

## **EES-samningurinn og íslensk dómaframkvæmd**

Markmið EES-samningsins um einsleitni og viðhorf íslenskra dómstóla til meginreglna EES- og ESB-réttar í tengslum við ákvarðanir um að leita ráðgefandi álits eða forúrskurðar

-Meistararitgerð í lögfræði –

Gunnar Órn Indriðason

Lagadeild  
Félagsvísindasvið  
Leiðbeinandi: Maria Elvira Mendez Pinedo  
Október 2012



HÁSKÓLI ÍSLANDS



## Efnisyfirlit:

Formáli .....	3
1 Inngangur .....	6
2 Eðli ESB- og EES-réttar.....	10
2.1 Eðli ESB-réttar .....	12
2.2 EES-samningurinn .....	14
2.2.1 Forsaga .....	15
2.2.2 Tvær stoðir EES svæðisins.....	16
2.3 Álit 1/91 og 1/92 .....	18
2.3.1 EFTA-dómstóllinn og álit 1/92 .....	20
2.4 Sambærileg réttindi á grundvelli mismunandi réttarverndar.....	21
2.4.2 Áhrif EES-réttar á landsrétt og bókun 35 við EES-samninginn.....	21
3 Forúrskurðir og ráðgefandi álit .....	29
3.1 Forúrskurðir Evrópusambandsins.....	30
3.1.1 Hvað telst dómstóll í skilningi 267. gr. SUSE?.....	31
3.1.2 Hvað telst dómstóll sem ekki sætir málskoti?.....	32
3.1.3 Hvers má dómstóll spyrja? .....	33
3.1.4 Hvenær er ekki þörf á að beina spurningu til forúrskurðar? .....	34
3.1.5 Áhrif forúrskurða í landsrétti.....	35
3.2 Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins .....	38
3.2.1 Tilgangur ráðgefandi álita .....	38
3.2.2 Hlutverk dómstóla í beitingu EES-samningsins í landsrétti.....	43
3.2.3 Áhrif ráðgefandi álita og dóma EFTA-dómstólsins á íslenskan rétt.....	44
4 Dómaframkvæmd og beiting ráðgefandi álita í landsrétti.....	45
4.1 Er skylda á dómstólum að leita ráðgefandi álita? .....	46
4.2 Kærheimild 3. mgr. 1. gr. 1. nr. 21/1994 .....	51
4.2.1 Endurskoðun Hæstaréttar á spurningum héraðsdóms .....	54
4.2.2 Cartesio dómurinn og dómaframkvæmd innan ESB.....	55
4.2.3 Má heimfæra niðurstöðu í máli Cartesio yfir á EFTA-stoð EES-samningsins? .....	58
5 EES-samningurinn, Evrópusambandið og Mannréttindasáttmáli Evrópu .....	61
5.1 Áhrif MSE á beitingu ESB-réttar .....	62
5.2 Áhrif MSE á beitingu EES-réttar .....	64
5.3 6. gr. MSE - Aðgangur að dómstólum .....	66

5.3.1 Getur ákvörðun um að leita ekki ráðgefandi álits talið brot gegn MSE? .....	67
6 Öflun og beiting íslenskra dómstóla á ráðgefandi álitum .....	70
6.1 Dómar þar sem Hæstiréttur hefur talið ástæðu til að afla ráðgefandi álits.....	70
6.2 Rökstuðningur dómstóla þegar synjað er að leita álits.....	75
6.2.1 Hrd. 13. maí 2011 (225/2011) – Rökstuðningur fyrir synjun .....	76
7 Er íslenskt lagaumhverfi og dómaframkvæmd í samræmi við EES-rétt? .....	80
7.1 Kæruheimild á úrskurðum um að leita ráðgefandi álits .....	81
7.2 EES-samningurinn og framsal á dómvaldi .....	83
8 Niðurstöður.....	87
9 Lokaorð .....	91
Heimildaskrá .....	93
Dómaskrá .....	97

## Formáli

Veturinn 2011 bjó ég í pólsku borginni Lódz og nam þar lögfræði á grundvelli Erasmus samstarfsins. Sú upplifun og reynsla hafði djúpstæð áhrif á sýn mína á heiminn, og lögfræðina jafnframt. Fram að því hafði sjónarhorn mitt fyrst og fremst verið á umheiminn frá sjónarhóli míns sem Íslending og á grundvelli íslenskrar menningar og sögu.

Á meðal þeirra faga sem ég nam við Háskólanum í Lódz var evrópskt réttarfari, með áherslu á forúrskurðarkerfi Evrópuðomstólsins og áhrif þess á ESB-rétt. Dr. Marcin Górski, veitti lifandi og skemmtilega innsýn á þetta réttarúrræði sem ég hafði fram að því lítillega kynnt mér í BA námi mínu en viðurkenni að ég hafði takmarkaðan skilning og áhuga á. Kann ég honum bestu þakki fyrir innlifunina og smitandi áhuga á þessu réttarúrræði enda hef ég haft mikinn áhuga á því alla tíð síðan eins og sjá má af efni þessa verks.

Þegar ég sneri aftur heim naut ég þeirrar gæfu að hefja starfsnám hjá utanríkisráðuneytinu, auk þess að sinna aðstoðarkennslu í Evrópurétti í BA námi.

Hafa þessi tvö hlutverk veitt mér aukna innsýn í rekstur og virkni EES-samningsins, beitingu Evrópuréttar og áhrif þessara tveggja þátta á íslenskt lagaumhverfi og réttarkerfi.

Frá landnámi Íslands hafa samskipti landsins, bæði menningar- og efnahagsleg, verið að mestu verið við ríki Evrópu. Allt frá þeim tíma hefur þjóðfélagsskipan og menning landsins verið undir miklum áhrifum frá þeim stefnum og straumum sem ríkt hafa í álfunni á hverjum tíma.<sup>1</sup>

Ísland hefur um aldir átt bróðurpart viðskipta sinna við ríki álfunnar, bæði innflutning á nauðsynjum og munaðarvörum og útflutning á framleiðsluvörum sem upprunnar eru hér á landi. Aðild Íslands að Fríverslunarsamtökum Evrópu<sup>2</sup> var meðal annars á þeim forsendum að tryggja þá viðskiptahagsmuni og þátttaka í samningnum um hið Evrópska efnahagssvæði<sup>3</sup> framhald þeirrar þróunar árið 1992. EES-samningurinn felur í sér að EFTA-ríki sem aðilar eru

---

<sup>1</sup> Má hér nefna kristnitöku á Alþingi árið 1000, siðaskiptin um miðja 16. öld og stjórnarskrá Íslands frá 1874

<sup>2</sup> Hér eftir vísað til sem EFTA.

<sup>3</sup> Hér eftir nefndur EES-samningurinn eða samningurinn eftir atvikum.

að honum gerist þáttakendur í innri markaði Evrópusambandsins<sup>4</sup> að svo miklu leiti er samningurinn gerir ráð fyrir, auk annara sviða svo sem ríkisstyrkja, menntaáætlana o.fl.<sup>5</sup>

Mikið vatn hefur þó runnið til sjávar frá árinu 1992, þrjú aðildarríki EFTA gengu í ESB.<sup>6</sup> Liechtenstein gerðist aðili að EFTA og EES-samningnum, ESB hefur stækkað frá 12 ríkja bandalagi í 27 ríkja samband og hefur nú yfir 500 milljónir manns.<sup>7</sup>

Þegar EES samningurinn var undirritaður var honum ætlað að taka til þeirra réttarreglna er snenu að innri markaðnum, að undanskildum afmörkuðum sviðum hans. Eru landbúnaðar- og sjávarútvegsmál dæmi um svið sem eru undanskilin en samkeppnis- og ríkisstyrkjareglur Rómarsáttmálans, eftir breytingarnar sem fólust í Einingarlögunum frá 1987, auk annara sviða eru hluti af EES-rétti.

EES-samningurinn hefur, að efninu til, staðið óbreyttur síðan 1992 en þó hefur þurft að taka tillit til stækkunar ESB frá undirritun. Evrópubandalagið hefur hins vegar eins og áður er getið tekið gífurlegum breytingum, sameiginleg mynt hefur verið tekin upp meðal 17 ríkja sambandsins, aðildarríkjum hefur fjölgað í 27, og brátt Króatía. Einnig hefur Schengen sáttmálinn verið færður undir valdmörk stofnana ESB og frá og með 1. desember 2009 tók Evrópusambandið yfir hlutverk Evrópubandalagsins sem sjálfstæður lögaðili.

Þrátt fyrir að Lissabonsáttmálinn gangi mun skemur í samruna aðildarríkja enn hinn framsækni Stjórnarskrársáttmáli sem felldur var í þjóðaratkvæðagreiðslum í Frakklandi og Hollandi 29. maí og 1. júní 2005, fellst talsverð grundvallarbreyting í endurskoðuðum sáttmálum eftir gildistöku Lissabonsáttmálans. Vægi Evrópuþingsins hefur aukist, ákvarðanatökur verið gerðar straumlínulagaðri, áhrif þjóðbinga aðildarríkja og borgara aukin og síðast en ekki síst þá er réttindaskrá ESB frá árinu 2000, löngu eftir tilkomu EES-samningsins, komin með sömu lagalegu stöðu og sáttmálarnir sambandsins sjálfir.<sup>8</sup>

Evrópudómstóllinn hefur haft stefnumarkandi og djúpstæð áhrif á þróun ESB á grundvelli lögsögu sinnar og með dómafordænum, sem rekja má til beinna málaferla fyrir honum og með því að kveða upp forúrskurði við lögspurningum sem dómstólar aðildarríkja beina til

<sup>4</sup> Í riti þessu verður vísað til Evrópusambandsins sem ESB, Evrópusambandsins eða sambandsins eftir atvikum.

<sup>5</sup> T.d. má nefna Schengen samstarfið um slíka samvinnu sem grundvallast ekki á innri markaðnum og fellur ekki undir EES-samninginn heldur sjálfstæðan samning, þá eru ákveðin svið innri markaðirins undanskilin svo sem landbúnaðar- og sjávarútvegsmál.

<sup>6</sup> Austurríki, Finnland og Svíþjóð.

<sup>7</sup> Króatía undirritaði aðildarsáttmála þann 9. desember 2011 en hann hefur ekki verið fullgiltur af öllum aðildarríkjum sambandsins en stefnt er að formlegri aðild Króatíu 1. júlí 2013 og þar með 28. ríki sambandsins.

<sup>8</sup> 1. mgr. 6. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, hér eftir einnig nefndur SUSE eftir atvikum.

hans. Hefur það úrræði í skapað mjög náið og beint samband milli dómstóla í landsrétti, sem í raun bera tvær kápur, sem dómstólar aðildarríkja annars vegar, og hluti af dómstólum ESB hins vegar.<sup>9</sup>

Ísland er í dag með stöðu umsóknarríkis að Evrópusambandinu samtímis því að vera aðili að EES-samningnum. Er því mikilvægt að almenningur og lögfræðingar séu vel upplýstir um eðli EES- og ESB-réttar og áhrif þess fjölbjóðasamstarfs á daglegt líf þeirra, engu síður en innlent réttarfari.

Ég vil þakka dr. Marcin Górski, aðstoðarprófessor við lagadeild Háskólangs í Łódź fyrir innblástur og ánægjulega samvist meðan á dvöl minni í Łódź stóð. Dr. Elvira Mendez leiðbeinandi minn við þessi skrif hefur aðstoðað mig og veitt mér góðar ráðleggingar við þessi skrif, auk þess að hafa veitt mér dýrmæta reynslu við kennslu í Evrópurétti, kann ég henni mínar bestu þakkir.

Einnig vil ég þakka Agnari Braga Bragasyni, lög- og stjórnmálafræðingi og Bergþóri Magnússyni, deildarstjóra á viðskiptasviði utanríkisráðuneytisins fyrir athugasemdir og ómetanlega aðstoð við skrif á þessu verki. Efni ritgerðarinnar og niðurstöður hennar eru þó mínar, með kostum og göllum.

Reykjavík, 4. september 2012

Gunnar Órn Indriðason

---

<sup>9</sup> *EBD, álit 1/09, ECR 2011, bls. I-1759.* Sjá aðallega 79-80. mgr.

## 1 Inngangur

Efni þessarar ritgerðar er að kanna framkvæmd dómstóla þegar kemur að beitingu á heimild 34. gr. Samningsins um Eftirlitsstofnun og Dómstól<sup>10</sup> sbr. 107. gr. Samningsins um stofnun hins Evrópska efnahagssvæðis til að óska ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.<sup>11</sup> Verður borið saman með hvaða hætti aðilum eru tryggð þau réttindi og þær skyldur, sem þeim er veitt á grundvelli sáttmála ESB annars vegar og EES-samningsins hins vegar fyrir dómstólum í landsrétti, með áherslu á forúrskurði Evrópuðómstólsins annars vegar og ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins hinsvegar.

Verða þau álitaefni sem til staðar eru greind út frá sjónarhóli EES og ESB-réttar og þau borin saman við viðhorf í landsrétti. Reynt verður að komast að niðurstöðu um hvort að þær þjóðréttarlegu skyldur sem Ísland hefur tekist á hendur með undirritun og fullgildingu EES-samningsins brjóti í bága við stjórnskipan landsins og hvort að núverandi framkvæmd samningsins fyrir dómstólum brjóti gegn EES-samningnum.

Einnig verða reifuð viðhorf fræðimanna, og vísað til ummæla sem fallið hafa á Alþingi þegar tilefni er til.

Þar sem efni þessa verks er umfangsmikið og flókið þá felst ekki í því tæmandi yfirferð yfir þá dóma sem snert geta efni hennar. Höfundur hefur valið þá dóma sem hann telur að máli skipti við yfirferð á efni hennar og gefi til kynna íslenska réttarframkvæmd og samanburð við hana frá sjónarhóli EES- og ESB-réttar.

EES-samningnum er ætlað að koma á fót einsleitu markaðssvæði með því að útvíkka hinn innri markað sambandsins að því marki sem EES-samningurinn gerir ráð fyrir auk annara sviða til Íslands, Noregs og Liechtenstein.<sup>12</sup> Samningurinn felur í sér sjálfstætt réttarkerfi sem er að mörgu leiti svipað stofnanakerfi ESB.<sup>13</sup> Engu að síður er að mörgu leiti grundvallarmunur á þeim úrræðum sem einstaklingum og lögaðilum standa til boða fyrir dómstólum innan stoða EES-svæðisins, þrátt fyrir að gert sé ráð fyrir að sambærilegar lagareglur gildi innan þess.

---

<sup>10</sup> Hér eftir nefndur ESE-samningurinn.

<sup>11</sup> Hér eftir nefndur EES-samningurinn eða samningurinn eftir atvikum.

<sup>12</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES- réttur og landsréttur*, bls. 40-42.

<sup>13</sup> Hans Petter Graver: "The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States", bls. 94.

Samkvæmt 19. gr. Sáttmálans um Evrópusambandsins<sup>14</sup> hefur Evrópusudómstóllinn það hlutverk að tryggja rétta túlkun og beitingu sáttmálana. Þar sem dómstóllinn hefur fulla lögsögu yfir öllum réttarágreiningi sem varðar túlkun sáttmálanna og afleidds réttar þá hlýtur sú lögsaga einnig að ná yfir dómsmál í aðildarríkjum þar sem dómstólar í aðildarríkjum þurfa að beita réttarreglum sambandsins. Engu að síður er dómstóllinn háður því að dómstólar í aðildarríkjum beri ágreiningsatriðin undir hann í formi lögspurningar, til túlkunar og skýringar. Hins vegar er það hlutverk dómstóla aðildarríkja að heimfæra málsatvik undir viðeigandi ákvæði ESB-réttar, sjá um sönnunarmat og dæma efnislega í máli. Til að tryggja þessa virkni hvílir skylda á dómstólum undir vissum kringumstæðum til að leita eftir forúrskurði Evrópusudómstólsins og úrskurðir dómstólsins eru bindandi fyrir þann dómstól sem óskaði eftir honum, hvort sem hann var skyldugur til að óska forúrskurðar Evrópusudómstólsins eða ekki sbr. 267. gr. SUSE.

Evrópusudómstóllinn hefur samkvæmt sáttmálunum víðtæka lögsögu, t.d. varðandi lögmæti gerða stofnana sambandsins og aðgerða þeirra<sup>15</sup> og samningsbrot aðildarríkja á sáttmálunum.<sup>16</sup> Heimild dómstólsins til að kveða upp forúrskurði<sup>17</sup> er hins vegar það verkfæri sem dómstóllinn hefur til að hafa bein áhrif á beitingu og túlkun ESB-réttar í réttarkerfum aðildarríkja og koma réttarágreiningi undir dómstóllinn.<sup>18</sup> Þar með er stefnt að því réttarágreiningur fái endanlega úrlausn frá þeim dómstól sem bær er til að túlka frumrétt og kveða á um gildi afleidds réttar með bindandi hætti.<sup>19</sup>

Eins og ráða má af 267. gr. SUSE eru dómstólar aðildarríkja einnig dómstólar sambandsins út frá sjónarholi ESB-réttar að því leiti að þeim er ætlað að vernda það réttarkerfi sem sáttmálarnir koma á fót. Er því um að ræða samstarf hliðstæðra dómstóla, sem í sameiningu er ætlað að veita réttarvernd innan Evrópusambandsins. Hefur Evrópusudómstóllinn lagt mikla áherslu á að tryggja að dómstólar aðildarríkja geti átt í slíku „samtali“ við Evrópusudómstóllinn.<sup>20</sup>

Dómstólar aðildarríkja EFTA hafa skv. 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls heimild til að leita ráðgefandi álits, sem ekki er

<sup>14</sup> Hér eftir nefndur ESB-sáttmálinn.

<sup>15</sup> 263. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.

<sup>16</sup> 258-259. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.

<sup>17</sup> 267. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.

<sup>18</sup> Morten Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 2 og áfr.

<sup>19</sup> Sama heimild, bls. 21-23.

<sup>20</sup> EBD, álit I/09, ECR 2011, bls. I-1759.

bindandi. Verður skoðað hvort málið sé svo einfalt, og hvort EFTA-ríkin séu eins frjáls texti 34. gr. ESE-samningsins gefur til kynna þegar kemur að samstarfi EFTA-dómstólsins og dómstóla aðildarríkja.

Verður í þessu tilviki litið til dómafordæma Evrópusambandsins og EFTA-dómstólsins, beitingu dóma þeirra í landsrétti, viðhorf innlendra og annara dómstóla gagnvart EFTA-dómstólnum rakin og skoðanir fræðimanna raktar eftir atvikum.<sup>21</sup>

Einnig verður tekin afstaða til 3. mgr. l. gr. l. nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skyringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið. Skv. ákvæðinu er heimilt að kæra til Hæstaréttar úrskurð héraðsdóms um öflun ráðgefandi álits. Slík kæruehimild er ekki til staðar í landsrétti annara EFTA-ríkja innan EES-svæðisins auk þess sem hugtakið dómstóll er ekki skýrt með sama hætti á Íslandi og innan annara ríkja EES. Bæði Evrópusambandólinn og EFTA-dómstóllinn hafa túlkað hugtakið með sjálfstæðum hætti en var gert hér á landi með l. nr. 21/1994.<sup>22</sup>

EES-samningurinn var undirritaður árið 1992, þegar Evrópusambandið var ekki enn orðið til, Evran fjarlægur draumur og aðildarríki ESB voru 12 talsins. Verður litið til þess með hvaða hætti þróun á sáttmálum ESB hefur áhrif á túlkun EES- og ESE-samningsins og túlkun EFTA-dómstólsins á ákvæðum þeirra.

Í öðrum kafla verður fjallað um eðli EES- og ESB-réttar, forsögu Evrópusambandsins og aðdragandann að EES-samningnum. Fjallað verður um álit Evrópusambandsins 1/91 og 1/92 og viðhorf dómstólsins sem þar koma fram. Að lokum verður fjallað um markmið samningsins um einsleitni og bókun 35 um forgangsáhrif réttilega innleiddra EES-gerða í landsrétti.

Í þriðja kafla verður fjallað um réttarúrræðin forúrskurði í ESB-rétti og ráðgefandi álit í EES-rétti. Verða helstu meginreglur um beitingu og áhrif réttarúrræðanna skýrð og dreginn fram sá munur sem til staðar er á þessum úrræðum og því boðvaldi sem hvor dómstóll um sig hefur yfir dómstólum í aðildarríkjum.

Í fjórða kafla verður dómframkvæmd og beiting ráðgefandi álita í landsrétti skýrð. Hvort til staðar sé skylda á dómstólum í aðildarríkjum að leita ráðgefandi álits, hvort að 3. mgr. l. gr. l. nr. 21/1994 um heimildir dómstóla til að leita ráðgefandi álits standist þjóðréttarlegar

---

<sup>21</sup> Með dónum í þessu riti er einnig átt við forúrskurði og ráðgefandi álit Evrópusambandsins og EFTA-dómstólsins.

<sup>22</sup> EFTAD, mál E-1/11, EFTACR 2011, bls. 484.

skuldbindingar Íslands skv. EES-samningnum og mannréttindasáttmála Evrópu<sup>23</sup> og hver afstaða Evrópudómstólsins sé til úrræða eðlislíkum þeim sem felst í 3. mgr. 1. gr. ESE-laganna Þá verður litið til þess hver staða slíkra úrræða sé innan ESB stoðar EES-svæðisins almennt og reifaðir dómar Evrópudómstólsins sem áhrif geta haft á túlkun á 34. gr. ESE-samningsins.

Í fimmkafla verður fjallað um hlutverk og áhrif mannréttindasáttmála Evrópu á EES og ESB-rétt. Verða dregin fram með hvaða hætti staða MSE er eðlislík í EES-rétti annars vegar og ESB-rétti hins vegar, og hvort sá munur geti haft mismunandi áhrif í hvoru réttarkerfi fyrir sig og fyrir dómstólum aðildarríkja þegar réttarúrræðum sem byggja á stofnunum hvorar stoðar EES-samningsins fyrir sig.

Einnig verður fjallað um tengsl EES-samningsins og mannréttindasáttmála Evrópu, með áherslu á 6. gr. MSE og dómafordæmi frá Mannréttindadómstól Evrópu skoðuð.<sup>24</sup> Reynt verður að svara þeirri spurningu hvort mannréttindasáttmálinn hafi áhrif á beitingu EES-samningsins af EFTA-dómstólnum annars vegar og af íslenskum dómstólum hins vegar. Einnig verður kannað hvert viðhorf Mannréttindadómstólsins er til úrræða sem eru eðlislík ráðgefandi álitum og hvort 6. gr. mannréttindasáttmálans verndi að einhverju leiti rétt einstaklinga og lögaðila til aðkomu slíkra hliðstæðra dómstóla.

Í sjötta kafla verða reifaðir íslenskir dómar sem skýrt geta viðhorf íslenskra dómstóla til EES- og ESE-samningsins, stöðu þeirra í íslenskri stjórnskipan og hvernig ákvarðanir um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins eða eftir atvikum ákvarðanir um að leita ekki ráðgefandi álits eru teknar. Verður sérstaklega reifaður dómur Hæstaréttar frá 13. maí 2011 í máli nr. 225/2011 í þessu sjónarmiði og leitast við að greina þann dóm út frá sjónarmiðum um skyldu dómstóla til að rökstyðja niðurstöður sínar.

Í sjöunda kafla verður farið yfir hvort íslenskt lagaumhverfi og dómaframkvæmd samræmist EES-rétti og með hvaða hætti megi leysa úr slíkum árekstrum ef þeir eru til staðar. Verður reynt að svara þeirri spurningu hvort hægt sé að ná markmiðum um einsleitni, þegar EFTA-stoð EES-svæðisins er í raun enn föst í Rómarsáttmálanum, meðan drifkraftur innri markaðarins, og grundvöllur EES-samningsins hefur nálgast enn frekari samruna og íslensk stjórnskipan setur fjölpjóðlegri efnahagslegri samvinnu mjög þróngar skorður.

---

<sup>23</sup> Hér estir nefndur eftir atvikum MSE eða Mannréttindasáttmálinn.

<sup>24</sup> Hér estir nefndur MDE eða Mannréttindadómstóllinn.

Að lokum verða niðurstöður þessarar ritgerðar tekna saman og lagt mat á hvort að EES-samningurinn brjóti gegn íslenskri stjórnskipan, og einnig, hvort íslensk stjórnskipan brjóti gegn EES-samningnum.

## 2 Eðli ESB- og EES-réttar

Evrópusambandið hefur fram til þessa dags verið síbreytilegt og þróun þess gífurlega hröð allt frá stofnun forvera þess, Stál- og kolabandalagsins árið 1952. Rómarsáttmálinn sem tók gildi 1. janúar 1958 var í raun tveir sáttmálar, annars vegar um stofnun Kjarnorkubandalags Evrópu (KBE) og Efnahagsbandalags Evrópu hins vegar, sem var mun veigameira og kemur meira við sögu í þessu riti. Markmið Efnahagsbandalagsins, sem m.a. má rekja til Robert Schuman, eins helsta stjórnvitrings Evrópu á 20. öldinni og einn ötullasta talsmann um nánari samruna álfunnar. Schuman var utanríkisráðherra Frakklands frá 1948-1953 og flutti merka ræðu 9. maí 1950 sem nefnd hefur verið Schuman yfirlýsingin og var aðdragandi að stofnun Stál- og kolabandalagsins sem síðar leiddi til stofnunar Efnahagsbandalagsins. Í ræðu sinni sagði Schuman meðal annars, í þýðingu höfundar:

Heimsfriðurinn verður ekki tryggður án uppbyggilegra aðgerða til mótvægis við þær hættur sem honum stendur ógn af. Skipulögð og endurnærð Evrópa hefur margt að færa til siðmenningarinnar, sem er nauðsynleg til að tryggja friðsamleg samskipti. Frakkland hefur ættið haldið uppi málstað friðar þegar hún, í yfir 20 ár hefur lagt til sameinaða Evrópu. Hið evrópska markmið tókst ekki og stríð braust út.

Evrópa verður ekki sköpuð í einni svipan, né henni gefin vegvisir um uppbyggingu. Það verður að byggja á stöðugum ávinningum, sem skapa raunverulega samstöðu, sameiginlega hagsmuni og þrá til sameiginlegra aðgerða.<sup>25</sup>

Má segja að vegferð Efnahagsbandalagsins, sem nú hefur verið leyst af hólmi af Evrópusambandinu hafi verið lýst áður en hún hófst með þessum orðum Schumann. Efnahagsbandalag Evrópu hafði það markmið að koma á sameiginlegum markaði á sem flestum sviðum viðskipta auk þess sem bandalagið fól í sér yfirgrípsmikla samhæfingu á efnahagsstefnu aðildarríkja.<sup>26</sup>

8. apríl árið 1965 var gerður svokallaður Samrunasáttmáli milli aðildarríkja Efnahagsbandalagsins. Samkvæmt honum skyldu bandalögin þrjú sem stofnuð höfðu verið, Stál- og kolabandalagið, Kjarnorkubandalag Evrópu og Efnahagsbandalag Evrópu hafa

<sup>25</sup> „Ræða Robert Schumann frá 9. maí 1950“, <http://web.fc.edu/faculty/mpyka/> - sótt 10. apríl 2012.

<sup>26</sup> Eiríkur Bergmann: *Evrópusamruninn og Ísland*, bls. 32-33.

sameiginlegt ráðherraráð og framkvæmdastjórn. Fram að því höfðu bandalögin þrjú haft sameiginlegan dómstól, Evrópubómstólinn, og sameiginlegt þing, Evrópuþingið.<sup>27</sup>

Evrópubandalögin fóru svo gegnum fleiri sáttmálabreytingar sem breyttu eðli þeirra, fyrsta meiriháttar breytingin fólst í Einingarlögunum frá 1986. Einingarlögin settu fram markmið um sameiginlegan innri markað, þar sem stefnt var að því að honum yrði komið að fullu til framkvæmdar fyrir árslok 1992, þá var aðkoma Evrópuþingsins við lagasetningu sambandsins aukin.<sup>28</sup> Árið 1992 var ritað undir Maastricht sáttmálann eða Sáttmálann um Evrópusambandið. Sáttmálinn fól í sér að nafni Efnahagsbandalags Evrópu skyldi breytt í Evrópubandalagið og komið á þriggja stoða kerfi, undir handleiðslu Evrópusambandsins. Stoðirnar þrjár voru Efnahagsbandalagið, Sameiginleg öryggis, utanríkis- og varnarmálastefna og sú þriðja um Dóms- og innanríkismál. Innan fyrstu stoðar var mest byggt á yfirþjóðlegu eðli Evrópubandalagsins við ákvarðanatöku með enn aukinni aðkomu Evrópuþingsins. Innan annarar og þriðju stoðar var byggt á hefðbundnu milliríkjjasamstarfi, þar sem samhljóða samkomulag þurfti. Þá var einnig kynnt til sögunnar EMU, Efnahags- og myntbandalag Evrópu, forveri sameiginlegrar myntar ESB, Evrunnar.<sup>29</sup>

Árið 1997 var Amsterdamsáttmálinn undirritaður. Tilgangur sáttmálans var að stuðla að aukinni skilvirkni sambandsins frekar enn að dýpka samstarf aðildarríkjanna og auka valdbærni bandalaganna. Þá var 6. gr. Rómarsáttmálans breytt og tiltekið að bandalagið væri byggt á viðurkenningu fyrir mannréttindum, lýðræði og réttarríkinu. Þessi atriði væru skilyrði fyrir aðild, svonefnd Kaupmannahafnarskilyrði sem öll ríki sem óska aðildar verða að uppfylla.<sup>30</sup> Samkvæmt 2. mgr. 6. gr. endurskoðaðs Rómarsáttmála var tiltekið að bandalögini virði grundvallarréttindi skv. mannréttindasáttmála Evrópu.

Eftir fall kommúnismans í mið og austur Evrópu sóttu fyrrum leppríki Sovétríkjanna og hin nýfrjálsu fyrrum Sovétlýðveldin Eistland, Lettland og Litháen um aðild að ESB. Til að undirbúa sambandið undir staðkun og aðild þessara ríkja var sáttmálum þess breytt aftur árið 2000 með Nissasáttmálanum sem tók gildi 1. febrúar árið 2003. Sáttmálinn breytti atkvæðavægi innan stofnana bandalaganna, fjölda þingsæta í Evrópuþinginu og samsetningu

---

<sup>27</sup> Paul Craig og Gráinne de Búrca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, bls. 6.

<sup>28</sup> Sama heimild, bls. 10-11.

<sup>29</sup> Paul Craig og Gráinne de Búrca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, bls. 13-14.

<sup>30</sup> 2. gr. sbr. 49. gr. SESB.

framkvæmdastjórnarinnar. Völd Evrópuþingsins voru enn aukin með ríkari aðkomu þingsins að lagasetningu og völd undirréttarins<sup>31</sup> voru einnig styrkt.<sup>32</sup>

Árið 2000 var Réttindaskráin einnig undirrituð, sem óbindandi yfirlýsing allra aðildarríkja ESB um þau grundvallarréttindi sem Evrópusambandið stæði vörð um. Ekki náðist samstaða um að veita henni lagagildi á þeim tíma, en hún er í raun fyrsta mannréttindaskrá Evrópusambandsins, rúmum 40 árum eftir að bandalögin sjálf voru sett á fót.<sup>33</sup>

Fyrirhugaður stjórnarskrársáttmáli var felldur í þjóðaratkvæðagreiðslum í Frakklandi og Hollandi árið 2005.<sup>34</sup> Sáttmálinn átti að leysa eldri sáttmála af hólmi og ýta samrunanum enn lengra. Sáttmálinn fól í sér að Evrópusambandið fengi „þjóðsöng“ og að Evrópufáninn, sem rekja má til Evrópuráðsins, og var tekinn upp af Efnahagsbandalagi Evrópu árið 1985, yrði lýst sem fána sambandsins í stjórnarskrársáttmálans. En eins og áður er getið náði sáttmálinn ekki brautargengi meðal kjósenda í þessum tveim löndum.

Lissabonsáttmálinn, sem gekk í gildi 1. desember 2009 var viðbragð sambandsins við mótmælum og gagnrýni í kjölfar stjórnarskrársáttmálans. Margar af stofnanabreytingum sem sáttmálinn hefði falið í sér voru teknar upp en atriði svo sem heitið stjórnarskrársáttmáli, „þjóðsöngur“ og fleiri atriði sem gæfu til kynna sambandsríki Evrópu voru skilin eftir.<sup>35</sup>

Með Lissabonsáttmálum var hinum þrem stoðum bandalaganna steyppt saman og Evrópusambandið tók við hlutverki þeirra sem sjálfstæður lögadili. Réttindaskráin fékk sama gildi og sáttmálarnir skv. 6. gr. SESB auk fjölmargra annara breytinga sem ekki er ástæða né gefst rúm til að ræða hér frekar.

## 2.1 Eðli ESB-réttar

Eins og áður hefur verið rætt þá er Evrópusambandið í grunninn byggt á fjölþjóðlegum samningum, þar sem ríki framselja til sameiginlegra stofnana hluta fullveldis á afmörkuðum sviðum en þessar sameiginlegu stofnanir hafa það markmið að tryggja framkvæmd sáttmálanna og eru sjálfstæðar frá aðildarríkjum.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Heiti undirréttarins var áður Undirrétturinn en er nú Almenni dómstóllinn eftir gildistöku Lissabonsáttmálans.

<sup>32</sup> Paul Craig og Gráinne de Búrca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, bls. 19-20.

<sup>33</sup> Ola Zetterquist: „*The Charter of Fundamental rights and the European Res Publica*“, bls. 5-6.

<sup>34</sup> „*Ritað undir tímamótasáttmála*“, bls. 15.

<sup>35</sup> Paul Craig og Griánne de Burca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, bls. 25-26.

<sup>36</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 46-48.

Evrópudómstóllinn hefur leikið stórt hlutverk í að marka þá sérstöðu sem réttarkerfi ESB býr yfir, *forgangsáhrif*,<sup>37</sup> *bein réttaráhrif*,<sup>38</sup> ó*bein réttaráhrif*<sup>39</sup> og *skaðabótaábyrgð ríkja*<sup>40</sup> hafa öll verið leidd fram af dómstólnum í gegnum forúskurðarákvæði sáttmálanna. Eðli ESB-réttar er að hafa fullmótað réttarvörslukerfi, þar sem dómstólar aðildarríkja teljast jafnframt dómstólar sambandsins og njóta þeirra réttinda og skyldna sem í því felast. Dómstóll ESB hefur ekki boðvald yfir dómstólum aðildarríkja sem sjá um að beita, og þegar þörf er á, víkja til hliðar innlendum lagareglum sem eru andstæðar sambandsrétti auk þess sem sambandið býr ekki yfir stofnunum eða heimildum til að tryggja fullnustu dóma án aðkomu aðildarríkja og stofnana þeirra.<sup>41</sup>

Er sá eiginleiki stofnanakerfis ESB það sem skýrast gefur til kynna að sambandið sé ekki sjálfstæður þjóðréttarlegur aðili, heldur byggi á í grunninn hefðbundnu milliríkjasmarfí þar sem til staðar er dómstólakerfi, en skortir fullnustugetu. Sama staða er uppi til að mynda innan Alþjóða viðskiptastofnunarinnar og Sameinuðu þjóðanna.

Þar sem dómstólar aðildarríkja og sambandsins eru hliðstæðir og lögsögur þeirra skarast ekki, hafa dómstólar aðildarríkja t.d. þann rétt að afmarka túlkun á landsrétti þegar leitað er forúskurðar Evrópudómstólsins<sup>42</sup> og forræði á því að heimfæra málsatvik í undirliggjandi málum að réttarreglu ESB-réttar. Dómstólum aðildarríkja er hins vegar almennt ekki heimilt að skýra eða túlka réttarreglu er á rætur að rekja til ESB-réttar, dómstóll ESB hefur ætíð gætt þess að lögsaga hans á því sviði sé algjör og ekki fallist á nokkuð sem leitt getur til þess að sú lögsaga skerðist.<sup>43</sup>

Evrópusambandið byggir á því að aðildarríki hafi framselt hluta fullveldis til sameiginlegra stofnana sambandsins sem tekið geti bindandi ákvarðanir á ákveðnum sviðum, sem bindur getur bæði aðildarríkin sjálf, og borgara þeirra og um leið hindrað aðildarríki í að beita fullveldi sínu á þeim sviðum.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> EBD, mál 6/64, ECR 1964, bls. 585. Auk þess er rétt að taka fram í 17. yfirlýsingu aðildarríkja við undirritun Lisabonsáttmálans er lýst yfir að sáttmálar sambandsins og afleiddur réttur hafi forgangsáhrif yfir landsrétt.

<sup>38</sup> EBD, mál 26/62, ECR 1963, bls. 1.

<sup>39</sup> EBD, mál 14/83, ECR, 1984, bls. 1891.

<sup>40</sup> EBD, mál C-6/90 og C-9/90, ECR 1991, bls. 5357.

<sup>41</sup> EBD, mál C-409/06, ECR 2010, óbirt.

<sup>42</sup> EBD, mál C-115/08, ECR 2009, bls. I-10265.

<sup>43</sup> EBD, álit I/09, ECR 2011, óbirt.

<sup>44</sup> 3., 4. og 6. gr. SUSE.

## 2.2 EES-samningurinn

EES-samningurinn, líkt og sáttmálar ESB, er þjóðréttarsamningur en líkt og sáttmálar sambandsins þá nær hann mun lengra en slíkir samningar gera almennt.<sup>45</sup> EES-samningurinn hefur ekki komið á fót sjálfstæðu réttarkerfi á grundvelli tollabandalags líkt og sáttmálar ESB, heldur þróuðu og flóknu fríverslunarsvæði sem gengur skemur í samruna en Rómarsáttmálinn stefndi að.<sup>46</sup>

Nauðsynlegt er því að greina hver séu mörk slíks samruna, og hvort viðhorf aðildarríkja um að í EES-samningnum felist ekki framsal á fullveldi samrýmist EES-rétti og tilgangi hans eins og hann hefur verið túlkaður af EFTA-dómstólnum og út frá þeim áhrifum sem þróun ESB-réttar hefur á hinn innri markað, sem EES-samningnum er ætlað að endurspeglar.

Eitt af grundvallarmarkmiðum EES-samningsins og í raun kjarni hans er einsleitni.<sup>47</sup> Í 1. gr. samningsins er t.d. getið um að markmið hans sé að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila, við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði. Er því nauðsynlegt að samningsaðilar byggi á sömu reglum og sambærilegri túlkun þeirra. Nær einsleitnin því ekki eingöngu til löggsjafar, heldur einnig til þeirra réttarúrræða sem dólmstólum og aðilum er veittur aðgangur að. Í sjálfu sér er markmið samningsins um einsleitni ferð án áfangastaðar, í hvert skipti sem Evrópusambandið tekur upp nýja gerð sem snertir gildissvið samningsins þá þarf að bregðast við því innan Elftastoðar EES-samningsins með því að taka hana upp í samninginn. Ef túlkanir Evrópusambandið breytast, eða í ljós kemur misrämi milli túlkana EFTA-dómstólsins og Evrópusambandið, þá þarf að bregðast við, annað hvort af hálfu dólmstólanum sjálfrum líkt og gerðist í ráðgefandi álíti EFTA-dómstólsins í máli *L'Oréal*.<sup>48</sup> Hinn möguleikinn er að gripið sé til aðgerða á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar sbr. ákvæði 3. kafla VII. hluta EES-samningsins.

Í máli *L'Oréal* stóð EFTA-dómstóllinn frami fyrir því að skömmu eftir að hann gaf ráðgefandi álit um túlkun á tæmingu vörumerkjá í máli *Mag Instrument*<sup>49</sup> komst Evrópusambandið að annara niðurstöðu um efnislega sömu reglu í máli *Silhouette*.<sup>50</sup> Með

<sup>45</sup> Margrét Einarsdóttir: „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til aðstu dólmstóla“, bls. 9-10.

<sup>46</sup> EFTAD, Mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95, 59. mgr og áfr. Þessi eðlismunur hefur auk þess ekki breyst með tilkomu Lissabon sáttmálans.

<sup>47</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 122 og áfr.

<sup>48</sup> EFTAD, sameinuð mál E-9/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259.

<sup>49</sup> EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 127.

<sup>50</sup> EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-4799.

vísan til markmiða um einsleitni, ákvæði EES-samningsins um hugverkaréttindi og niðurstöðu Evrópuðómstólsins um túlkun sömu reglu og breyta túlkun sinni frá því í máli *Mag Instrument*. Hinn möguleikinn um aðkomu sameiginlegu EES-nefndarinnar felur m.a. í sér heimildir til gerðardóms um ágreiningsatriðið, en að endingu, ef ekki næst að leysa úr misräminu þá verður þeim hluta EES-samningsins vikið til hliðar og beinist sú aðgerð að öllum EFTA-ríkjum EES-samningsins samhliða sbr. VII. hluta samningsins.

### 2.2.1 Forsaga

Forsögu EES-samningsins má rekja allt aftur til stofnunar um efnahagssamstarf Evrópuríkja (OEEC) sem stofnuð var árið 1948 sem hluti af Marshall aðstoð Bandaríkjanna. Sum aðildarríki stofnunarinnar stofnuðu Efnahagsbandalag Evrópu<sup>51</sup>, meðan önnur töldu að framtíðar viðskiptasamstarf innan álfunnar ætti betur heima í fríverslunarsamningum.<sup>52</sup>

Árið 1960 stofnuðu Austurríki, Bretland, Danmörk, Portúgal, Sviss og Svíþjóð Fríverslunarsamtök Evrópu, EFTA. Samtökin voru að nokkru leiti viðbrögð þessara ríkja við Efnahagsbandagi Evrópu, og ætlað að tryggja viðtæka fríverslun milli aðildarríkja EFTA, og mögulega síðarmeir gerð fríverslunarsamninga við EBE.<sup>53</sup> EFTA samstarfið byggði því á þjóðréttarlegum grunni, þar sem ríki gerðu fríverslunarsamninga sín á milli án nokkurs framsals fullveldis til sameiginlegra stofnana á meðan EBE byggði á slíku framsali og sameiginlegu tollabandalagi. Finnland gekk í EFTA að hluta árið 1961, en sökum kalda stríðsins gerðist landið ekki aðili fyrr en árið 1986.

Ísland gerðist aðili að samtökunum árið 1970. Skömmu eftir aðild Íslands tók að kvarnast úr EFTA, árið 1972 gengu Bretland og Danmörk í EBE og Portúgal árið 1985.

Í kjölfar inngöngu Breta og Dana í EBE var gerður fríverslunarsamningur milli EFTA og EBE, sem ekki hafði tekist fram að því. Er árið 1973 því að vissu leiti upphafsár formbundinna gagnkvæmra viðskiptatengslu þessara stofnana.

17. janúar 1989 hélt Jacques Delors, forseti Framkvæmdastjórnarinnar stefnuræðu í Evrópuþinginu. Þar bauð hann EFTA ríkjunum upp á two kosti, viðhalda þáverandi sambandi Evrópubandalagsins og EFTA-ríkja á grundvelli fríverslunarsamnings ríkjanna frá 1970 eða að taka upp nánari samvinnu. Í ræðu sinni sagði Delor meðal annars, í þýðingu höfundar:

---

<sup>51</sup> Efnahagsbandalag Evrópu varð síðar að Evrópubandalaginu með Maastrichtsáttmálanum sem nú hefur runnið inn í Evrópusambandið eftir gildistöku Lissabonsáttmálands.

<sup>52</sup> Einar Benediktsson: *Upphaf Evrópusamvinnu Íslands*, bls. 21-24.

<sup>53</sup> Sven Norberg ofl.: *EEA Law*, bls. 40.

En ef við lítum frá ramma slíks framtaks og lítum til efnisatriða þessarar víðtækari samvinnu þá vakna upp nokkrar viðkvæmar spurningar. Það kemur í ljós að það sem vinaþjóðir okkar í EFTA sækjast eftir, að mismunandi marki, er aðgangur að landamæralausum markaði. Við vitum öll að sameiginlegur markaður hefur kosti og galla, möguleika og takmarkanir. Er hægt að leyfa að velja og hafna? Ég hef mínar efasemdir um það

Sameiginlegur markaður er fyrst og fremst tollabandalag. Eru vinir okkar tilbúnir að fylgja þeirri viðskiptastefnu sem tollabandalög verða að fylgja gagnvart þriðju ríkjum? Hafa þeir sömu sjónarmið? Sameiginlegur markaður felur líka í sér samræmingu. Eru vinir okkar tilbúnir að fallast á að taka upp þær sameiginlegu reglur í landslög sem fylgja óhindruðum viðskiptum og viðurkenna jafnvel dólmstól bandalagsins sem hefur þegar sýnt fram á hæfi og hlutleysi í hvívetna? Sami efi vaknar um ríkisaðstoð og félagslegt umhverfi sanngjarnrar samkeppni sem miðar að betra lífi og vinnuskilyrðum.<sup>54</sup>

Þessum kafla í ræðu Delor lauk með því að þessar athugasemdir væru fyrst og fremst innlegg til að glæða umræðu sem ætti sér stað, en eins og áður greinir höfðu EFTA-ríkin flest þegar sýnt hinum fyrirhugaða innri markaði mikinn áhuga. Engu að síður er ljóst að Delor sá margar hindranir á þessari vegferð sem hann bauð til, og að ekki yrði auðvelt að sjá hvernig slíku samstarfi ætti að vera háttað.

Í kjölfar ræðu Delors hófst eiginlegur undirbúningur að samningaviðræðum þeim sem leiddi til EES-samningsins. Eins og flestum sem þekkja til á þessu sviði þá hafði Delor að mörgu leiti rétt fyrir sér, samningsaðilar gátu ekki fallist á sameiginlegt tollabandalag. Þess í stað felur EES-samningurinn í sér háþróað fríverslunarsvæði, með flóknum upprunareglum.<sup>55</sup> EFTA-ríkin gátu heldur ekki fallist á að undirgangast sameiginlegar stofnanir, og lögsögu Evrópubómstólsins. Þá gat Evrópubómstóllinn ekki heldur fallist á upprunaleg drög að EES-samningum, eins og rakið verður í kafla 2.3

## 2.2.2 Tvær stoðir EES svæðisins

EES svæðið er eins og að framan hefur verið rakið byggt upp af Evrópusambandinu annars vegar og aðildarríkjum EFTA, að Sviss undanskildu en Sviss felldi EES-samninginn í þjóðaratkvæðagreiðslu. Eins og áður greinir þá eru tvær stoðir EES-svæðisins ekki að öllu leiti sambærilegar, þó svo að sömu réttarreglur eigi að gilda innan svæðisins á þeim sviðum er samningurinn snertir.

Evrópusbandsstoð EES-svæðisins samanstendur af aðildarríkjum ESB og stofnunum sambandsins. Reglur sambandsins er settar af stofnunum þess og í tilviki reglugerða hafa þær beina réttarverkan og þarfust ekki innleiðingar í landsrétt. Aðildarríkjum ber að innleiða tilskipanir svo þær hafi áhrif skv. efni sínu. Framkvæmdastjórn sambandsins er ætlað það

<sup>54</sup> Fréttarit Evrópubandalaganna, 1/1989.

<sup>55</sup> Davið Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 31 og áfr.

hlutverk að tryggja framkvæmd samningsins og starfar sjálfstætt gagnvart aðildarríkjum.

Fer hún með frumkvæðisrétt að setningu nýrra lagagerða á sviði sambandsins.<sup>56</sup>

Sambandið hefur sjálfstæðan dómstól, sem hefur heimild til að kveða upp bindandi forúrskurði um túlkun á sáttmálunum og um gildi afleidds réttar gagnvart þeim. Dæmt ríki til greiðslu sekta í samningsbrotamálum látið í ljós álit sitt á þjóðréttarsamningum sem sambandið gerir og dæmt um gildi aðgerða stofnana sambandsins.

Innan ESB stoðar EES-svæðisins hafa ESB gerðir forgangsáhrif og beina laga- og réttarverkan. Í því fellst að eins og áður greinir þarfnað reglugerðir sambandsins ekki innleiðingar í landsrétt, og beinlínis er óheimilt að innleiða þær.<sup>57</sup> Tilskipanir öðlast beina lóðréttu réttarverkan eftir innleiðingardag ef efni þeirra er nægjanlega skýrt og innlendar lagareglur, jafnvel stjórnlagareglur víkja til hliðar fyrir gerðum sambandsins eins og áður hefur verið rakið. Skv. EES-rétti ber hins vegar að innleiða hvort tveggja og reglugerðir sbr. 7. gr. EES-samningsins.

Í aðfararorðum EES-samningsins kemur fram að tilgangur samningsins sé að koma á markaðssvæði sem grundvallast á sameiginlegum reglum, sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila. Auk þess er áréttuð sannfæring samningsaðila um að einstaklingar muni gegna mikilvægu hlutverki á EES-svæðinu vegna beitinga þeirra réttinda sem þeir öðlast með samningnum og þeirrar verndar sem dómstóla þessi réttindi njóta. EFTA-dómstóllinn hefur einnig ítrekað vísað til þeirra til í niðurstöðum sínum.<sup>58</sup>

Í upphaflegum drögum að EES-samningnum var gert ráð fyrir sameiginlegum EES-dómstól ásamt sameiginlegu EES-ráði.<sup>59</sup> Dómstóllinn skyldi vera sjálfstæður, en þó tengdur Evrópuðómstólnum, með sameiginlega aðstöðu í Lúxemborg og bær til þess að kveða upp bindandi úrskurði um túlkun og beitingu EES-samningsins ásamt bókunum og viðaukum við hann í samræmi við dómafordæmi Evrópuðómstólsins fyrir undirritun EES-samningsins og taka tilhlýðilegt tillit til dóma eftir þann dag.<sup>60</sup> EES-dómstóllinn og dómstólar Evrópusambandsins auk innlendra dómstóla samningsaðila skyldu taka tilhlýðilegt tillit til

<sup>56</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 245-246.

<sup>57</sup> *EBD*, mál 34/73, *ECR* 1973, bls. 981. Hins vegar getur hvílt sú skylda á aðildarríkjum að grípa til lagasetningar til að styðja við efni og tilgang reglugerðarinnar.

<sup>58</sup> *EFTAD*, mál E-1/94, *EFTACR* 1994-1995, bls. 15 og *EFTAD*, mál E-9/97, *EFTACR* 1998 bls. 95.

<sup>59</sup> 89.-120. gr. í upphaflegum drögum að EES-samningnum.

<sup>60</sup> 6. og 95-105. gr. í upphaflegum drögum að EES-samningnum.

dóma hvors annars er varðar túlkun á afleiddum rétti sem settur yrði eftir undirritunardagsetningu EES-samningsins sbr. 1. mgr. 104. gr. samningsdraga að EES-samningnum.

Einnig var dómstólum aðildarríkja heimilt að leita beint eftir álti Evrópudómstólsins á túlkunum á EES-rétti sem væri efnislega samhljóða ákvæðum í sáttmálum sambandsins en fyrirkomulag slíkra beiðna var sett í vald EFTA-ríkja sjálfra.<sup>61</sup>

EES-dómstóllinn skildi skipaður átta dómurum, þar af fimm frá Evrópudómstólnum og heimilt að skipta dómstólnum í deildir með þrjá eða fimm dómurum í hverju máli. Undirréttur EES-dómstólsins skyldi skipaður fimm dómurum, þremur tilnefndum af EFTA ríkjunum og tveimur dómurum frá undirrétti Evrópudómstólsins, nú Almenna dómstólnum.<sup>62</sup>

Sjá má að fyrstu samningsdrög EES-samningsins frá 1991 voru talsvert frábrugðin þeim raunveruleika sem EFTA-stoð EES-svæðisins býr við í dag. Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu í *álti 1/91*<sup>63</sup> að hið fyrirhugaða dómstólakerfi væri andstætt sáttmálum bandalaganna, og að það gæti í framtíðinni haft áhrif á dómsúrlausnir dómistóla sambandsins en Evrópudómstóllinn hefði skv. sáttmálunum einn lögsögu til að túlka sáttmálana og um gildi afleidds réttar.<sup>64</sup>

### 2.3 Álit 1/91 og 1/92

EES-samningurinn mætti strax hindrunum eftir að drög að samningnum voru lögð fram árið 1991. Evrópudómstóllinn var beðinn að gefa álit sitt á samningnum skv. þágildandi 228. gr. Rómarsáttmálans.

Eins og áður sagði skildi EES-dómstóllinn vera sjálfstæður, en þó starfa náið með Evrópudómstólnum, og skipaður af fimm dómurum frá honum. Í *álti 1/91* komst Evrópudómstóllinn að það dómstólakerfi sem fyrirséð var í upphaflegum drögum að samningnum væri andstætt sáttmálum bandalagsins. Evrópudómstóllinn tiltók að sú staðreynð að EES-samningnum væri ætlað að varpa réttarreglum sambandsins yfir í réttarkerfi EFTA-ríkjanna gæti ekki tryggt einsleitni.<sup>65</sup> Evrópudómstóllinn benti á að markmið EES-samningsins og Evrópusambandsins væru ólík. EES-samningurinn snerti aðeins fríverslun og samkeppnisreglur meðan að sáttmálum sambandsins væri ætlað að stefna að Evrópskum

<sup>61</sup> 2. mgr. 104. gr. í upphaflegum drögum að EES-samningnum og upphafleg drög að bókun 34 við samninginn.

<sup>62</sup> 98. gr. í upphaflegum drögum að EES-samningnum.

<sup>63</sup> *EBD, álit 1/91, ECR 1991, bls. I-6079.*

<sup>64</sup> Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 56-60.

<sup>65</sup> Barbara Brandtner: "The 'Drama' of the EEA Comments on Opinions 1/91 and 1/92", bls. 306.

samruna.<sup>66</sup> Sáttmálar sambandsins fælu í sér framsal á fullveldi til sameiginlegra stofnana meðan að EES-samningurinn fæli ekki í sér neitt framsal, EES-samningurinn fæli því ekki í sér sjálfstætt réttarkerfi líkt og sáttmálar bandalagsins.<sup>67</sup> Evrópubómstóllinn taldi því að óyfirsíganlegar hindranir væru til staðar þegar stefnt væri að einsleitri túlkun og beitingu ESB- og EES-réttar í tveim ólíkum réttarkerfum.<sup>68</sup>

Varðandi EES-dómstóllinn sjálfan, þá taldi Evrópubómstóllinn til fjögur atriði sem yllu vandkvæðum gagnvart réttarkerfi sambandsins. Það fyrsta sem Evrópubómstóllinn tiltók var að dómar EES-dómstólsins gætu haft áhrif á atriði í sambandsrétti. EES-samningurinn næði skv. c-liðar 2. gr. yfir samningsaðila, sem væru bæði aðildarríki ESB, EFTA-ríkin og stofnanir sambandsins. Þar sem EES-dómstóllinn hefði lögsögu yfir túlkun á EES-rétti skv. EES-samningnum sem væri þjóðréttarsamningur á milli allra ríkja sambandsins, sambandsins sjálfs og ríkja EFTA og skv. 97. gr. í drögum að EES-samningnum skyldu samningsaðilar grípa til allra viðeigandi ráðstafana til að verða við dóumum dómstólsins, þá væru slíkir dómar í raun bindandi fyrir Evrópubómstóllinn á grundvelli þjóðaréttar.<sup>69</sup>

Í annan stað væri EES-dómstólnum ætlað að túlka stóran hluta af regluverki sambandsins, án þess að vera bundinn af dómafördænum Evrópubómstólsins. Slíkt fyrirkomulag væri andstætt þágildandi 221. gr. Rómarsáttmálans og þar með andstætt grundvelli sambandsins.

Í þriðja lagi þá væri hið nána samstarf EES-dómstólsins og Evrópubómstólsins líklegt til að skapa hættu gagnvart réttarvörslukerfi sambandsins. Dómarar EES-dómstólsins, sem jafnframt væru dómarar Evrópubómstólsins væri ætlað að tryggja rekstur milliríkjjasamnings meðan að dómurum Evrópubómstólsins væri ætlað að tryggja réttarvörslu innan sjálfstæðs réttarkerfis og stuðla að markmiðum þess í störfum sínum. Þar með myndu þessir tveir dómstólar beita mismunandi nálgunum, rökstuðningi og hugtökum. Þeir dómarar sem sætu í báðum þessum dómstólum væru því vandkvæðum bundnr að nálgast mál með réttum hætti þegar skipt væri um hlutverk eftir því í hvorum dómstólnum þeir sætu hverju sinni.<sup>70</sup>

Að lokum taldi Evrópubómstóllinn forúrskurðarkerfi EES-samningsins andstætt sáttmálunum þar eð það heimilaði dómstólum samningsríkis að leita ráðgefandi álits um

<sup>66</sup> *EBD*, álit 1/91, 17. mgr.

<sup>67</sup> Undirréttur Evrópubómstólsins tiltók í máli *EBD*, T-115/94, ECR 1997, bls. II-39 að 10. gr. EES-samningsins hefði bein réttaráhrif og að samningurinn fæli í sér þjóðréttarlega skuldbindingu sem næði mun lengra en venjulegur fríverslunarsamningur. Virðist viðhorf dómstólsins að einhverju leiti hafa breyst að því er varðar inntak og umfang EES-samningsins. Sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 158.

<sup>68</sup> Niels Fenger: „*Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA Law*“, bls. 135.

<sup>69</sup> 97. gr. í upphaflegum drögum að EES-samningnum.

<sup>70</sup> *EBD*, álit 1/91, málsg. 51-52.

túlkun á réttarreglum án þess að vera bundið af túlkun dómstólsins. Slíkt myndi breyta eðli Evrópubómstólsins sem væri að kveða upp bindandi úrskurði og gæti valdið óvissu um forsagnargildi dóma dómstólsins gagnvart aðildarríkjum.<sup>71</sup>

Að endingu áréttæði dómstóllinn að ekki væri hægt að bæta úr annmörkum þeim sem EES-samningurinn fæli í sér þar er þeir brytu gegn þágildandi 221. gr. Rómarsáttmálans og þar með grundvelli sambandsins sjálfs.<sup>72</sup> Því væri tveggja stoða kerfið sem samningurinn gerði ráð fyrir andstætt ESB-rétti.

### 2.3.1 EFTA-dómstóllinn og álit 1/92

Í kjölfar *áltits 1/91* hófu samningsaðilar að ná samkomulagi um nýtt fyrirkomulag sem tryggt gæti einsleitni í eftirliti með framkvæmd EES-samningsins og dómstólakerfi sem gæti staðist sáttmála sambandsins. Þar sem ljóst var að ekki væri hægt að byggja á sameiginlegu dómskerfi miðaðist lausnin að stofnun sjálfstæðs dómstóls EFTA-ríkja, EFTA-dómstóls.<sup>73</sup>

10. apríl 1992 gaf Evrópubómstóllinn *álit 1/92* um endurskoðað dómstólakerfi EES-samningsins og samninginn í heild sinni.<sup>74</sup>

Niðurstaða dómstólsins var sú að hið endurskoðaða fyrirkomulag á væri enn haldið þeim annmarka að tveggja stoða kerfi, byggt á mismunandi grunni gæti ekki tryggt einsleitni. Hins vegar var álitaefnið hvort hið endurskoðaða dómstólakerfi væri andstætt sáttmálum sambandsins líkt og í *áltiti 1/91*.<sup>75</sup>

Í fljótumáli var niðurstaða dómstólsins sú að ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar á grundvelli 105. gr. EES-samningsins mættu ekki hafa áhrif á dómsúrlausnir dómstóla sambandsins. Brugðust samningsaðilar við þessu með því að flytja samþykkt úr fundargerð yfir í bókun 48 við EES-samninginn sem kveður á um að ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar séu ekki bindandi fyrir Evrópubómstólinn.<sup>76</sup>

EFTA-dómstóllinn tók því við hlutverki því sem upphaflegu samningsdrögin höfðu ætlað hinum sameiginlega EES-dómstól, og Evrópubómstólsins. EFTA-dómstólnum var ætlað að taka tilhlýðilegt tillit til dóma Evrópubómstólsins eftir undirritunardag og sameiginlegu EES-

<sup>71</sup> C-deild Stjórnartíðinda nr. 32/1993 bls. 1461 – 1587.

<sup>72</sup> *EBD, álit 1/91, 71. málsgri.*

<sup>73</sup> Björn Friðfinnsson: „Samningaviðræðurnar um Evrópska efnaþagssvæðið“, bls. 66-67.

<sup>74</sup> *EBD, álit 1/92, ECR 1992, bls. I-2821.*

<sup>75</sup> Eins og áður hefur verið getið þá virðist Undirréttur(nú Almenni dómstóllinn) í *máli EBD, T-115/94, ECR 1997, bls. II-39* draga úr ofangreindri túlkun Evrópubómstólsins í *álitum 1/91 og 1/92* og telja EES-samninginn vera ekki aðeins hefðbundinn fríverslunarsamning.

<sup>76</sup> Björn Friðfinnsson: „Samningaviðræðurnar um Evrópska efnaþagssvæðið“, bls. 67.

nefndinni ætlað að hafa eftirlit með einsleitni dómstólana í túlkun á réttarreglum.<sup>77</sup> Evrópudómstólnum var ekki lengur ætlað að taka tillit til dómstóls EES-svæðisins.<sup>78</sup> EFTA-dómstólnum var því ætlað einangrað hlutverk varðandi aðildarríki EFTA, og engin bein né óbein tengsl við Evrópudómstólinn.<sup>79</sup>

Að lokum stóð eftir EES-samningur þar sem 2. mgr. 108. gr. kveður á um að EFTA-ríki skuli gera sjálfstæðan samning, um stofnun EFTA-dómstóls, lögsaga hans skuli meðal annars ná yfir samningsbrotamál, endurskoðun á ákvörðunum ESA og úrskurða um ágreining milli tveggja eða fleiri EFTA-ríkja.<sup>80</sup>

Fræðimenn eru ekki á einu máli um hvort að hægt sé að tryggja einsleitni í raun innan tveggja stoða EES-samningsins og hefur spurningunni því ekki verið svarað enn á þeim vettvangi.<sup>81</sup>

## 2.4 Sambærileg réttindi á grundvelli mismunandi réttarverndar

Eitt meginmarkmiða EES-samningsins er að koma á fót einsleitu efnahagssvæði þar sem sömu reglur og samræmd framkvæmd gildir á þeim sviðum sem samningurinn nær til. Í 4. lið aðfararorða samningsins er áréttar að samningnum sé ætlað að mynda öflugt einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólmum, jafnrétti, gagnkvæmni, heildarjafnvægi hagsbóta og réttinda og skyldna samningsaðila. EFTA-dómstóllinn hefur ítrekað vísað til 4. tl. aðfararorðanna og eru þau almennt talin mikilvæg við túlkun samningsins.<sup>82</sup>

### 2.4.2 Áhrif EES-réttar á landsrétt og bókun 35 við EES-samninginn

Eins og áður hefur verið vikið að bókun 35 við EES-samninginn. Almennt ber ekki mikið á bókunum við samninginn, og fá þær oftast lítið vægi þegar rætt er um EES-samninginn hér á landi. Hins vegar teljast bókanir samningsins til hans ásamt meginmáli og viðaukum. Í íslenskri útgáfu EES-samningsins hljóða aðfararorð og bókun 35 svo:

---

<sup>77</sup> EBD, álit I/92, 6. mgr.

<sup>78</sup> Sama heimild, 16. mgr.

<sup>79</sup> Sama heimild, 13. mgr.

<sup>80</sup> Engin skylda er þó á EFTA-dómstólnum að túlka ákvæði ESE-samningsins í samræmi við dómsúrlausnir Evrópudómstólsins. EFTA-dómstóllinn hefur engu að síður fylgt túlkun hans. Sjá Hans Petter Graver: „*The EFTA-court and the Court of Justice of the EC*“, bls. 35-36.

<sup>81</sup> M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 188-192.

<sup>82</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES réttur og landsréttur*, bls. 41.

Þar eð með samningi þessum er stefnt að einsleitu Evrópsku efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegum reglum, án þess að samningsaðila sé gert að framselja löggjafarvald til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins; og þar eð þessum markmiðum verður því að ná með þeirri málsmeðferð sem gildir í hverju landi um sig.

#### Stök grein

Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annara laga, skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.

Fræðimenn eru ekki á eitt sammála um áhrif og gildissvið bókunar 35. Að mati sumra hefur bókun 35 þau áhrif að víkja beri skilyrðislaust til hliðar innlendum lagareglum sem brjóti í bága við réttilega innleiddar EES-reglur, óháð öðrum lögskýringarsjónarmiðum svo sem *lex posterior* eða *lex specialis*.<sup>83</sup> Jafnframt hafa heyrst þær skoðanir að bókun 35 eigi að gilda jafnt um almenn lög, og stjórnskipunarlög sem brjóti í bága við réttilega innleiddar EES-reglur sem er nær túlkun Evrópudómstólsins í ESB-rétti.<sup>84</sup>

Almennt hafa innlendir fræðimenn þó talið að bókun 35 feli í sér þá skuldbindingu fyrir EFTA ríki EES-samningsins að innleiða reglu sem veiti réttilega innleiddri EES-reglu forgang gagnvart öðrum innlendum lagareglum en jafnframt viðurkenna fullveldi EFTA-ríkja og að EES-samningurinn feli ekki í sér framsal löggjafarvalds.<sup>85</sup> Ef draga á saman þá skuldbindingu sem fellst í bókuninni má setja fram eftirfarandi viðmið.

Bókunin setur þá skyldu á EFTA ríki EES-samningsins að í ákveðnum tilvikum beri að veita innleiddum EES-reglu forgang gagnvart öðrum innlendum réttarreglum.<sup>86</sup> Gildissvið bókunarinnar takmarkast við EES-gerðir sem réttilega hafa verið innleiddar og þar af leiðandi á hún ekki við um ranglega innleiddar gerðir.<sup>87</sup> Ríkjunum ber jafnframt skylda til að setja í lög ákvæði sem tryggja slíka framkvæmt. Þjóðréttarlegri skuldbindingu Íslands skv.bókun 35 var ætlað að vera fullnægt með 3. gr. l. nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Ákvæði greinarinnar er knappt og fáort:

<sup>83</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 122 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 392.

<sup>84</sup> T.d. má hér nefna erindi yfirlögfræðings ESA, Xavier Lewis á málþingi Eftirlitsstofnunar EFTA sem haldið var í Háskólanum í Reykjavík þann 6. júní 2012. Í erindi Xavier kom fram sú túlkun að bókun 35 eigi að víkja til hliðar öllum innlendum lagareglum, þar með talið stjórnloðum sem andstæð séu réttilega innleiddum EES-gerðum.

<sup>85</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 340-342.

<sup>86</sup> Hans Petter Graver: "The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States", bls. 98.

<sup>87</sup> EFTA-dómstóllinn hefur staðfest þetta m.a. í málum E-1/01, ECR 2002, bls. 1. Þar sem EFTA-dómstóllinn áréttar að bókun 35 á eingöngu við EES-gerðir sem lögfestar hafa verið og E-01/07, ECR 2007, bls. 245. Þar tekur dómstóllinn fram að EES-samningurinn feli ekki í sér að ranglega innleiddar gerðir beri að láta öðlast beina réttarverkan og ganga framar innlendri lagareglu sem feli í sér gallaða innleiðingu.

Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að l. nr. 2/1993 er 3. gr. skýrð með eftirfarandi hætti:

Í bókun 35 er fjallað um framkvæmd EES-reglna.

Íslenskum dómsþórum ber að túlka íslensk lög í samræmi við þjóðarétt. Í dóum undanfarið hefur Hæstiréttur gengið mjög langt í þessu efni, sbr. t.d. hrd. 1990, bls. 2. Þar væk rétturinn frá nýlegum og skýrum dómafordænum sínum og túlkaði lög m.a. til samræmis við þjóðréttarreglu, sem gildir ekki sem lög hér á landi, þ.e. túlkun mannréttindanefndar Evrópu á tiltekinni grein mannréttindasáttmála Evrópu. Samkvæmt þessu verður að telja að verði árekstur milli laga, sem sett hafa verið vegna skuldbindinga í þjóðréttarsamningi, og annarra innlendra réttarreglna veiti dómafordæmi Hæstaréttar vísbendingu um að innlenda reglan verði túlkuð til samræmis við þjóðréttarregluna eftir því sem framast er kostur.

Þar fyrir utan er sterk hefð fyrir þeirri reglu í íslenskum rétti að sérlög gangi framar almennum lögum, þ.e. að lög, sem eru almanns eðlis, eru ekki talin fella brott eldri sérreglur laga um sama efni nema brottfellingarinnar sé getið sérstaklega í yngri lögunum. Oft mundi EES-regla vera sérregla um tiltekið efni.

Í 3. gr. felst m.a. að innlend lög sem eiga stoð í EES-samningnum verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamrýmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram. Þetta er nauðsynlegt til þess að tryggja samræmi í reglunum á Evrópska efnahagssvæðinu. Í bókun 35 er og skýrt tekið fram að þessi skýringarregla skuli ekki hafa í för með sér framsal á löggjafarvaldi og er 3. gr. við það miðuð.

Orðin „lög og reglur“ taka bæði til innlendra laga og reglna sem ekki tengjast EES-samningnum og til laga og reglna sem sett hafa verið eða sett verða til að uppfylla skuldbindingar samkvæmt samningnum. Hin síðarnefndu geta verið eldri en EES-samningurinn, sbr. t.d. lög um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991, en þau geta einnig verið yngri.

Orðin „að svo miklu leyti sem við á“ takmarka skýringarreglu greinarinnar með tvennum hætti. Annars vegar tekur skýringarreglan aðeins til laga sem kunna að fara í bága við EES-samninginn. Hins vegar er hnykkkt á að hún takmarkast af stjórnarskrá, þ.e. Alþingi getur ekki bundið sjálft sig varðandi framtíðar lagasetningu.

Með EES-samningnum er átt við meginmál samningsins, bókanir og viðauka, ásamt gerðum sem þar er vísað til, sbr. 1. tl. 1. gr. frumvarpsins.

Orðin „reglur sem á honum byggja“ taka til EES-reglna, sem samþykktar verða eftir gildistöku EES-samningsins, þ.e. ákvarðana sameiginlegu EES-nefndarinnar skv. 92. gr. samningsins um breytingar á honum skv. 98. gr., að stjórnskipulegum skilyrðum uppfylltum skv. 103. gr.

Með 3. gr. er jafnframt tryggt að lögfesting meginmáls EES-samningsins skv. 2. gr. frumvarpsins hróflar ekki við þeim undanþágum fyrir Ísland sem felast í samningnum, t.d. um frestun gildistöku einstakra ákvæða, eða öðrum sérákvæðum hans.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Alpt. 1992-1993, A-deild, bls. 224.

Eins og sjá má þá felur greinargerðin í sér að vissu leiti tilvísun til þeirrar meginreglu að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands.<sup>89</sup> Þá er áréttar að 3. gr. laganna feli í sér að skýra beri EES-gerðir, óháð aldri sbr. tilvísun til l. nr. 25/1991, sem rædd verða nánar hér í kaflanum, sem sérlög gagnvart öðrum innlendum lagareglum.

Í raun felur texti 3. gr. EES-laganna í sér innleiðingu á bókun 35, sem skv. orðanna hljóðan má skilja sem svo að sé ætlað að veita réttilega innleiddum gerðum forgangsáhrif yfir aðrar innlendar lagareglur á grundvelli líkindareglunnar og óbeinna forgangsáhrifa.<sup>90</sup>

EES-samningurinn felur einnig í sér skyldu á dómstóla í aðildarríkjum að túlka innlenden rétt í samræmi við EES-skuldbindingar. Einsleitni er eins og rætt hefur verið eitt af grundvallarmarkmiðum EES-samningsins. Setur það skuldbindingar á alla handhafa ríkisvalds, framkvæmdavaldið, löggjafann og dómsvald í öllum EFTA-ríkjum EES-samningsins.<sup>91</sup>

Í Noregi var bókun 35 innleidd með eftirfarandi ákvæði 2. gr. norsku EES-laganna í þýðingu höfundar:

Lagaákvæðum sem ætlað er að uppfylla samningsskyldur Noregs skv. samningnum skulu ganga framar ef árekstrar verða við önnur lagaákvæði um sama efni. Sama gildir ef reglugerð sem ætlað er að uppfylla skyldur Noregs skv. samningnum stríða gegn öðrum reglugerðum eða síðari lögum.<sup>92</sup>

Ljóst er að talsverður munur er á umfangi 3. gr. íslensku EES-laganna annars vegar og 2. gr. norsku EES-laganna hins vegar. Telja verður þó að ákvæði norsku laganna fari nær því að uppfylla skuldbindingar skv. bókun 35. við EES-samninginn. Rétt er að taka fram að Noregur innleiddi EES-samninginn á grundvelli heimildar í 93. gr. stjskr. Noregs en hún heimilar framsal á fullveldi að vissum skilyrðum uppfylltum.<sup>93</sup> Við fullgildingu og innleiðingu á EES-samningnum var talið að í samningnum fælist ekki fullveldisframsal þó norskir fræðimenn séu annrar skoðunar í dag.<sup>94</sup>

Dómstólar á Íslandi og í Noregi hafa lítið tjáð sig beint um inntak og gildi bókunar 35 og innleiðingu hennar í hvoru ríki fyrir sig. Íslenskir dómstólar hafa þó vikið að henni í nokkrum

<sup>89</sup> Davið Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 257.

<sup>90</sup> Ólafur Jóhannes Einarsson: „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 380 og áfr.

<sup>91</sup> Hans Petter Graver: "The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States", bls. 98-99

<sup>92</sup> Lov nr 109/1992: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

<sup>93</sup> *Utenfor og innenfor*, bls. 234 og bls. 855.

<sup>94</sup> Sama heimild, bls. 852-860.

dómum, en erfitt er að greina hver áhrif bókunarinnar eru þó í raun sökum fárra mála þar sem á hana hefur reynt í raun.<sup>95</sup>

Í máli *Harðar Einarssonar*<sup>96</sup> reyndi á ákvæði íslenskra virðisaukaskattslaga og hvort þau samræmdust EES-samningnum. Íslensk lög gerðu ráð fyrir því að rit á íslenskri tungu bæru lægri virðisaukaskatt en rit á öðrum tungumálum. Leitað var ráðgefandi álíts EFTA-dómstólsins og gaf dómstóllinn álit sitt í máli *E-1/01*. Var talið að slík ákvæði væru andstæð 40. gr. EES-samningsins. Hæstiréttur byggði á bókun 35 og 3. gr. I. nr. 2/1992 og taldi á grundvelli þess að meginmál EES-samningsins hefði verið lögfest, og með hliðsjón af ofangreindri lögskýringarreglu bæri að víkja til hliðar ákvæði virðisaukaskattslaga þar sem almennt yrði EES-samningurinn túlkaður sem sérlög gagnvart öðrum lögum en einnig vísar dómstóllinn til þess að virðisaukaskattlögin væru eldri en lögfesting EES-samningsins.

Er því ekki fyllilega ljóst hvort dómurinn byggi á lögskýringarsjónarmiði um að sérreglur víki almennum reglum til hliðar<sup>97</sup> eða því lögskýringarsjónarmiði að *eldri lög víki fyrir yngri*<sup>98</sup> í niðurstöðu sinni.<sup>99</sup>

Í máli *Biðskýlisins í Njarðvík*<sup>100</sup> var kærður úrskurður héraðsdóms um að hafna að leita ráðgefandi álíts. Atvik málsins snerust um hlutlæga bótaábyrgð sem sett var á sölu- og dreifingaraðila á grundvelli I. nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð. Lögin voru sett árið 1991, fyrir gildistöku EES-samningsins og var ætlað að samræma neytendavernd við það sem tíðkaðist í Evrópu og byggðust lögin að miklu leiti á dönskum lögum um sama efni.<sup>101</sup> Það sem er því sérstakt er að hér er um að ræða innleiðingu á tilskipun 85/374/EBE, fyrir gildistöku EES-samningsins, en líkt og fram kom í athugasemdum með 3. gr. EES-laga, þá næði bókun 35 t.d. yfir I. nr. 25/1991.<sup>102</sup>

Í málinu óskaði B eftir því að leitað yrði ráðgefandi álíts á því hvort slík ábyrgðarregla samræmdist EES-samningnum. Evrópusámsstóllinn hafði í tveim málum tekið afstöðu til

<sup>95</sup> Hæstiréttur hefur minnst á bókun 35 í 13 dómsniðurstöðum sínum. *Hrd. 1998, bls. 500, Hrd. 1999, bls. 4916, Hrd. 2001, bls. 1188 (354/2000), Hrd. 2001, bls. 2505 (17/2001), Hrd. 2001, bls. 3451 (129/2001), Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002), Hrd. 2003, bls. 4538 (461/2003), Hrd. 15. febrúar 2007 (120/2006), Hrd. 7. febrúar 2008 (195/2007), Hrd. 15. maí 2010 (449/2009), Hrd. 9. desember 2010 (79/2010), Hrd. 7. febrúar 2011 (38/2011) og Hrd. 13. maí 2011 (225/2012).*

<sup>96</sup> *Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002)*.

<sup>97</sup> Þetta lögskýringarsjónarmið er nefnt á latínu „Lex specialis derogat legi generali“.

<sup>98</sup> Þetta lögskýringarsjónarmið er nefnt á latínu „Lex posterior derogat legi priori“.

<sup>99</sup> Ólafur Jóhannes Einarsson: „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 391-392.

<sup>100</sup> *Hrd. 29. apríl 2008 (195/2008)*.

<sup>101</sup> Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 685.

<sup>102</sup> Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 224.

ofangreindrar tilskipunar, sem snerist um allsherjarsamræmingu á hlutlægri ábyrgð vegna hættueiginleika vöru.<sup>103</sup> Samkvæmt niðurstöðu Evrópubómstólsins er ríkjum óheimilt að ganga lengra eða skemur en tilskipunin tilgreinir og bera einstaklingar sem verða fyrir tjóni því ætíð 500 evrur tjóns síns sjálfir, ef ekki er hægt að rekja tjónið til sakar.

Hæstiréttur staðfesti úrskurð héraðsdóms með vísan til þess að ástæðulaust væri að leita eftir túlkun EFTA-dómstólsins á umræddum atriðum með eftirfarandi rökstuðningi (áherslur eru höfundar):

Eins og háttar er orðalagi framangreindra atriða, sem varnaraðilinn Biðskýlið Njarðvík ehf. óskar eftir að EFTA-dómstóllinn verði fenginn til að láta uppi álit á, er í öllum þremur tilvikum byggt á þeirri forsendu að skaðabótaskylda hvíli eftir íslenskum lögum á þeim, sem telst dreifingaraðili vöru í skilningi laga nr. 25/1991, en leitað sé svara við því hvort sú skipan samrýmist nánar tilteknum reglum, sem gildi á Evrópska efnahagssvæðinu. **Varnaraðilinn hefur engin viðhlítandi rök fært fyrir því hvernig svör við þessu, sem kynnu að fela í sér það álit að íslensk lög væru í einhverjum þessum atriðum eða öllum í andstöðu við reglur á Evrópska efnahagssvæðinu, fengju einhverju breytt um réttarstöðu aðilanna í skiptum þeirra innbyrðis.** Að auki er til þess að líta að varnaraðilinn hefur í málatilbúnaði sínum vísad til dóms dómstóls Evrópubandalaganna 10. janúar 2006, þar sem afstaða hafi verið tekin til þess hvort tiltekin ákvæði danskra laga um skaðsemisábyrgð, sem hann kveður efnislega samhljóða íslenskri löggjöf um sömu efni, samrýmist reglum tilskipunar 85/374/EBE, en eintak af þeim dómi hefur verið lagt fram í málinu

Færa má rök fyrir því að þessi dómur staðfesti að bókun 35 hafi ekki gildi í íslenskum rétti, lesa megi úr niðurstöðu Hæstaréttar að EES-samningurinn hafi ekki áhrif á túlkun íslenskra laga, þrátt hvort sem EFTA-dómstóllinn úrskurði að framkvæmd líkt og hér á landi samræmist ekki tilgreindri EES-reglu eða ekki.

Hins vegar telur höfundur þessa rits að niðurstaða Hæstaréttar hafi verið rétt í þessu máli. Í fyrsta lagi er ljóst að tilskipun 85/374/EBE var ranglega innleidd hér á landi. Einstaklingar voru ekki látnir bera neinn hluta tjóns síns, en tilskipunin gerir ráð fyrir því að þegar um sé að ræða hlutlæga bótaábyrgð þar sem engin sök sé til staðar, beri tjónþoli 500 evrur tjóns síns sjálfur. Höfundur hefur heyrt þeim rökum beitt að tilskipunin hafi verið réttilega innleidd þar sem einungis ein lagagrein í l. nr. 25/1991 hafi verið í andstöðu við tilskipunina. Slík rök halda ekki, tilskipun 85/374/EBE var innleidd með sérstökum lögum sem var ekki ætlað annað hlutverk en að innleiða efnisreglur tilskipunarinnar og samræma þar sem íslenska neytendavernd því sem almennt gerist í nágrannaríkjum. Þá kemur fram í greinargerð með frumvarpi því sem varð að l. nr. 25/1991 að íslenskur réttur verði ekki fullkomlega eins og

---

<sup>103</sup> Um er að ræða forúrskurð í máli *EBD, mál C-402/03, ECR 2006, bls. I-199* og Samningsbrotamál framkvæmdastjórnarinnar í máli *EBD, mál C-154/00, ECR 2002, bls. I-3879* gegn Grikklandi

réttarreglur í nágrannaríkjum á þessu sviði þrátt fyrir að frumvarpið yrði að lögum.<sup>104</sup> Var innleiðingin því aldrei í samræmi við efni tilskipunarinnar, þar eð eitt ákvæði hennar var í andstöðu við efni tilskipunarinnar frá upphafi og því gæti bókun 35 ekki átt við slík tilvik, enda fæli það í sér að tilskipanir hefðu been réttaráhrif í EES-rétti.

Einnig er rétt að taka fram að tilskipunin felur í sér að hafa áhrif með láréttum hætti, það er á lögskipti tveggja aðila sín á milli. Almennt verður slíkum tilskipunum ekki veitt beina réttarverkan ef innleiðing þeirra er ófullkomin í ESB-rétti, og sein réttarverkan er ekki hluti af EES-rétti sbr. umfjöllun að ofan.<sup>105</sup>

Niðurstaða málsins var sú að í *Hrd. 9. desember 2010 (79/2010)* var tjónþola dæmdar bætur í málínu á grundvelli hlutlægrar ábyrgðar en ekki láttinn bera neinn hluta tjóns síns sjálfur. Í dómnum segir Hæstiréttur um 3. gr. EES-laganna:

Í 3. gr. laga nr. 2/1993 er mælt svo fyrir að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur, sem á honum byggja. Slík lögskýring tekur eðli máls samkvæmt til þess að orðum í íslenskum lögum verði svo sem framast er unnt gefin merking, sem rúmast innan þeirra og næst kemst því að svara til sameiginlegra reglna sem gilda eiga á Evrópska efnahagssvæðinu, en hún getur á hinn bóginn ekki leitt til þess að litið verði fram hjá orðum íslenskra laga. Orð 10. gr. laga nr. 25/1991 um beina ábyrgð dreifingaraðila á skaðsemistjóni gagnvart tjónþola hafa ótvíraða merkingu og gefa ekkert svigrúm til að hliðra þeirra ábyrgð með skýringu samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993. Með þessum athugasemdum verður niðurstaða hins áfrýjaða dóms staðfest.

Mat höfundar er að í niðurstöðu sinni sé Hæstiréttur ekki að vísa til inntaks bókunar 35 almennt, heldur einungis málsatvika í ofangreindu máli. Dómsniðurstaða þessa máls hefði ekki orðið önnur innan ESB stoðar EES-svæðisins, tilskipunin var ranglega innleidd þar sem við innleiðinguna var gengið lengra en tilskipunin heimilaði. Því átti bókun 35 við EES-samninginn ekki við í málínu. Evrópubómstóllinn hafði túlkað þau atriði sem óskað var að leitað yrði álits á og þar af leiðandi engin þörf á að leita álits EFTA-dómstólsins um túlkun eða skýringu á gerðinni. Þá er ekki hægt á grundvelli óbeinna forgangsáhrifa að gefa umræddri lagareglu þá túlkun eða lögskýringu að hún geti samræmst efni tilskipunarinnar. Til þess er orðalag hennar of afmarkað og skýrt, sbr. ummæli Hæstaréttar í niðurstöðu sinni.

Mögulegt er að á grundvelli meginreglunnar um forgangsáhrif bæri að víkja 10. gr. l. nr. 25/1991 til hliðar, innan ESB-réttar sbr. forúrskurð Evrópubómstólsins í máli *Simmenthal*.<sup>106</sup> Hins vegar telur höfundur þessa rits að meginreglan um forgangsáhrif eigi ekki við í tilvikum þar sem innleiðingu var áfátt líkt og í ofangreindu máli.

<sup>104</sup> Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 691.

<sup>105</sup> *EBD, mál 26/62, ECR 1963, bls. 1.*

<sup>106</sup> *EBD, mál 106/77, ECR 1978, bls. 629.*

Ekki er lokum fyrir það skotið að dreifingaraðili sem þurfti að bera tjón tjónþola, geti fengið sitt tjón bætt í skaðabótamáli gegn ríkinu á grundvelli rangrar innleiðingar ef skilyrði eru til staðar. Löggjafanum er ætlað það hlutverk að innleiða EES-reglur, og verður því að ætla honum jafnframt það hlutverk að lagfæra ef slík innleiðing hefur misfarist og gallinn svo stór að ekki sé hægt að túlka innlenda lagareglu í samræmi við EES-gerð, líkt og gerðist í ofangreindu máli.

Í svonefndum *Finanger I dómi*<sup>107</sup> í Noregi óskuðu dómstólar eftir álti EFTA-dómstólsins um túlkun á tilskipunum um ökutækjatryggingar. Í niðurstöðu meirihlutans í málinu er skýrt tekið fram að tilskipanirnar hafi ekki bein réttaráhrif í norscum rétti. Innleiða þurfi efnisreglur í norskan rétt, sem ekki hafi verið gert í þessu tilviki, og því því ekki framar ákvæðum bifreiðaábyrgðarlaganna. Hins vegar beri dómstólum skv. 3. og 6. gr. EES-samningsins, að beita öllum þeim skýringarreglum sem tækar eru að norscum lögum með þeim hætti að niðurstaðan verði ekki í andstöðu við EES-rétt. Til sömu niðurstöðu leiði einnig sú skýringarregla að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Niðurstaða meirihlutans var engu að síður sú að ekki væri hægt að túlka innlendu lagareglurnar í samræmi við EES-gerðirnar. Meirihluti Hæstiréttar Noregs vísar til þess að hlutverk löggjafans væri að innleiða EES-gerðir og einnig að leiðréttu þær ef innleiðing væri gölluð. Það væri ekki hlutverk dómstóla að ganga í slík verk. Niðurstaða málsins var því sú að norska lagareglan gengi framar EES-gerðunum.<sup>108</sup>

Minnihlutinn komst að þeirri niðurstöðu að með viðurkenndum lögskýringaraðferðum, mætti skýra norska lagaákvæðið í samræmi við tilskipanirnar. Minnihluti dómsins virðist gefa EES-gerðum stöðu sjálfstæðra réttarheimilda, jafnvel þótt það sé gert með lögskýringu á norscum lagaákvæðum, en sú skýring verður til þess að norska lagaákvæðið er lagt algerlega til hliðar og látið víkja fyrir óinnleiddri EES-reglu.

Eins og sjá má af þeim dóum sem reifaðir hafa verið að bókun 35, sem innleidd var með ólíkum hætti á Íslandi og í Noregi reynir mjög á mörk viðurkenndra sjónarmiða í landsrétti. Hins vegar er mat höfundar að dómstólar í aðildarríkjum EFTA

<sup>107</sup> *Hæstiréttur Noregs, Rt. 2000, bls. 1811 (Finanger I).*

<sup>108</sup> Fredrik Sejersted o.fl.: *EØS-rett*, bls. 247-249.

leitist við að uppfylla þær þjóðréttarlegu samningsskuldbindingar sem felast í EES-samningnum.<sup>109</sup> Eins og vikið var að í byrjun kaflans þá var bókun 35 innleidd í formi lögskýringarreglu sem felur í sér óbein lagaáhrif EES-gerða, að minnsta kosti skv. orðanna hljóðan. Nánar verður fjallað um bókun 35 í 7. kafla og litið til þess hvort ástæða sé til að endurskoða innleiðingu EES-samningsins.

### 3 Forúrskurðir og ráðgefandi álit

Eins og rakið var í öðrum kafla þá var Evrópubómstóllinn settur á fót til að leysa úr um réttarágreining er varðar sambandsrétt. Eins og ráða má af 267. gr. SUSE eru dómstólar aðildarríkja einnig dómstólar sambandsins í ESB-rétti að því leiti að þeim er ætlað að vernda það réttarkerfi sem sáttmálarinnir koma á fót og er því um að ræða samstarf hliðstæðra dómstóla, sem í sameiningu er ætlað að veita réttarvernd innan Evrópusambandsins. Hefur Evrópubómstóllinn lagt mikla áherslu á að tryggja að dómstólar aðildarríkja geti átt í slíku samtali við Evrópubómstóllinn.<sup>110</sup>

Engu að síður eiga aðilar máls ekki rétt á því að ágreiningur er varðar ESB-gerðir í dómsmáli fyrir dómstól í aðildarríki sé borinn undir Evrópubómstóllinn, slíkt er fyrir dómstól í aðildarríki að ákvárdar.<sup>111</sup> Er því nokkuð sérkennilegt að það réttarúrræði sem nýtist borgurum með virkustum hætti og hefur haft óumdeilanlega mest áhrif á virkni ESB-réttar sé með þeim hætti að málsaðilar séu í raun aukaatriði þegar kemur að ákvörðun um að óska forúrskurðar. Tilgangur forúrskurðarkerfisins er að tryggja að dómstólar betti samræmdri og einsleitri túlkun á ESB-rétti.<sup>112</sup>

Í raun njóta aðilar ekki nokkurs forræðis á beiðninni heldur skal dómstóll óska eftir slíku áliti ef hann telur þörf á því.<sup>113</sup> Þá getur einnig verið sú staða að málsaðilar séu ósammála því að leitað sé forúrskurðar en dómstóll telur nauðsyn að afla álits Evrópubómstólsins og öfugt.

Forúrskurðir hafa eins og áður segir haft gífurleg og djúpstæð áhrif á þróun Evrópusambandsins og túlkun sambandsréttar, má nefna að atriði eins og bein réttarverkan og forgangsáhrif.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> Margrét Einarsdóttir: „*Forgangsáhrif réttilega innleidra EES-reglna*“, bls. 35 .

<sup>110</sup> EBD, álit 1/09, mgr. 78-89.

<sup>111</sup> Morten Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 279 og áfr.

<sup>112</sup> Sama heimild, bls. 2-3.

<sup>113</sup> Skv. 267. gr. er dómstól heimilt ef hann telur þörf á að leita forúrskurðar, málsaðilar geta lagt slíkt til, en ákvörðunin er ætíð dómstólsins sjálfs.

EFTA-dómstólnum er fengið hliðstætt hlutverk innan EFTA stoðar EES-svæðisins, dómstólar Íslands, Noregs og Liechtenstein geta óskað eftir ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins á atriðum er varða beitingu EES-samningsins eða gerða sem tekna hafa verið upp í samninginn. Þó er ákveðinn eðlismunur á milli þessara tveggja úrræða, sem verður gerð nánari grein fyrir í þessum kafla. Verður metið hvort sá eðlismunur á þessum tveim úrræðum leiði til mismunandi réttarverndar einstaklinga og verða dómar reifaðir til skýringar.

### 3.1 Forúrskurðir Evrópusambandsins

Eins og áður er getið þá veitir 267. gr. *SUSE* Evrópusambandsins lögsögu til að kveða upp forúrskurði varðandi túlkun sáttmálanna og lögmæti og túlkun gerða sambandsins. Ákvæðið felur í sér að dómstólar aðildarríkja, sem ætlað er að beita ESB rétti í landsrétti hafa heimild, og ef um er að ræða síðasta dómstig skyldu til að óska eftir forúrskurði Evrópusambandsins þegar álitaefni er varðar túlkun ESB-réttar kemur upp.<sup>115</sup> Ákvæðið er svohljóðandi í íslenskri þýðingu Lissabon sáttmálans:

- Dómstóll Evrópusambandsins skal fara með lögsögu til að kveða upp forúrskurði um:
- a) túlkun sáttmálanna,
  - b) lögmæti og túlkun gerða stofnana, aðila, skrifstofa eða sérstofnana Sambandsins.

Komi slíkt álitaefni upp fyrir dómi í aðildarríki, getur viðkomandi dómstóll óskað úrskurðar Dómstólsins um það ef talið er að slíkur úrskurður sé nauðsynlegur áður en dæmt er í því.

Komi slíkt álitaefni upp í máli, sem bíður úrlausnar fyrir dómstóli í aðildarríki, og úrlausn hans sætir ekki málskoti samkvæmt landslögum skal fara með málið fyrir Dómstólinn.

Komi slíkt álitaefni upp í máli, sem varðar gæslufanga og bíður úrlausnar fyrir dómstóli í aðildarríki, skal Dómstóll Evrópusambandsins taka ákvörðun svo fljótt sem verða má.

Eins og nánar verður fjallað um þá er lögsaga í málum er varða túlkun sáttmálanna og lögmæti og túlkun gerða sambandsins hjá Evrópusambandsins. Til að tryggja einsleitni geta dómstólar aðildarríkja, og eftir atvikum ber þeim að leita forúrskurðar hjá Evrópusambandsins. Í dómaframkvæmd hafa myndast ákveðnar meginreglur varðandi túlkun á 267. gr. er varðar hvað teljist dómstóll, hvenær sé um að ræða dómstól sem ekki sætir málskoti og hvers megi spyrja Evrópusambandsins. Þá má ekki túlka 3. mgr. 267. gr. með þeim hætti að dómstólum beri ætíð að leita eftir forúrskurði þegar upp koma atvik í málsmeðferð sem leiða til þess að nauðsynlegt er að túlka ESB-réttarreglu.

<sup>114</sup> *EBD, mál 26/62, ECR 1963, bls. I* og *EBD, mál 6/64, ECR 1964, bls. 585*. EFTA-dómstóllinn tók fram í máli *EFTAD, mál E-1/07, EFTACR 2007, bls. 246* að forgangsáhrif og bein réttarverkan væru ekki hluti af EES-rétti.

<sup>115</sup> 3. mgr. 267. gr. *SUSE*.

### 3.1.1 Hvað telst dómstóll í skilningi 267. gr. SUSE?

Aðeins dómstólar aðildarríkja geta óskað eftir forúrskurðum.<sup>116</sup> Af þessu leiðir að einstaklingar og lögaðilar geta ekki krafist þess að álits Evrópudómstólsins verði óskað, þó þeir telji að um sé að ræða málsatvik þar sem reynir á beitingu ESB-réttar. Að sama skapi geta aðilar máls ekki stöðvað dómstól í aðildarríki að óska eftir forúrskurði Evrópudómstólsins varðandi túlkun sáttmála og gerða sambandsins.<sup>117</sup> Bæði almennir dómstólar og sérdómstólar hafa heimild til að leita til Evrópudómstólsins þegar upp vaknar atriði sem snýr lögsögu Evrópudómstólsins.<sup>118</sup> Það er Evrópudómstólsins að ákvarða hvort aðili sem til hans leitar með spurningu teljist dómstóll en ekki er litið til flokkunar í landsrétti eða þess hvort um sé að ræða stofnun sem ber nafnið dómstóll.<sup>119</sup> Í Máli *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*<sup>120</sup> reyndi á hvort stjórnsýslunefnd gæti talist dómstóll í skilningi þágildandi 177.gr. Rómarsáttmálans sem er samsvarandi núgildandi 267. gr.

D hafði tekið þátt í útboði vegna arkitektavinnu og verkfræðihönnunar. D hlaut ekki verkið. Hann kærði því útboðið til B sem var kærunefnd á sviði útboðsmála og krafðist þess að verkið yrði stöðvað og vísaði til þess að útboðið hefði brotið gegn ákvæðum tilskipunar 92/50/EB um opinber útboð. Kærunefndin vísaði málínu frá með vísan til þess að hún hefði ekki heimild til að úrskurða um útboð er varða þjónustu. D kærði þá ákvörðun til áfrýjunarnefndar. Óskaði áfrýjunarnefndin því eftir forúrskurði Evrópudómstólsins um beitingu áðurnefndrar tilskipunar 92/50/EB og frestaði málsmeðferð á meðan.

Evrópudómstóllinn ákvað að meta í forúrskurði sínum hvort áfrýjunarnefndin gæti talist dómstóll í skilningi 177. gr. Rómarsáttmálans. Tiltók dómstóllinn að nefndinni væri a) komið á með lögum, b) hún sé ótímabundin, c) hefur lögsögu á þessu sviði d) ætlað að leysa úr deilu á milli málsaðila, e) beiti réttarheimildum og f) sé sjálfstæð. Þar af leiðandi teljist hún vera dómstóll í skilningi 177. gr. sáttmálans (núgildandi 267. gr. SUSE).

Af forúrskurði Evrópudómstólsins má því draga sex atriði sem leiðbeina þegar metið er hvort úrskurðaraðili teljist dómstóll í skilningi ESB-réttar. Honum þarf að hafa verið komið á fót með lögum, en ekki samningi milli aðila. Þar af leiðandi teljast gerðardómar almennt ekki bærir til að bera spurningar undir Evrópudómstóllinn þar sem þeir fara ekki með opinbert vald

<sup>116</sup> Hugtakið dómstóll er skýrt sjálfstætt í ESB- og EES-rétti líkt og fjallað verður um nánar síðar í kaflanum.

<sup>117</sup> Sjá þó bókun 34. við EES-samninginn sem veitir heimild fyrir EFTA ríki EES-svæðisins að heimila dómstólum að óska forúrskurðar Evrópudómstólsins. Slíku ákvæði er þó ekki beitt í EES ríkjum sem tilheyra EFTA.

<sup>118</sup> Stefán Már Stefánsson: Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið, bls. 1022.

<sup>119</sup> Paul Craig og Gráinne De Búrca: EU law: Text, Cases and Materials, bls. 444 og áfr.

<sup>120</sup> EBD, mál 54/96, ECR 1997, bls. I-4961

heldur er komið á fót með samningi milli aðila.<sup>121</sup> Beiðandi þarf að vera varanlegur í þeim skilningi að hann fari reglubundið með dómsvald, en ekki eingöngu í einstaka jaðartilvikum og málsmeðferð þarf að vera með svipuðum hætti og fyrir dómstólum almennt þar með talið að málsaðilar fái að koma sínum sjónarmiðum á framfæri. Þá þarf aðilinn að byggja á beitingu réttarreglna og önnur réttarúrræði séu ekki til staðar þar sem aðillinn sé með úrskurðarvald á þessu sviði. Þá þarf að tryggja sjálfstæði þeirra sem úrskurða og að ekki sé hægt að t.d. vísa þeim frá störfum.<sup>122</sup>

Er því hugtakið „dómstóll eða réttur“ í skilningi 267. gr. SUSE ekki takmarkað við dómstóla í þrengri merkingu heldur alla úrskurðaraðila sem kveða upp bindandi úrlausnir í réttarágreiningi. Þó þurfa ekki öll skilyrðin sem nefnd eru að ofan að vera uppfyllt, t.d. í máli *Broekmeulen* var læknaneftnd talin vera dómstóll þó henni hefði ekki verið komið á með lögum.<sup>123</sup> Eins og nánar verður fjallað um, hefur EFTA dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að skýra ber hugtakið dómstóll eða réttur í 34. gr. ESE samningsins með sambærilegum hætti í EES-rétti og 267. gr. SUSE í ESB-rétti, en íslensk lög heimila þó ekki að aðrir aðilar en héraðsdómstólar, Hæstiréttur og Félagsdómur leiti ráðgefandi álita.<sup>124</sup>

### 3.1.2 *Hvað telst dómstóll sem ekki sætir málskotti?*

Samkvæmt 2. og 3. mgr. 267. gr. SUSE er eðlismunur á dómstólum sem hafa heimild til að óska forúrskurðar og þeirra sem ber að leita forúrskurðar. Þannig má dómstóll á fyrsta dómstigi leita forúrskurðar varðandi túlkun ESB-réttar, en dómstól á lokastigi áfrýjunar ber skylda til að leita ráðgefandi álits ef slíkur vafi vaknar með þeim undantekningum sem fjallað verður um í kafla 3.1.3.

Hins vegar þarf að afmarka hvað sé „dómstól sem úrlausn sætir ekki sætir málskoti“, er nægjanlegt að til sé æðri dómstóll sem undir vissum kringumstæðum sé mögulegt að vísa niðurstöðu til, eða felur ákvæðið í sér að í viðkomandi máli sé gerlegt að vísa niðurstöðu til æðri dómstóls eða úrskurðarnefndar?

Tilgangur 3. mgr. er augljós út frá sjónarhlóli ESB-réttar, ef dómstólar á æðsta dómstigi væru ekki skyldugir að leita forúrskurðar varðandi beitingu ESB-réttar, þá myndi einsleitni í réttarframkvæmd vera stefnt í voða, Tvær kenningar hafa verið ríkjandi þegar kemur að

<sup>121</sup> *EBD, mál, 102/81, ECR 1982, bls. 1095.*

<sup>122</sup> Morten Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 60-69.

<sup>123</sup> *EBD, mál 246/80 ECR 1982, bls. 3045.*

<sup>124</sup> *EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15 og mál E-1/11, EFTACR 2011, bls. 484*, í báðum málum er um að ræða stjórnsýslunefndir sem óska ráðgefandi álits. Í fyrra tilvikum frá Finnlandi en frá Noregi í því síðara.

skýringu á því hvað teljist „dómstólar sem úrlausn sæta ekki málskoti“, fyrri kenningin er kennd við hlutlæga skýringu og gerir ráð fyrir því að ákvæðið nái eingöngu yfir þá dómstóla sem ekki sé mögulegt að vísa til æðri aðila.<sup>125</sup> Hins vegar er það kenning sem byggir á því að meta þurfi heildstætt í hverju tilviki fyrir sig hvort aðili máls eigi möguleika á málskoti, þó að mögulega séð sé hægt að vísa niðurstöðu til æðri úrskurðaraðila í sumum tilvikum. Dæmi um slíkt má nefna mál þar sem upphæð nær ekki áfryjunarlágmarki.<sup>126</sup>

Má ráða af dómafordæmum Evrópu-dómstólsins m.a. í máli *Costa gagn Enel*,<sup>127</sup> og *Lyckeskog*<sup>128</sup> að Evrópu-dómstóllinn beitir heildstæðri nálgun við mat á því hvað teljist „dómstóll sem úrlausn sæti ekki málskoti“.<sup>129</sup> Þá ber að hafa í huga að ekki reynir á að komu Evrópu-dómstólsins að máli sem rekið er af eða gegn aðilum í aðildarríkjum ESB nema dómstóll í aðildarríki óski eftir forúrskurði. Ef dómstólar aðildarríkis bera ekki lögspurningar undir Evrópu-dómstóllinn þegar þörf er á, þá kann framkvæmdastjórnin að höfða samningsbrotamál gegn viðkomandi ríki auk þess sem dómstólar kunna að valda viðkomandi ríki bótaábyrgð sbr. niðurstöðu Evrópu-dómstólsins í máli *Köbler*<sup>130</sup>, sem nánar verður reifaður síðar.

Einnig getur framkvæmdastjórnin hafið undirbúning að samningsbrotamáli vegna heildstæðs skorts á beiðnum um forúrskurði. Árið 2004 gaf framkvæmdastjórnin út rökstutt álit í máli nr. 3899 (2004) frá 07/10/2004 þar sem hún taldi að málsmeðferðarreglur í Svíþjóð leiddu til þess að óvenjulega fáar beiðnir um forúrskurð Evrópu-dómstólsins bærust þaðan. Svíþjóð gerði breytingar á lögum áður en málið kom til kasta Evrópu-dómstólsins og fór eftir athugasemdum framkvæmdastjórnarinnar.<sup>131</sup>

### 3.1.3 Hvers má dómstóll spyrja?

Samkvæmt 1. mgr. 267. gr. SUSE geta dómstólar aðildarríkja óskað þess að Evrópu-dómstóllinn kveði upp forúrskurð um atriði er varða túlkun sáttmálana og afleiddra gerða. Samkvæmt leiðbeiningum Evrópu-dómstólsins varðandi beiðnir frá dómstólum

---

<sup>125</sup> Mortens Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 224-225.

<sup>126</sup> Paul Craig og Cráinne de Burca: *EU Law: Text, Cases and Materials*, bls. 446.

<sup>127</sup> EBD, mál, 6:64. ECR 1964, bls. 585.

<sup>128</sup> EBD, mál, C-99/00, ECR 2002, bls. I-4839.

<sup>129</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1027 og Mortens Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 224-225.

<sup>130</sup> EBD, mál, C-224/01, ECR 2003, ECR I-10239.

<sup>131</sup> Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins?“ bls. 326-327.

aðildarríkja um forúrskurði felur 267. gr. í sér samstarf dómstóla.<sup>132</sup> Hlutverk Evrópudómstólsins er að skýra ákvæði sáttmála og afleidds rétt eða kveða úr um gildi slíks réttar. Evrópudómstóllinn heimfærir ekki réttarheimildir upp á málsatvik eða tekur afstöðu til málsatvika. Slíkt er undir lögsögu dómstóls sem ber spurninguna fram. Svarar Evrópudómstóllinn því eingöngu spurningum er snúa að túlkun á ESB-rétti og því í raun ekki um dómsúrlausn að ræða heldur skýringu á ákvæðum, til að tryggja samræmda túlkun og beitingu ESB-réttar af dómstólum aðildarríkja. Samkvæmt 22. tölulið leiðbeininganna skal beiðni um forúrskurð frá dómstól innihalda stutta samantekt á málsatvikum, umfjöllun um gildandi landsrétt sem málið snertir, afmörkun á viðeigandi ESB-gerðum eða ákvæðum sáttmála, útskýringu á því hvers vegna beiðandi dómstóll taldi rétt að leggja fram spurningu og samantekt á málsástæðum og afstöðu málsaðila frá aðalmeðferð mals í landsrétti.

Evrópudómstóllinn hefur vísað frá beiðnum um forúrskurð í tilvikum þar sem ekki er um raunverulegan réttarágreining að ræða, í máli *Foglia*<sup>133</sup> þar sem franskt félag keypti vín af ítalska heildsalanum Foglia. Aðilar gerðu með sér samning um að kaupandi bæri ekki ábyrgð á greiðslum opinberra gjalda sem væri andstæð ESB-rétti. Komu málsaðilar því upp réttarágreiningi sín á milli til að koma að þeirri málsástæðu að brotið væri gegn sáttmálunum. Evrópudómstóllinn taldi núgildandi 267. gr. eingöngu ná yfir mál þar sem raunverulegur ágreiningur væri til staðar milli málsaðila.

### 3.1.4 Hvenær er ekki þörf á að beina spurningu til forúrskurðar?

Þrátt fyrir að ákvæði 267. gr. SUSE virðist nokkuð skýrt varðandi að dómstólar sem ekki sæta málskoti beri að leita ráðgefandi álits, þá er ákvæðið ekki skýrt jafn þróngt af Evrópudómstólnum í reynd. Í *CILFIT*<sup>134</sup> var spurning lögð fram um hvort 3. mgr. 267. gr. SUSE fæli í sér að dómstólar sem ekki sættu málskoti væri ætíð skylt að leita forúrskurðar Evrópudómstólsins. Svar dómstólsins hefur verið túlkað á þann hátt að Evrópudómstóllinn hafi, með ákveðnum takmörkunum viðurkennt að kenningin um *Acte clair* eigi við um skyldu dómstóla og beitingu 3. mgr.<sup>135</sup> Í dóminum kemur fram að undir ákveðnum kringumstæðum þurfí dómstólar ekki að leita forúrskurðar varðandi beitingu ESB-réttar. Í fyrsta lagi þurfí ekki að leita álits ef álitaefnið hefur ekki þýðingu við úrlausn málsins, þá þarf ekki að leita álits Evrópudómstólsins ef dómstóllinn hefur áður leyst úr efnislega sama álitamáli og að lokum þá

<sup>132</sup> Stjórnartíðindi ESB, C 160/1 birt 28.5.2011.

<sup>133</sup> *EBD, mál 338/85, ECR 1988, bls. 2041.*

<sup>134</sup> *EBD, mál 283/81, ECR 1982, bls. 3415.*

<sup>135</sup> Robert Bray o.fl.:Procedural Law of the European Union, bls. 74-76.

þarf ekki að leita álits ef túlkun umrædds atriðis er svo augljós að enginn vafí sé um hvernig megi túlka það í öllum aðildarríkjum sambandsins. *CILFIT* veitti því dómstólum nokkuð svigrúm, þó takmarkað sé, til að ákvarða sjálfir hvort bera þurfi álitaefni undir Evrópubómstólinn á grundvelli *acte clair*.

Hvorki Evrópubómstóllinn né aðrar stofnanir sambandsins hafa yfir að ráða úrræðum til að þvinga dómstóla til að leita forúrskurðar í fyrilliggjandi máli. Ef dómstóll hunsar þá skyldu sína að ESB-rétti, þá nær Evrópubómstóllinn ekki að taka afstöðu til túlkunar á viðkomandi réttarreglu nema í beinum málflutningi fyrir dómstólnum, svo sem samningsbrotamáli eða máli milli aðildarríkja.<sup>136</sup> Evrópubómstóllinn er þó háður því ætíð að efnið sé boríð undir hann en engar frumkvæðisheimildir eru til staðar og einstaklingum er sniðinn þróngur stakkur til að njóta stöðu aðila máls þar sem sýna þarf fram á einstaklega og sérstaklega hagsmuni, sem skýrt er með þróngum hætti af dómstólnum.<sup>137</sup>

Almennt í lífinu þá fylgir auknum réttindum að jafnaði samsvarandi ábyrgð. Eins og nánar verður fjallað um í 4. kafla varðandi ábyrgð dómstóla í landsrétti á tjóni vegna misbeitingar á sambandsrétti, þá hefur Evrópubómstóllinn, í máli *Köbler*<sup>138</sup> sett fram þá reglu að dómstólar aðildarríkja geti verið skaðabótaskyldir vegna tjóns sem rekja megi til rangrar beitingar ESB-reglna. Verður þessi dómur reifaður nánar í samhengi við framkvæmd innan EFTA-stoðar EES-Svæðisins, en ljóst er að Evrópubómstóllinn leggur mikla ábyrgð á dómstóla aðildarríkja þegar kemur að samstarfi dómstóla sambandsins og í landsrétti út frá sjónarhóli ESB-réttar.

### 3.1.5 Áhrif forúrskurða í landsrétti

Þó að lýsa megi sambandi Evrópubómstólsins og dómstóla aðildarríkja sem samvinnu hiliðsettra aðila þá kemur upp ákveðin togstreita milli dómstóla í landsrétti og Evrópubómstólsins þegar kemur að stöðu Evrópubómstólsins og lögsögu hans.<sup>139</sup> Stjórnskipardómstólar aðildarríkja hafa til dæmis sýnt mikla varfærni þegar kemur að því að viðurkenna að sáttmálarnir og afleiddar gerðir njóti forgangsáhrifa fram yfir innlendan rétt, þar með talið stjórnloð viðkomandi ríkja.<sup>140</sup> Hins vegar hefur Evrópubómstóllinn náð að miklum árangri í að tryggja einsleita túlkun og viðhalda samstarfsvilja dómstóla aðildarríkja.

<sup>136</sup> Robert Bray o.fl.:Procedural Law of the European Union, bls. 77-78.

<sup>137</sup> Marco Borrowatti: „Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order“, bls. 98-100

<sup>138</sup> EBD, mál 224/01, ECR 2003, bls. I-10239.

<sup>139</sup> Robert Bray o.fl.:Procedural Law of the European Union, bls. 60-61.

<sup>140</sup> Má hér nefna *Solange I*, dómur dómstólsins frá 29 maí 1974, 37 BVerfGE 271 og *Solange II*, dómur dómstólsins frá 22 október 1986, 73 BVerfGE 339 dóma þýska stjórnlagadómstólsins auk dóms sama dómstóls frá 30. Júní 2009 um fullgildingu Lissabonsáttmáls. Þá er rétt að nefna dóm Stjórnlagadómstóls

Eins og áður greinir þá felur sú ákvörðun að leita forúrskurðar um túlkun og gildi ESB-réttar ekki í sér að mál flytjist til Evrópudómstólsins, sönnunarfærsla, heimfærsla til ákvæða og efnisdómur fer enn fram hjá viðkomandi dómistól, en Evrópudómstóllinn lætur honum í té svar við þeim lögspurningum sem að honum er beint og varða túlkun eða gildi ESB-réttar. Ekkert hindrar dómistóla í að afturkalla beiðni um að óska forúrskurðar, og þarf ekki að rökstyðja slíka ákvörðun, sbr. sjónarmið Evrópudómstólsins sem koma fram í *máli Köbler*.

Í máli *Zabala Erasun*<sup>141</sup> hafði spænskur dómistóll óskað forúrskurðar Evrópudómstólsins um tiltekin atriði í fyrilliggjandi máli. Í millitiðinni höfðu spænsk stjórnvöld fallist á kröfu gagnaðila í málinu, greitt honum í samræmi við kröfu hans og lýst yfir að túlkun hans á undirliggjandi ESB-réttarreglu væri réttur. Spænska ríkið beindi því í kjölfarið til spænska dómistólsins sem óskað hafði eftir forúrskurði að afturkalla beiðnina þar sem enginn réttarágreiningur væri til staðar og því óþarf að óska forúrskurðar. Spænski dómistóllinn svaraði beiðni stjórnvalda með þeim hætti að málið væri á forræði Evrópudómstólsins og dómistóll í aðildarríki hefði þar af leiðandi ekki heimild til að afturkalla beiðnina. Evrópudómstóllinn taldi hins vegar að það leiddi af núgildandi 267. gr. SUSE að það væri beiðandi dómistóls að afturkalla beiðni um forúrskurð og að Evrópudómstóllinn skorti lögsögu til að verða við slíkri beiðni sjálfur svo lengi sem beiðandi dómistóll staðfesti ekki að máli væri lokið fyrir honum.

Þegar Evrópudómstóllinn svarar lögspurningum dómistóls um túlkun eða gildi ESB-réttar, þá telst forúrskurður hans binda beiðandi dómistól í túlkun á ESB-rétti. Ef dómistóll dæmir í andstöðu við forúrskurð þá á dómistóllinn á hættu að niðurstöðu hans verði breytt fyrir áfrýjunardómstól innanlands, eða að höfðað verði samningsbrotamál fyrir Evrópudómstólnum Sbr. *Köbler* og *Traghetti*.<sup>142</sup><sup>143</sup> Ef dómsniðurstöðu er hins vegar ekki áfrýjað, eða um er að ræða dómistól sem sætir ekki málskoti, er engu að síður um að ræða endanlegan efnisdóm að landsrétti, sem ekki fæst endurskoðaður nema skv. heimildum til endurupptöku að landsrétti í viðkomandi ríki. Áfrýjunardómstóll er að sama skapi bundinn af forúrskurði að beiðni undirréttar í máli.

---

Póllands frá 16. nóvember 2011 í máli nr. SK 45/09. Pólski stjórnlagadómstóllinn áskilur sér rétt til að meta hvort sáttmálar ESB geti brotið gegn pólsku stjórnarskránni, en krefst þess af málsaðilum að þeir sýni fram á að ESB-gerð sem um ræðir veití lakari vernd en pólska stjórnarskráin.

<sup>141</sup> *EBD, mál C-422/93-424/93, ECR 1995, bls. I-1567.*

<sup>142</sup> EBD, mál C-173/03, ECR 2006, bls. I-5177.

<sup>143</sup> Morten Broberg og Niels Fengar: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 432-433.

Bindandi áhrif forúrskurðar koma þó ekki í veg fyrir að óskað sé annars forúrskurðar í sama máli. Ef dómstóll telur ástæðu til, svo sem að svar Evrópubómstólsins sé ófullnægjandi eða að svarið kalli á frekari spurningar er honum frjálst að óska eftir öðrum forúrskurði og beina fleiri spurningum til Evrópubómstólsins.<sup>144</sup>

Hins vegar kann álitamál að vakna varðandi mál þar sem Evrópubómstóllinn svarar í raun öðrum spurningum eða gefur túlkun á atriðum öðrum en þeim sem óskað var eftir túlkun á. Teljast slík atriði bindandi gagnvart beiðandi dómstól?

Í frönskum rétti taldi franski stjórnsýsludómstóllinn, *Conseil d'État* lengi vel að forúrskurður bindi dómstóla eingöngu að því marki sem að svar Evrópubómstólsins væri innan þeirra marka sem spurningar þær sem beint væri að honum gerðu ráð fyrir. Því væri í raun lögmaett af dómstólum að fara ekki að forúrskurðum Evrópubómstólsins er varðar atriði sem ekki varða þær spurningar sem beint er að dómstólnum.<sup>145</sup>

Franski stjórnsýsludómstóllinn endurskoðaði þó þessa afstöðu sína í máli *Société De Groot*<sup>146</sup> sem varðaði ógildingu á innlendri reglugerð sem varðaði markaðssetningu á grænmeti og byggði á tveim tilskipunum. *Conseil d'État* beindi því tveim spurningum til forúrskurðar hjá Evrópubómstólnum. Evreópubómstóllinn svaraði ekki eingöngu þeim spurningum sem honum barst, vísaði til þess að einnig þyrfti að kanna samband franskra laga og 28. gr. Rómarsáttmálands og að frönsk lög brytu í bága við 28. gr.<sup>147</sup> Stjórnsýsludómstóllinn tiltók í niðurstöðu sinni að þó að svar Evrópubómstólsins færi út fyrir þær spurningar sem markaðar hafi verið, þá væri dómstóllinn engu að síður bundinn af svari Evrópubómstólsins.

Má af þessum málum sjá, að almenn viðurkenning fyrir lögsögu Evrópubómstólsins við túlkun sáttmála sambandsins og afleidds réttar er að aukast meðal dómstóla aðildarríkja. Hins vegar eru dómstólar aðildarríkja ekki jafn samstíga þegar kemur að því hvort rekja megi slíka skyldu til sáttmála ESB beint. Til dæmis viðurkenna ekki dómstólar í öllum aðildarríkjum sambandsins að reglan um forgangsáhrif ESB-réttar byggi á sáttmálum sambandsins heldur megi draga meginregluna af stjórnskipunarhefðum viðkomandi ríkja og rekja megi ESB-rétt til stjórnskipunarlaga beint.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> EBD, mál C-466/00, ECR 2003, bls. I-2219.

<sup>145</sup> Conseil d'État, Section du contentieux, 26. júlí 1985, mál nr. 42.204.

<sup>146</sup> Conseil d'État, Section du contentieux, 3éme et 8éme Sous-sections réunies, 11. desember 2006, mál nr. 234560.

<sup>147</sup> EBD, mál C-147/04, ECR 2006, bls. I-245.

<sup>148</sup> Bruno De Witte: „Direct Effect, Primacy and the nature of the legal order“, bls. 350-352.

### **3.2 Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins**

Eins og fjallað var um í 2. kafla, þá var EFTA-dómstóls fyrirkomulagið ekki fyrsta val samningsaðila. Hugmyndin um sameiginlegan EES-dómstól var í raun mun frekar í anda þess að tryggja einsleitni og samræmda réttarvernd innan áhrifasvæðis EES-samningsins samanber aðfararorð samningsins.

Skv. 108. gr. EES-samningsins skuldbinda EFTA ríkin sig til að koma á fót estirlitsstofnun og dómstól. Eins og áður hefur verið rætt þá er EES-samningurinn í eðli sínu þjóðréttarsamningur, sem felur því í sér að aðildarríki verða eingöngu undir lögsögu alþjóðlegra dómstóla að því marki sem þau fela sig undir lögsögu hans. 33. gr. ESE-samningsins er ætlað að spegla nágildandi 267. gr. SUSE. Grundvallarmunur á ákvæðunum er þó sá að dómstólum aðildarríkja er heimilt að afla ráðgefandi álíta EFTA-dómstólsins, en ekki skylda líkt og skv. 3. mgr. 267. gr. SUSE. Framan af tók Evrópuðómstóllinn ekki afstöðu til þess hvort heimilt væri að skjóta ákvörðunum undirréttar um að leita forúrskurðar til æðri dómstóls. Var því talið við gildistöku EES-samningsins að heimilt væri bæði innan ESB og EFTA-stoðar EES-svæðisins að heimila í landsrétti að slíkum ákvörðunum væri skotið til æðri dómstóla.<sup>149</sup>

Eins og fjallað er um í kafla 4.2 er heimilt hér lendis að kæra úrskurð héraðsdómstóla um að afla ráðgefandi álíts EFTA-dómstólsins til Hæstaréttar, sem estir atvikum staðfestir úrskurðinn, fellir úr gildi eða breytir spurningum sem héraðsdómur hafði óskað estir svörum við.

#### *3.2.1 Tilgangur ráðgefandi álíta*

Eins og áður er getið er tilgangur ráðgefandi álíta að tryggja samræmda túlkun á EES-gerðum og einsleitni í dómaframkvæmd varðandi EES-gerðir innan EES-svæðisins.<sup>150</sup> 34. gr. ESE-samningsins er er engu að síður efnislega talsvert frábrugðinn 267. gr. SUSE. 34. gr. ESE-samningsins hljóðar svo:

EFTA-dómstóllinn hefur lögsögu til að gefa ráðgefandi álit varðandi túlkun á EES-samningnum.

Komi upp álitamál í þessu sambandi fyrir dómstóli í EFTA-ríki, getur sá dómstóll eða réttur, ef hann álítur það nauðsynlegt til að geta kveðið upp dóm, farið fram á að EFTA-dómstóllinn gefi slíkt álit.

---

<sup>149</sup> Sven Norberg o.fl.: A Commentary on the EEA Agreement, bls. 714-715.

<sup>150</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 339.

EFTA-ríki getur í eigin löggjöf takmarkað rétt til að leita eftir slíku ráðgefandi álið við dómstóla og rétti geti úrlausn þeirra ekki sætt málskoti samkvæmt landslögum.

Almennt hefur mikil áhersla verið lögð á heiti úrræðisins, það er „ráðgefandi“ hluta þess að minnsta kosti. Hins vegar er umdeilt hversu ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins eru í raun, út frá EES- og þjóðarétti að mati fræðimanna.<sup>151</sup>

Ákvæði 34. gr. ESE-samningsins sækir fyrirmund sína til 267. gr. SUSE eins og áður greinir. Skv. 2. mgr. 34. gr. ESE-samningsins er dómstólum EFTA-ríkja heimilt ef þeir telja slíkt nauðsynlegt að óska eftir áliði EFTA-dómstólsins en skv. 3. mgr. 267. gr. SUSE er dómstólum sem ekki sæta málskoti skyld að leita forúrskurðar um túlkun á ESB-réttarreglum. Einnig er 3. mgr. 34. gr. um heimildir EFTA-ríkja EES-samningsins til að takmarka heimildir til að leita ráðgefandi áliða við dómstóla sem ekki sæta málskots án fyrirmynadar í ESB-rétti. Ekkert ríki beitir þeirri heimild í dag en Austurríki takmarkaði heimildir til að óska ráðgefandi áliðs við dómstóla sem ekki sæta málskoti áður ríkið gekk í Evrópusambandið.

Færa má rök fyrir því að ef litið sé heildstætt á EES-samninginn og ESE-samninginn, og þá sérstaklega til 4. mgr. aðfararorða EES-samningsins, um að stefnt sé að einsleitu markaðssvæði og 3. gr. EES-samningsins um trúnaðarskyldu samningsaðila, beri dómstólum aðildarríkja að beita samræmdri túlkun á ákvæðum samningsins og gerða sem teknar eru upp í hann.<sup>152</sup> Til að þeim tilgangi megi ná hlýtur að þurfa að vera náið og beint samstarf milli EFTA-dómstólsins og dómstóla aðildarríkja til að tryggja einsleita túlkun og beitingu viðkomandi réttarreglna. Verða hér reifaðir tveir dómar Hæstaréttar til að varpa ljósi á afstöðu dómstólsins til EES-samningsins og hlutverks EFTA-dómstólsins sem renna stoðum undir ofangreinda túlkun.

Í domi Hæstaréttar í *máli Fagtíuns*<sup>153</sup> reyndi á túlkun útboðsskilmála og hvort þeir teldust andstæðir EES-rétti segir Hæstiréttur um öflun forúrskurða og áhrif þeirra í landsrétti:

Niðurstaða EFTA-dómstólsins var því sú að ákvæði í opinberum verksamningi, sem tekið væri upp í samning eftir að útboð hefur farið fram að kröfu samningsfirvalds og væri þess efnis að þakeiningar sem nota þyrfti til verksins yrðu smíðaðar á Íslandi væri ráðstöfun sem hefði samsvarandi áhrif og magnatmarkanir á innflutningi, sem 11. gr. EES-samningsins legði bann við. Þá yrði slík ráðstöfun ekki réttlætt með vísan til verndar á heilsu og lífi manna samkvæmt 13. gr. EES-samningsins.

<sup>151</sup> Sjá t.d. Skúli Magnússon: „*Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins*“, bls. 203 og Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1032.

<sup>152</sup> Skúli Magnússon: „*On the Authority of Advisory Opinions*“, bls. 338 og áfr.

<sup>153</sup> *Hrd. 1999*, bls. 4429 (169/1998).

Álit EFTA-dómstólsins eru ekki bindandi að íslenskum rétti, sbr. 1. gr. laga nr. 21/1994, en heimildir íslenskra dómstóla til að leita slíks álits eru til þess veittar að stuðla að samkvæmni og einsleitni í skýringum á ákvæðum EES-samningins og þar með á samræmdri framkvæmd samningsins á öllu hinu Evrópska efnahagssvæði, en það er eitt af markmiðum samningsins, eins og meðal annars kemur fram í 4. mgr. aðfararorða hans og nánar er kveðið á um í 1. þætti 3. kafla hans. Hafa Íslendingar skuldbundið sig til að gera allar viðeigandi ráðstafanir til að stuðla að þessum markmiðum, sbr. 3. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að íslenskir dómstólar eiga að hafa hlíðsjón af ráðgefandi álití EFTA-dómstólsins við skýringar á efni ákvæða EES-samningsins. Ekkert þykir fram komið, sem leitt getur til þess að vikið verði frá framangreindu ráðgefandi álití EFTA-dómstólsins um efni ákvæða 11. gr. EES-samningsins.

Af orðum Hæstaréttar má ráða að rétturinn telur að veigamikil rök þurfí til að víkja frá ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins. Með öðrum orðum má segja að með heildstæðri túlkun EES-samningsins, sbr. bókun 35 við samninginn, þeirri lögfestu meginreglu að skýra beri landsrétt til samræmis við EES- samninginn sbr. 3. gr. 1. nr. 2/1993 og hinnar ólögfestu meginreglu um að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar, beri dómstólum að taka tilhlýðilegt tillit til dóma EFTA-dómstólsins.<sup>154</sup> Þó geti komið upp tilvik þar sem íslenskir dómstólar geta ekki farið að álití EFTA-dómstólsins, t.d. ef slíkt álit bryti gegn stjórnarskrárvörðum réttindum og er ofangreind túlkun Hæstaréttar á 1. nr. 21/1994 í samræmi við þá kenningu, auk þess má benda á að dómar Mannréttindadómstóls Evrópu eru einnig ekki bindandi að íslenskum rétti þrátt fyrir að MSE njóti talsverðrar sérstöðu í íslenskum rétti.<sup>155</sup>

Í dómi Hæstaréttar í máli *Omega Farma*<sup>156</sup> var beiðni héraðsdóms um ráðgefandi álit varðandi túlkun á tilskipun 2001/83/EB sem innleidd var með reglugerð nr. 462/2000 felld úr gildi. Ágreiningur málsaðila fólst í því hvort að samheitalyf uppfyllti kröfur tilskipunarinnar til að fá markaðsleyfi á Íslandi. Héraðsdómur taldi nauðsynlegt að fá álit EFTA-dómstólsins á túlkun tilskipunarinnar og beindi því eftirfarandi spurningu til EFTA-dómstólsins:

Ber að skýra ákvæði liðar iii í a-lið 8. tl. 2. mgr. 4. gr. tilskipunar ráðsins nr. 65/65/EBE með síðari breytingum, sbr. nú lið iii í a-lið 1. mgr. 10. gr. tilskipunar ráðsins nr. 2001/83/EB, á þann hátt að stjórnvaldi, sem veitir markaðsleyfi fyrir sérlyf, sé heimilt að víkja frá skilyrðinu um sex ára markaðsleyfi upprunalegs sérlyfs (frumlyfs) hafi það lyf aldrei fengið einkaleyfi í því aðildarríki þar sem sótt er um markaðsleyfi fyrir lyf sem er í meginatriðum eins (samheitalyf)?

Hæstiréttur taldi ekki þörf á því að leita álits EFTA-dómstólsins fyrir úrlausn málsins og ógilti því ákvörðun héraðsdóms með eftirfarandi rökstuðningi:

Sá ágreiningur aðila, sem hér skiptir máli, varðar þá málsástæðu varnaraðila að skýra beri niðurlagsákvæði c. liðar 1. mgr. 14. gr. reglugerðar nr. 462/2000 þannig að það heimili

<sup>154</sup> Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 42-44.

<sup>155</sup> 2. gr. l. nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu.

<sup>156</sup> Hrd.2004, bls. 3097 (276/2004).

stjórnvaldi að falla frá því að hið sambærilega lyf þurfi að hafa verið minnst sex ár á markaði á Evrópska efnahagssvæðinu og vera á markaði hérlendis, sé einkaleyfi ekki til staðar. Fyrir liggur að umþrætt ákvæði er efnislega samhljóða lið iii. í a. lið 8. tölvlið 2. mgr. 4. gr. tilskipunar 65/65/EBE, sbr. nú lið iii. í a. lið 1. mgr. 10. gr. tilskipunar 2001/83/EB, en fyrrgreinda tilskipunin var eins og sú síðargreinda hluti af EES-samningnum áður en hún var feldt úr gildi og leyst af hólmi með tilskipun 2001/83/EB.

Það leiðir af 1. mgr. 34. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994, að hlutverk EFTA-dómstólsins er að skýra EES-samninginn og gerðir, sem í viðaukum við hann er getið. Sönnunarfærsla um staðreyndir máls, skýring innlends réttar og beiting gerða, sem getið er í viðaukum við EES-samninginn að íslenskum lögum fer fram fyrir íslenskum dómstólum.

Með vísan til þessa og atvika málsins að öðru leyti verður ekki litið svo á að það hafi þýðingu fyrir úrslit málsins að bera upp spurningu við EFTA-dómstólinn um skýringu á ákvæði fyrrnefndrar tilskipunar, sem er efnislega samhljóða ákvæði reglugerðar nr. 462/2000 og reynir á í málinu. Þá er ekki nægjanlegt eitt og sér að vísa til þess að ákvæðið hafi ekki áður verið túlkað af EFTA-dómstólnum eða dómstól Evrópubandalaganna. Verður hinn kærði úrskurður því felldur úr gildi.

Í máli *Omega Farma* beitir Hæstiréttur sömu skýringu á 34. gr. ESE-samningsins um verkaskiptingu milli dómstóla aðildarríkja og EFTA-dómstólsins og EFTA-dómstóllinn hefur beitt. EFTA-dómstólnum beri að skýra ákvæði EES-samningsins og gerða sem teknaréttur séu upp í samninginn. Hlutverk dómstóla aðildarríkja sé að framkvæma sönnunarfærslu, skýra innlenden rétt og beita gerðum sem teknaréttur hafa verið upp í EES-samninginn. Er þessi verkaskipting í samræmi við tilgang EES-samningsins og má jafna saman við samstarf dómstóla innan ESB.<sup>157</sup>

Hins vegar má gagnrýna ályktun Hæstaréttar í þessu máli varðandi þörfina á ráðgefandi álíti. Um væri að ræða túlkun á ákvæði tilskipunar þar sem nokkur vafni var á inntaki ákvæðisins að mati héraðsdóms sem hafði málið til meðferðar, hvorki EFTA-dómstóllinn né Evrópubómstóllinn hafi áður skýrt ákvæðið og því í raun vafni á hvernig beita beri ákvæðinu. Hæstiréttur virðist meta íslenska dómstóla bæra til að túlka ákvæði tilskipunarinnar eins og það var tekið upp í íslenskan rétt en slík framkvæmd kann leiða til þess að markmið EES-samningsins um einsleitni glatist þar sem dómstólar í hverju EFTA-ríki fyrir sig ákvarða túlkun EES-réttar og inntak EES-samningsins.

Eins og fjallað var um varðandi dóm Evrópubómstólsins í máli *CILFIT* og beitingu *Acte Clair* reglunnar í ESB-rétti, þá er dómstólamálskoti skyldi að leita forúrskurðar nema túlkun ESB-réttar í málinu sé svo augljós, ekki aðeins dómara viðkomandi máls, heldur að hans mati, allra dómara í aðildarríkjum ESB, að einungis ein niðurstaða komi

<sup>157</sup> *EFTAD*, mál E-I/II, EFTACR 2011, bls. 484.

til greina.<sup>158</sup> Ekki er til staðar sama regla í EES-rétti og ESB-rétti um skyldu dómstóla sem ekki sæta málskoti til að leita túlkunar á lagareglu sem upprunnin er í EES- eða ESB-rétti. Því kann ofangreind framkvæmd íslenskra dómstóla að leiða til þess að einsleitni glatist, og má því teljast varhugaverð út frá sjónarhóli EES-réttar.

Í *máli HOB-víns*<sup>159</sup> setti Hæstiréttur fram ákveðin skilyrði sem til staðar þurfa a vera ef leita á ráðgefandi álits. Þessi skilyrði eru að nægilega liggi fyrir að skýring ákvæða EES-samningsins hafi raunverulega þýðingu fyrir úrslit málsins, að staðreyndir málsins liggi nægilega skýrt fyrir til þess að það komi til greina að leita álits og að fyrir hendi sé réttlætanlegur vafí um túlkun þeirra EES-reglna sem við geta átt með hliðsjón af sakarefninu.<sup>160</sup>

EFTA-dómstóllinn hefur ítrekað einnig staðfest að tengsl þurfi að vera milli þeirrar lögspurningar sem lagðar eru undir hann og undirliggjandi málarekstrar í aðildarríki.<sup>161</sup> Það sé hlutverk dómstóla í aðildarríkjum að ákvarða í ljósi málsatvika hvort þörf sé að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins og ákvarða þær spurningar sem hann telur sig þurfa svör við.

Sérstaklega er fjallað í kafla 4.2 um kærheimild vegna úrskurða um að leita beri ráðgefandi álits sérstaklega, en telja verður slíka heimild gagnrýniverða, sérstaklega með hliðsjón af dómafordænum Evrópuðómstólsins sbr. niðurstöðu hans í máli *Cartesio*<sup>162</sup> sem reifaður verður nánar og dómum EFTA-dómstólsins þar sem inntak 34. gr. ESE-samningsins hefur verið skýrt.

Ljóst að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins hafa í framkvæmd verið virt af dómstólum, og Hæstiréttur telur sig þurfa hafa tilhlýðilega hliðsjón af þeim.<sup>163</sup> Hæstiréttur Noregs hefur látið sambærileg ummæli falla í svokölluðu *Finanger I* máli.<sup>164</sup>

Má vissulega halda því fram að aðstæður geti skapast þar sem íslenskir dómstólar myndu telja að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins myndi vera andstætt grundvallarréttindum sem

<sup>158</sup> EBD, mál 283/81, ECR 1982, bls. 4315.

<sup>159</sup> *Hrd. 2005, bls. 2397 (212/2005)*.

<sup>160</sup> Í *Hrd. 7. febrúar 2011 í máli nr. 38/2011* staðfesti Hæstiréttur úrskurð héraðsdóms um að leita bæri ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um túlkun á 40-43. gr. EES-samningsins. Í úrskurði héraðsdóms er beitt orðrétt sama rökstuðningi og í *Hrd. 2005, bls. 2397*, „þykir vera réttlætanlegur vafí um túlkun þessara ákvæða samningsins með hliðsjón af fyrirliggjandi sakarefni þannig að nægilegt tilefni sé til að leitað verði álits EFTA-dómstólsins...“.

<sup>161</sup> *EFTAD, mál E-10/04, EFTACR 2005, bls. 76*. Sérstaklega 21. mgr.

<sup>162</sup> *EBD, mál C-210/06, ECR 2008, bls. I-9641*.

<sup>163</sup> Samanber ummæli Hæstaréttar í *Hrd. 1999, bls. 4429*.

<sup>164</sup> *Rt. 2000, bls. 1811*.

tryggð eru í stjórnarskrá. Við slíkar aðstæður væri dómstólum ómögulegt annað en að hunsa álit EFTA-dómstólsins. Eins og rætt hefur verið, þá eru til staðar sömu viðhorf í ESB-rétti varðandi forúrskurði og fyrirvara dómstóla í aðildarríkjum ESB við boðvaldi Evrópudómstólsins.<sup>165</sup>

### 3.2.2 Hlutverk dómstóla í beitingu EES-samningsins í landsrétti

Eins og áður hefur verið getið er hlutverk dómstóla í EFTA-ríkjum EES-samningsins að mörgu leiti hlíðstætt hlutverki dómstóla aðildarríkja ESB. Dómstólum ber að beita réttarreglum sem runnar eru frá EES-rétti og innleiddar hafa verið í landsrétt, framkvæma sönnunarmat, heimfæra atvik upp á ákvæði laga og kveða upp bindandi efnisdóm í máli sbr. *Omega Farma*. Hlutverk EFTA-dómstólsins er að skýra ákvæði EES-samningsins og gerða sem teknar hafa verið upp í samninginn af sameiginlegu EES-nefndinni. Án slíkrar verkaskiptingar og samvinnu er ólíklegt að hægt væri að tryggja einsleitni milli tveggja stoða EES-svæðisins eins og stefnt er að skv. 3. gr. samningsins. Ef dómstólar í hverju landi fyrir sig myndu túlka inntak og skýra reglur EES-samningsins sjálfstætt, yrði fljótt komin mismunandi framkvæmd á samningnum í hverju ríki fyrir sig.

Þó að til sömu grundvallarsjónarmiðum sé í framkvæmd beitt varðandi ráðgefandi álit og forúrskurði er blæbrigðamunur á. Innlendir dómstólar telja að þó EFTA-dómstóllinn hafi það hlutverk að skýra EES-samninginn og þeirrar staðreyndar að markmiðið um einsleitni sé eitt af grundvallareinkennum samningsins, þá geti innlendir dómstólar skýrt úr vafaatriðum er varða túlkun EES-réttar.<sup>166</sup>

Þar sem EES-samningurinn er eins og áður hefur verið fjallað um frá sjónarhorni landsréttar í eðli sínu þjóðréttarsamningur, innleiddur í íslenskan rétt með l. nr. 2/1993 kann ofangreint viðhorf dómstóla að vera réttmætt.<sup>167</sup> Frá sjónarholi EES-réttar hefur EFTA-dómstóllinn þó ítrekað lýst því yfir að EES-samningnum hafi verið ætlað að koma á sjálfstæðu réttarkerfi viðlíka hinu sjálfstæða réttarkerfi ESB, en gangi þó skemur.<sup>168</sup> Eins og ráða má af lestri 267. gr. SUSE og 34. gr. ESE samningsins er engu að síður munur á þessum

<sup>165</sup> Vísast hér í umfjöllun um Solange I og II, dóm stjórnlagadómstóls þýskalands vegna Lissabonsáttmálans og álit pólska stjórnlagadómstólsins. Er þetta til marks um þá togstreitu sem er til staðar í evrópskum stjórnskipunarrétti og ekki hafa enn fengist svör við.

<sup>166</sup> *Hrd. 2005, bls. 2397 (212/2005)*.

<sup>167</sup> Sjá t.d. 19-20. gr. dönsku stjórnarskráinnar sem er grundvöllur fyrir þáttöku Danmerkur í sjölfþjóðlegu samstarfi svo sem Sameinuðu þjóðunum, Evrópuráðinu o.fl. Aðildarsáttmáli Danmerkur var innleiddur með almennum lögum með vísan til 20. gr. stjórnarskráinnar.

<sup>168</sup> *EFTAD, mál 9/97 og E-02/03*. Sjá Hans Petter Graver: "Effects of EFTA Court Jurisprudence on Legal Orders of EFTA States" bls. 94.

réttarúrræðum, ráðgefandi álitum og forúrskurðum.<sup>169</sup> Spurningin er hins vegar sú að hvort sá munur leiði til þess að efnislega sé ráðgefandi álit veikara úrræði en forúrskurðir?

Eins og áður hefur verið rætt, þá ná EFTA-dómstóllinn og Evrópu-dómstóllinn ekki að beita lögsögum sínum skv. 34. gr. ESE-samningsins og 267. gr. SUSE nema með aðkomu og frumkvæði dómstóla í samningsríkjum. Ef dómstóll í aðildarríki neitar að leita ráðgefandi álits eða óska eftir forúrskurði, þá verður aðkoma Evrópu- og EFTA-dómstólsins að álitaefninu eingöngu gegnum bein málafærli fyrir dómstólunum og aðilar máls njóta ekki þess að fá túlkun þess dómstóls sem fer endanlega með túlkun á ESB- og EES-rétti nema þeir nái að uppfylla skilyrði þess að hafa einstaklega og sérstaklega hagsmuni af málinu, eða framkvæmdastjórnin eða ESA telji að höfða beri mál. Er mikilvægi forúrskurða og ráðgefandi álita því enn ríkara en ella, þar sem það veitir einstaklingum og lögaðlum óbeinann aðgang að viðkomandi dómstólum.<sup>170</sup>

### 3.2.3 Áhrif ráðgefandi álita og dóma EFTA-dómstólsins á íslenskan rétt.

Almennt er hægt að draga þá ályktun af niðurstöðum mála þar sem óskað hefur verið ráðgefandi álita, eða EFTA-dómstóllinn þegar gefið álit sitt á túlkun á undirliggjandi lagagrein, þá er farið eftir niðurstöðu dómstólsins. Einnig er litið til dóma Evrópu-dómstólsins í dómum Hæstaréttar.<sup>171</sup>

Í kjölfar ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í máli E-1/01 var til að mynda lögð fram á Alþingi breytingartillaga á fyrirliggjandi frumvarpi um breytingu á ákvæði 6. tl. 1. mgr. 14. gr. I. nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Breytingartillagan var lögð fram áður en efnisdómur hafði fallið hér á landi, en þáverandi fjármálaráðherra lét eftirfarandi ummæli falla þegar kynnt var breytingartillaga í 3. umræðu um málið:

Aðdragandi þessa máls er sá að látið hefur verið á það reyna fyrir dómstólum hvort mismunurinn sem hér er á ferðinni standist ákvæði EES-samningsins. Þetta ákvæði í gildandi virðisaukaskattslögum er gamalt og hefur verið talið liður í að stuðla að verndun og stuðningi við íslenska tungu. Í tengslum við áðurnefnt dómsmál var leitað ráðgefandi álits hjá EFTA-dómstólnum sem komst að þeirri niðurstöðu að hér væri um að ræða óleyfilega mismunun á grundvelli tungumáls eða þjóðernis sem ekki samrýmdist EES-samningnum.

Þá er tvennt til ráða, herra forseti, annaðhvort að hækka virðisaukaskattinn á bókum á íslensku eða lækka hann á öðrum bókum. Það er tillagan sem gerð er hér í þessari brtt.

<sup>169</sup> T.d. 3. mgr. 34. gr. ESE-samningsins sem heimilar að takmarka heimild til að leita ráðgefandi álits við dómstól sem ekki sætir málskoti og 3. mgr. 267. gr. SUSE sem setur skyldu á dómstóla sem ekki sæta málskots að leita forúrskurðar.

<sup>170</sup> Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins?“, bls. 326.

<sup>171</sup> Hrd. 2001, bls. 3451 (129/2001).

Málið sem ég gat um fyrir dómstólum hefur ekki verið endanlega til lykta leitt en að því er þetta atriði varðar held ég að niðurstaðan sé borðleggjandi. Það verður að samræma þetta og þá er spurningin: Hvenær á að gera það? Niðurstaða okkar í fjmrn. og ríkisstjórn er sú að best sé að gera það strax þannig að breytingin komi sem fyrst til framkvæmda í stað þess að bíða endanlegrar niðurstöðu í málínu sem ég gat um áðan. Þess vegna er lagt til að þessi breyting verði samferða frv. sem hér liggur fyrir í þinginu hvort sem er og að breytingin öðlist gildi líkt og önnur ákvæði þessa lagafrv.<sup>172</sup>

Í andsvörum fjármálaráðherra bætti hann við efstifarandi ummælum:

Herra forseti. Aðeins út af ábendingum hv. þm. þá vildi ég láta koma fram að nokkrar vikur eru síðan álítið barst frá EFTA-dómstólnum, þetta ráðgefandi álit vegna þess dómsmáls sem hér hefur verið höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur. Það hefur legið fyrir um nokkra hríð og var hér í fréttum á sínum tíma. Hins vegar hefur Alþingi það auðvitað í hendi sér hvenær orðið er við slíku álíti eða ákveðið að fara efstir því. Hugmynd mín var upphaflega sú að bíða með þetta fram á næsta þing og leggja til að málið yrði þá afgreitt hér á hinu háa Alþingi. En að betur athuguðu máli sýnist mér að ekki væri efstir neinu að bíða með að afgreiða þetta mál. Fyrst á annað borð verður nauðsynlegt að gera það, þá er alveg eins gott að gera það strax, en ég tek undir með hv. þm. að eðlilegt er að þingnefndin gefi sér tíma til að skoða málið eins og ég reyndar gat um áður.<sup>173</sup>

Í kjölfar þessarar breytingartillögu sem lögð var fram við 3. umræðu málsins á Alþingi spruttu miklar umræður þar sem rætt var um eðli EES-samningsins, fullveldi, framsal fullveldis og reglugerðafargan ESB. Engu að síður var enginn þingmaður sem tók til máls á þeirri skoðun að ástæðulaust væri að bregðast við ráðgefandi álíti EFTA-dómstólsins. Framsöguræður þingmanna og umræður á þingi teljast til og geta verið gagnlegar til að greina vilja löggjafans.<sup>174</sup>

Almennt má fullyrða að til staðar sé pólitískur vilji að brjóta ekki gegn túlkunum EFTA-dómstólsins og halda virkni samningsins óumdeildri sbr. ummæli um álit EFTA-dómstólsins hér að ofan. Í niðurstöðu Hæstaréttar í því máli sem þáverandi fjármálaráðherra vísar til og áréttar að ekki sé enn fallinn efnisdómur í, *Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002)* vísar dómurinn til ummæla ráðherra og breytingar Alþingis á lögum um virðisaukaskatt til samræmis við álit EFTA-dómstólsins í máli *Harðar Einarssonar* en dómurinn er reifaður í kafla 2.2.

#### 4 Dómaframkvæmd og beiting ráðgefandi álita í landsrétti

Eins og nú þegar hefur verið rökstutt í þessu riti, þá er tilgangur, framkvæmd og eðli ráðgefandi álita að flestu leyti sambærilegur forúrskurðum Evrópusudómstólsins. Þó er ósvarað

<sup>172</sup> Alþt. 2001-02, B-deild, bls. 6546.

<sup>173</sup> Alþt. 2001-02, B-deild, bls. 6547.

<sup>174</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 64.

hvort skylda sé á dómstólum að leita ráðgefandi álita og hvort heimilt sé skv. EES- og ESE-samningnum að takmarka heimildir dómstóla til að leita ráðgefandi álita.

#### 4.1 Er skylda á dómstólum að leita ráðgefandi álita?

Ein af meginreglum þjóðarréttar er að ríkjum beri að uppfylla þjóðréttarlegar samningsskuldbindingar sínar.<sup>175</sup> Leiðir af því að ef þau uppfylla ekki samningsskyldur sínar teljast þau hafa brotið þjóðréttarlegar skuldbindingar sínar. Almennt koma ríki fram sem ein heild út á við. Í því fellst að ríki getur ekki vísað til þess að brot á þjóðréttarlegum skuldbindingum hafi verið framkvæmt að öðrum handhafa opinbers valds skv. innlendri stjórnskipan.<sup>176</sup> Íslenska ríkið er því bundið af þjóðréttarlegum skuldbindingum sínum líkt og önnur ríki og sætir þjóðréttarlegum viðurlögum ef brotið er gegn þeim.<sup>177</sup>

EES-samningurinn er, eins og áður hefur verið rakið, þjóðréttarlega skuldbindandi fyrir Ísland auk þess sem hann var lögfestur með l. nr. 2/1993. EFTA-dómstólnum er ætlað það hlutverk að skýra ákvæði EES-samningsins og gerða sem eru teknar upp í hann auk ESE-samningsins. Eins og áður hefur verið fjallað um í þessu riti er tilgangur EES-samningsins að koma á einsleitu markaðssvæði og í raun útvíkka fjórfrelsi innri markaðar ESB til EFTA-ríkjanna á þeim sviðum sem samningurinn tekur til.

EFTA-dómstóllinn hefur því það hlutverk einnig að dæma í málum er varða meint brot á EES-samningnum sjálfum, sbr. 2. mgr. 108. gr. samningsins og 31., 32. og 36.-39. gr. ESE-samningsins. Líkt og í ESB rétti er ekki unnt að hnekkja efnisdómi dómstóls í landsrétti, en Evrópu- og EFTA-dómstóllinn geta kveðið úr um samningsbrot aðildarríkis.<sup>178</sup> Ef dómstóll í aðildarríki myndi ekki fylgja niðurstöðu EFTA-dómstólsins, þá myndi ESA geta höfðað samningsbrotamál gegn viðkomandi ríki, og EFTA-dómstóllinn myndi væntanlega byggja á dómsniðurstöðu sinni í undirliggjandi ráðgefandi áliti í því máli. Sambærileg niðurstaða yrði í slíku máli hjá Evrópudómstólnum þar sem Framkvæmdastjórnin gæti höfðað samningsbrotamál gegn aðildarríki á grundvelli 258. gr. SUSE.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Björg Thorarensen og Pétur Dam Leifsson: *Þjóðaréttur*, bls. 108-112.

<sup>176</sup> Martin Dixon: *Textbook on International Law*, bls. 248-249.

<sup>177</sup> Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 264-265.

<sup>178</sup> Eðlismunur er þó á þessum úrræðum þar sem Evrópudómstóllinn getur beitt aðildarríki féviti fyrir samningsbrot sbr. 258-260. gr. SUSE, engin slík heimild er í EES-samningnum vegna sambærilegra brota.

<sup>179</sup> Skúli Magnússon: „*Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins? : hugleiðingar um "boðvald" ráðgefandi aðila*“, bls. 323-324.

Í *máli nr. E-5/06*<sup>180</sup> hafði ESA höfðað samningsbrotamál gegn Liechtenstein í kjölfar þess að stjórnsýsludómstóll í Liechtenstein hafði dæmt að aðila bæri ekki að fá greiddar ákveðnar félagslegar greiðslur, umönnunarbætur, milli ríkja á grundvelli gerðar sem tekin hafði verið upp í EES samninginn. Taldi dómstóllinn að skýring ákvæðisins væri augljós, og því engin þörf á að leita til EFTA-dómstólsins til að fá álit hans. Í kjölfarið höfðaði ESA ofangreint mál og taldi að Liechtenstein hafi brotið gegn skuldbindingum sínum á grundvelli þess að umræddar bætur bæri að greiða til aðila þó þeir væru búsettir í öðru ríki skv. EES-samningnum. EFTA-dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að Liechtenstein hefði borið að greiða slíkar félagslegar greiðslur til aðila búsettra í öðru ríki og því brotið gegn samningsskuldbindingum sínum.

Rétt er að taka það fram að Liechtenstein aðhyllist kenninguna um eineðli landsréttar og þjóðaréttar. Umrædd EES-gerð er reglugerð Ráðsins, og þarfnaðast því ekki frekari innleiðingar í Liechtenstein þar sem hún telst þjóðréttarlega skuldbindandi þegar hún hefur verið tekin upp í EES-samninginn af sameiginlegu EES-nefndinni.<sup>181</sup> Er því ljóst að samningsbrotið má rekja til rangrar beitingar stjórnsýsludómstólsins í Liechtenstein en ekki til rangrar innleiðingar í landsrétt.

Má því leiða líkur til þess að ef ESA höfði samningsbrotamál á grundvelli þess að dómstóll í aðildarríki leiti ekki ráðgefandi álits og beitir EES-gerð ranglega í kjölfarið, þá mun sama eiga við ef dómstóll í aðildarríki hunsar hið ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í undirliggjandi máli.<sup>182</sup>

Eins og minnst hefur verið á, þá hefur Evrópuðómstóllinn dregið fram þá kenningu að bótaábyrgð ríkja skv. ESB-rétti takmarkist ekki einungis við framkvæmdar- og löggjafarvaldið, heldur geti einnig náð til dómstóla, sbr. sjónarmið í *máli Köbler*. Evrópuðómstóllinn hefur dregið fram þá meginreglu að aðildarríki sambandsins geti verið skaðabótaskyld gagnvart einstaklingum og lögaðilum ef mistúlkun eða misbeiting dómstóls sem ekki sætir málskoti á ESB-réttarreglu leiðir til tjóns fyrir aðila. Slík ábyrgð takmarkast þó við að beint samband sé milli brotsins og þess sem varð fyrir tjóni, sú regla sem rangtúlkur var þarf að vera ætlað að veita einstaklingum eða lögaðilum réttindi og að brotið sé nægjanlega alvarlegt. Að vissu leyti eru þetta sömu skilyrði og dómstóllinn hefur sett fram í *máli Francovich* en engu að síður áréttar hann að alvarleiki þurfi að vera meiri en gagnvart

<sup>180</sup> *EFTAD, mál E-5/06, EFTACR 2007, bls. 296.*

<sup>181</sup> Christian Frommelt og Sieglinde Gstöhl: *Liechtenstein and the EEA*, bls. 9.

<sup>182</sup> Ólafur Jóhannes Einarsson, „*Hæstiréttur og EES-samningurinn*“, bls. 639.

brotum annara handhafa ríkisvalds, og taldi ekki nægjanlega alvarlegt brot í undirliggjandi máli í tilfelli *Köbler* til að skaðabótaskylda hefði myndast. Í máli *Traghetti*<sup>183</sup> var áréttar að skv. sambandsrétti væri óheimilt að útiloka slíka ábyrgð á grundvelli innlendra lagareglna með vísan til meginreglu ESB-réttar um skilvirkni.

EFTA-dómstóllinn hefur ekki enn tekið afstöðu með beinum hætti til þess hvort að *Köbler* kenningin sé hluti af EES-rétti. Aftur á móti gaf EFTA-dómstóllinn vísbindingu til þess hver afstaða hans sé til skaðabótaábyrgðar dómstóla í EES-rétti í máli *Kolbeinssonar*.<sup>184</sup> Málið á rætur að rekja til málaferla á Íslandi árið 2005. Aðili varð fyrir líkamstjóni í vinnuslysi við byggingu verslunarmiðstöðvar. Var hann láttinn bera tjón sitt sjálfur í kjölfarið með vísan til eigin sakar, þrátt fyrir að aðstæður á verkstað hafi ekki verið samkvæmt ákvæðum tilskipana sem innleiddar höfðu verið um aðbúnað á verkstað.<sup>185</sup> Í kjölfarið fór hann í mál við íslenska ríkið vegna tjóns sem hann taldi sig hafa orðið fyrir vegna þess að Hæstiréttur dæmdi vinnuveitandanum sýkn af skaðabótakröfu í hinu fyrra máli.

Fyrir héraðsdómi var fallist á að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um afmörkuð atriði, þar á meðal hvort að umrætt lagaákvæði, í samræmi við túlkun á Hæstaréttar á því samræmdist ákvæðum umræddra tilskipana. Úrskurður héraðsdóms var kærður til Hæstaréttar sem ákvað að leita bæri ráðgefandi álits, en breytti spurningunum, en sá hluti málsins verður ræddur í næsta kafla.<sup>186</sup> Hæstiréttur taldi rétt að leita afstöðu EFTA-dómstólsins um hvort að það samræmist tilskipunum að starfsmanni sé sjálfum vegna eigin sakar gert að bera ábyrgð á tjóni, sem hann verður fyrir vegna vinnuslyss, þegar fyrir liggur að vinnuveitandi hafi ekki að eigin frumkvædi fylgt reglum um öryggi og aðbúnað á vinnustað og einnig hvort að ríki geti verið skaðabótaskyld ef svo sé ekki.

Niðurstaða ofangreinds dómsmáls skiptir minna máli í þessu samhengi, en eins og að ofan greinir ákvað Hæstiréttur að leita bæri álits á því hvort slíkt brot leiddi til skaðabótaskyldu ef að brot leiðir af skorti á innleiðingu. Sú spurning hvort ríki geti verið bótaskylt á grundvelli rangrar beitingar dómstóla í landsrétti á EES-rétti, um hvort að sú meginregla sem Evrópusdómstóllinn leiddi fram í *Köbler* ætti við í EES-rétti.

---

<sup>183</sup> *EBD, mál C-173/03, ECR 2006, bls. I-5177.*

<sup>184</sup> *EFTAD, mál E-2/10, EFTACR 2009-2010, bls. 234.*

<sup>185</sup> Tilskipanir 89/391/EBE, 92/57/EBE og 89/654/EBE.

<sup>186</sup> *Hrd. 23. mars 2010 (132/2010).*

EFTA-dómstóllinn svaraði þeirri spurningu ekki með beinum hætti en vísaði til þess að sú spurning falli utan þeirra spurninga sem til dómstólsins væri beint af héraðsdómi.<sup>187</sup> Aftur á móti vísar EFTA-dómstóllinn til þess að „*til þess að ríki geti samkvæmt EES-rétti talist bótaskyld vegna slíks brots þyrfti brotið, hvað sem öðru líður, að vera augljóst í eðli sínu, sjá til hliðsjónar mál Köbler.*“<sup>188</sup>

Í nýlegum héraðsdómi,<sup>189</sup> sem kveðinn var upp eftir að Hæstiréttur hafði ógilt fyrri niðurstöðu héraðsdóms segir um þá málsástæðu stefnanda að Hæstiréttur hafi mistúlkað réttilega innleidda EES-gerð (áherslur eru höfundar):

Stefnandi byggir kröfу sína til vara á því að Hæstiréttur Íslands hafi gert mistök við túlkun lagareglна með dómi sínum frá 20. desember 2005. Hafi réttinum borið að túlka lögini til samræmis við framangreindar tilskipanir. Hvað þessa málsástæðu varðar ber að áréttu það sem að framan greinir um forsendur og niðurstöðu réttarins um skaðabótakröfu stefnanda á hendur Ístaki hf. og þær reglur sem þá voru í gildi um eigin sök tjónþola. Með þeim dómi var sakarefnini þess máls endanlega til lykta leitt og stendur formlegt gildi hans óhaggað, sbr. 1. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Samkvæmt 2. mgr. 116. gr. sömu laga verður krafa, sem dæmd hefur verið að efni til, ekki borin undir sama eða hliðsettán dómstól framar en í þeim lögum segir og ber að vísa nýju máli um slíka kröfу frá dómi. Af ákvæði þessu leiðir að aðilar einkamáls hafa að íslenskum rétti takmörkuð úrræði til að leita endurskoðunar máls að gengnum dómi Hæstaréttar ef frá er talin endurupptaka eftir reglum 169. gr. laga nr. 91/1991. Stendur engin heimild til þess að lögum að fyrrgreind dómsúrlausn um skaðabótakröfu stefnanda á hendur Ístaki hf. geti nú sætt endurskoðun dómstóls að efni til á þeim grundvelli sem stefnandi reisir málatilbúnað sinn á, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. júní 2009 í máli nr. 604/2008. Af þessum sökum ber að hafna þeirri málsástæðu stefnanda að hann eigi rétt á skaðabótum úr hendi stefnda vegna þess að niðurstaða Hæstaréttar frá 20. desember 2005 hafi verið röng.

Höfundi er ekki ljóst hvort að ofangreindum héraðsdómi hafi verið áfrýjað til Hæstaréttar. Engu að síður er ljóst út frá málsástæðu stefnanda, og ummæla í niðurstöðu EFTA-dómstólsins hefði verið tilefni til að leita til EFTA-dómstólsins að nýju, og spryja hvort að í EES-samningnum fælist ábyrgð aðildarríkja v. dómsathafna sem leiða til misbeitingar á réttilega innleiddum EES-gerðum. Vonandi mun Hæstiréttur bæta úr þessu og leita til EFTA-dómstólsins með beiðni um ráðgefandi álit ef málið berst honum að nýju. Niðurstaða héraðsdóms sýnir með skýrum hætti þá togstreitu sem til staðar er varðandi hlutverk EFTA-dómstólsins og innlendra dómstóla á grundvelli EES-samningsins og ESE-samningsins.

Í máli *Harðar Einarssonar* tiltók EFTA-dómstóllinn í niðurstöðu sinni að 14. gr. EES-samningsins sé efnislega samhljóða núgildandi 110. gr. SUSE. Með hliðsjón af markmiði

<sup>187</sup> Benda má á að spurningar þær sem sendar voru spurningar þær sem Hæstiréttur ákvæðaði að leita bæri, því er ónákvæmt af EFTA-dómstólnum að vísa til þess að um sé að ræða spurningar Hæstaréttar. Í ESB-rétti hefur Evrópudómstóllinn talið sér heimilt að umorða eða túlka spurningar frá dómstólum í landsrétti með rúmum hætti sbr. *EBD, mál C-213/89, ECR 1990, bls. I-2443*.

<sup>188</sup> 74. mgr. í *EFTAD, mál E-2/10*.

<sup>189</sup> Hérd. Rvk. 9. maí 2012 (E-10868/2009).

EES-samningsins um einsleitni og til að tryggja sömu meðferð einstaklinga á öllu Evrópska efnahagssvæðinu var því talið að 14. gr. EES-samningsins væri nægjanlega óskilyrt og nægjanlega nákvæmt til að falla undir bókun 35.

En eins og áður hefur verið getið, þá er 34. gr. ESE samningsins ekki efnislega samhljóða 267. gr. SUSE. Í ESB-rétti hefur reglan um skaðabótaskyldu aðildarríkja vegna skorts á innleiðingu eða rangrar innleiðingar gerðar verið leidd af eðli sáttmálanna og vísað til meginreglna um beina réttarverkan og forgangsáhrif.<sup>190</sup> EFTA-dómstóllinn leiddi skaðabótareglu EES-réttar, sem fyrst kom fram í máli *Erlu Maríu* ekki með beinum hætti af *Francovich*, og byggði því á öðrum forsendum en Evrópusámsstóllinn, og sjálfstæðum grunni, þá hefur verið viðurkennt af EFTA-dómstólnum að meginreglur ESB-réttar um forgangsáhrif og beina réttarverkan séu ekki hluti EES-réttar.<sup>191</sup>

Ef hægt er að slá því föstu að markmið EES-samningsins sé að tryggja einstaklingum og lögaðilum sambærileg réttindi og sömu meðferð á öllu evrópska efnahagssvæðinu og að EFTA-dómstóllinn leitist við að skýra EES-samninginn í því ljósi hlýtur að vera einnig til staðar í EES-rétti sambærileg regla og í ESB-rétti um ábyrgð aðildarríkja á brotum á samningnum sem stafar af misbeitingu dómstóla. Gagnstæð niðurstaða myndi leiða til þess að aðgengi aðila innan EES-ríkja að dómstólum sem fara með lögsögu til túlkunar á EES-rétti væri lakara en innan Evrópusambandsins. Engin haldbær rök eru fyrir því að undanskilja dómstóla undan bótaábyrgð aðildarríkja á grundvelli séreðlis EES-samningsins. Bótaregla EES-réttar er leidd af eðli samningsins og þeirri staðreynd að einstaklingum og lögaðilum er sjálfstætt fengin margvísleg réttindi skv. honum.

Að mati höfundar er líklegt að til staðar sé sambærileg regla í EES-rétti og ESB-rétti um ábyrgð aðildarríkja á misbeitingu dómstóla á EES- og ESB-rétti þó að hvorki EFTA-dómstóllinn, né dómstólar í aðildarríkjum hafi viðurkennt slíka reglu enn sem komið er. Ekki liggur heldur fyrir nákvæmlega inntak hennar, en eins og EFTA-dómstóllinn benti á í máli *Kolbeinssonar*, þá megi hafa til hliðsjónar sjónarmið Evrópusámsstólsins sem fram koma í máli *Köbler*.<sup>192</sup>

Eftir stendur að ekki er til staðar sama formlega skylda skv. 34. gr. ESE-samningsins og til staðar er í 3. mgr. 267. gr. SUSE. Ábyrgð aðildarríkja á misbeitingu ESB-réttar nær aðeins til

---

<sup>190</sup> Stefán Már Stefánsson: „State Liability in Community Law and EEA Law“, bls. 152-153.

<sup>191</sup> *EFTAD*, mál E-1/07, *EFTACR* 2007, bls. 246.

<sup>192</sup> ESA vísaði til þess í máli *Kolbeinssonar* að þau sjónarmið sem Evrópusámsstóllinn hefði sett fram í því máli ættu einnig við í tilfelli EES-réttar. Tilvísun EFTA-dómstólsins í máli *Köbler* og ummæli um að ef bótaábyrgð vegna dómstóla aðildarríkja væru hluti af EES-rétti ýta undir þessa túlkun.

dómstóla sem úrskurðir sæta ekki málskots. Kunna því að vera til staðar sjónarmið um að ríkari kröfur eigi að gera til „alvarleika brots“ í EES-rétti en í ESB-rétti.<sup>193</sup>

Í íslenskum rétti er viðurkennt að einstaklingar geti át rétt á bótum vegna dómsathafna. Til að mynda getur myndast bótaábyrgð íslenska ríkisins vegna úrskurða um gæsluvarðhald ef skilyrði fyrir þeim voru ekki til staðar.<sup>194</sup> Þar sem úrskurðar dómara er ætíð þörf til að hneppa mann í gæsluvarðhald byggir sú bótaregla á tjóni sem valdið er af dómstólum.

Af meginreglu EES-réttar um skaðabótaskyldu vegna ranglega innleiddra eða óinnleiddra EES-gerða leiðir að einstaklingar og lögaðilar eigi undirliggjandi réttindi sem brotið er á og beri að fá sébætur fyrir það tjón. Af markmiðum EES-samningsins um einsleitni og dómaframkvæmd hjá Evrópuðómstólnum leiðir að til staðar er regla í EES-rétti um skaðabótaábyrgð á rangri túlkun eða misbeitingu dómstóla, sem sem úrskurðir sæta ekki málskoti, á réttilega innleiddum EES-gerðum.

Ef það er réttur einstaklinga og lögaðila að fá dómsniðurstöðu sem byggir á réttri túlkun á EES-gerð, þá ber dómstólum, ef vafi er til staðar að leita ráðgefandi álits um túlkun ágreiningsatriðis hjá EFTA-dómstólnum. Önnur niðurstaða myndi leiða til þess að mikill munur yrði á réttarvernd einstaklinga og lögaðila milli ESB- og EFTA-stoða EES-samningsins og yrði að telja með öllu óásættanlegt, út frá sjónarhóli EES-réttar, aðgengi að dómstólum, réttarverndar einstaklinga og lögaðila og út frá markmiðum EES-samningsins um eineðli.

#### 4.2 Kæruheimild 3. mgr. 1. gr. I. nr. 21/1994

Eins og áður hefur verið fjallað um var hinn svonefndi EES-dómstóll blásinn af með *áliti Evrópuðómstólsins 1/91*. Þess í stað var EFTA-ríkjunum sjálfum falið að tryggja eftirlits- og dómstólakerfi gagnvart EFTA stoð EES-samningsins, en Evrópuðómstóllinn myndi sinna dómstólaeftirliti gagnvart ESB ríkjum. Þann 2. maí 1992 var Samningur um eftirlitsstofnun og dómstól undirritaður í Oportó og birtur með auglýsingu nr. 32/1993 í Stjórnartíðindum.

Byggja Eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstóllinn því á sjálfstæðum þjóðréttarlegum samningi, sem er þó órjúfanlegur EES-samningum eins og áður hefur verið fjallað um. Samningurinn var þó ekki lögfestur í heild sinni líkt og gert var með meginmál EES-samningsins.

---

<sup>193</sup> Margrét Einarsdóttir: „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla“, bls. 30-31.

<sup>194</sup> Hrd. 8. mars 2012 (492/2011).

Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. l. nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið er heimilt að kæra úrskurð um að leita ráðgefandi álits til Hæstaréttar skv. almennum reglum um meðferð einkamála eða meðferð sakamála. Samkvæmt 4. mgr. sömu greinar á kæruehimildin ekki við um úrskurði Félagsdóms um að leita ráðgefandi álita. Þar sem lög nr. 21/1994 telja upp með tæmandi hætti þá dómstóla sem heimild hafa til að leita til EFTA-dómstólsins er því ljóst að ofangreind takmörkun á einungis við um héraðsdómstóla. Má velta fyrir því sjálfstætt upp hvers vegna löggjafinn ákvað að tilgreina með þessum hætti hvaða dómstólum sé heimilt að óska ráðgefandi álita meðan að innan ESB og í öðrum EFTA-ríkjum innan EES-samningsins hafa stjórnsýslunefndir einnig heimild til að leita til EFTA-dómstólsins sbr. *Restamark*.<sup>195</sup>

Á 140. löggjafarþingi Alþingis lagði fjármálaráðherra fram frumvarp til breytinga á l. nr. 84/2007 um opinber innkaup.<sup>196</sup> Skv. 14. gr. frumvarpsins skal kæruneftnd útboðsmála heimilt að óska eftir ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. Í athugasemnum við 14. frumvarpsins kemur fram eftirfarandi skýring á ákvæðinu:

Með hliðsjón af því að við úrlausn mála kæruneftndar útboðsmála getur verulega reynt á túlkun reglna EES-samningsins þykir eðlilegt að tekin séu af tvímæli samkvæmt íslenskum lögum um að nefndin geti aflað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í þágu meðferðar málს. Þótt kæruneftnd útboðsmála sé stjórnsýslunefnd samkvæmt íslenskum rétti er líttill vafí um að nefndin fullnægir skilyrðum 34. gr. EFTA-samnings um stofnun dómstóls og eftirlitsstofnunar til að njóta heimildar til að óska eftir ráðgefandi áliti samkvæmt þeim viðmiðum sem mólast hafa í dómaframkvæmd Evrópuðómstólsins og EFTA-dómstólsins. Sjá t.d. dóma EFTA-dómstólsins í Restamark (mál nr. E-1/94) og Mattel og Lego (mál nr. E 8 og 9/94) þar sem beiðnir um ráðgefandi álit komu í báðum tilvikum frá norrænum stjórnsýslunefndum. Endanleg úrlausn vegna beiðna um ráðgefandi álit er í höndum EFTA-dómstólsins og um beiðni um ráðgefandi álit fer eftir nánari ákvæðum í samningi EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls og málsmeðferðarreglum EFTA-dómstólsins.

Frumvarpið varð þó ekki að lögum. Í ofangreindum athugasemnum við 14. gr. frumvarpsins er athyglisvert að tekið er fram að eðlilegt sé að tekin séu af tvímæli samkvæmt íslenskum lögum um að nefndin geti aflað ráðgefandi álits. Höfundi er ekki kunnugt um ágreining um lagaheimildir til að óska ráðgefandi álits, slíkt er talið upp með tæmandi hætti í l. nr. 21/1994. Hins vegar er jákvætt að fjármálaráðherra viðurkenni túlkun EFTA-dómstólsins á 34. gr. ESE-samningsins. Vonandi er ofangreint frumvarp og athugasemdir í greinargerð til merkis um vilja til að bæta úr ofangreindum ágalla í framkvæmd á 34. gr. ESE-samningsins.

<sup>195</sup> *EFTAD*, mál E-1/94, *EFTACR* 1994-1995, bls. 15.

<sup>196</sup> Þskj. 1115, 140. Lögb. 2011-2012, bls. 24 (Enn óbirt í A-deild Alþt).

Lögum nr. 21/1994 er ætlað að innleiða þjóðréttarlega skuldbindingu sem fellst í 34. gr. ESE-samningsins, sem eins og áður er getið var gerður milli EFTA-ríkja til að fullnægja samningsskuldbindingum sínum skv. EES-samningnum.

Í skýringum v. 1. gr. í grg. með frumvarpi til laga sem varð að l. nr. 21/1994 segir:

Af ákvæðum 1. gr. má ráða að ætlast er til að rekstri mál verði frestað fyrir héraðsdómi þar til álit EFTA-dómstólsins er fengið. Bið eftir álitinu gæti orðið til að tefja fyrir úrlausn mál og verður því að telja eðlilegt að mæla fyrir um heimild málsaðila, sem vill ekki fella sig við afstöðu héraðsdómara, til að kæra úrskurð hans til Hæstaréttar. Kæruheimildin í 3. mgr. 1. gr. frumvarpsins er þó ekki bundin við þau tilvik Þar sem héraðsdómari úrskurðar að álits EFTA-dómstólsins verði leitað heldur nær hún einnig til úrskurðar um gagnstæða niðurstöðu hans.<sup>197</sup>

Þegar frumvarpið var fyrst lagt fram, á 116. þingi sagði dómsmálaráðherra í framsöguræðu sinni eftirfarandi:

Með frv. er gert ráð fyrir því að heimild þessi nái bæði til héraðsdómstóla og Hæstaréttar auch sérdómstóla samkvæmt nánari reglum sem lýst er. Er heimildin því ekki takmörkuð við Hæstarétt einan svo sem samningurinn heimilar og er það gert í ljósi þess að eftir almennum réttarfarsreglum á að leitast við að leysa mál á grundvelli sömu gagna og röksemda fyrir báðum dómstigum en á því yrði brestur ef fyrst væri unnt að leita álits EFTA-dómstólsins undir rekstri málss fyrir Hæstarétti.

Svo sem fram kemur í 1. gr. frv. og 34. gr. samningsins er álit það sem EFTA-dómstóllinn gefur einungis ráðgefandi. Álit EFTA-dómstólsins bindur ekki dómara við úrlausn mál, þótt telja verði að eftir því verði að öðru jöfnu farið að því leyti sem úrlausnin veltur á álitinu.

Rétt er að taka fram að ákvæðin kveða á um heimild dómstólsins til að leita álits en ekki skyldur.<sup>198</sup>

Lögskýringargögn, svo sem athugasemdir með frumvarpi og umræður á þingi geta verið hjálplegar við skýringu ákvæða en almennt breyta þær ekki textaskýringu lagaákvæðis.<sup>199</sup> Í tilviki 3. mgr. 1. gr. má segja að athugasemdir í frumvarpi og framsöguræða dómsmálaráðherra séu í samræmi við skrif margra íslenskra fræðimanna á þessu sviði.<sup>200</sup> Skúli Magnússon, fyrrverandi ritari EFTA-dómstólsins hefur hins vegar haldið því fram að sá munur á eðli ráðgefandi álita og forúrskurða sem Stefán Már og Davíð Þór halda fram, það er að aldrei sé skylda að óska ráðgefandi álita og þau séu ekki bindandi á beiðandi dómstól, sé ekki rétt túlkun.<sup>201</sup> Í grein sinni tilgreinir Skúli með sannfærandi rökum að ekki megi túlka heiti úrræðisins „ráðgefandi álit“ með bókstaflegum hætti. Skýra verður úrræðið út frá

<sup>197</sup> Alþ. 1993-1994, A-deild, bls. 754.

<sup>198</sup> Alþ. 1992-1993, B-deild, bls. 1407.

<sup>199</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 104 og áfr.

<sup>200</sup> Má hér nefna skrif Davíðs Þórs Björgvinssonar: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 339 og áfr. og Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1033 og áfr.

<sup>201</sup> Skúli Magnússon „*Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins?*“, bls. 317-330.

tilgangi þess og mikilvægi þess við að tryggja tilgang EES-samningsins með hliðsjón af trúnaðarreglu 3. gr. EES-samningsins sem efnislega er samhljóða 10. gr. SUSE.<sup>202</sup>

Í *Restamark* málínu skýrði EFTA-dómstóllinn 34. gr. ESE-samningsins með þessum orðum í þyðingu höfundar:<sup>203</sup>

Hugtakið „dómstóll eða réttur“ í 2. mgr. 34. gr. ESE-samningsins verður að gefa eigin túlkun. Í þessari túlkun er ekki úrslitaatriði hvernig stofnunin er skilgreind í landsrétti. Rökstuðningur sá sem leitt hefur Evrópudómstólinn til niðurstöðu við túlkun sama hugtaks í 177. gr. [núgildandi 267.gr SUSE] hefur vægi í þessu samhengi þó að EFTA-dómstólnum beri ekki, skv. 1. mgr. 3. gr. ESE-samningsins að fylgja rökstuðningi Evrópudómstólsins við túlkun á meginmáli Evrópusáttmálana.

...  
Tilgangur 34. gr. ESE-samningsins er að koma á fót samstarfi milli EFTA-dómstólsins og dómstóla og rétti (e. tribunals) í EFTA-ríkjunum. Ákvæðinu er ætlað að tryggja einsleita túlkun á EES-samningnum og veita dómstólum og réttum í EFTA-ríkjunum aðstoð við meðferð mála þar sem þau þurfa að beita ákvæðum EES-samningsins. Sá tilgangur þarf einnig að vera til hliðsjónar þegar hugtökin "dómstóll og réttur" eru skýrð.

Telja verður að EFTA-dómstóllinn myndi beita sömu sjónarmiðum varðandi túlkun á rétti dómstóla til að beina óskum um ráðgefandi álit með og vitnað er til hér að ofan í *Restamark*, sem var fyrsta ráðgefandi álit dómstólsins.

#### 4.2.1 Endurskoðun Hæstaréttar á spurningum héraðsdóms

Eins og áður greinir þá ákvað löggjafinn með 3. mgr. 1. gr. l. nr. 21/1994 að heimila að úrskurðir héraðsdóms um að leita ráðgefandi álits séu kæranlegir til Hæstaréttar. Hið gagnstæða á við varðandi tilvik þar sem Félagsdómur ákveður að leita ráðgefandi álita. Einungis er heimilt í íslenskum rétti að kæra úrskurði dómara til æðri dómstóls ef til þess stendur lagaheimild.<sup>204</sup> Var það því meðvituð ákvörðun löggjafans að heimila Hæstarétti að endurskoða ákvarðanir héraðsdómstóla um að leita ráðgefandi álits en byggir ekki á meginreglum íslensks réttarfars.

Í Hrd. 1998, bls. 1361 tók Hæstiréttur afstöðu til kæru málsaðila um þá ákvörðun héraðsdóms Reykjavíkur að úrskurða um að leita beri álits EFTA-dómstólsins á því hvort það væri andstætt tilskipun 89/105/EBE að lögbær stjórnyöld taki ákvarðanir um lækkun lyfjaverðs og önnur atriði sem dómstóllinn taldi nauðsynlegar til að varpa ljósi á málið. Í dómi Hæstaréttar segir:

<sup>202</sup> John Temple Lang: „The principle of loyal cooperation and the role of the national judge in Community, union and EEA law“. ERA-Forum 2006, 7. tbl. bls. 477.

<sup>203</sup> EFTAD, mál E-1/94, 24. -25. mgr..

<sup>204</sup> Hrd. 1997, bls. 2192 og Hrd. frá 12. mars 2012 (103/2012).

Í fyrrnefndri 3. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994 er veitt sjálfstæð heimild til að kæra til Hæstaréttar úrskurð héraðsdóms um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu á tilteknum lagaatriðum máls. Tilvísun umrædds ákvæðis til almennra reglna um meðferð einkamála varðar eingöngu aðferð við málskot, frest til þess og meðferð máls fyrir æðra dómi, en snertir á engan hátt heimild til kæru. Kærheimild ákvæðisins miðar að því sjálfgefna markmiði, að Hæstiréttur geti endurskoðað mat héraðsdómara á því, hvort þörf sé á að afla ráðgefandi álits og um hvaða atriði það verði gert. Er því ekkert hald í þeim röksemendum, sem varnaraðili færir fyrir aðalkröfusinni, að lagahemild skorti til að kæra úrskurð héraðsdóms og að mat héraðsdómara á þörf fyrir ráðgefandi áliti geti ekki komið til endurskoðunar fyrir æðra dómi.

Niðurstaða Hæstaréttar í málinu var engu að síður að staðfesta úrskurð héraðsdóms um að leita ráðgefandi álits.

#### 4.2.2 *Cartesio dómurinn og dómaframkvæmd innan ESB*

Eins og áður greinir þá þarf dómari í landsrétti að jafnaði að taka tvær ákvarðanir þegar leitað er eftir forúrskurði hjá Evrópubómstólnum eða ráðgefandi áliti hjá EFTA-dómstólnum. Hann þarf að úrskurða um að leita eftir forúrskurði eða áliti viðkomandi dómstóla, og fresta málsmeðferð á meðan. Lengst af taldi Evrópubómstóllinn að núgildandi 267. gr. SUSE fæli ekki í sér bann við því að aðildarríki sambandsins hefði í landsrétti réttarfarsreglur sem heimiluðu að ákvarðanir um að senda Evrópubómstólnum beiðni um forúrskurð sættu áfrýjun til æðra dómstigs. Í *de Geus málínus*<sup>205</sup> frá 1961 hafði ákvörðun undirdómstóls um að leita forúrskurðar verið áfrýjað til yfirréttar. Lögsögumaður og Evrópubómstóllinn komust bæði að því að slíkt væri ekki andstætt sáttmálunum, með sömu rökum og greint er frá hér að ofan, að sáttmálarnir útiloki ekki aðildarríki frá því að hafa slíkar réttarfarsreglur í landsrétti sínum.

Árið 1974 kvað Evrópubómstóllinn upp forúrskurð í *Rheinmühlen II málínus*<sup>206</sup> svonefnda. Í því máli tiltók Evrópubómstóllinn að ákvörðun lægra dómstigs um að beina spurningu til dómstólsins sætti kærumeðferð ef slíkar málsmeðferðarreglur væru til staðar. Hins vegar tæki dómstóllinn beiðnina til skoðunar þrátt fyrir það og stöðvaði ekki málsmeðferð hjá sér fyrr en beiðni hefði verið afturkölluð.

Má því sjá að efnislega var 3. mgr. 1. gr. l. nr. 21/1994 í samræmi við dómaframkvæmd hjá Evrópubómstólnum þegar EES-samningurinn gekk í gildi. Eins og reifað var í kafla 4.3.1 þá voru umræður á þingi og nefndarálit á þá vegu að þessi framkvæmd væri í samræmi við EES-samninginn og réttarframkvæmd hér á landi.

<sup>205</sup> EBD, mál 13/61 ECR 1962, bls. 45.

<sup>206</sup> EBD, mál 146/73, ECR 1974, bls. 139.

16. desember 2008 kvað Evrópubómstóllinn upp forúrskurð í máli *Cartesio*.<sup>207</sup> Málsatvik voru þau að ungverskt félag, Cartesio óskaði eftir því að fá að flytja skráð aðsetur sitt til Ítalíu en starfa áfram undir ungverskum lögum. Við meðferð málsins óskaði undirréttur í Ungverjalandi eftir forúrskurði um ýmis atriði, þriðja spurningin var svohljóðandi:

Teljast aðgerðir, sem í samræmi við landsrétt, heimila málsaðila að kæra ákvörðun um öflun forúrskurðar til æðri dómstóls vera takmarkandi gagnvart ungverskum dómstólum í öflun ráðgefandi álita eða þeim rétindum sem leiða beint af 234. gr [insk. höf. nágildandi 267. gr. SUSE] - Ef í kærumeðferðinni, æðri dómstóllinn ógildir beiðni um forúrskurð og úrskurðar að málsmeðferð skuli hefjast að nýju í undirrétti?

Maduro, lögsögumaður Evrópubómstólsins sagði til í álti sínu að bandalagsréttur [þágildandi 234. gr. Rómarsáttmálans, nágildandi 267. gr. SUSE] gæfi hvaða dómstól sem er, í hvaða aðildarríki sem er beina heimild til að óska forúrskurðar Evrópubómstólsins. Því sambandi megi ekki spilla í landsrétti. Maduro vísaði til álits lögsögumanns í áðurnefndu *Rheinmühlen* máli en bætti við röksemdafærslu þess forúrskurðar.<sup>208</sup>

Í fyrsta lagi gerðu sáttmálarnir ráð fyrir beinu sambandi milli dómstóla aðildarríkja og Evrópubómstólsins. Í öðru lagi væru engin ákvæði í sáttmálunum sem heimiluðu takmarkanir á þessum rétti dómstóla í lagakerfi aðildarríkja. Í þriðja lagi þá væri það innan lögsögu Evrópubómstólsins að ákvarða hvort beiðnir um forúrskurði væru gildar, en ekki dómstóla í aðildarríkjum. Slíkar kæruheimildir myndu í raun leiða til þess að hægt væri með kerfisbundnum hætti að útiloka lægra setta dómstóla frá því að beina spurningum er varðar túlkun á Evrópurétti og takmarka slíkar beiðnir því við æðstu dómstóla aðildarríkja.

Evrópubómstóllinn tók undir álit lögsögumanns í þessu máli en var ekki jafn skýr í afstöðu sinni. Evrópubómstóllinn staðfesti að „234. gr. [nágildandi 267. gr. SUSE] hindrar ekki að ákvörðun slíks dómstóls[sem sætir málskot] sæti málsmeðferðarreglum í landsrétti sem venjulega standa til boða.“<sup>209</sup> Einnig kemur fram í niðurstöðu dómsins, í þýðingu höfundar að:

Þar sem reglur í landsrétti leiða til þess að heimilt sé að kæra ákvarðanir um að leita forúrskurðar, og undir þeim reglum skuli málsmeðferð vera frestað fyrir þeim dómstól sem ákvörðunina tók og kæran snýr eingöngu að ákvörðun um að leita forúrskurðar þá skal leiðir af hinni sjálfstæðu heimild 234. gr. sáttmálans (innsk. höfundar, nágildandi 267. gr. SUSE) að með slíkum ákvörðunum sé því beina sambandi ógnað. Með því að breyta ákvörðun dómstólsins, víkja henni til hliðar og skipa lægra setta dómstól að hefja málarekstur að nýju, getur sá dómstóll sem tekur við kæru hindrað hinn beiðandi dómstól í því að nýta sér þau réttindi sem honum eru veitt skv. 234. gr. EB um að óska eftir forúrskurði Evrópubómstólsins.

<sup>207</sup> EBD, mál C-210/06, ECR 2008, bls. I-9641.

<sup>208</sup> EBD, Álit lögsögumanns í máli nr. C-210/06, ECR 2008, bls I-10805.

<sup>209</sup> EBD, mál C-210/06. 89. mgr.

Í samræmi við 234. gr. EB sáttmálansþá fer mat á því hversu tengdar og nauðsynlegar spurningar þær sem vísað er til dómstólsins, í grundvallaratriðum á forsjá hins beiðandi dómstóls sjálfs, en sætir þó sannprófun Evrópudómstólsins í samræmi við dómafordæmi sem vísað er til í 67. mgr. hér að ofan. Þar af leiðandi, er það fyrir þann dómstól sem óskar ráðgefandi álits að draga réttar ályktanir af úrskurði æðri dómstóls vegna kæru á ákvörðun um að leita forúrskurðar. Ber honum sérstaklega að komast að niðurstöðu hvort að það sé réttmætt að halda sig við upprunalegar spurningar, breyta þeim eða afturkalla..<sup>210</sup>

Ofangreind tilvitnun úr dómi Evrópudómstólsins ber með sér að það sé álit hans að nágildandi 267. gr. SUSE feli í sér beinan og ótakmarkaðan rétt hvers og eins dómstóls til að leita til Evrópudómstólsins.<sup>211</sup>

Má því leiða af þessum dómi að dómstólum aðildarríkja, þar sem heimilt er að kæra úrskurði um að leita forúrskurðar, séu ekki bundnir af ákvörðun æðri dómstóls um að ógilda beri beiðnina eða beina öðrum spurningum til Evrópudómstólsins. Þar sem samband dómstóla aðildarríkja hvers og eins og Evrópudómstólsins sé óhindrað, sé ekki heimilt að hafa áhrif á það mat dómarar að leita beri álits á vafaatriði sem hann telur þarfust aðkomu Evrópudómstólsins.

Má draga þá ályktun að Evrópudómstóllinn líti svo á að kærumeðferð innanlands í tilviki ákvarðana um að leita forúrskurðar séu einungis ráðgefandi gagnvart dómstóli sem óskaði álits og sé því ekki bindandi gagnvart lægra dómstigi, út frá sjónarhól Evrópuréttar. Það sé einstaklingsbundin heimild hvers og eins dómstóls skv. nágildandi 267. gr. SUSE að leita forúrskurðar sem ekki beri að hindra.

Er *Cartesio* dómurinn því stefnubreyting frá fyrri dómaframkvæmt sbr. *Rheinmühlen*.<sup>212</sup> Hefur hið beina samband dómstólsins og dómstóla aðildarríkja styrkst í kjölfar hans. Líkt og aðra stefnumarkandi dóma Evrópudómstólsins, þá má gagnrýna niðurstöðu þessa máls. Út frá sjónarhóli einstaklinga og lögaðila, þá leiðir niðurstaða dómsins til þess að aðilar eigi greiðari aðgang að þeim dómstól sem fer með lögsögu varðandi túlkun á frumrétti og um gildi afleiddra ESB-gerða að ESB-rétti. Hljóta það að vera mikilvæg grundvallarréttindi að einstaklingar eigi aðgang að þeim dómstólum sem fari með endanlega túlkun á viðkomandi réttarreglu. Í álti Colomer lögsögumanns Evrópudómstólsins í máli *Roda Golf & Beach Resort*<sup>213</sup> koma þessi sjónarmið skýrt fram:

---

<sup>210</sup> EBD, mál C-210/06, 95-96. mgr.

<sup>211</sup> Morten Broberg og Niels Fenger, Preliminary references to the European Court of Justice, bls. 226.

<sup>212</sup> Evrópudómstóllinn hefur áréftað þessa túlkun á 267. gr. EBD, mál C-137/08, ECR 2010, óbirt.

<sup>213</sup> EBD, mál C-14/08, ECR 2009, bls. I-5439.

Aðgangur að dómstólum felur ekki eingöngu í sér upphaf málafesta heldur einnig að bærir dómstólar fái aðgang að rekstri málsins. Jafnframt, frá réttarfarslegu sjónarhorni, eru beiðnir um forúskurði byggðar á meginreglunni um einsleita túlkun og beitingu bandalagsréttar, af því leiðir að hvaða dómstóll sem er í aðildarríki hlýtur að hafa bærni til að leita liðsinnis Evrópu-dómstólsins. Allar aðgerðir sem hindrað geta dómstóla í aðildarríkjum í að óska forúskurðar grafa undan þessum grundvallarrétti.<sup>214</sup>

Á móti, frá sjónarhóli landsréttar, má færa þau rök að þar sem 267. gr. SUSE bannar ekki að einstök ríki heimili að úrskurðir um að leita forúskurðar séu kæranlegir til æðri úrskurðaraðila hljóti greinin að fela í sér að slíkt sé heimilt. Í eðli sínu eru ESB-sáttmálarnir þjóðréttarsamningar, sem hafa komið á sjálfstæðu lagakerfi, en engu að síður þjóðréttarsamningar. Því geti ríki ekki verið skuldbundin umfram samþykki sitt. Í ljósi hins sérstaka eðlis ESB samstarfsins og fjölmargra dómafordæma Evrópu-dómstólsins þar sem skyldur samningsaðila eru dregnar af eðli sáttmálanna og tilgangs þeirra verður að telja að *Cartesio* dómurinn sé í anda fyrri dóma Evrópu-dómstólsins sbr. *Frankovich*<sup>215</sup> og *Factortame*.<sup>216</sup>

Sú spurning sem höfundur þessa verks ætlar að reyna að svara er, hvert er vægi niðurstöðu Evrópu-dómstólsins í máli *Cartesio* og þeirrar túlkunar á 267. gr. SUSE sem dómstóllinn leggur til grundvallar í málinu á EFTA-stoð EES-svæðisins? Einnig hvort það hafi áhrif á túlkun EES- og ESE-samninginn og samningsskuldbindingar EFTA ríkjanna sen varð heimildir dómstóla til að leita ráðgefandi álita?

#### 4.2.3 Má heimfæra niðurstöðu í máli *Cartesio* yfir á EFTA-stoð EES-samningsins?

Ef því er slegið fóstu að dómstólum aðildarríkja ESB sé tryggt milliliðalaust aðgengi að Evrópu-dómstólnum og að öll inngríp æðri dómstóls í mat undirréttar á meðan meðferð máls sé ólokið brjóti gegn 267. gr. SUSE er spurning hvort sama meginregla eigi við í EES-rétti.<sup>217</sup>

Eins og rökstutt hefur verið í þessu riti þá er hlutverk EFTA-dómstólsins sambærilegt hlutverki Evrópu-dómstólsins að því er varðar réttarvörslukerfi sem tryggja á samrænda túlkun á réttarreglum í EES- og ESB-rétti.<sup>218</sup> Í áliti lögsögumanns í *Cartesio* var hluti röksemdafærslu hans að ekkert í sáttmálunum heimili takmarkanir á því að leita forúskurðar í

<sup>214</sup> Álit lögsögumanns í máli C-14/08, 29. mgr.

<sup>215</sup> EBD, máli C-6 og 9/90, ECR 1991, bls. I-5375.

<sup>216</sup> EBD, máli C-213/89, ECR 1990. bls. I-2433.

<sup>217</sup> Skúli Magnússon: „Málskot ákvæðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 11.

<sup>218</sup> Vísast í umfjöllun um álit I/91 og afleiðingar þess, en í upprunalegum drögum að EES-samningnum var gert ráð fyrir því að dómstólar í EFTA-ríkjum gætu leitað ráðgefandi álits Evrópu-dómstólsins. EFTA-dómstóllinn tók við því hlutverki í kjölfar álitsins. Eins og efnislega hefur verið rakið, þá eru afleiðingar þess að leita ekki álits sambærilegar í EES- og ESB rétti.

lagakerfum aðildarríkja. Eins og áður hefur verið rakið er slík heimild í 3. mgr. 34. gr. ESE-samningsins en engin aðildarríki nýta þá heimild í dag.<sup>219</sup>

EFTA-dómstóllinn hefur vísað til 34. gr., og túlkað hana fram að þessu, með sambærilegum hætti og núgildandi 267. gr. SUSE.<sup>220</sup> Má því leiða að því líkur að EFTA-dómstóllinn muni túlka inngríp í samband dómstóla í aðildarríkjum með sambærilegum hætti.<sup>221</sup>

Þó verður að geta þess að EFTA-dómstóllinn hefur svarað spurningum sem Hæstaréttur hefur breytt eða fellt út eftir kæru á úrskurði héraðsdóms ítrekað.<sup>222</sup> Carl Baudenbacher, forseti EFTA-dómstólsins hefur í riti fjallað um uppbyggingu ráðgefandi álita og samanburð við forúrskurði.<sup>223</sup> Bendir hann meðal annars á að ákvæðið sé að miklu leiti byggt á núgildandi 267. gr. SUSE, þó séu þrjú atriði sem skilja á milli. Ekki megi skilja af orðalagi 34. gr. ESE-samningsins að nokkur dómstóll sé bundinn af ráðgefandi álitum, enginn dómstóll sé skyldugur til að leita ráðgefandi álits skv. texta 34. gr. og að lokum sé heimilt að takmarka heimildir til að leita ráðgefandi álita í landslögum.<sup>224</sup> Í sama riti fjallar Baudenbacher einnig um kæruheimild 3. mgr. 1. gr. l. nr. 21/1994.

Að mati Baudenbacher er það ástand óásættanlegt að til staðar sé ójafnt aðgengi að EFTA-dómstólnum í Noregi og Liechtenstein annars vegar og á Íslandi hins vegar. Einnig víkur hann að máli *Cartesio* og að sá dómur ætti að opna augu dómara við Hæstarétt og leiða til þess að þeir hætti að endurskoða úrskurði héraðsdóms um að leita, eða hafna því að leita ráðgefandi álita. Einnig veltir hann upp spurningunni hvað EFTA-dómstóllinn tæki til bragðs ef innlendur dómstóll myndi beina spurningum til hans, í andstöðu við ákvörðun Hæstaréttar eftir kærumeðferð innanlands. Baudenbacher endar á því að hann viti ekki svar við því, en vísar til ummæla sem Skúli Magnússon hefur haldið fram, þá muni slíkt mál verða

<sup>219</sup> Carl Baudenbacher hélt því fram í ræðu um EES-samninginn og réttarvörlukerfi hans sem flutt var 14. febrúar 2012 í tilefni af heimsókn Hæstaréttar Sviss og birt var á heimasíðu EFTA-dómstólsins, ([http://www.eftacourt.int/images/uploads/14\\_02\\_12\\_CB\\_Speech\\_Visit\\_of\\_the\\_Swiss\\_Supreme\\_Court.pdf](http://www.eftacourt.int/images/uploads/14_02_12_CB_Speech_Visit_of_the_Swiss_Supreme_Court.pdf)) sótt 1. júlí 2012) að Ísland byggði á 3. mgr. 34. gr. ESE-samningsins en sú túlkun hans getur ekki talist rétt með hlíðsjón af 3. mgr. 1. gr. l. nr. 21/1994 og skýrlega tekið fram í athugasemendum í frumvarpi sem varð að lögum nr. 21/1994. að ekki stæði til að beita 3. mgr. 34. gr. ESE-samningsins þó það stæði til boða.

<sup>220</sup> Sjá t.d. *EFTAD*, mál E-1/94, um skilgreiningu á hugtakini dómstól í 34. gr. ESE-samningsins sem túlkað var með sama hætti og Evrópudómstóllinn hefur gert í 267. gr. SUSE.

<sup>221</sup> Skúli Magnússon: „Málskot ákvárdana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 13-14.

<sup>222</sup> Sjá t.d. *EFTAD* mál E-1/00, E-2/12 og ofangreint mál E-2/10. Hins vegar er EFTA-dómstóllinn ekki bundinn af fyrri dómsúrlausnum sínum sbr. *EFTAD sameinuð mál E-9/07 og E-10/07* þar sem EFTA-dómstóllinn snéri við fyrri túlkun sinni á tæmingu vörumerkja til samræmis túlkun Evrópudómstólsins.

<sup>223</sup> Carl Baudenbacher: „*Access to the EFTA Court*“, bls. 19-20.

<sup>224</sup> Sama heimild, bls. 21.

meðhöndlað eftir réttarreglum EES-samningsins og skuldbindingar sem af honum leiða en ekki íslenskum réttarreglum.<sup>225</sup>

Í eins fámennum dómstól og EFTA-dómstóllinn er, þá verður að telja að slík eindregin ummæli forseta dómstólsins hljóti að gefa til kynna að EFTA-dómstóllinn muni að minnsta kosti nýta sér tækifæri, ef þau skapast til að taka afstöðu til túlkunar Íslands á 34. gr. ESE-samningsins.

Nýlega kom sú staða upp að Héraðsdómur Reykjavíkur kvað upp úrskurð um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.<sup>226</sup> Héraðsdómur taldi nauðsynlegt að leita eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins varðandi túlkunar á 14. gr. tilskipun 2001/24/EB og voru því settar fram eftifarandi spurningar:

1. Samræmist það ákvæði 14. gr. tilskipunar 2001/24/EB frá 4. apríl 2001, um endurskipulagningu og slit lánastofnana, að birta innköllun til þekktra lánardrottna, sem hafa lögheimili, fasta búsetu eða aðalskrifstofu í öðrum aðildarríkjum á Evrópska efnahagssvæðinu, með þeim hætti sem slitastjórн Kaupþings banka hf. viðhafði og sem lýst er í úrskurði þessum?
2. Ef svarið við fyrri spurningunni er á þá leið að við innköllun krafna hafi ekki verið gætt reglna 14. gr. tilskipunarinnar, er leitað álits á því hvaða áhrif það hafi við slitameðferð lánastofnunarinnar?

Var úrskurður héraðsdóms kærður til Hæstaréttar sem tók undir það mat héraðsdóms að ástæða væri til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.<sup>227</sup> Hins vegar taldi hann spurningar héraðsdóms ekki vera réttar og beindi eftifarandi spurningum til EFTA-dómstólsins:

1. Ef misrämi er milli texta samningsins um Evrópska efnahagssvæðið eða reglna, sem á honum byggja, á mismunandi tungumálum þannig að efni einstakra ákvæða eða reglna er óljóst, hvernig ber að leiða efni þeirra í ljós svo að beita megi þeim við lausn ágreiningsmála?
2. Að teknu tilliti til svars við spurningu 1, samrýmist það 1. mgr. 14. gr. tilskipunar 2001/24/EB um endurskipulagningu og slit lánastofnana að í lögum ríkis, sem er aðili að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sé það lagt í vald slitastjórnar eða annars þar til bærs stjórnvalds eða sýslunarmanns að ákveða hvort upplýsa skuli um þau atriði, sem þar eru greind, með auglýsingu, birtri erlendis, í stað sérstakrar tilkynningar til hvers og eins þekkts lánardrottins?

Talsverður munur er á þeim lögspurningum sem héraðsdómur annars vegar og Hæstiréttur hins vegar telja nauðsynlegt að fá álit EFTA-dómstólsins á í þessu máli. Þegar héraðsdómur svo sendi spurningar út til EFTA-dómstólsins, létt hann fylgja málskjöl en þar kom meðal

---

<sup>225</sup> Sama heimild, bls. 25.

<sup>226</sup> Hérd. Rvk. 8. nóvember 2011 (X-274/2010).

<sup>227</sup> Hrd. 16. desember 2011 (637/2011).

annars fram þær spurningar sem héraðsdómur hafði ákveðið að leita bæri álits á, og kærður var til Hæstaréttar.

Því óskaði EFTA-dómstóllinn eftir viðbrögðum aðila við því hvort rétt væri að svara þeim spurningum sem héraðsdómur beindi til hans, eða þeim spurningum sem Hæstiréttur ákvað að rétt væri að óska ráðgefandi álits á.<sup>228</sup> Í skýrslu framsögumanns v. munnlegs málflutnings í málinu eru tilteknar bæði spurningar héraðsdóms, auk þeirra spurninga sem Hæstiréttur ákvað að leita bæri ráðgefandi álits á.<sup>229</sup> Einnig kemur fram að aðilar sem lögðu fram athugasemdir byggðu þær ýmist á spurningum Hæstaréttar eða héraðsdóms. T.d. tók ESA afstöðu til spurninga sem héraðsdómur hafði úrskurðað um.<sup>230</sup> Íslenska ríkið tók afstöðu til þeirra spurninga sem Hæstiréttur hafði talið þörf að leita ráðgefandi álits á.<sup>231</sup>

Ómögulegt er að segja fyrir um þegar þetta er skrifð hver niðurstaða málsins verður, en líklegt er að EFTA-dómstóllinn muni nota tækifærið og taka afstöðu til þess hvort meginregla sú sem Evrópusáttmálinn setti fram í *máli Cartesio*. Eigi einnig við í EES-rétti og um túlkun á 34. gr. ESE-samningsins.

Afstaða höfundar er að taka undir ummæli Skúla Magnússonar og Carl Baudenbacher um að telja verður líklegt að meginregla sú sem fram kemur í *máli Cartesio* sé hluti af EES-rétti og að 34. gr. ESE-samningsins feli í sér beinan rétt hvers og eins dómstóls í aðildarríkjum til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. En höfundur þessa rits ítrekar að um er að ræða getgátur þegar þetta er skrifð og óvist er hvort að EFTA-dómstóllinn taki afstöðu til þessa atriðis yfir höfuð.

## 5 EES-samningurinn, Evrópusambandið og Mannréttindasáttmáli Evrópu

Samkvæmt 1. gr. 1. nr. 62/1994 um lögfestingu á mannréttindasáttmála Evrópu hefur sáttmálinn lagagildi á Íslandi. Þó að Ísland hafi undirritað sáttmálann 4. nóvember árið 1950 og fullgilt hann þann 29. júní árið 1953 hafði hann engu að síður aðeins stöðu þjóðréttarsamnings að landsrétti fram til ársins 1994.

Mannréttindakafli íslensku stjórnarskráinnar var endurskoðaður árið 1994 og tók gildi með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Voru ákvæði mannréttindakaflangs færð til samræmis við ákvæði alþjóðlegra mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að, ekki síst MSE eins og

<sup>228</sup> *EFTAD, mál E-18/11, EFTACR 2012*, dómur hesur ekki fallið en byggt er á skýrslu frá málflutningi.

<sup>229</sup> Sama heimild, 38-39. mgr.

<sup>230</sup> Sama heimild, 108-124. mgr.

<sup>231</sup> Sama heimild, 125-141. mgr.

kemur fram í greinargerð með frumvarpi til stjórnskipunarlagar.<sup>232</sup> Talið hefur verið að gildi MSE sem réttarheimildar hafi aukist með þessum endurskoðun stjórnarskráinnar, jafnvel þó að mannréttindasáttmálinn teljist ekki formlega til stjórnskipunarлага hér á landi.<sup>233</sup>

MSE og EES-samningurinn koma því af sama meiði inn í íslenskan rétt, þjóðréttarsamningar sem innleiddir eru í landsrétt, en MSE nýtur þeirrar sérstöðu að ákvæði hans voru höfð til hliðsjónar þegar mannréttindaákvæði stjórnarskrár voru endurskoðuð og Hæstiréttur hefur ítrekað skýrt ákvæði stjórnarskrár til samræmis við ákvæði MSE.<sup>234</sup>

Í nýlegum dómi Hæstaréttar koma svipuð viðhorf fram gagnvart mannréttindasáttmálanum og dónum Mannréttindadómstólsins og má greina gagnvart EES-samningnum og EFTA-dómstólnum.<sup>235</sup> Í niðurstöðu sinni segir Hæstiréttur m.a um beitingu úrlausna MDE:

...þrátt fyrir lögfestingu sáttmálans sé enn byggt á grunnreglunni um tvíeðli landsréttar og þjóðréttar að því er varðar gildi úrlausna þeirra stofnana sem settar hafa verið á fót samkvæmt sáttmálanum. Þótt dómstólar líti til dóma Mannréttindadómstólsins við skýringu sáttmálans þegar reynir á ákvæði hans sem hluta af íslenskum landsrétti, leiðir af þessari skipan að það er verkefni löggjafans að gera nauðsynlegar breytingar á landsrétti til að virða skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt Mannréttindasáttmála Evrópu.

Er því ljóst að nokkur togstreita er enn til staðar um stöðu MSE og áhrifa hans á íslenskan rétt. Ofangreind tilvitnun er t.d ekki í samræmi við niðurstöðu Hæstarréttar í svokölluðum aðskilnaðardómi.<sup>236</sup> Verður reynt í þessum kafla að skýra hvert viðhorf þeirra réttarkerfa sem efni þessarar rigerðar snýr að, ESB- EFTA- og íslensks réttar. Þá verður kannað hvort að MSE geti haft áhrif á ákvarðanir dómstóla um að leita ráðgefandi álita, og hver afstaða MDE sé til úrræða svo sem forúrskurða og ráðgefandi álita.

## 5.1 Áhrif MSE á beitingu ESB-réttar

Eins og áður greinir þá voru mannréttindi ekki efst á blaði þegar sáttmálar ESB voru settir eða þegar EES-samningurinn var gerður. Má segja að Evrópuráðið hafi tekið kyndilinn á því sviði meðan að Efnahagsbandalag Evrópu, sem síðar varð að Evrópubandalaginu og það sem við

<sup>232</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2073 og 2077-2080.

<sup>233</sup> Sigrður Líndal: *Um lög og lögfræði I*, bls. 85.

<sup>234</sup> Sjá t.d. *Hrd. 16. mars 2007 (92/2007)*. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir: „Er ekki nægjanlega fram komið að varnaraðilar hafi fengið notið þeirra réttinda sakborninga, sem fyrir er mælt í 70. gr. stjórnarskrár, sbr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, og meginreglum laga nr. 19/1991, í þeirri löggreglurannsókn, sem fram fór í kjölfar meðferðar samkeppnisýfirvalda, eins og henni var hagað. Af þessu leiðir að ákæra verður ekki reist á þessari löggreglurannsókn.“.

<sup>235</sup> *Hrd. 22. desember 2010 (371/2010)*.

<sup>236</sup> *Hrd. 1990*, bls. 2.

þekkjum í dag sem Evrópusambandið hafi einbeitt sér að efnahagslegum og pólitískum samruna.<sup>237</sup>

Mannréttindasáttmálinn hefur þó víðtæk áhrif á réttarkerfi ESB ríkja. Skv. 3. mgr. 6. gr. SESB er MSE hluti af almennum grundvallarreglum sem sambandið byggir á, auk þess sem sambandið skal gerast aðili að mannréttindasáttmálanum skv. 2. mgr. sömu greinar. Er því markmið sambandsins og aðildarríkja þess, að MSE hafi áhrif jafnt í landsrétti og í sambandsrétti, hvort sem er fyrir dómstólum í aðildarríkjum, eða Evrópuðómstólum.<sup>238</sup>

Í máli *MDE, Bosphorus gegn Írlandi, 30. júní 2005 (45036/98)* Reyndi á hvort írska ríkið gæti talist brotlegt gegn ákvæðum MSE á grundvelli reglugerða sem settar væru af ESB, en eins og rætt hefur verið, hafa slíkar gerðir beina réttarverkan. Mannréttindadómstóllinn hafði vikist undan því að taka afstöðu til þess hvert samband aðildarríkja ESB og sambandsins væri gagnvart mannréttindasáttmálanum, en í þessu máli var sett fram kenningin um áætlað samræmi (e. assumption of compliance). Felur sú kenning í sér að gert sé ráð fyrir því að grundvallarréttindi skv. sáttmálunum séu tryggð, nema sýnt sé fram á að brotið sé gegn réttindum skv. MSE með alvarlegum hætti. Segja má að Mannréttindadómstóllinn hafi með þessum dómi komið á nokkurskonar *Solange*<sup>239</sup> viðmiði er varðar afstöðu dómstólsins til Evrópuðómstólsins og verndar mannréttinda innan regluverks ESB.

Hins vegar má gagnrýna niðurstöðu dómsins, t.d. hvers vegna eigi að gera aðrar kröfur til réttarkerfis ESB en til réttarkerfa ríkja. Þá verður að telja sérstakt að ef að fyrirhuguð aðild ESB að mannréttindasáttmálanum gengur eftir, þá mun einn samningsaðili njóta þess að Mannréttindadómstóllinn muni gera ráð fyrir því að framkvæmd innan ESB sé í samræmi við MSE nema sýnt sé fram á annað. Engu að síður eru aðildarríki miðað við þessa túlkun Mannréttindadómstólsins ábyrgðarlaus af þeim skuldbindingum sem stafa frá stofnunum sambandsins.

Að lokum er vert að nefna nýlegan dóm Evrópuðómstólsins í máli *Servet Kamberaj*<sup>240</sup> þar sem ítalskur dómstóll óskaði eftir svari við því hvort 3. mgr. 6. gr. SESB hefði bein réttaráhrif, það er að á grundvelli hennar bæri að beita MSE með beinum hætti í landsrétti og víkja til hliðar ósamrýmanlegum innlendum lagareglum sbr. dóm Evrópuðómstólsins í máli

---

<sup>237</sup> Serena Coppola: „Social Rights in the European Union“, bls. 202-204.

<sup>238</sup> Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law*, bls. 97-98.

<sup>239</sup> *BVerfGE*, 29. maí 1974, mál 37 271 og *BVerfGE*, 22. október 1986, mál 73 339.

<sup>240</sup> *EBD*, mál C-571/10 *ECR* 2012, óbirt.

*Costa v ENEL*<sup>241</sup> og *Simmenthal*<sup>242</sup>. Niðurstaða dómstólsins í máli *Servet Kamberaj* var að 3. mgr. 6. gr. SESB hafi ekki áhrif á samband milli réttarkerfa aðildarríkja og mannréttindasáttmála Evrópu. Þá hafi hún ekki þá afleiðingu að dómstólum í aðildarríkjum beri að víkja til hliðar ósamrýmanlegum lagareglum á grundvelli ákvæða MSE. Hefur 3. mgr. 6. gr. því ekki beina réttarverkan að landsrétti á grundvelli ESB-réttar.

## 5.2 Áhrif MSE á beitingu EES-réttar

Meginmál EES-samningsins inniheldur að takmörkuðu leiti bein mannréttindaákvæði eða vísanir til slíkra ákvæða ólíkt Sáttmálum Evrópusambandsins.<sup>243</sup> Sú spurning kann því að vakna, hver eru áhrif MSE á beitingu EES-réttar og skýringu EES-samningsins af dómstólum í aðildarríkjum?

EFTA-dómstóllinn hefur ítrekað lýst því yfir að EES-samninginn beri að túlka með hliðsjón af grundvallarréttindum og að mannréttindasáttmáli Evrópu og dómar Mannréttindadómstóls Evrópu séu mikilvæg heimild er kemur að mati á grundvallarréttindum.<sup>244</sup> Má segja að EES-samningurinn endurspegli afstöðu Evrópudómstólsins til mannréttindaverndar eins og hún var fyrir gildistöku Lissabonsáttmálans, 1. desember 2009, en mikil framþróun hefur verið á vettvangi ESB gagnvart viðurkenningu mannréttinda. Má fullyrða að réttindaskrá ESB veitir að minnsta kosti jafna vernd mannréttinda og MSE og á sumum sviðum jafnvel ríkari vernd.<sup>245</sup>

Grundvallarréttindi sem dómstóllinn vísar til eru ekki sjálfstæður hluti af EES-rétti og er stofnanakerfi innan EFTA til reksturs EES-samningsins, sem komið er á fót með ESE-samningum, ekki undir lögsögu MDE.<sup>246</sup>

Eins og áður hefur verið fjallað um, þá skal Evrópusambandið gerast aðili að mannréttindasáttmála Evrópu sbr. 2. tl. 2. mgr. 6. gr. SESB, auk þess sem Réttindaskrá ESB hefur sömu stöðu og sáttmálar þess skv. 1. mgr. 6. gr. SESB, og þar með stöðu stjórnskipunarлага að sambandsrétti. Enn er óljóst hver áhrif þessarar breytingar á sambandsrétti mun hafa á EES-rétt, en ljóst er að nú þegar hefur réttindaskrá ESB fengið

<sup>241</sup> EBD, mál 6/64, ECR 1964, bls. 585.

<sup>242</sup> EBD, mál 106/77, ECR 1978, bls. 629.

<sup>243</sup> Í EES-samningnum má benda á 4. gr. sem bannar mismunun á grundvelli ríkisfangs og 69. gr. um að karlar og konur skuli njóta sömu launa. Þessi ákvæði eru efnislega samhljóða ákvæðum Rómarsáttmálans en verða að teljast mjög afmörkuð mannréttindaákvæði, og eru hluti samningsins með vísan til fjórfrelsис og jafnhrar samkeppnisstöðu aðildarríkja.

<sup>244</sup> EFTAD, mál E-2/03, mál E-4/11, og mál E-15/10.

<sup>245</sup> Joseph R. Wetzel: „Improving Fundamental Rights Protection in the European Union“, bls. 2885 og áfr.

<sup>246</sup> MDE, Waite og Kennedy gegn Þýskalandi, 18. febrúar 1999 (26083/94).

mikið vægi í dómum Evrópubómstólsins og haft áhrif á túlkun sáttmálanna og afleidds réttar.<sup>247</sup>

Ólíklegt er að Mannréttindadómstóllinn myndi komast að sambærilegri niðurstöðu gagnvart EFTA-dómstólnum og gefa honum og réttarkerfi EES-samningsins sambærilega stöðu og er til staðar innan ESB. Til þess er eðli stofnanakerfis EFTA-stoðar EES-samningsins of ólít því sem er til staðar innan ESB.

EFTA-dómstóllinn hefur ekki með sama hætti haft tækifæri til að vísa til grundvallarmannréttinda í úrlausnum sínum, auk þess sem dómar hans teljast ekki formlega bindandi gagnvart dómstólum í aðildarríkjum. Þá hefur EFTA-dómstóllinn ekki lögsögu til að úrskurða um gildi afleiddra gerða gagnvart EES-samningnum sjálfum líkt og Evrópubómstóllinn getur gagnvart sáttmálunum. Mannréttindadómstóllinn hefur þó ekki tekið afstöðu til þess atriðis og því ekki hægt að slá því föstu að Mannréttindadómstóllinn er afstaða hans til EES-samningsins og EFTA-dómstólsins sé.<sup>248</sup> Davíð Þór Björgvinsson, dómarí við Mannréttindadómstóllinn hefur sett fram sömu skoðun í ræðu á málþingi EFTA-dómstólsins í Reykjavík þann 9. mars 2012 um að ólíklegt sé að MDE myndi komast að sambærilegri niðurstöðu og í máli *Bosphorus* gagnvart EES-samningnum og EFTA-ríkjum líkt og hann hefur veitt ESB.

Óháð stöðu mannréttindasáttmálans innan EES-réttar þá er óhætt að fullyrða að EFTA-dómstóllinn tekur rákt tillit til grundvallarréttinda og telur þau hluta af lagakerfi EES-samningsins. Í máli *TV 1000*<sup>249</sup> vísar EFTA-dómstóllinn til 10. gr. MSE og máls *Handyside*<sup>250</sup> fyrir MDE. Dómstóllinn vísaði til aðgangur að dómstólum væri grundvallaratriði í EES-rétti í máli *Bellona*.<sup>251</sup> Málið sneri að kröfu um ógildingu á ákvörðun ESA varðandi samþykki á ríkisaðstoð. EFTA-dómstóllinn tiltók að aðgangur að dómstólum sé gundvallargildi samningsins, en þó með vísan til þeirra takmarkana sem sáttmálinn felur í sér. Einnig er minnst á álit lögsögumanns í áfrýjunarmáli *Samtaka spænskra smábænda* fyrir

<sup>247</sup> Sjá t.d. *EBD, mál C-70/10, ECR 2011, óbirt*. Málið varðaði kröfu rétthafa höfundaréttar um að netþjónustum bæri að hindra aðgang að efni sem rétthafnir færur með höfundarétt á. Dómstóllinn vísar í niðurstöðu sinni m.a. til réttinda einstaklinga til friðhelgi persónuupplýsinga og til aðgangs að upplýsingum skv. 8. og 11. gr. Réttindaskráarinnar.

<sup>248</sup> Jonas Christoffersen: *Fair Balance*, bls. 335.

<sup>249</sup> *EFTAD, mál E-8/97, EFTACR 1998*, bls. 68.

<sup>250</sup> *MDE Handyside gegn Stóra Bretlandi*, 7. desember 1976 (5493/72).

<sup>251</sup> *EFTAD, mál E-2/02, EFTACR, 2003*, bls. 52.

Evrópuðómstólnum<sup>252</sup> og umfjöllunar á vettvangi ESB-réttar um aðgengi einstaklinga af dómstólum sambandsins.

Í máli *Ásgeirsson*<sup>253</sup> komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að beiðni um ráðgefandi álit brjóti ekki gegn 1. mgr. 6. gr. MSE er varðar rétt aðila til málsmeðferðar innan sanngjarns tíma fyrir dómi. EFTA-dómstóllinn vísar til þess að Evrópuðómstóllinn hafi í máli *Pafitis*<sup>254</sup> komist að þeirri niðurstöðu að sa tími sem fær i forúrskurðar hjá, í þessu tilviki tvö ár og sjö mánuðir, ætti ekki að telja til heildarlengdar málsins. EFTA-dómstóllinn taldi að sama hljóti að gilda varðandi ráðgefandi álit með vísan til 34. gr. ESE-samningsins og tilgangs hans sem samstarfsvettvangs milli dómstóla í þágu einstaklinga og lögaðila.

Einnig er rétt að áréttu að EFTA-dómstóllinn hefur fram að þessu ekki verið með sambærilegan málafjölda frá hverju aðildarríki líkt og Evrópuðómstóllinn. Því er málsmeðferðarhraði hans mun meiri en hjá Evrópuðómstólnum. Hins vegar er mögulegt ef Evrópusambandið gerist aðili að mannréttindasáttmálanum að Mannréttindadómstóll Evrópu komist ekki að sömu niðurstöðu og Evrópuðómstóllinn varðandi túlkun á 6. gr. sáttmálans og þann tíma sem fer í málmeðferð v. forúrskurða.

### 5.3 6. gr. MSE - Aðgangur að dómstólum

Eins og reifað hefur verið, þá hafa íslenskir dómstólar tekið ríkt tillit til mannréttindasáttmálans og túlkunar MDE á honum. 6. gr. MSE áskilur öllum rétt til réttlátrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstóli. MSE hefur verið lögfestur í heild sinni auk þess sem 70. gr. stjskr. felur í sér sömu efnisreglu og 6. gr. MSE. Hæstiréttur virðist ekki beita MSE með sama hætti og almennum lögum og hefur skýrt ákvæði stjórnarskrár til samræmis við mannréttindasáttmálann sbr. *Hrd. 1996, bls. 2584* og *Hrd. 2002, bls. 3686*.

Sigurður Líndal bendir á í riti sínu, Um lög og lögfræði, að MSE hafi ígildi grundvallarlaga til fyllingar ákvæða stjórnarskrár. Þá sé Ísland áfram bundið af MSE að þjóðarétti ef yngri lög eru andstæð ákvæðum MSE og ávallt hafi verið leitast við að skýra landsrétt til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar.<sup>255</sup>

Þegar mál er snertir túlkun á réttilega innleiddum EES-gerðum er rekið fyrir íslenskum dómstólum og réttarágreiningurinn snýr að túlkun á slíkum gerðum, þá þarf dómstóll að taka

<sup>252</sup> *EBD, mál C-50/00, ECR 2002, bls. I-6677.*

<sup>253</sup> *EFTAD, mál E-2/03, EFTACR 2003, bls. 143.*

<sup>254</sup> *EBD, mál C-441/93, ECR 1996, bls. I-1347.*

<sup>255</sup> Sigurður Líndal: *Um lög og lögfræði I*, bls. 85.

sjálfstæða ákvörðun um hvort beri að leita ráðgefandi álits um túlkun á þeim atriðum er ágreiningurinn snýr að. Aðilar málarsíða hafa aldrei forræði á því hvort leitað sé ráðgefandi álits eins og fjallað hefur verið um hér að framan. Þar sem 6. gr. MSE tryggir einstaklingum aðgengi að dómstólum, er það sjálfstætt athugunarefni hvort að synjun á því að leita ráðgefandi álits, og þar sem koma í veg fyrir að málið komist til þess dómstóls er fer með lokaorð er kemur að túlkun EES-réttar, get brotið gegn 6. gr. MSE. Í *Hrd. 497/1999, Lánaþýsla ríkisins gegn Fjárfestingabanka Atvinnulíffsins* segir Hæstiréttur um hlutverk EFTA-dómstólsins:

Fallast ber á það með héraðsdómi að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins um þetta atriði geti orðið til þess að varpa skýrara ljósi á ágreiningsefni aðila og geti haft þýðingu fyrir úrslit málarsíða eins og það hefur verið lagt fyrir héraðsdóm. Spurningar þær sem héraðsdómur leggur fyrir EFTA-dómstólinn hljóta þó að taka mið af hlutverkaskiptingu milli þess dómstóls og íslenskra dómstóla. Það leiðir af 1. mgr. 34. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994, að hlutverk EFTA-dómstólsins er að skyra EES-samninginn. Íslenskir dómstólar fara hins vegar með sönnunarfærslu um staðreyndir málarsíða, skýringu innlends réttar og beiingu EES-samningsins að íslenskum lögum.

Er því ljóst að ef íslenskur dómstóll kys að leita ekki ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í málur þar sem til staðar er réttlætanlegur vaf um túlkun EES-réttar, þá fái málasaðilar ekki endanlega túlkun og skýringu á þeirri réttarreglu sem ágreiningur byggist á. Ef innlendur dómstóll kys að leita ekki ráðgefandi álits, þá mun EFTA-dómstóllinn engu að síður eiga tækifæri á að gefa sína túlkun á álitaefninu ef ESA kys að beina málinu til dómstólsins. Hins vegar er það sjálfstætt atriði, hvort að ákvörðun dómstóls að leita ekki álits geti talist brot gegn 6. gr. MSE.

### *5.3.1 Getur ákvörðun um að leita ekki ráðgefandi álits talið brot gegn MSE?*

Eins og áður greinir, þá felur ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í sér endanlegt svar við ákveðnum lögspurningum sem dómstóll aðildarríkis hefur lagt fram með hliðsjón af fyrirriggjandi réttarágreiningi. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur í nokkrum málum tekið afstöðu til þess hvort að ákvörðun dómstóls um að leita forúrskurðar brjóti gegn 6. gr. MSE.

Rétt er að árétt að forúrskurðaúrræðið er ekki eingöngu bundið við ESB-rétt. Rétt eins og önnur réttarúrræði í ESB-rétti, þá sækir það fyrirmynnd til réttarkerfa aðildarríkja, og því hefur MDE einnig tekið afstöðu til meintra brota er varða synjun um að óska forúrskurðar til innlendra dómstóla einnig.

Í niðurstöðu MDE í máli, *Coëme o.fl. gegn Belgíu*<sup>256</sup> tók Mannréttindadómstóllinn til skoðunar meðal annars hvort að ákvörðun belgískra dómstóla um að vísa ákveðnum atriðum í málaferlum til forúrskurðar til innlends stjórnsýsludómstóls gæti brotið gegn 6. gr. MSE. Niðurstaða MDE var sú að 6. gr. MSE veitir einstaklingum ekki rétt á því að máli sé vísað til annars dómstóls, hvort sem er innlends eða fjölpjóðlegs. Þá væri ekki til staðar réttur til að leita forúrskurðar á grundvelli 6. gr. jafnvel í þeim tilvikum þar sem tiltekinn dómstóll hefði einn heimildir skv. lögum til að túlka ákveðnar réttarreglur og að aðrir dómstólar þyrftu að vísa málum til þessa dómstóls. Hins vegar tók dómstóllin það fram að í ákveðnum tilvikum geti sú ákvörðun dómstóls að leita ekki forúrskurðar talist brjóta gegn réttlátri málsmeðferð, sérstaklega ef ákvörðunin virðist byggja á geðþóttu dómstólsins og án rökstuðnings.

Má draga þá ályktun af niðurstöðu MDE í máli *Coëme o.fl.* að ekki sé skylda á dómstólum að leita forúrskurða eða ráðgefandi álita við meðferð máls út frá 6. gr. MSE, en þó geti misbeiting á því úrræði brotið gegn þeim réttindum sem MSE sé ætlað að standa vörð um ef hún byggir ekki á rökstuddum sjónarmiðum.

Í niðurstöðu í máli *niðurstöðu MDE í máli, Ullens og Rezabek gegn Belgíu*<sup>257</sup>, staðfesti Mannréttindadómstóllinn þessa túlkun. Málsatvik voru þau að dómstóll í Belgíu, sem úrskurðir sæta ekki málskoti, ákvað að leita ekki forúrskurðar hjá Evrópuðómstólnum í refsímalí á hendur kærendum. Kærendur héldu því fram að ákæra á hendur þeim byggði meðal annars á rangri innleiðingu á tilskipun og því þyrfti að afla forúrskurðar Evrópuðómstólsins vegna þess.

MDE áréttindi túlkun sína á 6. gr. MSE um að einstaklingar eigi ekki rétt á forúrskurðum á grundvelli ákvæðisins. Hins vegar þyrftu dómstólar að rökstyðja ákvarðanir um að synja kröfu um að leita forúrskurðar. Ætti það sérstaklega við í málum þar sem lög heimila eingöngu slíkar synjanir í undantekningartilvikum. Í undirliggjandi máli hafði belgíski dómstóllinn vísað til *CILFIT kennningarinnar*, og talið að ekki væri þörf að leita forúrskurðar á grundvelli hennar. Taldi MDE því ekki að brot hafi verið til staðar.

Er ljóst af ofangreindu málum, að í aðildarrikkjum ESB, að til staðar sé skylda dómstóla sem úrskurðir þeirra sæta ekki málskoti að rökstyðja ákvarðanir um að hafna kröfu málsaðila um að afla forúrskurðar Evrópuðómstólsins út frá sjónarhóli MSE.

Mannréttindadómstóllinn áréttindi í máli *Ullens* að ríkari skyldur væru á dómstólum að rökstyðja slíkar hafnanir þegar slíkar heimildir væru mjög þröngrar skv. landsrétti, sbr. 3. mgr.

<sup>256</sup> MDE, *Coëme o.fl. gegn Belgíu*, 22. júní 2000 (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96).

<sup>257</sup> MDE, *Ullens de Schooten og Rezabek gegn Belgíu*, 20. september 2011 (3989/07).

267. gr. SUSE, en dómstólum sem ekki sæta málskoti ber að leita forúrskurðar ef vafi er á túlkun á ESB-rétti.

Ekki er hægt að fullyrða hvort sambærileg regla sé til staðar er varðar EFTA-ríki EES-svæðisins. Í fyrsta lagi er ekki formleg skylda á dómstólum aðildarríkja innan EFTA að leita ráðgefandi álita, auk þess sem hvorki dómafördæmi EFTA-dómstólsins né kenningar fræðimanna svara þeirri spurningu hvort að álit EFTA-dómstólsins séu bindandi fyrir þann dómstól sem óskar ráðgefandi álits. Höfundur þessa rits hefur þó talið að í eðli sínu sé takmarkaður munur á „boðvaldi“ ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins og forúrskurða Evrópu-dómstólsins eins og fjallað hefur verið um hér á undan.

EFTA-dómstóllinn hefur lýst því yfir að grundvallarmannréttindi séu hluti af EES-rétti, sem myndi sjálfstætt réttarkerfi byggt á þjóðarrétti auk þess sem öll EFTA-ríkin innan EES-svæðisins eru aðilar að mannréttindasáttmála Evrópu. Verður að telja líklegt að túlkun Mannréttindadómstólsins í máli *Ullens* eigi einnig við gagnvart þeim dómstólum innan EES-svæðisins sem ekki sæta málskoti og heimild hafa til að leita ráðgefandi álits.

Þó verður að áréttu að aldrei er formleg skylda leita eftir ráðgefandi áliti, og því væntanlega ekki eins krafða um rökstuðning líkt og gagnvart þeim dómstólum sem bundnir eru af 3. mgr. 267. gr. SUSE. Hins vegar er ekki útilokað að ESA myndi telja að kerfisbundinn skortur á rökstuðningi í úrskurðum þar sem kröfu um að leita ráðgefandi álits er hafnað, kalli á samningsbrotamál fyrir EFTA-dómstólnum með vísan til 34. gr. ESE-samningsins.

Skoðun höfundar er að að telja verður að almennt skorti á vandaðan rökstuðninga í úrlausnum dómstóla þegar hafnað er að leita ráðgefandi álits að kröfu málsaðila.<sup>258</sup> Er það nauðsynlegt til að skapa traust á samstarfi EFTA-dómstólsins og innlendra dómstóla að dómstólar rökstyðji slíkar ákvarðanir vandlega. Líklegt er að vandaður rökstuðningur leiði til tryggari beitingar á EES-rétti í landsrétti og veiti aðilum réttláta málsmeðferð í samræmi við 70.gr. stjskr. og 6. gr. MSE.

Of algengt er að sjá að lögð sé sú skylda á málsaðila sem leggja fram kröfu um að leitað sé ráðgefandi álits að sanna að innlend framkvæmd sé í ósamræmi við EES-rétt eða að niðurstaða EFTA-dómstólsins verði sú að túlkun á grein hafi áhrif á niðurstöðu málsins sbr.

---

<sup>258</sup> Má m.a. vísa til þess að í tveim málum er varða brot íslenska ríkisins gegn 10. gr. MSE vísaði MDE til þess í niðurstöðu sinni að rökstuðningur dómstóla í umræddum málum væri ónægur, sjá *MDE, Björk Eiðsdóttir gegn Íslandi, 10. júní 2012 (46443/09)* og *MDE, Erla Hlynsdóttir gegn Íslandi, 10. júlí 2012 (43380/10)*.

*dóm hæstaréttar frá 13. maí 2012.*<sup>259</sup> Auk þess hvílir sú skylda á dómurum sbr. t.a.m. 116. gr. l. nr. 91/1991 um meðferð einkamála að rökstyðja dómsúrlausnir.

## 6 Öflun og beiting íslenskra dómstóla á ráðgefandi álitum

Fram að þessu hefur verið reynt að draga fram þær meginreglur sem höfundur telur að megi draga af EES-samningnum um ráðgefandi álit og þær skyldur sem hvíla á innlendum dómstólum við beitingu réttarreglna út frá sjónarholi EES-réttar og þjóðréttarlegum skuldbindingum skv. MSE og samanburð við þær meginreglur sem til staðar eru í ESB-rétti

Verður nú litið til innlendar dómaframkvæmdar til að skýra afstöðu íslenskra dómstóla til beiðna um að leita ráðgefandi álits, og hvort dómstólar óski ráðgefandi álits að eigin frumkvæði. Rétt er að árétt að ekki er um tæmandi talningu á dómum þar sem reynt hefur á beitingu l. nr. 21/1994. Þar sem umfang og efnislengd þessa rits býður ekki upp á að hafa tæmandi umfjöllun og greiningu á málum fyrir innlendum dómstólum þar sem reynir á beiðnir eða ákvarðanir um að leita ráðgefandi álita verður einungis fjallað um dóma sem að mati höfundar teljast áhugaverðir eða máli skipta við skýringu á úrræðinu og beitingu þess.

Auk þess er rétt að árétt að misrämi er á milli túlkunar EFTA-dómstólsins á því hvað teljist dómstóll í skilningi 34. gr. ESE-samningsins og í l. nr. 21/1994 um öflun ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins. Er því erfitt að bera saman með fullnægjandi hætti fjölda mála milli ríkja þar er slíkt fyrirkomulag þekkist hvorki í öðrum aðildarríkjum EES né innan ESB.

### 6.1 Dómar þar sem Hæstiréttur hefur talið ástæðu til að afla ráðgefandi álits.

Fram til 1. janúar 2012 höfðu íslenskir dómstólar samtals leitað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í 16 málum.<sup>260</sup> Má af því sjá að af öllum málum sem koma til kasta dómstóla hér á landi kemur upp tilvik að meðaltali um einu sinni á ári þar sem nauðsynlegt er að leita ráðgefandi álits við skýringu á réttarreglu sem stafar af EES-samningnum. Ef litið er til málafjölda hjá Evrópubómstólnum, þá má líta til ríkja innan sambandsins sem svipuð eru Íslandi að stærð. Tvö ríki sem eru ekki svo frábrugðin Íslandi að stærð og gengu nýlega til sambandsins, Malta og Kýpur, hafa t.d. ekki oft leitað eftir forúrskurði Evrópubómstólsins. Malta leitaði einu sinni forúrskurðar árið 2008 og Kýpur leitaði forúrskurðar árið 2008 og

<sup>259</sup> *Hrd. 13. maí 2012 (225/2011).* Dómurinn er reifaður í kafla 6.2.1.

<sup>260</sup> Skv. upplýsingum af heimasíðu EFTA-dómstólsins, [www.eftacourt.int](http://www.eftacourt.int) – Sótt 1. júní 2012.

2009.<sup>261</sup> Er því eins og að ofan er rakið erfitt að draga ályktun af fáum málum sem berast frá íslenskum dómstólum til EFTA-dómstólsins<sup>262</sup>

Fyrsta beiðni íslenskra dómstóla um ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins var í svonefndu máli *Erlu Maríu* sem þegar hefur verið fjallað um.<sup>263</sup> Héraðsdómur Reykjavíkur ákvað með úrskurði frá 5. nóvember 1997 að þörf væri á skýringu EFTA-dómstólsins á EES-gerð.

Héraðsdómur beindi tveim spurningum til EFTA-dómstólsins um túlkun á tilskipun 80/987/EBE en málið sneri að túlkun á 2. mgr. 1. gr. og 10. gr. tilskipunarinnar um rétt launþega til greiðslu á launakröfu frá ábyrgðasjóði launa. Lögmenn beggja málsaðila lýstu því yfir að þeir settu sig ekki á móti beiðni um slíkt álit, en varnaraðili taldi þó enga ástæðu til þess að fá álit EFTA-dómstólsins.

Í svari EFTA-dómstólsins kom fram að sú óskráða meginregla sé til staðar í EES-rétti að aðildarríki bera skaðabótaábyrgð vegna ranglegra innleiddra tilskipana gagnvart einstaklingum og lögaðilum að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.<sup>264</sup> Niðurstaða málsins í landsrétti var sú að til staðar hafi verið alvarlegt gáleysi íslenska ríkisins sem leiddi til tjóns stefnanda í málínu og dæmdi honum bætur á þeim grundvelli. Hæstiréttur leiddi hins vegar skaðabótaábyrgðina af lögum um innleiðingu á EES-samningnum en komst að sömu niðurstöðu, að ríkið bæri skaðabótaábyrgð gagnvart stefnanda með vísan til ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.

Er ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli *Erlu Maríu* áhugavert fyrir margar sakir. Eins og kemur fram í reifun þá taldi Hæstiréttur í kjölfar álitsins að til staðar væri skaðabótaregla á grundvelli laganna um EES-samninginn sem leiddi til bótaábyrgðar íslenska ríkisins vegna ranglegra innleiddra tilskipana. Leiddi ofangreint álit EFTA-dómstólsins fram nýja reglu sem nú hefur verið viðurkennd í öllum EFTA-ríkjum innan EES-svæðisins líkt og fjallað hefur verið um í tengslum við *erga omnes* áhrif í EES-rétti.<sup>265</sup>

Í máli *Fagtúns*<sup>266</sup> tók Hæstiréttur afstöðu til úrskurðar Héraðsdóms Reykjaness að óska ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. Með úrskurði héraðsdóms var hafnað að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort atriði í verksamningi væru andstæð 4. gr. EES-

<sup>261</sup> Tölfræðiupplýsingar frá Evrópu-dómstólnum miðað við árslok 2011, [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/ra2011\\_stat\\_cour\\_provisoire\\_en.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/ra2011_stat_cour_provisoire_en.pdf) - sótt 1. júní 2012.

<sup>262</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Application of Article 34 SCA by the Icelandic Courts“, bls. 43.

<sup>263</sup> *Hrd. 1999*, bls. 4916. (236/1999).

<sup>264</sup> *EFTAD*, mál máli E-9/97.

<sup>265</sup> Dómur Hæstaréttar Noregs *Rt. 2005* bls. 1365, *Finanger II* og Dómur Hæstaréttar Liechtenstein *VBI 2000/12, Dr Tschangett III*.

<sup>266</sup> *Hrd. 1998*, bls. 2608.

samningsins. Hæstiréttur sneri hins vegar við niðurstöðu héraðsdóms og félst á það með áfrýjanda að tilefni væri til að leita eftir áliti EFTA-dómstólsins.

Áfrýjandi hafði í málínu haldið fram þeim röksemendum að fallið hefðu tveir andstædir dómar í héraðsdómi og með vísan til skyldna íslands skv. EES-samningnum um að tryggja einsleita réttarframkvæmd á EES-svæðinu sé nauðsynlegt að óska álits EFTA-dómstólsins á því hvort að 3. gr. verkssamningsins brjóti gegn 4. og 11. gr. EES-samningsins auk þess að spyrjast fyrir um hvort til staðar sé regla í EES-rétti á grundvelli Francovich dóms Evrópusdómstólsins.<sup>267</sup> Eins og áður segir leitaði Hæstiréttur álits EFTA-dómstólsins á því hvort að 4. og 11. gr. EES-samningsins stæði í vegi fyrir því að ákvæði væru sett í verksamninga sem miði við að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi.

EFTA-dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að slík ákvæði væru í andstöðu við 11. gr. EES-samningsins.<sup>268</sup> Hæstiréttur sneri að lokum við sýknudómi héraðsdóms í málínu. Í dómi Hæstaréttar segir m.a.:<sup>269</sup>

Álit EFTA-dómstólsins eru ekki bindandi að íslenskum rétti, sbr. 1. gr. laga nr. 21/1994, en heimildir íslenskra dólmála til að leita slíks álits eru til þess veittar að stuðla að samkvæmni og einsleitni í skýringum á ákvæðum EES-samningins og þar með á samræmdri framkvæmd samningsins á öllu hinu Evrópska efnahagssvæði, en það er eitt af markmiðum samningsins, eins og meðal annars kemur fram í 4. mgr. aðfararorða hans og nánar er kveðið á um í 1. þætti 3. kafla hans. Hafa Íslendingar skuldbundið sig til að gera allar viðeigandi ráðstafanir til að stuðla að þessum markmiðum, sbr. 3. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að íslenskir dólmálar eiga að hafa hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins við skýringar á efni ákvæða EES-samningsins. Ekkert þykir fram komið, sem leitt getur til þess að vikið verði frá framangreindu ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins um efni ákvæða 11. gr. EES-samningsins.

Vísar Hæstiréttur til þess að 3. gr. verksamningsins hafi brotið gegn 11. gr. EES-samningsins um bann við magntakmörkunum og því verið ólögmætur. Taldi hann því að rekja mætti tjónið til aðgerða þeirra og dæmdi bætur á grundvelli sakar.

Í niðurstöðu sinni Hæstiréttur fram þá kenningu að á grundvelli ESE-samningsins séu álit EFTA-dómstólsins ekki bindandi, hins vegar eigi íslenskir dólmálar að hafa hliðsjón af þeim við skýringu á efni ákvæða EES-samningsins. Þá má einnig draga þá ályktun af ofangreindri tilvitnun í dóm Hæstaréttar að dólmálar þurfi að rökstyðja frávik frá álitum EFTA-dómstólsins.

---

<sup>267</sup> Dómur í *Francovich* málínu féll fyrir undirritun EES-samningsins og voru því viss rök til staðar að reglan væri til í EES-rétti. EFTA-dómstóllinn vísaði þó ekki til dóms Evrópusdómstólsins þegar hann leiddi fram skaðabótareglu EES-réttar í mál E-7/97.

<sup>268</sup> *EFTAD, mál E-5/98, EFTACR 1999, bls. 51.*

<sup>269</sup> *Hrd. 1999, bls. 4429.*

Í málí *Karls K. Karlssonar* hafði stefnandi á árinu 2000 óskað eftir því við Héraðsdóm Reykjavíkur að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort að heimilt hafi verið að viðhalda einkaleyfi á innflutningi áfengis á afmörkuðu tímabili eftir að EES-samningurinn gekk í gildi og hvort slíkt samræmdist 16. gr. EES-samningsins. Eftir að álit EFTA-dómstólsins barst, þar sem EFTA-dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að óheimilt hefði verið að viðhalda einkaleyfi á innflutningi á umræddu tímabili og slíkt gæti leitt til skaðabótaskyldu sem væri dómstól í landsrétti að dæma um, féll stefnandi frá málinu.<sup>270</sup>

Í kjölfarið var höfðað nýtt mál þar sem lögð var fram fjárkrafa, en fyrra mál hafði verið viðurkenningarmál. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem Hæstiréttur gerir að sinni er niðurstaða EFTA-dómstólsins sem aflað hafði verið vegna hins fyrra máls sem fallið hafði verið frá af hálfu stefnanda lögð til grundvallar við mat á tjóni. Hins vegar sýndi stefnandi ekki fram á fjárhagslegt tjón sitt, og því var íslenska ríkið sýknað.<sup>271</sup>

Gefur dómur Hæstaréttar til kynna að til staðar sé meginregla um *erga omnes* áhrif ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins um túlkun á EES-rétti. Ráðgefandi álit skipti því ekki eingöngu máli í því máli sem dómstóll óskar álits, heldur beri öllum dómstólum að skýra EES-reglur með sama hætti og ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins mælir fyrir um eins og vísað er til á fyrri síðu.<sup>272</sup>

Í dómi um *áhættutöku farþega með ölvuðum ökumanni* vísar Hæstiréttur einnig til ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í máli *Finanger*<sup>273</sup> og dóms Hæstaréttar Noregs sem vísað er til í neðanmálgrein hér á undan.<sup>274</sup> Niðurstaða Hæstaréttar Noregs var sú að ákvæði norskra laga brytu gegn ákvæðum tilskipunarinnar, engu að síður vegar var innlendum lagareglum ekki vikið til hliðar á grundvelli bókunar 35 við EES-samninginn. Hæstiréttur Íslands komst að þeirri niðurstöðu að íslensk ákvæði brytu ekki gegn ákvæðum tilskipunarinnar. Hæstiréttur taldi heldur ekki ástæðu til að afla ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um það álitamál hvort EES-gerð sem til grundvallar var í máli E-1/99 stæði í vegi fyrir því að farþegi væri láttinn bera tjón sitt að fullu á grundvelli þeirar venju sem myndast hafði, eða hvort að réttimætt væri að láta farþega bera hluta tjóns með vísan til stórfellds gáleyisis.

<sup>270</sup> EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240.

<sup>271</sup> Hrd. 15. febrúar 2007 (120/2006).

<sup>272</sup> Carl Baudenbacher: „*The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders*“, bls. 413-414.

<sup>273</sup> EFTAD, mál E-1/99, EFTACR 1999, bls. 119.

<sup>274</sup> Hrd. 2001, bls. 345I (129/2001).

Hæstiréttur taldi þó rétt í málinu að víkja frá áðurnefndri venju um áhættutöku farþega sem tekur sér far með ölvuðum ökumanni og dæma farþega þess í stað bætur en láta hann bera hluta tjóns á grundvelli eigin sakar. Hæstiréttur hafði þó ítrekað staðfest fyrri dómvenju til að mynda tveim árum fyrr þar sem farþegi var talinn hafa firrt sig bótum á grundvelli áhættutöku með vísan til fyrrgreindrar dómvenju.<sup>275</sup>

Hæstiréttur vísar m.a. til þess að breyting hafi orðið á danskri löggjöf, og að íslensk löggjöf hafi haft mikla hliðsjón af henni. Sérkennilegt er að Hæstiréttur hafi talið ástæðu til að víkja frá fyrri dómvenju með slíkum rökstuðningi. Ætla verður að það sé hlutverk löggjafans að breyta slíkri langri og staðfastri dómvenju og ekki dómstóla að víkja frá fordænum sínum á grundvelli lagabreytina í öðru ríki, óháð því að íslensk löggjöf hafi tekið mið af löggjöf í því ríki. Höfundur þessa rits freistast til að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli *Finanger*, hafi haft áhrif á dóm Hæstaréttar engu að síður.

Í domi Hæstaréttar í máli *Lánasýslu ríkisins*, sem áður hefur verið vísað til féllest Hæstiréttur á það með héraðsdómi að afla ráðgefandi álits um afmarkaðar spurningar er varðaði túlkun á ákvæðum EES-samningsins. Spurningar dómstólsins beindust að því hvort það samrýmist EES-samningnum að krefjast greiðslu ábyrgðargjalda af lánum sem tekin eru hjá aðilum í öðrum aðildarríkjum samnignsins en ekki af lánum hjá innlendum lánastofnum. Einnig, hvort heimilt sé að innheimt sé hærra gjald af aðilum sem taka slík lán hjá erlendum aðilum samanborið við aðila sem taka slík lán innanlands. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir orðrétt:

Fallast ber á það með héraðsdómi að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins um þetta atriði geti orðið til þess að varpa skýrara ljósi á ágreiningsefni aðila og geti haft þýðingu fyrir úrslit málsins eins og það hefur verið lagt fyrir héraðsdóm. Spurningar þær sem héraðsdómur leggur fyrir EFTA-dómstólinn hljóta þó að taka mið af hlutverkaskiptingu milli þess dómstóls og íslenskra dómstóla. Það leiðir af 1. mgr. 34. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994, að hlutverk EFTA-dómstólsins er að skýra EES-samninginn. Íslenskir dómstólar fara hins vegar með sönnunarfærslu um staðreyndir máls, skýringu innlends réttar og beitingu EES-samningsins að íslenskum lögum.

Eins og áður hefur verið getið verður að telja að ofangreind hlutverkaskipting sé í samræmi við lögsögu milli dómstóla í aðildarríkjum ESB og Evrópu-dómstólsins. Hæstiréttur ákvað því að fella út spurningar og breyta orðalagi á eftirstandandi spurningum, en eins og rakið hefur verið í þessu riti er það mat höfundar að slík framkvæmd sé ámælisverð á grundvelli EES-réttar og tilgangs og meginreglna samningsins.

<sup>275</sup> *Hrd. 1999, bls. 894.*

<sup>276</sup> Þorgeir Örlygsson: „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“, bls. 410.

Í máli HOB-vín, sem áður hefur verið minnst á, koma fram þau skilyrði sem Hæstiréttur telur að þurfi að vera til staðar í máli til að rétt sé að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.<sup>277</sup> Í fyrsta lagi að nægilega liggi fyrir að skýring ákvæða EES-samningsins hafi raunverulega þýðingu fyrir úrslit málsins. Þá sé nauðsynlegt að að staðreyndir málsins liggi nægilega skýrt fyrir til þess að það komi til greina að leita álits. Að lokum þarf að vera réttlætanlegur vafi um túlkun þeirra EES-reglna sem við geta átt með hliðsjón af sakarefninu.

Má því draga þá ályktun að íslenskir dómstólar telja *Acte Clair* ekki vera til staðar með sama hætti innan EFTA-stoðar EES-samningsins eins og gagnvart dómstólum aðildarríkja ESB.<sup>278</sup> EFTA-dómstóllinn hefur ekki vikið að þessu atríði í dóum sínum, en efni þessarar ritgerðar leyfir ekki að kanna til hlýtar hvort að meginreglan um *Acte Clair* sé hluti af EES-rétti eða ekki.

Ef sú meginregla sambandsréttar er ekki til staðar í EES-rétti, stendur enn eftir að ESA getur ákveðið að höfða samningsbrotamál á grundvelli rangrar túlkunar á innleiddum EES-gerðum. Í framkvæmd er frelsi innlendra dómstóla því síst meira en dómstóla í aðildarríkjum ESB.<sup>279</sup>

## 6.2 Rökstuðningur dómstóla þegar synjað er að leita álits

Eins og áður hefur verið vikið að í kafla 5, þá telur höfundur að sú skylda hvíli á dómstólum að rökstyðja beri ákvarðanir dómstóla um að leita ráðgefandi álits, sbr. dóma MDE og vísanir til meginreglna í íslenskum rétti. Slík framkvæmd leiðir vandaðri úrlausna, þar með til meira trausts á dómstólum, EES-samstarfinu og tryggir einstaklingum þau réttindi sem þeim eru veitt á grundvelli EES-samningsins og þeir gætu annars farið á mis við.

Að íslenskum rétti þá hafa gerðir sem teknar hafa verið upp í EES-samninginn ekki bein réttaráhrif eða forgangsáhrif. Bókun 35 við EES-samninginn felur í sér að innlendar lagareglur sem settar hafa verið til að fullnægja samningsskuldbindingum skv EES-samningnum um innleiðingu skulu víkja öðrum innlendum lagaákvæðum til hliðar.<sup>280</sup> Bókun 35 var hins vegar innleidd í íslenskan rétt í formi lögfestrar lögskýringarreglu. Þó má sjá að handhafar lögjafarvalds leitast við að íslensk lög séu í samræmi við EES-samninginn. Þegar niðurstaða EFTA-dómstólsins um túlkun á réttarreglu og innlend framkvæmd hefur verið

<sup>277</sup> Í Hrd. 2005, bls. 2397 (212/2005).

<sup>278</sup> Carl Baudenbacher: „The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders“, bls. 412.

<sup>279</sup> Ólafur Jóhannes Einarsson, „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 644-646.

<sup>280</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 340-341.

andstæð túlkun dómstólsins, hefur verið brugðist við á vettvangi Alþingis eða stjórnvalda sbr. umfjöllun um breytingar á virðisaukaskattslögum.

EFTA-dómstóllinn hefur ekki eingöngu tækifæri til að gefa túlkun sína á EES-rétti í ráðgefandi álitum. Ef ESA telur ástæðu til, getur stofnunin vísað samningsbrotamálum til dómstólsins líkt og verður rætt nánar í kafla 6.1.2. Skiptir því miklu máli eins og fjallað hefur verið um í þessu riti, að dómstólar rökstyðji úrlausnir sínar er varða ákvarðanir um að leita ráðgefandi álits, eða ekki, með vönduðum hætti.

#### *6.2.1 Hrd. 13. maí 2011 (225/2011) – Rökstuðningur fyrir synjun*

Í domi Hæstaréttar, þar sem tekin var til meðferðar kæra vegna úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur, frá 13. maí 2011 eru atriði sem höfundur telur rétt að staldra við og greina nánar.

Í málín var deilt um uppgjör á fjármögnunarleigusamningi. Taldi S sig hafa greitt L meira en honum hefði borið á grundvelli samningsins en samningurinn var bundinn við gengi erlendra gjaldmiðla. Fyrir héraðsdómi byggði S á því að 13. og 14. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu fælu í sér hindrun á frjálsum fjármagnsflutningum samkvæmt 40. gr. EES-samningsins. Óskaði L því eftir því að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um það:

Hvort það samrýmist samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, einkum 1., 3., 36., og 40. gr. hans, að í landslögum ríkis sem aðild á að samningnum sé kveðið á um að óheimilt sé að binda skuldbindingar í mynt þess ríkis við gengi erlendra gjaldmiðla?<sup>281</sup>

Rök L fyrir þessari kröfu voru m.a. þau að ein meginreglna EES-samningsins væri frjálst fjármagnsflæði og 40. gr. EES-samningsins tilgreini að engin höft skuli vera milli samningaðila á flutningi fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum samnings ne’ nokkur önnur mismunun, byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila, eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Taldi L að 13. og 14. gr. vaxtalaga nr. 38/2001, eins og þau væru túlkuð í *máli Lýsingar feli* í sér hindrun á frjálsu flæði fjármagns.<sup>282</sup>

Varnaraðili í málín taldi að 40. gr. EES-samningsins ætti eingöngu við þegar unnt væri að sýna fram á að fjármagn fari yfir landamæri. Ekki hafí verið bent á neitt mál sem komið

<sup>281</sup> Sambærileg beiðni málsaðila um að leitað yrði ráðgefandi álits var í máli *Hrd. 18. febrúar 2011 (660/2010)*. Í því málí var hafnað að leita ráðgefandi álits þó að héraðsdómur hafi talið ástæðu til þess með vísan til 13. og 14. gr. l. nr. 38/2001 og 36. gr. EES-samningsins. Þeirri málsástæðu og lagarökum hafði þó ekki verið haldið uppi í greinargerð málsaðila fyrir héraðsdómi og var því ekki séð að mati Hæstaréttar að þörf væri á ráðgefandi áliti. Sjá Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar*, bls. 22-25.

Þó má benda á skyldu dómstóla tal að leitast eftir fremsta megni til að túlka innlendar réttarreglur í samræmvi við óinnleiddar EES reglur eftir fremsta megni sbr. *EFTAD mál E-4/01 og E-1/07*.

<sup>282</sup> *Hrd. 16. júní 2010 (153/2010 og 92/2010)*.

hafi til kasta EFTA-dómstólsins né Evrópudómstólsins þar sem talist gæti gefa tilefni til að reglan ætti við þegar um lánaviðskipti milli innlendra aðila er að ræða. Í ofangreindu máli hafi fjármagn aldrei flust milli landamæra, og því væri um innlenden réttarágreining að ræða og því bæri að hafna kröfu L um að leitað yrði ráðgefandi álits.

Héraðsdómur byrjar rökstuðning sinn á að vísa til dóma Hæstaréttar í málum *Hrd. 153/2010 og 92/2010*. Orðrétt segir héraðsdómur „*Sóknaraðili telur að ákvæði vaxtalaga, samkvæmt nefndum niðurstöðum Hæstaréttar, stangist á við skuldbindingar Íslands samkvæmt EES-samningnum sem tók gildi hér á landi 1. janúar 1994. Ætla verður að Hæstiréttur Íslands hefði leitað ráðgefandi álits í ofangreindum málum hefði hann talið þörf á því“.*

Auk þess fjallar héraðsdómur um að deila aðila snúi að því hvort fjármögnunarsamningurinn sé skv. efni sínu lánsamningur eða leigusamningur. Dómari taldi að ákvæði EES-samningsins hafi ekki þýðingu fyrir úrslit málsins þar sem um sé að ræða innlenden réttarágreining. Ekkert í málinu gæfi visbendingu um að lánveitingin tengdist tveimur eða fleiri aðildarríkjum eða að hún væri gerð þvert á landamæri. Engu máli skiptir þótt sóknaraðili hefði fjármagnað lán sín erlendis frá. Ágreiningurinn sé eftir sem áður á milli tveggja íslenskra lögaðila og varðaði túlkun á samningi þeirra á milli. Með þessum rökstuðningi var kröfu L hafnað.

Varðandi fyrri röksemd héraðsdóms, þá verður að telja að það sé óvandaður rökstuðningur, að vísa til þess að Hæstiréttur hafi ekki talið ástæðu til þess að leita bæri ráðgefandi álits varðandi efnisatriði ofangreindra mála. Ljóst sé að hverjum dómstól sé heimilt að leita ráðgefandi álits sbr. 34. gr. ESE-samningsins og 1. nr. 21/1994.

Hugsanlega kann kæruheimild á úrskurðum héraðsdóma að fæla héraðsdómara frá því að taka ákvörðun sem sé andstæð því sem dómafördæmi Hæstaréttar benda til. Ef slíkt mál kæmi upp myndi Hæstiréttur áræðanlega halda sömu skoðun og ógilda úrskurð héraðsdóms líkt og í fyrri málum. Engu að síður verður að telja að málsaðili eigi rétt að rökstuðningi sem byggir á mati þess dómstóls sem kröfuna leggur fram sbr. 6. gr. MSE og 3. tl. 112. gr. I. nr. 91/1991.

Varðandi þá túlkun héraðsdóms að 40. gr. EES-samningsins eigi eingöngu við í tilvikum þar sem fjármagnsflutningar nái yfir landamæri, þá geta tilvik verið með þeim hætti að fjármagnsfærsla innan lands getur fallið undir 40. gr. EES-samningsins sbr. 63. gr. SUSE.<sup>283</sup>

---

<sup>283</sup> Í I viðauka tilskipunar 88/361/EBE um innleiðingu á 67. gr. Rómarsáttmálans kemur fram að fjármagnsflutningar innanlands geti fallið undir ákvæðið við ákvæðnar aðstæður. Þá beri að líta til fjárhagslegs eðlis eigna og skuldbindinga er fjármagnsfærslurnar snerta, hvort sem er í mynt viðkomandi

Í ofangreindu máli snerist ágreiningurinn um hvernig bæri að meðhöndla samning milli aðila sem fæli í sér að höfuðstóll og endurgreiðslur skyldu miðast við gengi erlendra mynta, og vaxtaákvæði í samræmi við vexti í þeim löndum sem gjaldmiðlarnir tilheyrðu.

Í eðli sínu hljóta fjármagnsfærslur sem rekja má til erlendra gjaldmiðla að fela í sér fjármagnsflutninga milli landa, t.d. verður að telja að lánveitandi fjármagni lán sín í viðkomandi myntum. Innlend fjármálafyrirtæki sem afli sér fjár með erlendum lánum geti því ekki tryggt raungildi lánsfjárhæðarinnar með sama hætti og fjármálafyrirtæki sem fjármagni sig í íslenskum krónum. Að þessu leyti sé aðstaða þeirra önnur og lakari en fjármálafyrirtækja sem fjármagna sig á innlendum markaði og sé til þess fallið að draga úr kosti íslenskra fjármálafyrirtækja á að afla sér lánsfjár erlendis og dragi einnig úr áhuga erlendra fjármálafyrirtækja á að fjármagna innlend fjármálafyrirtæki.<sup>284</sup>

Eins og áður segir, þá var úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur kærður til Hæstaréttar. Niðurstaða Hæstaréttar var frekar fáorð en var sú að staðfesta niðurstöðu héraðsdóms en þó eingöngu á sömu forsendum að því er varðar 40. gr. EES-samningsins og komið höfðu fram í héraði:

Báðir málsaðilar eiga heimili á Íslandi og var samningurinn, sem deila þeirra snýr að, bæði gerður og framkvæmdur hér á landi. Sóknaraðili hefur ekki sýnt fram á að samningurinn hafi einhver slík tengsl við aðila í öðrum aðildarríkjum EES-samningsins að hann geti snert efnissvið 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga yfir landamæri á Evrópska efnahagssvæðinu. Verður niðurstaða hins kærða úrskurðar því staðfest.

Efnisdómur þessa máls verður ekki reifaður sérstaklega, en niðurstaðaða Hæstaréttar í var sú að L var sýknað af kröfum S.<sup>285</sup> Ákvæði l. nr. 38/2001 þóttu ekki gírða fyrir að aðilum hefði verið heimilt að semja um að leigugjald í viðskiptum þeirra tæki mið af breytingum á gengi erlendra gjaldmiðla.

Var því dómur Hæstaréttar ekki grundvallaður á 13. og 14. gr. l. nr. 38/2001 og því alls óvist að hið ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins hefði haft nokkru að skipta fyrir niðurstöðu þessa máls. Eftir stendur þó spurningin, eru 13. og 14. gr. l. nr. 38/2001 í samræmi við 40. gr. EES-samningsins?

---

ríkis eða erlendri. Evrópusudómstóllinn hefur talið tilskipunina hafa gildi til skýringar á þágildandi 67. gr. og nágildandi 63. gr. SUSE sbr. *EBD, mál C-101/05, ECR 2007, bls. I-11531*.

<sup>284</sup> Sjá t.d. *EBD, mál C-222/97, ECR 1999, bls. I-1661* en var talið að innlendar reglur um að skrá þyrfti veð sem sett væri til tryggingar á láni sem greiða bæri í annari mynt í mynt viðkomandi lands teldust jaðngilda hindrun gagnvart frjálsum fjármagnsflutningum milli aðildarríkjja.

<sup>285</sup> *Hrd. 24. maí 2012 (652/2011)*.

Hæstiréttur hefur kveðið á undanförnum misserum nokkra dóma, t.d. þá sem minnst er á hér á undan þar sem byggt er á ofangreindum lagagreinum, sem banna aðrar verðtryggingar á fjárskuldbindingum í íslenskum krónum aðrar en vísitölu neysluverðs.<sup>286</sup>

Eftir stendur engu að síður að sá dómstóll sem fer með túlkun á EES-samningnum gagnvart EFTA-ríkjunum í EES-rétti, EFTA-dómstóllinn hefur ekki tekið afstöðu til þeirrar spurningar hvort að slíkar takmarkanir séu heimilar á grundvelli 40. gr. EES-samningsins.

Þar til EFTA-dómstóllinn hefur tekið afstöðu til þessa máls mun því vera til staðar óvissa um inntak 40. gr. EES-samningsins í landsrétti og á meðan er hugsanlegt að íslenska ríkið geti skapað sér bótaskyldu ef þau skilyrði sem EFTA-dómstóllinn hefur lagt til grundvallar eru til staðar.<sup>287</sup>

Þann 19. apríl 2012 sendi ESA frá sér formlega tilkynningu um eftirlitsstofnunin teldi að 13. og 14. gr. I. nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu séu andstæðar 40. gr. EES-samningsins.<sup>288</sup> Eftirlitsstofnunin telur að slíkt bann hafi áhrif á fjármögnun fyrirtækja og ekki sé hægt að réttlæta slíkar takmarkanir á grundvelli neytendaverndar þar sem enn sé heimiluð vísitölutrygging fjárskuldbindingum miðað við vísitölu neysluverðs. Þegar þetta rit er skrifað liggur ekki fyrir hvort að ESA fallist á rökstuðning íslenskra stjórnvalda eða sendi frá sér rökstutt álit og í kjölfarið höfði samningsbrotamál fyrir EFTA-dómstólnum. Þar mun EFTA-dómstólin gefa túlkun sína á því hvort slíkar takmarkanir samræmist EES-samningnum.

Af ofangreindu má sjá að þó að dómstólar í aðildarríkjum forðist hugsanlega að leita ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins þegar mál eru til meðferðar, þá geti þeir ekki komið í veg að málið berist EFTA-dómstólnum. Í samningsbrotamáli getur EFTA-dómstóllinn með bindandi hætti láti í ljós túlkun sína á atriðum er kunni að varða EES-saminginn og þar með leitt til þess að lög í landsrétti teljist andstæð EES-samningnum, út frá sjónarhóli EES-réttar.

Eins og umræður á Alþingi gefa til kynna þegar dómur EFTA-dómstólsins í máli *Harðar Einarssonar* lá fyrir, þá virðist vera til staðar vilji handhafa löggjafarvalds til þess að íslensk lög séu til samræmis við EES-samninginn, sbr. líkindaregluna um að líkindi séu til þess að lög séu sett til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar.<sup>289</sup> Þegar efnisdómur EFTA-dómstólsins liggur fyrir er því brugðist við ef að svo reynist ekki vera. Verður því að telja íslenskum að dómstólum sé rétt að líta til tilgangs EES-samningsins og áhrifa hans á túlkun

<sup>286</sup> Hrd. 16. júní 2010 (92/2010), Hrd. 16. júní 2010 (153/2010), Hrd. 13. maí 2011 (255/2011), Hrd. 9. júní 2011 (155/2011) og Hrd. 21. nóvember 2011 (120/2011).

<sup>287</sup> EFTAD, mál E-1/97, EFTACR 1998, bls. 95.

<sup>288</sup> Eftirlitsstofnun EFTA, ESA, mál nr. 68809 og 69278.

<sup>289</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 329.

íslensks réttar, auk réttinda einstaklinga og lögaðila þegar tekin er afstaða til þess hvort leita beri ráðgefandi álits. Núverandi framkvæmd leiðir að endingu til þess að íslenska ríkið mun að EES-rétti brjóta gegn réttindum einstaklinga, sem mun auka álag á dómstóla og leiða til óvissu um rekstur EES-samningsins ef íslenskir dómstólar hunsa dóma EFTA-dómstólsins.

Rétt er þó að áréfta að höfundur þessa rits tekur ekki afstöðu til þess hvort rétt hefði verið að leita ráðgefandi álits í ofangreindu máli.

Hins vegar er rétt að gagnrýna þá niðurstöðu Hæstaréttar að setja þá byrði á málsaðila að sanna að efnisákvæði EES-samningsins varði málsatvik í viðkomandi máli. Ef málsaðili, með rökstuddum hætti, telur ástæðu til þess að álits þess dómstóls sem bær er að túlka umdeilda réttarreglu sé leitað, þá hlýtur það að vera í verkahring dómstóla að rökstyðja að ekki sé ástæða til slíks en setja ekki sönnunarbyrði á málsaðila. Rökstutt álit ESA sýnir fram á að til staðar hafi að minnsta kosti verið nægjanlega réttlætanlegur vafí á inntaki umræddra lagagreina til að rökstyðja með ítarlegum hætti hvers vegna ekki væri þörf ekki að komu EFTA-dómstólsins og túlkunar hans.

## 7 Er íslenskt lagaumhverfi og dómaframkvæmd í samræmi við EES-rétt?

Eins og rakið hefur verið fram að þessu, þá felur EES-samningurinn í sér sjálfstætt réttarkerfi úr frá sjónarholi EES-réttar.<sup>290</sup> Engu að síður þá tryggir hið sjálfstæða sjálfstæða réttarkerfi samningsins ekki réttindi, né nær að hafa réttaráhrif gagnvart einstaklingum og lögaðilum í EFTA-ríkjum EES-samningsins án innleiðingar á viðkomandi réttarreglum í landsrétt.<sup>291</sup> Einstaklingar og lögaðilar geta hins vegar fengið tjón sitt vegna þess að aðildarríki innleiddu ekki EES-gerð í landsrétt eða með ófullnægjandi hætti.<sup>292</sup>

EFTA-dómstóllinn hefur ítrekað lýst yfir sérstöðu EES-samningsins og mikilvægis einstaklinga og lögaðila í beitingu hans eins og rakið hefur verið. Þá er einnig, eins og höfundur hefur rakið, sérstaða EES-samningsins fólgin í því að þó að til staðar sé munur á þeim réttarreglum sem gilda innan EFTA-stoðar samningsins annars vegar og ESB-stoðarinnar hins vegar, þá þurfa öll EFTA-ríkin, Ísland, Noregur og Liechtenstein að tala einum rómi á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar.<sup>293</sup> Ef eitt aðildarríki ákveður að beita

<sup>290</sup> EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15.

<sup>291</sup> EFTAD, mál E-01/07, EFTACR 2007, bls. 246.. Þá er rétt að taka fram að Liechtenstein aðhyllist kenningu um eineðli landsréttar og þjóðaréttar og hafa reglugerðir Evrópusambandsins því beina réttarverkan í landsrétti þegar þær hafa verið teknar inn í EES-samninginn.

<sup>292</sup> Hrd. 1999, bls. 4916.

<sup>293</sup> 93. gr. EES-samningsins.

neitunarvaldi á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar, þá gildir sú ákvörðun einnig gagnvart öðrum EFTA-ríkjum.<sup>294</sup> Í reynd þýðir sú ákvörðun aðildarríkis að neita að taka gerð upp í EES-samningsins að sá hluti samningsins verði óvirkur sem leiðir til þess að samningurinn verður óstarfhæfur, og jafngildir uppsögn samningsins.<sup>295</sup>

Af framangreindu er því ljóst að markmiðið um einsleitni er grundvallaratriði í EES-rétti. Vaknar því sú spurning, hve mikill munur má vera á réttarfarsreglum innan EFTA-stoðar EES-samningsins og aðgengi að dómstólum og hvort samningurinn og þær ríku skyldur sem hann leggur á handhafa ríkisvalds brjóti gegn stjórnarskrá?

## 7.1 Kæruheimild á úrskurðum um að leita ráðgefandi álits

Eins og rakið hefur verið þá hefur Hæstiréttur talið heimilt í samræmi við 3. mgr. 1. gr. ESE-laganna að endurskoða úrskurði héraðsdómstóla um að leita ráðgefandi álits. Í samræmi við kenninguna um tvéðli landsréttar og þjóðaréttar þá ber að innleiða þjóðréttarlegar skuldbindingar í landsrétt svo þær öðlist réttaráhrif.<sup>296</sup>

Mat höfundar er að sú framkvæmd að heimilt sé að kæra úrskurði héraðsdóms um að leita ráðgefandi álits fáist ekki staðið til lengdar. Eitt af grundvallar einkennum EES-réttar um einsleitni leiðir til þess að litið verður til þess að einstaklingar og lögaðilar njóti sambærilegra réttinda á grundvelli samningsins. Nær sú túlkun einnig yfir réttarfarsleg atríði eins og sjá má af ummælum EFTA-dómstólsins í ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins í *refsimáli gegn A.*<sup>297</sup>

Í íslenskum rétti eru heimildir málsaðila til að kæra úrskurði héraðsdómara taldar upp með tæmandi hætti í lögum. Er það því sjálfstæð ákvörðun löggjafans hverju sinni að ákveða hvaða úrskurðir héraðsdómstóla sæti endurskoðun Hæstaréttar.<sup>298</sup>

Eins og áður hefur verið bent á þá tíðkast ekki að heimilt sé að kæra úrskurði í Noregi og Liechtenstein um að leita ráðgefandi álits til æðri úrskurðaraðila. Þá hefur Evrópusambandinum í máli *Cartesio* talið óheimilt að hafa áhrif á hið beina samband dómstóla skv. 267. gr. SUSE. 3. mgr. 34. gr. ESE-samningsins sem heimilar að takmarka heimild til að leita ráðgefandi álits við dómstóla sem ekki sæta málskots getur ekki verið túlkað með þeim hætti í dag að úr því að heimilt sé að útiloka aðra dómstóla frá því að leita ráðgefandi álits, þá hljóti í ákvæðinu að

<sup>294</sup> 102. gr. EES-samningsins.

<sup>295</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 124.

<sup>296</sup> Björg Thorarensen: „*Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt*“, bls. 276-278.

<sup>297</sup> *EFTAD*, mál E-01/07, EFTACR 2007, bls. 246.

<sup>298</sup> Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar*, bls. 236.

felast að það megi ganga skemur og heimila endurskoðun á slíkum ákvörðunum fyrir æðra dómstigi.

Mat höfundar er það að sú framkvæmd sem tíðkast hér á landi geti í raun gengið lengra en 3. mgr. 34. gr. ESE-samningsins sem heimilar að takmarka málskot við æðstu dómstóla aðildarríkja. Innan ESB-réttar hefur þeim sjónarmiðum verið haldið uppi að lægra settir úrskurðaraðilar séu drifkraftur forúrskurðarkerfis sambandsins. Slíkir dómstólar geti beitt beiðnum um forúrskurði ef þeir telja að dómafördæmi æðri dómstóla eða úrskurðaraðila séu andstæð ESB rétti eða byggi á röngum forsendum.<sup>299</sup>

Ef ákvarðanir héraðsdómstóla um að leita ráðgefandi álits eru kærðar með kerfisbundnum hætti til Hæstaréttar þá mun sú framkvæmd óneitanlega letja héraðsdómstóla til að leita ráðgefandi álits.<sup>300</sup> Auk þess hefur Hæstiréttur þá með beinum hætti áhrif á hvaða mál berast EFTA-dómstólnum og hvaða spurningum er beint til hans í formi beiðna um ráðgefandi álit.<sup>301</sup> Með þeim hætti er haft bæði áhrif á beitingu og túlkun innleiddra EES-gerða og viðhorfs héraðsdóms til EES-réttar og aðkomu EFTA-dómstólsins að málum sem rekin eru fyrir héraðsdóms og til staðar er óvissa um inntak og túlkun á réttarreglu sem runnin er frá EES-rétti.

Eðli EES-samningsins er eins og áður hefur verið getið það að samningurinn er síbreytilegur og inntak hans og gildissvið þróast með breytingum á umfangi þeirra réttarreglna sem undir hann heyra.<sup>302</sup> Rétt eins og með regluna um skaðabótaábyrgð ríkja vegna skorts á innleiðingu eða ranglega innleiddra gerða sem teknar hafa verið upp í EES-samninginn, þá er einsleitni milli sambandsréttar og EES-réttar þýðingarmikið atriði.<sup>303</sup>

Niðurstaða höfundar er því sú, eins og rakið hefur verið í þessu riti, að 3. mgr. l. nr. 21/1994 sé andstæð EES-rétti. Telur höfundur að EFTA-dómstóllinn muni fyrr eða síðar taka afstöðu til þessa atriðis, enda leiðir núverandi framkvæmd til lakari aðgengis einstaklinga og lögaðila á Íslandi að EFTA-dómstólnum en fyrir dómstólum í Noregi eða Liechtenstein.

<sup>299</sup> Morten Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*, bls. 52-53.

<sup>300</sup> Þessu til stuðnings vísast til úrskurðar Hérd. Rvk. 25. mars 2011 (E-5216/2010). Í úrskurði héraðsdóms segir m.a. „*Ælla verður að Hæstiréttur Íslands hefði leitað ráðgefandi álits í ofangreindum málum hefði hann talið þörf á því.*“

<sup>301</sup> Sjá ummæli í domi Hæstaréttar frá 23. mars 2010 (132/2010): „Að því verður á hinn bóginn að gæta að í málatilbúnaði varnaraðila er auk þessa öðrum þræði byggt á þeirri skoðun hans að niðurstaða fyrra dómsmálsins kunni að hafa ráðist af því að „Hæstiréttur hafi fyrir mistök túlkað íslenskan rétt í andstöðu við tilskipanir Evrópusambandsins“, sem reyndar verður ekki séð að varnaraðili hafi á nokkru stígi borið fyrir sig í því máli, en að hugleiðingum af þeim toga geta spurningar, sem lagðar verða fyrir EFTA-dómstóllinn, ekki lotið.“

<sup>302</sup> I. hluti EES-samningsins.

<sup>303</sup> Carl Baudenbacher: „*EFTA-dómstóllinn í 10 ár: Hvornig er samskiptum við Evrópuðómstóllinn háttar?*“, bls. 333-334.

Löggjafinn ætti einnig, óháð því að EFTA-dómstóllinn hefur ekki enn þegar þetta er ritað tekið afstöðu til málsins, að fella út 3. mgr. 1. gr. laganna í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar skv. EES-samningnum og til að tryggja einstaklingum og lögaðilum aukna dómstólavernd með nánara samstarfi milli innlendra dómstóla og þess dómstóls sem bær er til að túlka um inntak og gildissvið EES-réttar.

EES-samningurinn og gerðir sem tekna hafa verið upp í samninginn geta falið í sér skyldu á samningsaðila að innleiða ný réttarfarsleg úrræði eða gera breytingar á réttarfari þó að meginreglan sé sú sama og í ESB-rétti að réttarfar aðildarríkja sé á forræði þeirra sjálfra.<sup>304</sup>

Tilskipun 98/27/EB um að setja lögban til verndar hagsmunum neytenda var innleidd hér á landi með l. nr. 141/2001. Tilgangur laganna er að heimila stjórnvöldum eða tilteknum samtökum að krefjast lögbanneða höfða dómsmál til að vernda hagsmuni neytenda óháð því hvort til staðar séu lögvarðir hagsmunir þessara aðila.<sup>305</sup>

Af þessu má sjá að EES-samningurinn, líkt og sáttmálar ESB geta leitt til skyldu á aðildarríki til að haga innlendum réttarfarsreglum til samræmis við EES- eða ESB-rétt og innleiða ef þörf er á með lagasetningu nýjum réttarfarsreglum. Því getur íslenskt réttarfar verið i andstöðu við EES- og ESE-samningana. Er það mat höfundar að Ísland hafi ekki í raun fullnægt samningsskuldbindingum sínum skv. 34. gr. ESE-samningsins frá því að dómur EFTA-dómstólsins í máli *Restamark* lá fyrir. Íslenska ríkið verður að sætta sig við túlkun EFTA-dómstólsins á inntaki samningsins og aðlaga íslenskan rétt til samræmis við hana ef vilji er til þess að viðhalda EES-samningnum. Þá er mat höfundar að líklegt sé og öll rök hnigi að því að þau sjónarmið sem Evrópuðómstóllinn setti fram í máli *Cartesio* eigi einnig við í EES-rétti.

## 7.2 EES-samningurinn og framsal á dómsvaldi

Þegar EES-samningurinn var samþykktur var meðal annars viðurkennt að í honum fælist takmarkað framsal á dómsvaldi í formi sektarvalds ESA í samkeppnis- og ríkisstyrkjámálum sbr. 110. gr. EES-samningsins. Ákvæðanir ESA sem leggja fjárskuldingar á aðra aðila en ríki skulu vera fullnustuhæfar og hið sama á við um dóma dómstóla ESB og EFTA-dómstólsins.

<sup>304</sup> Diana-Urania Galetta: *Procedural Autonomy of EU Member States*, bls. 102-108.

<sup>305</sup> Ekki hefur reynt á ákvæði l. nr. 141/2001 fyrir íslenskum dómstólum. Sýslumaðurinn í Reykjavík hefur þó hafnað slískri beiðni með úrskurði frá 1. júní 2012. („Lögbanni á greiðsluseðla hafnað“ <http://www.talsmadur.is/Pages/55?NewsID=1658> – sótt 5. ágúst 2012)

Í álitsgerð nefndar utanríkisráðherra, svonefndri fjórmenningaskýrslu, um EES-samninginn frá árinu 1992 var talið að EES-samningurinn væri ekki andstæður stjórnarskránni.<sup>306</sup> Ekki verður sérstaklega fjallað um niðurstöðu nefndarinnar um framsal framkvæmdavalds og löggjafarvalds heldur einungis litið til álits hennar um framsal á dómsvaldi.

Nefndin taldi að þau ákvæði EES-samningsins sem fjölluðu um framsal á dómsvaldi væru skýrt afmörkuð, ekki umfangsmikil og fælu ekki í sér neinar sérstakar kvaðir. Við mat á því hvort framsal framkvæmda- og dómsvalds á sviði samkeppnismála bryti gegn stjórnarskránni var litið til þess að það væri íslensk réttarregla að við sérstakar aðstæður beri að beita relendum réttarreglum, dæmi væru til þess að ákvarðanir erlendra stjórnvalda giltu hér á landi og væru aðfararhæfar, dæmi væru til þess að erlenda dóma megi framkvæmda hér á landi, vald það sem alþjóðadómstólum væri ætlað með samningnum væri vel afmarkað og á takmörkuðu sviði og að lokum væri það ekki verulega íþyngjandi fyrir íslenska aðila.

Af framangreindu taldi nefndin að heimilt væri að framselja alþjóðastofnunum framkvæmda- og dómsvald á sviði samkeppnisreglna skv. EES-samningnum og ESE-samningnum.

Árið 1999 var gefin út álitsgerð um Schengen samstarfið og stjórnskipuleg álitamál því tengd. Í álitsgerðinni var talið að framsal dómsvalds gæti falist í þrennu:

- Að gert væri ráð fyrir að unnt væri að skjóta innlendum dómsúrlausnum eða ákvörðunum stjórnvalda til endurskoðunar þannig að bindandi væri.
- Að íslenskum úrlausnaraðilum væri gert skylt að bera ákveðin lagaatriði undir alþjóðlega dómsstóla og vera bundnir við niðurstöður þeirra um þau atriði<sup>308</sup>

<sup>306</sup> Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 682-713.

<sup>307</sup> Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 1983.

<sup>308</sup> Höfundur er ekki sammála ofangreindri álitsgerð að því er varðar ályktun um að með því að skylda innlenda úrlausnaraðila til að bera ákveðin lagaatriði undir alþjóðlega dómsstóla og vera bundnir við niðurstöður þeirra geti brotið gegn stjórnarskránni. Þessu til stuðnings má nefna að texti 2. gr. stjórnarskrárinna um að dómendur fari með dómsvaldið má rekja aftur til stjórnarskrárinna um hin sérstaklegu málefni Íslands frá árinu 1874. Árið 1874 var æðsti dómsstóll í málefnum Íslands Hæstiréttur Danmerkur, og fluttist dómsvald ekki aftur heim fyrr en árið 1920 með stofnun Hæstaréttar Íslands í samræmi við 10. gr dönsk-íslensku sambandslaganna. Í 46 ár var því orðið „dómendur“ í stjórnarskránni ekki túlkað sem að í því fælist að um sé að ræða innlendar stofnanir. Þó að viðhorf fræðimanna séu að til staðar sé stjórnskipunarvenja um að framsal dómsvalds sé óheimilt, þá verður ekki ráðið af 2. gr. stjórnarskrárinna að framsal dómsvalds sé sömu takmörkunum háð og framsal framkvæmda- og löggjafarvalds en handhafar þess eru skýrt tilgreindir í sömu grein. Hljóta því að vera rýmri heimildir til framsal dómsvalds á grundvelli stjórnarskrárinna meðan að tryggt sá dómsstóll sem fari með úrlausn mála tryggi að minnsta kosti sömu réttarvernd og stjórnarskráin veitir. Í tilviki ráðgefandi álita hafa innlendir dómsstólar ætið það vald að kveða upp efnisdóm í viðkomandi máli. Eins og rætt hefur verið í þessu riti, þá geti innlendir dómsstólar ætið tryggt réttindi einstaklinga á grundvelli *Solange* viðhorfa sbr. dóma stjórnskipundómstóla í aðildarríkjum ESB.

– Að erlendum dóum væri veitt aðfararhæfi hér á landi.

Við setningu nýrra samkeppnisлага árið 2005 var m.a. ákvæði í 27. gr. l. nr. 44/2005 um samkeppni sem segir að þegar dómstóll fjalli um samninga, ákvarðanir eða aðgerðir skv. 53. og 54. gr. EES-samningsins í máli sem Eftirlitsstofnun EFTA hefur þegar tekið ákvörðun í megi úrlausn hans ekki brjóta í bága við þá ákvörðun. Enn fremur skal dómstóll forðast að leysa úr máli á annan veg en þann sem ESA kann að gera í máli sem hún hefur til meðferðar. Dómstóllinn getur í þessu skyni frestað meðferð. 2. mgr. tekur fram að engu að síður geti dómstóll áfram leitað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um ákvörðun ESA. Í athugasemdu í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 44/2005 kemur fram að dómstólar muni þá fara að álti EFTA-dómstólsins í stað ákvörðunar ESA.<sup>309</sup>

Sérkennilegt er að greina 27. gr. samkeppnisлага út frá kenningum um tvíeðli, áhrif ráðgefandi álita og framsal dómsvalds. Ef að dómstólum er aldrei skyld að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, hvernig getur þá álit þess dómstól leyst hann undan ákvörðunum ESA, sem eru bindandi gagnvart umræddum dómstól?

Frumvarp til nýrra samkeppnisлага kallaði á umfangsmikil skoðanaskipti fræðimanna og bárust þingmefndinni 22 athugasemdir við efni þess, mörg þeirra um 27. gr. frumvarpsins<sup>310</sup>. Davíð Þór Jónsson taldi í álitsgerð sinni að 27. gr. stæðist ákvæði stjórnarskrárinna á grundvelli óskráðrar meginreglu íslensks réttar um takmarkað og afmarkað framsal væri heimilt þar sem það ætti eingöngu við um beitingu tiltekinna ákvæða EES-samningsins.<sup>311</sup> Réttarfarsnefnd setti fram athugasemdir við 27. gr. frumvarpsins og sagði:

Varhugavert er að rökstyðja umrætt fullveldisframsal með því að það sé takmarkað við tilteknar aðstæður eins og gert er í fyrilliggjandi álitsgerð. Sé haldið áfram á þeirri braut má segja nákvæmlega það sama um flesta hluta EES-samningsins. Hann má greina í sundur í afmarkaða þætti og draga þannig smám saman vald frá íslenskum dómstólum.<sup>312</sup>

Höfundur tekur undir gagnrýni réttarfarsnefndar varðandi 27. gr. og rökstuðning þann sem fram kom í álitsgerð Davíðs Þórs. Ef til staðar er regla um að framsal dómsvalds sé óheimilt, þá verður að telja með ofangreindum rökum að slík regla geti ekki falið í sér að takmarkað og afmarkað framsal sé heimilað, slíkt, líkt og réttarfarsnefnd bendir á getur falið í sér ótakmarkað framsal, í litlum einingum.

<sup>309</sup> Alþ. 2004-05, A-deild, bls. 4260.

<sup>310</sup> Yfirlit yfir erindi sem bárust efnahags- og viðskiptanefnd vegna frumvarpsins má finna á heimasíðu Alþingis: <http://www.althingi.is/dba-bin/erindi.pl?ltg=131&mnr=590> (sótt 20. ágúst 2012)

<sup>311</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 472-475.

<sup>312</sup> Umsögn réttarfarsnefndar um frumvarp til samkeppnisлага, dbnr. 1216, 131. lögþ. 2004-05, bls. 3, <http://www.althingi.is>.

Í nýlegi álitsgerð Bjargar Thorarensen og Stefáns Más Stefánssonar um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum er komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé mögulegt að innleiða gerðina vegna stjórnskipulegra annmarka.<sup>313</sup> Sömu fræðimenn komust að þeirri niðurstöðu í álitsgerð árið 2011 um hvort innleiðing reglugerðar ESB nr. 1193/2011 um sameiginlegt skráningarkerfi fyrir losunarheimildir sé annmörkum háð með tilliti til stjórnarskráinnar.<sup>314</sup> Í niðurlagi álitsgerðar þeirra segir:

Að lokum skal tekið fram að við teljum íslenska ríkið hafa ákvæðið svigrúm til að túlka stjórnarskrárvæði þannig að ekki þrengi um of að möguleikum Íslands í alþjóðlegu samstarfi. Hefur verið byggt á því sjónarmiði allt frá árinu 1992 að framsal ríkisvalds sem leiddi af EES-samningnum væri innan þeirra marka sem stjórnarskráin leyfði, án þess að breytinga væri þörf. Jafnframt var bent á að þær forsendur kynnu að breytast eftir því sem samningurinn þróaðist.

...  
Þótt hver þessara breytinga standist skoðun út frá upphaflegum forsendum, skoðað einangrað og ekki í heildarmynd um hvernig valdheimildir hafi færst á hendur í tengslum við EES-samninginn, kann að fara svo að mun meira vald verði framselt til erlendra stofnana en heimilt hefði verið ef allar breytingarnar hefðu legið fyrir ljósar í upphafi.<sup>315</sup>

Ofangreint álit byggir á rökfstönum og góðum skýringum. Höfundur telur ljóst að viðhorf fræðimanna sé að óheimilt sé skv. núverandi stjórnarskrá að framselja dómsvald til alþjóðlegra stofnana. Hins vegar kunna önnur sjónarmið að eiga við þegar um er að ræða réttarúrræði sem byggi á túlkun á réttarreglu sem leiða megi af þjóðréttarsamning, og beri að túlka sem samræmdum hætti af öllum samningsaðilum og komið sé á fót sjálfstæðum dómstólum með það í huga. Eftir stendur að innlendir dómstólar hafa enn fullt forræði á að heimfæra málsatvik upp á lagaákvæði, framkvæma sönnunarmat og kveða upp bindandi efnisdóm.

Engu að síður er ljóst að nauðsynlegt er að djúp og vönduð umræða um EES-samninginn, þátttöku í alþjóðlegu samstarfi og skipulag dómsvalds fari fram, á vettvangi lögfræðinnar og í almennri umræðu.

---

<sup>313</sup> Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum.

<sup>314</sup> Álitsgerð um hvort innleiðing reglugerðar ESB nr. 1193/2011 um sameiginlegt skráningarkerfi fyrir losunarheimildir sé annmörkum háð með tilliti til ákvæða stjórnarskráinnar.

<sup>315</sup> Álitsgerð um stjórnskipulegar heimildir landsréttar og möguleika á innleiðingu reglugerða ESB um eftirlit með fjármálamörkuðum í EES-samninginn, bls. 39.

## 8 Niðurstöður

Í upphafi þessa verks var farið yfir þróun ESB-réttar og forsögu og aðdraganda að gerð EES-samningsins. Ljóst sé í dag að fjölmargir aðilar vanmátu stofnanakerfi samningsins og vilja samningsaðila til að tryggja rekstur hans. Þau atriði sem aðgreina EES- og ESB rétt helst, forgangsáhrif, bein réttaráhrif og framsal fullveldis hafa í raun haft minni áhrif ætla mætti. Engu að síður reynir EES-samningurinn mjög á stjórnskipulegt þanþol íslensku stjórnarskrárinnar og hefðbundin viðhorf í íslenskri lögfræði.

EES-samningnum er ætlað að flytja þann hluta regluverks sambandsins yfir í réttarkerfi EFTA-ríkja EES-samningsins. Er samningurinn því síbreytilegur og þarf stöðugt að taka nýjar gerðir af vettvangi sambandsins upp í samninginn. Þar sem Evrópusambandið hefur frá undirritun EES-samningsins stefnt að sífellt nánari samvinnu á grundvelli yfirþjóðlegra stofnana sambandsins þá hefur þrengt að hefðbundnum viðhorfum til fullveldis og takmörkuðum heimildum samkvæmt íslenskri stjórnskipan til þáttöku í yfirþjóðlegri samvinnu.

EES-samningnum er ætlað að fára einstaklingum og lögaðilum margvísleg réttindi til efnahagslegrar þáttöku og starfsemi hvar sem er innan EES-svæðisins. Þá er þeim einnig veittar margvíslegar leiðir til að tryggja og leita réttar síns skv. samningnum. Réttarvörlukerfi EES-samningsins er að mörgu leiti byggt á réttarvörlukerfi ESB, með sambærilegum úrræðum þó að talsverður munur geti verið á milli úrræða. Til að mynda eru forúrskurðir Evrópuðómstólsins bindandi, meðan umdeild er hvert er boðvald EFTA-dómstólsins gagnvart dómkotum í aðildarríkjum. Þá hefur Evrópuðómstóllinn sektarheimildir í samningsbrotamálum gagnvart aðildarríkjum, en slík heimild er ekki til staðar í EES-rétti.

Engu að síður er eitt af markmiðum EES-samningsins að tryggja einsleitni í réttarreglum og beitingu þeirra. EFTA-dómstóllinn hefur lagt mikla áherslu á slík sjónarmið í úrlausnum sínum. Í máli *Restamark*<sup>316</sup> setti dómstóllinn fram þá kenningu að EES-samningurinn fæli í sér sjálfstætt réttarkerfi. Í máli *Erlu Maríu*<sup>317</sup> leiddi hann af eðli samningsins að í honum fælist skaðabótaskylda gagnvart einstaklingum og lögaðilum vegna ranglega- eða óinnleiddra EES-gerða ef fullnaegt væri þeim skilyrðum að þau réttindi sem brotið er gegn þurfa að vera nægjanlega skilgreind, brotið þarf að vera nægjanlega alvarlegt og að orsakasamband sé milli brots og þess tjóns sem um ræðir.

<sup>316</sup> EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15.

<sup>317</sup> EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998 bls. 95.

EFTA-dómstóllinn hefur því skýrt EES-samninginn með framsæknum hætti og reynt að tryggja einstaklingum innan EFTA-stoðar EES-samningsins með einsleitum hætti þá réttarvernd sem samningurinn felur í sér. Í máli *Kolbeinssonar*<sup>318</sup> gaf EFTA-dómstóllinn til kynna að til staðar væri sambærileg regla í EES-rétti og Evrópudómstóllinn setti fram í máli *Köbler*.<sup>319</sup>

Tregðu hefur gætt hjá Hæstarétti Íslands að óska eftir afstöðu EFTA-dómstólsins til þess hvort að slík regla sé til staðar í EES-rétti. Á grundvelli 3. mgr. I. gr. I. nr. 21/1994 hefur Hæstiréttur endurskoðað ákvarðanir héraðsdóms um að leita álits EFTA-dómstólsins á slíkum lögspurningum. Niðurstaða höfundar er að að í EES-rétti sé til staðar sambærileg regla um ábyrgð dómstóla, þar sem úrskurðir sæta ekki málskots vegna misbeitingar á réttilega innleiddri EES-gerð. Slík regla þarf ekki að stangast á við innlendant rétt sbr. rétt aðila sem úrskurðaðir hafa verið í gæsluvarðhald á ólögmætum forsendum til bóta. Í slíkum tilvikum leiðir tjón einstaklings af dómsathöfn.

Ljóst er að í ESB-rétti hafa þau sjónarmið sem Evrópudómstóllinn setti fram í máli *Köbler* meðal annars byggt á því að í ESB-rétti er dómstólam, þar sem úrskurðir sæta ekki málskots skylt að leita forúrskurðar Evrópudómstólsins nema í ákveðnum tilvikum. Slík formleg skylda er ekki til staðar í EES-rétti. Engu að síður, líkt og Skúli Magnússon hefur fjallað um<sup>320</sup> eru afleiðingar þess að dómstóll í ESB-ríki leitar ekki forúrskurðar Evrópudómstólsins þær sömu og ef dómstóll í EFTA-ríki leitar ekki ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins og mistúlkar réttilega innleidda EES-gerð. Framkvæmdastjórn ESB eða Eftirlitsstofnun EFTA mun geta höfðað samningsbrotamál gegn viðkomandi ríki.

Er því ljóst að ekki er til staðar slíkur eðlismunur á efnisreglum sem leiða af EES-samningnum og ESE-samningnum annars vegar og sáttmálum ESB hins vegar til þess að meginregla ESB-réttar um ábyrgð aðildarríkja á misbeitingu dómstóla, þar sem úrskurðir sæta ekki málskots, á ESB-réttarreglu eigi ekki við í EES-rétti.

Ef sú íslenska meginregla um ábyrgð löggjafans á að innleiða ekki eða ranglega innleiða EES-gerð leiðir af lögfestu meginmáli samningsins, þá má einnig leiða af meginmáli hans slíka reglu um ábyrgð dómstóla, þar sem úrskurðir sæta ekki málskots, á rangri túlkun á réttilega innleiddum EES-gerðum. Enda leiðir slík dómsathöfn til tjóns fyrir aðila og beinist gegn réttindum sem þeim eru ætluð skv. meginmáli EES-samningsins og EES-gerðum sem

<sup>318</sup> *EFTAD, mál E-2/10, EFTACR 2009-2010, bls. 234.*

<sup>319</sup> *EBD, mál C-224/01, ECR 2003, bls. I-10239.*

<sup>320</sup> Skúli Magnússon: „On the Authority of Advisory Opinions“.

ætlað hefur verið lagagildi hér á landi og ber að túlka og beita með samræmdum hætti af samningsríkjum og stofnunum þeirra.

Ísland innleiddi 34. gr. ESE-samningsins með l. nr. 21/1994. Samkvæmt lögnum hafa Hæstiréttur, Félagsdómur og héraðsdómstólar heimild til að óska eftir ráðgefandi álti EFTA-dómstólsins. Tilgangur ráðgefandi álita er eins og áður greinir að stuðla að einsleitri túlkun og beitingu á þeim réttarreglum sem skv. EES-samningnum skuli gilda í landsrétti EFTA-ríkja samningsins. 34. gr. ESE-samningsins er efnislega samhljóða 267. gr. SUSE að því undanskildu að skv. 34. gr. ESE-samningsins mega EFTA-ríki samningsins takmarka heimildir til að leita ráðgefandi álits við dómstóla sem úrskurðir sæta ekki málskoti. Þá er líkt og áður greinir dómstólum sem úrskurðir sæta ekki málskoti skyldt að leita forúrskurðar skv. 3. mgr. 267. gr. SUSE.

Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. l. nr. 21/1994 er heimilt að kæra úrskurði héraðsdóms um að leita ráðgefandi álits. Evrópubómstóllinn setti fram í *máli Cartesio*<sup>321</sup> þá meginreglu að aðildarríkjum sé óheimilt að hindra dómstóla í aðildarríkjum að nýta sér sjálfstæðan og beinan rétt hvers og eins dómstóls í aðildarríkjum til að leita forúrskurðar Evrópubómstólsins.

34. gr. ESE-samningsins er byggð á nágildandi 267.gr SUSE og EFTA-dómstóllinn hefur túlkað efnislega samhljóða ákvæði í 34. gr. samningsins sem sambærilegum hætti og Evrópubómstóllinn hefur í dómaframkvæmd túlkað 267. gr. gilda því almennt sömu skýringarsjónarmið um hvort tveggja.

Sömu sjónarmið eru til grundvallar varðandi beinan rétt hvers og eins dómstóls skv. 34. gr. ESE-samningsins og eru til staðar í Evrópurétti. Þá er viðurkennt að núverandi framkvæmd er ekki í samræmi við samninginn sbr. athugasemdir í greinargerð með frumvarpi til breytinga á lögum um opinber innkaup og vísað hefur verið til í þessu riti.

Evrópusambandið nýtur ákveðinna forréttinda gagnvart Mannréttindadómstól Evrópu sbr. niðurstöðu dómstólsins í *máli Bosphorus*.<sup>322</sup> Mannréttindadómstóllinn hefur ekki tekið afstöðu til þess hvort sömu sjónarmið séu til staðar gagnvart EES-samningnum og skuldbindingum skv. honum. Viðhorf fræðimanna bendir til þess að EES-samningurinn njóti ekki slíkrar stöðu en mannréttindasáttmálinn hefur þó verið talinn hluti af réttarheimildum EES-réttar af EFTA-dómstólnum.

Engu að síður hvílir skylda skv. MSE á aðildarríkjum við meðferð mála í landsrétti t.a.m. hefur Mannréttindadómstóllinn talið að skv. 6. gr MSE beri að rökstyðja niðurstöður um að

---

<sup>321</sup> EBD, *mál C-210/06, ECR 2008, bls. I-9641*.

<sup>322</sup> MDE, *Bosphorus gegn Írlandi*, 30. júní 2005 (45036/98).

hafna að leita forúrskurðar sbr. niðurstöður MDE í málum *Coe“ me<sup>323</sup>* og *Ullens<sup>324</sup>* gefa til kynna. Mat höfundar er að sömu sjónarmið eigi við varðandi skyldur dómstóla EFTA-ríkja EES-samningsins þegar kemur að því að rökstyðja niðurstöður um að synja beiðni málsaðila um að leita forúrskurðar.

Líkt og reifað var í umfjöllun um *Hrd. 13. maí 2011 (225/2011)* þá má gagnrýna þá niðurstöðu Hæstaréttar í því máli að hafna beiðni málsaðila og ógilda úrskurð héraðsdóms um að leita ráðgefandi álits. Eins og sýnt hefur verið fram á í þessu riti, þá uppfyllti spurning sú sem lögð var til íslenskar réttarfarsreglur og snerti með beinum hætti 40. gr. EES-samningsins.

Þó að íslenskir dómstólar virði niðurstöður EFTA-dómstólsins þegar þær liggja fyrir, og löggjafinn hefur hagað lagasetningu í samræmi við túlkanir hans á EES-reglum þá gætir ákveðinnar tregðu hjá innlendum dómstólum við að leita álits EFTA-dómstólsins. Mat höfundar er að þá tregðu megi að einhverju leiti rekja til íslenskrar lagahefðar, en einnig að kæruehimild 3. mgr. 1. gr. I. nr. 21/1994 hafi áhrif á vilja lægra settra dómstóla til að leita eftir ráðgefandi álitum á grundvelli endurskoðunar Hæstaréttar á spurningum héraðsdóms eða ógildingu úrskurða þeirra.

Hefðbundin viðhorf í íslenskri lögfræði falla illa að þeim viðhorfum sem gilda í EES- og ESB-rétti. heimildir skv. stjórnarskránni til þátttöku í yfirþjóðlegu samstarfi er þróngur stakkur sniðinn líkt og greina má af umfjöllun um setningu samkeppnislagar nr. 44/2005. Hins vegar er niðurstaða höfundar að réttarúrræði það sem fellst í samspili dómstóla aðildarríkja og EFTA-dómstólsins rúmist innan íslenskrar stjórnskipunar, þó framsal annara þátta sé miklum takmörkum háð og EES-samningurinn sé í dag talinn brjóta gegn stjórnarskránni.

Jafnvel þó að dómstólar forðist að leita ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins, þá geta þeir ekki komið í veg fyrir það að mál berist dómstólnum með einni málshöfðun fyrir dómstólnum, eða beiðni frá dómstól í öðru aðildarríki EFTA og EFTA-dómstólnum þar með gefið færi á að túlka inntak og gildissvið EES-samningsins.

Eftir stendur að einstaklingum og lögaðilum hér á landi er veitt jakara aðgengi að dómstólum, og njóta ekki markmiðs EES-samningsins um einsleita túlkun og beitingu á réttilega innleiddum EES-gerðum fyrir dómstólam hér á landi.

---

<sup>323</sup> MDE, *Coëme o.fl. gegn Belgíu*, 22. júní 2000 (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96).

<sup>324</sup> MDE, *Ullens de Schooten og Rezabek gegn Belgíu*, 20. september 2011 (3989/07 og 38353/07).

## 9 Lokaorð

Ísland hefur frá árinu 1994 náð gífurlegri samlögun við hinn innri markað ESB. Á grundvelli samningsins um Evrópska Efnahagssvæðið hefur verið innleiddur stór hluti af regluverki sambandsins er snertir efnisþætti samningsins í íslenskan rétt. EES-samningurinn var innleiddur með almennum lögum frá Alþingi þrátt fyrir að stjórnarskrá Íslands heimili ekki framsal opinbers valds. Hin þjóðréttarlega skuldbinding sem í honum fellst leiðir hins vegar til þess að hann hefur frá upphafi þrýst á viðtekin viðhorf um fullveldi og framsal ríkisvalds í þágu efnahagslegs samstarfs og þann ramma sem íslenska stjórnarskráin markar.

Þær skuldbindingar sem EES-samningurinn felur í sér og sá metnaður um einsleitan sameiginlegan markað yfir landamæri 30 ríkja hafa orðið æ þyngri í vöfum eftir því sem liðið hefur frá undirritun samningsins. Evrópusambandið hefur þróast áfram í átt að nánari samruna aðildarríkja og þar með færst dýpra í yfirlþjóðlega samvinnu þar sem sameiginlegar stofnanir sambandsins fara með fullveldi á þeim sviðum sem aðildarríki hafa ákveðið að deila því saman.

Í þessu riti hefur verið farið yfir víðan völl þeirra réttarreglna sem leiddar hafa verið í íslenskan rétt á grundvelli samningsins.

Eins og að ofan greinir hefur EES-samningurinn breyst við hverja nýja gerð sem upp í samninginn er tekin. Hann hefur falið í sér réttarreglur sem erfitt er fyrir ríki sem aðhyllast hefðbundnar kenningar um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar að fallast á. Til að mynda skaðabótaskyldu ríkis vegna óinnleiddra eða ranglega innleiddra EES-gerða og stofnanakerfi sem gerir ráð fyrir að ákvarðanir Eftirlitsstofnunar EFTA séu bindandi gagnvart innlendum dómistólum sbr. 27. gr. 1. nr. 44/2005.

Reifaðir hafa verið dómar íslenskra dómistóla sem gefa til kynna að mikill vilji sé til staðar hjá dómistólum að virða samningsskuldbindingar Íslands skv. EES-samningnum.<sup>325</sup> Þannig hefur EES-gerðum sem réttilega hafa verið innleiddar verið gefið aukið vægi í lögskýringum þegar fært er. Engu að síður hafa dómistólar sýnt ákveðna tregðu þegar kemur að öflun ráðgefandi álíta EFTA-dómstólsins, þó að ætíð hafi verið farið eftir ráðgefandi álítum EFTA-dómstólsins. Eðli EES-samningsins um framþróun og aðlögun að breytingum innan Evrópusambandsins nær einnig yfir dómistóla, réttindi einstaklinga fyrir domi og til réttarfarsúrræða. Sú framþróun hefur leitt til togstreitu milli innlendra dómistóla og stofnana ESE-samningsins. Fórnarlömbin í hafa þó ætíð verið einstaklingar og lögaðilar sem kunna í

---

<sup>325</sup> Þorgeir Örlygsson: „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“, bls. 412-414.

einhverjum tilvikum að glatað réttindum sem íslensk stjórnvöld hafa skuldbundið sig að þjóðarrétti að veita þeim og innleitt meginmál EES-samningsins að landsrétti.

Síðastliðin 18 ár hefur EFTA-dómstóllinn náð að tryggja markmið EES-samningsins um einsleitni með góðum árangri. Hins vegar byggist EES-samningurinn á því að hafa einsleitan markað, þar sem einstaklingar og lögaðilar njóti sömu réttinda. Ef aðilar njóta lakari réttarverndar fyrir íslenskum dómstólum og lakara aðgengi að þeim dómstól sem fer með túlkun á frumheimild stórs hluta íslensks réttar, EES-samningsins, þá er ljóst að óháð því hve vel EFTA-dómstólnum gengur að tryggja markmið samningsins um einsleitni, hún mun ekki ná til Íslands nema gegnum innlenda dómstóla.

EES-samningurinn hefur náð út fyrir þau mörk sem stjórnarskrá Íslands heimilar. Ber að leysa úr því verkefni á vettvangi stjórnmála, með umræðum og hagsmunamati á vettvangi löggjafans og er það stjórnarskrárgjafans að taka afstöðu til þess með hvaða hætti beri að leysa úr þeim stjórnskipulega annmörkum sem samningnum fylgir í dag.. Til skemmri tíma er hægt að bera við stjórnskipulegum annmörkum við rekstur EES-samningsins, starfa áfram á grundvelli innri markaðar ESB og hugsanlega ná fram breytingum á samningnum. Annar valkostur er að gera þær breytingar á stjórnskipan Íslands sem þarf til að EES-samningurinn brjóti ekki gegn ákvæðum hennar og tryggja fullnægjandi virkni samningsins. Hins vegar er ljóst að þörf er á umræðu um stöðu samningsins og íslenskrar stjórnskipunar og hvernig beri að haga utanríkisviðskiptum landsins á tímum alþjóðavæðingar og aukinnar yfirþjóðlegrar samvinnu.

Ísland er á vegferð sem gæti leitt til fullrar aðildar að ESB á grundvelli umsóknar um aðild sem lögð var fram 23. júlí 2009. Óvist er þó hvernig þeim viðræðum lyktar. Til að mynda eru sömu stjórnskipulegu annmarkar fyrir aðild að ESB og til staðar eru gagnvart EES-samningnum. Mikilvægt er að góð þekking sé til staðar hér á landi á virkni og beitingu sambandsréttar vegna þeirra gífurlegu áhrifa sem hann hefur haft undanfarin 18 ár á daglegt líf hér á landi í gegnum EES-samninginn og að almenningur sé upplýstur um eðli, umfang, kosti og galla samningsins.

## HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Ármanн Snævarr: *Almenn lögfræði*, Reykjavík 1989.

Barbara Brandtner: „The 'Drama' of the EEA. Comments on Opinion 1/91 and 1/92“. *European Journal of International Law*. 3. tbl. 1992.

Björg Thorarensen og Pétur Dam Leifsson: *Þjóðaréttur*. Reykjavík 2011.

Björg Thorarensen: „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt“. *Úlfljótur* 3. tbl. 2012. bls. 271-303.

Björn Friðfinnsson: „Samningaviðræðurnar um Evrópska efnahagssvæðið“, *Líndæla, Sigurður Líndal sjötugur*. Ritstj. Garðar Gíslason. Reykjavík 2001, Bls. 51-70.

Bruno De Witte: „Direct Effect, Primacy and the nature of the legal order“. *The Evolution of EU LAW*, 2. útgáfa. Ritstj. Paul Craig og Gráinne De Búrca, New York, 2011, bls. 323-361.

Carl Baudenbacher: „Acces to the EFTA Court“, *The EFTA Court in action : five lectures.*, bls. 11-29.

Carl Baudenbacher: „EFTA-dómstóllinn í 10 ár“, *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2004 bls. 301-334.

Carl Baudenbacher: „The EFTA Court Ten Years On“. *THE EFTA COURT Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oregon 2005, bls. 13-51.

Carl Baudenbacher: „The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders“. *Texas International Law Journal*, 3. tbl. 2005, bls. 383-416.

Christian Frommelt og Sieglinde Gstöhl: *Liechtenstein and the EEA: The Europeanization of a (very) small state*, Noregur 2011.

Davíð Þór Björgvinsson: „Application of article 34 of the ESA/court agreement by the Icelandic courts“. *Economic law and justice in times of globalisations: Festschrift for Carl Baudenbacher. Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung*. Ritstj. Mario Monti ofl. Baden-Baden 2007, bls. 37-50.

Davíð Þór Bjoðrgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006.

Davíð Þór Bjoðrgvinsson: *Lögskýringar*. Reykjavík 2008.

Diana-Urania Galetta: *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the “Functionalized Procedural Competence” of EU Member State*. Heidelberg, Dordrecht, London og New York 2010.

Einar Benediktsson: *Upphaf Evrópusamvinnu Íslands*. Reykjavík 1994.

Eiríkur Bergmann: *Evrópusamruninn og Ísland - Leiðarvísir um samrunaþróun Evrópu og stöðu Íslands í evrópsku samstarfi*. Reykjavík, 2003.

Fredrik Sejersted o.fl.: *EØS-rett*, 2. útgáfa. Oslo 2004.

*Fréttarit Evrópubandalaganna*, 1/1989

Hans Petter Graver: „The EFTA Court and the Court of Justice of the EC: Legal Homogeneity at Stake?“. *EEA-EU Relations*. Ritstj. Peter Christian Müller-Graff og Fredrik Selvig. Berlín 1999, bls. 31-67.

Hans Petter Graver: „Effects of EFTA Court Jurisprudence on Legal Orders of EFTA States“. *The EFTA-court: Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oxford og Portland 2005, bls. 79-104.

Heimasíða Alþingis, [www.althingi.is](http://www.althingi.is).

Heimasíða EFTA-dómstólsins, [www.eftacourt.int](http://www.eftacourt.int).

Heimasíða Evrópudómstólsins, [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Heimasíða Talsmanns neytenda, [www.talsmadur.is](http://www.talsmadur.is).

Jonas Christoffersen: *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009.

Joseph R. Wetzel: „Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion Between the Luxembourg and Strasbourg Courts“. *Fordham Law Review* 71. árgangur, 6. tbl. bls. 2823-2862.

Koen Lenaerts, Dirk Arts, Ignace Maelis og Robert Bray: *Procedural Law of the European Union*. London 2006.

M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA law. A Comparative Study of the Effectiveness of European law*. Groningen 2009

Martin Dixon: *Textbook on International Law*, 6. útgáfa. New-York 2007.

Margrét Einarsdóttir: „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. hefti 2011, bls. 5-33.

Margrét Einarsdóttir: „Forgangsáhrif réttilega innleiddra EES-reglna“. *Tímarit Lögréttu*. 1. tbl. 2010 bls. 25-36.

Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar, handrit til kennslu við lagadeild Háskóla Íslands*, 2. útgáfa, Reykjavík 2003.

Málþing Eftirlitsstofnunar EFTA, Háskólanum í Reykjavík, 6. júní 2012.

Marco Borraccetti: „Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order“, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. Ritstj. Giacomo Di Federico. Heidelberg, London, New York 2010, bls. 95-109.

Morten Broberg og Niels Fenger: *Preliminary references to the European Court of Justice*. New York 2010.

Niels Fenger: „Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA Law“. *Festskrift til Claus Gulman*. Oslo 2006, bls. 131-154.

Ola Zetterquist: „The Charter of Fundamental Rights and the European Res Publica“, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. Ritstj. Giacomo Di Federico. Heidelberg, London, New York 2010, bls. 3-14.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn - Samningsbrotamál og skaðabótaábyrgð“. *Tímarit lögfræðinga*. 4. hefti. 2007, bls. 371-411.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn - Samningsbrotamál og skaðabótaábyrgð“. *Úlfþjótur*. 4. tbl. 2011, bls. 635-660.

Paul Craig og Gráinne de Búrca: *EU Law, Text, Cases, and Materials*. 5. útgáfa. New York 2011.

„Ritað undir tímamótasáttmála“ Morgunblaðið, 14. desember 2007, bls. 15.

„Ræða Robert Schumann frá 9. maí 1950 “ : <http://web.fc.edu/faculty/mpyka/HIS105/23.%20The%20Resurgence%20of%20Europe/Schuman,%20Speech%209%20May%201950.pdf> (sótt 10. apríl 2012).

Serena Coppola: „Social Rights in the European Union: The Possible Added Value of a Binding Charter of Fundamental Rights“, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. Ritstj. Giacomo Di Federico. Heidelberg, London, New York 2010, bls. 199-216.

Sigurður Líndal: *Um lög og lögfræði I. Grundvöllur laga - réttarheimildir*. 3. útgáfa. Reykjavík 2007.

Skúli Magnússon: „Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins. Nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25. október 2001“. *Úlfþjótur* 2. tbl. 2002, bls. 191-215.

Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins? Hugleiðingar um „boðvald“ ráðgefandi álita“. *Afmælisrit. Björn P. Guðmundsson sjötugur*. Ritstj. Stefán Már Stefánsson. Reykjavík 2009, bls. 317-330.

Skúli Magnússon: „Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“. *Úlfþjótur* 1. tbl. 2009, bls. 5-19.

Skúli Magnússon: „On the Authority of Advisory Opinions“. *Europarättslig Tidskrift* 23 tbl. 2010, bls. 528-551.

Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000.

Stefán Már Stefánsson: „State Liability in Community Law and EEA Law“. *The EFTA-court: Ten Years On*. Ritstj. Carl Baudenbacher, Per Tresselt og Þorgeir Örlygsson. Oxford og Portland 2005, bls. 145-162.

Stjórnartíðindi.

*Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU*. Norska utanríkisráðuneytið, Oslo 2012.

Þorgeir Örlygsson: „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“, *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2004 bls. 375-416.

## DÓMASKRÁ

### Dómar Hæstaréttar:

*Hrd. 1990, bls. 2.*  
*Hrd. 1997, bls. 2192.*  
*Hrd. 1998, bls. 500.*  
*Hrd. 1998, bls. 2608.*  
*Hrd. 1999, bls. 4916 (236/1999).*  
*Hrd. 1999, bls. 4429 (169/1998).*  
*Hrd. 1999, bls. 894 (235/1998).*  
*Hrd. 2000, bls. 55 (497/1999).*  
*Hrd. 2001, bls. 1188 (354/2000).*  
*Hrd. 2001, bls. 2505 (17/2001).*  
*Hrd. 2001, bls. 3451 (129/2001).*  
*Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002).*  
*Hrd. 2003, bls. 4538 (461/2003).*  
*Hrd. 2004, bls. 3097 (276/2004).*  
*Hrd. 2005, bls. 2397 (212/2005).*  
*Hrd. 15. febrúar 2007 (120/2006).*  
*Hrd. 16. mars 2007 (92/2007).*  
*Hrd. 7. febrúar 2008 (195/2007).*  
*Hrd. 29. apríl 2008 (195/2008).*  
*Hrd. 23. mars 2010 (132/2010).*  
*Hrd. 15. maí 2010 (449/2009).*  
*Hrd. 16. júní 2010 (92/2010).*  
*Hrd. 16. júní 2010 (153/2010).*  
*Hrd. 9. desember 2010 (79/2010)*  
*Hrd. 7. febrúar 2011 (38/2011).*  
*Hrd. 18. febrúar 2011 (660/2010).*  
*Hrd. 13. maí 2011 (225/2011).*  
*Hrd. 9. júní 2011 (155/2011).*  
*Hrd. 21. nóvember 2011 (120/2011).*  
*Hrd. 16. desember 2011 (637/2011).*  
*Hrd. 8. mars 2012 (492/2011).*  
*Hrd. 12. mars 2012 (103/2012).*  
*Hrd. 24. maí 2012 (652/2011).*

### Dómar héraðsdóms:

*Hérd. Rvk. 25. mars 2011 (E-5216/2010).*  
*Hérd. Rvk. 8. nóvember 2011 (X-274/2010).*  
*Hérd. Rvk. 9. maí 2012 (E-10868/2009).*

### Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

*MDE, Handyside gegn Stóra-Bretlandi, 7. desember 1976 (5493/72).*  
*MDE, Coëme o.fl. gegn Belgíu, 22. júní 2000 (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96).*  
*MDE, Bosphorus gegn Írlandi, 30. júní 2005 (45036/98).*

*MDE, Ullens de Schooten og Rezabek gegn Belgíu, 20. september 2011 (3989/07 og 38353/07).*

*MDE, Erla Hlynsdóttir gegn Íslandi, 10. júlí 2012 (43380/10).*

*MDE, Björk Eiðsdóttir gegn Íslandi, 10. júní 2012 (46443/09).*

**Álit Evrópudómstólsins:**

*EBD, álit I/91, ECR 1991, bls. I-6079.*

*EBD, álit I/92, ECR 1992, bls. I-2821.*

*EBD, álit I/09, ECR 2011, óbirt.*

**Dómar Evrópudómstólsins:**

*EBD, mál 13/61 ECR 1962, bls. 45.*

*EBD, mál 26/62, ECR 1963, bls. 1.*

*EBD, mál 6/64, ECR 1964, bls. 585.*

*EBD, mál 34/73, ECR 1973, bls. 981.*

*EBD, mál 146/73, ECR 1974, bls. 139.*

*EBD, mál 106/77, ECR 1978, bls. 629.*

*EBD, mál 246/80 ECR 1982, bls. 3045.*

*EBD, mál 102/81, ECR 1982, bls. 1095.*

*EBD, mál 283/81, ECR 1982, bls. 3415.*

*EBD, mál 14/83, ECR, 1984, bls. 1891.*

*EBD, mál 338/85, ECR 1988, bls. 2041.*

*EBD, mál C-213/89, ECR 1990, bls. I-2443.*

*EBD, mál C-6/90 og C-9/90, ECR 1991, bls. 5357.*

*EBD, mál C-422/93 og 424/93, ECR 1995, bls. I-1567.*

*EBD, mál C-441/93, ECR 1996, bls. I-1347.*

*EBD, mál 54/96, ECR 1997, bls. I-4961.*

*EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-4799.*

*EBD, mál C-222/97, ECR 1999, bls. I-1661.*

*EBD, mál C-50/00, ECR 2002, bls. I-6677.*

*EBD, mál C-99/00, ECR 2002, bls. I-4839.*

*EBD, mál C-154/00, ECR 2002, bls. I-3879.*

*EBD, mál C-466/00, ECR 2003, bls. I-2219.*

*EBD, mál C-224/01, ECR 2003, bls. I-10239.*

*EBD, mál C-173/03, ECR 2006, bls. I-5177.*

*EBD, mál C-402/03, ECR 2006, bls. I-199.*

*EBD, mál C-147/04, ECR 2006, bls. I-245.*

*EBD, mál C-101/05, ECR 2007, bls. I-11531.*

*EBD, mál C-210/06, ECR 2008, bls. I-9641*

*EBD, mál C-14/08, ECR 2009, bls. I-5439.*

*EBD, mál C-115/08, ECR 2009, bls. I-10265.*

*EBD, mál C-409/06, ECR 2010, óbirt.*

*EBD, mál C-571/10, ECR 2012, óbirt.*

**Dómar Almenna dómstólsins(áður undirréttar):**

*EBD, T-115/94, ECR 1997, bls. II-39.*

**Dómar EFTA-dómstólsins:**

*EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15.*  
*EFTAD, mál E-1/97, EFTACR 1998, bls. 95.*  
*EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 127.*  
*EFTAD, mál E-8/97, EFTACR 1998, bls. 68.*  
*EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998 bls. 95.*  
*EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240.*  
*EFTAD, mál E-2/02, EFTACR, 2003, bls. 52.*  
*EFTAD, mál E-2/03, EFTACR 2003, bls. 143.*  
*EFTAD, mál E-10/04, EFTACR 2005, bls. 76.*  
*EFTAD, mál E-01/07, EFTACR 2007, bls. 246.*  
*EFTAD, mál E-5/06, EFTACR 2007, bls. 296.*  
*EFTAD, sameinuð mál E-9/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259.*  
*EFTAD, mál E-2/10, EFTACR 2009-2010, bls. 234.*  
*EFTAD, mál E-1/11, EFTACR 2011, bls. 484.*  
*EFTAD, mál E-18/11. Dómur liggur ekki fyrir.*

**Dómar Hæstaréttar Liechtenstein:**

*VBI 2000/12.*

**Dómar Hæstaréttar Noregs:**

*Rt. 2000, bls. 1811.*

*Rt. 2005 bls. 1365.*

**Dómar franska stjórnlagadómstólsins:**

*Conseil d'État, Section du contentieux, 26. júlí 1985, mál nr. 42.204.*

*Conseil d'État, Section du contentieux, 3éme et 8éme Sous-sections réunies, 11. desember 2006, mál nr. 234560.*

**Dómar pólska stjórnlagadómstólsins:**

*16. nóvember 2011, mál nr. SK 45/09.*

**Dómar þýska stjórnlagadómstólsins:**

*BVerfGE, 29. maí 1974, mál 37 271.*

*BVerfGE, 22. október 1986, mál 73 339.*

*BverfGE, 30. júní 2009, sameinuð mál 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 og 182/09.*