



**MEGINREGLAN UM SKAÐABÓTAÁBYRGÐ RÍKIS Í
EES-RÉTTI:
SKILYRÐIÐ NÆGILEGA ALVARLEGT**

Sigurður Már Eggertsson

2013

BA í lögfræði

Höfundur: Sigurður Már Eggertsson

Kennitala: 060889-3099

Leiðbeinandi: Einar Farestveit

Lagadeild

School of Law

Útdráttur

Viðfangsefni ritgerðarinnar má í grófum dráttum skipta í þrjú hluta að undanskyldum fyrsta kafla sem fjallar um Ísland og Evrópusamrunann í sögulegu samhengi. Í fyrsta lagi verður fjallað um meginregluna um skaðabótaábyrgð ríkis í EB-rétti, sem fyrst var staðfest í sameiginlegum málum C-6/90 og C-9/90 Francovich o.fl. gegn Ítalíu. Í annan stað beinist umfjöllun að hliðstæðri meginreglu um skaðabótaábyrgð ríkis í EES-rétti sem fyrst var staðfest í ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu. Umfjöllun beggja þessara reglna lýtur að þróun þeirra í dómaframkvæmd, þeim skilyrðum sem þurfa að vera fyrir hendi svo slík ábyrgð komi til greina og þá sérstaklega skilyrðið um „nægilega alvarlega” vanefnd en það er jafnframt þungamiðja þessarar ritgerðar. Markmið ritgerðarinnar er að gera grein fyrir meginmun á skaðabótaáhrifum samkvæmt EES-rétti og EB-rétti. Í tengslum við umfjöllun um skaðabótaábyrgð ríkja, sem hvergi er að finna berum orðum í EES-samningnum, er það einnig rannsóknarspurning höfundar hvort framsal íslenska ríkisins á fullveldi sínu hafi verið meira en ráðgert var við undirritun EES-samningsins.

Er það mat höfundar að jafnvel þó niðurstaðan væri á þann veg að íslenska ríkið hafi framselt hluta af ríkisvaldi sínu við undirritun og löggildingu EES-samningsins þá þurfi það ekki endilega að haldast í hendur við framsal á fullveldi. Enginn er neyddur til að vera aðili að hinu Evrópska efnahagssvæði, samningurinn er uppsegjanlegur og því hafi íslenska ríkið fullt forræði yfir sjálfu sér.

Abstract

The subject of the thesis can be divided into three parts with the exception of the first chapter that deals with Iceland and European integration in a historical context. First, discusses the principle of State liability in EC law, which was first established in joined cases C-6/90 and C-9/90 Francovich etc. against Italy. Second, the discussion focuses on the analogous principle of State liability in EEA law, which was first confirmed in the advisory opinion of the EFTA Court in Case E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v. The Icelandic government. Coverage of both of these rules relates to the development of case law, the conditions that must be for a responsibility of that nature to arise, and especially the condition, „sufficiently serious breach" but it is also central to this thesis. The aim of the thesis is to clarify the main difference between compensation effect under EEA law and EU law. In connection with the discussion of state liability, which is nowhere to be found explicitly in the EEA Agreement, the author will study the question, whether the Icelandic state assigned of sovereignty when signing the EEA Agreement.

It is the opinion of the author that even though the results were such that the Icelandic government has transferred part of its national decision to the EEA then, it does not necessarily go hand in hand with a transfer of sovereignty. No one is forced to be a member of the European Economic Area, the contract itself can be terminated on Iceland's behalf, that must prove that the Icelandic government has full control over itself.

Formáli

Ritgerð þessi er lögð fram sem lokaritgerð til BA-prófs í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík og var að mestu leyti skrifuð á vorönn 2013. Viðfangsefni ritgerðarinnar er

meginregla EES-réttar um skaðabótaábyrgð ríkis og þá sérstaklega skilyrðið um nægilega alvarlega vanefnd.

Ritgerðin var unnin undir handleiðslu Einars Farestveit, hdl. og kann ég honum bestu þakkir fyrir ánægjulegt samstarf við skrif hennar.

Reykjavík, 13. maí 2013

Sigurrður Már Eggertsson

Efnisyfirlit

| | |
|---|-----------|
| Dómaskrá | vi |
| Lagaskrá | viii |
| INNGANGUR | 1 |
| 1. Ísland og Evrópusamruninn í sögulegu samhengi | 3 |
| 2. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis í EB-rétti. | 6 |
| 2.1 Réttarstaðan fyrir dóm í Francovich-málinu..... | 8 |
| 2.2 Réttarstaðan eftir dóm í Francovich-málinu..... | 10 |
| 2.3 Skilyrði skaðabótaábyrgðar | 10 |
| 2.3.1 Regla skapi til rétt handa einstaklingum..... | 12 |
| 2.3.2 Nægilega alvarlegt brot (sufficiently serious) | 13 |
| 2.3.3 Orsakatengsl og sennileg afleiðing (causal link) | 19 |
| 2.4 Gildissvið reglunar útvíkkað | 20 |
| 2.5 Samverkandi áhrif (e. concurrent liability)..... | 22 |
| 2.6 Samantekt..... | 23 |
| 3. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis í EES-rétti..... | 25 |
| 3.1 Skaðabótaábyrgð vegna ófullnægjandi innleiðingu tilskipunar | 25 |
| 3.2 Skaðabótaábyrgð vegna brota á skuldbindingum samkvæmt meginmáli EES- samningsins. | 28 |
| 3.3 Skaðabótaábyrgð vegna brota sem rekja má til æðstu dómstóla. | 30 |
| 3.4 Skilyrðið nægilega alvarlegt í EES-rétti | 34 |
| 4. Framsal fullveldis | 37 |
| 5. Niðurstöður | 41 |

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 16. desember 1999 í máli nr. 236/1999.

Hrd. 20. desember 2005 í máli nr. 246/2005.

Hrd. 15. febrúar 2006 í máli nr. 120/2006.

Hrd. 23. mars 2010 í máli nr. 132/2010.

Dómar Evrópudómstólsins (e. European Court of Justice)

Mál C-6/60 Humblet g. Belgíu [1960] ECR 559.

Mál 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.

Mál 6/64 Flaminio Costa g. ENEL [1964] ECR 585.

Mál C-5/71 Zuckerfabrik Schöppenstedt g. ráðinu [1971] ECR 975.

Mál C-96/71 Haegeman g. Framkvæmdastjórninni [1972] ECR 1005.

Mál C-39/72 Framkvæmdastjórnin g. Ítalíu [1973] ECR 101.

Mál C-60/75 Russo g. Aima [1976] ECR 45.

Mál C-106/77 Simmenthal g. Amministrazione delle Finanze dello Stato [1978] ECR 629.

Mál C-199/82 Amministrazione delle Finanze dello Stato g. San Giorgio [1983] ECR 3595.

Mál C-175/84 Krohn o.fl. g. Framkvæmdastjórninni [1986] ECR 763.

Sameinuð mál C-6 og 9/90 Francovich o.fl. g. Ítalska ríkinu [1991] ECR I-5357.

Sameinuð mál C-104/89 og 37/90 Mulder gegn ráðinu og framkvæmdastjórninni [1992] ECR 2355.

Sameinuð mál C-46 og 48/93 Brasserie de Pecheur/Factortame [1996] ECR I-1029.

Mál C-392/93 British Telecommunications [1996] ECR I-1631.

Mál C-5/94 Hedley Lomas [1996] ECR I-2553.

Sameinuð mál C-178, 179, 188-190/94 Dillenkofer [1996] ECR I-4845.

Mál C-319/96 Brinkmann [1998] ECR I-5255.

Mál C-352/98 P Bergaderm g. Framkvæmdastjórninni [2000] ECR I-5291.

Mál C-453/99 Courage Ltd g. Grehan [2001] ECR I-6297.

Mál C-224/01 Köbler g. Þýskalandi [2003] ECR I-10239.

Mál C-112/00 Schmidberger g. Austurríska ríkinu [2003] I-5659.

Mál C-222/02 Peter Paul o.fl. g. Þýskalandi [2004] ECR I-9425.

Mál C-112/00 Schmidberger g. Austurríska ríkinu [2003] I-5659.

Álit Evrópudómstólsins

Álit Evrópudómstólsins nr. 1/91

Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins

Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu.

Mál E-4/01 Karl K. Karlsson g. íslenska ríkinu.

Mál E-2/10 Þór Kolbeinsson g. íslenska ríkinu.

Mál E-3/11 Pálmi Sigmarsson g. Seðlabanka Íslands.

Mál E-18/11 Irish Bank Resolution Corporation Ltd. g. Kaupþingi Banka hf.

Dómar EFTA-dómstólsins í sammingsbrotamálum

Mál E-16/11 Eftirlitsstofnun EFTA g. íslenska ríkinu (Icesave).

Lagaskrá

Íslensk lög

Lög um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993.

Lög um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl., nr. 152/2008.

Lög um innistæðutryggingar og tryggingakerfi fyrir fjárfesta, nr. 98/1999.

Sambandslögin, nr. 39/1918.

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944.

Frumvörp og reglugerðir

Alþt. 1992-1993, A-deild, 50.

Alþt. 1992-1993, A-deild, 51.

Alþjóðlegir sáttmálar

Treaty establishing the European Coal and Steel Community (1951)

Treaty establishing European Economic Community (1957)

Treaty establishing the European Atomic Energy Community (1957)

Treaty on the Functioning of the European Union (1958)

Treaty of Lisbon (2009)

Tilskipanir Evrópusambandsins

Tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi [1994] OJ L 135/5.

INNGANGUR

Í dag fellur tjaldið fyrir merkilegum þætti úr stjórn málasögu Íslands. Í dag hefst nýr þáttur og eigi ómerkilegri í sögu þjóðarinnar. Hún er viðurkend fullveðja þjóð. En um leið áskotnast henni skyldur, sem hún að vísu hefir altar haft, að eigin álit, en eigi fengið færi á að rækja, vegna forráða sambandsþjóðarinnar. Í dag stöndum vér augliti til auglitis við heiminn sem Íslendingar en ekki sem Danir, - á eigin ábyrgð, en ekki annarra. Í dag fá Íslendingar það hlutverk að halda uppi sæmd yngsta ríkisins í heiminum.¹

Þessi hátíðlegu orð lásu Íslendingar á forsiðu Morgunblaðsins sunnudaginn 1. desember árið 1918 en þann dag tóku sambandslög nr. 39/1918 milli Íslands og Danmerkur gildi. Samkvæmt þeim varð íslenska þjóðin fullvalda, eins og það var kallað en þó áfram í konungssambandi við dani.² Ákvæði 1. gr. sambandslaganna var svohljóðandi: „*Danmörk og Ísland eru frjáls og fullvalda ríki, í sambandi um einn og sama konung og um samning þann, er felst í þessum sambandslögum.*”

Sjálfstæðisbarátta Íslands stóð lengi yfir en síðan þjóðin varð fullvalda hafa utanríkismál verið eitt helsta ádeiluefni hennar og vangaveltur um fullveldi fylgja vanalega jafnt á eftir þegar rætt er um alþjóðasamstarf. Aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu hefur vakið umræður um fullveldi þjóðarinnar, bæði við undirbúning stingu EES-samningsins og með tilkomu meginreglu EES-réttar um skaðabótaábyrgð ríkisins. Í tengslum við umfjöllun um skaðabótaábyrgð ríkja, sem hvergi er að finna berum orðum í EES-samningnum, er það rannsóknarspurning höfundar hvort framsal íslenska ríkisins á fullveldi sínu hafi verið meira en ráðgert var við undirritun EES-samningsins.

Efnistöð ritgerðarinnar verða eftirfarandi:

Í *fyrsta kafla* er í stuttu máli vikið að sögulegu yfirliti Íslands og Evrópusamrunans. Verður þar leitt í ljós að hvaða leyti Ísland hefur markað sér sess í honum.

Í *öðrum kafla* er fjallað um meginregluna um skaðabótaábyrgð ríkis í EB-rétti og þróun hennar í dómaframsal Evrópuþingstólsins. Greint verður frá réttarstöðunni fyrir og eftir tímamótadóm í sameinuðum málum *C-6/90 og C-9/90 Francovich o.fl. gegn ítalska ríkinu*. Gerð verður grein fyrir þremur skilyrðum skaðabótaábyrgðar ríkis og ítarleg umfjöllun verður um skilyrðið „nægilega alvarlegt” sem er jafnframt þungamiðja þessarar ritgerðar.

¹ „Dagurinn“ (1918) 6 (21) Morgunblaðið 1.

² Björg Thorarensen og Pétur Dam Leifsson, *Þjóðaréttur* (Codex 2011) 57.

² Björg Thorarensen og Pétur Dam Leifsson, *Þjóðaréttur* (Codex 2011) 57.

Í *þriðja kafla* beinist umfjöllun að meginreglunni um skaðabótaábyrgð ríkis í EES-rétti og þróun reglunnar í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins. Leitast verður við að gera grein fyrir tegundum þeirra brota er reynt hefur á fyrir EFTA-dómstólnum í þeim efnum.

Í *fjórða kafla* er meginumfjöllun höfundar á rannsóknarspurningu ritgerðarinnar sem snýr að því hvort framsal íslenska ríkisins á fullveldi sínu hafi verið meira en ráðgert var við undirritun EES-samningsins, og þá sérstaklega með tilliti til umræddrar meginreglu EES-réttar sem hvergi finnst berum orðum í samningnum, heldur eigi rætur að rekja til Evrópudómstólsins.

Í *fimmta kafla* eru megin niðurstöður ritgerðarinnar dregnar saman og leitast við að draga ályktanir af umfjölluninni.

1. Ísland og Evrópusamruninn í sögulegu samhengi

Fríverslunarsamtök Evrópu (hér eftir *EFTA*) voru stofnuð árið 1960 í kjölfar undirritunar stofnsamnings í Svíðþjóð sem kenndur hefur verið við Stokkhólm. Segja má að stofnun EFTA hafi verið eins konar svar við Efnahagsbandalaginu en ótti þeirra ríkja sem utan þess stóðu jukust við velgengnina og mikil hræðsla var um frjálsa verslun þeirra innan Evrópu.³ Tildrög stofnunar EFTA var að koma á fríverslun sem byggði á hreinu milliríkjasamstarfi og fæli ekki í sér takmörkun á fullveldi aðildarríkja með sama hætti og Evrópubandalagið.⁴ Ísland gerðist aðili að EFTA árið 1970 og tveim árum síðar hófu Efnahagsbandalagið og EFTA samstarf með gerð fríverslunarsamninga. Á næstu árum varð ljóst að Efnahagsbandalagið hafði mikla yfirburði við EFTA og í framhaldi af því hófust viðræður um samstarf EFTA-ríkjanna og bandalagsins á sviði efnahags- og viðskiptamála, sem jafnframt veitti EFTA-ríkjunum aðgang að mörkuðum bandalagsins. Niðurstaða viðræðanna var samningurinn um Evrópska Efnahagssvæðið (hér eftir *EES-samningurinn*) sem undirritaður var 2. maí 1992 í Oportó. Aðilar að honum voru þáverandi EFTA-ríkin og Evrópusambandið svokallað ásamt þáverandi aðildarríkjum þess. Það var ekki fyrr en tveimur árum síðar sem samningurinn tók gildi en höfnun Sviss á samningnum í þjóðaratkvæðagreiðslu varð til þess að gildistöku hans var frestað.⁵

Í samningaviðræðum um EES-samninginn voru EFTA-ríkin, á grundvelli fullveldissjónarmiða, ekki tilbúin að ganga eins langt í framsali á lagasetningarvaldi til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins líkt og EB-ríkin gerðu. Var EFTA-ríkjunum, af hálfu EB, gert skylt að tryggja forgang EES-reglnanna svo réttarstaða einstaklinga yrði ekki fyrir borð borin.⁶ EFTA-ríkin Ísland og Noregur sem styðjast við hina svokölluðu tvíeðliskenningu⁷ gátu hins vegar ekki veitt samþykki sitt fyrir beinum laga- og

³ Gunnar G. Schram, *Evrópubandalagið* (Háskólaútgáfan 1990) 22–23.

⁴ Eiríkur Bergmann Einarsson, *Evrópusamruninn og Ísland: leiðarvísir um samrunaþróun Evrópu og stöðu Íslands í evrópsku samstarfi* (Háskólaútgáfan 2003) 82.

⁵ Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Úlfjótur 2010) 115–117.

⁶ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 101.

⁷ Tvíeðliskenningin gengur út frá því tvíeðli lands- og þjóðaréttar, þ.e. að þjóðarétturinn sé ekki hluti af landsrétti viðkomandi ríkis nema reglur hans séu sérstaklega felldar inn í landsrétt.

forgangsáhrifum EES-réttar. Ljóst var að finna þurfti málamiðlun sem aðilar gætu sæst á og var farin sú leið með bókun 35 við EES-samninginn.⁸ Í bókun 35 kemur fram:

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 þessu markmiðum verður því að ná með þeirri málsmeðferð sem gildir í hverju landi um sig.⁹

Þar að auki fylgdi stök grein sem er svohljóðandi, „Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga, skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.”¹⁰

Bókuninni er þannig ætlað að stuðla að markmiði samningsins um einsleitni verði náð með því að veita lögfestum EES-reglum forgang gagnvart öðrum lagaákvæðum, í þeim tilvikum er þeim lýstur saman og án þess þó að um framsal á lagasetningarvaldi EFTA-ríkjanna sé að ræða.¹¹

Hér á landi var EES-samningnum veitt gildi með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið (hér eftir *eesl.*) en með lögunum urðu réttarheimildir Evrópusambandsins hluti íslensks réttar og þar með umfjöllunarefni íslensks réttarfars.¹² Bókun 35 hefur verið fullnægð með ákvæði 3. gr. sömu laga,¹³ þar sem segir „Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.”

Athyglisverður munur er á orðalagi bókunar 35 og 3. gr. *eesl.* Á meðan bókun 35 kveður á um forgangsáhrif EES-reglna felur 3. gr. *eesl.* einungis í sér lögskýringarreglu sem í raun veitir ekki EES-reglum forgang gagnvart innlendum reglum. Segja má að með 3. gr. *eesl.* hafi verið lögfest sérstök lögskýringarregla sem mæli fyrir um að ákvæði annarra laga skuli skýrð í samræmi við EES-reglur.

⁸ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Úlfjótur 2010) 173–174.

⁹ EES - Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið, Bókun 35.
<<http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/ccc1f064205973de00256700004fcb50?OpenDocument&Highlight=0,b%C3%B3kun,35>> skoðað 10. apríl 2013.

¹⁰ EES - Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið, Bókun 35.
<<http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/ccc1f064205973de00256700004fcb50?OpenDocument&Highlight=0,b%C3%B3kun,35>> skoðað 10. apríl 2013.

¹¹ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 102.

¹² Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Úlfjótur 2010) 119.

¹³ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 111.

Til þess að ESB-gerðir¹⁴ verði hluti af EES-samningnum þarf til þess samþykki sameiginlegu EES-nefndarinnar. Eftir að ESB-gerðir hafa verið teknar inn í EES-samninginn er það undir EFTA-ríkjunum komið að veita þeim lögfestingu í landsrétti sínum.¹⁵ Samkvæmt 104. gr. eesl. eru ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar skuldbindandi fyrir EFTA-ríkin þegar þær eru teknar nema eitthvert þeirra beitir heimild 103. gr. eesl. til að setja stjórnskipulegan fyrirvara. Árið 2000 var breytt verklagsreglum á innleiðingu ESB-gerða hér á landi á þann veg að þær ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar, sem kalla á lagabreytingar og Ísland hefur gert stjórnskipulegan fyrirvara við samkvæmt 103. gr. eesl. skyldu sæta sérstöku samþykki Alþingis líkt og gildir um þjóðréttarsamninga. Þessi framkvæmd hefur þann tilgang að standa vörð um fullveldið en samþykki Alþingis er leitað með þingsályktunartillögu.¹⁶

¹⁴ Með ESB-gerðum skírskotar höfundur til tilskipana, reglugerða og ákvarðana Evrópusambandsins.

¹⁵ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins: Skýrsla Evrópunefndar“ (Forsætisráðuneytið 2007) 30–31.

¹⁶ sama heimild 37.

2. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis í EB-rétti.

Ófullkomleiki reglna um bein og óbein réttaráhrif í framkvæmd leiddu til þess að undirstaða meginreglu EB-réttar um skaðabótaskyldu ríkis vegna vanrækslu á innleiðingu EB-reglna var lögð í dómi EB-dómstólsins í sameinuðum málum nr. C-6 og 9/90 Francovich o.fl. gegn Ítalíu (hér eftir *Francovich-málið*).¹⁷

Francovich-málið varðaði tilskipun nr. 90/987/EBE sem ráðherraráð sambandsins setti til að tryggja að öll aðildarríki skyldu veita launþegum lágmarks réttarvernd vegna ógreiddra launakrafna á hendur gjaldþrota atvinnurekendum. Aðildarríkin áttu samkvæmt tilskipuninni að setja í lög ákvæði um stofnun ábyrgðarsjóðs sem ítalska ríkið sinnti ekki. Framkvæmdastjórn sambandsins hafði höfðað mál gegn ítalska ríkinu vegna þessa þar sem Ítalir báru sigur af hólmi. Andrea Francovich og fleiri einstaklingar áttu inni ógreidd laun hjá vinnuveitanda sínum á Ítalíu sem hafði orðið gjaldþrota en ítalska ríkið hafði engar ráðstafanir gert til að laga löggjöf sína að tilskipuninni þrátt fyrir málsókn framkvæmdastjórnar. Þessi vanræksla ítalska ríkisins varð þess valdandi að launþegarnir fengu ekki laun sín greidd sem þeir hefðu alla jafnan átt að fá. Launþegarnir höfðuðu því mál gegn ítalska ríkinu fyrir landsdómstólum Ítalíu sem síðan leitaði eftir forúrskurði EB-dómstólsins. Í fyrsta lagi var óskað var eftir skýringu á áðurnefndri tilskipun um hvort ákvæði hennar hefðu bein réttaráhrif með þeim hætti að einstaklingar gætu byggt rétt sinn á henni. Í annan stað var spurt hvort það varðaði ítalska ríkið skaðabótaábyrgð að hafa ekki fullnægt skuldbindingum sínum samkvæmt bandalagsrétti að þessu leyti.¹⁸

Ákvæði tilskipunarinnar um aðild að réttindum sem í henni fólust taldi dómstóllinn nægilega skýr og óskilyrt til að hafa bein réttaráhrif. Hver bæri ábyrgð á tryggingunni var hins vegar ekki hægt að lesa úr ákvæðunum og því varð niðurstaðan sú að þau gætu ekki haft bein réttaráhrif. Launþegarnir stóðu því frammi fyrir því að geta ekki byggt á beinum réttaráhrifum tilskipunarinnar gegn ríkinu fyrir dómstólum.¹⁹

Varðandi mögulega skaðabótaábyrgð ítalska ríkisins skírskotaði EB-dómstóllinn til þess að með Rómarsáttmálanum hafi verið sett á sérstakt réttarkerfi sem aðildarríkjum bæri skylda til að framfylgja. Einstaklingar aðildarríkjanna væru hluti þess réttarkerfis en með því hafi ekki einungis verið lagt á þá skyldur heldur hafi þeim einnig verið veitt réttindi sem aðildarríkjum

¹⁷ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 197.

¹⁸ Sameinuð mál C-6 og 9/90 Francovich o.fl. g. Ítalska ríkinu [1991] ECR I-5357.

¹⁹ sama heimild, mgr. 26 – 27.

bæri að tryggja.²⁰ Niðurstaða málsins varð því sú að ítalska ríkið var talið hafa brotið gegn 5. gr. Rómarsáttmálans (nú 3. mgr. 4. gr. SFE) með því að hafa ekki gert allar viðeigandi ráðstafanir til að tryggja að staðið yrði við skuldbindingar samkvæmt lögum bandalagsins.²¹ Með vísan til sérstaks eðlis samningsins taldi dómstóllinn það vera sjálfsagða og rökrétta afleiðingu vanrækslu ríkisins að til skaðabótaskyldu þess stofnist gagnvart einstaklingum sem tjón hljóta vegna þess. Var því staðfest af EB-dómstólnum að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis væri hluti EB-réttarns.²² Þarna má segja að dómstóllinn hafi lesið inn í samninginn eitthvað sem menn höfðu ekki endilega gert ráð fyrir, þ.e. að slík skaðabótaskylda væri innbyggð í samningnum. Dómstóllinn sagði orðrétt í 35. mgr. málsins „It follows that the principle whereby a State must be liable for loss and damage caused to individuals as a result of breaches of Community law for which the State can be held responsible is inherent in the system of the Treaty.”²³ Þetta rökstuddi dómstóllinn með eftirfarandi orðalagi í 33. -34. mgr. málsins:

33. The full effectiveness of Community rules would be impaired and the protection of the rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible.

34. The possibility of obtaining redress from the Member State is particularly indispensable where, as in this case, the full effectiveness of Community rules is subject to prior action of the part of the State and where, consequently, in the absence of such action, individuals cannot enforce before the national courts the rights conferred upon them by Community law.²⁴

Dómstóllinn taldi að réttur einstaklinga gæti ekki takmarkast við bein réttaráhrif tilskipana sem ekki hafi verið leiddar í landsrétt. Annað kynni að hafa neikvæð áhrif á virkni bandalagsreglnanna ef skaðabótaskylda ríkis yrði ekki viðurkennd og réttarvernd einstaklinga og lögaðila veikari fyrir vikið ef þeim stæði ekki til boða að að krefjast skaðabóta vegna tjóns, sem væri sennileg afleiðing vanefnda ríkis á skuldbindingum sínum samkvæmt EB-rétti.²⁵ Þykir rétt að taka það fram að rök dómsins eru áþekk rökstuðningi í tímamótamálum nr. C-

²⁰ sama heimild, mgr. 31.

²¹ sama heimild, mgr. 36.

²² Í *Francovich*-málinu er vísað til EB-réttar þar sem málið var kveðið fyrir gildistöku Lissabon-sáttmálans.

²³ Sameinuð mál C-6 og 9/90 *Francovich* o.fl. g. Ítalska ríkinu [1991] ECR I-5357, mgr.35.

²⁴ sama heimild, mgr. 33.

²⁵ sama heimild, mgr. 34.

26/62 Van Gend en Loos og máli nr. 6/64 Flaminio Costa gegn ENEL, þar sem vísað var til nauðsyn um að ná markmiðum hins sameiginlega markaðs.²⁶

2.1 Réttarstaðan fyrir dóm í Francovich-málinu

Líkt og áður hefur komið fram er meginregluna um skaðabótaábyrgð ríkis ekki að finna í SFE og var aukinheldur ekki að finna í Rómarsáttmálanum. Í 340. gr. SFE (áður 2. mgr. 288. gr. og þar áður 2. mgr. 215. gr. Rómarsáttmálans) er hins vegar vikið að skaðabótaskyldu bandalagsins, stofnana þess eða starfsmanna, utan samninga. Ákvæðið er svohljóðandi:

The contractual liability of the Union shall be governed by the law applicable to the contract in question.

In the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties.

Notwithstanding the second paragraph, the European Central Bank shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by it or by its servants in the performance of their duties.

The personal liability of its servants towards the Union shall be governed by the provisions laid down in their Staff Regulations or in the Conditions of Employment applicable to them.²⁷

Ákvæðið endurspeglar þá skyldu opinberra aðila að bæta það tjón sem verður við framkvæmd skyldustarfa þeirra.²⁸ Tekið skal fram að ákvæði 340. gr. SFE eigi sér ekki samsvörun í EES-rétti.²⁹ Svipað ákvæði er hins vegar að finna um skaðabótaábyrgð Eftirlitsstofnunar EFTA í 46. gr. samningsins um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.³⁰ Með framsetningu sameiginlegra meginreglna í 340. gr. SFE hefur dómstólnum verið auðveldað að þróa ennfremur reglur um skaðabótaábyrgð utan samninga og gildissvið þeirra.³¹

²⁶ Per Tresselt og Katinka Mahieu, „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 Tímarit Lögfræðinga 335, 345.

²⁷ 340. gr. Sáttmálans um framkvæmd Evrópusambandsins.

²⁸ Sameinuð mál C-46 og 48/93 Brasserie de Pecheur/Factortame [1996] ECR I-1029, mgr. 29.

²⁹ Stefán Már Stefánsson, „Þýðing meginreglna í bandalagsrétti og í rétti Evrópskra efnahagssvæðisins“ í Garðar Gíslason (ritstj.), *Lindæla: Sigurður Lindal sjötugur 2. júlí 2001* (Hið íslenska bókmenntafélag 2001) 535.

³⁰ Per Tresselt og Katinka Mahieu, „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 Tímarit Lögfræðinga 335, 351.

³¹ sama heimild 304.

Pörfin á eindregnum ákvæðum í bandalagsrétti um skaðabótaábyrgð utan samninga hefur leitt til áralangrar myndunar Evrópudómstólsins á meginreglunni um skaðabótaábyrgð ríkis til að bæta það tjón sem einstaklingar og lögaðilar verða fyrir vegna vanrækslu þess á bandalagsrétti. Sjónarmið um mögulega bótaábyrgð aðildarríkja EB vegna brota þeirra voru þar af leiðandi sjáanleg í dómum EB-dómstólsins löngu fyrir uppkvaðningu dóms *Francovich-málnu*, þar virðist þó engri reglu hafi verið slegið fastri sem slíkri. Sem dæmi má nefna forúrskurðarmál nr. C-6/60 Humblet gegn Belgíu³² frá árinu 1960 er snérist um KSE, þar sem dómstóllinn sagði það skyldu aðildarríkja að stöðva framkvæmdir sem færu í bága við bandalagsréttinn og ennfremur að bæta fyrir þær vegna forgangs skyldna samkvæmt samningnum gagnvart landsrétti.³³ Í máli nr. C-5/71 Zuckerfabrik Schöppenstedt gegn ráðinu fjallaði dómstóllinn um skaðabótaábyrgð stofnana bandalagsins vegna rangrar lagasetningar.³⁴ Talið var að samkvæmt ákvæði 2. mgr. 215. gr. Rómarsáttmálans (nú 340. gr. SFE) gætu stofnanir bandalagsins ekki talist skaðabótaskyldar gagnvart einstaklingum utan samninga, vegna lagasetningar um val á mótun hagstefnu bandalagsins, nema í þeim tilvikum að brot á æðri reglu sem ætlað væri að vernda einstaklinga hafi átt sér stað og teldist gróft. Til að meta hvort um ólöglega athöfn væri að ræða beitti dómstóllinn hinni svokölluðu “Schöppenstedt-formúlu” sem nánar verður vikið að síðar.³⁵

Í sammingsbrotamáli nr. C-39/72 Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu³⁶ frá árinu 1973, virðist dómstóllinn hallast að enn rýmri gildissviði reglunnar með því að gefa í skyn að aðildarríki geti borið skaðabótaskyldu gagnvart öðrum aðildarríkjum og bandalaginu sjálfu en ekki einungis gagnvart einstaklingum og lögaðilum.³⁷ Forúrskurð EB-dómstólsins frá árinu 1976 í máli nr. C-60/75 Russo³⁸ má túlka á þann veg ríki gerist brotlegt samkvæmt niðurstöðu dómstólsins þá geti það orðið grundvöllur fyrir skaðabótaábyrgð ríkisins samkvæmt landsrétti einstakra aðildarríkja hefðu einstaklingar eða lögaðilar orðið fyrir tjóni vegna þessa. Það var

³² Mál C-6/60 Humblet g. Belgíu [1960] ECR 559.

³³ Per Tresselt og Katinka Mahieu, „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 Tímarit Lögfræðinga 335, 341.

³⁴ Mál C-5/71 Zuckerfabrik Schöppenstedt g. ráðinu [1971] ECR 975, mgr. 11.

³⁵ Josephine Steiner, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, *EU law* (9. útg., Oxford University Press 2006) 292.

³⁶ Mál C-39/72 Framkvæmdastjórnin g. Ítalíu [1973] ECR 101.

³⁷ Per Tresselt og Katinka Mahieu, „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 Tímarit Lögfræðinga 335, 342.

³⁸ Mál C-60/75 Russo g. Aima [1976] ECR 45.

ekki fyrr en 15 árum síðar sem tilvist meginreglunnar um skaðabótaábyrgð ríkis var staðfest af Evrópudómstólnum í *Francovich*-málinu.³⁹

2.2 Réttarstaðan eftir dóm í *Francovich*-málinu

Í framkvæmd hefur *Francovich*-málinu verið fylgt eftir af Evrópudómstólnum og meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins staðfest enn frekar. Þar að auki hefur reglan tekið á sig þær viðbætur að hún eigi einnig við þegar beinum réttaráhrifum sleppir og er bótaskyldan þar af leiðandi ekki eingöngu takmörkuð innleiðingu tilskipunar heldur tekur hún til hvers kyns brota aðildarríkis á EB-rétti.⁴⁰ Þetta var staðfest í sameinuðum forúrskurðarmálum nr. C-46/93 *Brasserie du Pêcheur SA* gegn Þýskalandi og C-48/93 *Factortame III* gegn Bretlandi frá árinu 1996 þar sem sú spurning vaknaði hvort gildissvið meginreglunnar tæki einungis til vanrækslu ríkis á innleiðingu tilskipana eða hvort það væri í raun rýmra. Var því slegið föstu að reglan eigi við þegar ríki brýtur á meginmáli samningsins og í raun þegar um hvers kyns brot gegn sambandsrétti sé að ræða.⁴¹ Afleiðing þessarar dómaframkvæmdar er sú að ekki skipti máli hvaða armur ríkisvaldsins gerist sekur um brot svo framarlega sem það teljist nægilega alvarlegt. Sú krafa er hins vegar gerð að vanræksla ríkis, aðgerðir eða aðgerðarleysi, verður að vera sambærileg eða hliðstæð því sem leitt getur til skaðabótaábyrgðar stofnana Evrópusambandsins á grundvelli 340. gr. (áður 288. gr. og þaráður 215. gr. Rómarsáttmálans) sáttmála um framkvæmd Evrópusambandsins.

2.3 Skilyrði skaðabótaábyrgðar

Í *Francovich*-málinu staðfesti dómstóllinn að samkvæmt bandalagsrétti gæti aðildarríki, að þremur skilyrðum uppfylltum borið skaðabótaábyrgð gagnvart einstaklingum vegna tjóns sem rekja mætti til vanrækslu á skuldbindingum þess samkvæmt löggjöf bandalagsins. Dómstóllinn eftirlét dómstólum aðildarríkja að meta hvort þessi skilyrði teljist fullnægð en þau voru, í fyrsta lagi að tilgangur tilskipunarinnar þyrfti að vera þess efnis að veita einstaklingum réttindi; í öðru lagi væri nauðsynlegt að geta skilgreint þau réttindi á grundvelli ákvæða tilskipunarinnar og; í þriðja lagið var gerð krafa orsakatengsl á milli brots aðildarríkis

³⁹ Per Tresselt og Katinka Mahieu, „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 *Tímarit Lögfræðinga* 335, 342–343.

⁴⁰ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 93.

⁴¹ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Úlfjótur 2010) 72.

á bandalagslöggjöf og tjóns aðila.⁴² Lögð var sérstök áhersla á að skaðabóta- og réttarfarslöggjöf viðkomandi aðildarríkis skyldi gilda þegar skaðabóta væri krafist að tveimur skilyrðum fullnægðum. Annars vegar mættu réttarfarslegar og efnislegar forsendur fyrir bótaábyrgð ekki leiða til verri réttarstöðu en samsvarandi innlendar kröfur og hins vegar mætti ekki túlka þær þannig að fjarstætt eða ómögulegt væri að fá bæturnar í reynd.⁴³ Evrópudómstóllinn hafði kveðið áður um þessar forsendur árið 1983 í máli nr. C-199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato* gegn *San Giorgio*, sem varðaði starfshætti stofnunar bandalagsins er fór í bága við bandalagslöggjöf og nær ógerlegt fyrir stefnendur að uppfylla skilyrði ákvæðis um að sanna fjárhagslegt tjón fyrir endurgreiðslu á skatti. Þá var áður nefndur dómur notaður sem fordæmi í *Francovich*-málinu og forsendunum beitt með löggjöfnun svo þær tækju til skaðabótaábyrgðar ríkis.⁴⁴ Með framangreint í huga þykir rétt að vísa í skyldur dómstóla aðildarríkjanna sem Evrópudómstóllinn áréttaði í máli nr. C-106/77 *Simmenthal* gegn *Amministrazione delle Finanze dello Stato*⁴⁵ um forgangsáhrif bandalagsréttar gagnvart landsrétti. Í málinu stóð ítalskur dómari frammi fyrir togstreitu milli reglugerðar og ítalskra laga sem sum hver voru sett eftir reglugerðinni. Evrópudómstóllinn hafði þetta að segja í 16. og 21. mgr. dómsins:

16. This consequence also concerns any national court whose task it is an organ of a Member State to protect, in a case within its jurisdiction, the rights conferred upon individuals by community law.

21. [...]every national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provisions of national law which may conflict with it, whether proper or subsequent to the Community rule.⁴⁶

Af þessum orðum dómstólsins er ljóst að aðildarríkjunum beri skylda til að tryggja að löggjöf landsréttar sem fer í bága við sambandsréttinn sé virt að vettugi. Annað kynni að hafa þær afleiðingar að erfitt sé fyrir einstaklinga sem verða fyrir tjóni að sækja bætur en það færi tvímælalaust gegn framangreindum forsendum sem lagðar voru í *Francovich*-málinu.

Skilyrðin fyrir skaðabótaábyrgð ríkis hafa verið ítrekuð af Evrópudómstólnum í dómaframkvæmd en þau tóku breytingum í sameinuðum forúrskurðarmálum C-48/93

⁴² Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 207.

⁴³ Sameinuð mál C-6 og 9/90 *Francovich* o.fl. g. Ítalska ríkinu [1991] ECR I-5357, mgr. 43.

⁴⁴ sama heimild, mgr. 43.

⁴⁵ Mál C-106/77 *Simmenthal* g. *Amministrazione delle Finanze dello Stato* [1978] ECR 629.

⁴⁶ sama heimild, mgr. 16 – 21.

Factortame III gegn Bretlandi og C-46/93 Brasserie du Pecheur SA gegn Þýskalandi. Skilyrðin nú orðuð með hinu breytta fyrirkomulagi en breytingarnar fólu í sér að í fyrsta lagi þurfi regla að skapa til rétt handa einstaklingum; í annan stað þarf um nægilega alvarlega vanrækslu á skuldbindingum ríkisins að vera ræða og; í þriðja lagi verður orsakasamband að vera fyrir hendi milli vanrækslu ríkis á skuldbindingum sínum og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.⁴⁷ Taldi Evrópudómstóllinn að þegar ríki stæði frammi fyrir aðstæðum sambærilegar stofnunum bandalagsins á grundvelli 288. gr. Rómarsáttmálans (nú 340. gr. SFE) þegar þau samþykkja ráðstafanir bandalagsréttar geti aðeins verið um skaðabótaskyldu að ræða að þessum þremur skilyrðum uppfylltum.⁴⁸ Verður nú vikið að hverju skilyrði fyrir sig.

2.3.1 Regla skapi til rétt handa einstaklingum

Fyrsta skilyrðið hefur verið túlkað sem svo að í reglunni sem brot snýst um verði að felast að einstaklingar og þar með taldir lögaðilar, öðlist tiltekin réttindi, og ákvæðið verður að bera með sér hver þau réttindi eru. Þetta skilyrði virðist uppfyllt svo lengi sem ákvæði EB-löggjafar er ætlað að veita einstaklingum réttindi. Með hliðsjón af þessu er vert að skoða mál nr. C-222/02 Peter Paul o.fl. gegn Þýskalandi. Það mál reis vegna gjaldþrots innlánastofnunarinnar BVH sem hafði þá eftirmála að innstæðueigendur urðu fyrir tjóni. Tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi kvað á um rétt innstæðueigenda til greiðslu fjárhæðar allt að 20.000 evra í því tilviki að tryggðar innstæður þeirra yrðu óaðgengilegar. Þýska ríkið hafði vanrækt að innleiða tilskipunina innan réttra tímamarka og kröfðust innstæðueigendurnir ríkið sökum þess bætur umfram þær 20.000 evrur sem þeir höfðu þegar fengið greitt. Þýska ríkið var ekki talið bera skaðabótaskyldu þar sem innstæðueigendurnir höfðu þegar notið verndar samkvæmt tilskipuninni.⁴⁹ Dómstóllinn hafði eftirfarandi orð í málinu:

31. [...] the directive may not result in the Member States' or their competent authorities' being made liable in respect of depositors if they have ensured the compensation or protection of depositors under the conditions prescribed in the directive.⁵⁰

⁴⁷ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 208.

⁴⁸ sama heimild.

⁴⁹ Mál C-222/02 Peter Paul o.fl. g. Þýskalandi [2004] ECR I-9425, mgr. 31.

⁵⁰ Mál C-222/02 Peter Paul o.fl. g. Þýskalandi [2004] ECR I-9425, mgr. 31.

Reglan sem þarna var til umfjöllunar skapaði vissulega rétt til handa einstaklingum en sá réttur sem reglan bar með sér hafði þá þegar verið þeim veittur. Tilskipunin skapaði þar af leiðandi ekki rétt til handa einstaklingum að því leyti. Hefðu einstaklingarnir sem um ræðir í málinu ekki þegar fengið innstæður sínar tryggðar upp að marki 20.000 evra má velta fyrir sér hvernig niðurstaðan hefði ráðist. Þýska ríkið hefði þá öllum líkindum borið skaðabótaábyrgð í málinu samkvæmt 7. gr. tilskipunarinnar en hún er svohljóðandi „Deposit-guarantee schemes shall stipulate that the aggregate deposits of each depositor must be covered up to ECU 20 000 in the event of deposits’ being unavailable.’’⁵¹

Í *Brasserie*-málinu var tekið fyrir að skaðabótaábyrgð kæmi einungis til greina ef ákvæði bandalagsréttar hefðu bein réttaráhrif. Það kæmi niður á réttindum einstaklinga ef þeir fengju ekki að njóta þeirra réttinda sem þeim er falið með bandalagsréttinum sökum vanrækslu aðildarríkja að leiða það í landsrétt. Um þetta sagði dómstóllinn í 22. mgr. málsins:

22. It is all more so in the event of infringement of a right directly conferred by a Community provision upon which individuals are entitled to rely before the national courts. In that event, the right to reparation is the necessary corollary of the direct effect of the Community provisions whose caused the damage sustained.⁵²

Samkvæmt þessu þurfa einstaklingar ekki lengur að reiða sig á bein réttaráhrif. Dómstóllinn telur rétt einstaklinga til skaðabóta nauðsynlega og eðlilega afleiðingu hinna beinu áhrifa þeirrar reglu sem leiðir til tjónsins.

2.3.2 Nægilega alvarlegt brot (sufficiently serious)

Annað skilyrðið sem er jafnframt þungamiðja þessarar ritgerðar er á þann veg að um nægilega alvarlega vanrækslu á skuldbindingum ríkisins verður að vera að ræða svo til skaðabótaábyrgðar þess stofnist. Telja verður að þetta sé skilyrði sé það brýnasta við mat á því hvort ríki hafi bakað sér skaðabótaskyldu. Skilyrðið að brot ríkis þurfi að vera nægilega alvarlegt var nánar útfært í sameiginlegum forúrskurðarmálum nr. C-46/93 *Brasserie du Pêcheur* gegn Þýskalandi og C-48/93 *Factortame III* gegn Bretlandi frá árinu 1996.⁵³

Brasserie-málið varðaði ákvæða belgískra laga sem gerðu kröfu um hreinleika vöru („Reinheitsgebot“). Franskt fyrirtæki sem bar nafnið *Brasserie du Pêcheur* varð að hætta við að flytja inn bjór til Þýskalands þar sem varan uppfyllti ekki þetta áðurnefnda

⁵¹ Tilskipun 94/19/EB um innlánatryggingakerfi [1994] OJ L 135/5.

⁵² Sameinuð mál C-46 og 48/93 *Brasserie de Pêcheur/Factortame* [1996] ECR I-1029, mgr. 22.

⁵³ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 199.

hreinleikaskilyrði þýskra laga. Evrópudómstóllinn taldi þýska ríkið hafa brotið gegn þágildandi 30. gr. Rómarsáttmálans (nú 34. gr. SFE), með því að banna með lögum að bjór löglega framleiddur í öðrum aðildarríkjum, en sem uppfyllti ekki innihaldslýsingar þýskra reglna um bjór, yrði markaðsettur undir vörumerkinu bjór. Niðurstaðan var sú að þýsku lögin fælu í sér beina mismunun sem færi augljóslega í bága við bandalagsrétt sem og að slík brot gæti varðað aðildarríki skaðabótaábyrgð að nánari skilyrðum uppfylltum.⁵⁴

Factortame-málið varðaði ákvæði breskra laga sem hertu til muna skilyrði fyrir því að skip fengist skráð undir breskum fána. Tilgangur laganna var að tryggja að skip skráð í Englandi væru í eigu breskra ríkisborgara og fyrirtækja. Lögin höfðu þær afleiðingar að spænskir eigendur fiskveiðiskipa misstu fiskveiðirétt sinn þar sem þeir uppfylltu ekki skilyrði um ríkisborgararéttindi, búsetu og lögheimili. Höfðuðu því spænsku eigendurnir mál fyrir breskum dómstólum og byggðu á því að ákvæðin væru andstæð ákvæðum Rómarsáttmálans. Niðurstaða málsins var sú að bresku lögin fælu í sér beina mismunun sem færi augljóslega í bága við bandalagsrétt sem og að slík brot gætu varðað aðildarríki skaðabótaábyrgð að nánari skilyrðum uppfylltum.⁵⁵

Niðurstaða Evrópudómstólsins í málinu var sú að allar aðgerðir eða aðgerðarleysi löggjafarvalds, framkvæmdarvalds og dómsvalds sem brjóta gegn ESB-réttinum, geti haft í för með sér skaðabótaábyrgð ríkisins⁵⁶ svo lengi sem þær teljast nægilega alvarlegar.

2.3.2.1 Brasserie-prófið vs Schöppenstedt-formúlan

Í *Brasserie-málinu* vísaði dómstóllinn til eigin dómaframkvæmdar um skaðabótaskyldu bandalagsins utan samninga skv. 215. gr. Rómarsáttmálans (nú 340. gr. SFE) sem aðalatriði og taldi að brots ríkis vegna löggjafar sem færi í bága við bandalagsréttinn hlyti í megindráttum að vera hliðstætt skilyrðum fyrir skaðabótaábyrgð bandalagsins utan samninga í sambærilegum tilvikum, enda mætti vernd einstaklinga í grófum dráttum ekki ráðast af því hver bryti gegn rétti þeirra.⁵⁷ Um það sagði Evrópudómstóllinn í 42. mgr. dómsins:

42. [...]the conditions under which the State may incur liability for damage caused to individuals by a breach of Community law cannot, in the absence of particular justification, differ from those governing the liability of the Community in like circumstances. The protection of the rights which individuals derive from Community

⁵⁴ Mál C-46/93 Brasserie de Pecheur [1996] ECR I-1029.

⁵⁵ Mál C 48/93 Factortame III [1996] ECR I-1029.

⁵⁶ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 208.

⁵⁷ Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 193.

law cannot vary depending on whether a national authority or a Community authority is responsible for the damage.⁵⁸

Af þessum orðum dómstólsins er ljóst að vernd einstaklinga skuli ekki vera mismunandi á grundvelli þess hver beri ábyrgð á tjóni einstaklingsins, stjórnvöld aðildarríkja eða stofnanir bandalagsins.⁵⁹ Þessi mælikvarði á ólögumætri athöfn sem og einblýnir á vernd einstaklingsins er betur þekkt sem ‘‘Schöppenstedt-formúlan’’ eftir áður nefndu máli nr. C-5/71 Zuckerfabrik Schöppenstedt gegn ráðinu. Mælikvarðinn er notaður vegna tjóns sem orsakast af rangri lagasetningu stofnunar en honum var ekki ætlað að taka til stjórnsýsluathafna. Gerður er greinarmunur þarna á milli þar sem sem lagasetningar fela í sér val um hagstefnu og er því erfiðara að framkvæma.⁶⁰ Schöppenstedt-formúlan gerir þríþættar kröfur til stefnanda, í fyrsta þurfi stefnandi að sýna fram á að tjón megi rekja til ólögumætrar háttsemi bandalagsins við val á hagstefnu; í öðru lagi að sú háttsemi feli í sér gróft brot á æðri reglu; og í þriðja lagi að sú regla sé ætluð til verndar einstaklingum.⁶¹ Samkvæmt þessu gengur Schöppenstedt-formúlan út á það að sýna fram á gróft brot á æðri reglu sem hefur þann tilgang að veita einstaklingum ákveðna vernd.⁶²

Dómstóllinn sló því föstu að brot teljist nægilega alvarlegt þegar stofnun bandalagsins eða aðildarríki hefur í löggjafarstarfi sínu við framkvæmd stefnu bandalagsréttar farið augljóslega og alvarlega yfir mörk matskenndra heimilda sinna. Dómstóllinn sagði í 55. mgr. dómsins:

55. [...] as regards to both Community liability under Article 215 and Member State liability for breaches of Community law, the decisive test for finding that breach of Community law is whether the Member State or the Community institution manifestly and gravely disregarded the limits of its discretion.⁶³

Dómstóllinn tiltók að aðildarríki yrði ekki skaðabótaskyldt nema á sama grundvelli og stofnanir sambandsins. Ábyrgð stofnana bandalagsins kæmi ekki til greina nema viðkomandi stofnun hafi með alvarlegum og augljósum hætti farið út fyrir mörk matskenndra heimilda sinna og sökum þess yrði að gera þá kröfu um brot aðildarríkja að sama skapi.⁶⁴

⁵⁸ Sameinuð mál C-46 og 48/93 Brasserie de Pêcheur/Factortame [1996] ECR I-1029, mgr. 42.

⁵⁹ Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 193.

⁶⁰ sama heimild 194.

⁶¹ Josephine Steiner, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, *EU law* (9. útg., Oxford University Press 2006) 292–293.

⁶² Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 192–193.

⁶³ Sameinuð mál C-46 og 48/93 Brasserie de Pêcheur/Factortame [1996] ECR I-1029, mgr. 55.

⁶⁴ sama heimild, mgr. 45.

Í *Brasserie*-málinu eftirlét Evrópudómstóllinn dómstólum einstakra aðildarríkja að meta hvort skilyrðum skaðabótaábyrgðar sé uppfyllt og útbjó lista yfir hvað þeir geti meðal annars haft til hliðsjónar við mat á alvarleika brots. Listanum er ætlað að leiða í ljós hvort ríki hafi farið út fyrir mörk matsheimilda sinna með alvarlegum og augljósum hætti.⁶⁵ Þetta hefur verið kallað *Brasserie*-prófið en dómurinn tilgreinir eftirfarandi atriði sem innihald þess:

56. [...] the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national or Community authorities, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by a Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to Community law.⁶⁶

Af þessu er ljóst að *Brasserie*-prófið svipar að miklu leyti til Schöppenstedt-formúlunnar og færa má rök fyrir því að tilgangur þessara aðferða sé í báðum tilfellum að finna út alvarleika meintra brota með því að komast að því hvort, stofnun bandalagsins (nú sambandsins) eða aðildarríki, hafi út fyrir þær matskenndu heimildir sem veittar eru við að framfylgja stefnu bandalagsréttar (nú sambandsréttar).

Rétt þykir að ljúka umfjöllun þessara aðferða með vísan til máls nr. C-352/98P Bergaderm þar sem skilyrðið um nægilega alvarlegt brot ríkis var heimfært undir stofnanir Evrópusambandsins til að auðvelda einstakingum að sækja bætur úr hendi þess fyrir brot án þess að gera kröfu um að hún hafi matskenndar heimildir.⁶⁷

Málið varðaði ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar sem breytti tilskipun frá árinu 1976 á þann veg að banna notkun efnisins bergapten í sólarolíu á grundvelli þess að það væri krabbameinsvaldandi. Etirmálar breytingarinnar voru þeir að Bergaderm, sem var eina fyrirtækið sem notaðist við umrætt efni, fór í gjaldþrot. Í framhaldi af gjaldþrotinu höfðaði fyrirtækið mál gegn framkvæmdastjórninni meðal annars vegna þess að hún hafi brotið gegn meðalhófsreglu og misnotað valdsvið sitt með rangri túlkun á vísindalegum sönnunum og breytingu á tilskipun. Evrópudómstóllinn féllst ekki á málstað Bergaderm en leitaðist til við að samræma reglur um skaðabótaábyrgð ríkisins og stofnana Evrópusambandsins, sérstaklega í 43. mgr. dómsins:

43. [...] as regards both Community liability under Art.[288(2)] ... and Member State liability for breaches of Community law, the decisive test for finding that a breach of

⁶⁵ Sameinuð mál C-46 og 48/93 *Brasserie de Pecheur/Factortame* [1996] ECR I-1029, mgr. 55.

⁶⁶ sama heimild, mgr. 56.

⁶⁷ Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 195.

Community law is sufficiently serious is whether the Member State or the Community institution concerned manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion.⁶⁸

Samkvæmt orðum dómstólsins virðist hann hafa sagt skilið við skilyrðið um brot gegn æðri reglu og í raun við Schöppenstedt-formúluna í heild sinni. Ekki er lengur gerður greinarmunur milli stjórnsýslu- og laga athafna. Aftur á móti álitur dómurinn það afgerandi þátt hve miklar matskenndar heimildir stofnun sambandsins hefur. Aðaláherslan virðist nú vera á að reglan skapi rétt til handa einstaklingum. Dómstóllinn bætti einnig við í 44. mgr. dómsins að þegar stofnun hefur takmarkaðar, eða litlar sem engar matskenndar heimildir, getur einfalt brot hennar gegn sambandsrétti þó talist nægilega alvarlegt.⁶⁹ Það verður að teljast kaldhæðnislegt að mati höfundar, að matið á grófu broti á æðri reglu, þ.e. matið á alvarleika brots fyrir skaðabótaábyrgð stofnana, sem hafði á sínum tíma áhrif á matið fyrir nægilega alvarlegu broti ríkis, virðist nú viðsnúið og samstillt,⁷⁰ með þeim hætti að síðarnefnda matið hafi einnig haft áhrif á það fyrrnefnda.

2.3.2.2 Beiting skilyrðisins í síðari dómaframkvæmd

Síðari dómaframkvæmd Evrópudómstólsins hefur veitt enn frekari vísbendingar um hvenær brot ríkis teljist nægilega alvarlegt svo til skaðabótaábyrgðar þess stofnist. Nigel Foster hefur vakið athygli á því að af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins megi draga þá ályktun að því skýrari sem skuldbindingar ríkis gagnvart sambandsrétti eru og brot þess augljósara, þeim mun auðveldara er, eðli málsins samkvæmt, að leggja skaðabótaábyrgð á ríki.⁷¹ Þegar aftur á móti brot fela í sér afsakanlega yfirsjón ríkis varðandi túlkun sambandsréttar virðist Evrópudómstóllinn ekki telja ríki skaðabótaskyld í þeim tilvikum nema með teknu tilliti til sagnæmis.⁷² Mál nr. C-392/93 British Telecommunications og mál nr. C-319/96 Brinkmann

⁶⁸ Mál C-352/98 P Bergaderm g. Framkvæmdastjórninni [2000] ECR I-5291, mgr. 43.

⁶⁹ Josephine Steiner, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, *EU law* (9. útg., Oxford University Press 2006) 296–297.

⁷⁰ Þetta var staðfest af lögsögumanninum M.P. Léger í *Köbler*-málinu sem sagði: „We can now speak of an alignment between the two systems”.

⁷¹ Sjá til dæmis *Franovich-málið*, *Factortame-málið*, *Hedley Lomas-málið*, *Dillenkofer-málið* og *Rechberger-málið*.

⁷² Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 194.

eru meðal þeirra dóma sem staðfesta þetta. Velta má því fyrir sér hvort það sé í raun tregleiki dómstólsins við að slá það flóðgáttafordæmi sem frekar ráði niðurstöðunni.⁷³

Í máli nr. C-392/93 *British Telecommunications* var ekki litið á ófullnægjandi innleiðingu Bretlands á tilskipun sem nægilega alvarlegt brot. Breska ríkisstjórnin náði að sýna fram á að orsök vanrækslunnar mætti rekja til misskilnings um kröfur tilskipunarinnar sem og einnig hafði tíðkast í öðrum ríkjum. Í ljósi ónákvæms orðalags í ákvæðum tilskipunarinnar var Evrópudómstóllinn sannfærður um að unnt væri að túlka það með sama hætti og breski löggjafinn gerði. Túlkunin sem slík var framkvæmd í góðri trú og á grundvelli þess væri skilyrðinu um nægilega alvarlegt brot í skilningi *Brasserie-málsins* ekki fullnægt.⁷⁴ Um ákvæði tilskipunarinnar hafði dómstóllinn eftirfarandi orð í 43. mgr. dómsins:

43. In the present case, Article 8(1) is imprecisely worded and was reasonably capable of bearing, as well as the construction applied to it by the Court in this judgement, the interpretation given to it by the United Kingdom in good faith and on the basis of arguments which are not entirely devoid of substance (see paragraphs 20 to 22 above)... That interpretation which was also shared by other Member States, was not manifestly contrary to the wording of the directive or to the objective pursued by it.⁷⁵

Niðurstaðan í máli nr. C-319/96 *Brinkmann* gengur í sömu átt. Þar voru atvik máls með þeim hætti að skattayfirvöld í Danmörku höfðu flokkað skatta með röngum hætti í lögum miðað við ákvæði tilskipunar nr. 72/464, sem hafði þann tilgang að samræma skatta og tilskipun nr. 79/32/EBE, sem skilgreindi tóbaksvarning. Samkvæmt skattalöggjöf í Danmörku voru skattaálög á reyktóbak lægri en á sígarettum. Stefnandi sem var tóbaksframleiðandi taldi á sér brotið þar sem varningur hans var flokkaður sem sígarettur en ekki sem reyktóbak. Af þessu hafði hann haft fjárhagslegt tap sem dönsk skattayfirvöld bæru skaðabótaábyrgð á. Evrópudómstóllinn taldi að þó svo stefnandi hafi orðið fyrir tjóni gat mistúlkun danskra skattayfirvalda á ákvæðum tilskipunarinnar ekki talist nægilega alvarlegt.

Í máli nr. C-5/94 *Hedley Lomas* og sameinuðum málum nr. C-178, 179 og 188-190/94 *Dillenkofer* gegn Þýskalandi var staðfest að það brot ríkis að uppfylla ekki skuldbindingar

⁷³ Með flóðgáttafordæmi skírskotar höfundur til þess að ef dómstóllinn opnar fyrir það að ríki verði skaðabótaskyld vegna mistúlkunar á sambandsrétti gæti honum verið drekkt í málum af þessari tegund og átt erfitt með að víkja frá fordæmum sínum.

⁷⁴ Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 194.

⁷⁵ Mál C-392/93 *British Telecommunications* [1996] ECR I-1631, mgr. 43.

sí­nar samkvæmt EB-löggjöf gæti í sjálfu sér talist nægilega alvarlegt, þó svo slíkt brot fæli ekki í sér val um á ákvörðun lögfestingar EB-reglna.⁷⁶

Í máli nr. C-5/94 Hedley Lomas voru málavextir þeir að breska ríkið hafði neitað því að veita leyfi til að flytja kindur til Spánar á grundvelli dýraverndarsjónarmiða. Hedley Lomas sem var útflytjandi varð fyrir tjóni vegna þessa og höfðaði því skaðabótamál gegn breska ríkinu. Byggði hann á því að brotið hefði verið gegn megineglunni um frjálsa flutninga samkvæmt 29. gr. Rómarsáttmálans (nú 35. gr. SFE) . Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að með útflutningsbanninu hefði breska ríkið brotið gegn 29. gr. Rómarsáttmálans. Ekki var fallist á rök Bretlands að bannið gæti talist réttlæt­anlegt á grundvelli 30. gr. Rómarsáttmálans (nú 36. gr. SFE).

Um það hvort brot sem ekki fæli í sér val um leiðir til að lögfesta bandalagsréttinn gæti talist nægilega alvarlegt sagði dómstóllinn í 28. mgr. málsins:

28. As regards the second condition, where, at the time when it committed the infringement, the Member State in question was not called upon to make any legislative choices and had only considerably reduced, or even no, discretion, the mere infringement of Community law may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach.⁷⁷

Segja má, að sú leið sem Evrópudómstóllinn fór í þessu málum með því að segja að brot ríkis sem ekki fæli í sér val um leiðir til að lögfesta EB-réttinn geti orðið grundvöllur að skaðabótaábyrgð ríkis, hafi í raun verið óþörf enda hafði hann staðfest í *Brasserie-málinu*, að allar aðgerðir og aðgerðarleysi allra arma ríkisvaldsins sem brjóti gegn EB-rétti geti orðið grundvöllur að skaðabótaábyrgð ríkis, svo lengi sem það teljist nægilega alvarlegt.⁷⁸

2.3.3 Orsakatengsl og sennileg afleiðing (causal link)

Þriðja og jafnframt síðasta skilyrðið fyrir skaðabótaábyrgð ríkis er að orsakasamband verður að vera fyrir hendi milli vanrækslu ríkisins á skuldbindingum sínum og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir. Það kemur í hlut dómstóla aðildarríkis að meta hvort orsakasamband hafi verið milli brots og tjóns.

⁷⁶ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 213.

⁷⁷ Mál C-5/94 Hedley Lomas [1996] ECR I-2553, mgr. 28.

⁷⁸ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 217.

Áðurnefnt mál nr. C-319/96 Brinkmann lýsir þessu skilyrði einstaklega vel.⁷⁹ Líkt og áður hefur komið fram hélt stefnandi því fram í málinu að skattayfirvöld í Danmörku bæru skaðabótaábyrð á fjárhagslegu tapi hans þar sem þau höfðu flokkað varning hans sem sigarettur en ekki sem reykstóbak. Evrópudómstóllinn mat sjálfur hvort orsakasamband hafi verið fyrir hendi og komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri orsakasamband þar sem yfirvöld í Danmörku höfðu í reynd beitt ákvæðum tilskipunarinnar um flokkun tóbaksafurða strax.⁸⁰ Um orsakasambandið sagði Evrópudómstóllinn í 29. mgr. málsins:

29.[...] it must be emphasised that there is no direct causal link in this case between the breach of Community law and the damage allegedly suffered by Brinkmann. Indeed, the Danish authorities gave immediate effect to the relevant provisions of the Second Directive containing precise definitions of tobacco products. Accordingly, the fact that the definitions in the Second Directive were not implemented by ministerial decree does not in itself give rise to liability on the part of the State.⁸¹

Af þessum dómi má draga þá ályktun að þó svo ríki vanræki að lögfesta ákvæði tilskipunar í landsrétt þarf slík vanræksla ekki að teljast nægilega alvarlegt brot ef ákvæðum hennar er í reynd veitt áhrif í framkvæmd.⁸² Líkt og gildir um almennar reglur skaðabótaréttar þá verða einstaklingar að sanna umfang meints tjóns, að öðrum eiga þeir ekki rétt á greiðslu skaðabóta.⁸³ Þetta staðfesti Evrópudómstóllinn í máli nr. C-112/00 Schmidberger gegn Austurríska ríkinu.⁸⁴

2.4 Gildissvið reglunar útvíkkað

Gildissvið meginreglunnar um skaðabótaábyrgð ríkis hefur verið víkkuð út á tvö vegu. Í fyrsta lagi virðist ríki geta orðið skaðabótaskyld vegna ósættis tveggja einkafyrirtækja og í öðru lagi vegna brota dómstóla þeirra. Varðandi fyrra atriðið var það staðfest í máli nr. C-453/99 Courage Ltd gegn Grehan að til skaðabótaábyrgðar ríkis gæti stofnast, í þeim tilfellum að einkafyrirtæki hlýtur skaða vegna samnings eða framferðis, sem á einhvern hátt takmarkar eða raskar samkeppni, þegar sambandsréttur er hafður að engu. Hvað síðari atriðið varðar komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu í máli nr. C-224/01 Köbler gegn Þýskalandi að brot

⁷⁹ Takis Tridimas, *The general principles of EU law* (2. útg., Oxford University Press 2006) 529.

⁸⁰ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 217.

⁸¹ Mál C-319/96 Brinkmann [1998] ECR I-5255, mgr. 29.

⁸² Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 216.

⁸³ sama heimild 216–217.

⁸⁴ Mál C-112/00 Schmidberger g. Austurríska ríkinu [2003] I-5659.

æðstu dómstóla gegn sambandsrétti gætu varðað ríkið skaðabótaábyrgð að nokkrum skilyrðum uppfylltum.⁸⁵

Málið varðaði synjun austurrískra dómstóla á rétti prófessors Gerard Köbler til greiðslu kaupauka sem var á þeim rökum byggð að kaupaukinn væri í formi tryggðarbónus er bryti ekki gegn bandalagsrétti. Samkvæmt austurrískum lögum áttu prófessorar austurrískra háskóla til 15 ára rétt á sérstökum kaupauka en Köbler taldi það vera andstætt ákvæðum bandalagsréttar að ekki væri gert ráð fyrir störfum hans við aðra háskóla í Evrópusambandinu. Niðurstaða dómstólsins var sú að um mistúlkun á bandalagsrétti væri að ræða af hálfu austurríska dómstólsins sem bryti gegn bandalagsrétti.⁸⁶

Taldi dómstóllinn víst að meginreglan um skilvirkni gæti ekki útilokað þau tilvik að ríki baki sér skaðabótaskyldu vegna brota dómstóla sinna á EB-rétti. Dómstóllinn takmarkaði hinsvegar slík tilvik við dómsúrskurði æðstu dómstig landsréttar og undirstrikaði lögbundna skyldu þeirra dómstóla samkvæmt 234. gr. Rómarsáttmálans (nú 3. mgr. 267. gr. SFE) að óska eftir forúrskurði Evrópudómstólsins við túlkun á EB-rétti.⁸⁷ Ennfremur tefldi dómstóllinn fram svipuðum rökum og í *Brasserie-málinu* þegar hann sagði að vernd einstaklinga gerði kröfur um möguleikann á því að leita leiðréttinga vegna skaða sem þeir hljóta, en í þessu tilfelli var vísað til brota æðstu dómstóla.⁸⁸

Hafði dómstóllinn þau orð í 53. mgr. málsins að skaðabótaábyrgð ríkis vegna brota æðstu dómstóla á sambandsrétti stofnist aðeins í undantekningar tilfellum þegar dómurinn hefur augljóslega brotið gegn viðeigandi lögum. Þar að auki tók hann fram að við mat á því hvort brot teljist nægilega alvarlegt þyrfti að taka sérstakt tillit hlutverks landsdómstólsins og lögmætra krafna um réttaröryggi.⁸⁹ Niðurstaða dómsins var eftirfarandi:

59 [...] the principle that Member States are obliged to make good damage caused to individuals by infringements of Community law for which they are responsible is also applicable where the alleged infringement stems from a decision of a court adjudicating at last instance where the rule of Community law infringed is intended to confer rights on individuals, the breach is sufficiently serious and there is a direct causal link between that breach and the loss or damage sustained by the injured parties. In order to determine whether the infringement is sufficiently serious when the infringement at issue stems from such a decision, the competent national court, taking into account the

⁸⁵ Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 195–196.

⁸⁶ Mál C-224/01 Köbler g. Þýskalandi [2003] ECR I-10239.

⁸⁷ sama heimild, mgr. 33.

⁸⁸ sama heimild, mgr. 36.

⁸⁹ sama heimild, mgr. 53.

specific nature of the judicial function, must determine whether that infringement is manifest.⁹⁰

Af ofangreindu er ljóst að í undantekningartilvikum getur til skaðabótaskyldu ríkis stofnast vegna brota æðstu dómstóla. Þröskuldur skilyrðisins fyrir alvarleika brots virðist þó fremur hærri hvað varðar brot æðstu dómstóla miðað við aðra arma ríkisvaldsins en í þessu tiltekna máli var skilyrðið ekki talið uppfyllt. Per Tresselt dómari Noregs við EFTA-dómstólinn og vill meina að af dómnum sé ekki hægt að fullyrða hvort úrskurðir dómstóla á lægri stigum dómsvaldsins geti varðað ríkið skaðabótaábyrgð.⁹¹

2.5 Samverkandi áhrif (e. concurrent liability)

Nú hefur verið gerð grein fyrir þeim tilvikum er stofnanir Evrópusambandsins og aðildarríki þess bera skaðabótaábyrgð á tjónum einstaklinga og lögaðila vegna brota á sambandsrétti. Það er hins vegar ósvarað hvernig fara skuli með tjón sem má að hluta til rekja til framkvæmdar yfirvalda aðildarríkja og að hluta til aðgerða stofnana. Nefnist þetta á íslensku lagamáli samverkandi tjónsorsakanir þegar fleiri en ein orsök í sömu orsakakeðju hefur leitt til tjóns.⁹² Vaknar því sú spurning, þegar um er að ræða samverkandi tjónsorsakanir, hvort tjónþoli skuli höfða skaðabótamál, gegn ríkisvaldinu fyrir landsdómstólum, gegn viðkomandi stofnun Evrópusambandsins fyrir Evrópudómstólum, eða bæði. Damien Chalmers, Gareth Davies o.fl. hafa vakið athygli á að mál sem varða innlendar tjónsorsakanir verði ekki borin undir Evrópudómstólinn fyrr en innanlandsúrræði hafa verið tæmd og að slík málshöfðun innanlands geti leitt til skaðabótaréttar viðkomandi tjónþola. Til stuðnings þessu var vísað til máls nr. 96/71 Haegeman gegn framkvæmdastjórninni frá árinu 1972.⁹³

Mál nr. C-175/84 Krohn o.fl. gegn Framkvæmdastjórninni frá árinu 1986 staðfestir þetta einnig. Þar voru málavextir þeir að útflutningsfyrirtækið Krohn & Co krafðist skaðabóta vegna tjóns sem það varð fyrir við synjun þýska ríkisins á leyfi til að flytja inn rôtargrænmetið cassava frá Tælandi. Synjunin þýska ríkisins byggði á skylduleiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar og því vaknaði sú spurning hver bæri ábyrgð á tjóninu. Krohn höfðaði ógildingarmál fyrir þýskum dómstólum þar sem hann krafðist lögbanns og samhliða

⁹⁰ sama heimild, mgr. 59.

⁹¹ Per Tresselt og Katinka Mahieu, „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 Tímarit Lögfræðinga 335, 350.

⁹² Viðar Már Matthíasson, „Um orsakatengsl og reglur um takmörkun á umfangi skaðabótaábyrgðar“ (2002) 52 Tímarit Lögfræðinga 311, 328.

⁹³ Damian Chalmers, *European Union law : cases and materials* (2. útg., Cambridge University Press 2010) 436.

Því höfðaði hann skaðabótamál fyrir EB-dómstólnum á hendur framkvæmdarstjórninni vegna tjónsins á grundvelli 2. mgr. 288. gr. Rómarsáttmálans (nú 340. gr. SFE).⁹⁴

Þó svo það hafi verið á valdi ríkisins að synja taldi EB-dómstóllinn að hana mætti reka til framkvæmdastjórnarinnar þar sem hún væri “hinn sanni höfundur” ákvörðunarinnar.⁹⁵ Þar sem hið meinta skaðabótaskylda brot var framið af Bandalaginu vildi dómstóllinn meina að það eitt gæti borið skaðabótaábyrgð vegna þess. Niðurstaða EB-dómstólsins var sú að umsóknin fyrir innflutningi á cassava væri tæk en á grundvelli þess að innanlandsúrræði höfðu ekki verið tæmd⁹⁶ tiltók hann að málinu væri haldið opnu fram að úrskurði þýskra dómstóla.

Af ofangreindu er ljóst að einungis landsdómstólar hafi lögsögu til að kveða á um skaðabótaábyrgð innlendra yfirvalda, og á hinn bóginn hefur Evrópudómstóllinn einn lögsögu til að kveða á um skaðabótaábyrgð stofnana Evrópusambandsins. Þegar um samverkandi tjónsorsakanir eru að ræða sem rekja má til Evrópumbandsins og stofnana þess verður tjónþoli að tæma innanlandsúrræði áður en mál verður höfðað fyrir Evrópudómstólnum í þeim tilvikum að skaðabótakrafa er ætluð báðum aðilum.

2.6 Samantekt

Af því sem framan greinir er ljóst að með *Francovich*-málinu varð til nýtt réttarúrræði einstaklingum og lögaðilum til hagsbóta. Vanefndir ríkis við innleiðingu tilskipana leiða ótvírætt til ófullnægjandi EB-löggjafar, sem uppfyllir ekki Van Gend en Loos viðmiðið og á grundvelli þess telst ríki ábyrgt á þeirri vanrækslu sem leiðir til tjóns einstaklingsins.⁹⁷ Væri þessu réttarúrræði einstaklinga og lögaðila ekki til að dreifa væri réttarstaða þeirra lítil sem engin þegar tilskipanir rata með röngum hætti í landsrétt eða þegar þær rata ekki þangað yfir höfuð. Gildissvið reglunnar hefur vissulega verið umdeilt en nauðsynlegt er að grafa ekki undan mikilvægi hennar sérstaklega þegar litið er til þess að um er að ræða eina kost einstaklinga þegar þeim er ekki veitt sú vernd sem af sambandsrétti leiðir. Með markmið sambandsréttar í huga er úrræðið ekki síður mikilvægara til að ná fram þeirri einsleitni sem stefnt er að og færa má rök fyrir því að með þessu hafi Evrópudómstóllinn gert gangskör að því að aðildarríkin standi við skuldbindingar sínar samkvæmt samningnum. Röðstuðningurinn

⁹⁴ Mál C-175/84 Krohn o.fl. g. Framkvæmdastjórninni [1986] ECR 763.

⁹⁵ sama heimild, mgr. 17.

⁹⁶ sama heimild, mgr. 27.

⁹⁷ Nigel Foster, *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011) 192.

í *Francovich*-málinu bendir til þess að að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins sé í raun rökrétt framhald reglunnar um bein réttaráhrif ólögfesta gerða.⁹⁸ Hafa Davíð Þór Björgvinsson⁹⁹ og Þorgeir Örlygsson¹⁰⁰ bent á að fræðimenn hafi talið að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis gæti ekki gilt um EES-samninginn þar sem hann hafi ekki að geyma þá yfirþjóðlegu þætti sem reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif eru reistar á. Meginreglan hefur verið talin hluti af EES-samningnum, þó grundvöllur þeirrar ábyrgðar sé ekki sá sami að EES-rétti og EB-rétti.

⁹⁸ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009) 207.

⁹⁹ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 205.

¹⁰⁰ Þorgeir Örlygsson, „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“ (2004) 54 *Tímarit Lögfræðinga* 375, 392.

3. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis í EES-rétti.

Í EES-samningnum fyrirfinnst ekkert ákvæði um skaðabótaábyrgð aðildarríkja vegna brota þeirra á EES-réttinum. Það er hins vegar meginregla EES-samningsins að aðildarríkjum ber skylda til þess að bæta einstaklingum tjón það sem þeir verða fyrir vegna vanefnda ríkisins á skuldbindingum sínum samkvæmt samningnum. Þetta var niðurstaða EFTA-dómstólsins í ráðgefandi álitum þann 10. desember 1998 í máli E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu. Þegar leitað var eftir álitum EFTA-dómstólsins um skaðabótaábyrgð ríkis í annað sinn, þann 30. maí 2002 í máli E-4/01 Karl K. Karlsson gegn íslenska ríkinu var reglan ítrekuð þrátt fyrir umdeildan dóm í máli *Erlu Maríu* og öll tvímæli tekin af um að skaðabótareglan gildi um hvers kyns brot gegn EES-samningnum. Verður nú vikið að þeim tegundum brota á EES-samningnum sem reynt hefur á fyrir EFTA-dómstólum.

3.1 Skaðabótaábyrgð vegna ófullnægjandi innleiðingu tilskipunar

Líkt og áður hefur komið fram getur ófullnægjandi innleiðing ríkisins á tilskipun í landsrétt orðið grundvöllur fyrir skaðabótaábyrgð ríkis samkvæmt EES-samningnum. Það var staðfest í ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins þann 10. desember 1998 í máli E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu. Þar voru málavextir þeir að Erla María sem starfað hafði sem gjaldkeri hjá vélaverkstæði var sagt upp störfum með sex mánaða uppsagnarfresti frá 1. janúar 1995. Fyrirtækið var tekið til gjaldþrotaskipta þann 22. mars 1995 og á þeim tíma átti Erla María inni ógreidd laun hjá fyrirtækinu. Í framhaldi af gjaldþroti fyrirtækisins lýsti hún kröfu í þrotabúið vegna ógreiddra launa í uppsagnarfresti ásamt því að krefjast greiðslu úr ábyrgðasjóði launa. Skiptastjóri þrotabúsins hafnaði launakröfu hennar sem forgangskröfu í búið með þeim rökum að hún væri systir eins aðaleiganda vélaverkstæðisins en samkvæmt 3. mgr. 112. gr., sbr. 3. gr., laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti eru nákomnir aðilar þrotamanns fortæknir þeim rétti. Hafði þetta þær afleiðingar að Erlu Maríu var einnig synjað um greiðslu úr ábyrgðasjóði launa vegna gjaldþrota. Sú synjun var byggð á 1. mgr. 5. gr. laga nr. 53/1993 um ábyrgðasjód launa vegna gjaldþrota sem gerði þann áskilnað að launakrafa væri viðurkennd forgangskrafa svo til ábyrgðar sjóðsins stofnaðist. Einnig var vísað til 6. gr. sömu laga sem tók meðal annars fyrir að launþegar sem skyldir væru hlutafjäreiganda að 5% hlutafjár í beinann legg gætu krafist sjóðinn um greiðslu krafna. Erla María taldi greiðslusynjun ábyrgðasjód launa fara í bága við ákvæði tilskipunar ráðsins 80/987/EBE frá 20. október 1980 um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota, með síðari breytingum. Höfðaði hún í því tilefni skaðabótamál

á hendur ríkinu þann 12. mars 1997 vegna þess tjóns sem hún hafði orðið fyrir og byggði á því að íslenska ríkið bæri skaðabótaábyrgð á því að hafa ekki lagað löggjöf landsins réttilega að EES-samningnum. Við meðferð málsins í héraði var ákveðið að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu á áðurnefndri tilskipun og á því hvort það varðaði ríkið skaðabótaábyrgð að hafa ekki fullnægt skuldbindingum sínum samkvæmt EES-samningnum að þessu leyti.¹⁰¹

Niðurstaða EFTA-dómstólsins í ráðgefandi áliti sínu varðandi fyrri spurninguna var að skýra yrði gerðina með þeim hætti að lagaákvæði sem útilokar launþega frá greiðsluábyrgð samkvæmt tilskipuninni, vegna systkinatengsla við eiganda 40% hlutafjár í gjaldþrota fyrirtæki væri andstætt henni þar sem undanþágan næði ekki til systkina.¹⁰² Þetta misræmi hafi orðið þess valdandi að Erla María fékk ekki launagreiðslur sínar úr ábyrgðarsjóði launa sem hún hefði ella fengið ef landsréttur hefði verið réttilega lagaður að tilskipuninni.¹⁰³

Hvað varðar seinni spurninguna komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að skaðabótaábyrgð ríkja væri hluti af meginreglum EES-samningsins í þeim tilvikum að aðildarríki vanefnir skuldbindingar samkvæmt honum.¹⁰⁴

Dómurinn leit svo á að um misræmi væri að ræða milli ákvæða íslenskra laga og skuldbindinga tilskipunarinnar. Tók dómstóllinn fram að markmið EES-samningsins gengu lengra og gildissvið hans væri víðtækara en gildi um aðra þjóðréttarsamninga. Með honum hafi verið komið á sérstöku réttarkerfi enda væri um þjóðréttarsamning sérstaks eðlis (sui generis) að ræða.¹⁰⁵ Var því niðurstaða dómsins, með vísan til markmiðs samningsins um einsleitni og vernd einstaklinga og lögaðila sú, að aðilar EES-samningsins væru skyldugir til að sjá til þess að það einstaklingum yrði bætt það tjón sem þeir verða fyrir vegna þess að landsréttur væri ekki réttilega lagaður að ákvæðum tilskipunar sem hluti er af EES-samningnum. Í 60. lið álitsins segir orðrétt:

60. Dómstóllinn telur að markmiðið um einsleitni og það markmið að tryggja rétt einstaklinga og aðila í atvinnurekstri til jafnræðis og jafnra tækifæra komi svo skýrt fram í samningnum, að EFTA-ríkjunum, sem aðild eiga að samningnum, hljóti að bera skylda til þess að það tjón fái bætt sem hlýst af því að landsréttur er ekki réttilega lagaður að tilskipuninni.¹⁰⁶

¹⁰¹ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu.

¹⁰² sama heimild, mgr. 17-42.

¹⁰³ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 205.

¹⁰⁴ sama heimild, mgr. 46-63.

¹⁰⁵ sama heimild, mgr. 59.

¹⁰⁶ sama heimild, mgr. 60.

Í lok umfjöllunar um tilvist meginreglu skaðabótaábyrgðar ríkisins í EES-rétti vísaði EFTA-dómstóllinn í 7. gr. EES-samningsins þessari niðurstöðu til enn frekari rökstuðnings. Þar sagði dómurinn í 63. lið álitsins:

63. Það leiðir af 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann að EES-samningurinn felur ekki í sér framsal löggjafarvalds. Meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins er hins vegar hluti EES-samningsins og er því eðlilegt að lög sem lögfesta meginmál samningsins séu skýrð svo að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis felist einnig í þeim.¹⁰⁷

Skilyrðin sem EFTA-dómstóllinn vísaði til í málinu virðast koma heim við þau skilyrði sem Evrópudómstóllinn hefur lagt til grundvallar í framkvæmd dómsúrlausna sinna um skaðabótaskyldu aðildarríkja EB.¹⁰⁸ Í því sambandi þykir rétt að vekja athygli á því að dómstóllinn hafi ekki vísað til viðeigandi dómafordæma skilyrðunum til hliðsjónar. Óttar Pálsson hefur haldið þeim vangaveltum uppi að með þessu hafi EFTA-dómstóllinn í raun gert gangskör að því leggja aðra túlkun á efni meginreglunnar í EES-rétti en Evrópudómstóllinn hefur gert á hliðstæðri meginreglu í EB-rétti.¹⁰⁹ Samkvæmt 66. lið álitsins voru skilyrðin þrjú sem EFTA-dómstóllinn setti fyrir skaðabótaábyrgð ríkis eftirfarandi:

66. Í fyrsta lagi verður það að felast í tilskipuninni að einstaklingar öðlist tiltekin réttindi og ákvæði tilskipunarinnar verða að bera með sér hver þau réttindi eru. Í öðru lagi verður að vera um nægilega alvarlega vanrækslu á skuldbindingum ríkisins að ræða. Í þriðja lagi verður að vera um orsakasamband milli vanrækslu ríkisins á skuldbindingum sínum og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.¹¹⁰

Það var talið hlutverk innlendra dómstóla að meta hvort þessi skilyrði væru uppfyllt. Við mat á því hvort brot brot teldist nægilega alvarlegt vildi dómstóllinn meina að mestu máli skipti hvort samningsaðilinn með bersýnilegum og alvarlegum hætti hafi litið fram hjá þeim takmörkunum sem eru á svigrúmi ríkisins til mats við ákvarðanatöku.¹¹¹

Þá útbjó dómurinn til lista, sem minnir á áður nefnt Brasserie-próf¹¹² úr sambandsrétti, sem viðkomandi innanlandsdómstóll gæti litið til við mat á alvarleika brots. Við umrætt mat geti innanlandsdómstóll tekið mið af því hversu skýr og nákvæm reglan er sem tilætlað brot er gegn, hversu mikið mat reglan eftirlætur innlendum stjórnvöldum og hvort um er að ræða

¹⁰⁷ sama heimild, mgr. 63.

¹⁰⁸ sama heimild, mgr. 65-66.

¹⁰⁹ Óttar Pálsson, „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur gegn íslenska ríkinu - meginreglan um skaðabótaábyrgð.“ (1999) 49 Tímarit Lögfræðinga 111, 122-123.

¹¹⁰ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu, mgr. 66.

¹¹¹ sama heimild, mgr. 68.

¹¹² Sameinuð mál C-46 og 48/93 Brasserie de Pecheur/Factortame [1996] ECR I-1029, mgr. 56.

vísvitandi brot á samningskuldbindingum sem leiðir til tjóns eða brot sem ekki er framið af ásetningi. Þá verði að líta til þess hvort lögvilla hafi verið afsakanleg eða óafsakanleg, hvort afstaða EES-stofnunar eða stofnunar Evrópubandalaganna kunni að hafa stuðlað að vanrækslunni og hvort innleidd hafi verið lög eða framkvæmd, eða þeim viðhaldið sem eru andstæð EES-samningnum.¹¹³

3.2 Skaðabótaábyrgð vegna brota á skuldbindingum samkvæmt meginmáli EES-samningsins.

Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins þann 30. maí 2002 í máli E-4/01 Karl K. Karlsson gegn íslenska ríkinu var það fyrsta sinnar tegundar innan EES-réttar, þar sem aldrei áður hafði reynt á það álitamál hvort brot ríkis á meginmáli EES-samningsins gæti varðað það skaðabótaábyrgð.¹¹⁴ Málavextir voru þeir að íslenska ríkið synjaði innflutningsaðilanum Karl. K. Karlsson að flytja inn áfengi vegna einkaréttar ríkisins á innflutningi og heilðsöludreifingu áfengis á Íslandi. Vildi Karl. K. Karlsson meina að synjunin væri andstæð EES-samningnum þar sem einkarétt ríkisins hefði átt að afnema við gildistöku EES-samningsins þann 1. janúar árið 1994, en það hafi ekki verið gert fyrr en 1. desember árið 1995. Karl. K. Karlsson höfðaði því skaðabótamál á hendur íslenska ríkinu vegna tjóns sem fyrirtækið hafði orðið fyrir frá 1. janúar 1994 til 1. desember 1995. Héraðsdómur Reykjavíkur leitaði eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins varðandi það hvort einkaréttur íslenska ríkisins á innflutningi og heilðsölu áfengis bryti gegn 11. og 16. gr. EES-samningsins á grundvelli þess að hann hefði með réttu átt að afnema við gildistöku samningsins 1. janúar 1994, og ef svo væri, hvort það varðaði íslenska ríkið skaðabótaábyrgð vegna þess tjóns sem af slíku broti leiddi.¹¹⁵

Niðurstaða EFTA-dómstólsins var sú að einkaréttur ríkisins á innflutningi áfengis hefði verið andstæður 16. gr. EES-samningsins.¹¹⁶ Að því er varðar skaðabótaábyrgð vísaði dómstóllinn til sömu sjónarmiða og í máli *Erlu Maríu* um einsleitnismarkmiðið og vernd einstaklinga.¹¹⁷ Um brot ríkis á meginmáli EES-samningsins sagði dómurinn í 32. lið álitsins:

32.[...]Samkvæmt EES-samningnum getur EFTA-ríki, að meginstefnu til, verið skaðabótaskyldt samkvæmt EES-samningnum, hvort sem um er að ræða brot á

¹¹³ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu, mgr. 69.

¹¹⁴ Margrét Einarsdóttir, „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla“ (2011) 61 Tímarit Lögfræðinga 5, 11.

¹¹⁵ Mál E-4/01 Karl K. Karlsson g. íslenska ríkinu.

¹¹⁶ sama heimild, mgr. 19 og mgr. 23.

¹¹⁷ sama heimild, mgr. 28.

skuldbindingum sem leiða af afleiddri löggjöf eða skuldbindingar samkvæmt meginmáli EESsamningsins.¹¹⁸

Því var hafnað af dómstólum að gildi meginreglunnar um skaðabótaábyrgð ríkis væri háð tilvist meginreglna um bein réttaráhrif EES-reglna líkt og talið hefur verið í EB-rétti.¹¹⁹ Þetta rökstuddi dómurinn með því að taka fram að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis í EES-rétti væri ekki reist á sömu forsendum og sambærileg regla í EB-rétti. Í 30. lið álitsins segir orðrétt:

30. Af þessu leiður að sú niðurstaða að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis sé hluti EES-samningsins er, eðli málsins samkvæmt, frábrugðin þróuninni í dómaframkvæmd dómstóls Evrópubandalaganna að því er varðar regluna um skaðabótaábyrgð ríkisins samkvæmt bandalagsrétti. Beiting þessara reglna og gildissvið þeirra þarf þess vegna heldur ekki að vera að öllu leyti hið sama.¹²⁰

Í álitinu voru skilyrði þau sem lögð voru í máli *Erlu Maríu* fyrir skaðabótaábyrgð ríkis í EES-rétti undirstrikuð. Benti dómstóllinn á að það kæmi, að meginstefnu til, í hlut aðildarríkis að meta hvort skilyrðin teldust uppfyllt.¹²¹ Að því er varðar skilyrðið um að brot verði að teljast nægilega alvarlegt benti dómstóllinn enn fremur á, með vísan til máls *Erlu Maríu*, að það væri háð þeirri niðurstöðu hvort samningsaðilinn hafi með bersýnilegum og alvarlegum hætti litið fram hjá þeim takmörkunum sem eru á svigrúmi ríkis til mats við ákvarðanatöku.¹²²

Áleit dómstóllinn að 16. gr. EES-samningsins væri ætlað að veita einstaklingum tiltekin réttindi¹²³ og að það að viðhalda einkarétti ríkisins eftir að samningurinn tók gildi nægilega alvarlegt brot, til þess að leiða til skaðabótaskyldu. Íslenska ríkið hafði nægilegan tíma til að gera nauðsynlegar breytingar á innlendra löggjöf¹²⁴ en einkaréttur ríkisins hafði þó ekki verið afnuminn fyrr en um það bil tveimur árum eftir gildistöku EES-samningsins.¹²⁵ Varðandi það skilyrði hvort orsakasamband hefði verið milli brotsins og tjónsins taldi dómstóllinn það koma í hlut dómstóla aðildarríkis að meta.¹²⁶

Samkvæmt framansögðu getur brot ríkisins á meginmáli EES-samningsins orðið grundvöllur að skaðabótaskyldu þess gagnvart þeim sem hlýtur tjón af því. Í riti sínu EES-réttur og Landsréttur vill Davíð Þór Björgvinsson meina að EFTA-dómstóllinn hafi með þessari

¹¹⁸ sama heimild, mgr. 32.

¹¹⁹ sama heimild, mgr. 29.

¹²⁰ sama heimild, mgr. 30.

¹²¹ sama heimild, mgr. 36.

¹²² sama heimild, mgr. 38.

¹²³ sama heimild, mgr. 37.

¹²⁴ sama heimild, mgr. 45-56.

¹²⁵ sama heimild, mgr. 39.

¹²⁶ sama heimild, mgr. 47.

niðurstöðu viðurkennt tilvist meginreglunar um skaðabótaábyrgð ríkisins í EES-rétti og samhliða því tekið skýrt fram að hún grundvallist af sérstöku eðli EES-samningsins.¹²⁷

3.3 Skaðabótaábyrgð vegna brota sem rekja má til æðstu dómstóla.

Í ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins þann 10. desember 2010 í máli E-2/10 Þór Kolbeinsson gegn íslenska ríkinu virðist leynast fyrirboði um að dómstóllinn telji að aðildarríki EES-samningsins geti borið skaðabótaábyrgð vegna brota æðstu dómstóla á EES-rétti án þess þó að því sé slegið föstu að einhverju leyti. Þar sem þessi sjónarmið dómstólsins virðast sögð í framhjáhlaupi frekar en sem staðfesting bendir allt til að það sé um einskonar „obiter dictum” að ræða.¹²⁸

Í málinu voru málsatvik þau að fyrirtækið Ístak hf. hafði með Hrd. 20. desember 2005 í máli nr. 246/2005, verið sýknað af skaðabótakröfu starfsmanns síns Þórs vegna tjóns sem hann varð fyrir við framkvæmd vinnu sinnar fyrir fyrirtækið.¹²⁹ Höfðaði Þór því skaðabótamál á hendur íslenska ríkinu sem hann byggði á því að tilskipanir nr. 89/391/EBE, 92/57/EBE og 89/654/EBE hefðu ekki verið lagaðar réttilega að íslenskum rétti. Til vara vísaði Þór til dóms Evrópudómstólsins í máli *Köbler* og byggði á því að íslenska ríkið bæri skaðabótaábyrgð vegna mistaka Hæstaréttar sem leitt hefði til brota gegn EES-samningnum. Héraðsdómur Reykjavíkur ákvað að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins sem var svo staðfest í Hrd. 23. mars 2010 í máli nr. 132/2010, eftir að úrskurður héraðsdóms hafði verið kærður. Hæstiréttur afmarkaði nánar spurningar héraðsdóms til EFTA-dómstólsins og hafnaði því að leitað yrði álits um hvort mistök Hæstaréttar þess efnis að túlka íslenskan rétt í andstöðu við tilskipanir Evrópusambandsins gætu orðið grundvöllur að skaðabótaábyrgð ríkisins. Höfnunina byggði Hæstiréttur á eftirfarandi rökstuðningi:

Að því verður á hinn bóginn að gæta að í málalíbúnaði varnaraðila er auk þessa öðrum þræði byggt á þeirri skoðun hans að niðurstaða fyrra dómsmálsins kunní 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 stigi borið fyrir sig í því máli, en að hugleiðingum af þeim toga geta spurningar, sem lagðar verða fyrir EFTA-dómstólinn, ekki lotið.¹³⁰

¹²⁷ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 216.

¹²⁸ Með obiter dictum skírskotar höfundur til lagaraka í formi ábendinga sem ekki eru bindandi í síðari málum.

¹²⁹ Hrd. 20. desember 2005 í máli nr. 246/2005.

¹³⁰ Hrd. 23. mars 2010, í máli nr. 132/2010.

Þrátt fyrir afmörkun Hæstaréttar á spurningum þeim sem héraðsdóms beindi til EFTA-dómstólsins byggði Þór á því við málsmeðferð fyrir EFTA-dómstólnum að reglur landsréttar um eigin sök væru það sveigjanlegar, að íslenskir dómstólar hefðu getað komist að annarri niðurstöðu í máli hans, ef þeir hefðu gert sér grein fyrir nauðsyn þess að gæta samræmis við áðurnefndar tilskipanir. Sökum þess bæri að telja niðurstöðu fyrri dóms Hæstaréttar beina afleiðingu af rangri beitingu landsdómstóla á tilskipunum, en ekki afleiðingu rangrar innleiðingar með lagasetningu. Vildi Þór meina að orðalag síðari spurningarinnar stæði ekki í vegi fyrir því að EFTA-dómstóllinn fjallaði um afleiðingar rangrar beitingar landsdómstóla á tilskipunum í ljósi reglna EES-réttar um skaðabótaábyrgð ríkja.¹³¹

Ríkisstjórn Noregs taldi EFTA-dómstóllinn ekki geta tekið afstöðu til sakarefnisins á þessum grundvelli þar sem síðari spurningin byggði á þeirri forsendu að íslenska ríkið hafi ekki innleitt tilskipunina réttilega í landsrétt. Þessu til rökstuðnings vísaði ríkisstjórnin til áðurnefnds Hrd. 23. mars 2010 í máli nr. 132/2010,¹³² þar sem því var hafnað að leita álits á þessu málefni.¹³³

Í niðurstöðu EFTA-dómstólsins leggur dómurinn áherslu á það að spurningu Héraðsdóms Reykjavíkur yrði svarað á grundvelli þeirrar forsendu sem spurningin grundvallast af, þ.e. hafi EES-regla verið brotin þá fælist brotið í ófullnægjandi innleiðingu EES-reglna í landsrétt.¹³⁴ Dómurinn sagði síðan orðrétt:

77. Af þessu leiðir að utan sviðs spurningarinnar fellur það álitaefni hvort íslenska ríkið hafi bakað sér skaðabótaábyrgð vegna rangrar beitingar landsdómstóla á EES-rétti, en sú er skoðun stefnanda. Í því sambandi tekur EFTA-dómstóllinn fram 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* sem vitnað er til hér að framan, 53. mgr.¹³⁵

Samkvæmt ofangreindum orðum EFTA-dómstólsins má færa rök fyrir því að hann hafi í raun greitt fyrir tilvist þeirrar reglu að ríki geti talist bótaskyld vegna rangrar túlkunar landsdómstóla á EES-rétti, kynni mál af þessum toga berast dómstólnum á komandi tímum. Margrét Einarsdóttir hefur vakið athygli á að í ljósi þess að engin þörf hafi verið á sjónarmiðum EFTA-dómstólsins um álitaefnið, þar sem það féll utan spurninga þeirra er leitast var svara við, þá virðist dómstóllinn gefa til kynna að ríki geti borið skaðabótaábyrgð

¹³¹ Mál E-2/10 Þór Kolbeinsson g. íslenska ríkinu, mgr. 56.

¹³² Hrd. 23. mars 2010 í máli nr. 132/2010.

¹³³ Mál E-2/10 Þór Kolbeinsson g. íslenska ríkinu, mgr. 69.

¹³⁴ sama heimild, mgr. 77.

¹³⁵ sama heimild.

vegna rangrar túlkunar landsdómstóla á EES-rétti. Veltir þá Margrét einnig fyrir sér hvort í þessu felist að meginregla sú sem staðfest var í máli *Köbler* hafi með þessum hætti verið tekin upp í EES-rétt með vísan dómstólsins til málsins.¹³⁶

Nýlegt ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins sem dagsett er þann 28. september 2012 í máli E-18/11 Irish Bank Resolution Corporation Ltd gegn Kaupþingi Banka hf. virðist staðfesta að röng túlkun landsdómstóls á markmiði tilskipunar, geti, ef um brot er að ræða á EES-rétti, haft í för með sér skaðabótaábyrgð ríkis komi einstaklingar eða aðilar í atvinnurekstri til með að verða fyrir tjóni sökum þess.

Þar voru málsatvik þau að í kjölfar gjaldþrots Kaupþings Banka auglýsti slitastjórn bankans eftir kröfum í þrotabúið. Hérlandis var kallað eftir kröfum í Lögbirtingablaðinu og erlendis voru innkallanir birtar í dagblöðum þeirra landa þar sem Kaupþing stundaði viðskipti, þar á meðal í víðlesnu írsku dagblaði að nafni The Irish Times. Fengu kröfuhafar frest til ársloka 2009 til að gera kröfu í þrotabúið ella hefði það sömu áhrif og um vanlýsingu væri að ræða og þær felldar niður. Anglo Irish Bank Corporation plc, sem síðar fékk nafnið Irish Bank Resolution Corporation Ltd (hér eftir IBRC) átti tvö skuldabréf á hendur Kaupþingi að heildarfjárhæð 15.558.733 evra en lagði hins vegar ekki inn kröfu til slitastjórnar fyrr en 14. apríl 2010.¹³⁷ Kaupþing hafnaði kröfu IBRC sem of seint framkominni og vildi meina að ekki væri hægt að telja orðsendingu í tölvupósti frá þeim þann 29. október 2008, sem lýsta kröfu í skilningi viðkomandi ákvæða landsréttar. IBRC taldi innköllun kröfulýsingar í dagblöðum ekki hafa verið fullnægjandi og byggði á því að bankinn hefði átt að fá sérstaka tilkynningu með innköllun kröfulýsingar.¹³⁸ Héraðsdómur Reykjavíkur leitaði eftir áliti EFTA-dómstólsins á því hvernig fara með texta EES-samningsins og afleiddra reglna hans ef misræmi væri á túlkun hans eftir tungumálum.¹³⁹

Komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að íslensk útgáfa 14. gr. tilskipunarinnar væri efnislega ólík öðrum tungumálaútgáfum ákvæðisins. Efnislegi munurinn fælist í fyrsta lagi í því að 1. mgr. 14. gr. tilskipunarinnar vísaði ekki til „þekktra“ lánadrottna og gerði því ekki algeran greinarmun á milli „þekktra“ og „óþekktra“ lánadrottna. Í öðru lagi kvæði íslensk útgáfa tilskipunarinnar ekki á um skyldu um sérstaka tilkynningu til lánadrottna.¹⁴⁰ Í texta 14.

¹³⁶ Margrét Einarsdóttir, „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla“ (2011) 61 Tímarit Lögfræðinga 5, 14.

¹³⁷ Mál E-18/11 Irish Bank Resolution Corporation Ltd. g. Kaupþingi Banka hf., mgr. 25-32.

¹³⁸ sama heimild, mgr. 33.

¹³⁹ sama heimild, mgr. 38.

¹⁴⁰ sama heimild, mgr. 85.

gr. tilskipunarinnar í útgáfum hennar á öðrum tungumálum væri hins vegar kveðið á um sérstaka tilkynningu til þekktra lánadrottna svo framarlega sem lýsing á kröfu er gerð að skilyrði viðurkenningar hennar samkvæmt landslögum heimaríkis.¹⁴¹

Taldi dómstóllinn að þegar ósamræmi væri í merkingu ákvæðisins eftir því hvaða tungumáli það er, yrði almennt að ganga út frá því að leggja þá skýringu til grundvallar sem ætti sér stoð í sem flestu tungumálaútgáfum.¹⁴² Síðan segir:

99. Fyrstu spurningunni verður því að svara á þann veg að ef ósamræmi er á milli ákvæða tilskipunar eftir því á hvaða tungumáli hún er, ber að leggja til grundvallar að útgáfan á því tungumáli sem endurspeglar markmið og heildarsamhengi ákvæðisins við reglur tilskipunarinnar, svo og meginreglur EES-réttar, lýsi merkingu ákvæðisins að EES-rétti.¹⁴³

Þá kemur einnig fram í álitinu að samkvæmt meginreglunni um samræmda túlkun beri landsdómstóli að gera allt sem falli innan valdsviðs hans til að túlka ákvæði landsréttar með hliðsjón af orðalagi og markmiði tilskipunar þannig að niðurstöðunni sem stefnt er að með henni náist.¹⁴⁴ Síðan segir dómurinn með vísan til máls *Erlu Maríu og Karls K. Karlssonar* um skilyrði skaðabótaábyrgðar:

125. Sé það ekki mögulegt, bendir dómstóllinn á að ef um er að ræða brot á EES-rétti, telst hlutaðeigandi EFTA-ríki skyldugt til að greiða bætur fyrir tap og tjón sem einstaklingar og aðilar í atvinnurekstri hafa orðið fyrir, í samræmi við meginregluna um bótaábyrgð ríkisins, sem er óaðskiljanlegur hluti EES-samningsins.¹⁴⁵

Samvæmt ofangreindu vekur EFTA-dómstóllinn athygli á því að röng beiting eða mistúlkun landsdómstóls á markmiði tilskipunar geti orðið grundvöllur fyrir skaðabótaábyrgð ríkisins ef um brot á EES-rétti er að ræða. Athyglisvert er að dómstóllinn víkur ekki að þrengri skilyrðum fyrir slíkri skaðabótaábyrgð líkt og Evrópu dómstóllinn gerði í máli *Köbler*. Það er þó ekki ólíklegt að dómstóllinn bíði betri tíma og tækifæra með nánari mótun reglunnar en með vísan til tveggja síðastnefndra mála virðist hann nú þegar hafa lagt grunninn að slíkri reglu.

¹⁴¹ sama heimild, mgr. 91.

¹⁴² sama heimild, mgr. 86.

¹⁴³ sama heimild, mgr. 99.

¹⁴⁴ sama heimild, mgr. 124.

¹⁴⁵ sama heimild, mgr. 125.

3.4 Skilyrðið nægilega alvarlegt í EES-rétti

Líkt og í sambandsrétti er skilyrðið um að brot ríkis verði að teljast nægilega alvarlegt háð þeirri niðurstöðu að samningsaðilinn hafi með bersýnilegum og alvarlegum hætti litið fram hjá þeim takmörkunum sem eru á svigrúmi ríkis til mats við ákvarðanatöku.¹⁴⁶ Þá staðfesti Hæstiréttur notkun á aðferð sem svipar til Brasserie-prófsins í máli *Erlu Maríu*, við mat á alvarleika brots. Er þá ekki ástæða til að ætla að beiting skilyrðisins nægilega alvarlegt í EES-rétti sé frábrugðið því sem gildir í sambandsrétti. Vísast því til ofangreindrar umfjöllunar um það efni.

Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins þann 14. desember 2011 í máli E-3/11 Pálmi Sigmarsson gegn Seðlabanka Íslands og dómur EFTA-dómstólsins þann 28. janúar 2013 í máli E-16/11 Eftirlitsstofnun EFTA gegn íslenska ríkinu (Hér eftir *Icesave-málið*) staðfesta rúmt svigrúm ríkisins á ákvörðunum til að meta efnahagslegar forsendur og á sama tíma standa vörð um almannahagsmuni.

Fyrirnefnda málið varðaði synjun Seðlabanka Íslands á umsókn Pálma Sigmarssonar um leyfi til að flytja aflandskrónur til landsins en umsóknin byggði á undanþáguákvæði 7. gr. laga nr. 87/1992 um gjaldeyrismál. Taldi Pálmi bann við innflutning aflandskróna fara í bága við 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga milli aðildarríkja og höfðaði því mál á hendur Seðlabankanum þar sem hann krafðist þess að ákvörðunin yrði dæmd ógild.¹⁴⁷ Héraðsdómur Reykjavíkur leitaði eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins um túlkun á því hvort það væri í samræmi við 2. og 4. mgr. 43. gr. EES-samningsins að íslenska ríkið meini íslenskum ríkisborgara að flytja aflandskrónur til Íslands.¹⁴⁸

EFTA-dómstóllinn tiltók að, verndarráðstafanir þær sem fælust í undanþáguheimildum frjálsra fjármagnsflutninga í 2. og 4. mgr. 43. gr. EES-samningsins, geri kröfu um flókið mat á þjóðhagfræðilegum þáttum og því nytu EFTA-ríkin aukins svigrúm til að meta hvort skilyrðin teldust uppfyllt og til hvaða úrræða skyldi grípa við val á efnahagsstefnu.¹⁴⁹ Niðurstaðan dómstólsins var því sú að eftir hrun fjármálakerfisins á Íslandi voru efnisleg skilyrði fyrir því að gípa til þeirra verndarráðstafana sem fólust í banni íslenska ríkisins á

¹⁴⁶ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu, mgr. 68.

¹⁴⁷ Mál E-3/11 Pálmi Sigmarsson g. Seðlabanka Íslands, mgr. 13-14.

¹⁴⁸ sama heimild, mgr. 16.

¹⁴⁹ sama heimild, mgr. 50.

innflutningi aflandskróna. Bannið var því talið samrýmast ákvæðum 2. og 4. mgr. EES-samningsins¹⁵⁰ enda hafi það verið sett til að halda stöðugleika í gengis- og peningamálum.¹⁵¹

Í *Icesave-málinu* voru málsatvik þau að við fall Landsbankans haustið 2008 misstu breskir og hollenskir innistæðueigendur aðgang að innistæðum sínum á Icesave sparifjárreikningum, sem stofnað hafði verið til í útibúum Landsbankans í Bretlandi og Hollandi.¹⁵² Daginn eftir gjaldþrot Landsbankans voru innistæður fluttar yfir í Nýja Landsbankann samkvæmt ákvörðun Fjármálaeftirlitsins sem sótti vald sitt til Neyðarlaganna nr. 125/2008 og hafði það hlutverk að ná endurskipulagningu bankanna.¹⁵³ Samkvæmt tilskipun 94/19/EB sem hérlendis var innleidd með lögum nr. 98/1999 um innistæðutryggingar og tryggingafé fyrir fjárfesta, voru breskar og hollenskar innistæður undir ábyrgð innistæðutryggingakerfis Íslands.¹⁵⁴ Engar endurgreiðslur á lágmarkstryggingu höfðu hins vegar borist breskum og hollenskum innistæðueigendum þegar Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) höfðaði sammingsbrotamál gegn íslenska ríkinu. Byggði ESA mál sitt á því að íslenska ríkið hafi brugðist skyldum sínum samkvæmt tilskipuninni og 4. gr. EES-samningsins, sem fjallar bann við mismunun eftir þjóðerni, því innistæðueigendur á Íslandi hefðu fengið fulla vernd.¹⁵⁵

Dómstóllinn taldi að tilskipunin gerði ekki ráð fyrir skyldu íslenska ríkisins til að tryggja innistæðueigendum í Bretlandi og Hollandi greiðslu lágmarkskrafna þegar íslenska fjármálakerfið hefði verið í jafn erfiðum aðstæðum og raun bar vitni. Þegar tryggingasjóður innti ekki greiðslu af hendi væri einungis kveðið á um málshöfðunarheimild gegn viðkomandi innlánatryggingarkerfi.¹⁵⁶ Tók dómstóllinn fram að mismunun á greiðslum úr tryggingasjóði væri óheimil samkvæmt tilskipuninni og 4. gr. EES-samningsins. Millifærsla á innistæðum gamla Landsbankans hafði hins vegar átt sér stað áður en reglur tilskipunarinnar kviknuðu og því væri ekki mismunun fyrir hendi á grundvelli hennar þar sem verndin tók aldrei til íslenskra innistæðueigenda.¹⁵⁷ Þá var ekki talið að brotið hefði verið gegn 4. gr. EES-samningsins einni og sér en jafnvel þó sú hafi verið raunin þá hefði það brot mögulega verið réttlætjanlegt. Dómurinn sagði orðrétt í 227. lið málsins:

¹⁵⁰ sama heimild, mgr. 56.

¹⁵¹ sama heimild, mgr. 51.

¹⁵² Mál E-16/11 Eftirlitsstofnun EFTA g. íslenska ríkinu (Icesave), mgr. 32.

¹⁵³ sama heimild, mgr. 34-38.

¹⁵⁴ sama heimild, mgr. 29.

¹⁵⁵ sama heimild, mgr. 61.

¹⁵⁶ sama heimild, mgr. 160.

¹⁵⁷ sama heimild, mgr. 212-216.

227. [...] one would have to bear in mind that the EEA States enjoy a wide margin of discretion in making fundamental choices of economic policy in the specific event of a systemic crisis provided that certain circumstances are duly proven. This would have to be taken into consideration as a possible ground for justification. In the earlier case of Sigmarsson, the applicant itself underlined this point (see Sigmarsson, cited above, paragraphs 42 and 50).¹⁵⁸

Af tveimur síðastgreindum dómum er ekki óvarlegt að áætla að brot EES-ríkis, á EES-reglum, sem alla jafna myndi teljast nægilega alvarlegt, geti verið réttlætanlegt á grundvelli almannahagsmuna. Ríkið hafi þannig visst svigrúm til grípa inn í óvenjulegur aðstæður til að standa vörð um almannaheill. Hvar mörk þess svigrúms liggja er hins vegar ómögulegt að geta til um. Við þessa umfjöllun þykir rétt að taka fram að sjónarmið um svigrúm ríkisins til athafna í þágu almannahagsmuna hafa einnig verið staðfest af Evrópudómstólnum eru sameinuð mál C-104/89 og 37/90 Mulder gegn ráðinu og framkvæmdastjórninni¹⁵⁹ skýrt dæmi um þess efnis.

¹⁵⁸ sama heimild, mgr. 227.

¹⁵⁹ Sameinuð mál C-104/89 og 37/90 Mulder gegn ráðinu og framkvæmdastjórninni [1992] ECR 2355.

4. Framsal fullveldis

Togstreitan milli markmiðs EES-samningsins um einsleitni og fullveldi EFTA-ríkjanna hefur verið ein þungamiðja umræðna innan EES-réttar. Orðið fullveldi (e. sovereignty) kemur hvergi bersýnilega fram í íslenskum lögum og hefur lögfræðileg túlkun hugtaksins því jafnan ráðist af kenningum fræðimanna.¹⁶⁰ Mögulegt er að skilgreina hugtakið „fullveldi” á tvo vegu í lögfræðilegu tilliti. Annars vegar út frá sjónarhorni stjórnskipunarréttar viðkomandi ríkja og hins vegar sjónarhóli þjóðaréttar. Í skilningi íslensks stjórnskipunarréttar er gengið út frá því að innanlandsmál séu í höndum æðstu yfirvalda ríkisvaldsins líkt og þrískipting 2. gr. stjórnarskrárinnar gefur til kynna. Ríkisyfirráð séu með öðrum orðum ekki í höndum annarra en ríkisins sjálfs nema samþykki þess komi til með löggildum hætti.¹⁶¹ Hvað þjóðaréttinn varðar helst fullveldi ríkis í hendur við stjórnskipulegt sjálfstæði þess, en það er talið grundvallarskilyrði að framkvæmdarlögsaga til ríkisyfirráða sé ekki takmörkunum bundin, lögsagan nái yfir afmarkað landsvæði sem tilheyrir ríkinu og henni skuli beint að þegnum þess.¹⁶²

Í aðdraganda lögleiðingar EES-samningsins var deilt um hvort 2. gr. stjórnarskrárinnar heimilaði framsal ríkisvalds og fyrir Alþingi voru lagðar fjórar álitferðir um stjórnarskipulegt gildi samningsins.¹⁶³ Davíð Þór Björgvinsson hefur sagt að „fullveldi tengist með þeim hætti framsali ríkisvalds að fræðilega má hugsa sér að ríkið hafi framselt svo stóran hluta af valdi sínu til alþjóðlegra stofnana eða stjórnvalda í öðru ríki, að það teljist ekki lengur fullvalda í reynd.”¹⁶⁴ Ein af þeim álitgerðum sem lögð var fyrir Alþingi var álit fjórmeninganefndar utanríkisráðherra,¹⁶⁵ en niðurstaða hennar var sú að í EES-samningnum væri ekki um framsal löggjafarvalds að ræða, en aftur á móti væri ákveðið framsal framkvæmdarvalds og dómsvalds.¹⁶⁶ Taldi fjórmeninganefndin þrátt fyrir framangreint ekki þörf á stjórnarskrárbreytingum vegna lögfestingar samningsins þar sem framsal ríkisvalds væri „skýrt, afmarkað, ekki umfangsmikið eða verulega íþyngjandi fyrir einstaklinga eða lögaðila”.¹⁶⁷

¹⁶⁰ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 431.

¹⁶¹ sama heimild 431–432.

¹⁶² Martin Dixon, *Textbook on international law* (6. útg., Oxford University Press 2007) 115.

¹⁶³ Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins: Skýrsla Evrópunefndar“ (Forsætisráðuneytið 2007) 113.

¹⁶⁴ Davíð Þór Björgvinsson, „EES og framsal ríkisvalds“ í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000) 78.

¹⁶⁵ Aðrar álitgerðir voru frá Birni Þ. Guðmundssyni, Davíð Þór Björgvinssyni og Guðmundi Alfredssyni.

¹⁶⁶ Davíð Þór Björgvinsson, „EES og framsal ríkisvalds“ í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000) 80.

¹⁶⁷ sama heimild.

Af því sem framan greinir var það skýrt af Íslands hálfu að ekki stóð til að framselja fullveldi við undirritun EES-samningsins. Um afstöðu og skilning íslenska ríkisins til málefnsins vísast til greinargerðar með frumvarpi því er varð að eesl. en þar segir „EES-samningurinn er þjóðréttarsamningur. Sem slíkur bindur hann íslenska ríkið að þjóðarétti, en ekki einstaklinga eða fyrirtæki að landsrétti. Þar sem í honum eru ákvæði sem er ætlað að hafa áhrif að landsrétti verður að lögfesta þau.“¹⁶⁸ Þessu til viðbótar kemur einnig fram:

Af Íslands hálfu var eitt meginmálmáttmiðið, sem fleiri EFTA-ríkja, að samningurinn myndi ekki leiða til breytinga á stjórnarskrá, að ekkert löggjafarvald yrði fært til sameiginlegra stofnana og að engar breytingar yrðu nauðsynlegar á fyrirkomu lagi á ákvarðanatöku innanlands.¹⁶⁹

Framangreind atriði telur Reimar Pétursson afgerandi og bendir á að „Gert virðist ráð fyrir því að einstaklingar og lögaðilar geti aðeins byggt rétt á reglu EES-samningsins hafi hún verið leidd í landsrétt.“¹⁷⁰ Höfundur tekur undir þá ályktun og telur jafnframt líklegt að þar sem dómur í Francovich-málinu og mótun umræddrar meginreglu áttu sér stað áður en viðræðum EES-samningsins lauk og efni hans samþykkt, hlyti meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis að koma beinum orðum fram í samningnum ef það var ætlun EFTA-ríkjanna að hafa slíka reglu í gildi. Þar sem hvergi í EES-samningnum fyrirfinnst sérstakt ákvæði sem kveður á um skaðabótaskyldu samningsaðila í tilvikum sem þessum er ólíklegt að EFTA-ríkin hafi í samningaviðræðum um EES-samninginn ekki gert ráð fyrir því að samningurinn kynni að fela í sér rétt einstaklinga til skaðabóta. Sjónarmið framkvæmdastjórnarinnar og ríkisstjórna Íslands, Noregs og Svíþjóðar í máli *Erlu Maríu* renna enn frekari stoðum undir þessa ályktun. Forseti EFTA-dómstólsins Carl Baudenbacher vekur hins vegar athygli á því að samningaviðræðum vegna EES-samningsins hafi verið lokið er Evrópudómstóllinn kvað upp dóm sinn í *Francovich*-málinu en samningaviðræður hafist að nýju eftir álit Evrópudómstólsins nr. 1/91 frá 14. desember 1991 lokið vorið 1992.¹⁷¹ Dregur höfundur þær athugasemdir ekki í efa en engu að síður var skilningur íslenska ríkisins, samkvæmt áðurgreindri greinargerð með frumvarpi því er varð að eesl., að EES-regla fengi ekki réttaráhrif nema með sérstakri lögfestingu í landsrétt. Á grundvelli tvíeðliskenningarinnar virðist skaðabótaskylda ríkisins vegna reglna sem ekki hafi verið leiddar í landsrétt því

¹⁶⁸ Alþt. 1992-1993, A-deild, 50.

¹⁶⁹ Alþt. 1992-1993, A-deild, 51.

¹⁷⁰ Reimar Pétursson, „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur og takmarkanir á framsali löggjafarvalds til stofnana EES“ (1999) 49 Tímarit Lögfræðinga 197, 202.

¹⁷¹ Carl Baudenbacher, „Erla María: viðurkennd réttarsköpun dómstóla“ (2007) 57 Tímarit Lögfræðinga 147, 149.

fjarstæðukennd. Verður það því að teljast eðlilegt að spurningar hafi vaknað og efasemdir risið við ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli *Erlu Mariu*.

Hvað sem þessu líður þá átti Hæstiréttur síðasta orðið og staðfesti meirihluti hans regluna sem hluta landsréttar í Hrd. 16. desember 1999 í máli nr. 236/1999, þar sem komist var svo að orði:

Það leiðir af 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann að samningurinn felur ekki í sér framsal löggjafarvalds. Hins vegar hefur meginmál EES-samningsins lagagildi hér á landi. Er samkvæmt framansögðu eðlilegt að lögín sem lögfesta meginmál samningsins séu skýrð svo að einstaklingar eigi kröfu til þess að íslenskri löggjöf sé hagað til samræmis við EES-reglur. Takist það ekki leiði það af lögum nr. 2/1993 og meginreglum og markmiðum EES-samningsins að aðaláfrýjandi verði skaðabótaskyldur að íslenskum rétti. Að þessu virtu, svo og aðdraganda og tilgangi laga nr. 2/1993 fær skaðabótaábyrgð aðaláfrýjanda, vegna ófullnægjandi lögfestingar tilskipunarinnar, næga stoð í þeim lögum.¹⁷²

Í dóminum segir að við skýringu EES-samningsins bæri að hafa hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins kæmi ekkert fram sem leiða ætti til þess, að vikið yrði frá því áliti. Hæstiréttur lagði þó sérstaka áherslu á að „Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 er það hins vegar í valdi íslenskra dómstóla að skera úr um hvort bótaábyrgð íslenska ríkisins njóti fullnægjandi lagastoðar að íslenskum rétti.“¹⁷³

Samkvæmt þessu breytir álit EFTA-dómstólsins engu um hlutverk íslenskra dómstóla samkvæmt stjórnarskránni. Hæstiréttur virðist hafa lesið meginreglu úr á eesl. og markmiðum þeirra að sama skapi. Færa má rök fyrir því að með þessum hætti hafi Hæstiréttur staðið vörð um fullveldi Íslands þar sem meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins byggir á íslenskum lögum. Hann hafi þannig staðfest að lagasetningarvaldið sé hér á landi. Á grundvelli framangreinds vill Davíð Þór Björgvinsson meina að reglan rúmist innan tvíeðliskenningarinnar og heimilda til framsals löggjafarvalds.¹⁷⁴ Þá hefur Margrét Einarsdóttir talið í þessu felast að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkis vegna ófullnægjandi innleiðingu tilskipunar hafi ekki bein réttaráhrif ólíkt hliðstæðri meginreglu Evrópusambandsréttar, heldur verði að styðjast við viðkomandi réttarheimild að landsrétti.¹⁷⁵

Hvað varðar mögulegt framsal á dómsvaldi er áhugavert að sjá hvað EFTA-dómstóllinn gerir í nákominni framtíð komi honum til með að berast mál þar sem reynir á svipuð álitaefni og í

¹⁷² Hrd. 16. desember 1999 í máli nr. 236/1999.

¹⁷³ sama heimild.

¹⁷⁴ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 215.

¹⁷⁵ Margrét Einarsdóttir, „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla“ (2011) 61 *Tímarit Lögfræðinga* 5, 10–11.

Köbler. Áhersla EFTA-dómstólsins á það markmið EES-samningsins að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði gæti verið merki þess efnis að reglan muni smitast yfir í EES-rétt en líkt og áður hefur verið vikið að virðist EFTA-dómstóllinn hafa lagt grundvöll fyrir tilvist slíkrar reglu í málum *Pórs Kolbeinssonar* og *Irish Bank*.

Þegar öllu er þó á botninn hvolft þarf Hæstiréttur að staðfesta regluna sem hluta landsréttar á grundvelli 2. gr. stjórnarskrárinnar.¹⁷⁶ Telji Hæstiréttur EFTA-dómstóllinn of réttarskapandi, getur hann allt eins farið gegn álitinu og dæmt eftir íslenskum lögum þar sem ráðgefandi álit eru almennt ekki talin bindandi, líkt og nafnið gefur til kynna. Margrét Einarsdóttir vill hins vegar ekki útiloka að slík hunsun Hæstaréttar á ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins geti haft ákveðna eftirmála. Að sögn Margrétar er líklegt að Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) höfði sammingsbrotamál gegn íslenska ríkinu og þar að auki geti íslenska ríkið orðið skaðabótaskyld fyrir vikið.¹⁷⁷ Komi það til með að reynast rétt er augljóst að Hæstiréttur geti staðið frammi fyrir ákveðnum vandkvæðum sé hann ekki sammála dómafordæmum Evrópudómstólsins og ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins. Með þessum hætti má færa fyrir því rök að íslenska ríkið sé smám saman dæmt lengra og lengra inn í Evrópusambandið þar samþættingin gerist í gegnum EFTA-dómstólinn.

¹⁷⁶ Í Hrd. 15. febrúar 2007 í máli nr. 120/2006 kom Hæstiréttur sér undan því að taka afstöðu til þess, hvort til skaðabótaskyldu íslenska ríkisins gæti stofnast að landsrétti, vegna brota þess á meginmáli EES-samningsins.

¹⁷⁷ „Ráðgefandi álit í raun binandi“ (*RÚV*, 10. mars 2012) <<http://www.ruv.is/frett/radgefandi-alit-i-raun-binandi>> skoðað 13. maí 2013.

5. Niðurstöður

Höfundur hefur með þessari ritgerð reynt að varpa ljósi á þróun meginreglna EES- og bandalagsréttar um skaðabótaábyrgð ríkis og vikið að þeim skilyrðum sem þurfa að vera fyrir hendi svo slík ábyrgð komi til greina, en þau virðast vera þau sömu. Gildissvið meginreglu bandalagsréttar er vissulega rýmra vegna þeirrar þróunar sem hún hefur náð, fram yfir meginreglu EES-réttar, í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.¹⁷⁸ Meginregla EES-réttar grundvallast af sérstöku eðli EES-samningsins¹⁷⁹ ólíkt hliðstæðri reglu bandalagsréttar sem byggir á virkum réttaráhrifum. Beiting reglnanna þarf því ekki að öllu leyti að vera það sama líkt og dómaframkvæmd gefur til kynna.¹⁸⁰

Ljóst er að með bókun 35 var sköpuð umgjörð utan um EES-réttinn til að koma í veg fyrir framsal á lagasetningarvaldi. Hefur það einnig verið staðfest af EFTA-dómstólnum og er í samræmi við kenningu fjórmenninganna. Niðurstaða fjórmenninganna var hins vegar sú að um visst framsal á dóms- og framkvæmdarvaldi væri að ræða. Mætti því við fyrstu sýn telja að framsal fullveldis hafi átt sér stað, ef lagt er til grundvallar að fullveldi haldist í hendur við full ríkisvöld líkt og ofangreind skilgreining stjórnskipunarréttar gefur til kynna. Aftur á móti heimilar skilgreining stjórnskipunarréttar ríkisyfirráð í höndum annarra en ríkisins sjáls ef samþykki þess komi til með löggildum hætti sem og vissulega er tilfelli EES-samningsins.

Hins vegar má færa rök fyrir því að ef EFTA-dómstóllinn kemur til með að elta Evrópudómstóllinn líkt og oft áður, varðandi þá reglu sem staðfest var í máli *Köbler*, að dómsvald ríkisins sé skert og fullveldi þess á sama tíma. Ísland mun þó alltaf alltaf eiga síðasta orðið um tilvist slíkrar reglu í landsrétti en líkt og áður hefur verið komið að getur Hæstiréttur staðið frammi fyrir ákveðnum vandkvæðum fari hann ekki eftir EES-reglum, dómafóðæmum Evrópudómstólsins eða ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins. Verði Íslandi þannig stillt upp við vegg er spurning hvort grundvöllur sé fyrir áframhaldandi samstarfi en ríkið hefur ávallt þann valkost að segja upp aðild sinni að EES-samningnum á grundvelli 127. gr. EES-samningsins, eða ganga í Evrópusambandið til að hafa áhrif á ákvarðanatökur við lagasetningu. Hvort annar hvor þessara kosta sé skynsamlegur er hins vegar allt önnur spurning.

Að ofangreindu er það álit höfundar, enn sem komið er, að framsal íslenska ríkisins á fullveldi sínu við undirritun EES-samningsins sé ekki meira en ráðgert var, sbr. 2. gr.

¹⁷⁸ Hér skírskotar höfundur til útvíkkun meginreglu bandalagsréttar um skaðabótaábyrgð ríkis.

¹⁷⁹ Mál E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir g. íslenska ríkinu, mgr. 59

¹⁸⁰ Sameinuð mál C-46 og 48/93 Brasserie de Pecheur/Factortame [1996] ECR I-1029, mgr. 30

stjórnarskrárinnar. Er það í samræmi við það grundvallarviðhorf er Skúli Magnússon telur felast í þjóðarétti, það er „að hið fullvalda ríki verður almennt ekki talið bundið af neinum reglum eða ákvörðunum sem það hefur ekki samþykkt með einhverjum hætti”.¹⁸¹

¹⁸¹ Skúli Magnússon, „Um hið sérstaka eðli samningsins um evrópska efnahagssvæðið“ í Ármann Snævarr (ritstj.), *Afmælisrit: Til heiðurs Gunnars G. Shcram sjötugum 20. febrúar 2001* (Almenna bókafélagið 2002) 462.

Heimildaskrá

„Dagurinn“ (1918) 6 (21) Morgunblaðið, 1.

„Ráðgefandi álit í raun binandi“ (*RÚV*, 10. mars 2012) <<http://www.ruv.is/frett/radgefandi-alit-i-raun-binandi>> skoðað 13. maí 2013.

Baudenbacher, C., „Erla María: viðurkennd réttarsköpun dómstóla“ (2007) 57 Tímarit Lögfræðinga, 147.

Björg Thorarensen og Pétur Dam Leifsson, *Þjóðaréttur* (Codex 2011).

Chalmers, D., *European Union law : cases and materials* (2. útg., Cambridge University Press 2010).

Davíð Þór Björgvinsson, „EES og framsal ríkisvalds“ í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000), 77.

—— *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006).

Dixon, M., *Textbook on international law* (6. útg., Oxford University Press 2007).

Eiríkur Bergmann Einarsson, *Evrópusamruninn og Ísland : leiðarvísir um samrunaþróun Evrópu og stöðu Íslands í evrópsku samstarfi* (Háskólaútgáfan 2003).

Forsætisráðuneytið, „Tengsl Íslands og Evrópusambandsins: Skýrsla Evrópunefndar“ (Forsætisráðuneytið 2007).

Foster, N., *Foster on EU law* (3. útg., Oxford University Press 2011).

Gunnar G. Schram, *Evrópubandalagið* (Háskólaútgáfan 1990).

Margrét Einarsdóttir, „Bótaábyrgð vegna brota á EES-rétti sem rekja má til æðstu dómstóla“ (2011) 61 Tímarit Lögfræðinga, 5.

Óttar Pálsson, „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur gegn íslenska ríkinu - meginreglan um skaðabótaábyrgð.“ (1999) 49 Tímarit Lögfræðinga, 111.

Reimar Pétursson, „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur og takmarkanir á framsali löggjafarvalds til stofnana EES“ (1999) 49 Tímarit Lögfræðinga, 197.

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Úlfjótur 2010).

Skúli Magnússon, „Um hið sérstaka eðli sammingsins um evrópska efnahagssvæðið“ í Ármann Snævarr (ritstj.), *Afmælisrit: Til heiðurs Gunnars G. Schram sjötugum 20. febrúar 2001* (Almenna bókafélagið 2002), 461.

Stefán Már Stefánsson, „Þýðing meginreglna í bandalagsrétti og í rétti Evrópskra efnahagssvæðisins“ í Garðar Gíslason (ritstj.), *Líndæla: Sigurður Líndal sjötugur 2. júlí 2001* (Hið íslenska bókmenntafélag 2001), 533.

Steiner, J. og Woods, L., *EU law* (10. útg., Oxford University Press 2009).

Steiner, J., Woods, L. og Twigg-Flesner, C., *EU law* (9. útg., Oxford University Press 2006).

Tresselt, P. og Mahieu, K., „Um hugtakið skaðabótaábyrgð ríkis í Evrópurétti“ (2004) 54 *Tímarit Lögfræðinga*, 335.

Tridimas, T., *The general principles of EU law* (2. útg., Oxford University Press 2006).

Viðar Már Matthíasson, „Um orsakatengsl og reglur um takmörkun á umfangi skaðabótaábyrgðar“ (2002) 52 *Tímarit Lögfræðinga*, 311.

Þorgeir Örlygsson, „Hvernig hefur Ísland brugðist við ákvörðunum EFTA-dómstólsins?“ (2004) 54 *Tímarit Lögfræðinga*, 375.