



HÁSKÓLI ÍSLANDS
LAGASTOFNUN

**Skýrsla um lagaleg álitaefni tengd áformaðri uppbyggingu hafnar í
Finnafirði, með áherslu á hafnalög nr. 61/2003 og reglur um frísvæði**

28. nóvember 2019

Friðrik Árni Friðriksson Hirst, framkvæmdastjóri Lagastofnunar

Friðrik Ársælsson, aðjúntkt við lagadeild Háskóla Íslands

Efnisyfirlit

1. Inngangur	4
2. Almennt um Finnafjarðarverkefnið og grunnforsendur þess	4
2.1 Forsaga verkefnisins	4
2.2 Almennt um PPP-verkefni	7
2.3 Samantekt	10
3. Nánar um uppbyggingu Finnafjarðarverkefnisins.....	11
3.1 Inngangur.....	11
3.2 Þrjú aðalfélög verkefnisins	11
3.2.1 Rekstrarfélagið	11
3.2.2 Eignarhaldsfélagið	12
3.2.3 Þróunarfélagið.....	13
3.2.4 Samantekt.....	14
3.3 Ráðstöfun á tekjum rekstrarfélagsins af innheimtu hafnargjalda	15
3.4 Eignarhaldsfélagið leysir rekstrarfélagið af hólmi	16
4. Lagaleg álitaefni sem snúa að hafnalögum nr. 61/2003.....	16
4.1 Inngangur.....	16
4.2 Almennt um ákvæði hafnalaga nr. 61/2003 og hafnarreglugerða	16
4.3 Ákvæði hafnalaga um rekstrarform, stjórnun og gjaldtöku hafna.....	17
4.3.1 Inngangur	17
4.3.2 Sveitarfélagshafnir og ríkishafnir skv. 1., 2. og 4. tölulið 8. gr. hafnalaga.....	18
4.3.3 Félagshafnir skv. 3. tölulið 8. gr. hafnalaga.....	18
4.3.4 Skipan og hlutverk hafnarstjórna	20
4.4 Álitaefni tengd Finnafjarðarverkefninu og hafnalögum nr. 61/2003	21
4.4.1 Inngangur	21
4.4.2 Féлагаform rekstrarfélagsins.....	21
4.4.3 Skipan eignarréttinda og afnotaréttinda yfir hafnarlandi og hafnarmannvirkjum ..	22
4.4.4 Fyrirkomulag gjaldtöku og ráðstöfunar á tekjum rekstrarfélagsins	23
4.4.5 Heimild til að skipta út rekstrarfélaginu	27
4.5 Samantekt um hafnalög nr. 61/2003.....	27
5. Dæmi um önnur lagaleg álitaefni tengd Finnafjarðarverkefninu	27
5.1 Inngangur.....	27
5.2 Reglur um opinber innkaup	28
5.3 Reglur stjórnsýsluréttar um framsal verkefna, einkum lögbundinna	29
5.4 Reglur sveitarstjórnarréttar um ólögbundin verkefni og forsvaranlega meðferð fjár....	29

5.5	Reglur um erlenda fjárfestingu í atvinnurekstri.....	32
5.6	Reglugerð Evrópusambandsins um hafnarþjónustu og gagnsæi í fjármálum hafna	33
6.	Sérstök efnahagsleg svæði og frísvæði	35
6.1	Inngangur.....	35
6.2	Sérstök efnahagsleg svæði.....	35
6.3	Hugtakið frísvæði	37
6.3.1	Inngangur og tengsl við hugtakið sérstakt efnahagslegt svæði.....	37
6.3.2	Reglur um frísvæði í Kyoto-tollasáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar	38
6.3.3	Samantekt.....	40
6.4	Hugtakið frísvæði og tengd hugtök í íslenskum lögum.....	41
6.4.1	Söguleg þróun	41
6.4.2	Tollalög nr. 88/2005.....	46
6.4.3	Samantekt.....	50
6.5	Álitaefni tengd ríkisaðstoðarreglum EES-samningsins	51
6.5.1	Inngangur	51
6.5.2	Yfirlit yfir reglur EES-samningsins um ríkisaðstoð	51
6.5.3	Hugtaksskilyrði ríkisaðstoðar samkvæmt 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins	53
6.5.4	Nánar um skilyrðið um að ríkisaðstoð sé sértæk	54
6.5.5	Kvörtunarmál fyrir ESA vegna tollfrjálsra verslana í Flugstöð Leifs Eiríkssonar .	56
6.5.6	Azores-málið.....	59
7.	Samandregnar niðurstöður	62

1. Inngangur

Þessi skýrsla fjallar um tiltekin lagaleg álitæfni sem tengjast áformaðri uppbyggingu stórskipahafnar í Finnafirði í Langesbyggð (hér eftir nefnt „Finnaðarverkefnið“), með áherslu á ákvæði hafnalaga nr. 61/2003 og reglur um frísvæði.¹ Greining á þessum atriðum er meðal verkefna sem íslenska ríkið tók að sér með viljayfirlýsingu um Finnaðarverkefnið sem undirrituð var hinn 10. maí 2016.

Uppbygging skýrslunnar er sem hér segir. Í 2. kafla er gerð grein fyrir forsögu og grunnforsendum Finnaðarverkefnisins, sem er í eðli sínu samstarfsverkefni opinberra og einkaaðila (e. *public-private partnership*). Í 3. kafla er fjallað nánar um uppbyggingu Finnaðarverkefnisins, þar á meðal eignarhald, rekstrarform og starfsemi þeirra félaga sem stofna á um verkefnið. Í 4. kafla eru dregnar ályktanir um hvort Finnaðarverkefnið rúmist innan tiltekinna ákvæða hafnalaga nr. 61/2003 sem gilda um verkefnið. Í 5. kafla er vikið að fleiri lagalegum álitæfnum sem Finnaðarverkefnið gefur tilefni til skoðunar á og sem tengjast m.a. valdframsalsreglum stjórnsýsluréttar og lagareglum um opinber innkaup. Í 6. kafla skýrslunnar er gerð grein fyrir hugtökunum sérstakt efnahagslegt svæði og frísvæði og ólíkum gerðum slíkra svæða, svo og reglum tollalaga nr. 88/2005 og Kyoto-tollasáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar um frísvæði. Þá er efnið sett í samhengi við reglur EES-samningsins um ríkisaðstoð en þær reglur setja sérstökum efnahagslegum svæðum og frísvæðum ákveðnar skorður. Loks eru helstu niðurstöður dregnar saman í 7. kafla skýrslunnar.

2. Almennt um Finnaðarverkefnið og grunnforsendur þess

2.1 Forsaga verkefnisins

Um nokkurra ára skeið hefur verið unnið að undirbúningi uppbyggingar á stórskipa- og umskipunarhöfn í Finnafirði í Langesbyggð. Sú vinna hefur m.a. falist í könnun á því hvort náttúruskilyrði í Finnafirði, s.s. dýpt, landrými og veðurfar, henti fyrir hafnaruppbyggingu. Ýmsir aðilar hafa komið að undirbúningi Finnaðarverkefnisins. Helstu forsvaraðilar verkefnisins eru sveitarfélögin Langesbyggð og Vopnaðarhreppur; Bremenports, sem er hafnarrekstrarfyrirtæki í eigu þýska borgríkisins Brimar;² og verkfræðistofan Efla í Reykjavík. Í maí 2014 gerðu þessir fjórir aðilar með sér samstarfssamning um verkefnið. Í þeim samningi var Bremenports veittur einkaréttur („exclusive right“) til að nýta athafnasvæði hafnar í

¹ Skýrslan byggist að hluta til á grunnrannsóknnum sem unnið hefur verið að á vettvangi rannsóknastofu í norðurslóðarétti, sem er ein af fimm rannsóknastofum sem Lagastofnun Háskóla Íslands starfrækir. Stjórn rannsóknastofunnar skipa Aðalheiður Jóhannsdóttir prófessor og deildarforseti Lagadeildar HÍ, Ása Ólafsdóttir prófessor og formaður stjórnar Lagastofnunar, Eyvindur G. Gunnarsson prófessor, Friðrik Árni Friðriksson Hirst framkvæmdastjóri Lagastofnunar og Stefán Már Stefánsson prófessor. Rannsóknastofan hefur jafnframt átt samstarf við Hagfræðistofnun HÍ um rannsóknir á viðfangsefnum sem tengjast atvinnustarfsemi á norðurslóðum.

² Bremenports annast rekstur á innviðum í höfnum Brimar og veitir einnig ráðgjöf á fagsviði sínu. Um Bremenports segir eftirfarandi á heimasíðu fyrirtækisins: „Since the founding of bremenports GmbH & Co. KG in 2002, the company has set a milestone in German port management. On behalf of the Free Hanseatic City of Bremen we manage the infrastructure of the port group Bremen / Bremerhaven. We are therefore a consultancy and engineering company with its own port, and is responsible for port development, port planning, port construction and port maintenance. In addition, we are increasingly marketing our know-how at home and abroad, making us an interesting partner for projects all over the world.“ Sjá <https://bremenports.de/unternehmen/en/>

Finnafirði í viðskiptalegum tilgangi („commercially exploit“) fram til 2040 í samstarfi við aðra aðila að verkefninu.³

Þann 10. maí 2016 gerðu fyrrtaldir fjórir aðilar og íslenska ríkið (þáverandi iðnaðar- og viðskiptaráðherra) með sér viljayfirlýsingu um Finnaðarverkefnið, sem áður hefur verið vikið að. Fram kemur í viljayfirlýsingunni að áformuð hafnaruppbygging í Finnaðar tengist vaxandi efnahagsumsvifum á norðurslóðum. Í yfirlýsingunni er því spáð að atvinnustarfsemi og fjárfestingar á norðurslóðum muni fara vaxandi á næstu áratugum í ljósi umhverfisbreytinga á svæðinu. Þannig verði skipa- og flutningsmiðstöðvar nálægt helstu siglingaleiðum, m.a. svokallaðri miðleið, æ mikilvægari.⁴

Í viljayfirlýsingunni er kveðið nánar á um forsendur Finnaðarverkefnisins, fyrirhugaða framvindu þess og verkaskiptingu milli þeirra aðila sem rita undir yfirlýsinguna. Í henni kemur fram að athafnasvæði hafnarinnar gæti orðið um 1200 hektarar að flatarmáli⁵ og að hafnarkantur/viðlegurými skipa gæti orðið meira en sex kílómetrar á lengd. Alls geti uppbygging hafnarinnar tekið meira en 40 ár í áföngum.

Með umræddri viljayfirlýsingu tók íslenska ríkið að sér að annast tiltekin verkefni sem lúta að undirbúningi hafnar í Finnaðar, eins og vikið var að í 1. kafla hér að framan. Meðal þeirra er könnun á því hvernig Finnaðarverkefnið horfir við ákvæðum hafnalaga nr. 61/2003, sem og könnun á reglum um frísvæði, þ.m.t. lagalegu svigrúmi til að koma á fót slíkum svæðum með hliðsjón af ákvæðum EES-samningsins.⁶ Meðal annarra verkefna sem viljayfirlýsingin gerir ráð fyrir að ríkisvaldið muni annast eru uppbygging grunnvirkja í nágrenni fyrirhugaðrar hafnar, m.a. vega og raforkumannvirkja,⁷ gerð fjárfestingarsamnings og tengdra ráðstafana, ásamt úttekt á félagslegum og efnahagslegum áhrifum af höfninni.

Hinn 11. apríl 2019 rituðu fulltrúar Langanesbyggðar, Vopnaðarhrepps, Bremenports og Eflu verkfræðistofu undir samninga um þróun og uppbyggingu hafnarstarfsemi í Finnaðar. Í tilkynningu sem birtist sama dag á vefsíðu Langanesbyggðar segir að við undirritun samninganna hafi verið stofnað „þróunarfélagið FFPD sem mun vinna að því að afla

³ Skýrsluhöfundar hafa ekki kynnt sér sjálfan samstarfssamninginn. Fyrrgreind lýsing á efni samningsins er byggð á upplýsingum sem gerðar hafa verið opinberar á fyrri stigum.

⁴ Miðleiðin eða norðurskautsleiðin (e. Transpolar Sea Route) er stysta leiðin milli Norður-Atlantshafs og Kyrrahafs, en hún liggur þvert yfir Norður-Íshaf, beint norður frá Íslandi yfir pólnum að Beringssundi. Þó er tæpast unnt að ræða um hana sem eiginlega siglingaleið, enda er hún ekki greiðfær nema í mjög takmörkuðum mæli vegna hafíss. Aðrar siglingaleiðir um Norður-Íshafið eru norðausturleiðin og norðvesturleiðin. Norðausturleiðin (e. Northeast Passage / Northern Sea Route) liggur frá Beringssundi í austri úti af norðurströnd Rússlands til Norður-Atlantshafs um Norðurhaf á milli Norður-Noregs og Grænlands norður af Íslandi. Norðvesturleiðin (e. Northwest Passage), sem er torfarnari en norðausturleiðin vegna hafíss, liggur frá Beringssundi til vesturs um eyjasund meðfram ströndum Alaska og Kanada og tengist Atlantshafinu milli Labrador og Grænlands. *Fyrir stafni haf – tækifæri tengd siglingum á norðurslóðum* (utanríkisráðuneytið, 2005), bls. 13.

⁵ Tekið skal fram að í sumum öðrum gögnum um verkefnið er rætt um allt að 1300 hektara athafnasvæði.

⁶ Sjá einnig 1. kafla þessarar skýrslu.

⁷ Í skýrslu um hagsmuni Íslands á norðurslóðum frá 2016 er lagt til grundvallar að uppbygging aðstöðu til að þjóna auknum umsvifum á norðurslóðum „verður að vera á vegum og ábyrgð þeirra sem nýta og eiga munu þá aðstöðu enda eru það eingöngu viðskiptalegir hagsmunir þeirra sem ráða því hvort af framkvæmdum verður eða ekki“. Hlutverk hins opinbera „verður að koma til móts við fjárfestingar þeirra á réttum tíma með uppbyggingu hefðbundinna innviða eins og flutningskerfis fyrir raforku og vegagerð“. *Hagsmunir Íslands á norðurslóðum – tækifæri og áskoranir* (forsætisráðuneytið, 2016), bls. 30.

sérleyfishafa til að hefja starfsemi innan svæðisins“. Við stofnun þess félags muni Bremenports eiga 66% hlut í því. Aðrir hluthafar þess félags verði Efla verkfræðistofa með 26% hlut og sveitarfélögin Vopnafjörður og Langanesbyggð saman með 8% hlut. Þá standi yfir viðræður um aðkomu erlends fjárfestingarsjóðs að félaginu síðar á árinu. Fjallað verður nánar um framangreint þróunarfélag og umrædda samninga í 3. kafla skýrslunnar.⁸

Í áætlunum Finnaðarverkefnisins er gengið út frá því að kostnaður og fjárhagsleg áhætta Langanesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps af starfsemi hafnarinnar verði lágmörkuð eftir föngum. Sveitarfélögin verði eftir sem áður virkir þátttakendur í stjórnun og rekstri hafnarinnar og muni þau í sameiningu stofna rekstrarfélag og eignarhaldsfélag um höfnina, en yfirstjórn hafnarinnar (hafnarstjórn) verði í höndum fyrrnefnda félagsins, þ.e. rekstrarfélagsins.

Í áætlunum Finnaðarverkefnisins er einnig miðað við að uppbygging hafnarinnar verði að mestu á vegum og á kostnað rekstraraðila sem starfa muni á hafnarsvæðinu, þ.e. sérleyfishafa. Þannig muni höfnin (rekstrarfélag sveitarfélaganna) í fyllingu tímans bjóða út og úthluta sérleyfum til rekstraraðila til að byggja upp hafnaraðstöðu innan athafnasvæðis hafnarinnar og reka þar starfsemi í samræmi við skilmála viðkomandi sérleyfa. Fyrir tilstilli sérleyfishafa muni höfnin þannig byggjast upp í áföngum, en sem fyrr segir gætu liðið nokkrir áratugir þar til höfnin yrði fullbyggð. Tímalengd sérleyfa muni jafnframt geta spannað nokkra áratugi í senn.

Ráðgert er að höfn í Finnaðir muni geta gegnt fjölþættu hlutverki, t.d. í tengslum við umskipun á farmi sem fluttur er um Norður-Íshafið. Sá möguleiki hefur einnig verið nefndur að málmgryti úr námum á Grænlandi verði flutt til Finnaðar, það unnið á hafnarsvæðinu og afurðirnar svo fluttar út. Þá hafa verið settar fram hugmyndir um margvíslega aðra atvinnustarfsemi á athafnasvæði hafnarinnar sem myndi m.a. byggjast á endurnýjanlegum orkugjöfum.⁹ Þessu til viðbótar komi til greina að setja á fót skipaafdrepp eða neyðarhöfn til að efla björgunar- og viðbragðsgetu vegna skipskaða og mengunaróhappa. Ýmsir aðrir möguleikar hafa verið nefndir varðandi mögulega starfsemi og nýtingu á höfninni sem ekki verða tíundaðir frekar hér. Miðað við fyrirbyggjandi upplýsingar virðist þó nærtækt að álykta að höfninni sé fyrst og fremst ætlað hlutverk í tengslum við siglingar um Norður-Íshafið í ljósi landfræðilegrar legu Íslands, m.a. nálægð landsins við miðleiðina.¹⁰

⁸ Sjá nánar tilkynningu á vefsíðu Langanesbyggðar, 11. apríl 2019, á eftirfarandi vefslóð:

<https://www.langanesbyggd.is/is/stjornsysla/frettir/samstarfssamningar-vegna-finnaðar-undirritadir>

⁹ Á heimasíðu Bremenports, <https://bremenports.de/finnaðar/>, eru eftirfarandi nýtingarmöguleikar nefndir varðandi höfn í Finnaðir: Framleiðsla vetnis og annarra útblásturslausra framtíðarorkugjafa, afsöltun vatns, vinnslustöð fyrir hráefni úr námum á Norðurskautssvæðinu til útflutnings til Bandaríkjanna og Evrópu, ásamt orkufrekum landbúnaði.

¹⁰ Í tilkynningu á vefsíðu Langanesbyggðar frá 11. apríl 2019, um undirritun samninga um Finnaðarverkefnið, kemur fram að markmið þróunarfélagsins sé að vinna að uppbyggingu alþjóðlegrar stórskipahafnar og iðnaðar- og þjónustusvæðis í takt við ákall samtímans um sjálfbærni. Þá kemur fram í tilkynningunni að svæðið tengi saman Asíu við austurströnd Bandaríkjanna og Evrópu, og að staðsetning hafnar í Finnaðir muni stytta alþjóðlegar siglingaleiðir verulega og í kjölfarið minnka útblástur í flutningum. Sjá nánar tilkynninguna á eftirfarandi vefslóð: <https://www.langanesbyggd.is/is/stjornsysla/frettir/samstarfssamningar-vegna-finnaðar-undirritadir>

2.2 Almenn um PPP-verkefni

Finnaþarverkefninu hefur verið lýst sem *samstarfsverkefni opinberra aðila og einkaaðila* (e. *public-private partnership*, hér eftir nefnt „PPP-verkefni“). Til að öðlast betri skilning á forsendum Finnaþarverkefnisins er því ástæða til að gera stuttlega grein fyrir hugtakinu PPP-verkefni og í hverju slík verkefni eru almennt fólgin.¹¹

PPP-verkefni eru þekkt aðferð við uppbyggingu opinberra innviða víða um heim, þótt lítið hafi kveðið að slíkum verkefnum hér á landi. Í dæmigerðu PPP-verkefni leggja opinberir aðilar, t.d. ríki og sveitarfélög, í hendur einkaaðila að sjá um hönnun, uppbyggingu, fjármögnun og rekstur grunnvirkja eða innviða til langs tíma. Eitt af meginmarkmiðum PPP-verkefna er að ná fram aukinni hagkvæmni við uppbyggingu og rekstur opinberra innviða með því að fela einkaaðilum að sjá um og útfæra ákveðna þætti framkvæmdarinnar, þ.m.t. fjármögnun grunnvirkis eftir atvikum. PPP-verkefni geta ýmist snúist um uppbyggingu og rekstur á efnahagslegum innviðum, t.d. samgöngumannvirkjum, en einnig á samfélagslegum innviðum, t.d. sjúkrahúsum og menntastofnunum. Finnaþarverkefnið fellur í fyrrnefnda flokkinn, enda lýtur það að hafnaruppbyggingu og þar með samgönguinnviðum.

PPP-verkefni geta verið útfærð á mjög mismunandi vegu og veltur útfærslan í grunninn á eðli og þörfum hvers verkefnis fyrir sig. Þótt PPP-verkefni geti tekið á sig ýmsar myndir hafa slík verkefni ákveðin megininkenni sem greina þau frá hefðbundnum ríkisframkvæmdum. Í PPP-verkefni er framkvæmdin gjarnan *fjármögnuð* af einkaaðilum að öllu eða verulegu leyti, í stað þess að hið opinbera fjármagni verkefnið sjálft með framlögum úr ríkissjóði eða lántöku.¹² Þá axla einkaaðilar, þ.e. samstarfsaðilar hins opinbera, að jafnaði meiri *fjárhagslega áhættu* í PPP-verkefni en gengur og gerist í hefðbundnum ríkisframkvæmdum, með samsvarandi takmörkun á áhættu hins opinbera. Til að mynda kunna einkaaðilar í PPP-verkefni að taka áhættu af því að rekstur viðkomandi grunnvirkis standi undir framkvæmda- og fjármögnunarkostnaði. Sem dæmi má nefna uppbyggingu jarðganga þar sem einkaaðilar axla áhættuna af því að tekjur af notendagjöldum, sem innheimt eru fyrir notkun ganganna, standi undir framkvæmdakostnaði sem og ávöxtunarkröfu einkafjárfesta sem lagt hafa fjármuni til viðkomandi verkefnis.

Annað atriði sem greinir PPP-verkefni frá hefðbundnum ríkisframkvæmdum er að þau fela í sér *langtíma samstarfsverkefni* milli opinberra og einkaaðila, þar sem einkaaðilum er bæði falið að byggja upp tiltekin grunnvirki og síðan, að uppbyggingu lokinni, annast rekstur grunnvirkisins á grundvelli samnings við hið opinbera, t.d. í 25-30 ár. Tímalengd PPP-verkefnis er gjarnan miðuð við að hlutaðeigandi einkaaðilar geti endurheimt fjárfestingu sína ásamt ávöxtun yfir verkefnistímann. Við lok verkefnistímans kann hið opinbera að taka yfir rekstur grunnvirkisins eða þá hitt að samstarfið sé framlengt. Misjafnt er hvort eignarhald viðkomandi grunnvirkis sé

¹¹ Ítarlega umfjöllun um PPP-verkefni og mismunandi hliðar og útfærslur þeirra má t.d. finna í Jeffrey Delmon: *Private sector investment in infrastructure: project finance, PPP projects and risks* (2009).

¹² Í daglegu tali er hugtakið „fjármögnun“ oft notað í tvenns konar ólíkri merkingu; annars vegar skírskotar það til fjármögnunar á stofnkostnaði verkefnis í upphafi, t.d. með lánum og eiginfjárfraðlögum (e. financing), og hins vegar til endurheimtar á þeim kostnaði yfir lengra tímabil, t.d. með gjalddöku af notendum (e. funding). Í þessari umfjöllun er hugtakið fjármögnun einkum notað í fyrri merkingunni, þ.e.a.s. að í dæmigerðu PPP-verkefni taka einkaaðilar að sér að fjármagna m.a. stofnkostnað verkefnis í upphafi að öllu eða mestu leyti, í stað hins opinbera.

á hendi einkaaðila eða hins opinbera á verkefnistímanum, en slíkt er útfærsluatriði í hverju verkefni fyrir sig.

Ef rétt er að málum staðið geta PPP-verkefni verið hagfelldari kostur fyrir hið opinbera en hefðbundnar ríkisframkvæmdir, þar sem hið opinbera sér alfarið um að fjármagna framkvæmd með framlögum úr ríkissjóði eða lántökum, og ber jafnframt fjárhagslega áhættu af því að framkvæmdin skili þeim ávinningi sem að er stefnt. Eitt af meginmarkmiðum PPP-verkefna er þannig að nýta reynslu og sérhæfingu einkageirans til að ná fram aukinni hagkvæmni og hagræðingu í opinberum framkvæmdum, með því að leggja á einkaaðila ríkari ábyrgð og áhættu af fjármögnun og rekstri verkefnis, en um leið léttu samsvarandi byrðum af hinu opinbera.

Eins og áður kom fram er mjög breytilegt milli PPP-verkefna hvernig verkaskiptingin milli hins opinbera og samstarfsaðila þess (einkaaðilanna) er útfærð, þ.m.t. hvaða þætti framkvæmdar hið opinbera felur einkaaðilum að annast (hönnun, rekstur, fjármögnun o.s.frv.). Að sama skapi er mismunandi frá einu PPP-verkefni til annars hvernig áhættu er skipt milli hins opinbera og einkaaðila, eða m.ö.o. hversu mikla áhættu einkaaðilarnir axla í verkefninu. Til að mynda getur hið opinbera skuldbundið sig til að tryggja einkaaðilum lágmarksgreiðslur eða endurgjald fyrir rekstur grunnvirkis óháð því hvort rekstur þess sé arðbær, í stað þess að áhætta af því hvort reksturinn standi undir sér sé borin af einkaaðilunum. Hitt er einnig til að hið opinbera taki ákvörðun um að gangast í fjárhagslegar ábyrgðir vegna tiltekinna þátta verkefnis með samsvarandi takmörkun á áhættu einkaaðilanna. Almenn séð má ætla að eftir því sem viðskiptalegar og fjárhagslegar forsendur PPP-verkefnis eru veikari, þeim mun meiri líkur séu á því að viðkomandi einkaaðilar (samstarfsaðilar hins opinbera) geri kröfu um að hið opinbera ábyrgist tiltekna þætti framkvæmdarinnar eða takmarki áhættu þeirra með öðrum hætti. Þá er ljóst að eftir því sem fleiri verkefnisáhættur eru lagðar á hið opinbera fremur en einkaaðilana, t.d. vegna opinberra ábyrgða, því hæpnara er að flokka verkefnið sem eiginlegt PPP-verkefni og leggja það upp á þeirri forsendu, enda er það eitt af megininkennum PPP-verkefna að verkefnisáhættur séu að verulegu leyti lagðar á einkaaðila eins og áður kom fram.

Almenna reglan er sú að PPP-verkefni, þ.m.t. samningar sem liggja slíkum verkefnum til grundvallar, eru *boðin út* af hinu opinbera, líkt og flestir aðrir verk- og þjónustusamningar sem hið opinbera gerir við einkaaðila. Hið opinbera hefur þá visst svigrúm, innan marka gildandi laga, til að útfæra í útboðsskilmálum hver markmið PPP-verkefnis skuli vera og hvaða kröfur samstarfsaðilar hins opinbera (einkaaðilarnir) þurfi að uppfylla, m.a. hvað varðar gerð og eiginleika viðkomandi grunnvirkis, magn og gæði þjónustu sem veita skal á verkefnistímanum, ráðstafanir til að draga úr mengun af starfseminni, o.fl.¹³ Ef rétt er staðið að útboði og samningum um PPP-verkefni í upphafi aukast líkurnar á því að verkefnið hafi í för með sér

¹³ Í öðrum löndum kemur fyrir að einkaaðilar eigi sjálfir frumkvæðið að PPP-verkefnum, þ.e. útbúi tillögu að slíkri framkvæmd og kynni hana fyrir opinberum aðilum, í stað þess að frumkvæðið komi frá hinu opinbera. Slík PPP-verkefni hafa verið nefnd óumbeðnar tillögur (e. *unsolicited proposals*). Þótt slík verkefni eigi rætur að rekja til tillögu einkaaðila (frumkvöðuls), eru þau þó að jafnaði boðin út af hinu opinbera, þar sem öðrum áhugasömum þátttakendum gefst kostur á að leggja fram tilboð vegna þeirrar framkvæmdar sem um ræðir. Þó kann að vera búið svo um hnúta í slíkum útboðum að „frumkvöðullinn“ njóti góðs af því að hafa átt frumkvæðið að viðkomandi verkefni í öndverðu, t.d. við stigagjöf í útboði, ef lög leyfa slíkt á annað borð. Sjá nánar Edward Farquharson o.fl.: *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets* (2011), bls. 85-86.

fjárhagslegan ávinning fyrir hið opinbera og samfélagið, sem og fyrir samstarfsaðila hins opinbera (einkaaðilana). Það er þó síður en svo sjálfgefið að PPP-verkefni skili slíkum ávinningi þegar upp er staðið. Þannig eru ýmis dæmi um PPP-verkefni víða um heim sem hafa misheppnast og reynst óarðbær fyrir hið opinbera og samstarfsaðila þess, m.a. vegna ófullnægjandi mats á viðskiptalegum og fjárhagslegum forsendum verkefnis í upphafi. Áður en hið opinbera tekur ákvörðun um að ráðast í og bjóða út PPP-verkefni er því nauðsynlegt að fram fari ábata- og kostnaðargreining þar sem m.a. eru metnir kostir og gallar þess að framkvæmd sé útfærð sem PPP-verkefni í stað þess að hún sé útfærð sem hefðbundin ríkisframkvæmd.

Í þessu sambandi ber jafnframt að geta þess að PPP-verkefni geta verið mjög kostnaðarsöm fyrir hið opinbera, ekki síst vegna undirbúnings og umsýslu sem þeim tengist. Fyrir það fyrsta er viðhlítandi undirbúningur PPP-verkefnis, t.d. útboð og samningsgerð, afar flókinn og er nauðsynlegt að vanda til hans eins og áður hefur komið fram. Í annan stað verður að hafa í huga að þótt útfærsla og framkvæmd PPP-verkefnis sé að stórum hluta lögð í hendur einkaaðila, ber hið opinbera eftir sem áður *lagalega ábyrgð* á verkefninu og framkvæmd þess enda er að jafnaði um opinbera framkvæmd að ræða í grunninn. Sá opinberi aðili sem á í hlut hefur jafnframt eftirlit með því að einkaaðilarnir ræki laga- og samningsskyldur sínar með viðunandi hætti og grípur í taumana ef út af bregður. Í PPP-verkefni gegnir hið opinbera því virku stefnumótunar- og eftirlitshlutverki á verkefnistímanum sem leggur óhjákvæmilega fjárhagslegar byrðar á hið opinbera.¹⁴ Í þeim efnum ber að hafa í huga að PPP-verkefni fela í sér *langtímasamstarf* opinberra aðila og einkaaðila um uppbyggingu, rekstur, fjármögnun o.fl. á efnahagslegum eða samfélagslegum innviðum sem getur spannað marga áratugi eins og áður kom fram.

Ekki er fyrir að fara heildstæðri löggjöf um PPP-verkefni hér á landi. Í PPP-verkefnum reynir eftir sem áður á ýmsar reglur á víð og dreif um löggjöfina. Má þar t.d. nefna ákvæði laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og reglugerða sem settar eru með stoð í þeim lögum. Einnig koma til skoðunar ákvæði sérлага sem gilda um þær tegundir grunnvirkja og starfsemi sem viðkomandi PPP-verkefni snýst um, t.d. ákvæði hafnalaga nr. 61/2003 ef um er að ræða hafnarframkvæmdir.¹⁵ Í þessu sambandi má einnig vekja athygli á heimildarákvæði 100. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Þar er sveitarstjórnnum veitt heimild til að semja við einkaaðila um framkvæmd á þjónustu og öðrum verkefnum fyrir sveitarfélag, m.a. samninga um

¹⁴ Sjá til hliðsjónar eftirfarandi ummæli um ábyrgð og skyldur hins opinbera í PPP-verkefnum í Darrin Grimsey og Mervyn K. Lewis: *Public Private Partnerships – The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance* (2004), bls. 201: „Government has a duty to insist that facilities are constructed, operated and maintained in accordance with relevant legislation and codes of practice in order to ensure the safety and well-being of consumers and workers. It may need to exercise its rights to ‘step in’ in order to prevent or mitigate a serious risk to the environment or to public health, or to the safety of people or property, or to guarantee continuity of an essential service or to otherwise discharge its statutory duties. Step-in rights ordinarily exist as part of a package of remedies that the government can take for project company default. They may also need to be exercised simply because the private body is unable to deal with a particular situation appropriately, for example, in an emergency, necessitating government intervention. In certain cases government has a duty to ensure the continuity of the contracted services to the public and needs to retain the ability to assume control of them temporarily if the public interest is jeopardized. This will include stepping in to contracted services on which the quality of its own delivery of core services depends.“

¹⁵ Sjá nánar umfjöllun í 4. kafla þessarar skýrslu.

afmarkaða þjónustustarfsemi sveitarfélaga sem þeim er að lögum skylt eða heimilt að sinna. Í slíkum samningi skal m.a. skilgreina umfang og gæði þeirrar þjónustu sem sveitarfélag kaupir, samningstíma, greiðslur úr sveitarsjóði, eftirlit með þjónustu og meðferð ágreiningsmála. Samningstími skal lengstur vera sex ár í senn en þó er heimilt að semja til lengri tíma ef sveitarfélag gerir kröfu um að verksali byggi upp kostnaðarsama aðstöðu eða búnað vegna verkefnisins eða þjónustunnar.¹⁶

2.3 Samantekt

Finnaðarverkefninu má í grófum dráttum lýsa sem langtíma samstarfsverkefni milli Langanesbyggðar, Vopnaðarhrepps, Bremenports, Eflu verkfræðistofu og eftir atvikum fleiri um undirbúnings- og þróunarstarf vegna áformaðrar uppbyggingar og reksturs hafnar í Finnaðar. Þar sem ein af grunnforsendum verkefnisins er sú að áhætta sveitarfélaganna af uppbyggingu og starfsemi hafnar í Finnaðar verði lágmörkuð, má færa rök fyrir því að verkefnið hafi viss einkenni PPP-verkefnis, sbr. almenna umfjöllun um slík verkefni í kafla 2.2. Þó verður að hafa í huga að þar sem langtíma samstarfsverkefni á borð við PPP-verkefni eru almennt fjárfrek og flókin í framkvæmd, bæði fyrir þá opinberu aðila og einkaaðila sem eiga í hlut, má ætla að sveitarfélögin muni þurfa að verja talsverðum fjármunum til verkefnisins, m.a. til að rækja eftirlitshlutverk sitt gagnvart samstarfsaðilunum.

Fram hefur komið í opinberri umfjöllun að Bremenports hafi á fyrri stigum kallað eftir opinberum ábyrgðum eða tryggingum vegna Finnaðarverkefnisins. Slíkt virðist ekki samræmast þeirri yfirlýstu forsendu Finnaðarverkefnisins að sveitarfélögin eigi að bera sem minnsta fjárhagslega áhættu af verkefninu, þótt vissulega tíðkist opinberar ábyrgðir í sumum PPP-verkefnum eins og rakið hefur verið.

Finnaðarverkefnið sem PPP-verkefni (samstarfsverkefni opinberra og einkaaðila)	
Opinberir aðilar - Langanesbyggð og Vopnaðarhreppur ▪ Yfirstjórn hafnar o.fl. (hafnarstjórn) ▪ Eftirlit	Samstarfsaðilar sveitarfélaga/einkaaðilar - Bremenports - Eflu verkfræðistofa - Fjárfestir/fjárfestar - Sérleyfishafar ▪ Byggja og fjármagna hafnaraðstöðu ▪ Reka starfsemi á höfninni

¹⁶ Sjá enn fremur 40. gr. laga nr. 123/2015 um opinber fjármála, sem gildir um samninga sem ríkisaðilar í A-hluta gera við einkaaðila um framkvæmdir, rekstur og afmörkuð verkefni. Í tilvitnuðu lagaákvæði kemur m.a. fram að ríkisaðilum í A-hluta sé heimilt, að fengnu samþykki ráðherra og hlutaðeigandi ráðherra, að gera samninga um framkvæmdir, rekstur eða önnur afmörkuð verkefni til lengri tíma en eins árs en þó eigi lengur en til fimm ára. Með samningi um rekstur er átt við samning um afmarkaða rekstrarþætti eða þjónustu sem ríkið veitir, enda sé ekki um að ræða verkefni sem fela í sér vald til að taka ákvarðanir er lúta að réttindum og skyldum manna nema fyrir því liggi skýr lagaheimild. Heimilt er, að fengnu samþykki Alþingis, að semja um framkvæmdir, rekstur eða önnur afmörkuð verkefni til lengri tíma en fimm ára ef verkkaupi gerir kröfu um að verksali ráðist í kostnaðarsamar fjárfestingar til að uppfylla samningsskilyrði. Í samningum um rekstrarverkefni samkvæmt ákvæðinu skal m.a. skilgreina umfang og gæði þeirrar starfsemi sem samningurinn tekur til, samningstíma, skilyrði fyrir samningsgreiðslum, eftirlit með framkvæmd þeirra og meðferð ágreiningsmála.

Í næsta kafla verður fjallað nánar um uppbyggingu Finnaðarverkefnisins, m.a. eignarhald, rekstrarform og starfsemi þeirra félaga sem stofna á um verkefnið. Því næst verður í 4. kafla lagt mat á hvernig Finnaðarverkefnið fellur að ákvæðum hafnalaga nr. 61/2003.

3. Nánar um uppbyggingu Finnaðarverkefnisins

3.1 Inngangur

Eins og áður hefur verið rakið undirrituðu Langanesbyggð, Vopnaðarhreppur, Bremenports og Efla verkfræðistofa samninga um þróun og uppbyggingu hafnar í Finnaðir hinn 11. apríl 2019.¹⁷ Einn samninganna sem undirritaðir voru þann dag er svonefndur stjórnunarsamningur (e. *management agreement*), en skýrsluhöfundar hafa kynnt sér drög að honum. Með samningnum er kveðið nánar á um uppbyggingu Finnaðarverkefnisins og stofnun félaga um starfsemi fyrirhugaðrar hafnar, ásamt verka- og tekjuskiptingu milli samstarfsaðila.¹⁸ Í samningnum er áréttað að um hann gildi íslensk lög, þar á meðal ákvæði hafnalaga nr. 61/2003.

Í stjórnunarsamningnum er gert ráð fyrir því að stofnuð verði þrjú aðalfélög um starfsemi fyrirhugaðrar hafnar í Finnaðir. Nánar tiltekið *rekstrarfélag* og *eignarhaldsfélag*, sem verða beint og óbeint í eigu Langanesbyggðar og Vopnaðarhrepps, og áður nefnt *þróunarfélag*, sem verður beint og óbeint í eigu Bremenports, Eflu verkfræðistofu, sveitarfélaganna, svo og fjárfesta, eins eða fleiri.¹⁹ Verður nú gerð nánari grein fyrir þessum þremur félögum og fyrirhuguðu eignarhaldi og starfsemi þeirra eins og hún birtist í þeim gögnum sem fyrir liggja.

3.2 Þrjú aðalfélög verkefnisins

3.2.1 Rekstrarfélagið

Rekstrarfélagið er stofnað sem samlagshlutafélag, sbr. XX. kafla laga nr. 2/1995 um hlutafélög.²⁰ Miðað er við að eignarhald félagsins sé sem hér segir:

- Ábyrgðaraðili, sem ber *ótakmarkaða* ábyrgð á skuldbindingum félagsins, er *einkahlutafélag* í jafnri eigu Langanesbyggðar og Vopnaðarhrepps.²¹
- Hluthafar, sem bera *takmarkaða* ábyrgð á grundvelli framlaga sem mynda hlutafé í félaginu, eru Langanesbyggð og Vopnaðarhreppur.

Rekstrarfélaginu er ætlað að gegna hlutverki *hafnarstjórnar (hafnaryfirvalds)* í skilningi hafnalaga nr. 61/2003, sbr. nánari umfjöllun hér síðar. Þannig mun rekstrarfélagið fara með yfirstjórn hafnarinnar og bera lagalega ábyrgð á þeim verkefnum sem hafnarstjórnir fara með

¹⁷ Áður höfðu þeir gert með sér samstarfssamning (2014) og viljayfirlýsingu ásamt íslenska ríkinu (2016).

¹⁸ Samhliða mun einnig hafa verið gengið frá samstarfssamningi milli hluthafa þróunarfélagsins (e. joint venture agreement), en skýrsluhöfundar hafa ekki kynnt sér þann samning.

¹⁹ Í gögnum um Finnaðarverkefnið er rekstrarfélagið yfirleitt auðkennt með skammstöfuninni FFPA (sem stendur fyrir Finnaðar Port Authority), eignarhaldsfélagið með skammstöfuninni FF, og þróunarfélagið með skammstöfuninni FFPD (sem stendur fyrir Finnaðar Port Development).

²⁰ Félagið ber heitið Finnaðarhöfn slhf.

²¹ Félagið ber heitið Finnaðarhöfn GP ehf.

samkvæmt hafnalögum og sérlögum um starfsemi hafna. Í stjórn rekstrarfélagsins munu eiga sæti fimm einstaklingar, þ.e. oddvitar og sveitarstjórar beggja sveitarfélaga, ásamt formanni stjórnar sem valinn verður af sveitarfélögunum í sameiningu. Rekstrarfélagið mun einnig eiga áheyrnarfulltrúa í stjórn áðurnefnds þróunarfélags, en gerð er grein fyrir því félagi í kafla 3.2.3.

Rekstrarfélagið mun bjóða út sérleyfi til rekstraraðila sem hafa hug á að byggja upp og reka starfsemi á athafnasvæði hafnarinnar, og gefa út sérleyfi til þeirra sem valdir eru í útboði. Á grundvelli slíkra sérleyfa mun rekstrarfélagið þá m.a. ráðstafa hafnarlandi til viðkomandi rekstraraðila. Rekstrarfélaginu er þó ekki ætlað að fara með eignarhald lands og hafnarmannvirkja, heldur verður því komið fyrir með öðrum hætti, líkt og vikið er að í köflum 3.2.2 og 4.4.3. Þá mun rekstrarfélagið annast innheimtu á hafnargjöldum í samræmi við ákvæði hafnalaga. Jafnframt mun rekstrarfélagið ráðstafa tekjum af hafnargjöldum, þ.m.t. greiðslum frá sérleyfishöfum fyrir sérleyfi, með nánar greindum hætti í samræmi við ákvæði stjórnunarsamningsins frá 11. apríl 2019, en vikið er að þessu atriði í köflum 3.3 og 4.4.4.

3.2.2 Eignarhaldsfélagið

Eignarhaldsfélagið er, líkt og rekstrarfélagið, stofnað sem samlagshlutafélag, sbr. XX. kafla laga nr. 2/1995 um hlutafélög.²² Eignarhald þessa félags er með samsvarandi hætti og rekstrarfélagsins, þ.e. ábyrgðaraðili er einkahlutafélag í jafnri eigu Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps (ótakmörkuð ábyrgð),²³ en hluthafar eru sveitarfélögin sjálf (takmörkuð ábyrgð). Eignarhaldsfélagið er samkvæmt þessu systurfélag rekstrarfélagsins, sbr. kafla 3.2.1. Í stjórn eignarhaldsfélagsins munu eiga sæti fimm einstaklingar, þ.e. oddvitar og sveitarstjórar beggja sveitarfélaga, ásamt formanni stjórnar sem valinn verður af sveitarfélögunum í sameiningu.

Miðað er við að eignarhaldsfélagið muni fara með *eignarhald hafnarmannvirkja*.²⁴ Jafnframt muni eignarhaldsfélagið *leigja land* undir athafnasvæði hafnarinnar af landeigendum í Finnafirði. Land að Finnafirði mun að stærstum hluta vera í eigu einstaklinga, en að öðru leyti í eigu Langesbyggðar og íslenska ríkisins. Lagt er til grundvallar að eignarhaldsfélagið muni gera erfðafestusamninga við landeigendur í Finnafirði eða eftir atvikum við sameiginlegt félag þeirra.²⁵ Eignarhaldsfélagið muni síðan framleigja landið til rekstrarfélagsins, sem muni ráðstafa því til einstakra sérleyfishafa (rekstraraðila) á grundvelli sérleyfa. Leigugreiðslur til landeigenda verði fyrst um sinn fjármagnaðar af utanaðkomandi fjárfesti, sem ráðgert er að muni eignast hlut í þróunarfélaginu (sjá kafla 3.2.3), en síðar með greiðslum frá sérleyfishöfum (sjá kafla 3.3 og 4.4.4).

Í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 er einnig gert ráð fyrir því að eignarhaldsfélagið muni geta *tekið yfir réttindi og skyldur rekstrarfélagsins*, þ.e. leyst það af hólmi, ef svo fer að

²² Félagið ber heitið Finnaþjörður slhf.

²³ Félagið ber heitið Finnaþjörður GP ehf.

²⁴ Í 2. tölulið 3. gr. hafnalaga nr. 61/2003 eru hafnarmannvirki skilgreind sem „varnargarðar, viðlegumannvirki og innsiglingar, leiðarmerki og skipalægi.“

²⁵ Í gögnum um Finnaþjörðarverkefnið er sums staðar vísað til slíks félags sem landeigendafélags eða „land owner pool“.

rekstrarfélagið muni ekki geta staðið við skuldbindingar sínar (e. *step-in right*). Nánar verður vikið að þessu atriði í kafla 3.4 síðar í skýrslunni.

3.2.3 Þróunarfélagið

Þróunarfélagið verður stofnað sem einkahlutafélag, sbr. ákvæði laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög. Miðað er við að eignarhald þróunarfélagsins verði sem hér segir:

- Bremenports mun eiga 66% eignarhlut.
- Efla verkfræðistofa mun eiga 26% eignarhlut.
- Eignarhaldsfélag Langanesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps (sjá kafla 3.2.2) mun eiga 8% eignarhlut.
- Að auki er ráðgert að fjárfestir, einn eða fleiri, muni eignast allt að 32% eignarhlut á síðari stigum.

Í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 er gert ráð fyrir því að þróunarfélagið muni sinna ýmsum verkefnum vegna undirbúnings Finnafjarðarverkefnisins og í tengslum við rekstur og starfsemi hafnarinnar á síðari stigum ef til kemur. Þannig er þróunarfélaginu m.a. ætlað að annast rannsóknir, gerð fjárhagsáætlana og markaðssetningu verkefnisins. Hér undir falla verkefni sem tengjast fjármögnun og útfærslu verkefnisins og kynningu þess fyrir væntanlegum fjárfestum og rekstraraðilum/sérleyfishöfum. Þá er þróunarfélaginu jafnframt ætlað að annast verkefni sem snúa að útboði sérleyfa til rekstraraðila, þ.m.t. yfirferð og mat á tilboðum, val á sérleyfishöfum í forvali og útfærslu sérleyfissamninga í samræmi við skipulag hafnarinnar. Að auki er þróunarfélaginu ætlað að hafa eftirlit með því að sérleyfishafar uppfylli skilyrði sérleyfanna, t.d. hvað varðar magn og gæði þjónustu, umhverfis- og mengunarvarnir, fjárhagsleg skilyrði og önnur atriði sem kann að vera kveðið á um í viðkomandi sérleyfum.

Gert er ráð fyrir því í stjórnunarsamningnum að þróunarfélagið muni starfa náið með rekstrarfélaginu og eignarhaldsfélaginu, svo og einstökum sérleyfishöfum, við framkvæmd þeirra verkefna sem þróunarfélaginu verður falið að sinna, þ.m.t. við að fylgjast með losun gróðurhúsalofttegunda frá starfsemi hafnarinnar og leita leiða til að draga úr slíkri losun og áhrifum hennar. Þar segir enn fremur að kveðið skuli nánar á um verkaskiptingu hluthafa þróunarfélagsins og stjórnskipulag þess félags í samstarfssamningi milli hluthafanna (e. *joint venture agreement*), en slíkur samningur var undirritaður samhliða stjórnunarsamningnum þann 11. apríl 2019 sem fyrr segir.

Þá gerir stjórnunarsamningurinn ráð fyrir því að Bremenports og Efla verkfræðistofa tilnefni aðila sem gegna muni stöðu framkvæmdastjóra þróunarfélagsins. Ekki liggja fyrir upplýsingar um hvernig stjórn þróunarfélagsins verður skipuð. Þó hefur komið fram, sem fyrr segir, að rekstrarfélagið mun eiga áheyrnarfulltrúa í stjórn þróunarfélagsins, sbr. kafla 3.2.1. Þróunarfélagið mun jafnframt eiga áheyrnarfulltrúa í stjórn rekstrarfélagsins.

3.2.4 Samantekt

Eins og fyrr greinir eru bæði rekstrarfélagið (sjá kafla 3.2.1) og eignarhaldsfélagið (sjá kafla 3.2.2) stofnuð sem *samlagshlutafélög*, þar sem ábyrgðaraðilinn, sem ber beina og ótakmarkaða ábyrgð á skuldbindingum félagsins, er einkahlutafélag í eigu Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps, en hluthafar, sem bera takmarkaða ábyrgð á skuldbindingum félagsins, eru sveitarfélögin sjálf. Af þessu, og því að ábyrgð hluthafa í einkahlutafélögum er jafnframt takmörkuð, leiðir að Langesbyggð og Vopnafjarðarhreppur munu ekki bera beina og ótakmarkaða ábyrgð á skuldbindingum rekstrarfélagsins og eignarhaldsfélagsins, heldur mun ábyrgð sveitarfélaganna takmarkast við hlutafjárframlög þeirra til viðkomandi félags, sbr. ákvæði laga nr. 2/1995 um hlutafélög og laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög.

Í tengslum við ábyrgðir Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps verður þó að hafa í huga að rekstrarfélagið mun, af hálfu sveitarfélaganna, annast útboð og útgáfu á sérleyfum til rekstraraðila sem starfa munu á athafnasvæði hafnarinnar, ásamt því að sinna lögboðnum verkefnum hafnarstjórnar samkvæmt hafnalögum nr. 61/2003. Þá mun hitt félagið, þ.e. eignarhaldsfélagið, fara með eignarhald hafnarmannvirkja og semja við landeigendur í Finnafirði um afnot af hafnarlandi. Í þessari skýrslu er ekki tekin afstaða til þess hvort sveitarfélögin geti bakað sér fjárhagslega ábyrgð vegna starfsemi umræddra félaga og verkefna þeirra, og þannig borið fjárhagslega áhættu af Finnafjarðarverkefninu umfram það sem lagt er upp með í áætlunum verkefnisins. Í skýrslunni er heldur ekki tekin afstaða til þess hvort sveitarfélögin gætu á öðrum grundvelli borið fjárhagslega ábyrgð á eða áhættu af starfsemi hafnarinnar, t.d. á grundvelli reglna um ábyrgð á umhverfistjóni.

Eins og fyrr var rakið er gert ráð fyrir því að Bremenports muni eiga 66% hlut í þróunarfélaginu til að byrja með, á móti Eflu verkfræðistofu (26%) og eignarhaldsfélaginu (8%). Á sama tíma er ráðgert að Bremenports muni geta selt hlut sinn eða allt að 32% hans til utanaðkomandi fjárfestis eða fjárfesta. Ekki liggur fyrir hvort hömlur verði lagðar við framsali hluta í þróunarfélaginu að öðru leyti. Meginreglan er að ráðstöfun hluta í hlutafélögum og einkahlutafélögum er frjáls og gildir sú regla nema annað sé ákveðið t.d. í samþykktum félags.

Yfirlit yfir eignarhald og rekstrarform félaganna þriggja		
Rekstrarfélagið	Eignarhaldsfélagið	Þróunarfélagið
Samlagshlutafélög Eignarhald: - Einkahlutafélag í eigu Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps (ótakmörkuð ábyrgð einkahlutafélagsins) - Langesbyggð (takmörkuð ábyrgð) - Vopnafjarðarhreppur (takmörkuð ábyrgð)		Einkahlutafélag Eignarhald (takmörkuð ábyrgð hluthafa): - Bremenports (66%) - Efla verkfræðistofa (26%) - Eignarhaldsfélagið (8%) - Fjárfestir (allt að 32%)

3.3 Ráðstöfun á tekjum rekstrarfélagsins af innheimtu hafnargjalda

Í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 er kveðið á um að rekstrarfélagið skuli ráðstafa tilgreindum tekjum af starfsemi hafnar í Finnafirði eftir þrepaskiptu kerfi, sem lýsa má sem samningsbundinni forgangsöröðun greiðslna (e. *waterfall/cash distribution*). Nánar tiltekið er um að ræða tekjur af greiðslum sem sérleyfishafar inna af hendi til rekstrarfélagsins og af öðrum hafnargjöldum sem rekstrarfélagið innheimtir á grundvelli hafnalaga nr. 61/2003. Meginatriði þessa fyrirkomulags munu vera sem hér segir:

a) Fyrsta greiðsla hvers sérleyfishafa (fyrirframgreiðsla):

1. Fyrst gangi allt að 70% slíkrar greiðslu til rekstrarfélagsins til nauðsynlegrar uppbyggingar og viðhalds innviða vegna viðkomandi sérleyfis.
2. Næst gangi eftirstöðvarnar til greiðslu kostnaðar til að tryggja landsvæði (t.d. greiðslu grunnleigu).
3. Næst til greiðslu stjórnunarkostnaðar þróunarfélagsins vegna umsýslu sérleyfa.
4. Næst til greiðslu rekstrarkostnaðar rekstrarfélagsins.
5. Næst til greiðslu rekstrarkostnaðar þróunarfélagsins.
6. Næst til greiðslu þróunarkostnaðar vegna síðari sérleyfa.
7. Það sem eftir er, ef eitthvað, skiptist á milli þróunarfélagsins og eignarhaldsfélagsins í hlutföllunum 70/30.

b) Árlegar greiðslur sérleyfishafa:

1. Fyrst gangi slíkar greiðslur til greiðslu kostnaðar við að tryggja landsvæði (t.d. greiðslu grunnleigu til landeigenda).
2. Næst gangi eftirstöðvarnar til greiðslu stjórnunarkostnaðar þróunarfélagsins vegna umsýslu sérleyfa.
3. Næst til greiðslu rekstrarkostnaðar rekstrarfélagsins.
4. Næst til greiðslu rekstrarkostnaðar þróunarfélagsins.
5. Næst til greiðslu þróunarkostnaðar vegna síðari sérleyfa.
6. Það sem eftir er, ef eitthvað, skiptist á milli þróunarfélagsins og eignarhaldsfélagsins í hlutföllunum 70/30.

c) Annars konar hafnargjöld:

1. Slík gjöld skulu notuð til að standa straum af kostnaði rekstrarfélagsins sem hafnarstjórnar við að veita nauðsynlega hafnarþjónustu.
2. Það sem eftir stendur af hafnargjöldum skiptist á milli rekstrarfélagsins og þróunarfélagsins í hlutföllunum 75/25.

Nánnar er vikið að ofangreindu greiðsludreifingarkerfi stjórnunarsamningsins í kafla 4.4.4, þar sem m.a. er tekin afstaða til þess hvort umrætt fyrirkomulag standist reglur hafnalaga um gjaldtöku hafna, ráðstöfun tekna af hafnargjöldum og arðgreiðslur hafna til hluthafa.

3.4 Eignarhaldsfélagið leysir rekstrarfélagið af hólmi

Eins og áður kom fram er í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 gert ráð fyrir því að eignarhaldsfélagið muni geta tekið yfir réttindi og skyldur rekstrarfélagsins, þ.e. komið í stað þess, við ákveðnar aðstæður (e. *step-in right*). Samningurinn kveður á um að slíkt geti gerst m.a. ef rekstrarfélagið mun fyrirsjáanlega ekki geta staðið við skuldbindingar sínar, t.d. gagnvart eignarhaldsfélaginu eða þróunarfélaginu, eða sérleyfishöfum vegna einstakra sérleyfa. Slík yfirfærsla réttinda og skyldna rekstrarfélagsins til eignarhaldsfélagsins leysi rekstrarfélagið þó ekki undan skuldbindingum sem stofnast hafi áður en yfirfærslan á sér stað.

Tilgangur þessa fyrirkomulags mun einkum vera sá að tryggja áframhaldandi rekstrargrundvöll hafnarinnar ef svo færi að rekstrarfélagið lenti í fjárhagsvanda eða yrði af öðrum sökum ófært um að standa við skuldbindingar sínar. Við slíkar aðstæður verði með framangreindu móti unnt að skipta rekstrarfélaginu út fyrir systurfélag þess, þ.e. eignarhaldsfélagið, sem tæki þá við hlutverki hafnarstjórnar yfir höfninni samkvæmt hafnalögum nr. 61/2003. Umrætt ákvæði stjórnunarsamningsins kveður á um að þetta geti átt sér stað ýmist í kjölfar viðvörunar frá eignarhaldsfélaginu eða þróunarfélaginu, eða að frumkvæði rekstrarfélagsins sjálfs, í tilefni af nánar greindum vanefndum eða aðstæðum sem varða rekstrarfélagið. Einnig er vikið að umræddum ákvæðum stjórnunarsamningsins í kafla 4.4.5.

4. Lagaleg álitaefni sem snúa að hafnalögum nr. 61/2003

4.1 Inngangur

Í þessum kafla er fjallað um það álitaefni hvort uppbygging Finnafjarðarverkefnisins, sem lýst var í 3. kafla, rúmist innan ákvæða hafnalaga nr. 61/2003 sem taka til verkefnisins. Í upphafi kaflans er gerð grein fyrir viðeigandi reglum hafnalaga með áherslu á ákvæði laganna um rekstrarform, eignarhald, stjórnun og gjaldtöku hafna. Að því búnu er tekin afstaða til þess hvort fyrirhuguð uppbygging Finnafjarðarverkefnisins samræmist viðkomandi reglum laganna.

4.2 Almenn um ákvæði hafnalaga nr. 61/2003 og hafnarreglugerða

Hafnalög nr. 61/2003 hafa að geyma almennar reglur um rekstur og starfsemi hafna. Hafnalög gilda um allir hafnir sem notaðar eru til afgreiðslu og þjónustu skipa, afgreiðslu á vörum, ökutækjum og farþegum og við löndun á fiski, sbr. 1. gr. laganna.²⁶ Ákvæði hafnalaga eru í grunninn ófrávíkjanleg. Þannig verða hafnir sem notaðar eru til afgreiðslu og þjónustu skipta,

²⁶ Í 3. gr. hafnalaga nr. 61/2003 er höfn skilgreind sem „svæði á landi og sjó með mannvirkjum og tækjum til móttöku skipa, losunar og lestunar þeirra, geymslu vöru, móttöku og afgreiðslu þessarar vöru til áframhaldandi sjó- eða landflutninga og til móttöku og brottfarar farþega.“

afgreiðslu á vörum, ökutækjum og farþegum og við löndun á fiski að haga starfsemi sinni í samræmi við reglur laganna. Gildir það án tillits til þess hvort höfn sé í opinberri eða einkaeigu.

Samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra fer með yfirstjórn hafnamála nema annað sé ákveðið í öðrum lögum.²⁷ Samgöngustofa og Vegagerðin annast þátt ríkisins samkvæmt lögnum og hafa eftirlit með framkvæmd þeirra, sbr. 2. gr. hafnalaga. Samkvæmt 4. gr. hafnalaga skal ráðherra setja hverri höfn sérstaka hafnarreglugerð, að fengnum tillögum eigenda hafnar og umsögn Samgöngustofu og Vegagerðarinnar. Í hafnarreglugerð skulu vera ákvæði um stærð og takmörk hafnarsvæðis á sjó og á landi, auk annarra nauðsynlegra ákvæða er varða öryggi og stjórnun hafnar, m.a. kosningu og starfs- og valdsvið hafnarstjórnar, starfsheimildir, starfsemi og umferð á hafnarsvæði, öryggi við flutninga og varnir gegn mengun og viðurlög við brotum. Í sumum hafnarreglugerðum er einnig kveðið sérstaklega á um eignarhald hafnar, en það á t.d. við í tilviki Faxaflóahafna sf.²⁸

Hafnarreglugerð má í raun líkja við starfsleyfi viðkomandi hafnar. Til að mynda getur komið til álita fyrir ráðherra að fella hafnarreglugerð hafnar úr gildi ef hún telst ekki uppfylla skyldur sínar samkvæmt viðeigandi lögum og reglum. Þá féllu niður allar starfsheimildir hafnarinnar og bæri að loka henni fyrir umferð á sjó og landi. Til þessa gæti t.d. komið ef hætta stafaði af lélegum mannvirkjum og viðkomandi höfn sinnti ekki aðvörunum og úrbótum.²⁹

Hafnir eru meðal grundvallarinnviða ríkisins og mikilvægi þeirra í efnahagslegu tilliti er óumdeilt. Í hafnalögum og öðrum lögum eru höfnum jafnframt falin ýmis stjórnsýsluverkefni sem varða t.d. tollafgreiðslu, öryggisgæslu, eftirlit með búnaði skipa, umferðarstjórnun og úthlutun aðstöðu til rekstraraðila á hafnarsvæði. Mörg þessara verkefna geta jafnframt falið í sér töku stjórnvaldsákvarðana í skilningi stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og ber höfnum við þær aðstæður að fylgja málsmeðferðarreglum laganna.³⁰

Meginþorri íslenskra hafna er í eigu sveitarfélaga. Þótt hafnalög nr. 61/2003 veiti heimild til einkareksturs hafna, hefur lítið kveðið að einkareknum höfnum hér á landi frá því að lögin voru sett, sbr. einnig umfjöllun í næsta kafla.

4.3 Ákvæði hafnalaga um rekstrarform, stjórnun og gjaldtöku hafna

4.3.1 Inngangur

Í 1. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003 er kveðið á um *rekstraform* hafna. Ákvæðið gerir ráð fyrir ferns konar leyfilegum rekstrarformum hafna, sem talin eru upp í 1.-4. tölulið ákvæðisins:

1. Höfn án sérstakrar hafnarstjórnar í eigu sveitarfélags.
2. Höfn með hafnarstjórn í eigu sveitarfélags.

²⁷ 8. gr. forsetaúrskurðar um skiptingu stjórnarmálefna milli ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands nr. 119/2018.

²⁸ Hafnarreglugerð fyrir Faxaflóahafnir sf. nr. 798/2009.

²⁹ Sjá athugasemdir við 4. gr. í greinargerð með frumvarpinu sem varð að hafnalögum nr. 61/2003.

³⁰ Um gildissvið stjórnsýslulaga og hugtakið stjórnvaldsákvörðun, sbr. 1. gr. laganna, er ítarlega fjallað m.a. í riti Páls Hreinssonar, *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð* (2013).

3. Hlutfélag, hvort sem það er í eigu opinberra aðila eða ekki, einkahlutfélag, sameignarfélag eða sem einkaaðila í sjálfstæðum rekstri. Hafnir sem reknar eru samkvæmt þessum tölulið teljast ekki til opinbers rekstrar.

4. Höfn í eigu íslenska ríkisins.

Hafnalög geyma annars vegar almennar reglur sem gilda um allar hafnir án tillits til rekstrarforms, og hins vegar sérreglur fyrir hvert og eitt þeirra fjögurra rekstrarforma sem talin eru upp hér að framan.³¹ Gerð er grein fyrir nokkrum helstu einkennum þessara ólíku rekstrarforma hafna í næstu köflum hér á eftir.

4.3.2 Sveitarfélagshafnir og ríkishafnir skv. 1., 2. og 4. tölulið 8. gr. hafnalaga

Hafnir sem reknar eru skv. 1. og 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003 geta einungis verið í eigu sveitarfélaga. Höfn skv. 1. tölulið (*hrein sveitarfélagshöfn*) skal rekin sem sérstakur málaflokkur undir stjórn sveitarstjórnar í því sveitarfélagi þar sem höfnin er.³² Höfn skv. 2. tölulið (*sjálfstæð sveitarfélagshöfn*) skal aftur á móti rekin sem sérstakt opinbert fyrirtæki (hafnarsjóður) undir stjórn hafnarstjórnar sem kjörin er af sveitarstjórn.³³

Starfsheimildir hafna skv. 1. og 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga ná til hafnarreksturs í skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna.³⁴ Slíkum höfnum er jafnframt heimilt að innheimta gjöld í samræmi við 17. gr. sömu laga.³⁵ Viðkomandi sveitarfélag ber ábyrgð á skuldbindingum hafnarsjóðs bæði í tilviki hafna skv. 1. og 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna, sbr. og lokamálslið 16. gr. sömu laga.

Hafnir í eigu íslenska ríkisins (*ríkishafnir*) skv. 4. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga verða einungis settar á fót með sérstakri lagaheimild og þá til að tryggja reglubundnar samgöngur milli tveggja eða fleiri áfangastaða.³⁶ Sem dæmi um slíka höfn má nefna Landeyjahöfn.³⁷

4.3.3 Félagshafnir skv. 3. tölulið 8. gr. hafnalaga

Félagshöfn skv. 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003 getur verið rekin sem hlutfélag, einkahlutfélag, sameignarfélag eða einkaaðili í sjálfstæðum rekstri. Slík höfn getur bæði verið

³¹ Sjá nánar IV. kafla laganna (höfn án sérstakrar hafnarstjórnar í eigu sveitarfélags, sbr. 1. tölulið 1. mgr. 8. gr.), V. kafla (höfn með hafnarstjórn í eigu sveitarfélags, sbr. 2. tölulið 1. mgr. 8. gr.) og VI. kafla (höfn sem telst ekki til opinbers reksturs, sbr. 3. tölulið 1. mgr. 8. gr.).

³² Sjá 1. mgr. 10. gr. hafnalaga nr. 61/2003.

³³ Í dag eru flestar íslenskar hafnir reknar sem opinber fyrirtæki í sveitarfélagseigu og með sérstakri hafnarstjórn á grundvelli 2. töluliðar 1. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003.

³⁴ Sjá 2. mgr. 10. gr. og 15. gr. hafnalaga nr. 61/2003. Í 5. tölulið 3. gr. laganna er að finna skilgreiningu á *rekstri hafnar*, sem táknar að byggja, reka, viðhalda og endurnýja hafnarmannvirki sem og rekstur hafntengdrar atvinnuaðstöðu, þ.e. leigu á landi, vöruhúsum, tækjum og þess háttar, upptökumannvirkjum hvers konar í því skyni að þjóna skipum eða fyrirtækjum á hafnarsvæðum sem sinna þjónustu við skip, farþega og farm, og jafnframt rekstur hafntengdrar þjónustu, þ.e. hafnsöguþjónustu, festarþjónustu, vigtarþjónustu, sorphirðu, sölu vatns og rafmagns og sambærilega þjónustu er lýtur að skipum. Undir rekstur hafnar í skilningi 5. töluliðar fellur einnig rekstur vöruhúsa og þjónustumiðstöðva á hafnarsvæðum.

³⁵ Í 17. gr. hafnalaga nr. 61/2003 er kveðið nánar á um gjöld sem hafnir sveitarfélaga skv. 1. og 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna hafa heimild til að innheimta. Sjá einnig 11. gr. sömu laga.

³⁶ Sjá 2. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003.

³⁷ Sjá lög nr. 66/2008 um Landeyjahöfn.

í opinberri eigu og einkaeigu. Hafnir sem reknar eru samkvæmt 3. tölulið teljast ekki til opinbers rekstrar eins og tekið er fram í ákvæðinu. Af þeim fjórum rekstrarformum sem kveðið er á um í 8. gr. hafnalaga er félagshöfn það eina sem býður upp á að höfn sé rekin á einkaréttarlegum grundvelli, t.d. sem hlutafélag. Jafnframt er félagshöfn eina rekstrarformið sem heimilar að höfn sé í einkaeigu í heild eða að hluta.³⁸

Það var fyrst með hafnalögum nr. 61/2003 sem veitt var heimild til að starfrækja félagshafnir, með möguleika á einkaeignarhaldi, en samkvæmt eldri hafnalögum hafði rekstur og eignarhald hafna verið takmarkað við opinbera aðila í öllum meginatriðum.³⁹ Í athugasemdum við 8. gr. frumvarpsins sem varð að hafnalögum nr. 61/2003 segir eftirfarandi um einkareknar hafnir:

Frumvarpið gerir ráð fyrir að einkafyrirtæki geti rekið hafnir. Slíkar hafnir geta verið einkafyrirtækjum nauðsynlegar vegna annarrar starfsemi, svo sem olíudreifingar eða stóriðju. Einnig gæti einkafyrirtæki haft hafnarrekstur sem aðalverkefni. Frumvarpið gerir engar kröfur um stærð slíkra fyrirtækja í veltu talið og takmarkar ekki starfsheimildir slíkra hafna. Samkeppnislög gilda um verðlagningu á þjónustu þeirra.

Eins og áður kom fram hefur lítið kveðið að einkareknum höfnum hér á landi, en sem dæmi um slíkar hafnir má nefna Litla-Sandshöfn og Miðsandshöfn í Hvalfjarðarsveit.⁴⁰

Félagshafnir hafa starfsheimildir *án takmarkana*, sbr. 1. mgr. 20. gr. sömu laga. Starfsheimildir félagshafna eru þannig ekki einskorðaðar við hafnarrekstur í skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna, líkt og á hins vegar við um sveitarfélagshafnir skv. 1. og 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. sömu laga.

Um gjaldtöku félagshafna fer eftir 2. mgr. 20. gr. hafnalaga, eins og ákvæðinu var breytt með lögum nr. 28/2007. Þar er mælt fyrir um að gjaldtaka félagshafnar skuli miðuð við að hún „standi undir kostnaði við þá þjónustu sem veitt er ásamt hlutdeild í sameiginlegum rekstri hafnarinnar, stofnkostnaði og kostnaði við viðhald hennar, auk þess sem heimilt er að taka tillit til arðsemi á endurmetnu eigin fé“. Notendur hafnar geta með stoð í ákvæðinu jafnframt krafið hafnarstjórn upplýsinga um kostnað sem almennt hlýst af að veita viðkomandi þjónustu og eðlilega sundurliðun gjalda.

Í síðari málslíð 19. gr. hafnalaga er gert ráð fyrir því að félagshafnir geti greitt arð til „eigenda sinna“. Það sé þó einungis heimilt „eftir að fé hefur verið lagt til hliðar í fullnægjandi viðhald og endurnýjun hafnarinnar samkvæmt nánari ákvæðum í reglugerð hennar sem sett er skv. 4. gr.“ Öðrum tegundum hafna en félagshöfnum er að meginreglu óheimilt að greiða arð til eigenda sinna og njóta félagshafnir því einnig sérstöðu að þessu leyti. Víkið er nánar að reglum um gjaldtöku og arðgreiðslur félagshafna í kafla 4.4.4.

³⁸ Í félagshöfn er *hafnaryfirvaldið* einkaréttarlegt félag (hlutafélag o.s.frv.) sem getur ýmist verið í opinberri eigu, einkaeigu eða blanda af opinberu og einkaeignarhaldi. Til samanburðar geta hafnir sem reknar eru skv. 1., 2. og 4. tölulið 1. mgr. 8. gr. ekki verið í eigu einkaaðila sem slíkar, enda eru þessi rekstrarform bundin við eignarhald opinberra aðila (sveitarfélaga eða ríkisins) eins og fram hefur komið.

³⁹ Sjá athugasemdir við 8. gr. frumvarpsins sem varð að hafnalögum nr. 61/2003.

⁴⁰ Sjá hafnarreglugerð fyrir Litla-Sandshöfn, Hvalfjarðarsveit, nr. 908/2007, og hafnarreglugerð fyrir Miðsandshöfn, Hvalfjarðarsveit, nr. 1111/2008. Fram kemur í fyrirnefndu hafnarreglugerðinni að Litla-Sandshöfn sé í eigu Olíudreifingar ehf. og Hvals hf. Í síðarnefndu reglugerðinni kemur fram að Miðsandshöfn sé í eigu Skeljungs fasteigna ehf.

Telja má að félagshafnir séu *sveigjanlegasta* rekstrarformið af þeim sem talin eru upp í 1. mgr. 8. gr. hafnalaga, m.a. með tilliti til stjórnskipulags, starfs- og gjaldtökuheimilda og ráðstöfunar á fjármunum hafnar. Til að mynda hafa lögin einungis að geyma tvær lagagreinar sem fjalla sérstaklega um félagshafnir, þ.e. fyrrnefndar 19. og 20. gr. (sem saman mynda VI. kafla laganna), sbr. einnig 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna. Þó skal áréttað að auk þessara sértæku ákvæða laganna eru félagshafnir, hvort sem þær eru í eigu opinberra aðila eða einkaaðila, bundnar af *almennum reglum* hafnalaga sem gilda án tillits til rekstrarforms hafnar, svo og af ákvæðum í hafnarreglugerð sem ráðherra setur slíkum höfnum.

Til samanburðar má geta þess að í dönskum hafnalögum (*lov om havne* nr. 457 frá 23. maí 2012) er byggt á því að einkareknar hafnir (d. privatretligt organiseret havner) séu að meginstefnu undanþegnar almennum reglum þeirra laga, sbr. 11. gr. laganna.⁴¹ Auk einkarekinna hafna má skv. 6. gr. dönsku hafnalaganna reka höfn sem ríkishöfn, sveitarfélagshöfn, sjálfstæða sveitarfélagshöfn, eða hlutafélagshöfn sem er að fullu eða hluta í eigu sveitarfélags.⁴² Hvað varðar hafnir ríkis og sveitarfélaga kveða lögin á um ýmsar takmarkanir m.a. á starfsheimildum og ráðstöfun á fjármunum slíkra hafna,⁴³ en einkareknar hafnir eru í grunninn undanþegnar þeim reglum laganna sem fyrr segir.

4.3.4 Skipan og hlutverk hafnarstjórna

Í 6. tölulið 3. gr. hafnalaga nr. 61/2003 er gert ráð fyrir því að sveitarfélög eða aðrir eigendur hafnar (eftir því hvaða rekstrarform á við) kjósi sérstaka *hafnarstjórn* og feli henni stjórnunarlega ábyrgð á höfninni. Hafnarstjórn ræður hafnarstjóra yfir höfn og ákveður verksvið hans eftir því sem við á.

Í athugasemdum við 8. gr. frumvarpsins sem varð að hafnalögum kemur fram að hafnarstjórn beri mikla ábyrgð er varðar öryggi hafnarinnar og umhverfi hennar. Því sé nauðsynlegt að kveðið sé skýrt á um hafnarstjórn fyrir hvert og eitt rekstrarform hafna, en reglur um það efni má finna í 10., 13. og 19. gr. laganna. Í hreinum sveitarfélagshöfnum skv. 1. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna gegnir hlutaðeigandi sveitarstjórn hlutverki hafnarstjórnar, en sveitarstjórn er jafnframt heimilt að kjósa sérstaka hafnarnefnd, sbr. 10. gr. Í sjálfstæðum sveitarfélagshöfnum skv. 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna kýs sveitarstjórn sérstaka hafnarstjórn yfir höfnina, sbr. 13. gr.⁴⁴ Í tilviki félagshafna skv. 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. sömu laga fer um skipan hafnarstjórnar eftir því féлагаformi sem við á hverju sinni, en eins og þar greinir má reka slíka höfn sem hlutafélag, einkahlutafélag, sameignarfélag eða sem einkaaðila í sjálfstæðum rekstri. Þannig

⁴¹ Lagagreinin hljóðar svo: „En privatretligt organiseret havn er en erhvervsdrivende virksomhed, som ikke i denne lov er begrænset i sin adgang til at drive virksomhed.“

⁴² Rekstrarformin eru talin upp í 6. gr. dönsku hafnalaganna: „1) en statshavn, 2) en kommunal havn, 3) en kommunal selvstyrehavn, 4) et helt eller delvist kommunalt ejet aktieselskab eller 5) en privatretligt organiseret havn, der ikke er omfattet af nr. 4.“

⁴³ Sjá t.d. 7.-10. gr. dönsku hafnalaganna.

⁴⁴ Í 1. mgr. 13. gr. hafnalaga nr. 61/2003 kemur m.a. fram að sérstakar hafnarstjórnir, sem kosnar eru af sveitarstjórnnum, skulu hafa á hendi stjórn hafna og hafnarsjóða í samræmi við reglugerð skv. 4. gr. Séu eigendur fleiri en einn fer um kosningu samkvæmt reglugerð og stofnsamningi hafnar. Hafnarstjórn ræður hafnarstjóra og ákveður verksvið hans. Þá segir í 2. mgr. ákvæðisins að hafnarstjórn skal innan valdsviðs síns gæta hagsmuna hafnar. Hafnarstjórn ber ábyrgð gagnvart sveitarstjórn á rekstri og viðhaldi hafnar.

fara t.d. stjórnir hlutafélaga og einkahlutafélaga með valdsvið hafnarstjórna í höfnum sem reknar eru sem slík félög, sbr. 19. gr. hafnalaga. Í hafnarreglugerðum einstakra hafna skulu einnig vera ákvæði m.a. um kosningu og starfs- og valdsvið hafnarstjórnar, sbr. 5. tölulið 1. mgr. 4. gr. hafnalaga.

4.4 Álitaefni tengd Finnaðarverkefninu og hafnalögum nr. 61/2003

4.4.1 Inngangur

Eins og lýst hefur verið hér að framan útlistar 1. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003 leyfileg rekstrarform íslenskra hafna, en þau eru tæmandi talin í 1.-4. tölulið ákvæðisins. Miðað er við að höfn í Finnaðarverði rekin sem *félagshöfn* á grundvelli 3. töluliðar ákvæðisins, en um það rekstrarform var fjallað í kafla 4.3.3. Í næstu köflum er tekin afstaða til þess hvort fyrirhuguð uppbygging Finnaðarverkefnisins rúmist innan ákvæða hafnalaga sem gilda um starfsemi hafnarinnar. Sú umfjöllun mun einkum beinast að *rekstrarfélaginu*, sem gegna mun hlutverki hafnarstjórnar yfir höfninni í skilningi hafnalaga, eins og rakið var í kafla 3.2.1. Rekstrarfélagið verður því að starfa í samræmi við þau lög og reglur sem gilda um höfnina, þ.m.t. ákvæði hafnalaga um rekstrarform, stjórnskipulag, gjaldtöku og ráðstöfun fjármuna hafnar, sem og ákvæði hafnarreglugerðar sem ráðherra setur höfninni samkvæmt 4. gr. sömu laga.

4.4.2 Féлагаform rekstrarfélagsins

Eins og fram kom í kafla 3.2.1 er rekstrarfélagið stofnað sem samlagshlutafélag,⁴⁵ en reglur um slík félög má finna í XX. kafla laga nr. 2/1995 um hlutafélög.⁴⁶ Eigendur rekstrarfélagsins eru annars vegar einkahlutafélag í jafnri eigu Langanesbyggðar og Vopnaðarhrepps, sem verður ábyrgðaraðili (ótakmörkuð ábyrgð á skuldbindingum félagsins),⁴⁷ og hins vegar sveitarfélögin sjálf, sem verða hluthafar (takmörkuð ábyrgð).

Í 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga nr. 61/2003, sem hér á við, er gert ráð fyrir að höfn samkvæmt ákvæðinu (félagshöfn) megi reka sem *hlutafélag*, *einkahlutafélag*, *sameignarfélag* eða *einkaaðila í sjálfstæðum rekstri*. Á hinn bóginn er samlagshlutafélaga ekki getið í ákvæðinu. Ef litið er svo á að fyrrnefnt ákvæði hafnalaga sé *tæmandi* um þau féлагаform sem koma til greina, þannig að önnur féлагаform en þau sem talin eru upp berum orðum séu útilokuð, er ljóst að lagastoð skortir fyrir því að fyrirhuguð höfn í Finnaðarverði, þ.e. rekstrarfélagið, verði rekin sem samlagshlutafélag.

Almenna reglan er sú að skýra ber lagaákvæði samkvæmt orðanna hljóðan nema veigamikil rök standi til annars. Orðskýring á 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga, og það að ákvæðið telur sérstaklega upp fyrrgreind féлагаform en lætur annarra ógetið, styður þá niðurstöðu að ákvæðið útiloki að höfn verði rekin sem samlagshlutafélag. Það styður einnig þá niðurstöðu að *samlagsfélagu* er heldur ekki getið í ákvæðinu, en samlagshlutafélög eru samkvæmt orðanna

⁴⁵ Finnaðarhöfn slhf.

⁴⁶ Kaflinn var lögfestur með lögum nr. 88/2006 um breytingu á lögum nr. 2/1995 um hlutafélög, með síðari breytingum.

⁴⁷ Finnaðarhöfn GP ehf.

hljóðan eins konar blanda samlagsfélaga og hlutafélaga, sbr. einnig 2. mgr. 160. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög.

Þó má færa rök fyrir *gagnstæðri* skýringu á 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. hafnalaga. Fyrir það fyrsta eru samlagshlutafélög sambærileg bæði hlutafélögum og sameignarfélögum (sem talin eru upp í ákvæðinu), að því leyti að a.m.k. einn eigandi samlagshlutafélags ber ótakmarkaða ábyrgð á skuldbindingum félags, en aðrir bera takmarkaða ábyrgð. Í annan stað má benda á að XX. kafli laga nr. 2/1995 um hlutafélög, sem geymir reglur um samlagshlutafélög, var lögfestur árið 2006 eða eftir að hafnalög tóku gildi árið 2003. Þannig var umrætt félagaform ekki til í íslenskum lögum á þeim tíma er hafnalög voru sett og er því sjálfgefið að það hafi þá ekki verið tekið upp í upptalningu 3. töluliðar 1. mgr. 8. gr. hafnalaga. Þó eru samlagsfélög heldur ekki talin upp í tilvísuðu ákvæði, sem fyrr segir, en slík félög voru til á þeim tíma er hafnalög voru sett.⁴⁸

Eftir stendur að 3. töluliður 1. mgr. 8. gr. hafnalaga gerir samkvæmt orðanna hljóðan ekki ráð fyrir því að höfn sé rekin sem samlagshlutafélag, enda eru slík félög ekki talin upp í ákvæðinu. Samkvæmt því er ekki unnt að slá því föstu að hafnalög veiti heimild fyrir því að reka höfn í Finnafirði sem samlagshlutafélag eins og áformað er að rekstrarfélagið verði.

4.4.3 Skipan eignarréttinda og afnotaréttinda yfir hafnarlandi og hafnarmannvirkjum

Eins og fram er komið er ráðgert að rekstrarfélagið muni ekki fara með eignarhald á hafnarlandi og hafnarmannvirkjum, heldur verði hafnarmannvirki í eigu eignarhaldsfélagsins (systurfélags rekstrarfélagsins) og hafnarland í eigu landeigenda í Finnafirði. Hvað hafnarland snertir muni eignarhaldsfélagið gera erfðafestusamninga við landeigendur (eða eftir atvikum félag þeirra), þar sem þeir ráðstafi afnotarétti af landi sínu til eignarhaldsfélagsins, sem muni síðan framleigja landið til rekstrarfélagsins.⁴⁹ Rekstrarfélagið muni síðan ráðstafa réttindum yfir afmörkuðum hlutum landsins tímabundið til sérleyfishafa á grundvelli einstakra sérleyfa, sem rekstrarfélagið muni bjóða út á síðari stigum.⁵⁰

Í framansögðu felst þannig að rekstrarfélagið mun hafa afnotarétt, en ekki beinan eignarrétt, yfir hafnarlandi og hafnarmannvirkjum á grundvelli samninga við eigendur landsins og hafnarmannvirkjanna. Á sama tíma er rekstrarfélaginu sem fyrr segir ætlað að ráðstafa afmörkuðum hlutum hafnarlandsins til sérleyfishafa á grundvelli sérleyfa, þá með heimild frá eignarhaldsfélaginu og landeigendum. Jafnframt er rekstrarfélaginu ætlað að annast innheimtu hafnargjalda, þ.m.t. greiðslna frá sérleyfishöfum, og bera stjórnunarlega ábyrgð á höfninni á grundvelli hafnalaga nr. 61/2003. Þessu til viðbótar kveður stjórnunarsamningurinn frá 11. apríl

⁴⁸ Sama á við um t.d. samvinnufélög og sjálfseignarstofnanir í atvinnurekstri.

⁴⁹ Erfðafestusamningar hafa einnig verið nefndir erfðaleigusamningar, sbr. almenna umfjöllun um slíka samninga í *dómi Hæstaréttar 12. júní 2019 í máli nr. 8/2019*: „Þótt leigutakar samkvæmt erfðaleigusamningum njóti réttinda sinna í skjóli þeirra sem eiga grunneignarrétt að því landi sem um ræðir, veita slíkir samningar leigutökum til muna víðtækari hagnýtingar- og ráðstöfunarrétt yfir fasteignum en aðrir afnotasamningar gera almennt. Er í reynd flest líkt með þeim heimildum yfir fasteignum sem erfðaleigusamningar veita leigutökunum og þeim heimildum sem handhafa beins eignarréttar að fasteignum njóta.“

⁵⁰ Rétt er að taka fram að hugtakið hafnarmannvirki er í 3. gr. hafnalaga nr. 61/2003 skilgreint sem „varnargarðar, viðlegumannvirki og innsiglingar, leiðarmerki og skipalægi“. Hugtakið vísar þannig einkum til tiltekinna *grunnvirkja* hafnar (e. port infrastructure) og undanskilur því ýmis önnur mannvirki sem geta staðið á hafnarsvæði.

2019 á um það, sem fyrr segir, að rekstrarfélagið takist á hendur ýmsar skuldbindingar m.a. gagnvart þróunarfélaginu og eignarhaldsfélaginu, eins og fjallað hefur verið um m.a. í kafla 3.3, og einnig er gerð grein fyrir í kafla 4.4.4.

Þegar metið er hvort framangreint fyrirkomulag eignarhalds á höfninni samrýmist ákvæðum hafnalaga er þess fyrst að geta að lögin hafa ekki að geyma skýrar og afdráttarlaugar reglur um hvernig eignarhaldi á hafnarlandi og hafnarmannvirkjum skuli háttað. Lögin kunna því að veita svigrúm í þeim efnum. Þó virðast ákvæði laganna almennt miða við að hafnarstjórn og eignarhald hafnar, þ.m.t. lands og hafnarmannvirkja, sé á sömu hendi í meginatriðum. Höfn er í 3. gr. laganna skilgreind sem „svæði á landi og sjó með mannvirkjum og tækjum“ til móttöku skipa o.fl., en síðan segir í 1. mgr. 8. gr. að „[h]öfn megí reka“ á ákveðinn hátt, m.a. sem hlutafélag samkvæmt 3. tölulið ákvæðisins. Þá er það eitt af meginhlutverkum hafnarstjórna samkvæmt lögnum að annast rekstur hafnarmannvirkja, úthluta hafnarlandi til rekstraraðila, og bera stjórnunarlega ábyrgð á höfn að öðru leyti. Framantalin atriði gætu gefið til kynna að eignarhald hafnarlands og hafnarmannvirkja skuli í meginatriðum vera á hendi þess aðila sem fer með hafnarstjórn og ber stjórnunarlega ábyrgð á höfninni, hér rekstrarfélagsins. Á hitt er þó að líta að ákvæði hafnalaga útiloka ekki afdráttarlaust aðra skipan að þessu leyti, þ.m.t. að hafnarland sé í eigu þriðja aðila sem veitir höfn afnot af landinu.

Þótt ákvæði hafnalaga virðist, sem fyrr segir, ekki útiloka að áformað fyrirkomulag eignar- og afnotaréttinda yfir hafnarlandi og hafnarmannvirkjum í Finnafirði geti staðist, er ekki unnt að líta svo á að lögin veiti skýra heimild fyrir því. Er því ekki unnt að slá því föstu að umrætt fyrirkomulag samrýmist gildandi lögum. Skýrsluhöfundum er heldur ekki kunnugt um dæmi þess hér á landi að eignarhaldi hafnar, þ.m.t. hafnarlands, sé hagað á framangreindan veg. Þó munu vera dæmi um það að höfn sé rekin sem sjálfstætt fyrirtæki í eigu sveitarfélags, en sveitarfélagið sjálft sé eigandi hafnarlandsins.⁵¹ Slík skipan er ósambærileg þeirri sem hér er fjallað um, þar sem ráðgert er að land hafnar í Finnafirði verði að hluta til í eigu ótengdra þriðju aðila, þ.m.t. aðila sem eiga land að firðinum.

4.4.4 Fyrirkomulag gjaldtöku og ráðstöfunar á tekjum rekstrarfélagsins

4.4.4.1 Almenn atriði

Eins og rakið var í kafla 3.3 hér að framan er gert ráð fyrir því í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 að rekstrarfélagið skuli, í samræmi við stöðu þess sem hafnarstjórnar samkvæmt ákvæðum hafnalaga nr. 61/2003, annast innheimtu á hafnargjöldum, þ.m.t. greiðslum frá sérleyfishöfum á grundvelli einstakra sérleyfa. Jafnframt er mælt fyrir um það í nefndum samningi að rekstrarfélagið skuli *ráðstafa tekjum* af slíkri gjaldheimtu með ákveðnum hætti, á grundvelli þrepaskipts greiðsludreifingarkerfis (e. *waterfall/cash distribution*). Eins og áður hefur verið rakið eru megindrættir þessa kerfis eftirfarandi:

- *Fyrsta greiðsla hvers sérleyfishafa*, eða allt að 70% hennar, gengur fyrst til að greiða kostnað rekstrarfélagsins við nauðsynlega uppbyggingu og viðhald innviða vegna viðkomandi sérleyfis.

⁵¹ Eignarhald hafnar í Fjarðabyggð mun t.d. vera með þessum hætti.

Eftirstöðvarnar ganga svo, í þessari röð, til greiðslu kostnaðar vegna landsvæðis (leiga o.s.frv.), stjórnunarkostnaðar þróunarfélagsins vegna umsýslu sérleyfa, greiðslu rekstrarkostnaðar rekstrarfélagsins og svo þróunarfélagsins, síðan til greiðslu þróunarkostnaðar vegna síðari sérleyfa, og loks skiptist það sem eftir er, ef eitthvað, milli þróunarfélagsins og eignarhaldsfélagsins í hlutföllunum 70/30.

- *Árlegum greiðslum sérleyfishafa* skal ráðstafað með sama hætti og að framan greinir, að því frátöldu að slíkar greiðslur ganga ekki fyrst til að greiða kostnað rekstrarfélagsins við nauðsynlega innviðauppyggingu vegna viðkomandi sérleyfis.
- *Tekjum af annars konar hafnargjöldum* skal ráðstafað til að standa straum af kostnaði rekstrarfélagsins sem hafnarstjórnar við að veita nauðsynlega hafnarþjónustu. Það sem eftir stendur af hafnargjöldum, ef eitthvað er, skiptist svo á milli rekstrarfélagsins og þróunarfélagsins í hlutföllunum 75/25.

Álitaefnið sem hér er til skoðunar lýtur einkum að því hvort ofangreint greiðsludreifingarkerfi stjórnunarsamningsins, sem skyldar rekstrarfélagið til að ráðstafa tekjum vegna gjaldtöku á ofangreindan hátt, sé í samræmi við 19. og 20. gr. hafnalaga, en umrædd ákvæði kveða á um hvernig gjaldtöku félagshafna og ráðstöfun slíkra fjármuna (eftir atvikum í formi arðgreiðslna til eigenda) skuli háttað, sjá einnig umfjöllun um þessi atriði í kafla 4.3.3. Miða verður við að fyrrgreind ákvæði hafnalaga eigi við um hvers konar gjöld sem félagshafnir innheimta af notendum fyrir þjónustu og afnot af hafnaraðstöðu, þ.m.t. greiðslur fyrir sérleyfi, sbr. einnig til hliðsjónar 17. gr. hafnalaga.⁵²

4.4.4.2 Nánar um 19. og 20. gr. hafnalaga nr. 61/2003 um gjaldtöku o.fl.

Í 2. mgr. 20. gr. hafnalaga nr. 61/2003 er, sem fyrr segir, kveðið svo á að gjaldtaka félagshafnar skuli miðuð við að hún standi undir kostnaði við þá þjónustu sem veitt er ásamt hlutdeild í sameiginlegum rekstri hafnarinnar, stofnkostnaði og kostnaði við viðhald hennar, auk þess sem heimilt er að taka tillit til arðsemi á endurmetnu eigin fé. Þá segir í 19. gr. laganna að félagshöfn sé aðeins heimilt að greiða arð til eigenda sinna eftir að fé hefur verið lagt til hliðar í fullnægjandi viðhald og endurnýjun hafnarinnar samkvæmt nánari ákvæðum í reglugerð hennar sem sett er skv. 4. gr. sömu laga.

Ákvæði 2. mgr. 20. gr. hafnalaga var leitt í lög með 5. gr. laga nr. 28/2007 um breytingu á hafnalögum. Í athugasemdum við ákvæðið, í frumvarpinu sem varð að 5. gr. laga nr. 28/2007, kemur fram að það veiti félagshöfnum heimild til að „taka mið af arðsemiskröfum við ákvörðun gjalda“. Með *arðsemiskröfum* sé átt við „að hafnarsjóðir miði arðsemiskröfur sínar við meðaltal arðsemiskrafna lífeyrissjóða í landinu, nú reiknað 3,5%, sem reiknaðar séu af endurmetnu eigin fé hafnarsjóðanna að frádregnum opinberum styrkjum“. Þá segir í athugasemdunum að hafnarsjóðir „gætu því endurmetið eigin framlög að viðbættum hagnaði hvers árs með breytingu

⁵² Í 17. gr. hafnalaga nr. 61/2003 eru talin upp ýmis gjöld sem höfn skv. 2. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna er heimilt að innheimta, en meðal þeirra eru leigugjald fyrir svæði til lestunar og losunar á vöru (d-liður 1. töluliðar), leigugjald fyrir afnot af mannvirkjum eða tækjum hafnarinnar (4. töluliður), leyfisgjald fyrir bryggjur og önnur mannvirki sem gerð hafa verið skv. 5. gr. laganna (5. töluliður), og lóðargjald og lóðarleiga fyrir leigu á svæðum innan hafnarinnar (6. töluliður).

á byggingarvísitölu hvers árs, við mat á því hvort rekstrarárangur ársins standi undir almennri arðsemiskröfu samkvæmt lögunum“. Í almennum athugasemdum frumvarpsins er enn fremur gengið út frá því að „samkeppnislög og eftirlit Samkeppniseftirlitsins eigi að tryggja að höfn geti ekki gert óhóflegar arðsemiskröfur í gjaldskrá sinni.“⁵³

Ekki liggur fyrir hvernig fjárhæðir hafnargjalda og sérleyfisgjalda sem rekstrarfélagið mun innheimta verða ákvörðuð. Í samræmi við fyrirmæli 2. mgr. 20. gr. hafnalaga þarf slík gjaldtaka í öllu falli að miðast við að hún *standi undir kostnaði* við þá þjónustu sem veitt er, ásamt hlutdeild í sameiginlegum rekstri hafnarinnar, stofnkostnaði og kostnaði við viðhald hennar. Sé tekið mið af *arðsemiskröfum* við ákvörðun á fjárhæðum gjalda skal, samkvæmt fyrrgreindum athugasemdum við ákvæðið, miða við „meðaltal arðsemiskrafna lífeyrissjóða“, sem reikna á af „endurmetnu eigin fé hafnarsjóðanna að frádregnum opinberum styrkjum“. Áður en til álita kemur að *greiða út arð* til eigenda þarf jafnframt að hafa verið lagt til hliðar fé í „fullnægjandi viðhald og endurnýjun hafnarinnar“ samkvæmt nánari ákvæðum í hafnarreglugerð hennar sem sett er skv. 4. gr. hafnalaga, sjá einnig umfjöllun um þetta atriði hér í framhaldinu.

4.4.4.3 Ráðstöfun tekna af hafnargjöldum

Fyrrgreint greiðsludreifingarkerfi stjórnunarsamningsins frá 11. apríl 2019 gerir sem fyrr segir ráð fyrir því að allt að 70% af *fyrstu greiðslum* vegna sérleyfa skuli ráðstafað m.a. til uppbyggingar og *viðhalds* innviða vegna viðkomandi sérleyfis (t.d. hafnarmannvirkja). Á hinn bóginn er ekki gert ráð fyrir því að *árlegum greiðslum* vegna sérleyfa skuli ráðstafað til viðhalds eða endurnýjunar hafnarinnar, a.m.k. svo séð verði, en gildistími sérleyfa er jafnan langur, t.d. 20-25 ár. Sama á við um tekjur af annars konar hafnargjöldum en sérleyfisgreiðslum. Af þessum ástæðum leikur verulegur vafi á því hvort greiðsludreifingarkerfi stjórnunarsamningsins, sem lýst er að framan, sé í samræmi við 2. mgr. 20. gr. hafnalaga nr. 61/2003, sbr. einnig 19. gr., þar sem umrædd ákvæði samningsins gera ekki ráð fyrir því að tekjur af hafnargjöldum séu nýttar til viðhalds eða endurnýjunar hafnarinnar nema að takmörkuðu leyti. Í stjórnunarsamningnum er reyndar gerður fyrirvari sem snýr að þessu atriði. Fyrirvarinn er á þá leið að séu hafnalög talin leggja þá skyldu á höfnina að leggja til hliðar fé til viðhalds hennar, þ.e. í viðhaldssjóð, þá skuli slíkur sjóður nýttur til viðhalds á einstökum hafnarmannvirkjum o.fl. á „pro-rata“ grundvelli yfir líftíma þeirra (e. „... this shall – if legally permitted – happen on a pro-rata basis over the lifetime of the underlying infrastructure or other installation“). Þetta ákvæði, sem er í raun skilyrt, er ekki útfært nánar í stjórnunarsamningnum og er óljóst hvernig það hefur áhrif á fyrrgreind greiðsludreifingarákvæði samningsins.

⁵³ Áður en 2. mgr. 20. gr. hafnalaga nr. 61/2003 var breytt í núverandi horf með lögum nr. 28/2007, ríkti vafi um heimild félagshafna til að taka tillit til arðsemiskrafna við gjaldtöku, þrátt fyrir ákvæði 19. gr. hafnalaga sem gerir ráð fyrir arðgreiðslum til eigenda slíkra hafna. Gætti því viss misræmis í lögunum hvað þetta snertir, þ.e.a.s. lögin gerðu ráð fyrir arðgreiðslum til eigenda en á sama tíma veittu þau höfnum ekki skýra heimild til að taka mið af arðsemi við gjaldtöku. Með 5. gr. laga nr. 28/2007 var bætt úr þessu misræmi og kveðið skýrt á um heimild félagshafna til að taka mið af arðsemiskröfum við ákvörðun hafnargjalda í 2. mgr. 20. gr. hafnalaga. Sú heimild er síðan bundin ákveðnum takmörkunum sem lýst er í tilvitnuðum athugasemdum í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 28/2007 (en koma að vísu ekki fram í texta ákvæðisins sjálfs, þ.e. 2. mgr. 20. gr. hafnalaga).

4.4.4.4 Greiðslur rekstrarfélagsins til eignarhaldsfélagsins og þróunarfélagsins

Eins og áður var rakið gerir stjórnunarsamningurinn frá 11. apríl 2019 ráð fyrir því að tekjur rekstrarfélagsins af hafnargjöldum, þ.m.t. vegna sérleyfa, skuli ganga til greiðslu á nánar tilgreindum kostnaði. Að þeim kostnaði frágengnum skuli eftirstöðvar tekna, ef einhverjar eru, skiptast milli rekstrarfélagsins, eignarhaldsfélagsins og þróunarfélagsins með ákveðnum hætti. Hvað sérleyfistekjur snertir er þannig ráðgert að 70% af tekjuafgangi renni til þróunarfélagsins og 30% til eignarhaldsfélagsins. Hvað varðar tekjur af annars konar hafnargjöldum verður 75% tekjuafgangs eftir hjá rekstrarfélaginu en 25% renna til þróunarfélagsins. Í framansögðu felst að rekstrarfélagið skuldbindur sig með stjórnunarsamningnum til að ráðstafa verulegum hluta af tekjuafgangi vegna hafnargjalda til eignarhaldsfélagsins annars vegar og þróunarfélagsins hins vegar. Á það einkum við um sérleyfistekjur, þar sem tekjuafgangi rekstrarfélagsins skal að öllu leyti til ráðstafað til þróunarfélagsins og eignarhaldsfélagsins, eins og að framan er lýst.

Til skoðunar kemur hvort rekstrarfélagið hafi heimild í hafnalögum nr. 61/2003 til að ráðstafa fjármunum sínum með þessum hætti. Í því samhengi verður að hafa hliðsjón af 19. gr. hafnalaga, en í síðari málslíð ákvæðisins kemur fram að höfn, sem rekin er samkvæmt 3. tölulið 1. mgr. 8. gr. laganna, sé heimilt að „greiða arð til *eigenda sinna*“ að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.⁵⁴ Færa má rök fyrir því að þeim samningsbundnu greiðslum, sem rekstrarfélagið skuldbindur sig með stjórnunarsamningnum til að inna af hendi til þróunarfélagsins og eignarhaldsfélagsins samkvæmt framansögðu, svipi til arðgreiðslna. Þannig verður t.a.m. ekki séð að greiðslurnar standi í samhengi við ákveðinn kostnað þróunarfélagsins eða eignarhaldsfélagsins, eða að rekstrarfélagið fái verðmæti í staðinn fyrir þá fjármuni sem það lætur af hendi með þessum hætti. Að þessu leyti kann umrætt fyrirkomulag að fara á svig við fyrrgreinda reglu 19. gr. hafnalaga, með því að rekstrarfélagið skuldbindur sig með stjórnunarsamningnum til að ráðstafa hluta af hagnaði sínum til annarra en eigenda þess. Verður í það minnsta ekki séð að hafnalög veiti skýra heimild fyrir slíku fyrirkomulagi. Einnig vekur fyrirkomulagið spurningar um almennar heimildir félaga á grundvelli laga nr. 2/1995 um hlutafélög til að gangast undir samningsskuldbindingu sem felur í sér veruleg fjárútlát úr félagi án þess að gagnjald komi í raun í staðinn.

4.4.4.5 Samantekt

Samandregið er það niðurstaða skýrsluhöfunda að verulegur vafi leiki á því að ákvæði stjórnunarsamningsins frá 11. apríl 2019, þess efnis að rekstrarfélagið skuli ráðstafa tekjum af innheimtu tilgreindra hafnargjalda með ákveðnum hætti (greiðsludreifingarákvæði), séu í samræmi við ákvæði hafnalaga nr. 61/2003, enda gerir stjórnunarsamningurinn ekki ráð fyrir því að tekjur af umræddum gjöldum séu nýttar til viðhalds og endurnýjunar hafnarinnar nema að takmörkuðu leyti. Slíkt fyrirkomulag samræmist ekki 2. mgr. 20. gr. hafnalaga, sbr. 5. gr. laga nr. 28/2007, sem kveður á um að gjaldtaka hafnar (félagshafnar skv. 3. tölulið 1. mgr. 8. gr.) skuli miðuð við að hún *standi undir kostnaði m.a. við viðhald hennar*, sbr. einnig 19. gr. laganna sem kveður á um að höfn sé aðeins heimilt að greiða arð til eigenda sinna eftir að fé

⁵⁴ Áherslubreyting höfunda.

hefur verið lagt til hliðar í *fullnægjandi viðhald og endurnýjun hafnarinnar* samkvæmt nánari ákvæðum í reglugerð hafnar sem sett er skv. 4. gr. Eins leikur vafi á því hvort rekstrarfélagið hafi viðhlítandi heimild í lögum til að ráðstafa tekjuafgangi sínum til annarra en eigenda sinna, þ.e. til eignarhaldsfélagsins og þróunarfélagsins eins og stjórnunarsamningurinn kveður á um.

4.4.5 Heimild til að skipta út rekstrarfélaginu

Eins og áður hefur komið fram gerir stjórnunarsamningurinn frá 11. apríl 2019 ráð fyrir því að eignarhaldsfélagið geti leyst rekstrarfélagið af hólmi við tiltekna aðstæður (e. *step-in right*), t.d. ef rekstrarfélagið vanefnir skuldbindingar sínar á grundvelli samningsins. Tilgangur þessa fyrirkomulags mun vera sá að tryggja áframhaldandi rekstur hafnarinnar ef svo færi að rekstrarfélagið yrði af einhverjum sökum órekstrarhæft.

Eins og fyrr segir mun rekstrarfélagið fara með hafnarstjórn gagnvart fyrirhugaðri höfn í Finnafirði í skilningi hafnalaga nr. 61/2003. Verður rekstrarfélaginu mörkuð sú staða í hafnarreglugerð sem ráðherra setur höfninni samkvæmt 4. gr. laganna, en í slíkri reglugerð skal m.a. kveðið á um starfs- og valdsvið hafnarstjórnar. Af þessu leiðir að eignarhaldsfélagið myndi ekki geta tekið við hafnarstjórn af rekstrarfélaginu nema hafnarreglugerð væri breytt til samræmis. Það þýðir jafnframt að beiting umræddrar heimildar stjórnunarsamningsins til að skipta út rekstrarfélaginu yrði háð því að ráðherra samþykkti tilsvareandi breytingu á hafnarreglugerð. Með öðrum orðum yrði beiting umræddrar heimildar háð atbeina ráðherra en væri ekki á forræði samningsaðila einna.

4.5 Samantekt um hafnalög nr. 61/2003

Með vísan til umfjöllunar í kafla 4.4 hér að framan er það niðurstaða skýrsluhöfunda að verulegur vafi leiki á því að Finnaþingarverkefnið, eins og það er lagt upp m.a. í fyrirbyggjandi stjórnunarsamningi frá 11. apríl 2019, samræmist ákvæðum hafnalaga nr. 61/2003 í ýmsum atriðum. Á það m.a. við um rekstrarform hafnarinnar, þ.e. rekstrarfélagsins (kafla 4.4.2), tilhögun eignarhalds á hafnarlandi og –mannvirkjum (kafla 4.4.3), og samningsbundna ráðstöfun á tekjum rekstrarfélagsins af innheimtu hafnargjalda (kafla 4.4.4). Að óbreyttu fæst þannig ekki séð að rekstur og skipulag hafnarinnar muni geta rúmast innan ófrávíkjanlegra reglna hafnalaga eins og útfærslu verkefnisins er háttað. Þessi álitaefni ásamt öðrum koma til skoðunar við mat samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra á því hvort skilyrði séu til að gefa út hafnarreglugerð vegna hafnar í Finnafirði, sbr. 4. gr. hafnalaga, en í því samhengi þarf ráðherra m.a. að taka afstöðu til þess hvort uppbygging verkefnisins samræmist hafnalögum.

5. Dæmi um önnur lagaleg álitaefni tengd Finnaþingarverkefninu

5.1 Inngangur

Hér að framan hefur verið fjallað um álitaefni tengd Finnaþingarverkefninu sem snúa að ákvæðum hafnalaga nr. 61/2003. Í þessum kafla verður vikið stuttlega að álitaefnum sem tengjast öðrum lögum en hafnalögum og Finnaþingarverkefnið gefur tilefni til skoðunar á, en

skýrsluhöfundum var af hálfu verkkaupa falið að vekja máls á slíkum álitaefnum eftir því sem efni stæðu til.

5.2 Reglur um opinber innkaup

Eins og rakið var í 2. kafla er Finnafjarðarverkefnið lagt upp sem *samstarfsverkefni opinberra aðila og einkaaðila* (PPP-verkefni). Verkefnið grundvallast m.a. á samstarfssamningi frá 2014 milli Langesbyggðar, Vopnafjarðarhrepps, Bremenports og Eflu verkfræðistofu, og á margnefndum stjórnunarsamningi frá 11. apríl 2019. Með þessum samningum er viðsemjendum sveitarfélaganna falið að annast ýmis verkefni sem tengjast undirbúningi og þróun hafnaruppbyggingar í Finnafirði. Í samstarfssamningnum frá 2014 var Bremenports einnig veittur einkaréttur til að nýta athafnasvæði hafnarinnar í viðskiptalegum tilgangi til 2040.

Reglur um opinber innkaup taka til samninga sem opinberir aðilar, m.a. ríki, sveitarfélög og tilgreind opinber fyrirtæki, gera við einstök fyrirtæki um tiltekið verk eða þjónustu. Þessar reglur taka einnig til sérleyfissamninga.⁵⁵ Ef verk- eða þjónustusamningur, eða sérleyfissamningur, uppfyllir tiltekin skilyrði telst hann útboðsskyldur. Við þær aðstæður ber þeim opinbera aðila sem á í hlut að efna til útboðs og gefa bjóðendum, sem uppfylla gerðar kröfur, kost á að leggja fram tilboð. Auk lagareglna um opinber innkaup gilda almennar reglur stjórnsýsluréttar þegar opinberir aðilar ráðstafa takmörkuðum gæðum eða réttindum til einstaklinga og lögaðila. Geta almennar stjórnsýslureglur þá staðið til þess að fyrirhuguð samningsgerð sé auglýst og áhugasömum gefinn kostur á að leggja fram tilboð.⁵⁶

Fyrirgreindir samningar, sem Langesbyggð og Vopnafjarðarhreppur hafa gert við viðsemjendur sína vegna Finnafjarðarverkefnisins, hafa ekki verið boðnir út í samræmi við reglur um opinber innkaup svo séð verði. Er verkefnið þó lagt upp sem samstarfsverkefni opinberra aðila og einkaaðila (PPP-verkefni), sem fyrr segir. Í ljósi efnistaka þessarar skýrslu verður ekki tekin afstaða til þess hér hvort einstakir samningar milli sveitarfélaganna og viðsemjenda þeirra vegna Finnafjarðarverkefnisins séu útboðsskyldir. Ekki er þó unnt að útiloka að svo kunni að vera. Í þeim efnum er rétt að minna á að með stjórnunarsamningnum er viðsemjendum sveitarfélaganna falið að veita þeim ýmsa þjónustu og aðstoð í tengslum við þróun og rekstur hafnar í Finnafirði gegn endurgjaldi. Að því leyti felur samningurinn í sér þjónustusamning. Samningurinn er einnig fallinn til að auka verðgildi eignarhluta í

⁵⁵ Umræddar reglur er einkum að finna í lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup. Jafnframt skal hér bent á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/23/ESB frá 26. febrúar 2014 um gerð sérleyfissamninga, sem var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 97/2016 frá 29. apríl 2016 og innleidd í íslenskan rétt með reglugerð nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins. Þá er rétt að benda á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/25/ESB um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu (veitutilskipunin), sem tekin var upp í EES-samninginn með fyrirgreindri ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar og innleidd í íslenskan rétt með samnefndri reglugerð nr. 340/2017.

⁵⁶ Sjá t.d. til hliðsjónar álit umboðsmanns Alþingis 28. desember 2006 í máli nr. 4478/2005, en þar var til skoðunar samningur sem Akureyrarkaupstaður gerði við einkaaðila um leigu á námuréttindum á landspildu í eigu sveitarfélagsins. Taldi umboðsmaður það vera „í bestu samræmi við sjónarmið um jafnræði og vandaða stjórnsýsluhætti að þegar sveitarfélög úthluta gæðum sem eftirspurn kann að vera eftir og haft geta umtalsverða fjárhagslega þýðingu fyrir hlutaðeigandi auglýsi þau fyrirhugaða ráðstöfun þeirra með opinberum hætti, nema sérstök sjónarmið mæli þar í mót, þannig að öllum þeim sem áhuga hafa gefist kostur á að láta hann uppi.“

þróunarfélaginu, sem ráðgert er að boðnir verði fjárfestum til sölu á síðari stigum. Ráðandi hluthafa í þróunarfélaginu, Bremenports, hefur jafnframt með samstarfssamningnum frá 2014 verið veittur einkaréttur til að nýta hafnarsvæðið í viðskiptalegum tilgangi, sem fyrr segir, en ekki verður ráðið af fyrirbyggjandi upplýsingum hvort sú ráðstöfun hafi átt sér stað að undangenginni auglýsingu eða útboði af hálfu sveitarfélaganna.

5.3 Reglur stjórnarsýsluréttar um framsal verkefna, einkum lögbundinna

Í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 er m.a. gert ráð fyrir því að þróunarfélagið muni veita rekstrarfélaginu þjónustu m.a. í tengslum við útboð sérleyfa til rekstraraðila um uppbyggingu og afnot á hafnaraðstöðu. Í því sambandi er þróunarfélaginu ætlað að takmarka fjölda þátttakenda í forvali í útboðum sérleyfa, svo og að annast eftirlit með starfsemi sérleyfishafa o.fl., í samstarfi við rekstrarfélagið (sjá m.a. umfjöllun í kafla 3.2.3).

Í ljósi þess að rekstrarfélagið telst til hafnarstjórnar í skilningi hafnalaga nr. 61/2003 ber það sem fyrr segir stjórnunarlega ábyrgð á höfninni og sinnir lögmæltum verkefnum hafnarstjórna. Meðal verkefna sem þannig koma í hlut rekstrarfélagsins er ráðstöfun á hafnaraðstöðu til rekstraraðila, þ.m.t. útboð sérleyfa, val á sérleyfishöfum í slíkum útboðum og tengd verkefni. Almenna reglan er sú að rekstrarfélagið getur ekki framselt öðrum verkefni, sem lög leggja í hendur hafnarstjórnar, nema fyrir því sé viðhlítandi lagaheimild. Á það sérstaklega við ef viðkomandi verkefni felur í sér töku stjórnvaldsákvæðana.⁵⁷ Af framangreindum sökum eru heimildir rekstrarfélagsins til að framselja þróunarfélaginu lögmælt verkefni háðar ýmsum takmörkunum sem leiða m.a. af almennum reglum stjórnarsýsluréttar. Á endanum veltur það á eðli þess verkefnis sem um ræðir hverju sinni hvort og í hvaða mæli rekstrarfélaginu er heimilt að fela þróunarfélaginu að annast það.

5.4 Reglur sveitarstjórnarréttar um ólögbundin verkefni og forsvaranlega meðferð fjár

Líkt og rakið var í 3. kafla skýrslunnar, gera samningar um þróun og uppbyggingu hafnar í Finnafirði frá 11. apríl 2019 ráð fyrir því að sveitarfélögin Langesbyggð og Vopnafjarðarhreppur komi að stofnun tveggja samlagshlutafélaga og eins einkahlutafélags í tengslum við verkefnið.⁵⁸ Aðkoma sveitarfélaganna að samlagshlutafélagunum (þ.e. rekstrarfélaginu og eignarhaldsfélaginu) verður með þeim hætti að einkahlutafélag í jafnri eigu sveitarfélaganna er ábyrgðaraðili sem ber ótakmarkaða ábyrgð á skuldbindingum samlagsfélaganna en sveitarfélögin sjálf verða í eigin nafni hluthafar og ábyrgð þeirra takmörkuð við hlutaféð. Aðkoma sveitarfélaganna að einkahlutafélaginu (þróunarfélaginu) verður í gegnum eignarhaldsfélag verkefnisins, en ráðgert er að eignarhaldsfélagið muni eiga 8% hlutafjár í þróunarfélaginu.

Um starfsemi og stjórnskipulag sveitarfélaga gilda sveitarstjórnarlög nr. 138/2011. Í tengslum við framangreinda aðkomu Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps að samlagshlutafélögum

⁵⁷ Sjá til hliðsjónar umfjöllun í grein Páls Hreinssonar, „Valdmörk stjórnvalda“, *Tímarit lögfræðinga* (4. tbl. 55. árg. 2005).

⁵⁸ Rekstrarfélagið ber heitið Finnaþjórðarhöfn slhf. og eignarhaldsfélagið Finnaþjórður slhf. Einkahlutafélögin sem eru ábyrgðaraðilar umræddra samlagshlutafélaga heita Finnaþjórðarhöfn GP ehf. og Finnaþjórður GP ehf.

og einkahlutafélögum vegna hafnaruppbyggingar í Finnafirði koma einkum til skoðunar álitaefni sem snúa að ólögbundnum verkefnum sveitarfélaga, sbr. 7. gr. laganna og ábyrga meðferð fjármuna, sbr. 65. gr.

Með 1. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga er sú skylda lögð á sveitarfélög að sinna þeim verkefnum sem þeim eru falin í lögum. Í 2. mgr. sömu greinar er mælt fyrir um að sveitarfélög skuli vinna að sameiginlegum velferðarmálum íbúanna eftir því sem fært þykir á hverjum tíma og í 3. mgr. er að finna heimild sveitarfélaga til að taka að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa, enda sé það ekki falið öðrum til úrlausnar að lögum. Af umræddum ákvæðum 2. og 3. mgr. 7. gr. leiðir að sveitarfélög hafa svigrúm til þess að taka að sér verkefni sem ekki er sérstaklega kveðið á um í lögum, en slík verkefni sveitarfélaga hafa verið nefnd ólögbundin verkefni til aðgreiningar frá lögbundnum verkefnum sem sveitarfélögum er eftir atvikum skylt að sinna, sbr. 1. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga. Heimild sveitarfélaga til að sinna ólögbundnum verkefnum takmarkast af viðeigandi ákvæðum settra laga, þ.m.t. sveitarstjórnarlaga, og óskráðum meginreglum.⁵⁹

Þar sem ráðgert er sem fyrr segir að aðkoma Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps verði í formi eignarhalds á samlagshlutafélögum og einkahlutafélögum hefur þýðingu að víkja að þeim lögum og eftir atvikum almennu sjónarmiðum sem talin eru gilda um þátttöku sveitarfélaga í atvinnurekstri. Hér á landi hefur því sjónarmiði verið teflt fram að sveitarfélögum sé án skýrrar lagaheimildar óheimilt að leggja sjálf stund á verslun, iðnað eða framleiðslu í hagnaðarskyni,⁶⁰ en rétt er að taka fram að eftir því sem skýrsluhöfundar komast næst hafa dómstólar hér á landi ekki staðfest tilvist slíkrar reglu eða fjallað um inntak hennar.⁶¹ Íslenskir fræðimenn hafa bent á ýmis rök fyrir slíkri reglu, m.a. röskun samkeppnisstöðu einkaaðila,⁶² óheppilega samkeppni á milli sveitarfélaga og þá staðreynd að stjórnskipulag og málsmeðferð sveitarstjórna er ekki sniðin að þörfum atvinnulífsins og ekki eru almennt gerðar kröfur um að sveitarstjórnarfulltrúar hafi reynslu af atvinnurekstri.⁶³

Við gildistöku núgildandi sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 var lögfest sú meginregla að sveitarfélögum sé óheimilt að „fjárfesta í hagnaðarskyni“, nema um sé að ræða verkefni sem þeim hefur verið falið eða heimilað að sinna í lögum. Meginreglan kemur fram í 65. gr. laganna sem hljóðar svo:

Sveitarstjórn skal gæta ábyrgðar við meðferð fjármuna sveitarfélagsins og varðveita fjármuni með ábyrgum hætti, svo sem á innlánsreikningum fjármálastofnana eða með því að kaupa ríkistryggð verðbréf. Sveitarfélögum er óheimilt að fjárfesta í hagnaðarskyni nema um sé að ræða verkefni sem þeim hefur með lögum verið falið eða heimilað að sinna. Þó er sveitarfélögum heimilt að taka þátt í

⁵⁹ Trausti Fannar Valsson: *Sveitarstjórnarréttur* (2014), bls. 173 o.áfr.

⁶⁰ Trausti Fannar Valsson: *Sveitarstjórnarréttur*, bls. 193-194 og Birgir Tjörvi Pétursson: „Um ólögsmælt verkefni sveitarfélaga“, *Úlfjótur, tímarit laganema* (1. tbl., 52. árg. 1999), bls. 35.

⁶¹ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2002 er þó komist að þeirri niðurstöðu að „[a]ð meginstefnu gildir bann við því í sveitarstjórnarrétti að sveitarfélög eða fyrirtæki þeirra færi úr skorðum þau mörk sem eru milli opinberra aðila og einkaaðila.“ Í sömu ákvörðun er tekið fram að sveitarfélögum sé að meginstefnu óheimilt að stunda atvinnurekstur á almennum markaði í ágóðaskyni án lagaheimildar og að athafnir þeirra megí ekki vera til þess fallnar að skekkja samkeppnisstöðu á markaði.

⁶² Birgir Tjörvi Pétursson: „Um ólögsmælt verkefni sveitarfélaga“, bls. 37 o.áfr.

⁶³ Trausti Fannar Valsson: *Sveitarstjórnarréttur*, bls. 194-195.

verkefnum í ljósi brýnna samfélagslegra hagsmuna en þó þannig að áhætta vegna þátttöku í þeim gangi ekki gegn ábyrgri meðferð fjármuna.

Meginreglu 65. gr. sveitarstjórnarlaga verður að sjálfsögðu að skýra með hliðsjón af öðrum ákvæðum laganna, sérstaklega 7. gr. sem áður hefur verið vikið að. Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því sem varð að sveitarstjórnarlögum segir m.a. um samspil meginreglunnar og undantekninga frá henni:

Í 1. mgr. [64. gr. núgildandi laga, innsk. skýrsluhöfunda] er kveðið á um þá mikilvægu skyldu sveitarstjórnar að sjá til þess að viðunandi öryggi sé fyrir hendi í rekstri, fjárfestingum og ráðstöfun eigna og sjóða þannig að sveitarfélag geti til framtíðar sinnt skyldubundnum verkefnum sínum. Hér er um að ræða grundvallarreglu sem er einnig til skýringar og fyllingar við beitingu annarra ákvæða samkvæmt frumvarpinu. Það er hlutverk sveitarfélaga að sinna tilteknum opinberum verkefnum til hagsbóta fyrir íbúana. Sjóði sveitarfélaga á ekki að nota til fjárfestinga sem áhætta fylgir og útgangspunktur í rekstri sveitarfélaga á að vera geta þeirra til að framkvæma lögbundin verkefni með fullnægjandi hætti. Þessi viðmið hafa um mjög langan tíma legið til grundvallar rekstri íslenskra sveitarfélaga samkvæmt sveitarstjórnarlögum. Reynslan sýnir þó að þær reglur sem fram koma í sveitarstjórnarlögum, eins og þau nú eru úr garði gerð, virðast ekki veita nægilega skýrar leiðbeiningar um það hvað í þessu felst [...] Með frumvarpi þessu er ekki ætlunin að útiloka aðkomu sveitarfélaga að slíkum verkefnum ef það telst án vafa nauðsynlegt vegna hagsmuna heilla byggðarlaga og sveitarfélag hefur fjárráð til slíks. Heimild til slíkra fjárútláta mundi þá eftir atvikum leiða af 7. gr. frumvarpsins. Þá er ekki ætlunin heldur að útiloka þátttöku sveitarfélaganna eða aðkomu að atvinnuþróun eða framkvæmd byggðarmálefna eftir því sem þau hafa fjárráð til og ljóst er að slík verkefni og aðkoma sveitarfélaganna að þeim er til þess fallin að þjóna hagsmunum íbúa sveitarfélags í heild, sbr. 7. gr. frumvarpsins og eftir atvikum heimildir í sérlögum.

Þrátt fyrir að það falli utan efnissviðs skýrslu þessarar og höfundar hafi ekki forsendur í fyrirliggjandi gögnum til að leggja mat á það hvort fyrirhuguð þátttaka Langanesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps í rekstri samlagshlutafélaga og einkahlutafélaga þeirra sem stofnuð hafa verið um Finnaþingardarverkefnið, samræmist reglum og sjónarmiðum um þátttöku sveitarfélaga í atvinnurekstri, má leiða líkum að því að reyna muni á gildissvið og efnislegt inntak umræddra reglna í tengslum við verkefnið. Með því er ekki tekin afstaða til þess hvort aðkoma umræddra sveitarfélaga samræmist að fullu ákvæðum sveitarstjórnarlaga um efnið eður ei, heldur aðeins undirstrikað að verkefnið er um margt fordæmalaust m.a. hvað varðar aðkomu sveitarfélaganna, flókna samsetningu félaga sem koma við sögu í verkefninu og mögulegt umfang þess, gangi áætlanir þeirra sem að því koma eftir.

Almennt séð má leggja til grundvallar að hafnarrekstur teljist til verkefna sem sveitarfélögum er að lögum heimilt að sinna, m.a. á grundvelli ákvæða hafnalaga nr. 61/2003 og sérlaga sem taka til starfsemi hafna. Þótt hafnarrekstur megi þannig flokka sem svokallað lögheimilt verkefni sveitarfélaga,⁶⁴ breytir það því ekki að aðkoma og þátttaka sveitarfélaga í hafnarrekstri,

⁶⁴ Sjá nánar yfirlit yfir lögmælt verkefni sveitarfélaga, sem gefið er út af samgöngu- og sveitarstjórnarráðuneytinu í samræmi við 1. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga, en í yfirlitinu er greint á milli lögskyldra verkefna sveitarfélaga annars vegar og lögheimilla verkefna hins vegar. Í yfirlitinu er hafnarrekstur talinn falla í síðari flokkinn. Ekki verður annað séð en að sú flokkun fái stoð í ákvæðum hafnalaga nr. 61/2003, enda leggja þau lög ekki skyldu á sveitarfélög til að halda úti hafnarrekstri innan staðarmarka sinna.

eftir atvikum í samstarfi við einkaaðila, verður að samræmast fyrrgreindum reglum sveitarstjórnarlaga, m.a. um forsvaranlega meðferð fjár.

5.5 Reglur um erlenda fjárfestingu í atvinnurekstri

Í áætlunum Finnaþingarverkefnisins er sem fyrr segir gert ráð fyrir því að Bremenports, sem er í eigu þýska borgríkisins Brimar, muni eiga 66% eignarhlut í þróunarfélaginu, a.m.k. í upphafi. Hafnalög nr. 61/2003 geyma ekki sérstakar reglur um heimildir erlendra aðila til að fjárfesta í hafnarrekstri. Um það fer á hinn bóginn eftir almennum reglum laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri.⁶⁵

Í 3. gr. laga nr. 34/1991 kemur fram sú meginregla að erlendum aðilum er heimilt að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi með þeim takmörkunum sem í þeim lögum eða sérlögum greinir og að uppfylltum öðrum skilyrðum og fengnum tilskildum leyfum lögum samkvæmt. Hugtakið „fjárfesting“ er í 2. gr. laga nr. 34/1991 skilgreint sem „[f]járframlag eða annað framlag til eigin fjár atvinnufyrirtækis eða kaup á eignarhlut sem fyrir er í atvinnufyrirtæki.“ Í sama ákvæði er hugtakið „erlendur aðili“ skilgreint sem „[e]instaklingur, búsettur erlendis, án tillits til ríkisfangs, félag, stofnun, sjóður eða annar lögaðili, sem á heimili erlendis, *erlent ríki og ríkisfyrirtæki*, svo og atvinnufyrirtæki undir erlendum yfirráðum.“ Einstaklingur telst samkvæmt ákvæðinu búsettur erlendis ef hann á lögheimili erlendis eða á þar heimili samkvæmt skilgreiningu laga um lögheimili og aðsetur. Lögaðili telst eiga heimili erlendis ef hann er skráður til heimilis erlendis eða telur heimili sitt erlendis samkvæmt samþykktum sínum. Í sama ákvæði er hugtakið „erlend fjárfesting“ skilgreint sem „[f]járfesting erlends aðila í atvinnurekstri hér á landi, án tillits til þess hvort um er að ræða nýtt framlag eða endurfjárfestingu á úthlutuðum arði eða hlut eða söluandvirði vegna fyrri fjárfestingar hér á landi.“ Undir fjárfestingu í þessum skilningi fellur t.d. stofnun atvinnufyrirtækis.⁶⁶

Í 4. gr. laga nr. 34/1991 er að finna nánar tilgreindar takmarkanir á fjárfestingum erlendra aðila á sviði sjávarútvegs, orkuiðnaðar og flugrekstrar. Aðilar á EES-svæðinu eru þó að meginstefnu undanþegnir þeim takmörkunum sem greinir í ákvæðinu. Í 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. er aftur á móti að finna þá sérreglu að fjárfesting *erlends ríkis, sveitarfélags eða annars erlends stjórnvalds* í atvinnurekstri hér á landi er óheimil nema með *sérstöku leyfi ráðherra*, en þessi sérregla gildir bæði um aðila innan og utan EES-svæðisins.⁶⁷ Í athugasemdum með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 34/1991 er umrædd sérregla skýrð svo:

Hér er lagt til að til þurfi að koma sérstakt leyfi viðskiptaráðherra til þess að *erlent ríki eða fyrirtæki í eigu erlends ríkis* geti og meggi fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi. Fyrir þessari skipan eru þau rök að áhugi erlends ríkis til að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi getur stafað af öðru en voninni

⁶⁵ Einnig kunna hér að koma til skoðunar lög nr. 19/1966 um eignarrétt og afnotarétt fasteigna ef erlend fjárfesting tengist jafnframt eignarrétti eða afnotarétti yfir fasteign, sbr. 5. tölulið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991.

⁶⁶ Athugasemdir við 2. gr. með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 34/1991.

⁶⁷ Nú atvinnuvega- og nýsköpunaráðherra, sbr. 2. gr. forsetaúrskurðar um skiptingu stjórnarmálefna milli ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands nr. 119/2018.

um fjárhagslegan ávinning af slíkri fjárfestingu. Þykir því rétt að tækifæri gefist til að skoða hvert tilvik sérstaklega.⁶⁸

Eins og fyrr segir er einn hluthafa þróunarfélagsins, Bremenports, fyrirtæki sem er í eigu þýska borgríkisins Brimar. Bremenports er rekið sem „Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft (GmbH & Co. KG)“. Bremenports er jafnframt rekið að hluta með opinberum fjárframlögum, eftir því sem næst verður komist, en í því sambandi má benda á að öldungaráð Brimar mun hafa samþykkt sérstakar fjárveitingar til Bremenports vegna Finnafjarðarverkefnisins. Í ljósi framanritaðs kynni Bremenports, sem fyrirtæki í eigu erlends ríkis, að falla undir 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991. Sú ályktun fær stoð í orðalagi ákvæðisins og ofangreindum frumvarpsathugasemdum, þar á meðal því markmiði ákvæðisins að ráðherra gefist kostur á að taka afstöðu til fjárfestingar erlendra ríkja eða fyrirtækja í eigu þeirra í hverju tilviki fyrir sig. Samkvæmt því virðist fjárfesting Bremenports í þróunarfélaginu vera háð leyfi hlutaðeigandi ráðherra skv. 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991.

5.6 Reglugerð Evrópusambandsins um hafnarþjónustu og gagnsæi í fjármálum hafna

Í þessum kafla verður gerð stuttlega grein fyrir reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) 2017/352 frá 15. febrúar 2017, „um að setja ramma um veitingu hafnarþjónustu og um sameiginlegar reglur um gagnsæi í fjármálum fyrir hafnir“ (e. establishing a framework for the provision of port services and common rules on the financial transparency of ports), en sú reglugerð kynni að hafa þýðingu fyrir Finnafjarðarverkefnið. Meginefni reglugerðarinnar skiptist í þrjá kafla; reglur um hafnarþjónustu, þ.m.t. um aðgang að markaði til að veita slíka þjónustu (II. kafli), fjárhagslegt gagnsæi hafna (III. kafli) og úrlausn ágreiningsmála (IV. kafli).

Reglugerð 2017/352 er fyrsta heildstæða afleidda löggjöfin sem Evrópusambandið hefur sett um þjónustu og starfsemi hafna. Reglugerðin tekur til hafna sem eru hluti af *samevrópska flutninganetinu* (TEN-T).⁶⁹ Reglugerð 2017/352 gerir einnig ráð fyrir því að einstök aðildarríki geti ákveðið að reglugerðin gildi jafnframt um aðrar hafnir við sjó en þær sem eru hluti af *samevrópska flutninganetinu*.⁷⁰

Markmið reglugerðar 2017/352 koma fram í aðfaraorðum hennar, sem telja 57 liði. Í aðfaraorðunum er talið nauðsynlegt að samþætta hafnir þannig að úr verði samfelld flutninga- og vörustjórnunarkerfi til að stuðla að vexti og skilvirkari notkun og starfsemi *samevrópska flutninganetsins* og innri markaðarins. Það krefjast nútímalegrar hafnarþjónustu sem stuðlar að skilvirkri notkun hafna og hagstæðu fjárfestingarumhverfi til að þróa hafnir í samræmi við núverandi kröfur og framtíðarkröfur um flutninga og vörustjórnun. Í aðfaraorðunum segir

⁶⁸ Áherslubreyting höfunda.

⁶⁹ Um *samevrópska flutninganetið* er fjallað í annarri reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) sem tekin hefur verið upp í EES-samninginn, nánar tiltekið reglugerð nr. 1315/2013 um viðmiðunarreglur Sambandsins varðandi uppbyggingu *samevrópska flutninganetsins* og um niðurfellingu á ákvörðun 661/2010/ESB. Í III. viðauka þeirrar reglugerðar með áorðnum breytingum, sem ber yfirskriftina „Leiðbeinandi kort yfir *samevrópska flutninganetið* sem er víkkað út svo það nái til tiltekinna þriðju landa“, er að finna yfirlitsmyndir af þeim höfnum á Íslandi og í Noregi sem eru hluti af *samevrópska flutninganetinu*. Sjá einnig framselda reglugerð Framkvæmdastjórnarinnar (ESB) 2016/758 frá 4. febrúar 2016 um breytingu á reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) nr. 1315/2013 að því er varðar aðlögun III. viðauka við hana.

⁷⁰ Sjá nánar 1. gr. reglugerðar 2017/352.

jafnframt að bættur markaðsaðgangur fyrir hafnarþjónustu, innleiðing gagnsæis í fjármálum og sjálfstæði hafna við sjó muni auka gæði og skilvirkni þjónustu við hafnarnotendur og stuðla að hagstæðara umhverfi með tilliti til fjármögnunar í höfnum. Einföldun á tollferlum geti einnig skapað efnahagslegan ávinning fyrir hafnir og aukið samkeppnishæfni þeirra. Þá er tekið fram í aðfaraorðunum að reglugerðin eigi ekki að hafa áhrif á reglur aðildarríkjanna um skipan eignarréttar hvað varðar hafnir. Aðildarríkin hafi einnig svigrúm til að kveða á um fyrirkomulag hafnarstjórnunar, að því tilskildu að ákvæði reglugerðarinnar um veitingu hafnarþjónustu og fjárhagslegt gagnsæi hafna séu virt. Þá hafi hafnir svigrúm til að innheimta gjöld m.a. vegna hafnargrunnvirkja, svo fremi sem gjöldin séu gagnsæ, auðgreinanleg og án mismununar, og stuðli að viðhaldi og þróun grunnvirkja og þjónustuaðstöðu og að veitingu þjónustu.⁷¹

Reglugerð 2017/352 gildir í grunninn um ákveðna flokka hafnarþjónustu, ýmist á hafnarsvæðinu eða á vatnaleiðinni að höfninni, nánar tiltekið: a) eldsneytistöku, b) meðferð farms, c) leguþjónustu, d) farþegaþjónustu, e) söfnun úrgangs og farmleifa frá skipum, f) hafnsöguþjónustu og g) dráttarþjónustu.⁷² Það er þó mismunandi eftir einstökum ákvæðum reglugerðarinnar hvort þau gildi um alla þessa flokka hafnarþjónustu eða aðeins suma þeirra.⁷³

Fyrir liggur ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 128/2019 frá 8. maí 2019, um breytingu á XIII. viðauka EES-samningsins um flutningastarfsemi.⁷⁴ Ákvörðunin kveður á um að fyrirnefnd reglugerð 2017/352 skuli tekin upp í nefndan viðauka EES-samningsins með nánar greindum hætti.⁷⁵ Í ákvörðuninni er lagt til grundvallar að tilgreindar íslenskar hafnir, sem eru hluti af samevrópska flutninganetinu, muni falla undir gildissvið reglugerðar 2017/352, en þær eru: Faxaflóahafnir/Sundahöfn, höfnin á Seyðisfirði, hafnir Fjarðabyggðar/Mjóeyrarhöfn Reyðarfirði, höfnin í Vestmannaeyjum og Landeyjahöfn.⁷⁶

Ljóst er að reglugerð 2017/352 mun eftir efnissviði sínu geta tekið til fyrirhugaðrar hafnar í Finnafirði ef sú höfn verður hluti af samevrópska flutninganetinu (TEN-T) eða ákveðið verður að reglugerðin skuli gildi um höfnina hvort sem hún verður hluti af umræddu flutninganeti eða ekki. Sé þetta ætlunin er ljóst að gera þarf ráðstafanir til að höfninni verði veitt slík staða í samræmi við ákvæði viðkomandi ESB/EES-gerða sem hér hefur verið fjallað um.

⁷¹ Sjá nánar m.a. 1., 4., 5., 9., 10. og 12. lið aðfaraorða reglugerðar 2017/352.

⁷² Sjá nánar 1. gr. reglugerðar 2017/352.

⁷³ Sjá t.d. 10. gr. reglugerðar 2017/352, en þar kemur fram að II. kafli og 21. gr. hennar gildi ekki um meðferð farms, farþega- eða hafnsöguþjónustu.

⁷⁴ Samningurinn er lögfestur með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

⁷⁵ Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, dags. 8. maí 2019 (nr. 128/2019), um upptöku reglugerðar 2017/352 í EES-samninginn, öðlaðist gildi 1. júní 2019. EFTA/EES-ríkin, þ.m.t. Ísland, hafa þó ekki aflétt stjórnskipulegum fyrirvörum við þá ákvörðun í samræmi við 1. mgr. 103. gr. EES-samningsins. Verði það gert og reglugerð 2017/352 þannig tekin upp í EES-samninginn, leiðir af 7. gr. samningsins að hlutaðeigandi EFTA/EES-ríkjum ber að veita henni lagagildi í landslögum sínum, með þeim aðlögunum sem koma fram í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar. Samkvæmt fyrirbyggjandi upplýsingum er stefnt að því að umrædd reglugerð verði innleidd í íslenskan rétt haustið 2020, að óbreyttu.

⁷⁶ Sjá III. viðauka reglugerðar ESB nr. 1315/2013, sem varðar samevrópska flutninganetið, með áorðnum breytingum.

6. Sérstök efnahagsleg svæði og frísvæði

6.1 Inngangur

Í stjórnunarsamningi um Finnaþjóðarverkefnið frá 11. apríl 2019 er gert ráð fyrir þeim möguleika að rekið verði svonefnt „skatt- og tollfrjálst svæði“ í Finnaþjóð (e. tax and duty free zone). Í þessum kafla skýrslunnar er gerð grein fyrir hugtökunum sérstakt efnahagslegt svæði og frísvæði, sem og ólíkum gerðum slíkra svæða. Jafnframt er gerð grein fyrir reglum Kyoto-tollasáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar um frísvæði, svo og reglum íslenskra laga, einkum tollalaga nr. 88/2005, um sama efni. Í kaflanum verður viðfangsefnið jafnframt sett í samhengi við reglur EES-samningsins um ríkisaðstoð, enda kunna frísvæði og viðlíka svæði að fela í sér ívilnanir til fyrirtækja sem geta verið virtar sem ríkisaðstoð, að nánari skilyrðum uppfylltum.

6.2 Sérstök efnahagsleg svæði

Í skýrslu útgefinni af Alþjóðabankanum 2008 er gerð grein fyrir sérstökum efnahagslegum svæðum (e. *special economic zones*) á heimsvísu og þróun slíkra svæða yfir 30 ára tímabil. Í skýrslunni er sjónum beint að 2.301 sérstöku efnahagslegu svæði í 119 löndum.⁷⁷ Lagt er til grundvallar í skýrslunni að megineinkennum sérstakra efnahagslegra svæða séu eftirfarandi:⁷⁸

1. Landfræðilega afmarkað svæði, sem er yfirleitt lokað af eða afgirt.
2. Einn aðili fer með yfirstjórn svæðisins (opinber aðili/einkaaðili).⁷⁹
3. Fyrirtæki staðsett á svæðinu njóta gjarnan ívilnana sem bundnar eru við svæðið.
4. Aðskilið tollsvæði og einfaldari ferlar við tollafgreiðslu.

Ekki er til samræmd skilgreining á hugtakinu sérstakt efnahagslegt svæði, enda eru slík svæði afar fjölbreytileg frá einu landi til annars.⁸⁰ Í grunninn vísar hugtakið til svæðis (e. zone) sem lýtur öðrum lagareglum en gilda annars staðar í viðkomandi landi. Sérreglur sem gilda á sérstökum efnahagslegum svæðum veita fyrirtækjum gjarnan ýmsar tilslakanir frá almennti löggjöf heimaríkisins (t.d. afnám hamla á innflutning og rýmri reglur um fjárfestingar, gjaldeyrisviðskipti og tollafgreiðslu). Að sama skapi er algengt að fyrirtæki á sérstökum efnahagslegum svæðum njóti margvíslegra ívilnana sem bundnar eru við svæðið og er jafnframt ætlað að laða fyrirtæki að því (t.d. í formi hagstæðari tollareglna og -ferla við flutning á vöru

⁷⁷ *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 26.

⁷⁸ *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 9.

⁷⁹ Sá aðili sem fer með yfirstjórn sérstaks efnahagslegs svæðis annast að jafnaði verkefni sem tengjast stjórnsýslu og rekstri svæðisins, t.d. leyfisveitingar og tolleftirlit. Stjórn svæðis getur verið í höndum opinbers stjórnvalds, hvort heldur miðlægs stjórnvalds sem fer með málefni slíkra svæða í viðkomandi ríki almennt, eða sérstaks stjórnvalds sem sett er yfir tiltekið svæði. Hitt er einnig til að yfirstjórn svæðis sé í höndum einkaaðila að öllu eða mestu leyti, en einkareknum svæðum hefur fjölgað töluvert á undanförmum áratugum. Af þeim 2.301 frísvæðum sem skýrsla Alþjóðabankans 2008 tekur til voru 872 svæði rekin af hinu opinbera, en 1.429 einkarekin (um 60%). Til samanburðar voru um 25% svæða einkarekin á níunda áratugnum að því er greinir í skýrslunni. Hér skal þó tekið fram að skilin milli opinbers og einkarekstrar eru ekki alltaf glögg, enda eru mörg svæði rekin sem samstarfsverkefni opinberra og einkaaðila (PPP). *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 18.

⁸⁰ *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 2: „This paper generically uses the term *special economic zone* to encompass the range of modern free zone types worldwide.“

inn á og út af svæðinu, og eftir atvikum lækkana á öðrum sköttum, t.d. tekjusköttum á fyrirtæki). Ljóst er að svæðisbundnar ívilnanir af þessum toga geta skapað ýmis samkeppnisréttarleg álitæfni og m.a. vakið spurningar um hvort þær feli í sér ríkisaðstoð til handa viðkomandi fyrirtækjum í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins, en vikið er að þessu atriði í kafla 6.5.

The key criteria in this study for identifying eligible projects is whether they offer a special regulatory framework and incentive regime that is available only to enterprises locating within the zone.

- *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development* (Alþjóðabankinn, 2008), bls. 12.

The determinant structural feature of a zone is that it benefits from a different regulatory regime from that in the rest of the economy.

- *Brief History of SEZs and Overview of Policy Debates*. Höf: Claude Baissac (2011), bls. 23.

Að ofangreindum megininkennum frágengnum er ljóst að lagaumhverfi og nánari útfærsla sérstakra efnahagslegra svæða getur verið mjög fjölbreytileg. Sama á við um þau markmið sem að er stefnt með stofnun slíkra svæða, sem geta hvort heldur verið efnahagsleg, félagsleg eða af öðrum toga. Í iðnríkjum virðist slíkum svæðum yfirleitt vera ætlað að efla samkeppnishæfni og skilvirkni í viðskiptum, auk þess að styðja við þétt- og dreifbýlissvæði sem glímt hafa við efnahagslega örðugleika. Í þróunarlöndum hefur stofnun svæða einna helst miðað að því að efla innviðauppyggingu, t.d. á vegum, raforkuvirkjum og veitukerfum, auk hafna og flugvalla enda tengjast svæðin oft inn- og útflutningi.⁸¹

Í fyrirnefndri skýrslu Alþjóðabankans eru sérstök efnahagsleg svæði greind í eftirfarandi fimm tegundir, m.a. eftir stærð og starfsemi:⁸²

Fríverslunarsvæði (e. free trade zones): Lítil og afgirt tollfrjáls svæði sem bjóða upp á vörugeymslu og aðstöðu til dreifingar vegna viðskipta, umskipunar og endurútflutnings. Fríverslunarsvæði eru staðsett í flestum innflutningshöfnum í heiminum. Eitt helsta dæmið er Colón fríverslunarsvæðið í Panama.

Útflutningsvinnslusvæði (e. export processing zones): *Venjuleg* útflutningsvinnslusvæði eru að öllu leyti helguð starfsemi útflutningsfyrirtækja. *Blönduð* svæði skiptast í almennt svæði sem opið er fyrir flest allan iðnað, og svo annað svæði sem tileinkað er útflutningsfyrirtækjum.

Fríhafnir (e. freeports): Þar er að jafnaði að finna fjölbreytilegri atvinnustarfsemi en á öðrum tegundum frísvæða, þ.m.t. ferðamannaiðnað og smásöluverslun. Fríhafnir bjóða jafnframt iðulega upp á meiri ívilnanir og fjárhagslega hvata en aðrar tegundir frísvæða. Helstu dæmin um stærri gerðir fríhafna er að finna í Kína.

Fyrirtækjasvæði (e. enterprise zones): Þeim er ætlað að styðja við þéttbýlis- eða dreifbýlissvæði í efnahagslegum þrengingum t.d. með veitingu skattaívilnana og styrkja. Flest þessara svæða eru í

⁸¹ *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 12-13.

⁸² *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 10-11.

þróuðum iðnríkjum, t.d. Bandaríkjunum, Frakklandi og Bretlandi, en þó hefur Suður-Afríka komið á fót sambærilegum svæðum.

Útflutningsvinnslusvæði fyrirtækis/fyrirtækja (e. single factory enterprise zones): Veittar eru ívilnanir og sérréttindi til einstaks fyrirtækis eða fyrirtækja án tillits til staðsetningar.

Tegundir sérstakra efnahagslegra svæða ⁸³			
Tegund	Stærð	Starfsemi o.fl.	Dæmi
Fríverslunarsvæði	<50 ha	- viðskipti við innlenda markaði - umskipun/endurútflutningur	- Colón, Panama
Útflutningsvinnslusvæði	<100 ha	- framleiðsla og skyld starfsemi - einkum útflutningur	- Karachi, Pakistan - Lat Krabang, Taílandi
Fríhöfn	>100 km ²	- fjölbreytt starfsemi - inn- og útflutningsmarkaðir	- Aqaba, Jórdaníu - Peking, Kína
Fyrirtækjasvæði	<50 ha	- fjölbreytt starfsemi - innanlandsmarkaður	- Stuðningssvæði í Chicago
Útflutningsvinnslusvæði fyrirtækis/fyrirtækja	Á ekki við	- framleiðsla og skyld starfsemi - útflutningsmarkaður	Mauritius, Mexíkó, Madagaskar

Sérstök efnahagsleg svæði hafa í seinni tíð orðið æ sérhæfðari til að mæta þörfum tiltekinna atvinnugreina, svo sem:⁸⁴

- jarðafnavinnslu- og stóriðjusvæði sem reiða sig á ódýra orkugjafa og sérhæfða aðstöðu;
- fjármálaþjónusta og önnur þjónustustarfsemi utan heimalandsins;
- hugbúnaðar- og upplýsingatæknisvæði sem styðja við hugbúnaðarþróun og aðra upplýsingatækniþjónustu utan heimalandsins;
- svæði staðsett á flugvöllum sem styðja við flugrekstur og starfsemi er honum tengjast;
- ferðamannaiðnaðarsvæði til að greiða fyrir uppbyggingu ferðamannastaða og frístundasvæða;
- flutninga- og geymslusvæði sem bjóða upp á sérhæfða aðstöðu og þjónustu til að auðvelda viðskipti, birgðastjórnun, flutninga o.fl.

6.3 Hugtakið frísvæði

6.3.1 Inngangur og tengsl við hugtakið sérstakt efnahagslegt svæði

Eins og fram kom í kafla 6.2 er hugtakið *sérstakt efnahagslegt svæði* víðtækt og rúmar það ýmsar gerðir svæða, þar á meðal fríverslunarsvæði, útflutningsvinnslusvæði, fríhafnir, fyrirtækjasvæði, og útflutningsvinnslusvæði fyrirtækis (eins eða fleiri). Sérstök efnahagsleg svæði eiga það þó flest, ef ekki öll, sammerkt að innan vébanda þeirra gilda sérreglur sem fela gjarnan í sér tilslakanir frá almennri löggjöf ríkisins, sem og ívilnanir til fyrirtækja staðsettra á svæðinu. Það er svo misjafnt frá einu svæði til annars hvers konar tilslakanir eða ívilnanir eru veittar rekstraraðilum á svæðinu og hversu langt þær ganga.

⁸³ *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 10.

⁸⁴ *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, bls. 11.

Náskýlt sérstökum efnahagslegum svæðum er hugtakið *frísvæði* (e. free zone). Fyrirnefnd tvö hugtök eiga það sammerkt að þau hafa enga algilda eða samræmda merkingu,⁸⁵ og í sumum tilfellum renna þessi tvö hugtök saman í eitt.⁸⁶ Algengast er þó að hugtakið *frísvæði* sé notað í merkingunni „svæði sem eru utan tollsvæðis ríkis“ (þrengra hugtak en sérstakt efnahagslegt svæði).⁸⁷ Þessi þrengri afmörkun á hugtakinu *frísvæði* er lögð til grundvallar í endurskoðaðri útgáfu Kyoto-tollasáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar (e. International Convention on the simplification and harmonisation of customs procedures), sem vikið er nánar að í næsta kafla.

6.3.2 Reglur um *frísvæði* í Kyoto-tollasáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar

Kyoto-tollasáttmálinn var gerður 1973 (tók gildi 1974) og voru aðilar að honum fyrst 63 talsins. Alþjóðatollastofnunin samþykkti árið 1999 bókun um endurskoðun sáttmálans (e. Revised Kyoto Convention), en endurskoðuð útgáfa sáttmálans tók gildi 3. febrúar 2006. Hinn 9. október 2015 gerðist Ísland aðili að hinum endurskoðaða sáttmála.⁸⁸

Reglur um *frísvæði* koma fram í 2. kafla í viðauka D sáttmálans.⁸⁹ Þar er *frísvæði* skilgreint sem hluti yfirráðasvæðis aðildarríkis sáttmálans þar sem vörur eru almennt álitnar vera utan tollsvæðis ríkisins hvað varðar tolla og önnur aðflutningsgjöld⁹⁰ (e. import duties and taxes).⁹¹ Í kaflanum er einnig að finna nánari reglur um *frísvæði* sem starfrækt eru í aðildarríkjum. Megininntak umræddra reglna sáttmálans er fólgið í því að *frísvæði* í aðildarríkjunum, sem og löggjöf aðildarríkja um slík svæði, þarf að uppfylla ákveðnar kröfur, en þær kröfur lúta m.a. að meðferð og flutningi vöru á og út af *frísvæði*, tollskoðun vöru, aðflutningsgjöldum o.fl.

⁸⁵ Til að mynda er hugtakið *frísvæði* skilgreint með sérstökum hætti í íslenskum tollalögum nr. 88/2005, sem nánar er vikið að í kafla 6.4.2.

⁸⁶ Sjá t.d. skýrsluna *Frísvæði á Keflavíkurflugvelli* (iðnaðarráðuneytið, 1991), bls. 3: „Frísvæði eru afmörkuð svæði, þar sem erlendum aðilum er heimilt að meðhöndla vörur og/eða þjónustu eftir sérstökum ákvæðum. Innflutningur á *frísvæði* er tollfrjáls og útflutningur er gjaldfrjáls. Skattlagning á *frísvæðum* er takmörkuð, oftast bundin við mjög lágan tekjuskatt og enga aðra skatta.“

⁸⁷ Í skýrslunni *Frísvæði – tálsýn eða raunhæfur valkostur* er hugtakið *frísvæði* skýrt sem „afmörkuð svæði í tollalegu tilliti þar sem heimilt er að geyma ótollafgreidda vöru og/eða að annast vinnslu á afmörkuðu tollfrjálsu svæði þar sem ekki þarf að greiða tolla af aðföngum.“ - „Litið er á „*frísvæði*“ sem „útlönd“ í tollalegu tilliti, þ.e. það á sér landamæri við heimalandið, og er stundum nefnt „off-territory“.“ Einar Kristinn Jónsson: *Frísvæði – tálsýn eða raunhæfur valkostur* (1995), bls. 4 og 10. *Frísvæði* voru upprunalega sett á fót til að hvetja til tollfrjálsra viðskipta um hafnir, borgir eða afmörkuð viðskiptasvæði innan tiltekinna borgarsvæða staðsettra á alþjóðlegum viðskiptaleiðum. Þekkt dæmi eru Gíbraltar (1704), Singapúr (1819), Hong Kong (Kína; 1848), Hamborg (1888) og Kaupmannahöfn (1891). Foreign Investment Advisory Service, *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development* (útg. af Alþjóðabankanum 2008), bls. 9.

⁸⁸ Hinn 19. september 2018 voru aðildarríki sáttmálans orðin 119 talsins.

⁸⁹ Viðaukinn (D) geymir reglur bæði um tollvörugeymslur (1. kafli) og *frísvæði* (2. kafli) („Customs warehouses and free zones“ er yfirskrift viðaukans).

⁹⁰ Í tollalögum nr. 88/2005 er með *aðflutningsgjöldum* vísað til tolla og annarra skatta og gjalda sem greiða ber við tollmeðferð vöru við innflutning, sbr. 1. gr. laganna. *Útflutningsgjöld* vísa til sams konar gjalda sem greiða ber við útflutning vöru, sbr. sömu lagagrein.

⁹¹ Skilgreiningin kemur fram í upphafi nefnds viðauka og hljóðar svo (free zone): „... a part of the territory of a Contracting Party where any goods introduced are generally regarded, insofar as import duties and taxes are concerned, as being outside the Customs territory.“

Samhengis vegna er meginefni þessara reglna lýst hér í framhaldinu enda varpa þær ljósi á eðli og starfsemi frísvæða í aðildarríkjum sáttmálans.⁹²

Samkvæmt 1. gr. (í 2. kafla viðauka D sáttmálans) skal tollalöggjöf aðildarríkja um frísvæði vera í samræmi við ákvæði kaflans og, eftir því sem við á, ákvæði almenns viðauka sáttmálans (e. General Annex). Í 2. gr. segir að landslög aðildarríkja skuli kveða á um þær kröfur sem lúta að stofnun frísvæða, hvers konar vörur skuli leyfðar á slíkum svæðum, og hvernig vinna megi að vörum á svæðunum (eðli og umfang aðvinnslu). Í 3. gr. segir jafnframt að tollfyrirvöld skuli setja nánari reglur um tolleftirlit í tengslum við frísvæði, og skulu þau skv. 4. gr. hafa heimild til að framkvæma skoðun á vörum sem geymdar eru á frísvæði hvenær sem er.

Í 5.-9. gr. er að finna nánari reglur um vörur sem flytja má inn á frísvæði. Í 5. gr. segir að aðgangur að frísvæði skuli ekki aðeins heimilaður fyrir vörur sem fluttar eru inn erlendis frá heldur jafnframt fyrir vörur sem fluttar eru frá tollsvæði samningsaðila. Þá segir í 6. gr. að ekki skuli synja vöru sem flutt er inn erlendis frá um aðgang að frísvæði einungis með vísan til þess að innflutningsbann eða -takmarkanir gildi um vöruna, nema tilgreindar ástæður eigi við (svo sem allsherjarregla eða -öryggi, vernd hugverkaréttinda o.fl.). Í 7. og 8. gr. er svo að finna reglur um það á hvaða tímapunkti vörur sem flytja má inn á frísvæði skuli fullnægja skilyrðum fyrir undanþágu eða endurgreiðslu aðflutningsgjalda.⁹³ Þá segir í 9. gr. að tollfyrirvöld skuli ekki gera kröfu um aðflutningsskýrslu (e. goods declaration) vegna vara sem fluttar eru inn á frísvæði beint frá útlöndum ef upplýsingarnar koma fram á skjölum sem fylgja vörunum. Í 10. gr. segir jafnframt að tollfyrirvöld skuli ekki gera kröfu um öryggisskoðun við innflutning vöru á frísvæði.

Í 11.-12. gr. eru reglur um leyfilega starfsemi á frísvæði, þ.m.t. hvers konar aðvinnsla vöru megi fara fram á slíku svæði (e. authorized operations). Aðvinnsla á vörum skal vera leyfileg upp að tilteknu marki á frísvæði, en með því er átt við nauðsynlegar aðgerðir m.a. til að varðveita vörur eða búa þær undir sendingu, t.d. uppskipting, flokkun og endurpökkun, sbr. nánar 11. gr. Í tilvikum þar sem lögbær yfirvöld heimila frekari aðvinnslu eða framleiðslu á frísvæði (e. processing or manufacturing operations), skulu yfirvöld afmarka þá starfsemi í löggjöf sem gildir um frísvæðið eða í starfsleyfi viðkomandi rekstraraðila, sbr. nánar 12. gr.⁹⁴ Þá segir í 13. gr. að landslög aðildarríkis skuli geyma reglur um hvenær og með hvaða skilyrðum sé heimilt

⁹² Tekið skal fram að ákvæði kaflans (1.-21. gr.) skiptast í tvo meginflokka, annars vegar lágmarksreglur (e. standards) og hins vegar tilmæli (e. „recommended practice“). Í fyrri flokkinn falla 1.-5. gr., 7. og 8. gr., 11.-17. gr., og 19.-21. gr. Í síðari flokkinn falla þau ákvæði sem eftir standa, þ.e. 6., 9., 10. og 18. gr.

⁹³ Ákvæðin hljóða svo: (7. gr.) „Goods admissible to a free zone which are entitled to exemption from or repayment of *import duties and taxes* when exported shall qualify for such exemption or repayment *immediately after they* have been introduced into the free zone.“ (8. gr.) „Goods admissible to a free zone which are entitled to exemption from or repayment of *internal duties and taxes* when exported shall qualify for such exemption or repayment after they have been introduced into the free zone.“ (Áherslubreytingar höfunda)

⁹⁴ Ákvæðin hljóða svo: (11. gr.) „Goods admitted to a free zone shall be allowed to undergo operations necessary for their preservation and usual forms of handling to improve their packaging or marketable quality or to prepare them for shipment, such as breaking bulk, grouping of packages, sorting and grading, and repacking.“ (12. gr.) „Where the competent authorities allow processing or manufacturing operations in a free zone, they shall specify the processing or manufacturing operations to which goods may be subjected in general terms and/or in detail in a regulation applicable throughout the free zone or in the authority granted to the enterprise carrying out these operations.“

að flytja vöru, sem er ætluð til neyslu á frísvæði, toll- og skattfrjálst inn á svæðið. Í 14. gr. er síðan fjallað um tímalengd á geymslu vöru á frísvæði, en þar segir að geymsla vöru á frísvæði skuli ekki háð tímatakmörkunum nema í undantekningartilfellum. Þá er í 15. gr. kveðið svo á að eigendaskipti að vöru á frísvæði skuli vera heimil.

Í 16. og 17. gr. eru reglur um flutning á vörum út af frísvæði (e. removal of goods). Heimilt skal að flytja vörur, sem fluttar hafa verið inn eða framleiddar á frísvæði að hluta eða að öllu leyti, yfir á annað frísvæði ellegar taka þær til tollmeðferðar, í samræmi við skilyrði og verkferla sem við eiga hverju sinni, sbr. 16. gr. Ekki skal þá gerð krafa um annars konar tollskýrslu (e. declaration) en almennt er krafist vegna viðkomandi vöru, sbr. 17. gr.⁹⁵ Í 19. og 20. gr. eru svo reglur um hvernig staðið skuli að álagningu tolla og skatta þegar vara er flutt af frísvæði og inn í heimaríkið (e. taken into home use), og í 21. gr. er loks fjallað um lokun frísvæðis.⁹⁶

6.3.3 Samantekt

Hér að framan hefur verið varpað ljósi á hugtakið *frísvæði* og reglur um slík svæði sem koma fram í endurskoðuðum Kyoto-tollasáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar. Í 2. kafla viðauka D sáttmálans er frísvæði skilgreint sem hluti yfirráðasvæðis aðildarríkis sáttmálans þar sem vörur eru almennt álitnar vera utan tollsvæðis ríkisins að því er varðar tolla og önnur aðflutningsgjöld. Í stuttu máli felst í dæmigerðu frísvæði, í ofangreindri merkingu hugtaksins, að fyrirtækjum er unnt að flytja vörur inn á og út af svæðinu án þess að greiða af þeim aðflutningsgjöld og tengd gjöld í heimaríkinu, nema vörurnar séu fluttar af svæðinu á innanlandsmarkað. Jafnframt er fyrirtækjum almennt heimilt að vinna að innfluttum vörum á frísvæði með ákveðnum hætti. Misjafnt er eftir frísvæðum, sem og löggjöf ríkja, hvers konar aðvinnsla vöru er heimil á frísvæði. Í þeim efnum má greina milli annars vegar einfaldrar eða óverulegrar aðvinnslu vöru (skipting sendinga, umpökkun o.þ.h.), og hins vegar aðvinnslu sem felur í sér eðlisbreytingu á vörunni og jafnvel framleiðslu á nýrri vöru, t.d. framleiðslu tækja úr innfluttri hrávöru.⁹⁷

⁹⁵ Ákvæðin hljóða svo: (16. gr.) „Goods admitted to or produced in a free zone shall be permitted to be removed in part or in full to another free zone or placed under a Customs procedure, subject to compliance with the conditions and formalities applicable in each case.“ (17. gr.) „The only declaration required for goods on removal from a free zone shall be the Goods declaration normally required for the Customs procedure to which those goods are assigned.“ Sjá einnig 18. gr.: „Where a document must be produced to the Customs in respect of goods which on removal from a free zone are sent directly abroad, the Customs should not require more information than already available on the documents accompanying the goods.“

⁹⁶ Ákvæðin hljóða svo: (19. gr.) „National legislation shall specify the point in time to be taken into consideration for the purpose of determining the value and quantity of goods which may be taken into home use on removal from a free zone and the rates of the import duties and taxes or internal duties and taxes, as the case may be, applicable to them.“ (20. gr.) „National legislation shall specify the rules applicable for determining the amount of the import duties and taxes or internal duties and taxes, as the case may be, chargeable on goods taken into home use after processing or manufacturing in a free zone.“ (21. gr.) „In the event of the closure of a free zone, the persons concerned shall be given sufficient time to remove their goods to another free zone or to place them under a Customs procedure, subject to compliance with the conditions and formalities applicable to each case.“

⁹⁷ Þess skal getið að í íslenskum tollalögum, nr. 88/2005, er gert ráð fyrir því að á frísvæðum sé stunduð iðnaðarframleiðsla og aðvinnsla vöru, sbr. 1. mgr. 105. gr. laganna. Til samanburðar er iðnaðarframleiðsla og önnur aðvinnsla vöru óheimil í tollvörugeymslum, sbr. 1. mgr. 95. gr. laganna. Þó er óveruleg aðvinnsla heimil í tollvörugeymslum, svo sem einföld umpökkun, merking, samsetning, prófun og þrif, að því tilskildu að hún leiði ekki til breyttrar tollflokunar vöru, sbr. 2. mgr. 95. gr. sömu laga. Sjá nánar kafla 6.4.2 og 6.4.3.

Eins og framangreind umfjöllun ber með sér er frísvæði þrengra og sértækara hugtak en yfirhugtakið sérstakt efnahagslegt svæði, sem áður var fjallað um. Jafnframt er skörun milli hugtakanna, þ.e. mörg en þó ekki öll sérstök efnahagsleg svæði geta einnig talist frísvæði í ofangreindri merkingu. Þó skal áréttað að í framkvæmd er víða ósamræmi í hugtakanotkun (m.a. milli réttarkerfa) og geta frísvæði, líkt og sérstök efnahagsleg svæði endranær, gengið undir ýmsum heitum, eins og t.d. fríverslunarsvæði og fríhafnir, sjá umfjöllun í kafla 6.2.

Í næsta kafla er gerð grein fyrir hugtakinu frísvæði eins og það birtist í *íslenskum* lögum. Umfjöllun kaflans einskorðast við löggjöf á sviði tollamála þar sem reglur um frísvæði er að finna, þ.e. ákvæði núgildandi tollalaga nr. 88/2005 og forvera þeirra laga.

6.4 Hugtakið frísvæði og tengd hugtök í íslenskum lögum

6.4.1 Söguleg þróun

6.4.1.1 Álit nefndar um tollvöruheymislar o.fl.

Árið 1958 skipaði fjármálaráðherra nefnd til þess „að athuga og gera tillögur um, hvort æskilegt sé að í lög sé leidd heimild til þess að koma hér á landi á fót svonefndum „frílager“ eða öðru þvílíku kerfi, svo sem tíðkast í nágrannalöndum vorum“.⁹⁸ Nefndin skilaði áliti ásamt drögum að lagafrumvarpi um efnið.⁹⁹ Í áliti nefndarinnar var tildrögum vinnunnar og þáverandi réttarástandi lýst með svofelldum hætti:

Hér á landi eru reglur um geymslu og tollmeðferð á aðfluttum vörum fábreyttari en þar sem atvinnuvegir eru fjölþættari og greiðari millilandaviðskipti en hér hafa tíðkast. Á seinustu árum hafa, sem kunnugt er, orðið miklar breytingar á atvinnuháttum héraendis. Iðnaður hefur stórukizt og ýmis millilandaviðskipti, sem áður voru með öllu óþekkt, gera nú vart við sig og eiga ef til vill mikla þróun fyrir sér. Má þar nefna viðkomuflutning (transit-flutning) á vörum og farþegum, og geymslu og sölu á varningi í sambandi við slíka flutninga. Samgöngum við útlönd er nú orðið þannig háttað, að hugsanlegt er, að hér megi reka milliríkjaværlun í líkingu við það, sem lengi hefur tíðkast í borgum og löndum, sem liggja að alþjóðlegum umferðaleiðum. Þar sem slíkir „transit“-flutningar tíðkast, hafa verið settar reglur um geymslu og tollmeðferð á aðfluttum vörum og útflutningsvarningi, sem miðaðar eru við þarfir þeirra atvinnugreina, sem í kjölfar slíkra flutninga sigla. Sýnist nú tímabært að taka upp slíkar reglur í einhverri mynd hér á landi, þegar litið er til þeirrar þróunar sem orðið hefur á síðari árum.¹⁰⁰

Í áliti sínu gerði nefndin enn fremur gerð grein fyrir mismunandi tegundum tollfrjálsra vöruheymisla annars staðar á Norðurlöndum, þar sem löng reynsla væri af rekstri slíkra geymsla. Svonefndar fríhafnir væru víðtækasta og frjálsasta form tollvöruheymislu. Nefndin

⁹⁸ Almennar athugasemdir með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 47/1960 um tollvöruheymislar, þar sem vitnað er til skipunarbréfs nefndarinnar.

⁹⁹ Tillögur nefndarinnar urðu grundvöllur lagafrumvarps sem síðar varð að lögum nr. 47/1960 um tollvöruheymislar, en gerð er grein fyrir þeim lögum hér í framhaldinu.

¹⁰⁰ Álit nefndar fjármálaráðherra, dags. 26. janúar 1960. Álitið er fylgiskjal með frumvarpi sem síðar varð að lögum nr. 47/1960 um tollvöruheymislar.

taldi á hinn bóginn „engar aðstæður“ vera til að koma á fót fríhöfn hér á landi að svo stöddu. Um svonefnda „frílagera“ sagði eftirfarandi í álit nefndarinnar:

„Frílagerar“ eru í mörgu tilliti hliðstæðir fríhöfnum. Vörur, sem þar eru til geymslu, eru að sjálfsögðu háðar ströngu eftirliti, og raunar er algengast að „frílagerar“ séu reknir af tollgæzlunni eða öðrum opinberum aðila. Þeim, sem á vöru á „frílager“, er heimilt að annast hana og vinna að henni á ýmsan hátt, t.d. að flokkun, skiptum á umbúðum og blöndun, innan „frílagersins“. Varan skoðast að því er tekur til greiðslu aðfl.gjalda og meðferðar nánast eins og hún væri utan tolllandamæra meðan hún liggur á „frílager“. Þó er, eins og áður getur, takmörkunum háð, hverjar breytingar má gera á vörunni áður en hún er tekin til tollafgreiðslu og í sumum tilfellum, eins og t.d. á einka-„frílagerum“ í Danmörku, eru aðflutningsgjöld miðuð við vöruna eins og hún var þegar hún fór inn í geymsluna, þótt breytingar eða rýrnun hafi átt sér stað meðan hún lá þar í geymslu. „Frílagerar“ munu einkum hugsaðir til geymslu á vörum, sem flytja á úr landi að lokinni aðvinnslu eins og t.d. blöndun, flokkun eða skipta á umbúðum án þess að um eiginlega vinnslu sé að ræða, enda er vinnsla sem breytir eðli vöru yfirleitt ekki leyfð á „frílagerum“. Aðvinnsla á útflutningsvörum, eins og hér hefur verið lýst, er ekki atvinnugrein hér á landi og ekki þykir ástæða til að leyfa slíka aðvinnslu á ótolluðum vörum fyrir innanlandsmarkað.

Eins og áður var rakið lét nefndin frá sér fara tillögu að lagasetningu, í formi draga að frumvarpi til laga um tollvörugeymslur. Í tillögum nefndarinnar var í samræmi við framanritað ekki gert ráð fyrir því að veitt yrði lagaheimild fyrir rekstri fríhafna, né fyrir rekstri frílagera þar sem aðvinnsla á útflutningsvörum, sem breytti eðli vörunnar, færi fram. Á hinn bóginn lagði nefndin til að leiddar yrðu í lög reglur um annars konar tollvörugeymslur, sem gerð er nánari grein fyrir í næsta kafla.¹⁰¹

6.4.1.2 Lög nr. 47/1960 um tollvörugeymslur

Lög nr. 47/1960 um tollvörugeymslur byggðust á tillögum nefndar sem fjármálaráðherra skipaði árið 1958 og áður var gerð grein fyrir. Í lögnum var í aðskildum köflum að finna reglur um almennar tollvörugeymslur (I. kafli), tollfrjálsar forðageymslur (II. kafli), tollfrjálsar verslanir (III. kafli), svo og flutningageymslur eða öðru nafni „transit-geymslur“ (IV. kafli). Nánar tiltekið veittu ákvæði I. kafla laganna innflytjendum heimild til að geyma vörur í almennum tollvörugeymslum án undanfarandi greiðslu tolla eða annarra aðflutningsgjalda. Vörur sem settar voru í slíka geymslu skyldu hljóta endanlega tollafgreiðslu þegar þær voru fluttar úr geymslunni. Þó var heimilt að flytja vörur án tollafgreiðslu m.a. milli tollvörugeymslna eða yfir í tollfrjálsa forðageymslu eftir nánari reglum laganna.¹⁰² Með ákvæðum II. kafla laganna var skipaútgerðum og flugfélögum, sem áttu farartæki að staðaldri í förum milli Íslands og annarra landa, heimilað að geyma vistir, útbúnað og annan forða fyrir þau farartæki í sérstökum geymslum án greiðslu aðflutningsgjalda, eftir nánari reglum kaflans.¹⁰³ Í III. kafla laganna var ríkisstjórninni veitt heimild til að reka verslanir með tollfrjálsar vörur, þar á meðal áfengi og tóbak, í flugstöðvum á Reykjavíkurflugvelli og Keflavíkurflugvelli. Birgðir þeirra verslana mátti geyma í tollfrjálsum birgðageymslum sem

¹⁰¹ Álit nefndar fjármálaráðherra, dags. 26. janúar 1960.

¹⁰² Sjá m.a. 3. gr. laga nr. 47/1960 um tollvörugeymslur (I. kafli laganna samanstandur af 3.-7. gr.).

¹⁰³ Sjá m.a. 8. gr. laga nr. 47/1960 um tollvörugeymslur (II. kafli laganna samanstandur af 8.-14. gr.).

eingöngu væru ætlaðar til þeirra nota.¹⁰⁴ Þá var samkvæmt ákvæðum IV. kafla laganna unnt að heimila skipaútgerðum og flugfélögum, sem ráku millilandaferðir, að flytja inn vörur og geyma þær í sérstökum vöruheymslum án greiðslu aðflutningsgjalda meðan þær biðu endurútflyttings („transit“).¹⁰⁵

Loks var í V. kafla laga nr. 47/1960 að finna ýmis almenn ákvæði sem tóku til tollvöruheymslna samkvæmt I.-IV. kafla, sem áður var lýst. Samkvæmt 1. mgr. 18. gr. skyldu tollvöruheymslur að jafnaði vera bæði „undir lás geymsluhafa“ og „lás og innsigli“ tollgæslunnar. Samkvæmt 2. mgr. sömu lagagreinir skyldu tollefirtirlitsmenn hafa óhindraðan aðgang að vöruheymslum til rannsóknar og eftirlits. Þá var samkvæmt 20. og 21. gr. laganna óheimilt að flytja vörur í eða úr tollvöruheymslu nema að fengnu leyfi tollstjóra í því umdæmi þar sem geymslan var staðsett. Þessi regla var þó háð vissum undantekningum. Þannig var leyfi tollstjóra ekki áskilið við flutning vöru í tollvöruheymslu ef hún var flutt þangað úr birgðaforða skips eða flugvélar, sbr. reglur II. kafla laganna um það efni, né við flutning vöru í flutningageymslur samkvæmt IV. kafla.¹⁰⁶ Enn fremur þurfti ekki að afla leyfis tollstjóra vegna flutnings á vöru úr forðageymslu samkvæmt II. kafla eða sölu á vöru úr tollfrjálsum verslunum samkvæmt III. kafla.

6.4.1.3 Álit nefndar um fríhafnir 1972

Árið 1972 skipaði fjármálaráðherra nefnd til að gera undirbúningsathugun á stofnun fríhafnar hér á landi. Nefndin kynnti sér rekstur fríhafna erlendis sem og danskar, finnskar og sænskar lagareglur um störf þeirra. Í álti sem nefndin skilaði í framhaldinu var talið að „mjög tímabært væri að hefja starfrækslu fríhafnar hér á landi“. Starfsemi fríhafnar gæti greitt fyrir innflutningsverslun og skapað möguleika til aðvinnslu á vörum áður en þær væru teknar til tollameðferðar. Fríhöfn myndi einnig opna á möguleika í sambandi við gegnumflutning á vöru („transit-vöru“), t.d. samsetningu vöru að hluta og umpökkun. Samhliða álitinu lét nefndin frá sér fara drög að lagafrumvarpi um efnið.¹⁰⁷ Slíkt frumvarp var þó ekki lagt fram á Alþingi að svo komnu máli.

6.4.1.4 Tollalög nr. 55/1987

Hinn 1. september 1987 tóku gildi tollalög nr. 55/1987 en á sama tíma féllu úr gildi ýmis eldri lög um tollamál.¹⁰⁸ Í VIII. kafla tollalaga nr. 55/1987 (73.-89. gr.) voru teknar upp reglur eldri laga um tollvöruheymslur, þ.e. almennar tollvöruheymslur, tollfrjálsar forðageymslur og tollfrjálsar verslanir. Ólíkt eldri lögum nr. 47/1960 um tollvöruheymslur, höfðu tollalög nr. 55/1987 ekki að geyma sérstök ákvæði um flutningageymslur („transit“-geymslur).

¹⁰⁴ Sjá 15. gr. laga nr. 47/1960 um tollvöruheymslur (III. kafla laganna samanstendur eingöngu af þeirri lagagrein).

¹⁰⁵ Sjá m.a. 16. gr. laga nr. 47/1960 um tollvöruheymslur (IV. kafla laganna samanstendur af 16.-17. gr.).

¹⁰⁶ Sjá síðari málslíð 20. gr. laga nr. 47/1960 um tollvöruheymslur.

¹⁰⁷ Almennar athugasemdir með frumvarpinu sem varð að tollalögum nr. 55/1987, kafla 2.6.

¹⁰⁸ Sjá 150. gr. tollalaga nr. 55/1987.

Í IX. kafla tollalaga nr. 55/1987 (90.-96. gr.) var að finna ákvæði um *frísvæði*, en samkvæmt 90. gr. laganna gat ríkisstjórnin heimilað að komið yrði upp „tollfrjálsum svæðum, frísvæðum“. Ákvæði IX. kafla voru nýmæli.¹⁰⁹

Í tollalögum nr. 55/1987 voru hugtökin *tollfrjáls svæði* og *frísvæði* notuð í sömu merkingu, sbr. tilvitnað orðalag 90. gr. laganna. Vikið var að þeirri hugtakanotkun í athugasemdum með frumvarpinu sem varð að lögunum, en þar sagði að tollfrjáls svæði væru í lögunum nefnd „frísvæði til aðgreiningar frá tollfrjálsum verslunum, sbr. 79. gr., sem almennt ganga undir nafninu fríhafnir“.¹¹⁰

Í 1. gr. tollalaga nr. 55/1987 var frísvæði (tollfrjálst svæði) skilgreint sem „lokað svæði, sem tollyfirvöld annast tolleftirlit með, þar sem geyma má ótollafrgreiddar vörur og reka iðnað, umpökkun, aðvinnslu og verslun með þær.“ Í ákvæðum IX. kafla laganna, sem nánar eru rakin hér á eftir, var m.a. að finna reglur um inn- og útflutning vöru á frísvæði, þ.m.t. tollmeðferð, sem og leyfileg not og vinnslu vöru meðan hún var geymd á frísvæði.

Í athugasemdum með frumvarpinu sem varð að tollalögum nr. 55/1987 voru frísvæði sögð gegna tvíþættu hlutverki. Í fyrsta lagi væri hlutverk frísvæða að gefa fyrirtækjum, jafnt innlendum sem erlendum, kost á að framleiða eða ljúka framleiðslu ýmiss konar varnings, eins og tækja, véla, varahluta og ýmissa fullbúinna vara, sem síðan yrði fluttur á markað, m.a. til landa innan EFTA og EBE. Í annan stað væri hlutverk frísvæða að veita innlendum og erlendum fyrirtækjum aðstöðu til þess að geyma vörur í vörugæmslum, með það í huga að dreifa þeim síðan til annarra landa. Ávinningur af frísvæði væri einkum sá að ekki þyrfti að tollafrgreiða vörur inn í innflutningslandið fyrr en innflytjandinn teldi markaðinn geta tekið við þeim, en með því móti mætti m.a. koma í veg fyrir fjármagnsbindingu og vaxtakostnað, t.d. vegna greiðslu á tollum. Enn fremur skapaði rekstur frísvæðis möguleika á ýmsum atvinnutækifærum, bæði í verslun og iðnaði.¹¹¹

Í áðurnefndri 90. gr. tollalaga nr. 55/1987 var sem fyrr segir gert ráð fyrir því að ríkisstjórnin gæti leyft stofnun og rekstur tollfrjálsra svæða (frísvæða), og að slíkt leyfi mætti veita sveitarfélögum, félögum eða einstaklingum. Hins vegar var ekki gert ráð fyrir því að ríkið sjálft myndi standa að rekstri frísvæðis.¹¹² Í 91. gr. laganna var mælt nánar fyrir um skyldur leyfishafa, en þeir skyldu m.a. sjá til þess að ótollafrgreiddar vörur færu ekki út af frísvæði án leyfis tollyfirvalda og að þær væru ekki notaðar á annan hátt en leyfilegt væri.

Í 1. mgr. 92. gr. tollalaga nr. 55/1987 kom fram að vörur geymdar á frísvæði gætu hlotið þar „aðvinnslu vegna verslunar með þær, m.a. til að auka gæði þeirra eða viðskiptavirði“ og skyldi ráðherra setja nánari reglur um slíka aðvinnslu. Í 2. mgr. 92. gr. var lagt bann við einkaneyslu

¹⁰⁹ Athugasemdir við 90. gr. frumvarpsins sem varð að tollalögum nr. 55/1987.

¹¹⁰ Athugasemdir við 90. gr. frumvarpsins sem varð að tollalögum nr. 55/1987.

¹¹¹ Almennar athugasemdir með frumvarpinu sem varð að tollalögum nr. 55/1987, kafla 2.6. Það skal áréttað að í frumvarpsathugasemdunum, líkt og í ákvæðum tollalaga nr. 55/1987, eru hugtökin tollfrjáls svæði og frísvæði notuð í sömu merkingu.

¹¹² Athugasemdir við 90. gr. frumvarpsins sem varð að tollalögum nr. 55/1987. Sjá einnig 73. gr. laganna, sem vísað er til í 90. gr. sömu laga.

eða einkanotum á vörum sem fluttar hefðu verið inn á frísvæði án greiðslu aðflutningsgjalda eða gegn endurgreiðslu gjalda.

Samkvæmt 94. gr. tollalaga nr. 55/1987 skyldi tilkynna viðkomandi tollýfirvaldi um flutning vöru til og frá frísvæði. Um flutning vöru af frísvæði í tollvöruheymislur giltu jafnframt ákvæði fyrirnefnds VIII. kafla laganna um slíkar geymslur. Í 95. gr. kom fram að aðflutningsgjöld af vöru, sem tekin er til tollmeðferðar vegna sölu eða afhendingar eða eigin nota hér á landi, skyldi miðast við tollflokkun hennar samkvæmt tollskrá þegar hún væri tekin til tollmeðferðar, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna.¹¹³ Í 96. gr. var svo mælt fyrir um að ákvæði V. kafla laganna, um aðflutningsskýrslur og aðrar skýrslugjafir, og ákvæði VII. kafla, um tolleftirlit og meðferð ótollafgreiddrar vöru, giltu um frísvæði eftir því sem við gæti átt, m.a. um meðferð og flutning vara milli frísvæðis og annarra staða tollsvæðisins.

Eins og framangreind umfjöllun ber með sér voru ákvæði IX. kafla tollalaga nr. 55/1987 um frísvæði (tollfrjáls svæði) ekki efnismikil sem slík, en þeim til fyllingar setti ráðherra reglugerð nr. 527/1991 sem gerð er grein fyrir í næsta kafla.

6.4.1.5 Reglugerð nr. 527/1991 um frísvæði

Með stoð í ákvæðum tollalaga nr. 55/1987 setti ráðherra reglugerð nr. 527/1991 um frísvæði. Í 1. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar var frísvæði skilgreint sem „afmarkað svæði þar sem heimilt er að geyma ótollafgreiddar vörur og vinna að þeim“ eftir nánari ákvæðum reglugerðarinnar. Svæði sem nota mætti til reksturs frísvæðis skyldi vera afmarkað og undir lás leyfishafa, svo og hentugt til tryggrar vörslu þeirra vara sem geyma ætti á svæðinu, sbr. 4. gr. reglugerðarinnar.

Í 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar var kveðið á um að leyfi til reksturs frísvæðis mætti veita aðilum sem störfuðu í þeim tilgangi að veita öðrum þá þjónustu sem felst í rekstri frísvæðis, en leyfishöfum sjálfum væri óheimilt að stunda iðnaðarframleiðslu, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu. Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. skyldi hver sá einstaklingur eða lögaðili, sem annaðist viðskipti með vörur í atvinnuskyni eða stundar iðnaðarframleiðslu og hefði til þess tilskilin leyfi opinberra aðila, eiga þess kost að njóta þjónustu frísvæðis. Þá var í 2. gr. mælt svo fyrir að það kæmi í hlut fjármálaráðherra að veita leyfi til reksturs frísvæðis.

Í 15. og 16. gr. reglugerðarinnar var að finna nánari reglur um flutning vara inn á og frá frísvæði. Í 1. mgr. 15. gr. sagði að leyfishafi annast flutning vara á frísvæði og tilkynna viðkomandi tollstjóra um hann. Þá var heimilt skv. 1. mgr. 16. gr. að flytja vörur frá frísvæði til ráðstöfunar hér á landi, á önnur frísvæði, í almennar tollvöruheymislur, tollfrjálsar forðageymislur farmflytjenda, tollfrjálsar verslanir og til útlanda, að gættum fyrirmælum laga og annarra reglna

¹¹³ Í 2. mgr. 1. gr. tollalaga nr. 55/1987 sagði að vara teldist tekin til tollmeðferðar þegar eitthvert eftirtalinna tilvika (a–d) ætti við: „a. Tollyfirvald hefur tekið við skjölum þeim varðandi vöru eða sendingu sem afhenda ber vegna tollmeðferðarinnar, enda fullnægi þau að öllu leyti skilyrðum sem þurfa að vera fyrir hendi til þess að unnt sé að heimila afhendingu vörunnar þegar í stað. - b. Vara eða sending hefur verið skráð samkvæmt 3. mgr. 53. gr. og tollyfirvald heimilað afhendingu hennar. - c. Tollyfirvald hefur heimilað afhendingu vöru eða sendingar án eða gegn tryggingu. - d. Tollyfirvald hefur tilkynnt innflytjanda að vara eða sending verði seld við nauðungarsölu eða gert ráðstafanir til þess að selja vöru við nauðungarsölu ef ekki næst til innflytjanda til lúkningar tolli eða öðrum gjöldum sem innheimt eru vegna innflutnings, sbr. 111. gr.“

sem giltu um fyrirkomulag slíkra flutninga. Í 1. mgr. 21. gr. var mælt svo fyrir að aðflutningsgjöld af vörum á frísvæði féllu í gjalddaga þegar þær væru fluttar frá frísvæði til ráðstöfunar hér á landi, enda væru þær ekki fluttar á önnur frísvæði eða í tollvöruheymslur. Í 2. mgr. sama ákvæðis sagði jafnframt að ef ekki væri um að ræða heimild til greiðslufrests á aðflutningsgjöldum, skyldi leyfishafi ekki afhenda vörur skv. 1. mgr. úr vörslum sínum nema aðflutningsgjöld væru að fullu greidd.

Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. reglugerðarinnar var heimilt að flytja erlendar ótollafgreiddar vörur á frísvæði. Í 2. mgr. sama ákvæðis sagði jafnframt að flytja mætti innlendar vörur á frísvæði ef þær væru ætlaðar til nota við aðvinnslu, blöndun eða samsetningu með öðrum vörum þar. Í 13. gr. var veitt heimild til að flytja inn á frísvæði vörur sem háðar voru innflutningsleyfum, enda þótt leyfi lægi ekki fyrir. Flutningur út af frísvæði til ráðstöfunar innanlands var þó háður því að leyfið lægi fyrir, nema vöru væri komið á annað frísvæði. Þá sagði í 12. gr. að óheimilt væri að flytja á frísvæði vörur sem bannað var að flytja til landsins.

Í 5. gr. reglugerðarinnar var veitt heimild til að geyma vörur á frísvæði án tímatakmarkana. Aðvinnsla á vöru var heimil á frísvæði, sem og skipting sendinga, umpökkun, samsetning, blöndun, prófun og þrif, sbr. 6. gr, en ef reka átti *iðnað* á frísvæðinu þurfti sérstakt leyfi fjármálaráðherra að koma til, sbr. 7. gr. Á hinn bóginn var óheimilt að reka smásöluverslun á frísvæði, sbr. 9. gr. Jafnframt var í 10. gr. lagt bann við einkaneyslu eða einkaafnotum af vörum sem fluttar hefðu verið inn á frísvæði án greiðslu aðflutningsgjalda eða gegn endurgreiðslu gjalda.¹¹⁴

Í öðrum ákvæðum umræddrar reglugerðar, nr. 527/1991, var að finna nánari reglur um tollmeðferð vara á frísvæðum, tolleftirlit og tengd atriði, sem ekki verða raktar nánar hér. Reglugerðin var felld úr gildi með gildandi reglugerð nr. 1100/2006 um vörslu og tollmeðferð vöru sem sett var með stoð í gildandi tollalögum nr. 88/2005.

6.4.2 Tollalög nr. 88/2005

6.4.2.1 Yfirlit

Núgildandi tollalög nr. 88/2005 leystu af hólmi tollalög nr. 55/1987 sem áður var fjallað um. Í XIII. kafla tollalaga nr. 88/2005 (69. gr.-108. gr. d) er að finna reglur um meðferð og vörslu ótollafgreiddrar vöru. Samkvæmt 1. mgr. 69. gr. laganna er heimilt að geyma ótollafgreiddar vörur á eftirtöldum geymslusvæðum:

1. Afgreiðslugeymslum farmflytjenda og viðurkenndra tollmiðlara (88.–90. gr.);
2. Tollvöruheymslum (91.–95. gr.);
3. Tollfrjálsum forðageymslum (96.–100. gr.);
4. Tollfrjálsum verslunum og tollfrjálsum birgðageymslum þeirra (101.–104. gr.);
5. Frísvæði (105.–108. gr.);
6. Umflutningsgeymslum (108. gr. a – 108. gr. d.).¹¹⁵

¹¹⁴ Samsvarandi reglu var að finna í 2. mgr. 92. gr. tollalaga nr. 55/1987 sem áður var vikið að.

¹¹⁵ Í 2. mgr. 69. gr. tollalaga nr. 88/2005 kemur fram að óheimilt sé að geyma ótollafgreiddar vörur utan þeirra geymslusvæða sem nefnd eru í 1. mgr. Samkvæmt 3. mgr. sama ákvæðis er tollstjóra þó heimilt, þegar sérstakar

Í 1. mgr. 72. gr. laganna segir m.a. að geymslusvæði fyrir ótollafgreiddar vörur, sbr. liði 1-6 hér að framan, skuli vera afmarkað rými, hús eða afgirt svæði eftir eðli vörunnar og undir lás leyfishafa. Umfjöllun þessa kafla takmarkast að mestu við reglur laganna um tollvöruheymislar annars vegar og frísvæði hins vegar. Áður en lengra er haldið skal tekið fram að hugtökin tollvöruheymisla og frísvæði eru notuð í annarri merkingu í gildandi tollalögum nr. 88/2005 en í eldri lögum, eins og nánar verður rakið hér í framhaldinu.¹¹⁶

Í 1. mgr. 91. gr. tollalaga nr. 88/2005 kemur fram að tollstjóri geti veitt leyfi til reksturs tollvöruheymislu fyrir ótollafgreiddar vörur í tollhöfn.¹¹⁷ Í ákvæðinu eru sett ýmis skilyrði fyrir veitingu slíks leyfis sem lúta m.a. að því að leyfishafi uppfylli kröfur tollstjóra um fullnægjandi aðstöðu og bókhaldslega aðgreiningu og standist áhættumat. Í ákvæðinu segir einnig að leyfi til reksturs tollvöruheymislu megi einungis veita þeim sem starfa í þeim tilgangi að veita *öðrum ótengdum aðilum* þá þjónustu sem felst í rekstri tollvöruheymislu, en leyfishöfum sjálfum er óheimilt að geyma þar vörur eða stunda þar aðvinnslu á vörum, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu. Þó er tollstjóra heimilt að veita *öðrum* slíkt leyfi ef leyfishafi uppfyllir kröfur tollstjóra um fullnægjandi aðstöðu og bókhaldslega aðgreiningu og stenst áhættumat. Síðastnefndri undanþáguheimild var bætt við 1. mgr. 91. gr. tollalaga með breytingalögum nr. 167/2008. Með sömu breytingalögum var veiting þjónustu af hálfu leyfishafa jafnframt takmörkuð við *aðra ótengda aðila*, en fyrir þá breytingu var í ákvæðinu rætt um „aðra aðila“. Í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 167/2008 er síðastnefnda breytingin sögð gerð til þess að koma í veg fyrir misnotkun, án þess að það sé útskýrt nánar.¹¹⁸

Í 1. mgr. 93. gr. tollalaga er veitt heimild til að flytja ótollafgreiddar vörur í tollvöruheymislu úr fari eða afgreiðslugeymislu. Vörur sem háðar eru innflutningsleyfum er heimilt að flytja í tollvöruheymislu, enda þótt slíkt leyfi liggi ekki fyrir. Tollafgreiðsla vöru er þó háð því að innflutningsleyfi vegna hennar liggi fyrir. Þá er heimilt skv. 2. mgr. 93. gr. að flytja innlendar vörur í tollvöruheymislu ef þær eru ætlaðar til nota við aðvinnslu sem heimil er í geymslunni samkvæmt ákvæðum 95. gr. Í 1. mgr. 95. gr. er mælt svo fyrir að *iðnaðarframleiðsla og önnur aðvinnsla vöru* sé óheimil í tollvöruheymislu. Samkvæmt 2. mgr. ákvæðisins er *óveruleg aðvinnsla* á vörum þó heimil í tollvöruheymislu, svo sem einföld umpökkun, merking, samsetning, prófun og þrif, enda leiði aðvinnslan ekki til breyttrar tollflokunar vöru.¹¹⁹

ástæður mæla með því, að veita leyfi til geymslu ótollafgreiddra vöru utan geymslusvæða skv. 1. mgr. ákvæðisins, sem tollstjóri getur bundið þeim skilyrðum sem hann telur nauðsynleg.

¹¹⁶ Í athugasemdum með frumvarpinu sem varð að tollalögum nr. 88/2005 (um XIII. kafla) kemur fram að í frumvarpinu hafi verið gerðar umtalsverðar breytingar á framsetningu ákvæða um vörslu ótollafgreiddra vara og að hugtakanotkun hafi verið breytt að teknu tilliti til þeirrar framkvæmdar sem skapast hefur á undanförunum árum við útgáfu leyfa til reksturs almennra tollvöruheymisla og frísvæða. Meðal annars sé hugtakið „tollvöruheymisla“ notað í annarri merkingu í frumvarpinu en í eldri lögum, þ.e. það nái nú eingöngu yfir þær geymslur sem kallast almennar tollvöruheymislar í gildandi tollalögum „til samræmis við málvenju“, en í daglegu tali og framkvæmd hafi hugtakið tollvöruheymisla nær eingöngu verið notað yfir almennar tollvöruheymislar.

¹¹⁷ Með tollhöfn er átt við svæði, afmarkað með hnitsetningu, þar sem heimilt er að ferma og afferma för og geyma og tollafgreiða vörur úr þeim án sérstakrar heimildar tollýfirvalda, sbr. 1. mgr. 43. gr. tollalaga nr. 88/2005.

¹¹⁸ Athugasemdir við 5. gr. í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 167/2008 um breytingu á tollalögum o.fl.

¹¹⁹ Í 1. mgr. 73. gr. tollalaga nr. 88/2005 kemur fram sú meginregla að einkaneysla, afnot eða sýning á vörum sem fluttar hafa verið á geymslusvæði fyrir ótollafgreiddar vörur sé óheimil nema annað sé tekið fram í lögnum. Þá

Reglur um *frísvæði* er að finna í 105.-108. gr. tollalaga. Samkvæmt 1. mgr. 105. gr. getur tollstjóri, að fenginni skriflegri umsókn og að uppfylltum skilyrðum áðurgreindrar 1. mgr. 91. gr., heimilað lögaðilum að reka frísvæði þar sem ótollafgreiddar vörur og innlendar framleiðsluvörur „hljóta aðvinnslu *umfram þá aðvinnslu sem heimil er í tollvöruheymslu*“, sbr. 95. gr. laganna.¹²⁰ Með öðrum orðum skal á frísvæði fara fram aðvinnsla sem telst ekki einungis til óverulegrar aðvinnslu í skilningi 2. mgr. nefnds ákvæðis. Við mat á því hvort starfsemi falli undir tollvöruheymslu eða frísvæði í skilningi tollalaga vegur framangreind regla 95. gr. um að aðvinnsla vöru í tollvöruheymslu megi ekki leiða til breyttrar tollflokknunar hennar þyngst, en í VI. kafla laganna er að finna ákvæði um tollflokknun, túlkun tollskrár og bindandi álit tollstjóra á tollflokknun sem einnig koma til skoðunar við matið.

Leyfi til reksturs frísvæðis skal veitt þeim einum sem starfa í þeim tilgangi að veita öðrum þá þjónustu sem felst í rekstri frísvæðis, en leyfishöfum sjálfum skal óheimilt að stunda iðnaðarframleiðslu, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu á frísvæðinu, sbr. 2. mgr. 105. gr. tollalaga. Ekki er gert ráð fyrir því í 105. gr. að tollstjóri geti veitt undanþágu frá ofangreindu skilyrði 2. mgr. ákvæðisins, líkt og gildir á hinn bóginn í tilviki tollvöruheymslna skv. 1. mgr. 91. gr. eins og áður kom fram. Að óbreyttu er lögaðila, sem fengið hefur útgefið leyfi til reksturs frísvæðis skv. 1. mgr. 105. gr., því ekki heimilt að hafa með höndum aðra starfsemi en að veita öðrum þjónustu sem felst í rekstri frísvæðis. Þá skal vakin athygli á því að sú breyting sem gerð var á 1. mgr. 91. gr. tollalaga með lögum nr. 167/2008 og takmarkaði veitingu þjónustu leyfishafa tollvöruheymslu við *ótengda aðila* í stað *annarra*, náði ekki til 2. mgr. 105. gr. tollalaga sem snertir leyfishafa frísvæðis.¹²¹

Ákvæði 2. mgr. 105. gr. tollalaga tekur ekki af skarið um hvort leyfishafa frísvæðis sé heimilt að hafa með höndum óverulega aðvinnslu á þeim vörum sem á svæðinu eru, t.d. skiptingu sendinga og einfalda umpökkun, sbr. 2. mgr. 95. gr. laganna.¹²² Æskilegt væri að starfsheimildir leyfishafa frísvæðis væru afmarkaðar með skýrari hætti í lögnum, þótt ekki sé útilokað að kveða nánar á um starfsheimildir og takmarkanir á þeim í leyfisbréfi tollstjóra. Þær takmarkanir gætu hins vegar eðli málsins samkvæmt ekki gengið lengra en leiða má af orðalagi fyrrgreindra ákvæða tollalaga.

Samkvæmt 1. mgr. 107. gr. tollalaga er heimilt að flytja ótollafgreiddar vörur inn á frísvæði úr fari, afgreiðslugeymslu eða tollvöruheymslu. Vörur sem háðar eru innflutningsleyfum er heimilt að flytja á frísvæði enda þótt slíkt leyfi liggi ekki fyrir, en þó má ekki tollafgreiða vöruna fyrr en leyfið hefur verið veitt. Þá er heimilt skv. 2. mgr. ákvæðisins að flytja innlendar vörur á frísvæði ef þær eru ætlaðar til nota við iðnaðarframleiðslu sem heimil er á frísvæðinu. Tilkynna skal tollstjóra um fyrirhugaðan flutning vöru á frísvæði eftir því sem nánar greinir í 1. mgr. 79. gr. og skal tollstjóri lýsa því yfir hvort flutningur sé heimill eða ekki án tafar og ekki síðar en

kemur fram í 2. mgr. sama ákvæðis að iðnaður og aðvinnsla á vörum sé óheimil á geymslusvæði fyrir ótollafgreiddar vörur nema annað sé tekið fram í lögnum.

¹²⁰ Áherslubreyting höfunda.

¹²¹ Sjá 5. gr. laga nr. 167/2008 um breytingu á tollalögum nr. 88/2005 o.fl.

¹²² Í síðari málslið 2. mgr. 105. gr. tollalaga nr. 88/2005 segir að „[l]eyfishöfum sjálfum“ sé „óheimilt að stunda iðnaðarframleiðslu, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu á frísvæðinu.“

24 klukkustundum eftir að tilkynning berst honum. Þó er heimilt að flytja ótollafrgreiddar vörur frá frísvæði yfir á tilgreind geymslusvæði ótollafrgreiddrar vöru án sérstaks leyfis tollstjóra, m.a. yfir í tollvörugeymslu eða önnur frísvæði, en tilkynna skal tollstjóra um slíkan flutning, sbr. nánar 80. gr. Í 1. mgr. 108. gr. er kveðið svo á að aðflutningsgjöld af vöru á frísvæði, sem tekin er til tollmeðferðar vegna afhendingar hennar til notkunar innan lands, skuli miðast við tollverð hennar eins og það er ákveðið samkvæmt reglum um tollverð og tollverðsákvörðun við upphaf tollmeðferðar hennar, sbr. 34. gr. Tollverð vöru á frísvæði, sem flutt er til útlanda, er það sem greitt er eða greiða ber fyrir hana samkvæmt ákvæðum V. kafla laganna um tollverð og tollverðsákvörðun, sbr. 2. mgr. 108. gr. Um starfsemi tollvörugeymslna og frísvæða gilda að öðru leyti nánari reglur í tollalögum og stjórnvaldsfyrirmælum sem sett eru með stoð í þeim, þar á meðal reglugerð nr. 1100/2006 um vörslu og tollmeðferð vöru, með síðari breytingum. Áréttað skal að reglugerð nr. 1100/2006 felldi úr gildi eldri reglugerð nr. 527/1991 um frísvæði sem fjallað var um í kafla 6.4.1.5.

6.4.2.2 Breytt hugtakanotkun í tollalögum nr. 88/2005

Eins og ofangreind umfjöllun ber með sér hefur hugtakið frísvæði þrengri merkingu í tollalögum nr. 88/2005 en það hafði í eldri lögum, þ.e. áðurgildandi tollalögum nr. 55/1987 og reglugerð nr. 527/1991 um frísvæði. Meginbreytingin er fólgin í því að samkvæmt gildandi tollalögum nr. 88/2005 er tilgangur frísvæða sérhæfðari en var í eldri lögum, þ.e. frísvæði eru nú bundin við svæði þar sem ótollafrgreiddar vörur og innlendar framleiðsluvörur hljóta aðvinnslu *umfram þá aðvinnslu sem heimil er í tollvörugeymslu*, sbr. 1. mgr. 105. gr. laganna. Skýringar að baki þessari breytingu er að finna í athugasemdum með frumvarpinu sem varð að tollalögum nr. 88/2005, en þar segir orðrétt:

Ákvæði um frísvæði eru í IX. kafla gildandi tollalaga. Í greinargerð með lögnum var tekið fram að gert væri ráð fyrir að hægt yrði að koma upp tollfrjálsum svæðum hér á landi þar sem aðstæður þættu sérstaklega henta og skapa þar með möguleika til ýmissar atvinnustarfsemi í tengslum við dreifingu og aðvinnslu á ótollafrgreiddum vörum. Gert var ráð fyrir að tilgangur frísvæðis væri einkum tvíþættur, aðvinnsla á vörum og geymsla vöru til dreifingar til annarra landa. Reglugerð nr. 527/1991, um frísvæði, var sett til nánari útfærslu á ákvæðum tollalaga um frísvæði. Á undanförmum árum hafa verið gefin út fleiri leyfi til reksturs frísvæða en almennra tollvörugeymslna eins og fram kemur í almennum athugasemdum við XIII. kafla frumvarpsins. Ástæða þess er að reglur um geymslu og meðferð vara á frísvæðum eru rýmri og sveigjanlegri en samsvarandi reglur um tollvörugeymslur. Þess skal þó getið að þau leyfi til reksturs frísvæða, sem hafa verið gefin út, eru takmörkuð við geymslu og aðvinnslu á vörum skv. 5. og 6. gr. reglugerðar nr. 527/1991, um frísvæði, en þar er fjallað um einfalda aðvinnslu, svo sem skiptingu sendinga, umpökkun, samsetningu, blöndun, prófun og þrif. *Frá 1987 hefur ekkert leyfi til reksturs frísvæðis verið gefið út án þessarar takmörkunar, þ.e. ekkert eiginlegt frísvæði hefur verið starfrækt. Að teknu tilliti til þeirrar framkvæmdar sem hefur verið viðhöfð við útgáfu leyfa til reksturs frísvæða og tollvörugeymslna er lagt til í frumvarpinu að ákvæði um tollvörugeymslur verði rýmkuð í þá veru að þau nái til starfsemi frísvæða eins og hún er í dag, þar á meðal einfaldrar aðvinnslu, sem ekki telst til iðnaðar, svo sem skipting sendinga, umpökkunar, samsetningar, blöndunar, prófunar og þrifa. Þá er hins vegar lagt til að ákvæði um frísvæði verði áfram í tollalögum en tilgangur frísvæðis verði einungis fólgin í því að veita fyrirtækjum, jafnt innlendum sem erlendum, kost á að framleiða*

*hér eða ljúka framleiðslu ýmiss konar varnings eins og tækja, véla, varahluta og ýmissa annarra fullbúinna vara sem síðan verða fluttar á innanlandsmarkað eða á erlenda markaði. Gert er ráð fyrir að aðvinnsla á frísvæði verði þá umfangsmeiri en sú aðvinnsla sem heimil er í tollvörugeymslu samkvæmt ákvæðum frumvarpsins. Með öðrum orðum er lagt til að leyfi til reksturs frísvæðis verði eingöngu veitt þeim er hyggjast starfrækja eiginlega iðnaðarstarfsemi á frísvæði. En aðrar vörur, þ.e. vörur sem ekki eru ætlaðar til aðvinnslu á frísvæði, verði geymdar í tollvörugeymslu.*¹²³

6.4.3 Samantekt

Hugtakið frísvæði hefur tiltölulega afmarkaða merkingu í tollalögum nr. 88/2005, sbr. 1. mgr. 105. gr. laganna. Á frísvæði í skilningi ákvæðisins hljóta ótollafgreiddar vörur og innlendar framleiðsluvörur aðvinnslu *umfram* þá aðvinnslu sem heimil er í tollvörugeymslu samkvæmt 95. gr. sömu laga. Í 95. gr. kemur fram að iðnaðarframleiðsla og önnur aðvinnsla vöru sé óheimil í tollvörugeymslu. Þó sé óveruleg aðvinnsla á vörum heimil í tollvörugeymslu, svo sem einföld umpökkun, merking, samsetning, prófun og þrif, enda leiði aðvinnslan ekki til breyttrar tollflokknunar vöru. Af þessu má draga þá ályktun að hugtakið frísvæði í skilningi gildandi tollalaga nr. 88/2005 einskorðist við svæði þar sem ekki er eingöngu stunduð óveruleg aðvinnsla á vöru, heldur aðvinnsla sem leiðir eftir atvikum til breyttrar tollflokknunar vöru.

Tollstjóri veitir leyfi til reksturs frísvæðis samkvæmt 1. mgr. 105. gr. tollalaga. Slíkt leyfi skal veitt þeim einum sem starfa í þeim tilgangi að veita öðrum þá þjónustu sem felst í rekstri frísvæðis, en leyfishöfum sjálfum skal óheimilt að stunda iðnaðarframleiðslu, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu á frísvæðinu, sbr. 2. mgr. 105. gr. Þessi regla er ófrávíkjanleg hvað varðar leyfishafa frísvæða. Í tilviki leyfishafa tollvörugeymslna er tollstjóra aftur á móti heimilt skv. 1. mgr. 91. gr. að veita undanþágu frá sambærilegri takmörkun að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.

Tollvörugeymslur	Frísvæði
Óveruleg aðvinnsla á vörum sem leiðir ekki til breyttrar tollflokknunar vöru, t.d. umpökkun og samsetning (95. gr. tollalaga nr. 88/2005).	Iðnaðarframleiðsla og aðvinnsla á vöru umfram þá aðvinnslu sem heimil er í tollvörugeymslu (105. gr. tollalaga nr. 88/2005).
Starfsleyfi skal veitt þeim einum sem starfa í þeim tilgangi að veita öðrum <i>ótengdum aðilum</i> þá þjónustu sem felst í rekstri tollvörugeymslu, en leyfishöfum sjálfum er óheimilt að geyma þar vörur eða stunda þar aðvinnslu á vörum, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu (91. gr. tollalaga nr. 88/2005).	Starfsleyfi skal veitt þeim einum sem starfa í þeim tilgangi að veita öðrum þá þjónustu sem felst í rekstri frísvæðis, en leyfishöfum sjálfum er óheimilt að stunda iðnaðarframleiðslu, verslun, umboðssölu, heildsölu eða smásölu á frísvæðinu (105. gr. tollalaga nr. 88/2005).

¹²³ Athugasemdir við 105. gr. frumvarpsins sem varð að tollalögum nr. 88/2005. Áherslubreyting höfunda.

Tollstjóra er þó heimilt að veita öðrum starfsleyfi ef leyfishafi uppfyllir kröfur tollstjóra um fullnægjandi aðstöðu og bókhaldslega aðgreiningu og stenst áhættumat (91. gr. tollalaga nr. 88/2005).	Sambærilega undanþáguheimild er ekki að finna í reglum laganna um frísvæði.
--	---

6.5 Álitaefni tengd ríkisaðstoðarreglum EES-samningsins

6.5.1 Inngangur

Hér að framan hefur verið fjallað um hugtökin sérstakt efnahagslegt svæði og frísvæði og mismunandi gerðum slíkra svæða. Þá hefur m.a. verið gerð grein fyrir reglum um frísvæði sem koma fram í 2. kafla viðauka D endurskoðaðs Kyoto-sáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar, auk reglna um frísvæði samkvæmt 105.-108. gr. tollalaga nr. 88/2005. Í þessum kafla verður efnið sett í samhengi við ríkisaðstoðarreglur EES-samningsins, enda geta umrædd svæði falið í sér ívilnanir sem geta fallið undir ríkisaðstoð í skilningi EES-samningsins að nánari skilyrðum uppfylltum. Í upphafi verður gerð almenn grein fyrir reglum EES-samningsins um ríkisaðstoð og helstu hugtaksskilyrðum ríkisaðstoðar. Því næst verður vikið að tveimur málum þar sem reyndi á reglur EES-samningsins um ríkisaðstoð (og hliðstæðar reglur þágildandi Rómarsamningsins), en málin varpa ljósi á það hvernig tolla- og skattaívilnanir geta horft við umræddum reglum.

6.5.2 Yfirlit yfir reglur EES-samningsins um ríkisaðstoð

Þungamiðjan í ríkisaðstoðarreglunum birtist í 61. gr. EES-samningsins. Í 1. mgr. ákvæðisins er kveðið á um bann við ríkisaðstoð sem fullnægir þar greindum skilyrðum, en málsgreinin er svohljóðandi:

Ef ekki er kveðið á um annað í samningi þessum er hvers kyns aðstoð, sem aðildarríki EB eða EFTA-ríki veitir eða veitt er af ríkisfjármunum og raskar eða er til þess fallin að raska samkeppni með því að ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu ákveðinna vara, ósamrýmanleg framkvæmd samnings þessa að því leyti sem hún hefur áhrif á viðskipti milli samningsaðila.

Ofangreind 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins felur bæði í sér hugtaksskilyrði ríkisaðstoðar ásamt því að lýsa hana ósamrýmanlega samningnum ef hún uppfyllir þau skilyrði sem í ákvæðinu greinir. Nánar verður vikið að þeim skilyrðum hér síðar.

Undantekningar frá banni 1. mgr. 61. gr. við ríkisaðstoð má finna í 2. og 3. mgr. sama ákvæðis. Í 2. mgr. er nánar tiltekið lýst tilvikum þar sem ríkisaðstoð er sjálfkrafa heimil, en í 3. mgr. eru talin upp tilvik þar sem Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) getur veitt undanþágur frá banninu. Umrædd ákvæði 2. og 3. mgr. 61. gr. EES-samningsins eru svohljóðandi:

2. Eftirtalið samrýmist framkvæmd samnings þessa:

- aðstoð af félagslegum toga sem veitt er einstökum neytendum enda sé hún veitt án mismununar með tilliti til uppruna viðkomandi framleiðsluvara;
- aðstoð sem veitt er til að bæta tjón af völdum náttúruhamfara eða óvenjulegra atburða;

c. aðstoð sem veitt er til atvinnuvega á ákveðnum svæðum í Sambandslýðveldinu Þýskalandi, þar sem skipting Þýskalands hefur áhrif, að því marki sem þörf er á slíkri aðstoð til að bæta upp efnahagslegt óhagræði vegna skiptingarinnar.

3. Eftirtalið getur talist samrýmanlegt framkvæmd samnings þessa:

- a. aðstoð til að efla hagþróun á svæðum þar sem lífskjör eru óvenju bágborin eða atvinnuleysi mikið;
- b. aðstoð til að hrinda í framkvæmd mikilvægum sameiginlegum evrópskum hagsmunamálum eða ráða bót á alvarlegri röskun á efnahagslífi aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis;
- c. aðstoð til að greiða fyrir þróun ákveðinna greina efnahagslífsins eða ákveðinna efnahagssvæða enda hafi hún ekki svo óhagstæð áhrif á viðskiptaskilyrði að stríði gegn sameiginlegum hagsmunum;
- d. aðstoð af öðru tagi sem sameiginlega EES-nefndin kann að tiltaka í samræmi við VII. hluta.

Samkvæmt framansögðu verður við beitingu reglna EES-samningsins um ríkisaðstoð að taka afstöðu til þess (i) hvort um sé að ræða ríkisaðstoð sem bönnuð er samkvæmt 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins og, ef svo er, (ii) hvort ríkisaðstoðin teljist engu að síður heimil í skjóli undantekninganna í 2. og 3. mgr. sama ákvæðis.

Í 62. gr. EES-samningsins kemur fram að eftirlit með ríkisaðstoð á EES-svæðinu skuli vera á hendi framkvæmdastjórnar ESB að því er varðar aðildarríki ESB,¹²⁴ og ESA hvað varðar EFTA/EES-ríkin, þ.e. Ísland, Noreg og Liechtenstein.¹²⁵ Eftirlitsstofnanirnar skulu tryggja að ríkisaðstoð aðildarríkja samræmist umræddum reglum.¹²⁶ Þá ber aðildarríkjum að tilkynna fyrirfram og afla samþykkis viðeigandi eftirlitsstofnunar fyrir áformaðri veitingu ríkisaðstoðar, þ.e. ESA í tilviki Íslands.¹²⁷ Frá þessari meginreglu gildir sú undantekning að ríkjum heimilt að veita aðstoð á grundvelli reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar nr. 651/2014 um almenna hópundanþágu (GBER) og reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar nr. 1047/2013 um minniháttaraðstoð (de minimis) án fyrirfram samþykkis framkvæmdastjórnarinnar eða ESA. Til að tryggja samræmda framkvæmd beggja eftirlitsstofnana við afgreiðslu umsókna aðildarríkja vegna aðstoðar og eftirlit með henni, skulu eftirlitsstofnanirnar eiga með sér samstarf í samræmi við bókun 27 við EES-samninginn.

Þess ber að geta að ESA hefur gefið út leiðbeinandi reglur um hugtakið ríkisaðstoð samkvæmt 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins.¹²⁸ Í reglunum er gerð ítarleg grein fyrir einstökum efnisþáttum ákvæðisins eins og þeir hafa verið skýrðir m.a. í dómum EFTA-dómstólsins og dómstóls ESB. Umræddar reglur ESA eru hliðstæðar reglum um sama viðfangsefni sem framkvæmdastjórn ESB hefur gefið út og taka til 1. mgr. 107. gr. sáttmála um starfshætti ESB, þar sem lagt er bann við ríkisaðstoð innan sambandsins líkt og í 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins.¹²⁹

¹²⁴ Sjá nánar a-lið 1. mgr. 62. gr. EES-samningsins.

¹²⁵ Sjá nánar b-lið 2. mgr. 62. gr. EES-samningsins.

¹²⁶ Sjá nánar 63. gr. EES-samningsins, sbr. XV. viðauka við hann.

¹²⁷ Sjá athugasemdir við 61. gr. EES-samningsins í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 2/1993.

¹²⁸ Ákvörðun ESA nr. 003/17/COL frá 18. janúar 2017 (EES-viðbætur við Stjórnartíðindi ESB, 2017/EES/82/01).

¹²⁹ Auglýsing framkvæmdastjórnar ESB (Stjórnartíðindi ESB C 262, 19. júlí 2016).

6.5.3 Hugtaksskilyrði ríkisaðstoðar samkvæmt 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins

Eins og áður var rakið leggur 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins bann við *ríkisaðstoð* sem fullnægir þeim efnislegu skilyrðum sem í ákvæðinu greinir. Þessi skilyrði má draga saman svo:

Aðstoð er veitt til fyrirtækis af ríkisfjármunum

Hugtakið aðstoð er skýrt rúmt og tekur það til hvers kyns stuðnings eða styrks til fyrirtækja sem veittur er af ríkisfjármunum beint eða óbeint, þ.e. skapar eða getur a.m.k. skapað útgjöld fyrir ríkissjóð (eða minnkað skatttekjur í tilviki skattaívilnana).¹³⁰ Það sem ræður úrslitum er *uppruni* eða *áhrif* aðstoðarinnar, þ.e. hvort hún sé veitt af ríkisfjármunum.¹³¹ Að jafnaði skiptir ekki máli í hvaða formi aðstoðin er og getur hún t.d. falist í styrkjum, hagstæðum skattareglum, lánum og ábyrgðum, yfirtöku taps, fjárframlögum til að mæta rekstrartapi, eiginfjárframlögum til fyrirtækja, aðgerðum sem miða að því að lækka framleiðslukostnað tiltekinna atvinnugreina o.fl. Við mat á því hvort um aðstoð sé að ræða er m.a. litið til þess hvort viðkomandi fyrirtæki hefðu staðið sambærileg kjör til boða á einkamarkaði, ef við á.¹³²

Það er einnig skilyrði að aðstoð sé beint að fyrirtæki eða fyrirtækjum. Hugtakið fyrirtæki er rúmt og nær til aðila sem stundar atvinnustarfsemi (e. economic activities). Ekki skiptir máli hvernig formi eða eignarhaldi á viðkomandi rekstri er háttað. Hugtakið fyrirtæki getur því m.a. náð til einstaklingsreksturs og fyrirtækja í opinberri eigu sem stunda atvinnustarfsemi. Af þessu leiðir jafnframt að ef aðstoð er veitt í þágu opinberrar stjórnsýslu eða annars konar starfsemi sem telst ekki til atvinnustarfsemi, myndi hún ekki uppfylla það skilyrði að vera beint að fyrirtæki.¹³³

Aðstoð ívilnar ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu (ívilnun er sértæk)

Aðstoðin þarf jafnframt að vera *sértæk* (e. selective), þ.e. ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu þannig að samkeppni sé raskað. Almennar ráðstafanir eins og breytingar á skattkerfi í aðildarríki teljast því almennt ekki til ríkisaðstoðar nema svo standi á að breytingarnar teljist ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða atvinnugreinum þannig að

¹³⁰ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (2000), bls. 851-852.

¹³¹ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 851. Í þessu sambandi má nefna sameinuð mál C-67, 68 og 70/85 (Van Der Kooy o.fl. gegn framkvæmdastjórninni), en þar segir orðrétt (35. efnisgrein): „As the Court has held [...], there is no necessity to draw any distinction between cases where aid is granted directly by the State and cases where it is granted by public or private bodies established or appointed by the State to administer the aid.“ Sjá enn fremur umfjöllun í Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners* (2005), bls. 11-16.

¹³² Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 851-852. Í máli C-147/87 (Belgía gegn framkvæmdastjórninni) er komist svo að orði um þetta atriði (2. efnisgrein): „In order to determine whether financial assistance granted by a Member State to an undertaking is in the nature of State aid, the relevant criterion is whether the undertaking could have obtained the amounts in question on the capital market.“ Sjá einnig umfjöllun í Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 19 o.áfr.

¹³³ Sjá nánari umfjöllun í Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 14-16.

samkeppnisstöðu annarra fyrirtækja eða atvinnugreina sé raskað.¹³⁴ Gerð er nánari grein fyrir þessu skilyrði hér í framhaldinu, enda hefur það sérstaka þýðingu fyrir viðfangsefni þessarar skýrslu.

Aðstoð hefur áhrif á viðskipti milli samningsaðila og raskar eða er til þess fallin að raska samkeppni

Í þessu skilyrði felst að aðstoð þarf bæði að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila (annars staðar á EES-svæðinu) og raska eða vera til þess fallin að raska samkeppni. Ekki eru gerðar strangar kröfur til sönnunar á þessum áhrifum, heldur nægir almennt að leidd séu rök að því að aðstoð sé líkleg til að hafa slík áhrif. Þótt strangt til tekið sé um tvö aðskilin skilyrði að ræða (áhrif á viðskipti á EES-svæðinu og röskun eða líklega röskun á samkeppni) renna þau gjarnan saman í eitt í réttarframkvæmd. Af réttarframkvæmd má einnig ráða að ekki þurfi mikið til að koma þannig að slá megí því föstu að aðstoð hafi þau áhrif sem að framan er lýst. Það myndi t.d. almennt vera raunin ef aðstoð styrkir stöðu viðkomandi fyrirtækis gagnvart samkeppnisfyrirtækjum annars staðar á EES-svæðinu.¹³⁵

Eins og framangreind umfjöllun um 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins ber með sér er bannregla ákvæðisins, þ.e. skilgreining þess á óheimilli ríkisaðstoð, afar víðtæk. Reglan girðir því fyrir hvers kyns ráðstafanir sem uppfylla efnisleg skilyrði ákvæðisins án tillits til þess í hvaða formi þær birtast. Enn fremur togast bannið á við heimildir þjóðríkja til að grípa til aðgerða í því skyni að örva efnahagslíf og skapa atvinnu innan síns yfirráðasvæðis, t.d. á grundvelli félagslegra markmiða. Markmiðin með aðstoð, hvort sem þau eru efnahagsleg, félagsleg eða af öðrum toga, skipta almennt ekki máli við mat á því hvort ráðstöfun falli undir 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins. Markmið aðstoðar hefur á hinn bóginn afgerandi þýðingu þegar metið er hvort hún falli undir undantekningarnar í 2. og 3. mgr. 61. gr. sem áður var vikið að.

6.5.4 Nánar um skilyrðið um að ríkisaðstoð sé sértæk

Eins og áður var rakið er það eitt af hugtaksskilyrðum ríkisaðstoðar í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins að aðstoðin ívilni *ákveðnum* fyrirtækjum eða framleiðslu, þ.e. að aðstoðin sé sértæk (e. selective). Af skilyrðinu leiðir að *almennar* ráðstafanir ríkja falla ekki undir 1. mgr. 61. gr. Réttarframkvæmd á sviði ríkisaðstoðar sýnir að oft getur verið snúið að greina á milli tilvika þar sem ráðstöfun er almenn og fellur því utan 1. mgr. 61. gr. annars vegar, og tilvika þar sem ráðstöfun er sértæk og um leið ríkisaðstoð í skilningi ákvæðisins hins vegar. Í framkvæmd hafa þó mótast ýmsar viðmiðanir um hvernig beri að draga markalínuna milli almennra og sértækra ráðstafana í skilningi ákvæðisins.¹³⁶

¹³⁴ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 853-854. Sem dæmi má nefna mál C-173/73 (Ítalía gegn framkvæmdastjórninni) en þar varð það niðurstaða dómstóls ESB að niðurfelling tiltekinna félagslegra útgjalda (e. social charges), sem tók til fyrirtækja í textílnaði og miðaði að því að endurskipuleggja þá iðngrein, teldist til óheimillar ríkisaðstoðar. Dómstóllinn hafnaði þá m.a. þeirri mótbáru ítalska ríkisins að félagsleg útgjöld vegna starfsmanna í textílnaði væru hærri á Ítalíu en í öðrum aðildarríkjum.

¹³⁵ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 852, sjá einnig bls. 684-685. Sjá enn fremur Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 26-29. Sjá einnig mál C-730/79 (Philip Morris gegn framkvæmdastjórninni), einkum 11. efnisgrein.

¹³⁶ Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 23-26.

Oft leikur ekki vafi á því að aðstoð sé sértæk í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins, t.d. þegar eitt nafngreint fyrirtæki fær ríkisstyrk. Hins vegar geta vafatilvik komið upp þegar ríki koma á fót styrkja- eða ívilnanakerfum í þágu ákveðinna hópa eða starfsemi. Slík kerfi geta falið í sér ríkisaðstoð enda þótt aðstoðin beinist ekki að fyrirfram nafngreindum fyrirtækjum, sbr. dóm fyrsta stigs dómstóls EB í svonefndu *CETM-máli*:

The applicant's argument that there was no prior identification, in the PRI, of the individual addressees of the measure contained therein, must be rejected. *The fact that the aid is not aimed at one or more specific recipients defined in advance*, but that it is subject to a series of objective criteria pursuant to which it may be granted, within the framework of a predetermined overall budget allocation, to an indefinite number of beneficiaries who are not initially individually defined, *cannot suffice to call into question the selective nature of the measure*, and, accordingly, its classification as state aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty.¹³⁷ At the very most, that circumstance means that the measure is not individual aid. *It does not, however preclude that public measure from having to be regarded as a system of aid constituting a selective, and therefore specific, measure if, owing to the criteria governing its application, it procures an advantage for certain undertakings or the production of certain goods, to the exclusion of others.*¹³⁸

Mat á því hvort styrkja-/ívilnanakerfi feli í sér almenna eða sértæka ráðstöfun gagnvart 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins er mjög tilvikabundið. Það hvorum megin hryggjar mál falla að þessu leyti virðist oft vera spurning um hreinan stigsmun. Til að mynda geta ýmsar ráðstafanir, sem takmarkast við ákveðna hópa eða koma betur við suma hópa en aðra, allt að einu talist almennar og þar með fallið utan gildissviðs 1. mgr. 61. gr.¹³⁹ Á sama tíma geta ráðstafanir sem hafa tiltölulega víðtækt gildi, verið virtar sem sértækar í skilningi 1. mgr. 61. gr., en sem dæmi um slík tilvik má nefna styrki og skattaundanþágur í þágu útflutningsstarfsemi.¹⁴⁰

¹³⁷ Ákvæði þágildandi Rómarsamningsins um bann við ríkisaðstoð.

¹³⁸ Áherslubreytingar höfunda. Mál T-55/99, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) gegn framkvæmdastjórninni (40. efnisgrein). Í stuttu máli fólst aðstoðin sem var til skoðunar í málinu í styrk sem gekk upp í vaxtagreiðslur af lánum vegna kaupa á tilteknum flokkum atvinnubifreiða. Þeir sem sótt gátu um slíka styrki voru einstaklingar, lítill og millistór fyrirtæki og tilteknir opinberir aðilar. Umrætt styrkjakerfi nefndist „Plan Renove Industrial“ (PRI) og var við lýði á árunum 1994-1996 að því er fram kemur í dóminum.

¹³⁹ Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 24 (þ.m.t. neðanmálsgreinar 61 og 62): „No concrete definition of “general measures” either in the Commission’s practice or the Community Courts’ jurisprudence has been given. Some guidance, however, has been given on a case-by-case basis. For instance, measures designed to reduce the taxation of labour for all firms have a relatively greater effect on labour-intensive industries than on capital-intensive industries, without necessarily constituting state aid. Similarly, tax incentives for environmental, R&D or training investment favour only firms which undertake such investment, but again do not necessarily constitute state aid. Further, measures which apply to persons in accordance with objective criteria without regard to the location, sector or undertaking in which the beneficiary may be employed, are not considered to be state aid.”

¹⁴⁰ Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 25, en þar tekur höfundur dæmi um ráðstafanir af almennum toga sem þó hafa verið virtar sem sértækar í þessum skilningi: „Measures which appear to be general may still be found to favour certain undertakings and certain goods. For example, a general export credit scheme operated by France in respect of all national products which were exported was found to be aid prohibited by Article 87 EC [mál C-11/69, framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi]. The same was found for a scheme of interest rate subsidies on all exports from Greece [mál C-57/86, framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi] and for a scheme that exempted all Greek export undertakings from a special single tax on undertakings [ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar 89/659].“

Ljóst er að flest ef ekki öll styrkja-/ívilnanakerfi í þágu fyrirtækja geta vakið spurningar um hvort kerfið ívilni ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins, en sem fyrr segir veltur það á atvikum hverju sinni. Þó má hafa það að leiðarljósi (i) að meðan slík kerfi ná jafnt til allra atvinnugreina (þ.e. útiloka ekki fyrirfram einstakar atvinnugreinar) og (ii) öll fyrirtæki geta, a.m.k. fræðilega, notið góðs af þeim, eru minni líkur á því en ella að slík kerfi verði talin fela í sér ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 61. gr.¹⁴¹ Sem dæmi um kerfi, sem samkvæmt þessu myndi ekki teljast til ríkisaðstoðar, má nefna undanþágu- eða frádráttarreglur í skattalöggjöf sem gilda jafnt um öll fyrirtæki án tillits til atvinnugreinar eða staðsetningar í viðkomandi ríki. Ef styrkja-/ívilnanakerfi er á hinn bóginn beitt á grundvelli atviksbundins mats, þannig að fyrirtæki geti ekki gengið að því vísu að njóta góðs af því (heldur sé það háð mati), eru auknar líkur á því að það falli undir 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins.¹⁴²

Til viðmiðunar má notast við eftirfarandi töflu við greiningu á því hvort ráðstöfun teljist sértæk í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins, en taflan felur þó í sér einhverja einföldun:¹⁴³

I	Er ráðstöfun ætlað að vera ákveðnum fyrirtækjum eða tegundum fyrirtækja til hagsbóta?	Já: Ráðstöfunin er sértæk. Nei: Þrep II.
II	Er ráðstöfun eða beiting hennar háð atviksbundnu mati?	Já: Ráðstöfunin er sértæk. Nei: Þrep III.
III	Er ráðstöfun líkleg til að hafa jákvæð áhrif á ákveðin fyrirtæki eða tegundir fyrirtækja í framkvæmd?	Já: Ráðstöfunin er sértæk. Nei: Þrep IV.
IV	Geta öll fyrirtæki notið góðs af ráðstöfun án mismununar?	Já: Ráðstöfunin er ekki sértæk. Nei: Ráðstöfunin er sértæk.

6.5.5 Kvörtunarmál fyrir ESA vegna tollfrjálsra verslana í Flugstöð Leifs Eiríkssonar

6.5.5.1 Inngangur

Hinn 14. apríl 2016 lögðu Samtök verslunar og þjónustu fram kvörtun til ESA vegna tollfrjáls svæðis (e. duty free zone) sem starfrækt væri í Flugstöð Leifs Eiríkssonar (Leifsstöð) í Keflavík. Kvörtunin byggðist efnislega á því að tollfrjálsar verslanir í Leifsstöð nyttu ríkisaðstoðar í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins á grundvelli undanþáguákvæða í tollalögum (nr. 88/2005) þar sem slíkum verslunum væri veitt almenn undanþága frá greiðslu aðflutningsgjalda af vörum, þ.e. tolla og virðisaukaskatts. Byggt var á því í kvörtuninni að móttakendur ríkisaðstoðarinnar væru Fríhöfnin ehf. ásamt öðrum verslunum sem reknar væru innan vébanda tollfrjálsa svæðisins í Leifsstöð.

¹⁴¹ Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 25.

¹⁴² Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 24-25.

¹⁴³ Phedon Nicolaides o.fl.: *State Aid Policy in the European Community – A Guide for Practitioners*, bls. 26.

Eftir að hafa kallað eftir athugasemdum og upplýsingum frá íslenskum stjórnvöldum hóf ESA frumrannsókn á kvörtunarefninu, þ.e. því álitaefni hvort ákvæði tollalaga sem veittu tollfrjálsum verslunum undanþágu frá greiðslu aðflutningsgjalda fælu í sér ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins. Niðurstaða frummats ESA, dags. 23. mars 2017, varð sú að ekki virtist vera um að ræða ríkisaðstoð í skilningi ofangreinds ákvæðis EES-samningsins. Sú niðurstaða stofnunarinnar byggðist í grunninn á því að umrædd ráðstöfun gæti ekki talist *sértæk*, sbr. skilyrði ríkisaðstoðar, með vísan til nánari raka sem nú verður gerð grein fyrir.

6.5.5.2 Greining og ályktanir ESA

Í frummatinu rakti ESA viðeigandi ákvæði tollalaga nr. 88/2005, þar á meðal almennar reglur laganna um skyldu til greiðslu tolla af öllum innfluttum vörum í samræmi við tollskrá samkvæmt I. viðauka tollalaga, auk annarra aðflutningsgjalda eins og virðisaukaskatts. ESA tók fram að í lögunum væru jafnframt gerðar vissar undantekningar frá meginreglunni um greiðslu aðflutningsgjalda. Til að mynda veittu lögin heimild fyrir rekstri tollfrjálsra verslana í flugstöðvum eða höfnum samkvæmt leyfi frá tollstjóra, sbr. 101.-104. gr. laganna, sbr. einnig 1. mgr. 91. gr. sömu laga. Af ákvæðum laganna mætti leiða að slíkum verslunum væri heimilt að selja vörur án þess að þurfa að greiða af þeim tolla og virðisaukaskatt. Því næst vék ESA að 1. mgr. 104. gr. laganna, sem kveður á um að eingöngu sé heimilt að selja vörur úr tollfrjálsri verslun til farþega og áhafna millilandafara á leið úr landi. Samkvæmt 2. mgr. sama ákvæðis gæti tollstjóri þó heimilað leyfishafa að selja farþegum og áhöfnum millilandafara við komu til landsins vörur úr tollfrjálsri verslun. Slík verslun skal samkvæmt síðastnefndu ákvæði vera sérstaklega afmörkuð og eingöngu aðgengileg fyrir farþega og áhafnir sem koma til landsins. Óheimilt er samkvæmt ákvæðinu að bjóða öðrum vörur verslunarinnar til sölu og eru vörukaup á netinu því óheimil, eins og rakið var í frummati ESA.

Eftir umfjöllun um lagaumhverfi tollfrjálsra verslana samkvæmt tollalögum vék ESA að því í frummati sínu hvort umrætt fyrirkomulag laganna fullnægði skilyrðum 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins til að geta talist ríkisaðstoð í skilningi ákvæðisins. Beindi ESA þá sjónum að skilyrðinu um að aðstoð þurfi að vera *sértæk*, þ.e. ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu í skilningi ákvæðisins. Umrætt skilyrði væri lykillinn að því að greina ríkisaðstoð frá *almennum* ráðstöfunum á sviði skatta- eða efnahagsstefnu (e. general measures of tax or economic policy) sem ekki teldust ríkisaðstoð. Til nánari skýringar á þessu tók ESA fram í frummatinu að ríkisaðstoðarhugtak 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins næði ekki til almennra ráðstafana sem tækju að öllu leyti jafnt til allra fyrirtækja án aðgreiningar. Um skattalegar ráðstafanir og skoðun þeirra út frá ríkisaðstoðarreglum sagði svo nánar í frummati ESA:

Moreover, the concept of state aid does not encompass tax measures that differentiate between undertakings and are *prima facie selective*, where that differentiation arises from *the nature and general scheme of the system* of which they form part. Therefore, a measure that creates an exemption to the application of a general national tax system can be justified if the EEA state

concerned can demonstrate that it follows directly from the basic or guiding principles of the tax system.¹⁴⁴

Þessu til samræmis tók ESA því næst afstöðu til þess hvort umrædd ákvæði tollalaga, þ.e. undanþágur vegna tollfrjálsra verslana, (i) fælu í sér ráðstafanir sem væru sértækar við fyrstu sýn (e. *prima facie* selective), og (ii) hvort þær leiddu beint af grunnreglum viðkomandi skattkerfis. Umfjöllun ESA um hvort atriðið um sig er dregin saman hér í framhaldinu.

i) Er ráðstöfun sértæk (prima facie)?

Við mat á þessu atriði byrjaði ESA á því að afmarka viðmiðunarkerfið (e. reference system) og lagði svo mat á hvort umræddar reglur tollalaga fælu í sér frávik frá því kerfi.¹⁴⁵ Í því sambandi lagði ESA til grundvallar að viðmiðunarkerfið væri íslensk löggjöf um tolla/aðflutningsgjöld (e. customs system / system of import duties) og taldi jafnframt að umrædd undanþáguákvæði tollalaga fælu í sér frávik frá því kerfi, þ.e. meginreglunni um greiðslu aðflutningsgjalda. Enn fremur taldi ESA ljóst að undanþágurnar tækju aðeins til ákveðins hóps fyrirtækja, þ.e. þeirra sem hefðu fengið leyfi tollstjóra til að reka tollfrjálsa verslun í flugstöð eða höfn. Var það því mat ESA að umræddar ráðstafanir (undanþáguákvæði tollalaga) væru sértækar við fyrstu sýn og varð þá næst að taka afstöðu til þess hvort þær helguðust af grunnreglum skattkerfisins (viðmiðunarkerfisins).

ii) Helgast ráðstöfun af grunnreglum skattkerfisins?

Um þetta tók ESA fram að það væri viðkomandi EES-ríkis að sýna fram á að reglur skattalaga, sem gerðu greinarmun á fyrirtækjum (sbr. lið i) hér að framan), mætti allt að einu réttlæta með vísan til *eðlis og grunngerðar (grunnreglna)* viðmiðunarkerfisins, hér íslenskrar löggjafar um tolla/aðflutningsgjöld.¹⁴⁶ Íslensk stjórnvöld héldu því fram að þessu skilyrði væri fullnægt í málinu og færðu nánari rök fyrir því í athugasemdum sínum til ESA. Meðal annars var því haldið fram að vegna reglna um tollfrjálsar verslanir væri minna um það að farþegar tækju vörur með sér inn í landið auk þess sem dregið væri úr tíðni tollsvika. Þegar ákvæði laga um tollfrjálsar verslanir hefðu fyrst verið lögfest á áttunda áratugnum hefði töluvert magn af smyglvarningi verið í umferð í landinu sem skaðað hefði hagsmuni heild- og smásöluverslana.

¹⁴⁴ Undirstrikun höfunda.

¹⁴⁵ Í frummati ESA er hugtakið viðmiðunarkerfi og þýðing þess skýrð svo (tilvísunum textans í neðanmálgreinar er sleppt): „A measure is *prima facie* selective if it constitutes an exemption from its system of reference, i.e. the system applicable to other undertakings in the same legal or factual situation. Therefore, the first step in the selectivity analysis requires the identification of the system of reference. – The reference system is composed of a consistent set of rules that generally apply – on the basis of objective criteria – to all undertakings falling within its scope as defined by its objective. Typically, those rules define not only the scope of the system, but also the conditions under which the system applies, the rights and obligations of undertakings subject to it and the technicalities of the functioning of the system.“

¹⁴⁶ Í frummati ESA er þessi þáttur í matinu skýrður svo (tilvísunum textans í neðanmálgreinar er sleppt), í kafla með yfirskriftinni „Justification by the nature and logic of the Icelandic system of import duties“: „A derogation from a reference system can be justified by the logic and general nature of the reference system. This justification, based on the nature and logic of the system, reflects the consistency of a specific measure with the internal logic of the system in general. In that context, it should be noted that it is the basic and guiding principles of the reference system which are relevant, not those of the particular measure in question. The basis for a possible justification could, for instance, be the need to fight fraud or tax evasion, or the need to take into account specific accounting requirements or administrative manageability.“

Hefðu tollfrjálsar verslanir ekki komið til, hefði orðið að auka tolleftirlit umtalsvert sem hefði haft í för með sér auknar tafir og kostnað. Í seinni tíð hefði straumur ferðamanna hingað til lands jafnframt aukist verulega sem yki enn á hættuna á smygli og tollsvikum. Því væru tollfrjálsar verslanir enn þann dag í dag mikilvægur þáttur í að draga úr slíkri háttsemi, ásamt því að létta verulegum byrðum af tollfyrirvöldum auk farþega og áhafnarmeðlima. ESA féllst á meginsjónarmið íslenskra stjórnvalda og dró niðurstöðu sína saman með svohljóðandi hætti:

As stated before, it is for the EEA State which introduces a differentiation between undertakings to show that this differentiation is justified by the nature and general scheme of the relevant reference system. The Authority considers that the Icelandic authorities have demonstrated that the exemption in the Icelandic customs system for the operation of duty free stores is justified by the nature and general scheme of the system in question on the basis of the need to prevent smuggling and import duty evasion, as well as to ensure administrative manageability.¹⁴⁷

6.5.5.3 Niðurstaða ESA

Í ljósi þess að umrædd ákvæði tollalaga nr. 88/2005 um tollfrjálsar verslanir urðu samkvæmt framansögðu réttlætt með vísan til grunnreglna viðmiðunarkerfisins (íslenskrar löggjafar um tolla/aðflutningsgjöld), var það því frummat ESA að ákvæðin fælu ekki í sér ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins, enda væri ekki um sértæka ráðstöfun að ræða í skilningi ákvæðisins. Með því lauk ESA athugun sinni á kvörtun Samtaka verslunar og þjónustu vegna tollfrjálsa svæðisins í Leifssstöð.

6.5.6 Azores-málið

6.5.6.1 Inngangur

Í dómi Evrópudómstólsins frá 6. september 2006 í máli C-88/03, Portúgal gegn framkvæmdastjórninni, kom til skoðunar hvort sérstakar skattareglur á Asóreyjum, sjálfstjórnarsvæði sem tilheyrir Portúgal, fælu í sér ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 87. gr. þágildandi Rómarsamningsins. Dómurinn hefur leiðsagnargildi um skýringu hliðstæðra skilyrða ríkisaðstoðarreglna EES-samningsins, sbr. ofangreinda umfjöllun um skilyrði 1. mgr. 61. gr. samningsins, og er því ástæða til að gera dóminum skil.

Málið er að rekja til portúgalskra laga frá 1998 um fjármál sjálfstjórnarsvæða í Portúgal. Meðal annars heimiluðu lögin einstökum sjálfstjórnarsvæðum að lækka hlutfall tekjuskatts einstaklinga og fyrirtækjaskatts innan ákveðins ramma. Með stoð í þeim lögum samþykkti löggjafi Asóreyja árið 1999 svæðisbundna löggjöf sem fól m.a. í sér lækkanir á tekju- og fyrirtækjasköttum, en lækkanirnar giltu um öll fyrirtæki og atvinnurekendur á Asóreyjum og kostuðu portúgalska ríkið u.þ.b. 26 milljónir evra á ári. Aðgerðinni var ætlað að bæta stöðu fyrirtækja á Asóreyjum í ljósi landfræðilegrar einangrunar svæðisins.

Í tilefni af framangreindum skattalækkunum á Asóreyjum hóf framkvæmdastjórnin rannsókn á því hvort umræddar ráðstafanir fælu í sér ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 87. gr.

¹⁴⁷ Neðanmálsgrein í textanum er sleppt.

Rómarsamningsins, og tók framkvæmdastjórnin að því búnu ákvörðun í málinu. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að skattalækkarnar fælu í sér sértæka aðstoð í skilningi ofangreinds ákvæðis, enda takmörkuðust þær við tiltekið svæði í Portúgal og væri því um að ræða staðbundið frávik frá portúgölskum skattareglum. Það frávik varð, að mati framkvæmdastjórnarinnar, ekki réttlætt með vísan til grunnreglna portúgalska skattkerfisins, enda nutu öll fyrirtæki á Asóreyjum (og eingöngu þau) umræddra skattalækkana án tillits til fjárhagslegrar stöðu þeirra.

Niðurstaða ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar var sú að ríkisaðstoðin, sem fólst í umræddum skattalækkunum á Asóreyjum, væri ósamrýmanleg innri markaðnum (áðurgildandi 87. gr. Rómarsamningsins) að því marki sem hún tæki til fyrirtækja sem störfuðu í fjármálageiranum og fyrirtækja sem veittu þjónustu til fyrirtækja innan sama fyrirtækjahóps (e. intra-group services). Að öðru leyti taldi framkvæmdastjórnin ríkisaðstöðina heimila á grundvelli undantekningarákvæðis 3. mgr. 87. gr. Rómarsamningsins, en það ákvæði tekur til aðstoðar sem hefur að markmiði að efla hagþróun á svæðum þar sem lífsskjör eru óvenju bágborin eða atvinnuleysi mikið.¹⁴⁸

6.5.6.2 Greining og niðurstaða Evrópudómstólsins

Í máli C-88/03 leitaði Portúgal ógildingar á fyrrgreindri ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar. Umfjöllun þessa kafla takmarkast við þann hluta dómsins þar sem Evrópudómstóllinn leysti úr því álitaefni hvort umræddar skattalækkarnir á Asóreyjum fælu í sér óheimila ríkisaðstoð samkvæmt 87. gr. Rómarsamningsins. Þurfti þar fyrst og fremst að svara því hvort ráðstöfunin væri (i) sértæk í ljósi þess að hún var staðbundin á Asóreyjum, og (ii) hvort hana mætti þá réttlæta með vísan til grunnreglna viðkomandi skattkerfis.¹⁴⁹

i) Er ráðstöfun sértæk (prima facie)?

Um fyrra atriðið tók Evrópudómstóllinn fram að þegar aðstoð fælist í aðgerðum af hálfu sérstaks stjórnvalds innan ríkis (e. infra-State body), líkt og yfirvalda Asóreyja, réði úrslitum hvort stjórnvaldið nyti nægilega sjálfstæðrar stöðu gagnvart viðkomandi ríki (e. the central power).¹⁵⁰ Nánar tiltekið þyrfti ákvörðun um aðstoð (t.d. í formi lagasetningar) að hafa verið

¹⁴⁸ Sjá hliðstætt ákvæði a-liðar 3. mgr. 61. gr. EES-samningsins, sbr. kafla 6.5.2.

¹⁴⁹ Í 53. efnisgrein dómsins eru þessi álitaefni orðuð svo: „Accordingly, it is appropriate to examine, first, whether the measures reducing the tax rates in question are selective in nature and, if necessary, to examine whether, as the Portuguese Government submits, those measures are justified by the nature and overall structure of the Portuguese tax system.“

¹⁵⁰ Evrópudómstóllinn féllst þannig ekki á þá röksemd framkvæmdastjórnarinnar að það eitt að skattalækkarnar væru bundnar við Asóreyjar gerði það að verkum að ráðstöfunin teldist sértæk í skilningi 1. mgr. 87. gr. Rómarsamningsins (sjá nánar 61. efnisgrein dómsins: „... it cannot be inferred from the judgment in Case C-156/98 [...] that a measure the benefit of which is reserved for undertakings situated in certain regions is selective for that reason alone. [...]“ Sjá einnig 62. efnisgrein: „In order to determine the selectivity of a measure adopted by an infra-State body which, like the measure at issue, seeks to establish in one part of the territory of a Member State a tax rate which is lower than the rate in force in the rest of that State it is appropriate, [...] to examine whether that measure was adopted by that body in exercise of powers sufficiently autonomous vis-à-vis the central power and, if appropriate, to examine whether that measure indeed applies to all the undertakings established in or all production of goods on the territory coming within the competence of that body.“

tekin af stjórnvaldi sem fullnægði þremur skilyrðum, sem Evrópudómstóllinn orðaði svo (67. efnisgrein dómsins):

...that decision must, first of all, have been taken by a regional or local authority which has, from a constitutional point of view, a political and administrative status separate from that of the central government. Next, it must have been adopted without the central government being able to directly intervene as regards its content. Finally, the financial consequences of a reduction of the national tax rate for undertakings in the region must not be offset by aid or subsidies from other regions or central government.

Í 68. efnisgrein dómsins dró Evrópudómstóllinn ofangreinda mælikvarða saman með svofelldum hætti:

It follows that political and fiscal independence of central government which is sufficient as regards the application of Community rules on State aid presupposes, [...] that the infra-State body not only has powers in the territory within its competence to adopt measures reducing the tax rate, regardless of any considerations related to the conduct of the central State, but that in addition it assumes the political and fiscal consequences of such a measure.

Næst brá Evrópudómstóllinn ofangreindum mælikvörðum á stöðu sjálfstjórnarsvæðisins gagnvart portúgalska ríkinu. Dómstóllinn tók fram að samkvæmt stjórnarskrá Portúgal væru Asíreyjar sjálfstjórnarsvæði sem nyti stjórn málalegs- og stjórnunarlegs sjálfstæðis og að svæðið hefði sínar eigin valdastofnanir, sem hefðu ákveðið fjárstjórnarvald innan staðarmarka sinna. Á hinn bóginn leiddi af fyrrgreindum lögum frá 1998 (um fjármál sjálfstjórnarsvæða) að skattalækkunum á sjálfstjórnarsvæðum væri í reynd mætt með fjárframlögum frá portúgalska ríkinu. Af því dró dómstóllinn þá ályktun að Asíreyjar skorti efnahagslegt sjálfstæði gagnvart portúgalska ríkinu og að sjálfstjórnarsvæðið uppfyllti því ekki þau skilyrði sem dómstóllinn hafði sett fram fyrr í dómnum um það atriði, sbr. ofangreinda umfjöllun í 67. og 68. efnisgrein dómsins. Því taldi dómstóllinn að umræddar skattalækkunarir á Asíreyjum yrðu að skoðast með hliðsjón af landsvæði Portúgal í heild, en í því ljósi yrði að virða þær sem sértækar ráðstafanir í skilningi 1. mgr. 87. gr. Rómarsamningsins.

ii) Helgast ráðstöfun af grunnreglum skattkerfisins?

Að þeirri niðurstöðu fenginni kom næst til skoðunar hvort skattalækkunarir mætti réttlæta með vísan til grunnreglna portúgalska skattkerfisins. Evrópudómstóllinn taldi að portúgalska ríkið hefði ekki sýnt fram á það. Í því sambandi taldi dómstóllinn ekki nægjanlegt að ráðstafanir væru byggðar á stefnu um byggðapróun eða félagslega samheldni (e. regional development or social cohesion policy), m.ö.o. gætu þær ekki talist réttlætanlegar eingöngu með vísan til landfræðilegrar einangrunar Asíreyja (og þess að fyrirtæki á eyjunum kynnu af þeim sökum að búa við lakari rekstrarskilyrði en fyrirtæki annars staðar).¹⁵¹

¹⁵¹ Í 82. og 83. efnisgrein dómsins sagði nánar um þetta atriði: „Measures such as those at issue, which apply to all economic operators without any distinction as to their financial circumstances, cannot be regarded as ensuring that for the purpose of redistribution the criterion of ability to pay is observed. Although it is true that the disadvantages related to the insularity of the Azores might, in principle, be suffered by all economic operators regardless of their financial circumstances, the mere fact that the regional tax system is conceived in such a way

6.5.6.3 Samantekt

Samandregið féllst Evrópudómstóllinn þannig á þá niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar að skattalækkanir á Asóreyjum fælu í sér ríkisaðstoð í skilningi 87. gr. Rómarsamningsins, enda væru þær sértækar og gætu ekki réttlæst af grunnreglum portúgalska skattkerfisins. Þó teldist aðstoðin heimil í skjóli undanþáguákvæðis a-liðar 3. mgr. 87. gr. (þ.e. sem aðstoð til efla hagþróun á svæðum þar sem líf skjör eru óvenju bágborin eða atvinnuleysi mikið), nema að því leyti sem hún tók til fyrirtækja í fjármálageiranum og fyrirtækja sem veittu þjónustu til fyrirtækja innan sama fyrirtækjahóps (e. intra-group services).

7. Samandregnar niðurstöður

Fyrirhuguð hafnaruppbygging í Finnafirði, Langesbyggð, er margþætt fjárfestingarverkefni sem snýr að grundvallarinnviðum hér á landi. Forsvarsaðilar verkefnisins eru Langesbyggð og Vopnafjarðarhreppur, verkfræðistofan Efla, og hafnarrekstrarfyrirtækið Bremenports sem er í eigu þýska borgríkisins Brimar. Í áætlunum verkefnisins er gengið út frá því að fleiri fjárfestar og rekstraraðilar muni koma að verkefninu á síðari stigum þess.

Stofna á þrjú meginfélög um verkefnið, þ.e. rekstrarfélag sem verður í eigu Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps, eignarhaldsfélag sem einnig verður í eigu sveitarfélaganna, og þróunarfélag sem verður í upphafi að 66% hluta í eigu Bremenports, 26% í eigu Eflu verkfræðistofu, og 8% í eigu fyrrnefnds eignarhaldsfélags sveitarfélaganna. Þessi félög eru aðilar að stjórnunarsamningi um Finnafjarðarverkefnið sem undirritaður var 11. apríl 2019 og geymir m.a. ákvæði um rekstur og stjórnskipulag fyrirhugaðrar hafnar, og um verka- og tekjuskiptingu milli fyrrnefndra félaga. Uppbyggingu Finnafjarðarverkefnisins er nánar lýst í 2. og 3. kafla þessarar skýrslu.

Meginefni skýrslunnar (4.-6. kafla) snýst um tiltekin lagaleg álitaefni vegna ofangreindra áforma um hafnaruppbyggingu í Finnafirði, með áherslu á ákvæði hafnalaga nr. 61/2003 og reglur um frísvæði. Helstu niðurstöður skýrslunnar eru dregnar saman hér í framhaldinu:

- Finnafjarðarverkefnið er lagt upp sem samstarfsverkefni opinberra aðila og einkaaðila (e. *public-private partnership*) samkvæmt stjórnunarsamningi verkefnisins, dags. 11. apríl 2019. Því má ganga út frá því að opinberir aðilar, ekki síst sveitarfélögin, muni axla ýmsar skyldur tengdar verkefninu og að verkefnið muni jafnframt hafa í för með sér fjárhagslegar skuldbindingar fyrir hið opinbera (sjá nánar 2. og 3. kafla).
- Ljóst er að áformuð höfn í Finnafirði fellur undir ákvæði hafnalaga nr. 61/2003 (sjá nánar 4. kafla). Skýrsluhöfundar telja þó verulegan vafa leika á því að uppbygging verkefnisins, eins og hún birtist í fyrirbyggjandi gögnum, sé í samræmi við ákvæði laganna. Á það m.a. við um rekstrarform hafnarinnar, þ.e. rekstrarfélagsins (kafla 4.4.2),

as to ensure the correction of such inequalities does not allow the conclusion to be drawn that every tax advantage granted by the authorities of the autonomous region concerned is justified by the nature and overall structure of the national tax system. The fact of acting on the basis of a regional development or social cohesion policy is not sufficient in itself to justify a measure adopted within the framework of that policy.“

tilhögun eignarhalds á hafnarlandi og –mannvirkjum (kafla 4.4.3), og samningsbundna ráðstöfun á tekjum rekstrarfélagsins af innheimtu hafnargjalda (kafla 4.4.4). Að óbreyttu fæst þannig ekki séð að rekstur og skipulag hafnarinnar muni geta rúmast innan ófrávíkjanlegra reglna hafnalaga nr. 61/2003 eins og útfærslu verkefnisins er háttað. Einnig kemur til álita hvort stjórnunarsamningurinn, sem fyrirnefnd félög í eigu Langesbyggðar og Vopnafjarðarhrepps eiga m.a. aðild að, sé háður útboðsskyldu samkvæmt lagareglum um opinber innkaup, en ekki virðist vera unnt að útiloka það (kafla 5.1).

- Í stjórnunarsamningnum frá 11. apríl 2019 er enn fremur gert ráð fyrir þeim möguleika að komið verði á fót „skatt- og tollfrjálsu svæði“ í Finnafirði í tengslum við áformaða hafnaruppbyggingu þar. Í skýrslunni er gerð grein fyrir hugtökunum sérstakt efnahagslegt svæði (kafla 6.2) og frísvæði (kaflar 6.3 og 6.4) ásamt mismunandi útfærslum slíkra svæða, og efnið sett í samhengi við ríkisaðstoðarreglur EES-samningsins (kafla 6.5). Af réttarframkvæmd má draga þá ályktun að ívilnanir, sem veittar eru á dæmigerðum frísvæðum (eða sérstökum efnahagslegum svæðum), m.a. skattalegar ívilnanir, geti fallið undir ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins að nánari skilyrðum uppfylltum. Mat á því hvort ívilnanir tengdar frísvæði (eða annars konar sérstöku efnahagslegu svæði) feli í sér óheimila ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins er flókið og atviksbundið. Sama máli gegnir um mat á því hvort skilyrði undanþágu frá ríkisaðstoðarbanninu séu fyrir hendi, sbr. 3. mgr. fyrirnefnds ákvæðis.
- Meðan ekki liggja fyrir upplýsingar um hvernig fyrirhugað skatt- og tollfrjálst svæði í Finnafirði kynni að verða útfært nánar, er ekki unnt að leggja mat á hvernig slíkt svæði gæti horft við ríkisaðstoðarreglur EES-samningsins, sem og öðrum lagareglum og alþjóðaskuldbindingum sem við eiga. Í þessum efnum má gera greinarmun á *annars vegar* hefðbundnum frísvæðum sem snúast aðallega um tollfrelsi, sbr. ákvæði tollalaga nr. 88/2005 og endurskoðaðs Kyoto-sáttmála Alþjóðatollastofnunarinnar, og *hins vegar* svæðum sem fela í sér frekari svæðisbundnar ívilnanir t.a.m. í formi skattalækkana til fyrirtækja sem starfa innan viðkomandi svæðis. Á þessum tveimur flokkum svæða er talsverður munur og horfa þeir m.a. misjafnlega við reglur EES-samningsins um ríkisaðstoð. Að auki má ætla að svæði í síðari flokknum myndu geta kallað á sérstaka lagasetningu ef koma ætti slíku svæði á fót hér á landi.