeim tilgangi að lækka raforkuverð. Ákvæði hennar um skipulag markaðarins eru orðin miklu mun ítarlegri en í fyrstu tilskipuninni og svigrúm ríkja hefur að sama skapi þrengst. Þetta á þó ekki nema að takmörkuðu leyti við um ákvæði hennar um framleiðslu sem enn eru mjög almenn og fela því í sér takmarkaða samræmingu á ákvarðanatöku um aukna framleiðslugetu. Þau byggja þó skýrlega á þeirri meginhugsun að aðgengi að markaðnum skuli vera opið og byggjast á jafnræði í samræmi við fjórfrelsis- og samkeppnissjónarmið tilskipunarinnar. Jafnframt er víðurkennt að þörf sé á að gæta að ákveðnum sjónarmiðum, sbr. 2. mgr. 7. gr., og heimila opinbera íhlutun sé hún nauðsynleg til að tryggja skilgreinda hagsmuni, s.s. um raforkuöryggi og umhverfisvernd. Það þarf því að fara fram ákveðið hagsmunamat og álitamál hversu mikið svigrúm tilskipunin og önnur löggjöf sambandsins, s.s. á umhverfissviði, eftirlætur ríkjunum í þeim efnunum. Í þessu sambandi er rétt að hafa í huga að tilskipunin er hluti af stærra mengi, orkustefnu Evrópu, sem hefur frá upphafi byggt á að ná fram skilvirkni, orkuöryggi og umhverfisvernd. Þessi markmið eru

nú nánar útfærð í 194. gr. SSE og sérstaklega tekið fram að samþætta beri markmið um innri markað og umhverfisvernd. Framkvæmdastjórnin hefur nú lagt fyrir Evrópuþingið og Ráðið stefnuramma á sviði orku- og loftslagsmála fyrir tímabilið 2020-2030 sem gerir ráð fyrir að ríkin, í ákveðinni samvinnu við framkvæmdastjórnina, semji áætlun á orkusviði sem á að taka heildstætt á einstökum þáttum á sviði orkustefnu ESB og m.a. tryggja fyrirsjáanleika og samvinnu ríkja við orkuuppbyggingu og aðgerðir í loftslags- og umhverfismálum (framkvæmdastjórnin, 2014b). Ekki er rúm eða efni til að fjalla um þessar tillögur framkvæmdastjórninnar frekar. Þær eru þó nefndar hér þar sem þær benda til þess að ESB kunni í auknum mæli að koma að áætlunum ríkja á orkusviði í því augnamiði að auka gagnsæi, þ.á m. um orkuuppbyggingu.

2. Fyrirkomulag málsmeðferðar

2.1 Reglur um málsmeðferð

Í 1. mgr. 7. gr. raforkutilskipunarinnar segir:

Aðildarríkin skulu samþykkja málsmeðferð við leyfisveitingu til aukinnar framleiðslugetu, sem skal fara fram í samræmi við viðmiðanir sem eru hlutlægar, gagnsæjar og án mismununar.

Í 2. mgr. 7. gr. eru talin þau viðmið sem leggja skal til grundvallar við ákvörðunartökuna, sbr. nánar 3. kafla. Í 3. mgr. 7. gr. er svo gerð krafa til ríkjanna um að þau tryggi að málsmeðferð við leyfisveitingu til lítilla framleiðenda og þeirra, sem tengjast inn á dreifikerfi, taki tillit til stærðar þeirra og áhrifa. Síðan segir í 4. mgr.:

Birta skal opinberlega málsmeðferð við leyfisveitingu og viðmiðanirnar. Umsækjendum skal tilkynnt um allar ástæður þess að þeim var synjað um leyfi. Ástæðurnar þurfa að vera hlutlægar, án mismununar, gildar og rökstuddar á tilhlýðilegan hátt. Umsækjandinn skal hafa möguleika á að áfrýja synjuninni.

Af orðum 1. mgr. 7. gr. raforkutilskipunarinnar má draga þá ályktun að gert sé ráð fyrir að raforkuframleiðendur þurfi að afla samþykkis stjórnvalda fyrir því að auka raforkuframleiðslugetu. Samkvæmt reglum ESB og EES-samningsins um stofnsetningarrett, þjónustufrelsi og frjálst flæði fjármagns, eins og þær hafa verið skýrðar bæði af Evrópuðómstólnum og EFTA-dómstólnum, teljast kröfur um að afla þurfi samþykkis stjórnvalda fyrir atvinnustarfsemi almennt fela í sér hindrun gegn þessum réttindum (t.d. C-55/94 Gebhard, C-384/08 Attanasio og E-2/06 Eftirlitsstofnun EFTA g. Noregi). Í 1. mgr. 7. gr. er skýr heimild fyrir því að leyfisbinda aukningu á framleiðslugetu. Það má raunar túlka orðalag ákvæðisins svo að skylt sé að leyfisbinda aukningu á framleiðslugetu. Almennt er þó talið að svo sé ekki og í því sambandi er bent á að markmið ákvæðisins sé að tryggja greiðan aðgang að framleiðslustarfsemi (Talus, 2013, 70). Í

2. mgr. 7. gr. kemur fram tæmandi talning þeirra sjónarmiða, sem ríki mega leggja til grundvallar við útfærslu viðmiða, sem skulu birt opinberlega og sem uppfylla kröfur um hlutlægni, gagnsæi og jafnræði.

Almennt séð eru leyfi, sem stjórnvöld áskilja fyrir atvinnustarfsemi, annaðhvort veitt að frumkvæði stjórnvalda eða þau standa opin til umsóknar (Graver, 2004, 228). Það er ljóst af uppbyggingu tilskipunarinnar og forsögu, sbr. 1. kafla, að 1. mgr. 7. gr. útilokar að meginstefnu til að upphaf málsmeðferðar sé háð frumkvæði stjórnvalda. Útboð að frumkvæði stjórnvalda kemur aðeins til skoðunar ef skilyrði 8. gr. tilskipunarinnar eru uppfyllt. Samkvæmt henni eiga ríkin að innleiða útboðsfyrirkomulag sem unnt er að beita ef þess gerist þörf til að tryggja öryggi raforkuframboðs, sbr. 1. mgr. 8. gr. Þá er ríkjunum heimilt að bjóða út aukna framleiðslugetu ef þess er þörf vegna umhverfisverndar og tækniþróunar, sbr. 2. mgr. 8. gr. raforkutilskipunarinnar. Auk þess er skilgreint í 3. gr. tilskipunarinnar í hvaða tilgangi stjórnvöldum er heimilt að fela raforkuframleiðendum opinberar skyldur og veita sérstök réttindi þeim tengdum og ber þá að tryggja að það sé gert án mismununar og að gagnsæi sé tryggt, sbr. 6. mgr. 3. gr. Af nýlegri skýrslu framkvæmdastjórnarinnar að dæma er þó, eins og áður segir, algengt að um opinbera íhlutun af þessu tagi sé að ræða og/ eða að framkvæmdir séu ríkisstyrktar (framkvæmdastjórnin, 2014a). Hvað sem því líður er meginreglan sú að leyfi vegna aukinnar framleiðslugetu eiga að standa opin til umsóknar. Að þessu leyti er raforkutilskipunin ólík kolvetnistilskipuninni þar sem meginreglan er að stjórnvöld eigi frumkvæði að því að bjóða leyfi til kolvetnistrannsóknna og vinnslu, sbr. einkum 1. og 2. mgr. 3. gr. kolvetnistilskipunarinnar. Sú skipan byggir á því að ríkin hafi forræði yfir náttúruauðlindum, sbr. 4. lið aðfaraorða kolvetnistilskipunarinnar. Fyrirkomulag raforkutilskipunarinnar byggir á hinn bóginn á því að framboð raforku eigi almennt að ákvarðast af lögmálum markaðarins en ekki handafla ríkisins. Af því má draga þá ályktun að aðgangur að raforkuframleiðslu á í grunninn að vera opin og að leyfisveitingarfyrirkomulagið er stjórnþeki sem ekki má hindra aðgang meira en nauðsyn krefur. Við mat á því hvort svo sé verður að líta til þess að ákvæði tilskipunarinnar byggja bæði á fjórfrelsis- og samkeppnissjónarmiðum. Það verður því að telja að þau efnislegu skilyrði, sem sett eru fyrir leyfi, og að málsmeðferðin sem slík verði að uppfylla kröfur um meðalhóf þrátt fyrir að ekki sé vísað sérstaklega til meðalhófs í 7. gr. tilskipunarinnar.

Eftir því leyfisveitingarfyrirkomulagi að dæma, sem hér hefur verið lýst, má ráða að hugsunin að baki ákvæðinu hafi verið sú að þeir umsækjendur, sem uppfylla skýr og hlutlæg viðmið, eigi rétt á að fá leyfi. Eins og áður segir á frumkvæði að aukinni framleiðslugetu að koma frá markaðnum. Einnig er stjórnvöldum skylt að birta fyrirfram öll viðmið og rökstyðja synjun með hlutlægum rökum sem ekki fela í sér mismunun. Gera verður ráð fyrir því að rökstuðningurinn verði að tengjast áður birtum viðmiðum þar sem ella er það í raun á valdi stjórnvalda að stýra framleiðslumagninu og kröfur tilskipunarinnar um jafnræði og gagnsæi eru að engu hafðar. Eins og nánar verður fjallað um í köflum 3 og 4 hér á eftir má hins vegar draga í efa að hugsunin nái fram að ganga nema settar verði ítarlegri reglur um málsmeðferðina.

- Samkvæmt ákvæðum 7. gr. á málsmeðferðin að uppfylla eftirfarandi kröfur:
- Viðmiðin skulu vera hlutlæg, gagnsæ og án mismununar, sbr. 1. mgr. 7. gr.
 - Málsmeðferðin og þær viðmiðanir, sem lagðar verða til grundvallar, skulu birtar, sbr. 4. mgr. 7. gr.
 - Málsmeðferðin þarf að vera í samræmi við stærð og áhrif virkjunar, sbr. 3. mgr. 7. gr.
 - Rökstyðja þarf synjun. Rökin eiga að vera hlutlæg, án mismununar og gild.
 - Leyfisbeiðandi þarf að eiga þess kost að áfrýja synjun.

Sambærilegar kröfur til málsmeðferðar hafa þróast í dómaframkvæmd þar sem reynt hefur á hvort leyfisveitingar samræmist meðalhófi samkvæmt fjórfrelsisreglunum (Prechal, 2008, 202 og 204-208 og Hatzopoulos, 2013, 11). Af dómaframkvæmdinni má ráða að þessum kröfum er í grunninn ætlað að tryggja að málsmeðferðin sé aðgengileg og íþyngi ekki leyfisbeiðanda umfram nauðsyn. Þá eiga þær að draga úr svigrúmi stjórnvalda til mats og líkum á handahófskenndum ákvörðunum. Þær eiga þannig bæði að tryggja fyrirsjáanleika og möguleika umsækjenda á að fá ákvörðun endurmetna. Þær hvíla, eins og áður segir, á meðalhófssjónarmiðum, en geta einnig stuðst við sjónarmið um réttarvissu og réttláta málsmeðferð (Prechal, 2008, 215-216) og jafnvel meginreglu um góða stjórnsýsluhætti (e. good administration) (Prechal, 2008, 215 og Margrét Vala Kristjánsdóttir, 2013, 248-252, og t.d. E-24/13 *Casino Admiral*, 71. mgr.) Finna má fleiri dæmi um málsmeðferðarkröfur í afleiddri löggjöf. Hér má nefna sem dæmi, auk raforkutilskipunarinnar, tilskipanir á fjarskiptamarkaði, sbr. einkum tilskipanir 2002/20/EB, 2002/21/EB, þjónustutilskipunina, kolvetnistilskipunina, tilskipanir 2004/17/EB og 2004/18/EB um opinber útboð og tilskipun 2014/23/EB um sérleyfissamninga. Það er misjafnt hversu ítarlegar reglurnar eru. Í sumum tilvikum eru reglurnar efnislega þær sömu og þær sem mótast hafa í réttarframkvæmd (sjá C-380/05 *Centro European*, 103. mgr. og álit Maduro aðallögsögumanns í sama máli, 28., 33., 34. og 37. mgr.) Um það verður þó ekki alhæft enda verður að túlka reglurnar út frá því samhengi sem þær birtast í. Allar þessar tilskipanir eiga það sammerkt að gerð er krafa um jafnræði og gagnsæi við málsmeðferðina. Það er því rétt að víkja nánar að jafnræðisreglu 7. gr. raforkutilskipunarinnar og kröfunni um gagnsæi.

2.2. Um jafnræði og gagnsæi

Jafnræðisreglan er grundvallarregla í ESB-rétti. Hún birtast víða í löggjöf ESB, en í ólíku samhengi, bæði á sviði mannréttindaverndar og efnahagslöggjafar, og ræðst efnislegt inntak hennar af því samhengi sem á hana reynir (Tridimas, 2006, 70). Almennit felur meginreglan um jafnræði í sér að fara skuli eins með sambærileg tilvik og með ólíkum hætti um ólík tilvik nema mismunun megi réttlæta á grundvelli lögmætra sjónarmiða (Craig og de Búrca, 2011, 894). Evrópudómstóllinn hefur lýst því svo að ákvæði raforkutilskipunarinnar, sem krefjast þess að ríkin tryggi að flutnings- og dreifiveitur veiti aðgang að kerfum sínum án mismununar, feli í sér sérstaka framsetningu meginreglunnar um jafnræði (t.d. C-17/03 *VEMW*, 47. mgr. og C-439/06 *Citilworks*, 42. mgr.) Hið sama

á við um kröfur 7. gr. tilskipunarinnar um jafnræði. Þær eiga það sameiginlegt með áður nefndum ákvæðum um aðgang að flutnings- og dreifikerfum að þeim er ætlað tryggja að fyrirtækjum, sem starfa á raforkumarkaði, sé ekki mismunad hvað varðar réttindi þeirra og skyldur, sbr. 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar (C-17/03 *VEMW*, 46. mgr.) Samkvæmt 7. gr. tilskipunarinnar er stjórnvöldum skylt að gæta þessa við veitingu leyfa. Við mat á því hvað felst í þeirri skyldu verður að horfa til tilgangs tilskipunarinnar, sem áður er rakinn, um að opna framleiðslu og heildsölu raforku fyrir samkeppni í því augnamiði að koma á innri markaði (til samanburðar sjá C-17/03 *VEMW*, 62. mgr.) Efni 7. gr. verður því, eins og áður segir, að skoða bæði út frá samkeppnissjónarmiðum og sjónarmiðum um frjálst flæði. Í þessu ljósi, og með tilliti til þess hvernig reglan er orðuð í 7. gr., má ætla að hún sé almenn í þeim skilningi að hún sé ekki bundin við ákveðna tegund mismununar, s.s. við mismunun á grundvelli þjóðernis. Bjørnebye (2010, 210) telur svo einnig vera án þess þó að færa fyrir því sérstök rök. Að þessu leyti er raforkutilskipunin sambærileg t.d. kolvetnistilskipuninni sem er ætlað að tryggja jafnræði í aðgengi að leit, rannsóknnum og vinnslu kolvetnis, við skilyrði sem eru líkleg til að auka samkeppni og hagkvæmni og stuðla að innri markaði, sbr. 6. lið. aðfaraorða hennar og dóm í málinu C-569/10 *framkvæmdastjórnin g. Póllandi*, 63. mgr. Hér má einnig vísa til jafnræðisreglunnar eins og hún birtist í tilskipunum um opinber útboð, sbr. t.d. C-458/03 *Parking Brixen*, 48. mgr.

Krafan um gagnsæi birtist, líkt og jafnræðisreglan, í ólíku samhengi og getur falið í sér ólíkar skyldur eftir því samhengi sem á hana reynir. Þannig hefur tilvísun til gagnsæis ekki endilega sömu þýðingu í tengslum við réttinn til aðgangs að opinberum gögnum og í tengslum við reglur sem eiga að tryggja opinn og jafnan aðgang að atvinnustarfsemi (S. Prechal og de Leeuw, 2008, 238). Sérstakar kröfur um gagnsæi útbóðsferlis birtast til að mynda í tilskipunum 2004/17/EB og 2004/18/EB um opinber innkaup og tilskipun 2014/23/ESB um sérleyfissamninga sem leiddar eru af reglum um frjálst flæði og samkeppni (Ølykke, 2014). Í þessum tilskipunum eru gerðar ríkar kröfur um birtingu á útbóðslýsingu og viðmiðum, sem lögð verða til grundvallar, og til skýrleika lýsingarinnar og viðmiðanna. Kröfunum er fyrst og fremst ætlað að tryggja að mögulegir tilboðsgjafar hafi jöfn tækifæri til að gera tilboð og geti lagt mat á hvað réð niðurstöðu útbóðsins (sjá t.d. Prechal og de Leeuw, 2008, 229-231). Reglur tilskipananna um opinber innkaup eru um margt sérstaks eðlis og verða ekki yfirfærðar beint á önnur svið. Þær geta þó haft þýðingu við skýringu á reglum á öðrum sviðum sem þjóna sambærilegum tilgangi um opinn aðgang að markaði á jafnræðisgrundvelli.

2.3 Til hvaða leyfa ná málsmeðferðarreglurnar

Á það hefur verið bent að stjórnýsla vegna raforkuframleiðslu sé flókin í mörgum ríkjum og að það geti þurft að afla fjölda leyfa fyrir sama raforkuverinu á ólíkum stjórnýslustigum (Kottasz, 2010, 117-119). Í flestum tilvikum þarf að tryggja að framkvæmdin samræmist skipulagsáætlunum. Þá getur að auki þurft önnur leyfi sem snúa að því að tryggja að kröfum um t.d. mengunarvarnir og öryggi sé fylgt. Þá þarf í sumum tilvikum sérstök leyfi til nýtingar á náttúruauðlindum sem þarf til framleiðslunnar. Dæmi eru um að þessum leyfum sé steipt saman í eitt leyfi en algengara mun vera að þau séu mörg

(Kottasz, 2010, 117-119). Spurningin er þá til hvaða leyfa málsmeðferðarreglur 7. gr. ná. Svareið við því er engan veginn ljóst. Möguleikarnir eru í aðalatriðum tveir. Annars vegar að 7. gr. eigi aðeins við um málsmeðferð vegna sérstakra leyfa til að auka framleiðslugetu, þ.e. lúti aðeins að uppsettu aflri raforkuvers og varði ekki önnur leyfi, s.s. um landnýtingu eða nýtingu orkulinda. Hins vegar að hún eigi við um málsmeðferð vegna allra þeirra stjórnvaldsákvæðana sem ráða því hvort reisa megi og reka raforkuver, en þær geta, eins og áður segir, verið fjölmargar. Orðalag 1. mgr. 7. gr. sem vísar til „aukinnar framleiðslugetu“ bendir til þess að fyrri skýringarkosturinn kunní að vera réttur. Eins og ráða má af umfjöllun 3. kafla þá benda þau sjónarmið sem leggja má til grundvallar við veitingu leyfis samkvæmt 2. mgr. 7. gr. hins vegar ekki til þess. Listinn gefur til kynna að tekið verði mið af þáttum sem tengjast sjálfu raforkuverinu, s.s. staðsetningu þess og orkugjafa, en ekki bara mögulegu aflri þess. Þá virðist almennt miðað við það í fræðilegri umfjöllun að reglur tilskipunarinnar um málsmeðferð séu ekki bundnar við eitt ákveðið leyfi, sem afmarkast við afl raforkuvers, heldur vísi til allra mögulegra leyfa sem kann að þurfa að afla í tengslum við byggingu og rekstur raforkuvers (Jones, 2010, 24 og Björnebye, 2010, 205-208). Það er því líklegri skýringarkostur að málsmeðferð samkvæmt tilskipuninni taki til allra þeirra leyfa sem þarf til að reisa og reka raforkuver.

Leyfin geta verið mörg og flókin, eins og áður segir, en hlutverk þeirra og edli er að auki mjög ólíkt. Hin einfalda framsetning 7. gr. á því ekki alltaf við. Hlutverk leyfa, sem þarf til að auka við framleiðslugetu, kann að vera að tryggja öryggi vegna mengunar eða hættu á slysum af starfsemi kjarnorkuvera, en það kann líka að vera allt annað, t.d. að stýra landnýtingu eða hagnýtingu náttúruauðlinda. Leyfin eru líka edlisólík. Sum eru ótakmörkuð í þeim skilningi að allir, sem uppfylla hlutlaga mælikvarða, geta fengið leyfi. Þess háttar leyfum er almennt ætlað það hlutverk að tryggja að starfsemin uppfylli ákveðnar kröfur, s.s. út frá öryggissjónarmiðum. Dæmi um leyfi af þessum toga í íslenskrí löggjöf eru t.d. starfsleyfi skv. lögum um hollustuhætti og mengunarvarnir nr. 7/1998. Slík leyfi fela ekki í sér ráðstöfun stjórnvalda á neins konar einkarétti, sérréttindum eða takmörkuðum gæðum og skapa almennt ekki vandamál varðandi aðgengi að starfsemi eða jafnræði aðila á samkeppnismarkaði. Gæði, sem þarf til framleiðslu raforku, eru þó oft takmörkuð af tæknilegum eða náttúrulegum orsökum. Þannig getur staðsetning raforkuvers skipt máli miðað við nálægð þess við flutningskerfið og hagkvæmi þess að tengjast flutningskerfinu á hverjum stað. Þá getur framleiðsla raforku verið háð náttúrulegum aðstæðum og annarri nýtingu svæða. Hér má nefna sem dæmi vindorkugarða á hafi. Slíkir garðar verða ekki byggðir í ótakmörkuðum mæli vegna náttúrulegra aðstæðna. Önnur nýting hafsvæða, s.s. til siglinga, fiskveiða eða fiskræktunar, kann einnig að vera ósamrýmanleg vindorkuverum á svæðinu. Þá er augljóst að fjöldi leyfa til að reisa og reka orkuver, sem framleiðir raforku með fallorku eða jarðhita er takmarkaður, og að ráðstöfun á sjálfum auðlindunum eða rétti til að nýta þær eru einnig ráðstöfun á takmörkuðum gæðum. Rétt er þó að taka fram að á landi getur það skipt máli við mat á því hvort um er að ræða úthlutun hins opinbera á takmörkuðum gæðum hvort landið og/eða þær auðlindir, sem nýta á, eru í einkaeigu eða opinberri eigu. Í því sambandi getur skipt máli hvort landeigandi eigi að lögum forgang að rétti til að nýta

landið og/eða orkulindir sem þar er að finna til raforkuframleiðslu. Hér er ekki ætlunin að fjalla nánar um þau álitaefti, sem risið geta í tengslum við eignarhald á landi eða orkulindum, eða forræði ríkisins á nýtingu þeirra. Kjarni málsins er að leyfin eru afar ólík og að sum þeirra geta falið í sér ráðstöfun hins opinbera á takmörkuðum gæðum. Misjafnt er hvaða leiðir stjórnvöld fara við úthlutun leyfa til að hagnýta t.d. fallorku eða reisa vindmyllugarða. Af rannsóknum á fyrirkomulagi á ráðstöfun réttinda til að hagnýta fallorku að dæma er afar misjafnt hversu gagnsætt úthlutunarferlið er í einstökum ríkjum. Oft er notast við einhvers konar samkeppnisfyrirkomulag en það er einkum þegar um er að ræða einhvers konar form sérleyfissamninga en stundum er um hefðbundið stjórnsýsluleyfi að ræða sem er veitt þeim sem fyrstur sækir um (Glachant o.fl., 2014a og 2014b). Bent hefur verið á að ósamkvæmni gæti hjá framkvæmdastjórninni í eftirliti með þessum samningum/leyfum og að nauðsynlegt sé að samræma reglur frekar (Glachant o.fl. 2014a).

Í eftirfarandi umfjöllun verður skoðað frekar hvort af jafnræðis- og gagnsæiskröfum 7. gr. megi leiða sérstakar kröfur um málsmeðferðina sem tryggir gagnsæi hennar. Fyrst verður fjallað um kröfur um þau viðmið sem lögð verða til grundvallar og skýrleika þeirra (3. kafli) og síðan um birtingu málsmeðferðar og viðmiða (4. kafli).

3. Viðmið sem eru hlutlæg, gagnsæ og án mismununar – svigrúm ríkja til að synja um leyfi

Í 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar segir:

Aðildarríkin skulu mæla fyrir um viðmiðanir um veitingu leyfa til að auka framleiðslugetu á yfirráðasvæðum þeirra. Fyrirnefndar viðmiðanir skulu (e. shall) varða:

a) öryggi og áreiðanleika raforkukerfisins, stöðva og tengds búnaðar, b) vernd lýðheilsu og almannaöryggis, c) umhverfisvernd, d) landnýtingu og staðsetningu, e) nýtingu lands í almannaeign, f) orkunýtni, g) eðli frumorkugjafans, h) sérstök einkenni umsækjanda, svo sem tæknilega, efnahagslega og fjárhagslega getu, i) samræmi við ráðstafanir sem samþykktar eru skv. 3. gr. j) áhrif framleiðsluaukningarinnar á markmið bandalagsins um að hlutfall endurnýjanlegra orkugjafa nemi a.m.k. 20% af heildarorkunotkun árið 2020, sbr. 1. mgr. 3. gr. tilskipunar 2009/28, k) hvort með framleiðsluaukningunni verði dregið úr losun gróðurhúsalofttegunda.

Eins og áður er rakið eru sjónarmiðin talin upp með tæmandi hætti. Af því leiðir að ákvæðið felur í sér samræmingu á þeim hagsmunum sem viðmiðanir ríkja mega varða. Að þessu leyti er svigrúm ríkja takmarkaðra en ef almennar reglur SSE um frjálst flæði ættu við.³ Á lista 2. mgr. 7. gr. koma ekki fram öll þau sjónarmið sem viðurkennt hefur verið að teljist til brýnna almannahagsmuna, s.s. byggðaþróun og félagsleg markmið, sbr. t.d. upptalningu c-liðar 2. mgr. 10. gr. og 8. tl. 4. gr. þjónustutilskipunarinnar 2006/123/

EB. Slíkir hagsmunir verða því almennt aðeins teknir til greina í tengslum við afmörkun á verkefnum í almannapágu, sbr. 3. gr. tilskipunarinnar. Þó er rétt að taka fram að sjónarmiðin, sem talin eru í 2. mgr. 7. gr., eru sum hver mjög almenn, s.s. um landnotkun, og geta því rúmað flesta þá brýnu almannahagsmuni sem viðurkenndir hafa verið. Næst er rétt að víkja nánar að því hvað felst í kröfum 1. mgr. 7. gr. um að viðmiðin skuli vera hlutlæg, gagnsæ og án mismununar.

Almennt séð verður að túlka þessar kröfur með hliðsjón af þeim fjórfrelsis- og samkeppnissjónarmiðum sem 7. gr. hvílir á, þ.e. um greiðan aðgang að markaðnum og virka samkeppni. Viðmiðin verða að vera skýr og gefa aðilum á markaði nægan fyrirsjáanleika til að taka upplýstar ákvarðanir og tryggja að úrræði um endurskoðun ákvörðunarinnar séu raunhæf. Í kröfunni um skýrleika felst að viðmiðin þurfa að vera þannig úr garði gerð að með sanngirni megi ætlast til að eðlilega upplýstir og aðgætnir (e. reasonably well informed and normally diligent) aðilar á markaði geti túlkað þau á sama hátt. Sjá til samanburðar C-19/00 *SLAC*, 42. mgr. Þessi dómur varðaði tilskipanir um opinber innkaup og enda þótt ekki verði gerðar sömu kröfur um útfærslu viðmiða leyfa, sem standa eiga opin fyrir umsóknum, þá má ætla að sömu almennu sjónarmið eigi að mestu leyti við.

Bjørnebye (2010, 202-203) bendir á að fyrirkomulag leyfisveitinga vegna raforku vera sé óhjákvæmilega flókið og hæpið sé að það megi útfæra þannig að draga megi verulega úr hindrunum á markaðsaðgangi. Hann bendir í því sambandi á að raforkuver hafi almennt veruleg áhrif á umhverfi (bæði náttúru og samfélag) og séu almennt umdeild. Ferillinn við þróun framkvæmda sé oft langur og framkvæmdirnar taki jafnvel breytingum á ýmsum stigum leyfisveitingarferilsins. Rök hans eru sannfærandi og telja má að á þessum sömu forsendum geti verið vandasamt að útfæra fyrirfram hlutlæg og gagnsæ viðmið fyrir veitingu leyfa sem standa almennt opin til umsóknar. Það þýðir þó ekki að kröfurnar um hlutlægni og gagnsæi séu þýðingarlausar. Telja verður að í þeim felist skylda til að útfæra viðmið á eins hlutlægan og gagnsæjan hátt og kostur er miðað við aðstæður. Mælikvarðinn er þannig ekki algildur, heldur afstæður (sjá til samanburðar umfjöllun um kröfuna um gagnsæi hjá Howell í sambandi við birtingu málsmeðferðar og viðmiða, 2011, 16-20).

Í eftirfarandi umfjöllun verður fjallað nánar um þau sjónarmið sem talin eru í 7. gr. raforkutilskipunarinnar og eftirláta ríkjunum rúmt svigrúm til mats við útfærslu viðmiða og/eða eru þess eðlis að erfitt getur verið að setja fram viðmið sem eru hlutlæg og gagnsæ og tryggja jafnræði. Önnur sjónarmið, sem eru tæknilegs eðlis (kalla t.d. á setningu staðla eða ákveðinna gilda), eða eru af fjárhagslegum toga, koma ekki til umfjöllunar.

3.1 Sjónarmið um umhverfisvernd, landnýtingu, staðsetningu og notkun á landi í opinberri eigu

Landnýting og staðsetning orkuvera er almennt útfærð í skipulagsáætlunum í ríkjum ESB og reglum er snúa að tilteknum notum á landi og tengjast t.d. landbúnaðarstefnu eða náttúruverndarsjónarmiðum. Í slíkum áætlunum og leyfum þeim tengdum er að

jafnaði tekið tillit til umhverfisáhrifa og er því hér fjallað um þessi sjónarmið heildstætt. Ríkin fara, í samræmi við nálægðarregluna (subsidiarity principle) almennt með skipulagsvald á forráðasvæði sínu og hafa engar almennar reglar verið settar innan ESB um málsmeðferð við gerð slíkra áætlana á landi.⁴ Almennt er lítið svo á að d-liður 2. mgr. 7. gr. vísi eingöngu til þess að um framkvæmdir vegna raforkuvers fari eftir gildandi skipulagsreglum í hverju landi (t.d. Jones, 2010, 18-19). Skipulagsákvæðanir taka eðli málsins samkvæmt mið af ýmsum sjónarmiðum sem ekki eru tekin fram í 2. mgr. 7. gr., s.s. annarra landnota, dreifingu byggðar og félagslegum og menningarlegum þáttum. Í ljósi þess, sem áður segir um skipulagsvald ríkja, er ólíklegt að tilskipunin takmarki svigrúm stjórnvalda í þessum efnum. Tilvísun 2. mgr. 7. gr. til landnota opnar því á fleiri sjónarmið en koma fram á lista 2. mgr. 7. gr. með þeim fyrirvara að þau verða að tengjast skipulagi á landnotum. Leyfi tengd skipulagsákvörðunum og umhverfisvernd fela í sér hindrun á frjálsum flæði líkt og önnur leyfi sem þarf fyrir atvinnustarfsemi og verður málsmeðferðin og þær kröfur sem settar eru fyrir leyfi að byggja á brýnum almannahagsmunum og samræmast almennum reglum um jafnræði og meðalhóf og kröfum um gagnsæi. Þrátt fyrir að svigrúm stjórnvalda sé rúmt á þessu sviði er það ekki ótakmarkað. Hér má nefna að ráðstafanir stjórnvalda, sem takmarka fjölda atvinnufyrirtækja á skilgreindum svæðum, þurfa að vera réttlætanagerar á grundvelli ríkra almannahagsmuna, sbr. t.d. C-384/08 *Attanasio*. Í málinu reyndi á það hvort almenn fyrirmæli stjórnvalda um ákveðna vegalengd á milli bensínstöðva samræmdu staðfesturétti fyrirtækja. Vísað var til umferðaröryggis og umhverfisverndar til réttlætningar fyrirkomulaginu. Dómstóllinn taldi að ráðstöfunin fæli í sér hindrun sem væri til þess fallin að gera nýjum aðilum erfiðara um vik að komast inn á markaðinn heldur en þeim sem fyrir voru og ekki þyrftu að uppfylla þessar kröfur. Um væri að ræða hindrun á réttinum til staðfestu sem var ekki talin réttlætanager þar sem fyrirmælin væru ekki til þess fallin að tryggja þá hagsmuni sem þau áttu að vernda, þau uppfylltu ekki kröfur um samkvæmni og samræmdust ekki kröfum um meðalhóf.

Annað álitamál er hvort málsmeðferð á sviði skipulagsmála og umhverfisverndar geti verið svo flókin og þung í vöfum að hún uppfylli ekki kröfur um meðalhóf. Eins og áður segir bendir Björnebye (2010, 202-203) á að ákvarðanatöku vegna raforkuvers sé almennt séð sérstaks eðlis og undirbúningur ákvörðunartöku flókinn og tímafrekur. Skipulagsákvæðanir um hvar megi reisa og reka vatnsorkuver verða t.a.m. ekki borin saman við ákvarðanir um hvar megi reisa og reka bensínstöðvar. Krafa um gagnsæi í ákvarðanatökufæri þegar um er að ræða framkvæmdir, sem geta haft umtalsverð áhrif á umhverfi, byggir ekki síður á lýðræðisrökum en samkeppnisrökum. Í ESB-löggjöf er beinlínis krafa um lýðræðislega málsmeðferð bæði á skipulagsstigi, sbr. tilskipun 2001/42/EB um umhverfismat áætlana, og þegar kemur að ákvörðunum um sjálfa framkvæmdina, sbr. tilskipun 2011/92/EB um mat á umhverfisáhrifum. Vegna meðalhófssjónarmiða verður ferlið þó að taka mið af eðli og áhrifum framkvæmda. Í þessu sambandi má benda á 3. mgr. 7. gr. raforkutilskipunarinnar, sem kom fyrst inn í tilskipun 2003/54/EB, en var svo nánar útfærð í tilskipun 2009/72/EB. Þar kemur fram að aðildarríkin skuli tryggja að málsmeðferð við leyfisveitingu fyrir litlar virkjanir, sem

eru ekki tengdar við raforkukerfið eða tengjast eingöngu dreifikerfi, taki mið af stærð þeirra og áhrifum. Í raun segir þetta ákvæði ekkert frekar en leiða má af almennum reglum um meðalhóf sem fjallað er um í kafla 2.1. Æskilegt væri að útfæra kröfurnar nánar ef þær eiga að hafa tilætluð áhrif og framkvæmdastjórnin á að geta fylgt þeim eftir. Til samburðar má benda á að í 13. gr. tilskipunar 2009/28/EB um endurnýjanlega orkugjafa koma fram skýrari kröfur til ríkjanna um að einfalda stjórnsýsluferla, þ. á m. vegna raforkuvera. Í greininni er tiltekið að valdmörk milli þeirra stjórnvalda, sem koma að ákvörðunartöku, skuli vera skýr, ákvarðanatökufarlar samræmdir, tímamörk skýr og stjórnsýslumeðferðin einföld og hröð. Framkvæmdastjórnin hefur lýst því í nýlegri skýrslu að illa hafi gengið að draga úr stjórnsýslulegum hindrunum á þessu sviði og að eingöngu fá ríki hafi gripið til viðeigandi ráðstafana samkvæmt 13. gr. tilskipunarinnar. Framkvæmdastjórnin muni því höfða samningsbrotamál gegn brotlegum ríkjum (framkvæmdastjórnin, 2013b, 7-8).

3.2. Sjónarmið um eðli orkugjafans

Liðir g), j) og k) 2. mgr. 7. gr. lúta allir beint eða óbeint að þeim orkugjafa sem notaður er til raforkuframleiðslu. Í g-lið kemur fram að viðmið ríkja megi varða eðli orkugjafans. Þessi liður vekur fyrst og fremst spurningar um svigrúm ríkja til að ákvarða hvaða orkugjafar eru notaðir til framleiðslu raforku með hliðsjón af reglunni um jafnræði. Í því sambandi er rétt að nefna að almennt er viðurkennt að ríkin þurfi sveigjanleika til að velja orkugjafa (sjá t.d. framkvæmdastjórnin, 2014b, 3. kafli). Í því sambandi koma ýmis sjónarmið inn í myndina, s.s. öryggishagsmunir og landfræðipólitik (e. geopolitics). Hið rúma svigrúm ríkja í þessum efnum er nú beinlínis viðurkennt í 2. mgr. 194. gr. SSE en ákvæðið takmarkar heimildir ESB til að setja löggjöf til að framfylgja orkustefnu sambandsins sem hefur áhrif á rétt ríkja til að velja orkugjafa (um áhrif 2. mgr. 194 gr. SSE á heimildir ESB til lagasetningar á orkusviði sjá Kristín Haraldsdóttir, 2014). Þessi réttur ríkja undanskilur þau þó ekki með öllu frá þeim skyldum sem á þeim hvíla samkvæmt grundvallarreglum SSE, þ.m.t. bann við mismunun og fjórfrelsis- og samkeppnisákvæðum sáttmálans. Með hliðsjón af því að frelsi ríkja til að velja orkugjafa hefur ekki verið talið ótakmarkað, getur verið álitamál hvort það samræmist jafnræðisreglu 7. gr. raforkutilskipunarinnar að umbuna framleiðslu með ákveðnum orkugjöfum eða jafnvel útiloka alveg notkun tiltekinna orkugjafa nema sú mismunun, sem af því kann að leiða, verði réttlætt. Sama á við um algert bann við notkun ákveðinna orkugjafa (sjá nánar Jones, 2010, 19-21). Af tilvísun c-liðar til umhverfisverndar og j- og k-liðar til markmiða um að auka notkun endurnýjanlegra orkugjafa og notkun hreinna orkugjafa má þó með nokkurri vissu draga þá ályktun að mismunun sem samræmist þessum sjónarmiðum væri almennt réttlætanleg og að meðalhófsmat sé ekki strangt. Þannig getur verið réttlætanlegt að ríki umbuni slíkum orkugjöfum og velji þá fram fyrir aðra, sbr. einnig 28. lið aðfararorða tilskipunar 96/92/EB. Löggjöf ESB gerir hreinlega ráð fyrir mismunun á þessum grundvelli og hefur hún verið talin samræmast grunnreglum SSE (sbr. t.d. T-370/11 *Pólland g. framkvæmdastjórninni* og C-573/12 *Álands vindkraft*).

4. Krafa 4. mgr. 7. gr. um birtingu málsmeðferðar og viðmiða – þarf að auglýsa?

Eins og áður segir er meginreglan sú að málsmeðferð vegna leyfa til að reisa og reka raforkuverk hefst að frumkvæði framleiðenda. Þetta fyrirkomulag og orðalag 4. mgr. 7. gr., þar sem aðeins segir að birta skuli málsmeðferð og viðmiðanir opinberlega, bendir til þess að tilskipunin geri ekki ráð fyrir að einstök leyfi séu auglýst. Krafa 7. gr. um gagnsæi á samkvæmt því fyrst og fremst að tryggja að málsmeðferðin sé almennt aðgengileg eins og leitt hefur verið af dómaframkvæmd á sviði fjórfrelsis, sbr. kafli 2.1., en ekki gefa samkeppnisaðilum frá öðrum ríkjum tækifæri til að keppa um leyfið. Sé þessi skýring rétt, vekur hún spurningar um hvort tilskipunin taki nægilega mið af ólíku eðli þeirra leyfa, sem málsmeðferð samkvæmt 7. gr. getur náð til, en eins og áður er lýst, geta leyfi til að reisa og reka raforkufer falið í sér takmörkuð gæði. Í því ljósi er ástæða til að skoða nánar jafnræðis- og gagnsæiskröfur sem leiddar eru af annarri afleiddri löggjöf sem hvílir á fjórfrelsis- og samkeppnissjónarmiðum líkt og raforkutilskipunin.

Í tilskipunum 2004/17/EB og 2004/18/EB um opinber innkaup eru ítarlegar kröfur um útbóðsferla, hvað skuli birta og hvernig, sem ætlað er að tryggja bæði fjórfrelsis- og samkeppnismarkmið. Þótt þær verði, eins og áður segir, ekki yfirferðar beint á önnur réttarsvið, sýnir dómaframkvæmd Evrópudómstólsins að almennar gagnsæiskröfur hafa verið leiddar af tilskipununum og þeim beitt varðandi einkaleyfissamning og samninga um opinber innkaup sem falla utan tilskipunarinnar, sbr. t.d. C-324/98 *Telaustria*, C-231/03 *Coname*, C-91/08 *Wall* og E-24/13 *Casino Admiral*. Kjarni kröfunnar um gagnsæi í dómunum er að stjórnvöldum ber að kynna samning og þau viðmið sem byggt er á við gerð hans með þeim hætti að fyrirtæki frá öðrum ríkjum innan ESB geti haft aðgang að nægilegum upplýsingum til taka afstöðu til þess hvort þau vilji gera tilboð og geti látið í ljós vilja sinn til þess áður en gengið er frá honum. Þessar reglur eiga aðeins við þegar um er að ræða ráðstöfun sem hefur áhrif yfir landamæri, þ.e. ef aðilar frá öðrum ríkjum en samningsríkinu kunna að vilja ná samningi eða fá leyfi (sjá t.d. dóm í sameinuðum málum C-147/06 og C-148/06 *SECAP*). Tilgangur gagnsæiskröfunnar, eins hún er túlkuð í þessum málum, er að tryggja að athafnir stjórnvalda á frjálsum markaði hindri ekki markaðsaðgang og leiði ekki til ójafnræðis samkeppnisaðila. Þá er henni ætlað að setja frjálsum mati stjórnvalda takmörk og koma þannig í veg fyrir handahófskenndar ákvarðanir. Af dómi í máli C-203/08 *Betfair* má ráða að sömu kröfur eru gerðar þegar um er að ræða opinber leyfi sem veita einkarétt til ákvedinnar starfsemi. Í málinu reyndi á hvort stjórnvöld í Hollandi hefðu átt að auglýsa einkaleyfi til að reka ákvedna tegund af happdrætti í samræmi við þær kröfur sem fram koma í áður nefndum dómum. Einkarétturinn grundvallaðist á leyfi en ekki samningi. Dómstóllinn taldi að sömu gagnsæiskröfur yrði að gera til slíkra leyfa og gerðar eru til sérleyfissamninga þar sem áhrif þeirra á markaði væru þau sömu. Dómstóllinn leit því til áhrifa ráðstöfunarinnar en ekki forms. Ýmsir hafa túlkað þennan dóm svo að í honum felist skref í átt að útvíkkun þeirra gagnsæiskrafna sem gerðar eru til opinberra samninga þannig að þær geti nú einnig náð til opinberra leyfa þótt ekki sé um einkaleyfi til ákvedinnar starfsemi að ræða (Hatzopoulos, 2013, bls. 11-13, Howell, 2011, bls. 7-9 og Brown, 2010b, 223). Sjónarmið

Þessa efnis höfðu reyndar komið fram áður (Prechal og Leeuw, 2008, 234) og á það bent að sömu gagnsæiskröfur kynnu að eiga við um leyfi stjórnvalda sem fela í sér ráðstöfun á takmörkuðum gæðum. Í því sambandi hefur verið bent á 1. mgr. 12. gr. þjónustutilskipunarinnar (sjá einnig Hatzopoulos, 2013, 12-13) þar segir í 1. mgr.:

Þegar fjöldi tiltækra leyfa í tiltekinni starfsemi er takmarkaður vegna skorts á tiltækum náttúruauðlindum eða tæknigetu skulu aðildarríkin, við val milli þeirra sem koma til álita, beita aðferð þar sem óhlutdrægni og gagnsæi eru að fullu tryggð, má þar einkum nefna fullnægjandi kynningu á því hvenær málsmeðferðin hefst, hvernig hún fer fram og hvenær henni lýkur.

Hér má einnig minna á reglur kolvetnistilskipunarinnar sem mæla fyrir um ákveðna málsmeðferð við veitingu leyfa til að rannsaka og vinna kolvetni sem er um margt lík útboði. Í ljósi framangreindra orða benda rök til þess að við ákveðnar aðstæður, s.s. þegar um er að ræða takmarkaðan fjölda leyfa, geti krafan um gagnsæi falið í sér ríkari kröfur um birtingu leyfa og viðmiða en leiddar hafa verið af fjórfrelsisreglum og greint var frá í kafla 2.1. Í því felst m.a. að auglýsa á fyrirhugaða útgáfu leyfis og þau viðmið sem lögð verða til grundvallar á þann hátt að fyrirtæki frá öðrum ríkum eigi þess kost að sækja um leyfið. Það er þó ekki er fyllilega ljóst hvað felst í þessari auglýsingaskyldu, s.s. hvar og hvernig skuli auglýsa, en bent hefur verið á að möguleikarnir séu margir og ólíkir og það kunni að ráðast af aðstæðum í hverju máli hvaða reglur eiga við (Brown, 2010a, 172-176 og Howell, 2011, bls. 15-19). Það verður með öðrum orðum að meta það í hverju tilviki fyrir sig út frá markaðsaðstæðum og þeim áhrifum sem veiting leyfis hefur á markaði hvaða skyldur verða leiddar af kröfunni um gagnsæi.

Orðalag 4. mgr. 7. gr. ber, eins og áður segir, ekki með sér að slík skylda sé fyrir hendi. Það útilokar þó ekki að almennar tilvísanir 7. gr. um gagnsæi verði skýrðar með hliðsjón af markmiðum greinarinnar. Í því sambandi má nefna að í tíð eldri útboðstilskipana, sbr. tilskipanir 93/37/EBE um opinber verkkaup og 93/36/EBE um opinbera þjónustusamninga og forvera þeirra, voru gerðar töluvert ríkari kröfur til gagnsæis útboðsferils en leiða mátti af orðalagi tilskipananna sem studdust við samkeppnis- og fjórfrelsismarkmið þeirra, sbr. t.d. C-470/99 *Universale Bau* (um nánari umfjöllun um túlkun Evrópudómstólsins á eldri útboðstilskipunum sjá Howell, 2011, 3-6). Hér verða ekki dregnar afdráttarlausar niðurstöður um þetta efni. Það verður eins og áður segir að meta það í hverju tilviki fyrir sig hvort, hvar og hvernig á að auglýsa leyfi. Niðurstaðan er því engan veginn ljós. Það sýnir að æskilegt væri að slíkar jákvæðar skyldur á ríkin væru útfærðar nánar í löggjöf. Þannig mætti tryggja betur samræmi í réttarframkvæmd og meiri réttarvissu. Í ljósi þess fjölda leyfa sem málsmeðferð 7. gr. kann að taka til væri a.m.k. æskilegt að skýra nánar hvort og þá hvaða leyfi sé skylt að auglýsa. Í því sambandi má benda á 7. gr. tilskipunar 2002/20/EB um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og þjónustu sem fyrirmynd, en þar er tiltekið að skylt sé að auglýsa rétt til afnota af tíðni fyrir þráðlausar sendingar ef ákveðið er að takmarka fjölda þeirra sem fá leyfi. Þá

væri einnig æskilegt að tiltaka hvaða viðmið þyrfti að auglýsa og hvernig, sbr. umfjöllun í 3. kafla. Í þessu sambandi má einnig benda til hliðsjónar á kolvetnistilskipunina og leiðbeiningar um túlkun hennar um þetta efni dómi C-569/2010 *framkvæmdastjórnin g. Póllandi* sem snerti leyfi til rannsókna og hagnýtingar á gasi úr leirsteini (shale gas). Samkvæmt honum er skylt að auglýsa þau leyfi sem hafa að geyma viðmið sem geta ráðið vali á því hvaða umsækjandi fær leyfi, sbr. 74. mgr. dómsins.

5. Niðurstöður

Aðgangur að framleiðslu raforku á í aðalatriðum að vera opinn og lúta lögmálum markaðarins samkvæmt því leyfisveitingarfyrirkomulagi sem 7. gr. raforkutilskipunarinnar mælir fyrir um. Í ákvæðum greinarinnar er á því byggt að umsækjendur um leyfi, sem uppfylla fyrirfram birt hlutlæg og gagnsæ viðmið, eigi rétt á að fá leyfi. Fallast má á með Bjørnebye (2010) að þessi sýn sé óraunsæ og að hún birtist ekki í framkvæmd. Það verður hins vegar að skýra greinina þannig að hún leggi miklar skyldur á ríkin að ná sem best þeim áhrifum sem henni er ætlað að ná. Í því felst m.a. skylda til að einfalda málsmeðferðina, eins og kostur er, birta viðmið sem gefa þeim sem starfa á markaðnum eins mikinn fyrirsjáanleika og kostur er og möguleika á að meta á hvaða forsendum leyfi var veitt. Þá getur ríkjum eftir atvikum verið skylt að auglýsa einstök leyfi og þau viðmið sem leggja á til grundvallar við leyfisveitingu áður en leyfi er veitt þannig að tryggt sé að framleiðendur í öðrum ríkjum eigi þess kost að keppa um leyfið á jafnræðisgrundvelli. Þetta getur átt við þegar fjöldi leyfa er takmarkaður. Æskilegt verður að telja að eigi að leggja jákvæðar skyldur sem þessar á ríkin, þá séu þær lögfestar og skýrt afmarkaðar til að tryggja réttarvissu og samræmda framkvæmd. Sérstök þörf er á því í ljósi þess hve fyrirkomulag leyfa er ólíkt í ríkjum sambandsins og raforkuver eru ólík að stærð og gerð.

Aftanmálsgreinar

- 1 Ísland er skuldbundið samkvæmt samningum um Evrópska efnahagssvæðið (EES) til að fylgja reglum eldri tilskipunar 2003/54/EB. Ákvæðin um raforkuframleiðslu eru lítið breytt. Í greininni er sérstaklega tekið fram ef um efnislegan mun er að ræða. Þegar orðalag tilskipunar 2009/72/EB er óbreytt frá orðalagi tilskipunar 2003/54/EB er stuðst við textann eins og hann birtist í íslenski þýðingu tilskipunar 2003/54/EB (EES-viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 10, 23.2.2005, bls. 17) annars er um eigin þýðingu höfundar að ræða.
- 2 Almennit vísað til sem „the third energy package“ sem innifól líka löggjöf um gasmarkaðinn, aðgang að flutningskerfum og markaðseftirlit sem ekki er til umfjöllunar í greininni.
- 3 Rétt er að geta þess að í málsókn, sem framkvæmdastjórnin hóf á fyrirkomulagi sérleyfissamninga vegna vatnsorkuvera í Frakklandi árið 2009, en felld hefur verið niður, var byggt á almennum reglum um frjálst flæði, (framkvæmdastjórnin, 2009). Það kann að hafa ráðist af því að um var að ræða endurnýjun samnings.
- 4 Rétt er að geta þess að nýlega hefur verið samþykkt rammatilskipun um skipulagsáætlanir á hafi, sbr. Directive 2014/89/ESB of the European Parliament and of the Council establishing a framework for maritime spatial planning (OJ 2014, L 257, bls. 135). Eins og fram kemur í 17. lið inngangsorða tilskipunarinnar er henni ekki ætlað að takmarka skipulagsvald ríkjanna. Þar sem ríkin hafa sjálf sett fram skipulag á forráðasvæði sínu, hefur tilskipunin ekki áhrif.

Heimildir:

- Bjørnebye, H. (2010). *Investing in Energy Security*, Aalphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Brown, A. (2010a). „EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives“ *Public Procurement Law Review*, 5, 169-181.
- Brown, A. (2010b). „Application of EU Treaty obligation of transparency to an exclusive national licence for internet games of chance: Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair (C-203/08)“ *Public Procurement Law Review*, 6, 221-224.
- Craig, P. og de Búrca G. (2011). *EU Law: Text, cases and materials*, (5. útg.) Oxford: Oxford University Press.
- Framkvæmdastjórnin. (1988). *The Internal Energy Market*. Com(88) 238 final, sótt 1. september 2014 á http://aei.pitt.edu/view/eudocno/COM_=2888=29_238_final.html
- Framkvæmdastjórnin. (1992) *Proposal for a Council Directive concerning common rules for the internal market in electricity*. COM(91) 548 final. Sótt 5. september á <http://aei.pitt.edu/13079/1/13079.pdf>.
- Framkvæmdastjórnin. (2001) *Completing the internal energy market*, 2001, COM(2001) 125 final, sótt 5. september 2014 á <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0125:FIN:EN:PDF>
- Framkvæmdastjórnin (2007) *Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2013 into the European gas and electricity sectors*, COM(2006) 851 final, sótt 10. september 2014 á <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:EN:PDF>.
- Framkvæmdastjórnin. (2009) *Press release (IP/08/862)* sótt 5. september á http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-862_en.htm.
- Framkvæmdastjórnin. (2013a) *Delivering the internal electricity market and making the most of public intervention*. C(2013) 7243 final, sótt 5. september 2014 á http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/com_2013_public_intervention_en.pdf.
- Framkvæmdastjórnin. (2013b) *Renewable energy progress report*. COM(2013) 175 final. Sótt 20. september 2014 á http://ec.europa.eu/energy/renewables/reports/doc/com_2013_0175_res_en.pdf.
- Framkvæmdastjórnin. (2014a) *Progress towards completing the Internal Energy Market* COM(2014) 634 final. Sótt 15. október 2014 á http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/2014_iem_communication.pdf.
- Framkvæmdastjórnin. (2014b) *A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030*. Sótt 20. september 2014 á <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex:52014DC0015>.
- Glachant, J.M. ofl. (2014a) „For a harmonization of hydropower regimes in Europe“ European University Institute Policy Brief, 6, sótt 15. október á <http://fsr.eui.eu/Publications/POLICYbrief/Energy/2014/PB201406.aspx>.
- Glachant, J.M. ofl. (2014b) „Regimes for granting right to use hydropower in Europe – executive summary“, European University Institute, sótt 25. september á <http://fsr.eui.eu/Documents/Other/Energy/140620HydropowerRegimesExecutiveSummary.pdf>.
- Graver, H. P. (2004). „Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellekapsretten til prosedyrer ved tildeling af offentlige tillatelser“ *Lov og Rett*, 4, 224-244.
- Hancher, L. (1999). „Community State and Market“ í Craig og de Búrca (ritstj.) *The Evloution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 721-741.
- Hatzopoulos, V. (2013) „Authorisations under EU internal market rules“ research paper, 05/2013, College of Europe, sótt 1. September 2014 á https://www.coleurope.eu/.../researchpaper_5_2013_hatzopoulos.pdf
- Howell, J. (2011) „Is there a general principle requiring transparency about how decisions will be taken?“, *Judicial Review*, 4, 322-335.
- Jones, C. W. (2010). Í Emmanuel Cabau ofl. (ritstj.) *The Internal Energy Market: The Third Liberalisation Package* (3. útg.) Leuven:Claycs & Casteels, 15-28.

- Kottasz, E. (2010). Í Hodson, P. et al (ritsj.) *EU Energy Law: Renewable Energy Law and Policy in the European Union* Vol. III, book one, Leuven: Claeys & Casteels.
- Kristín Haraldsdóttir (2014) „The Limits of EU Competences to Regulate Conditions for Exploitation of Energy Resources: Analysis of Article 194(2) TFEU“, 6, *European Energy and Environmental Law Review*, 208-218.
- Margrét V. K. (fullt nafn hér?) (2013). „Good Administration as a Fundamental Rights“, *Stjórnmal & Stjórnsýsla*, 1, 237-255.
- Newbery, D. (2009). „Refining market design“ í Glachant, J. og Lévêque (ritstj.) *Electricity Reform in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Prechal, S., (2008). „Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered“ *Legal Issues of Economic Integration*, 3, 201-216.
- Prechal, S. og de Leeuw, M. E., (2008) „Transparency: A General Principle of EU Law?“ í Ulf Bernitz, Joakim Nergelius og Cecilia Carnder (eds) *General Principles of EC Law in a Process of Development* (Kluwer Law International, 2008) 201 – 242.
- Slot, P. J. (1994). „Energy and Competition“, 3, *Common Market Law Review*, 511-547.
- Talus, K., (2013). *EU Energy Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Tridimas, T. (2006). *General Principles of EU Law* (2. Útg), Oxford: Oxford EC Law Library.
- Ølykke, G. S. (2014). „Is the granting of special and exclusive rights subject to the principles applicable to the award of concessions? Recent developments in case law and their implications for one of the last sanctuaries for protectionism.“ *Public Procurement Law Review*, 1, 1-20.

Afleidd löggjöf ESB (Titill er enskur ef gerðin er ekki til í opinberri þýðingu):

- Directive 2014/89/ESB of the European Parliament and of the Council establishing a framework for maritime spatial planning. OJ 2014, L 257. bls. 135.
- Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts. OJ 2014 L 94, bls. 1.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2011/92/ESB um mat á áhrifum sem tiltekna framkvæmdir á vegum hins opinbera eða einkaaðila kunna að hafa á umhverfið. OJ 2012 L 26, bls. 1. Liður 1a. í XX. viðauka við EES-samninginn.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2009/72/EB um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir raforku og niðurfellingu á tilskipun 2003/54/EB. OJ 2009 L 211, 55
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2009/28/EB um að auka notkun orku frá endurnýjanlegum orku-gjöfum og um breytingu og síðar niðurfellingu á tilskipunum 2001/77/EB og 2003/30/EB. OJ 2009 L 140, bls. 16. Liður 41 í viðauka IV við EES-samninginn.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2006/123 um þjónustu á innri markaði. OJ 2006 L 376, bls. 36. Liður 1 í viðauka X við EES-samninginn. Liður 1 í viðauka X við EES-samninginn.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga. OJ 2004 L134, bls. 114. Liður 2 í viðauka XVI við EES-samninginn.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu. OJ 2004 L341, bls. 1. Liður 4 í viðauka XVI við EES-samninginn.
- Tilskipun þingsins og ráðsins 2003/54/EB um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir raforku og niðurfellingu á tilskipun 96/92/EB. OJ 2003 L 176, bls. 37. Liður 22 í viðauka IV við EES-samninginn. Liður 22 í viðauka IV við EES-samninginn.
- Tilskipun framkvæmdastjórnarinnar 2002/77/EB um samkeppni á mörkuðum fyrir rafræn fjarskiptanet og þjónustu. OJ 2002, L 249, bls. 21. Liður 5cg í viðauka XI við EES-samninginn.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjar-skiptanet og þjónustu (rammatilskipunin) OJ 2002 L 108, bls. 33. Liður 5cl í viðauka XI við EES-samninginn.

- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/20/EB um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og þjónustu. OJ 2002 L 108, bls. 21. Liður 5ek í viðauka XI við EES-samninginn.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 96/92/EB um sameiginlegar reglur um innri markaðinn fyrir raforku. OJ 1997 L 27, bls. 20. Brottfallin.
- Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 94/22/EB um skilyrði fyrir veitingu og notkun leyfa til að leita að, rannsaka og vinna kolvatnsefni. OJ 1994 L164, bls 3. Liður 12 í viðauka IV við EES-samninginn.

Dómar Evrópudómstólsins:

- C-573/12 *Álands vindkraft* EU:C:2014:2037
C-569/10 *Framkvæmdastjórnin g. Póllandi* EU:C:2013:425
C-384/08 *Attanasio* EU:C:2010:133
C-203/08 *Befair* EU:C:2010:307
C-91/08 *Wall* EU:C:2010:182
C-147/06 og C-148/06 *SECAP* EU:C:2008:277
C-439/06 *Citiworks* EU:C:2008:298
C-380/05 *Centro European* EU:C:2008:59
C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605
C-231/03 *Coname* EU:C:2005:487
C-17/03 *VEMW* EU:C:2005:362
C-19/00 *SLAC* EU:C:2001:553
C-470/99 *Universale-Bau* EU:C:2002:746
C-324/98 *Telaustria* EU:C:2000:669
C-55/94 *Gebhard* EU:C:1995:411
C-393/92 *Almelo* EU:C:1994:171

Dómar Almenna dómstólsins:

- T-370/11 *Pólland g. framkvæmdastjórninni* EU:T:2013:113

Dómar EFTA-dómstólsins:

- E-24/13 *Casino Admiral*, 29. ágúst 2014. Óbirtir. Sjá www.eftacourt.int
E-2/06 *Eftirlíðisstofnun EFTA g. Noregi*. EFTA Ct. Rep [2007] bls. 164.

