

# **Hversu bindandi eru ráðgefandi álit EFTA- dómstólsins?**

- BA ritgerð í lögfræði -

Rögnvaldur Árni Geirsson

**Lagadeild  
Félagsvísindasvið  
Umsjónarkennari: Bjarnveig Eiríksdóttir  
Apríl 2012**



## Efnisyfirlit

1. Inngangur .....	2
2. Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið og samningurinn um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, EFTA dómstóllinn .....	2
2.1 Um EES samninginn.....	2
2.2 Samningur EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls .....	3
2.3 EFTA dómstóllinn .....	3
3. Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins .....	4
3.1 Almenn umfjöllun.....	4
3.2 Munurinn á forúrskurðum Evrópudómstólsins og ráðgefandi álit EFTA dómstólsins.	5
3.3 Hverjir geta óskað eftir álit .....	6
3.4 Ákvörðun um að óska álits .....	7
3.5 Hvernig á að óska eftir ráðgefandi álit .....	9
4. Hversu lagalega bindandi eru ráðgefandi álit EFTA- dómstólsins ? .....	10
4.1 Gildandi réttarheimildir .....	10
4.2 Dómaframkvæmd .....	13
4.3 Skrif fræðimanna .....	17
5. Niðurstöður og lokaorð .....	21
Heimildaskrá .....	23

## 1. Inngangur

Samningurinn um Evrópska efnahagsbandalagið (hér eftir EES) hefur haft gríðarleg áhrif á íslenskt lagaumhverfi og réttarkerfi. Ein af þeim nýjungum sem var innleidd í íslenskan rétt með samningnum var heimild íslenskra dómstóla til að leita eftir ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins um túlkun á EES reglum. Í þessari ritgerð verður fjallað um hversu bindandi slík álit eru samkvæmt EES- rétti, það er hvort íslenskum dómstólum sé skylt að fara eftir ráðgefandi álitum dómstólsins og því hægt að segja að ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins séu lagalega bindandi fyrir íslenska dómstóla. Umfjöllunin takmarkast að mestu við íslenska dómstóla, ekki verður farið yfir dómaframkvæmd í hinum EFTA-ríkjunum (sem eiga aðild að EES) Noregi og Lichtenstein, en sömu sjónarmið eiga við um réttarframkvæmdina í þeim löndum.

Í kafla 2 verður fjallað stuttlega um EES-samninginn og samning EFTA ríkjanna um að koma á fót Eftirlitsstofnun og dómstól (hér eftir ESE), og einnig verður fjallað um EFTA-dómstóllinn. Í kafla 3 verður almenn umfjöllun um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins. Í kafla 4 er síðan leitað svara við þeirri spurningu hvort að ráðgefandi álit séu lagalega bindandi fyrir íslenska dómstóla, horft verður til réttarheimilda, dómaframkvæmdar og skrifa fræðimanna. Kafli 5 hefur síðan að geyma niðurstöður ritgerðarinnar og lokaorð.

## 2. Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið og samningurinn um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, EFTA dómstóllinn

### 2.1 Um EES samninginn

EES samningurinn var undirritaður af utanríkisráðherra Íslands í Óportó 2. maí 1992. Á sama tíma undirrituðu utanríkisráðherrar þáverandi EFTA ríkjanna samninginn. Af hálfu Íslands var samningurinn þó undirritaður með fyrirvara um samþykki Alþingis. Næsta skref var að fullgilda samninginn og veita honum lagagildi, því að samkvæmt íslenskum stjórnskipunarreglum fá alþjóðasamningar ekki lagagildi á Íslandi nema þeir séu jafnframt lögfestir af Alþingi. Lögfesting slíkra samninga gerir það að verkum að íslenskir ríkisborgarar geta byggt rétt sinn á þeim.<sup>1</sup> Óhætt er að segja að nokkrar deilur hafi myndast á íslenska þinginu vegna EES samningsins, einkum vegna álitamála um valdaframsal og stjórnarskrá. Svo fór þó að lokum að samningurinn fékk lagagildi með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

---

<sup>1</sup> Gunnar G. Schram, *EES meginatriði og skýringar* (1992) bls. 113-114.

## 2.2 Samningur EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls

Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 1. gr. EES laganna var samningur EFTA-ríkjanna um eftirlitsstofnun og dómstól ( ESE) sem var undirritaður 2. maí í Ópórtó, fullgiltur. Í þeim samningi er fjallað um Eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstóllinn. Þá er einnig mælt fyrir um eftirlitsstofnunina í 1. mgr. 108. gr. 109. gr. og 110. gr. EES samningsins. Samkvæmt beinum fyrirmælum 1. mgr. 108. gr. EES hafa EFTA-ríkin komið á fót sérstakri eftirlitsstofnun Eftirlitsstofnun EFTA. Stofnunin hefur í aðalatriðum það hlutverk að tryggja efndir á skuldbindingum skv. EES samningnum, sbr. 1. mgr. 108. gr. og 1. mgr. 109. gr. <sup>2</sup>

## 2.3 EFTA dómstóllinn

Í 2. mgr. 108. gr. EES samningsins er síðan mælt fyrir um að EFTA ríkin skuli koma á fót sérstökum EFTA dómstól. Í samræmi við þetta var dómstólnum komið á fót með ESE samningnum. Í 2. mgr. 108. gr. EES og ákvæðum 31.-38. og 2. mgr. 46. gr. ESE samningnum er síðan fjallað um hvert valdsvið dómstólsins er. Það sem hvað mestu máli skiptir fyrir þessa umfjöllun 34. gr. ESE en þar kemur fram að dómstóllinn hafi jafnframt lögsögu til að gefa ráðgefandi álit á túlkun EES samningsins.

Áður en að vikið er að umfjöllun um ráðgefandi álit dómstólsins verður að nefna nokkur atriði varðandi dómstóllinn.

Hlutverk EFTA-dómstólsins er í raun það að halda uppi lögum EES-samningsins á yfirráðasvæði EFTA-ríkjanna. Lögsaga EFTA-dómstólsins er þannig bundin við athafnir EFTA-ríkjanna og lögskipti innan þeirra.<sup>3</sup>

Dóminn skipa þrjú dómara sbr. 28. gr. ESE. Samkvæmt 30. gr. ESE á hvert EFTA-ríki að velja einn dómara hvert. Í ákvæðinu er síðan tekið fram að „eingöngu megi skipa þá dómara sem óvæfengjanlega séu öðrum óháðir og uppfylli skilyrði til að skipa æðstu dómaraembætti í heimalöndum sínum eða hafi getið sér sérstakan orðstír sem lögfræðingar“. Dómararnir eru skipaðir til sex ára í senn með einróma samþykki EFTA-ríkjanna sbr. 30. gr. ESE. Skv. 29. gr. eru úrskurðir dómsins aðeins gildir ef allir dómararnir taka þátt í umfjöllun. Starfsreglur dómstólsins mæla fyrir um málsmeðferð fyrir EFTA dómstólnum og eru að mestu byggðar á reglum dómstóls Evrópusambandsins (ESB).

Í rauninni má segja að hlutverk EFTA-dómstólsins sé í aðalatriðum sambærilegt við dómstól ESB þó með nokkrum undantekningum sem verður vikið að hér á eftir.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES- réttur og landsréttur* (2006), bls.45

<sup>3</sup> Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Löggjöf Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins-*, (2007) bls.159.

<sup>4</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES og landsréttur* (2006), bls. 49

### 3. Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins

#### 3.1 Almenn umfjöllun

Eins og áður hefur komið fram veitir 34. gr. ESE EFTA-dómstólnum valdheimild til að gefa dómstólum EFTA-ríkjanna sem eru aðilar EES ráðgefandi álit á túlkun EES réttar. Sá samningur hefur verið fullgildur fyrir Íslands hönd. Þrátt fyrir það var ákveðið að fara þá leið að lögfesta þessa heimild og var það gert með lögum nr. 21/1994.

34. gr. ESE er byggð á fyrirmyndinni í 234. gr. ESB. Þar er Evrópu-dómstólum fengið vald til að kveða upp svokallaða forúrskurði (e. primary rulings) varðandi túlkun samningsins og ákvæða ESB réttar sem af honum leiða. Með 234. gr. ESB er ætlað að tryggja samræmda skýringu og beitingu ESB réttarins í aðildarríkjum bandalagsins. Það er talið að mismunandi skýring og beiting reglnanna í einstökum aðildarríkjum myndi vinna gegn því markmiði að samræma löggjöf ríkjanna á ákveðnum sviðum sem stefnt er að með samstarfinu innan sambandsins, einkum í bandalagsrétti. Því hefur verið sagt að framkvæmd 234. gr. feli í sér nokkurs konar samvinnu milli dómstóls ESB og dómstóla aðildarríkja sem miðar að því að markmið ESB samningsins náist. Ákvæði 34. gr. ESE vinnur að sama markmiði og fyrirmyndin í 234. gr. ESB. Ákvæðinu er ætlað að vinna að því að samræma beitingu og skýringu EES réttar í EFTA ríkjum og í raun á öllu EES svæðinu. Þetta er í raun eitt af aðalmarkmiðum EES samningsins.<sup>5</sup>

Ekki er þó mælt fyrir um tilvísanir dómstóla aðildarríkja EES til EFTA-dómstólsins í EES-samningnum sjálfum. Samkvæmt 107. gr. EES, sbr. 1. gr. bókunar 34 við EES-samninginn geta EFTA-ríkin heimilað dómstólum sínum að leita eftir forúrskurði Evrópu dómstólsins ef vafi kemur upp um skýringu á þeim reglum EES-samningsins sem eiga sér samsvörun í ESB-rétti. Hins vegar hefur ekkert EFTA-ríkjanna þriggja nýtt sér þessa heimild.

Þótt EES-samningurinn kveði ekki á um beina skyldu EFTA-ríkjanna til að koma á fót sams konar „tilvísanakerfi“ og 234. gr. ESB gerir þá má telja að án einhvers slíks kerfis yrði verulegur munur á framkvæmd bandalagsreglna og EES-reglna með þeim afleiðingum að réttarvernd einkaaðila í EFTA-ríkjum væri allt önnur og lakari en í bandalagsríkjum.<sup>6</sup>

Ákvæði 34. gr. ESE er ekki takmarkað við meginmál samningsins sbr. einnig 119. gr. EES. Það þýðir að hægt er að óska eftir ráðgefandi áliti á túlkun bókana og viðauka auk

---

<sup>5</sup> Sama heimild bls. 337-339.

<sup>6</sup> Skúli Magnússon: *Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar*, bls. 12-13.

afleiddar löggjafar sem þar er vísað til. Þá tekur heimildin jafnt til stjórnvaldsfyrirmæla sem og settra laga svo lengi sem að slíkar réttarreglur hafa að geyma innleiðingu EES-réttar.<sup>7</sup>

Nokkrar takmarkanir eru á lögsögu EFTA dómstólsins en tvær þeirra eru einkum mikilvægar fyrir það álitaefni sem hér er til umfjöllunar. Sú fyrsta er að EFTA-dómstóllinn dæmir ekki um sönnunaratriði máls sem rekið er fyrir dómstól aðildaríkis. Þetta hefur komið skýrt fram í dómum EFTA-dómstólsins.<sup>8</sup>

Önnur mikilvæg takmörkun er sú að EFTA dómstóllinn verður ekki spurður um skýringu landsréttar. Hér skal aðallega vísað í dóminn í Restamark-málinu.<sup>9</sup> Málið varðaði það hvort lögbundið einkaleyfi finnsku áfengisverslunarinnar bryti gegn tilteknum ákvæðum EES-samningsins. Í 78. lið dómsins segir að það sé alfarið hlutverk finnskra dómstóla að skýra og beita ákvæðum landsréttar. Í 20. lið dóms EFTA dómstólsins í Langeland málinu segir að þegar um sé að ræða ráðgefandi álit sé það aðeins hlutverk EFTA-dómstólsins að skýra EES-rétt. Það sé ekki hlutverk hans að skýra ákvæði landsréttar eða leggja mat á það hvort og að hvaða marki EES- reglur hafi verið felldar í landsrétt.<sup>10</sup>

### **3.2 Munurinn á forúrskurðum Evrópudómstólsins og ráðgefandi áliti EFTA dómstólsins.**

Þó að 34. gr. ESE og 234. gr. ESB séu í raun keimlík ákvæði og vinni að sama markið eru þessi ákvæði frábrugðin hvort öðru í nokkrum mikilvægum atriðum.

Það sem skiptir mestu máli hér er tvennt Annars vegar mælir 34. gr. ESE fyrir um heimild til að leita ráðgefandi álits en ákvæðið mælir ekki fyrir um að skylda geti hvílt á dómstólum til að leita álits. Þetta hefur verið skilið svo að dómstólar EFTA ríkjanna eigi val um hvort þeir leiti ráðgefandi álits eða ekki.<sup>11</sup> Hins vegar hafa komið fram þau sjónarmið að ef dómstóll EFTA-ríkis óskar ekki eftir ráðgefandi áliti og dómstóllinn túlkar síðan EES löggjöf rangt sé í raun um að ræða brot á EES samningnum. Það gæti síðan haft afleiðingar fyrir það ríki sem dómstóllinn starfar.<sup>12</sup> Skúli Magnússon hefur haldið þeirri skoðun á lofti að það samrýmist

---

<sup>7</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES og landsréttur* (2006), bls. 342.

<sup>8</sup> Sjá 46. lið í máli EFTA dómstólsins, E-2/95, Eidesund.REC 1995-1996,1. Sjá einnig H2004:3097 en í þeim dómi hafnaði Hæstiréttur að leita eftir ráðgefandi álit, í dómnum segir m.a. „Sönnunarfræsla um staðreyndir máls, skýring innlands réttar og beiting gerða sem getið er í viðaukum við EES-samninginn að íslenskum lögum fer fram fyrir íslenskum dómstólum.“

<sup>9</sup> Mál E- 1/94, Restamark. REC 1994-1995,15.

<sup>10</sup> Mál E- 3/95, Langeland. REC 1995-1996, 36.

<sup>11</sup> Sjá hér Davíð Þór Björgvinsson: *EES og landsréttur* (2006), bls.339 og Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (2000), bls.1033.

<sup>12</sup> Hér er verið að vitna til fyrirlestrar sem Margrét Einarsdóttir hélt á málundi lagadeildar þann 9. mars 2012 „The Preliminary Reference Procedure and Access to Justice in the European Economic Area“.

ekki hollustuskyldu dómstóla EFTA-ríkjanna að dómstólar hafi frjálst mat um það hvort þeir afli ráðgefandi álits eða ekki.<sup>13</sup>

Í 3. mgr. 234. gr. ESB segir aftur á móti að í vissum tilfellum geti dómstóll aðildaríkis verið skylt að óska eftir álit. Þetta á við þegar um er að ræða dómstól sem kveður upp dóma sem ekki er hægt að skjóta til æðra dómstóls.

Hins vegar er munurinn á ráðgefandi álitum og forúrskurðum fólgin í því að álit sem EFTA dómstóllinn gefur skv. 34. gr. ESE aðeins ráðgefandi (að minnsta kosti að forminu til) fyrir dómstól EFTA-ríkis en forúrskurðir Evrópu dómstólsins eru bindandi, hvort sem álit er fengið á grundvelli 2. mgr. eða 3. mgr. 234. gr. ESB.

Um það hvort dómstólar EFTA-ríkjanna hafi val um hvort þeir fari eftir ráðgefandi álit verður fjallað um í kafla 4.

### 3.3 Hverjir geta óskað eftir álit

Samkvæmt 2. mgr. 34. gr. ESE er gert ráð fyrir því að álitaefnið sem beðið er ráðgefandi álits um komi upp undir rekstri dómsmáls sem rekið er fyrir dómstól EFTA-ríkis. Beiðni um ráðgefandi álit verður að tengjast rekstri dómsmáls fyrir viðkomandi dómstól. Ef ekki er um réttarágreiðing fyrir dómstóli að ræða er ekki hægt að biðja EFTA dómstóllinn um ráðgefandi álit.<sup>14</sup> Þessu fylgir að aðeins dómstóll eða réttur (önnur stofnun með dómssvald) EFTA-ríkis sem jafnframt er aðili að EES-samstarfinu getur beðið um ráðgefandi álit. Þessar upplýsingar eru þó ekki nægjanlegar einar og sér því það verður að athuga nánar hvaða stofnanir teljast dómstólar eða réttur skv. 2. mgr. 34. gr. ESE. Í lögum nr. 21/1994 er tekið fram að héraðsdómur, Hæstiréttur og Félagsdómur geti beðið um ráðgefandi álit EFTA dómstólsins.

Þetta hefur þó ekki úrslita þýðingu um það hvaða íslensku stofnanir verða skilgreindar sem dómstóll skv. 2. mgr. 34. gr. því það mat ræðst af EES réttinum sjálfum og að lokum er það í höndum EFTA-dómstólsins að afmarka inntak dómstólahugtaksins. Skiptir þá ekki höfuðmáli hvað lög einstakra EFTA-ríkja hafa um það mál að segja. Eðlilegt þykir að líta til dómaframkvæmdar Evrópu-dómstólsins þegar reynt er að svara þeirri spurningu hvernig EFTA-dómstóllinn kunnir að líta á þetta álitaefni. Í riti sínu EES-réttur og landsréttur nefnir Davíð Þór Björgvinsson<sup>15</sup> eftirfarandi meginatriði sem komið hafa fram í dómaframkvæmd Evrópu-dómstólsins og benda til þess að stofnun teljist dómstóll í skilningi 234. gr. ESB.

---

<sup>13</sup> Skúli Magnússon: Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar, *Úlfjótur* 1.tbl. 2009, bls. 15.

<sup>14</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES- réttur og landsréttur* (2006), bls. 353.

<sup>15</sup> Sama heimild bls. 356-357.



„1) Að um sé að ræða varanlega stofnun sem mælt er fyrir um í lögum 2) að hún hafi vald til að leysa úr ágreiningsefnum 3) að lögsaga stofnunarinnar verði að vera lögbundin ekki valkvæð 4) að málsmeðferð fylgi í meginatriðum málsmeðferð fyrir dómstólum og 5) að úrlausn sem stofnunin veitir sé bindandi fyrir aðila og sé fullnustuhæf.“

Heimildin til að óska ráðgefandi álits er því samkvæmt því sem hér hefur komið fram bundin við stofnanir sem að fullnægja áðurgreindum skilyrðum. Samkvæmt þessu fullnægja hinir almennu íslensku dómstólar skilyrðunum. Sama á við um Landsdóm og Félagsdóm. Hvort aðrar stofnanir fullnægi þessum skilyrðum er meira vafamál og verður ekki tekið á því álitaefni hér.

### 3.4 Ákvörðun um að óska álits

Það er aðeins dómari sjálfur sem getur ákveðið hvort leita eigi álits EFTA-dómstólsins, sbr. 2. mgr. 34. gr. Aðilar máls geta ekki beðið um álit upp á eigin spýtur, hins vegar vill það ofast nær þannig til að annar hvor aðili máls á frumkvæði að því að álits sé leitað. Það er svo á valdi dómsins að ákveða hvort tilefni sé til þess að leita ráðgefandi álits.<sup>16</sup>

Samkvæmt íslenskum rétti skal ákvörðun héraðsdómara um að leita ráðgefandi álits vera í formi úrskurðar sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994 en hægt er kæra slíkan úrskurð til Hæstaréttar sbr. 3. mgr. 1. gr. sömu laga. Það fyrirkomulag að hægt sé að kæra ákvörðun um að óska ráðgefandi álits til æðra dómstóls hefur verið gagnrýnt. Hefur þeim sjónarmiðum verið haldið á lofti að veigamikil rök standi til þess að sú regla gildi að EES-rétti, að EFTA ríkjunum sé óheimilt að leifa málskot ákvarðana dómstóla um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.

Eru þessi sjónarmið byggð á dómEvrópudómstólsins í máli nr. C 210/06 (Cartesio)<sup>17</sup>

Í 3. mgr. 1. gr. segir einnig að Hæstiréttur geti jafnan kveðið upp úrskurð eins og lýst er í 1. og 2. mgr. 1. gr. í máli sem fyrir honum er rekið. Heimild fyrir Félagsdóm til að óska eftir áliti er síðan í 2. gr. laganna. Hér skal áréttað að fleiri stofnanir en eru nefndar í lögum nr. 21/1994, kynnu að hafa heimild til þess að óska eftir áliti en á það hefur ekki verið reynt í framkvæmd. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. getur annar hvor aðili máls krafist þess að ráðgefandi álit sé fengið, en einnig er gert ráð fyrir því að dómari geti upp á eigið einsdæmi ákveðið að óska eftir ráðgefandi áliti, jafnvel þótt báðir aðilar séu því mótfallnir. Samkvæmt sama ákvæði á dómari að gefa báðum aðilum kost á að tjá sig áður en úrskurðurinn er kveðinn upp.

Úrskurður um að leita álits frestar frekari meðferð málsins þar til álitid liggur fyrir

<sup>16</sup> Sama heimild bls. 366

<sup>17</sup> Skúli Magnússon: *Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar*, bls. 5-19 (sjá bls. 18-19)

Eins og áður segir er það viðkomandi dómstóll EFTA-ríkis sem ákveður hvort það sé nauðsynlegt fyrir úrlausn máls að álits skuli leitað. Fyrsta sem þarf að kanna þegar sú ákvörðun er tekin er hvort að reyni á EES-reglur í málinu. Þótt það myndi oftast bera þannig fyrir að annar hvor aðilinn eða báðir beri fyrir sig EES-reglu, þá á dómari að gæta að því að sjálfsdáðum hvort reyni á slíkar reglur í málinu þótt hvorugur aðili beri slíka reglu fyrir sig. Ef niðurstaðan er sú að málið sé í slíkum tengslum við EES-reglur eða kunni að hafa þau metur dómari hvort hann treysti sér til þess að leysa úr málinu á eigin spýtur eða hvort hann þurfi að fá álit EFTA-dómsins.<sup>18</sup>

Við mat á því virðist sem dómari hafi nokkuð frjálssar hendur að minnsta kosti að forminu til þar sem að bæði 34. gr. ESE og lög nr. 21/1994 mæla fyrir um heimild en ekki skyldu. Í athugasemdum við 1. gr. frumvarps laga nr. 21/1994 segir meðal annars að héraðsdómara sé heimilt að óska álits ef upp kemur vafi um skýringu á samningi um EES. Hins vegar er það einnig tekið fram að um heimild en ekki skyldu sé að ræða.<sup>19</sup> Þrátt fyrir þetta hefur þeirri skoðun verið haldið uppi að ef dómstóll EFTA-ríkis óski ekki eftir ráðgefandi áliti og komist síðan að rangri niðurstöðu um EES-reglu þá gæti viðkomandi EFTA ríki talist brotlegt gegn EES-samningnum.<sup>21</sup>

Þá hefur einnig verið talið að af 34. gr. ESE og EES-samningsins í heild verði dregin sú ályktun að dómari EFTA-ríkis skuli ekki óska eftir ráðgefandi áliti um skýringu EES reglna nema fyrir hendi sé réttlætanager vafi um túlkun reglnanna með hliðsjón af fyrirbyggjandi sakarefni.<sup>22</sup>

Nokkrir dómur Hæstaréttar veita góða leiðbeiningu við það hvaða skilyrði íslenskir dómstólar telja að þurfi að uppfylla til þess að leitað verði ráðgefandi álits. Sá dómur sem er talinn hafa að geyma hvað ítarlegustu leiðbeiningar í þessu efni er dómur Hæstaréttar frá 2005 bls. 2397 (HOB vín ehf.) Í því máli var deilt um tilteknar reglur sem að ÁTVR setti birgjum sínum. Fyrir héraðsdómi krafðist stefnandi þess að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins varðandi nokkur atriði. Héraðsómur féllst á þessa kröfu og var sá úrskurður staðfestur í Hæstarétti með vísan til forsendna hans. Davíð Þór Björgvinsson<sup>23</sup> telur að í forsendum héraðsdómara (Skúla Magnússonar) sé á greinargóðan hátt dregin saman þau skilyrði sem talið er að verði að uppfylla til þess að tilefni sé til að óska eftir ráðgefandi áliti. Nefnir hann þrjú skilyrði skv. dómnum: „1) Að nægilega liggi fyrir að skýring ákvæða EES-

---

<sup>18</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 368.

<sup>19</sup> Alþt. A 1993 (þskj 104), bls. 757

<sup>21</sup> Hér er aftur vitnað til fyrirlesturs Margrétar Einarsdóttur á málþingi lagadeildar í mars 2012.

<sup>22</sup> Sjá H 2005 bls. 2397

<sup>23</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES réttur og landsréttur* (2006), bls. 362-363.

samningsins hafi raunverulega þýðingu fyrir úrslit málsins. 2) Að staðreyndir málsins liggi nægilega skýrt fyrir til þess að það komi til greina að leita álit. 3) Þá er 34. gr. ESE skýrð þannig að fyrir hendi þurfi að vera réttlætanager vafi um túlkun þeirra EES reglna sem geta átt við með hliðsjón af sakarefninu. Í þessu skilyrði felst að ekki beri að leita ráðgefandi álit ef skýr viðmið, meðal annars fordæmi, liggi fyrir um það hvernig beri að skýra ákvæðin.

### 3.5 Hvernig á að óska eftir ráðgefandi álit

Eins og áður hefur komið fram dæmir EFTA-dómstóllinn ekki um sönnunatriði máls sem rekið er fyrir dómstól aðildarríkis né um skýringu og beitingu landsréttar. Afleiðingin af þessu er sú það getur skipt máli hvernig spurningin sem lögð er fyrir EFTA dómstóllinn er orðuð. Dómstóllinn verður ekki spurður beint af því hvort að tiltekið lagaákvæði landsréttar teljist andstætt EES-samningnum, einstökum ákvæðum eða afleiddri löggjöf.<sup>24</sup> Skýring lagaákvæðis landsréttar sem og lýsing á málsatvikum er á ábyrgð þess dómstóls sem sendir beiðnina. Það er svo í verkahring EFTA- dómstólsins að komast að því hvernig túlkun EES-reglunnar horfir við atvikum, þ.e hvort hið lagalega fyrirkomulag sé í samræmi við EES samninginn. Sem dæmi má nefna fyrstu spurninguna sem lögð var fyrir EFTA dómstóllinn í máli Harðar Einarssonar<sup>25</sup>:

1. Er það samrýmanlegt EES-rétti, sérstaklega 14. grein og 10. grein EES-samningsins, eða eftir atvikum 4. gr. að samkvæmt íslenskum lögum um virðisaukaskatt sé lagður hærri virðisauka skattur á bækur á erlendum tungumálum (24,5%) heldur en á bækur á íslensku (14%) , og svo háttar til að bækur á íslensku eru almennt gefnar út á Íslandi, en bækur á öðrum tungumálum eru almennt gefnar út utan Íslands, þar á meðal í öðrum EES-ríkjum?

Hér er efnisreglum lagaákvæðanna lýst auk þess sú staðreynd að bækur á íslensku séu almennt gefnar út á Íslandi en bækur á öðrum tungumálum almennt gefnar út erlendis. Ekki hefði stöðað að spyrja hvort að þau lagaákvæði sem hafa efnisregluna að geyma væru samrýmanleg EES-rétti. Hins vegar getur sú staða komið upp að skilin milli þess að skýra landsrétt annars vegar og EES-rétt hins vegar eru ekki alltaf glögg, sjá hér H 2000 bls. 55 (Lánasýsla ríkisins gegn Fjárfestingarbanka atvinnulífsins) en þar felldi Hæstiréttur út tvær spurningar af þremur sem að héraðsdómur vildi að yrði lagðar fyrir EFTA dómstóllinn, vegna þess að hann taldi spurningarnar falla fyrir utan valdsvið dómstólsins.

Það sem kemur fram hér að framan sýnir að töluverð takmörkun er á valdsviði EFTA-dómstólsins þegar hann lætur frá sér ráðgefandi álit.

---

<sup>24</sup> Sama heimild, bls. 346

<sup>25</sup> Mál E-1/01, Hörður Einarsson. REC 2002,1.

Þá ber að lokum að nefna það að skv. lögum nr. 21/1994 á spurningin sem lögð er fyrir EFTA dómstóllinn að vera í formi úrskurðar. Spurningin er því sett fram í sjálfum úrskurði dómstólsins.

#### **4.Hversu lagalega bindandi eru ráðgefandi álit EFTA- dómstólsins ?**

Nú þegar ráðgefandi álit EFTA dómstólsins hefur verið lýst í meginatriðum þá er næst að kanna hvort og að hvaða marki ráðgefandi álit dómstólsins séu lagalega bindandi. Með öðrum orðum; er dómurum EFTA ríkis skylt að fara eftir ráðgefandi álit og getur það varðað einhverjum viðurlögum ef að það er ekki gert? Hér skal þó athugað að umfjöllunin takmarkast eins og áður var tekið fram að mestu við það hvernig álitafnið horfir við íslenskum rétti, þó að sömu lögmál eigi við um önnur EFTA-ríki.

##### **4.1 Gildandi réttarheimildir**

Fyrsta skrefið við að svara spurningunni um hversu lagalega bindandi ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins eru, er að athuga hvað skráð lagaákvæði og önnur skráð fyrirmæli EES-réttar segja um þetta álitafni. Í 34. gr. ESE samningsins segir m.a:

„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 álitur það nauðsynlegt til að geta kveðið upp dóm, farið fram á að EFTA- dómstóllinn gefi slíkt álit.“

Ef að þessi grein er túlkuð skv. orðanna hljóðan myndi niðurstaðan verða sú að aðeins sé um heimild en ekki skyldu að ræða, um það hvort að dómstóll EFTA –ríkis óski yfir höfuð eftir slíku álit. Um það hversu bindandi slík álit séu verður ekki dregin nein ályktun nema af heitinu „ráðgefandi álit“ (e. advisory opinions) en með þessu heiti er það gefið í skyn að þessar úrlausnir séu ekki bindandi. Óþarfi er að fara of djúpt í rannsóknir á orðinu „ráðgefandi“, en hinn almenni skilningur væri sá að hér sé verið að gefa ráð sem væri svo valkvæmt hvort að farið væri eftir. Annað mál er hvort að orðið „álit“ (e. opinion) gefi til kynna að um eitthvað sé um að ræða sem sé bindandi. Það fer líklegast eftir frá hverjum álitni kemur og undir hvaða lagalegum kringumstæðum það er gefið. Þar sem álitnið í þessu tilfelli er ráðgefandi allaveganna að heitinu til, er ekki þörf á að kryfja merkingu þess orðs frekar. Merkingarfræðileg athugun á hugtakinu „ráðgefandi álit“ myndi þar að auki breyta litlu fyrir niðurstöðuna þar sem að í framkvæmd hefur verið lögð önnur merking í hugtakið en almennt er gert.

Þar sem 34. gr. ESE segir í raun lítið um hversu bindandi álit EFTA-dómstólsins er verður að horfa til annarra réttarheimilda. Í lögum nr. 21/1994 er í 1. gr. laganna aðeins talað um að

dómari getið beðið um ráðgefandi álit þegar taka þarf afstöðu til EES-reglna. Í frumvarpi því sem fylgdi lögnum segir síðan orðrétt:

Álitið á aðeins að vera ráðgefandi eins og segir í 1. mgr. 1. gr. og bindur það því ekki héraðsdómara við úrlausn máls þótt vissulega verði að telja að eftir því yrði að öðru jöfnu farið að því leyti sem úrlausnin veltur á álitaefninu.<sup>26</sup>

Hér kemur það skýrt fram að álitið sé ráðgefandi og ekki bindandi fyrir héraðsdómara. Hins vegar er talið að eftir ráðgefandi áliti yrði að öðru jöfnu farið að því leyti sem úrlausnin veltur á álitaefninu. Erfitt er að festa hendur á hvaða rök standi á bak við þessari fullyrðingu. Ekki verður séð að neitt í lögum nr. 21/1994 né lögskýringargögnum styðja þessa fullyrðingu um að álitinum verði fylgt, en líklegt er að hún byggist á markmiðum og meginreglum EES-samningsins. Í raun má segja að í þessum orðum sem koma fram í frumvarpinu endurspeglar að vissu leyti togstreitan milli þess að tryggja einsleitnis markmið EES-samningsins og því að ekki sé verið að framselja dómsvald skv. 2. gr. stjkskr. nr. 33/1944 til erlendrar stofnunar. En hvað sem því líður er ljóst að ekki er fundið svar við spurningunni og líta verður til annarra réttarheimilda.

Það er ljóst að spurningunni er ekki svarað með beinum hætti af þeim réttarheimildum sem að skipta máli. Hér verður því að horfa til samspils réttarreglna á sviði EES-réttar og einnig að líta til þeirra meginreglna sem EES-samningurinn hefur að geyma.

Samkvæmt 2. mgr. 108. gr. EES-samningsins og 31., 32. og 36. - 39. gr. ESE-samningsins fer dómstóllinn með eiginlegt dómsvald í málum vegna ætlaðra brota á EES-samningnum. Þá hefur það verið ályktað af dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins að dómstóllinn fylgi fyrri úrlausnum sínum, nema sérstakar aðstæður leiði til annars. Virðist þá ekki skipta máli hvort um ráðgefandi álit sé um að ræða eða eiginlegan dóm.<sup>27</sup> Að þessu verður betur vikið hér á eftir. Ef dómstóll EFTA-ríkis myndi fara gegn áliti dómstólsins, eru líkur á því að viðkomandi ríki hefði gerst brotlegt gegn EES-samningnum. Ekki væri hægt að hnekkja slíkum úrskurði, þar sem að ekkert í regluverki EES mælir fyrir um slík viðurlög. Hins vegar gæti Eftirlitsstofnun EFTA komið hér til skjalanna og hugsanlegt er að stofnunin myndi ljúka sinni málsmeðferð með því að höfða sammingsbrotamál fyrir EFTA-dómstólnum gegn hlutaðeigandi ríki, sbr. 31. gr. ESE. Þá hefur verið talið að sá möguleiki sé fyrir hendi (a.m.k. fræðilega) að annað EFTA-ríki höfði mál gegn hinu ætlaða brotlega ríki, sbr. 32. gr. ESE.<sup>28</sup>

Samkvæmt þessum ákvæðum ESE samningsins og 2. mgr. 108. gr. EES má telja að miklar líkur sé á að ákvörðun um að fylgja ekki ráðgefandi áliti myndi hafa í för með sér

<sup>26</sup> Alþt A 1993 (þskj 104), bls. 757

<sup>27</sup> Skúli Magnússon: *Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins*, bls. 323.

<sup>28</sup> Sama heimild, bls. 323-324.

viðurlög. Sé horft til meginreglna og markmiða EES- samningsins, ber fyrst að líta til meginmarkmiðs samningsins um einsleitni sbr. m.a. 4. og 15. mgr. aðfaraorða EES- samningsins, en hlutverk EFTA-dómstólsins og ráðgefandi álita hans eru mikilvæg í þessu sambandi. EFTA-dómstóllinn er sú stofnun (ásamt Evrópu dómstólum) sem fer með endanlegt úrskurðarvald um efnislegt inntak EES réttar. Ráðgefandi álit veita dómstólum EFTA-ríkjanna beinan aðgang að þessari stofnun og með því, gegna þau mikilvægu hlutverki í því að tryggja samræmda beitingu EES-reglna á efnahagssvæðinu.<sup>29</sup> Því má segja að sé litið til einsleitnis markmiðs EES og hlutverks ráðgefandi álita í því samhengi, bendi það fremur til þess að álitin séu bindandi.

Enn fremur má benda á að grunnregla 3. gr. EES-samningsins mælir fyrir um að aðildarríkin geri allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja það að staðið verði við þær skuldbindingar sem leiða af EES samningnum en varast skuli ráðstafanir sem geta teft því í tvísýnu að markmiðum samningsins skuli náð. Þessi regla hefur verið kölluð *hollustu- eða samheldnisregla EES*, og tekur hún til dómstóla ríkjanna og athafna þeirra. Þar sem að samræmd beiting samningsins er eitt af óumdeildum meginmarkmiðum hans væri það brot á hollustuskyldu 3. greinar EES-samningsins að farið væri gegn ráðgefandi álit af dómstól EFTA-ríkis. Það myndi þýða að inntak EES-reglna væri mismunandi eftir aðildarríkjum og það myndi augljóslega fara gegn markmiðinum um einsleitni og samheldni.<sup>30</sup>

Samkvæmt því sem komið hefur fram þá má halda því fram að þau lagarök sem að mæla fyrir um að ráðgefandi álit séu lagalega bindandi fyrir dómstóla EFTA-ríkja, séu farin að vega fremur þungt.

Að lokum verður að víkja stutt að 2. gr. stjórnarskrá Íslands nr. 33/1944 en þar segir að dómendur fari með dómsvaldið. Þegar EES samningurinn hafði verið undirritaður og undirbúningur að fullgildingu hans stóð yfir urðu allharðar deilur um það hvort hann væri samrýmanlegur stjórnarskrá Íslands, þá aðallega 1., 2. og 21. gr. stjórnarskrárinnar. Óhætt er að fullyrða að margir hafi haldið því sjónarmiði á lofti (og gera jafnvel enn) að með fullgildingu og lögfestingu samningsins væri m.a. verið að framselja dómsvald það sem mælt er fyrir um í 2. gr. stjkskr. til erlenda stofnana þ.á.m. EFTA-dómstólsins.<sup>31</sup> Deilur alþingismanna og umræður á almennum vettvangi um EES-samninginn og stjórnarskránnu

---

<sup>29</sup> Sama heimild bls. 325.

<sup>30</sup> Sama heimild bls. 326-327.

<sup>31</sup> Þetta sjónarmið kemur m.a. fram í álitgerð Björns Þ. Guðmundssonar lagaprófessors: *Stjórnarskráin og EES* (22.júlí 1992), Alþingistíðindi A 1992-1993, þskj. 30 (fylgiskjal 2), bls. 714-736 (bls.731-732)

urðu til þess að við undirbúning að fullgildingu og lögfestingu samningsins af hálfu Alþingis, skipaði þáverandi utanríkisráðherra nefnd sem hafði það hlutverk að leggja mat á það hvort EES-samningurinn, ásamt fylgisamningum, bryti á einhvern hátt í bága við íslensk stjórnskipunarlög.<sup>32</sup> Nefndin skilaði álitum sem dagsett er 6. júlí 1992, en hún komst í stuttu máli að þeirri niðurstöðu að fullgilding og lögfesting EES-samningsins útheimti ekki stjórnarskrárbreytingar. Í álitum nefndarinnar er komist að þeirri niðurstöðu varðandi ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins skv. 34. gr. ESE, að þau skapi ekki sérstök stjórnskipuleg vandamál þar sem álitin séu eingöngu ráðgefandi.<sup>33</sup> Ekki voru allir á eitt sáttir með niðurstöðu nefndarinnar og var niðurstaðan töluvert gagnrýnd þ.á.m. af fræðimönnum. Þótt óhjákvæmilegt sé að koma inná það hvaða þýðingu 2. gr. stjkskr. hafi gagnvart því hvort ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins séu lagalega bindandi, verður ekki kafað dýpra í þetta álitaefni hér. Eflaust mætti tína til fleiri sjónarmið sem lúta að EES samningnum og 2. gr. stjórnarskrárinnar sem ýmist mæltu með, eða mæltu því í mót að íslenskir dómstólar væru lagalega bundnir af ráðgefandi álitum en slík útlistun væri jafnvel efni í aðra ritgerð.

#### 4.2 Dómaframkvæmd

Sé horft til dómaframkvæmdar hjá íslenskum dómstólum virðist svarið við því hvort dómstólar telji sig lagalega bundnir af ráðgefandi álitum einfalt. Í þeim tilfellum þegar beiðni hefur verið um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins af íslenskum dómstólum hefur alltaf verið farið eftir þeim, en þegar þetta er skrifað hefur EFTA-dómstóllinn 14 sinnum veitt ráðgefandi álit að beiðni íslenskra dómstóla.

Eitt af fyrstu íslensku dómsmálunum þar sem reyndi á hversu bindandi ráðgefandi álit EFTA-dómsins væru, var dómur Hæstaréttar í máli Erlu Maríu Sveinbjarnardóttir gegn íslenska ríkinu H 1999, bls. 4916.<sup>34</sup> Í því máli reyndi á hvort að íslenska ríkið hefði orðið skaðabótaskyldt með því að laga ekki löggjöf landsins að tiltekinni tilskipun sem var tekin upp í viðauka með EES-samningnum, um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota. Málsatvik voru þau að stefnandi Erla María, hafði verið gjaldkeri hjá hlutafélaginu V, sem síðan varð gjaldþrota. Skiptastjóri þrotabúsins hafnaði launakröfu hennar sem forgangskröfu í búíð, þar sem að hún var systir eins aðaleiganda V. Af þessum sökum var henni einnig synjað um greiðslu úr ábyrgðarsjóði launa vegna gjaldþrota. Sú niðurstaða átti sér stoð í ákvæðum laga nr. 53/1993 um ábyrgðarsjóð

---

<sup>32</sup> Nefndina skipuðu þeir Þór Vilhjálmsson, Gunnar G. Schram, Stefán Már Stefánsson og Ólafur W. Stefánsson.

<sup>33</sup> Alþt. A 1992 (þskj. 30, fylgiskjal 1), bls. 682-713.

<sup>34</sup> Fyrsti dómurinn sem Hæstiréttur kvað upp, þar sem ráðgefandi álit lá fyrir var í Fagtúns-málinu, H 1999:4429.

launa vegna gjaldþrota, en þar var áskilið að launakrafa væri viðurkennd sem forgangskrafa svo að til ábyrgðar stofnaðist. Héraðsdómari ákvað að óska eftir ráðgefandi áliti EFTA dómstólsins og lagði fyrir eftirfarandi tvær spurningar:

1. Ber að skýra gerð þá sem er að finna í 24.tl. í viðauka XVIII við Samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (tilskipun ráðsins nr. 80/987/EBE frá 20. Október 1980, eins og henni var breytt með tilskipun ráðsins nr. 87/164/EBE frá 2. Mars 1987), einkum 2.mgr. 1.gr. 10.gr.hennar, á þann veg að skv. henni megi með landslögum útiloka launþega, vegna skyldleika við eiganda sem á 40% í gjaldþrota hlutafélagi, frá því að fá greidd laun frá ábyrgðasjóði launa á vegum ríkisins þegar launþeginn á ógoldna launakröfu á hendur þrotabúinu. Um er að ræða skyldleika í fyrsta lið til hliðar, þ.e.a.s. systkin.
2. Ef svarið við spurningu nr. 1 er á þá leið, að launþegann megi ekki útiloka frá því að fá laun sín greidd, varðar það ríkið skaðabótaábyrgð gagnvart launþeganum að hafa ekki, samfara aðild sinni að Samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, breytt landslögum á þann veg að launþeginn ætti samkvæmt þeim lögbundinn rétt til launagreiðslanna?

Spurningum héraðsdóms var svarað í máli E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir. REC 1998,95. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið hefði brotið gegn áður nefndri tilskipun og að með því hefði það orðið skaðabótaskyld skv. ólögfestri meginreglu EES-réttar. Þessar niðurstöður dómstólsins hafa sætt töluverðri gagnrýni en ekki verður fjallað ýtarlega um þá gagnrýni hér.<sup>35</sup> Hæstiréttur féllst á það með héraðsdómi, að ekki væri samræmi milli áður nefndrar tilskipunar og laga nr. 53/1993. Hvað varðar þá niðurstöðu EFTA-dómstólsins að íslenska ríkið hafi brotið gegn tilskipuninni kemst Hæstiréttur að efnislega samhljóða niðurstöðu. Hæstiréttur bætir síðan við, að við skýringu ákvæða EES-samningsins beri að hafa hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins. Þessi orð koma síðan aftur fyrir þegar Hæstiréttur tekur afstöðu til þess hvort íslenska ríkið hafi orðið skaðabótaskyld en þá er bætt við orðunum „komi ekkert fram sem leiða eigi til þess að vikið verði frá því áliti.“ Þessi orð eru forvitnileg og gefa tilefni til að staldrað sé við þau, því að skv. þessum orðum geta einhver rök hnigið til þess að vikið verði frá ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins. Hins vegar kemur ekki fram hvers eðlis þau rök væru. Hæstiréttur segir síðan að þrátt fyrir niðurstöðu EFTA-dómstólsins um skaðabótaskyldu ríkisins sé það hlutverk íslenskra dómstóla, sem leitt verði af stjórnarskránni, að dæma um hvort slík regla hafi lagastöð. Hæstiréttur kemst síðan að þeirri niðurstöðu að ríkið hafi orðið skaðabótaskyld vegna þeirrar háttsemi sem um ræðir í málinu. Hér er því efnisleg niðurstaða Hæstaréttar í málinu sú sama og ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.

---

<sup>35</sup> Sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (2006), bls. 221-222.



Í H 1999:4429 (Fagtún) var deilt um það hvort að 3. gr. verksamnings sem gerður var milli verkaupa (byggingarnefnd Borgarholtsskóla) og Byrgis ehf. (B) eftir opinbert útboð við byggingu á Borgarholtsskóla, hafi brotið gegn EES-samningnum. Í 3. gr. verksamningsins sagði að miðað væri við það að þakeiningar væru smíðaðar á Íslandi. B sem hafði átt lægsta boð í verkið notaði við boð sitt tilboð frá Fagtúni ehf. (F) í þakeiningar og uppsetingu þeirra en þakeiningar F voru frá norskum framleiðanda. F taldi að þessar reglur verksamningsins hefðu orðið til þess að F hafi orðið af verkinu og að þessar reglur væru ekki í samræmi við 4. og 11. gr. EES-samningsins. F höfðaði því skaðabótamál gegn byggingarnefnd Borgarholtsskóla, íslenska ríkinu, Reykjavíkurborg og Mosfellsbæ og krafðist bóta vegna tapaðs arðs, en áður hafði F fengið bætur frá B dæmdar í héraði, vegna kostnaðar sem F hafði haft af tilboðsgerð sinni. Í H 1998:2608 ákvað Hæstiréttur að leggja eftirfarandi spurningar fyrir EFTA-dómstólinn:

1. Stendur 4. gr. EES-samningsins því í vegi, að sett verði í verksamning ákvæði um, að við það verði miðað, að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi?

2. Stendur 11. gr. EES samningsins í vegi ákvæði af þessu tagi?

EFTA-dómstóllinn lét uppi ráðgefandi álit um þessar spurningar í máli nr. E-5/98 og varð niðurstaða dómstólsins sú að ákvæði í opinberum verksamningi, sem tekið væri upp í samning eftir að útboð hefði farið fram að kröfu samningsyfirlvalds og væri þess efnis að þakeiningar sem nota þyrfti til verksins yrðu smíðaðar á Íslandi væri ráðstöfun sem bryti í bága við 11. gr. EES. Þá yrði slík ráðstöfun ekki réttlætt með vísun til verndar og heilsu manna skv. 13. gr. EES. Í forsendum Hæstaréttar segir síðan orðrétt:

„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-samningsins 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 hliðsjón af ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins við skýringar á efni ákvæða EES-samningsins. Ekkert þykir fram komið, sem leitt getur til þess að vikið verði frá framangreindu ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins um efni ákvæða 11. gr. EES-samningsins. Verður að telja að sýnt hafi verið fram á það í málinu að umdeilt ákvæði 3. gr. verksamnings Byrgis ehf. og stefndu byggingarnefndar Borgarholtsskóla hafi brotið í bága við ákvæði EES-samningsins og því verið ólöglegt.“

Miðað við orð Hæstaréttar í máli Erlu Maríu um að við skýringu á EES-samningnum beri að hafa hliðsjón af ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins, nema eitthvað komi fram sem leiða eigi til þess að vikið verði frá því, virðist sem Hæstiréttur telji það ekki ófrávíkjanlega reglu að farið sé eftir slíkum álitum. Þá gerir Hæstiréttur einnig fyrirvara í Fagtúnsmálinu, um hvort

Íslenskum dómstólum sé skylt að fara eftir ráðgefandi álitum. Í öðrum dómum Hæstaréttar, þar sem ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins hafa legið fyrir, hafa þau verið lögð til grundvallar með sömu fyrirvörum um bindandi gildi þeirra. Þessir fyrirvarar hafa verið gagnrýndir, með tilliti til raunverulegrar þýðingu ráðgefandi álita.<sup>36</sup> Hins vegar er raunin sú eins og áður segir að íslenskir dómstólar hafa alltaf farið eftir slíkum álitum og bendir það að minnsta kosti eindregið til þess að eitthvað mikið þurfi til að koma, til að vikið verði frá ráðgefandi álitum.

Sé litið til dómaframkvæmda EFTA dómstólsins hefur verið talið að dómstóllinn fylgir fyrri fordæmum sínum nema sérstakar aðstæður leiði til annars. Þá er ekki að sjá að dómstóllinn geri greinarmun á ráðgefandi álitum og eiginlegum dómum.<sup>37</sup> Í ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins í málum E-9/07 og E-10/07 (L'Oreal) 8. júlí 2008 var vikið frá fyrra fordæmi dómstólsins sem einnig var í formi ráðgefandi álits. Þetta var talið réttlæt看legt með vísan til síðari fordæma Evrópu- dómstólsins. Í 28. lið dómsins er bent á að skv. 2. mgr. 3. gr. ESE á EFTA- dómstóllinn og Eftirlitsstofnun EFTA, að taka tillit til viðeigandi úrskurða Evrópudómstólsins sem að koma til eftir undirskrift EES-samningsins. Þá segir einnig að EFTA-dómstóllinn hafi stöðugt tekið tillit til viðeigandi niðurstöðu Evrópudómstólsins. Þá er einnig vísað til 2. gr. bókunar nr. 28 við EES saminginn. Í 29. lið dómsins er sagt að hvorki 2. mgr. 3. gr. ESE né 2. gr. bókunarinnar taki til þess þegar að EFTA-dómstóllinn hafi áður komist að niðurstöðu sem að Evrópu-dómstóllinn víki síðan frá. Hins vegar hafi þetta sömu afleiðingar fyrir innri markað EES og ef að EFTA-dómstóllinn myndi komast að annari niðurstöðu heldur en að Evrópu-dómstóllinn hafði áður gert. Dómurinn segir síðan að þetta kalli á að EES réttur sé túlkaður þannig að hann sé í samræmi við hina nýju réttarframkvæmd Evrópu-dómstólsins burt séð frá fyrri niðurstöðu EFTA-dómstólsins. Samkvæmt þessu má álykta að líklegt sé að EFTA-dómstóllinn víki frá fyrri fordæmum sínum, séu þau ekki í samræmi við réttarframkvæmd Evrópu-dómstólsins. Það verður þó að gæta að því að réttarframkvæmd Evrópu- dómstólsins ein og sér var ekki talin nægileg til að komast að niðurstöðu í málinu, því að litið var til þess hvort umfang og markmið EES-réttar og hins vegar ESB-réttar, leiddu til þess að það réttlætti að túlkun þeirra reglna sem á reyndi í málinu væri öðruvísi skv. EES- rétti heldur en skv. ESB-rétti. Þess ber síðan að geta að þar var ekki meðal röksemda að fyrra fordæmið væri eingöngu í formi ráðgefandi álits en ekki eiginlegs dóms.

---

<sup>36</sup> Sjá, Skúli Magnússon: *Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins: nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25. Október 2001.*, bls. 202.

<sup>37</sup> Skúli Magnússon: *Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins?*, bls. 323.

Sé tekið mið af L'Oreal dómnum vakna þá spurningar um hvort að dómstólar EFTA-ríkjanna myndu víkja frá fordæmi EFTA-dómstólsins ef Evrópu dómstóllinn myndi komast að annarri niðurstöðu um sama efni. Þá má einnig ímynda sér að fyrir liggi ráðgefandi álit sem að dómstóll EFTA-ríkis hefur óskað eftir, en áður en að landsdómstóllinn hefur komist að niðurstöðu fellur dómur þar sem Evrópu dómstóllinn kemst að annarri niðurstöðu en EFTA-dómstóllinn um sama efni. Við slíkar aðstæður kann að vera erfitt fyrir dómstól EFTA-ríkisins að komast að niðurstöðu, en ólíklegt verður að teljast að á þetta álitefni reyni að einhverju ráði.

### 4.3 Skrif fræðimanna

Skúli Magnússon fjallar um það hversu bindandi ráðgefandi álit EFTA- dómstólsins séu fyrir dómstóla EFTA-ríkjanna í ritgerð sinni „ Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins“ sem birtist í 70 ára afmælisriti Björns Þ. Guðmundssonar. Greinin er stutt og kemst Skúli að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að heitið „ráðgefandi álit“ gefi til kynna að frekar sé um að ræða einskonar álitsgerð sérfræðings í lögum heldur en bindandi niðurstöðu, þá séu ráðgefandi álit annað og meira en það.

Skúli bendir á að sérstaða EFTA-dómstólsins miðað við sérfræðilegan álitsgjafa, er sú að dómstóllinn fer einnig með eiginlegt dómsvald í málum vegna ætlaðra brota á EES-samningnum sbr. 2. mgr. 108. gr. EES- samningsins og 31., 32. og 36.-39. gr. ESE samningsins. Þar að auki bendir hann á það að EFTA- dómstóllinn fari yfirleitt eftir fyrri úrlausnum sínum, nema sérstakar aðstæður leiði til annars og ekki sé gerður greinarmunur á ráðgefandi álitum og eiginlegum dómum dómstólsins. Sé farið gegn ráðgefandi álitum af dómstól EFTA-ríkis þýði það að ríkið hafi gerst brotlegt gegn skuldbindingum sínum skv. EES- samningi. Fari það svo að eftirlitsstofnun EFTA höfðaði samningsbrotamál skv. 31.gr. ESE eða að annar aðili sem að hagsmuna hefur að gæta myndi leita réttar síns þá kæmi það í hlut EFTA-dómstólsins að dæma í því máli. Þá gerir hann ráð fyrir því að dómstóllinn myndi komast að sömu niðurstöðu um inntak EES-reglna í slíkum málum þrátt fyrir að því kynni að vera haldið fram að álitum sé ekki formlega bindandi. Hér væri þó um að ræða eiginlegan dóm en ekki ráðgefandi álit. Síðan segir orðrétt „ Samkvæmt þessu er ljóst að ef ekki er farið að þeim „ráðum „ sem fram koma í ráðgefandi álitum, gerir EES samningurinn ráð fyrir ákveðnum viðbrögðum sem kalla má viðurlög í réttarheimspekilegum skilningi.“

Skúli ber síðan saman rágefandi álit EFTA-dómstólsins og forúrskurði Evrópu dómstólsins og kemst að þeirri niðurstöðu að munurinn á ráðgefandi álitum og forúrskurðum sé fyrst og fremst merkingarfræðilegur (semantískur) en ekki efnislegur, þ.e um sé að ræða

sambærileg réttaráhrif þrátt fyrir mismunandi heiti. Skúli bendir einnig á að meginmarkmið EES-samningsins um einsleitni og *hollustu eða samheldnisregla* 3.gr. samningsins leiði til þess að dómstólum EFTA-ríkjanna beri að fara eftir ráðgefandi álitum. Skúli kemst síðan að eftirfarandi niðurstöðu:

„Ekki aðeins felur frávik frá ráðgefandi álitum af hálfu innlend dómstóls í sér næsta fyrirsjánlegt brot gegn skuldbindingum viðkomandi ríkis skv. EES-samningnum sem kallað getur á aðgerðir af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA og hugsanlega höfðun samningsbrotamáls; slíkt frávik gengur einnig í berhögg við hollustuskyldu aðildarríkjanna skv. 3.gr. EES-samningsins með því að brjóta gegn meginmarkmiðum samningsins. Það er því erfitt að komast fram hjá þeirri niðurstöðu að dómstólum aðildarríkjanna beri lagaleg skylda til þess að fara að ráðgefandi álitum sem EFTA-dómstóllinn hefur látið uppi um túlkun EES-reglna.“

Í raun er óþarfi að hafa um það fleiri orð hver skoðun Skúla er á þessu álitaefni, ritgerð hans er stutt og hnitmiðuð og niðurstaðan í raun afdráttarlaus það er ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins eru lagalega bindandi fyrir dómstóla EFTA-ríkjanna.

Skúli hafði áður skrifað um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í ritgerð sinni „Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins: nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25. október 2001.“<sup>38</sup> Þar notast Skúli nánast við sömu rök og í grein sinni í afmælisriti Björns. Hann lætur síðan þá skoðun sína í ljós að það beri að leggja ráðgefandi álit til grundvallar á efnislegu inntaki EES-reglna þótt færa mætti rök fyrir því að álitid sé rangt. Þá telur hann að EFTA-dómstóllinn eigi lokaorðið um skýringu EES-reglna og það væri aðeins við mjög óvenjulegar aðstæður sem heimilt væri að virða ráðgefandi álit af vettugi, t.d. ef EFTA-dómstóllinn færi bersýnilega út fyrir valdheimildir sínar eða eitthvað þess háttar.<sup>39</sup>

Í riti sínu EES-réttur og landsréttur fjallar Davíð Þór Björgvinsson nokkuð um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins. Davíð vísar ekki beinlínis að inntaki hugtaksins „ráðgefandi álit“ a.m.k ekki á jafn afgerandi hátt og Skúli gerir. Hins vegar vísar hann að ráðgefandi álitum í þessu sambandi á nokkrum stöðum. Davíð bendir á að fyrirmynd 34. gr. ESE sé að finna í 234. gr. ESB, en þar er mælt fyrir um forúrskurði Evrópu-dómstólsins. Davíð bendir síðan á að markmiðið með forúrskurðum og ráðgefandi álitum sé það sama, að stuðla að því að eitt af höfuðmarkmiðum EES-samningsins, um samræmda beitingu og skýringu EES-reglna í EFTA-ríkjunum og raunar á öllu Evrópska efnahagssvæðinu náist. En markmið 234. gr. ESB er að tryggja samræmda skýringu og beitingu ESB-réttar í aðildarríkjum bandalagsins. Davíð vísar síðan að því hvaða munur sé á ráðgefandi álitum og forúrskurðum og þar bendir hann m.a. á að skv. 34. gr. ESE er EFTA-ríkjunum aldrei skylt að leitast eftir ráðgefandi álitum, hins

<sup>38</sup> Greinin birtist í 2.tbl. Úlfjólts frá árinu 2002.

<sup>39</sup> Skúli Magnússon: *Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins: nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25. Október 2001.*, bls. 203.

vegar getur komið upp sú staða að dómstólum ESB-ríkjanna sé skylt að leita forúrskurðar.<sup>40</sup>  
Þá segir Davíð orðrétt<sup>41</sup>:

Í öðru lagi eru álit EFTA-dómstólsins skv. 34.gr. ESE aðeins ráðgefandi fyrir dómstól EFTA-ríkis, en forúrskurðir dómstóls EB eru hins vegar bindandi, hvort sem um þá er beðið á grundvelli 2. eða 3.mgr. 234.gr. EB.

Upphaflega var gert ráð fyrir að álit EFTA-dómstólsins skyldu vera bindandi fyrir dómstól þann sem leitaði álits. Frá þeirri ráðagerð var aftur á móti horfið þar sem talið var að slíkt fyrirkomulag kynni að vera andstætt stjórnarskrá einstakra EFTA-ríkja.

Samkvæmt þessum orðum er ljóst að ráðgefandi álit eru ekki lagalega bindandi fyrir íslenska, eða aðra dómstóla EFTA ríkjanna. Það skal þó áréttað að hér er aðeins 34.gr. ESE til umfjöllunar, en eins og áður hefur komið fram þarf að taka tillit til annarra réttarheimilda þegar spurningunni um lagalegt skuldbindingar gildi ráðgefandi álita er svarað. Hér kemur einnig fram að talið hefði verið að stjórnarskrá einstakra EFTA-ríkja mæltu því í mót að ráðgefandi álit væru lagalega bindandi. Davíð gerir það að umfjöllunarefni í riti sínu að úrlausnir EFTA-dómstólsins sem eru í formi ráðgefandi álits, eru kallaðar dómur af EFTA-dómstólum sjálfum en ekki ráðgefandi álit.<sup>42</sup> Hins vegar hefur þetta nokkuð verið á reiki og telur Davíð ástæðu fyrir þeirri tregðu að nefna úrlausnir á grundvelli 34.gr. ESE fullum fetum dóma, eflaust vera vegna þess að þær fela í reynd ekki í sér endanlegar lyktir máls, þar sem í þeim er eingöngu tekin afstaða til þess hvernig skýra beri EES- reglur. Hins vegar sé ekki dæmt um sönnunatriði né skýringu landsréttar í málinu. Davíð telur að eðlilegra sé að notast við hugtakið „ráðgefandi álit“, sé tekið mið af almennri lögfræðilegri orðanotkun en líklegast sé verið að feta í fótspor Evrópu dómstólsins þar sem úrlausnir á grundvelli 234. gr.ESB eru ávallt nefndir „dómur“. Síðan segir orðrétt „Vera má að dómstóll EB hafi hér ríkari ástæður en EFTA- dómstóllinn til að kalla úrlausnir sínar „dóma“ þar sem að forúrskurðir eru bindandi um skýringu EB-réttar. Á hinn bóginn fela þeir ekki, frekar en ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, í sér lokadóm í máli þar sem dómstóll EB fjallar í málum af þessu tagi hvorki um sönnunatriði né skýringu og beitingu þeirra ákvæða landsréttar sem að kunna við kunna að eiga.“<sup>43</sup>

Það má álykta af þessum orðum að Davíð telji í raun að ráðgefandi álit séu alls ekki lagalega bindandi fyrir dómstóla EFTA-ríkjanna. Það verður hins vegar að athuga í þessu

---

<sup>40</sup> Eins og áður hefur komið fram hafa þær skoðanir komið fram að dómstólum EFTA ríkjanna gæti verið skylt að leita ráðgefandi álits.

<sup>41</sup> Bls. 339

<sup>42</sup> Sjá bls. 340-341. Hins vegar er þar bent á að á tímabili (1995-2000) var talað um ráðgefandi álit en ekki dóma. En með skiptum á dómurum við dómstólinn árið 2000 var aftur farið að tala um dóma og hefur það haldist þannig.

<sup>43</sup> Bls. 341

samhengi að Davíð fjallar ekkert um þá aðstæðu sem að kæmi upp ef að EFTA- dómstóll færi gegn ráðgefandi álit, líkt og Skúli gerir. Það verður því að fara varlega í það að túlka orð Davíðs þannig að dómstólum EFTA-ríkjanna sé í raun alls ekki skylt að fara eftir ráðgefandi álit. Að lokum má nefna umfjöllun Davíðs um dóm Hæstaréttar í máli Erlu Maríu Sveinbjarnardóttur.<sup>44</sup> Áður en Davíð fjallar um Hæstaréttardóminn, gerir hann þó nokkrar athugasemdir við niðurstöðu EFTA-dómstólsins við þeim spurningum sem lagðar voru fyrir hann þegar óskað var eftir ráðgefandi álit.<sup>45</sup> Davíð vísar síðan að dómi Hæstaréttar sem leggur ráðgefandi álit EFTA- dómstólsins til grundvallar (eða hliðsjónar, eftir hvernig litið er á það) og gerir þar einnig athugasemdir við efnislega niðurstöðu dómsins. Davíð segir m.a að niðurstaða Hæstaréttar hvíli á fremur veikum lögfræðilegum forsendum en aftur á móti sé vandséð, þegar haft sé í huga álit EFTA dómstólsins, hvernig Hæstiréttur gat komist að annarri niðurstöðu. Hann telur að sú staðreynd hafi skipt miklu í reynd, þótt reglan um skaðabótaskyldu aðildarríkja EES við vissar aðstæður sé a.m.k að formi til, reist á innlendum réttarheimildum.

Hér vaknar sú spurning hvort að Davíð telji að Hæstiréttur hafi talið sig bundinn af niðurstöðu EFTA- dómstólsins en talið sig verða að aðlaga lagalega niðurstöðu sína að íslenskum rétti. Um þetta verður ekki fullyrt hér en orð Davíðs um að vandséð sé hvernig Hæstiréttur gat komist að annarri niðurstöðu en var gert í ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, gefa frekar til kynna að Hæstiréttur telji sig lagalega bundinn af slíkum álitum.

M. Elvira Méndez- Pinedo fjallar stuttlega um þetta atriði í bók sinni „EC and EEA Law, A comparative study of the Effectiveness of European Law“<sup>46</sup> (2009) en þar segir hún að þótt að samkvæmt lagaramma EES-réttar sé í raun fræðilega gengið út frá því að ráðgefandi álit séu ekki lagalega bindandi fyrir dómstól EFTA-ríkis, þá sé raunin sú í framkvæmd að staða þeirra sé ekki veikari heldur en forúrskurðir Evrópu dómstólsins skv. 234. gr. ESB. Í þessu samhengi sé einnig mikilvægt að muna að skv. EES-rétti eru dómstólar EFTA-ríkjanna bundnir af hollustureglu 3. gr. EES- samningsins sem er sams konar regla og 10. gr. ESB-samningsins.

John Temple Lang telur að þrátt fyrir að dómstólar EFTA-ríkjanna séu ekki skyldugir til að óska álits EFTA-dómstólsins jafnvel þótt þeir séu á síðasta áfrýjunarstigi og þrátt fyrir að niðurstöður EFTA-dómstólsins séu kallaðar „ráðgefandi álit“, þá vegi markmið EES- og

---

<sup>44</sup> Bls. 221-224

<sup>45</sup> Gagnrýnin lýtur aðallega að því að EFTA-dómstóllinn virðist slá fastri skaðabótareglu sem að umdeilt er hvort að lagalegur grundvöllur sé fyrir skv. EES-rétti.

<sup>46</sup> Bls. 40

bandalags réttar um einsleitni þyngra. Þar af leiðir að ef dómstóll EFTA-ríkis kjósi að leita eftir ráðgefandi álit, sé það næsta ljóst að sá dómstóll ætti að telja svar EFTA-dómstólsins bindandi. Önnur niðurstaða bryti í bága við 3.gr. EES. Þá telur hann það leiða af markmiðinu um einsleitni að ekki aðeins sé viðkomandi dómstól EFTA-ríkis skylt að fylgja álit EFTA-dómstólsins heldur beri dómstólum í öllum EES-ríkjunum (þ.e. einnig bandalagsríkjunum) að virða fordæmisgildi ráðgefandi álits.<sup>48</sup>

Hér er ljóst að Lang vill ganga fremur langt í því að telja ráðgefandi álit lagalega bindandi.

## 5. Niðurstöður og lokaorð

Flest rök benda til þess að íslenskir dómstólar telji sig bundna af ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins. Fæst þessi niðurstaða þegar horft er til réttarreglna á sviði EES-réttar og dómaframkvæmdar íslenskra dómstóla, þá benda þau fræðiskrif sem um er fjallað hér að ofan til þess að ráðgefandi álit séu lagalega bindandi fyrir dómstóla EFTA-ríkjanna og eru íslenskir dómstólar að sjálfsögðu engin undantekning. Í kjölfarið af þessari niðurstöðu má velta fyrir sér tveim atriðum.

Hið fyrra lítur að því hvort að ekki sé réttara að kalla hlutina réttum nöfnum. Heitið „ráðgefandi álit“ (e. advisory opinion) gefur ekki til að kynna að dómstólar séu lagalega bundnir af slíkum álitum. Þá leiðir það af almennri skýringu af bæði 34.gr. ESE og lögum nr 21/1994, að aðeins sé um heimild fyrir íslenska dómstólana til að óska eftir ráðgefandi álit, sem sé ekki lagalega bindandi. Það er ekki fyrr en við skoðun samspils réttarheimilda á sviði EES-réttar og athugun á íslenskri dómaframkvæmd, sem það virðist koma í ljós að um lagalega bindandi úrræði er að ræða. Í þessu samhengi má velta því fyrir sér hvort heitið „forúrskurðir“ (e. primary rulings) sem samskonar úrlausnir Evrópu-dómstólsins eru kallaðar, eigi ekki betur við.

Þá má einnig velta því upp hvort að með því fyrirkomulagi að í raun sé íslenskum dómstólum skylt að fara eftir ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins, sé brotið gegn 2.gr. stjórnarskrárinnar. Við úrlausn á þessu álitefni er að mörgu að gæta sem ekki er rúm til að fara of djúpt í hér. Hins vegar er mikilvægt að benda á nokkur atriði í þessu samhengi: Það er almennt talið að dómstólum EFTA-ríkjanna sé aldrei skylt að leita eftir ráðgefandi álit (þótt að talið sé álitalegra að óskað sé eftir slíku álit sé uppi vafi um skýringu á EES-reglu). Af þessu leiðir m.a. að dómstóll þarf ekki að óska eftir ráðgefandi álit að ósk annars aðila eða

---

<sup>48</sup> John Temple Lang „*The principle of loyal cooperation and the role of the national judge in Community, union and EEA law*“, bls.476 (sjá bls. 498).

beggja aðila, telji hann það ekki nauðsynlegt.<sup>49</sup> Þá leggur EFTA-dómstóllinn ekki mat á atriði sem varða skýringu landsréttar EFTA-ríkis né sönnunaratriði dómsmáls. Þar að auki er dómstóll ekki bundinn af því hvernig annar eða báðir aðilar vilja orða þá spurningu eða spurningar sem lagðar eru fyrir EFTA-dómstólinn. Það er því viðkomandi dómstóll EFTA-ríkis sem á úrslitavald um það hvernig það álitaefni sem um er að ræða í málinu er afmarkað fyrir EFTA-dómstólnum í formi þeirra spurninga sem fyrir hann eru lagðar. Þessi atriði tempra vald EFTA-dómstólsins yfir því álitaefni sem reynir á fyrir landsdómstólum EFTA-ríkjanna og koma því sem mótrök gegn því að úrræðið „ráðgefandi álit“ EFTA-dómstólsins brjóti gegn 2. gr. stjórnarskrá.

Þótt íslenskir dómstólar hafi ávallt farið eftir slíkum álitum þá hefur það komið fram í dómum Hæstaréttar að einhver rök geti hniðið til þess að vikið væri frá ráðgefandi álitum. Þar sem að slíkt hefur hins vegar ekki enn gerst, verður að telja að eitthvað mikið verði að koma til, til að íslenskir dómstólar víki frá fyrirbyggjandi ráðgefandi álitum. Það virðist ekki auðfundið hvaða rök það væru sem gætu leitt til slíks fráviks, en þó má benda á dóm EFTA-dómstólsins í L’Oreal málinu, sem fjallað er um hér að ofan, en í þeim dómi kunna að felast vísbendingar um þetta álitefni. Það er þó ljóst að slík rök þyrftu að vega þungt á metunum því að meginmarkmið EES- samningsins um einsleitni, hollusturegla 3. gr. samningsins og þau viðurlög við því að vikið sé frá ráðgefandi álitum sem leiða af ESE-samningnum, gera það að verkum að staða ráðgefandi álita er sterk og í raun er hægt að halda því fram að hún sé sú sama og staða forúrskurða bandalagsréttar.

---

<sup>49</sup> Sjá einnig orð Margrétar Einarsdóttur í fyrirlestri um ráðgefandi álit á fyrirlestrarröðinni „The Preliminary Reference Procedure and Access to Justice in the European Economic Area, March 9, 2012“.



## HEIMILDASKRÁ

Margrét Einarsdóttir: fyrirlesturinn *Advisory opinion* af málþingi Háskóla Íslands „*The Preliminary Reference Procedure and Access to Justice in the European Economic Area*“9. mars 2012.

*Alþingistíðindi*

M. Elvira Méndez- Pinedo: *EC and EEA Law, A comparative study of the Effectiveness of European Law*. Groningen 2009.

Gunnar G. Schram: *EES meginatriði og skýringar*. Reykjavík 1992.

Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006.

Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000.

Skúli Magnússon: Fordæmi Hæstaréttar og EFTA-dómstólsins: nokkur orð um dóm Hæstaréttar 25.október 2001, *Útljótur* 2001 2. tbl.

Skúli Magnússon: Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins?- Hugleiðingar um „Boðvald“ ráðgefandi álita. *Afmælisrit Björn Þ. Guðmundsson sjötugur*, Reykjavík 2009.

Sigurður Línadal og Skúli Magnússon: *Löggjöf Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisin. Kennslubók fyrir byrjendur*. Reykjavík 2007.

Skúli Magnússon: Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar. *Útljótur* 1.tbl. 2009.

John Temple Lang: The principle of loyal cooperation and the role of the national judge in Community, union and EEA law. *ERA-forum*,4. Hefti, 7.bindi 2006.