



**BA - ritgerð
í lögfræði**

Ráðgefandi álit EFTA - dómstólsins
Eru þau bindandi eður ei fyrir íslenska dómstóla?

Aron Úlfar Ríkarðsson

Bjarnveig Eiríksdóttir hdl.

Apríl 2014



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

**BA - ritgerð
í lögfræði**

Ráðgefandi álit EFTA - dómstólsins
Eru þau bindandi eður ei fyrir íslenska dómstóla?

Aron Úlfar Ríkarðsson

Bjarnveig Eiríksdóttir hdl.

Apríl 2014

EFNISYFIRLIT

1 Inngangur	4
2 Bakgrunnur 34. gr. EDS	5
2.1 Almennt um forúrskurði	5
2.2 Forúrskurðir og EES	6
3 Ráðgefandi eða bindandi?	7
3.1 Orðalag 34. gr. EDS	7
3.2 Afleiðingar þess að fylgja ekki ráðgefandi álit	8
3.2.1 Hollustuskyldan	8
3.2.2 Samningsbrotamál	8
3.2.3 Skaðabótaábyrgð	11
3.2.4 Ályktanir fræðimanna	14
3.3 Afstaða EFTAD	15
3.4 Afstaða íslenskra dómstóla	16
3.4.1 Málskot ákvarðana um að afla ráðgefandi álits	16
3.4.2 Dómar Hæstaréttar og ráðgefandi álit	18
4 Lokaorð	20
4.1 Samantekt	20
4.2 Niðurstaða	22
Heimildaskrá	23
Dómaskrá	24

1 Inngangur

Samningurinn um Evrópska Efnahagssvæðið¹ var undirritaður í borginni Óportó í Portúgal 2. maí 1992. Að honum stóðu annars vegar Efnahagsbandalag Evrópu og Kola- og stálbandalag Evrópu ásamt þáverandi aðildarríkjum bandalaganna og hins vegar þáverandi aðildarríki Fríverslunarsamtaka Evrópu². Í dag eru samningsaðilarnir Evrópusambandið³ og aðilarríki þess sem og Noregur, Ísland og Liechtenstein. Hin síðastnefndu ríki standa ein eftir í EFTA auk Sviss.⁴

EESS kemur því til leiðar að reglur ESB um fjórfrelsið og hinar sameiginlegu samkeppnisreglur sambandsins, sem uppruna eiga að rekja til Rómarsáttmálans⁵, gilda í þeim aðildarríkjum EFTA sem gerst hafa aðilar að EESS.⁶

Í upprunalegum drögum EESS var gert ráð fyrir því að sérstökum dómstól EES yrði komið á fót sem skipaður yrði dómurum frá EFTA-ríkjunum og Evrópudómstólnum.⁷ Þessi áform voru lögð á hilluna eftir *EBD, álit 1/91, ECR 1991, bls. I-6079*. Í álitinu lagðist Evrópudómstóllinn gegn áformunum og rökstuddi þá afstöðu á þá leið að sérstakur EES-dómstóll myndi veikja stoðir ESB-réttar og lögsögu Evrópudómstólsins til að túlka ESB-rétt.⁸ Af þessum sökum hvílir EESS á tveggja stoða dómstólaskipan. EFTA-dómstóllinn⁹ sér um að túlka EES-reglur á yfirráðasvæði EFTA-ríkjanna á meðan Evrópudómstóllinn fer með sambærilegt hlutverk innan ESB.¹⁰

Í 2. mgr. 108. gr. EESS er aðeins kveðið á um að EFTA-ríkin skuli koma á fót dómstóli. Af þessum sökum þurfti að gera sérstakan samning til þess að stofna EFTAD. Samningur EFTA-ríkjanna um eftirlitsstofnun og dómstól¹¹ var undirritaður samhliða EESS. Samningurinn afmarkar dómsvald EFTAD. Þannig greinir hann frá þeim tegundum mála sem tæk eru til meðferðar fyrir dómstólnum.

¹ Hér eftir kallaður EESS. Evrópska efnahagssvæðið verður kallað EES.

² Hér eftir kölluð EFTA.

³ Hér eftir kallað ESB.

⁴ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 117.

⁵ Þann 25. mars 1957 voru samningar um Efnahagsbandalag Evrópu og Kjarnorkubandalag Evrópu undirritaðir í Róm. Fyrirnefndi samningurinn er gjarnan kallaður Rómarsáttmálinn. Sjá Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 17.

⁶ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 20.

⁷ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 149.

⁸ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 102-103.

⁹ Hér eftir kallaður EFTAD.

¹⁰ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 155.

¹¹ Hér eftir kallaður EDS.

Í 34. gr. EDS er EFTAD fengið vald til að veita dómstólum þeirra EFTA-ríkja sem aðilar eru að EESS ráðgefandi álit¹² um túlkun EESS. Íslendingar lögfestu EESS með lögum nr. 2/1993 en EDS var ekki festur í lög. Lög nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið voru sett vegna 34. gr. EDS. Lögin þurfti að setja vegna þess að EDS hefur ekki lagagildi að íslenskum rétti þar sem Íslendingar aðhyllast tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar.

Deilt hefur verið um hvort ofangreind álit séu bindandi fyrir íslenska dómstóla þrátt fyrir heiti sitt. Viðfangsefni þessarar ritgerðar er að kanna hvort sú sé raunin.

2 Bakgrunnur 34. gr. EDS

2.1 Almenn um forúrskurði

Lögsaga ESB-dómstólsins¹³ til að kveða upp forúrskurði¹⁴ er afmörkuð í 267. gr. Sáttmálans um framkvæmd ESB¹⁵. Forúrskurðir eru tæki ESBD til að útkljá álitaefni um túlkun og gildi ESB-réttar sem upp kunna að koma við meðferð dómsmála fyrir dómstólum aðildarríkjanna og þar með stuðla að samræmi og réttareiningu innan ESB.¹⁶

Dómari máls á lokaorðið um hvort álitaefni verði lagt fyrir ESBD til forúrskurðar. Hvorki aðilar máls, aðildarríki né stofnanir ESB geta þannig lagt álitaefni fyrir ESBD upp á sitt einsdæmi ef dómari samþykkir það ekki. Hann getur lagt fram beiðni um forúrskurð að eigin frumkvæði eða að ósk aðila máls.

Ákveðin skilyrði þurfa að vera uppfyllt til að beiðni um forúrskurð nái fram að ganga. Í fyrsta lagi verður ESBD aðeins krafinn um að fjalla um túlkun eða gildi ESB-réttar. Þetta leiðir af 1. mgr. 267. gr. SFE. Annað skilyrði kemur fram í 2. mgr. sömu greinar en þar segir að forúrskurður þurfi að vera nauðsynlegur. Þetta hefur verið skýrt á þann hátt að mál þurfi að vera þannig í sniðum að úrslit þess komi til með að ráðast af efni forúrskurðarins að einhverju marki. Í þriðja lagi þarf beiðni um forúrskurð að koma fram í tengslum við raunverulegan ágreining í ákveðnu dómsmáli. Þetta útilokar að ESBD verði spurður lögspurninga.¹⁷

Það kemur fyrir að dómstólar aðildarríkjanna beri spurningar undir ESBD til forúrskurðar sem ekki eru tækar til meðferðar fyrir dómstólnum. Þessar spurningar eru af ýmsu tagi en þrjár tegundir eru hvað algengastar. Fyrst ber að nefna það þegar þess er óskað að ESBD túlki

¹² Advisory opinion.

¹³ The Court of Justice of the European Union. Hét áður Evrópudómstóllinn. Hér eftir kallaður ESBD.

¹⁴ Preliminary ruling.

¹⁵ The Treaty on the Functioning of the European Union. Hér eftir kallaður SFE. Ákvæðið svarar til þess sem áður var 234. gr. Rómarsáttmálans.

¹⁶ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1011.

¹⁷ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1015-1022.

landsrétt. Þá kemur fyrir að dómstóllinn er krafinn um að beita landsrétti eða ESB-rétti á tiltekið álitafni. Eins kemur fyrir að ESBD er beðinn um að svara því hvort tiltekin ákvæði landsréttar samrýmist ESB-rétti.¹⁸

Rétt er að benda á að ESBD skýrir hugtakið „dómstóll“ í 267. gr. SFE rúmt. Þetta gerir það að verkum að ýmsir úrskurðaraðilar á sviði stjórnslu og lögbundnir gerðardómar, að einhverju marki, falla undir hugtakið. Þessa rúmu skýringu réttlætir dómstóllinn með tilgangi ákvæðisins, þ.e. að tryggja samræmda túlkun ESB-réttar.¹⁹

2.2 Forúrskurðir og EES

Dómstólar aðildarríkjanna geta leitað forúrskurðar um skýringu EES-réttar þar sem EESS er milliríkjasamningur sem stofnanir ESB eiga hlut að. Við gerð EESS ákváðu EFTA-ríkin að koma á fót kerfi sambærilegu forúrskurðakerfi ESB innan EFTA-stoðarinnar. Það er jafn ljóst nú og það var þá að þörf er á slíku kerfi til að unnt sé að ná því markmiði að mynda einsleitt efnahagssvæði, sbr. 1. gr. EESS, og ná fram tryggri framkvæmd fyrir dómstólum, sbr. 4-lið aðfararorða samningsins, enda eru möguleikar einkaaðila í EFTA-ríkjunum til beinnar málsóknar fyrir EFTAD ekki rýmri en möguleikar einkaaðila til beinnar málsóknar fyrir ESBD og þá er hlutverk Eftirlitsstofnunar EFTA sambærilegt hlutverki Framkvæmdarstjórnar ESB. Þegar EFTA-ríkjanna byggju sum sé við lakari rétt en þegar innan ESB ef kerfi af þessu tagi væri ekki fyrir hendi innan EFTA-stoðarinnar.²⁰

Fyrirmynd 34. gr. EDS er þannig 267. gr. SFE. Ákvæðið veitir EFTAD lögsögu til að veita ráðgefandi álit um túlkun EES-réttar. Rétt er að geta þess að bókanir og viðaukar við EESS, auk þeirrar afleiddu löggjafar sem þar er vísað til, teljast til samningsins sbr. 119. gr. EESS. Skilyrði þess að ráðgefandi álit fáiast eru sambærileg þeim skilyrðum sem þurfa að vera uppfyllt til að unnt sé að fá forúrskurð hjá ESBD. Þannig verður EFTAD hvorki spurður um sönnunaratriði né um túlkun landsréttar og beiðni verður að tengjast raunverulegum ágreiningi í dómsmáli og vera nauðsynleg fyrir málsúrslit. Þá skýrir EFTAD, líkt og ESBD, hugtakið „dómstóll“ sjálfstætt og þá með vísan til þess að tilgangurinn með ráðgefandi álitum er að EFTAD geti aðstoðað dómstóla EFTA-ríkjanna við beitingu EES-réttar þar sem við á. Þetta kom berlega ljós í *EFTAD, máli E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15* en þar taldi EFTAD að tiltekin áfýjunarnefnd gæti leitað ráðgefandi álits. Þetta álit vekur upp spurningar

¹⁸ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1014.

¹⁹ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 1023-1025.

²⁰ Skúli Magnússon: „Málkot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 12-13.

um þýðingu þess að í lögum nr. 21/1994 er aðeins héraðsdómstólum, Hæstarétti og Félagsdómi veitt heimild til að óska eftir ráðgefandi áliti. Lögin virðast fela í sér ríkari takmarkanir en leiða af 34. gr. EDS.²¹

3 Ráðgefandi eða bindandi?

3.1 Orðalag 34. gr EDS

Hefðbundið milliríkjasamstarf einkennist af þeirri reglu þjóðaréttar að fullvalda ríki bera almennt ekki skyldur gagnvart öðrum ríkjum nema þau stofni til þeirra sjálf. Þannig hefur hvert og eitt ríki neitunarvald innan alþjóðlegrar stofnunar sem byggir á slíku samstarfi. Þá er það svo að brjóti ríki gegn hefðbundnum milliríkjasamningi sem það hefur gengist undir geta einvörðungu aðrir samningsaðilar haft uppi kröfur að þjóðarétti en þegar viðkomandi ríkis geta ekki byggt á honum rétt nema það hafi ákveðið það sjálft með lögum og stjórnskipun sinni.

ESB byggir ekki á hefðbundnu milliríkjasamstarfi heldur því sem kallað hefur verið yfirþjóðlegt milliríkjasamstarf²². Einkenni samstarfsins eru þau að á vegum sambandsins starfa sjálfstæðar stofnanir, t.d. ESBD, ákvarðanir eru teknar á grundvelli meirihluta og þá hafa reglur sem settar eru á vegum sambandsins milliliðalaust gildi í aðildarríkjum og hafa forgang gagnvart landsrétti. Aðildarríki ESB hafa þannig takmarkað fullveldi sitt á ákveðnum sviðum í þágu sambandsins.²³

Í *EBD, áliti 1/91, ECR 1991, bls. I-6079* sagði ESBD að EESS væri hefðbundinn milliríkjasamningur.²⁴ Eftir undirritun EESS hafa bæði EFTAD, sbr. *EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95*, og ESBD, sbr. *EBD, mál T-115/94, ECR 1997, bls. II-39*, komið fram með þá afstöðu að EES-réttur sé eins konar millistig, sui generis, milli hefðbundins milliríkjasamstarfs og ESB-réttar.²⁵ Það breytir því ekki að EESS var saminn með það fyrir augum að hann fæli ekki í sér sambærilegt framsal á fullveldi til alþjóðlegra stofnana og aðild að ESB, einkum hvað framsal á löggjafarvaldi varðar, enda kærðu EFTA-ríkin sig ekki um slíkt framsal. Þessi áhersla EFTA-ríkjanna hefur auðsýnilega haft áhrif þegar texti 34. gr. EDS var saminn. Það er óumdeilt að forúrskurðir ESBD eru bindandi fyrir dómstóla aðildarríkjanna.²⁶ Því var tilvísunarkerfi EFTA-stoðarinnar ekki kennt við forúrskurði heldur

²¹ Davíð Þór Björvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 342-361.

²² Supranational legal system.

²³ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 42-44.

²⁴ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 99-100.

²⁵ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 105-106.

²⁶ Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 136.

ráðgefandi álit til að undirstrika að þarna væri munur á í ljósi eðlis EESS.

Ástæðurnar að baki orðalagi 34. gr. EDS benda til þess að ráðgefandi álit EFTAD séu einvörðungu ráðgefandi fyrir dómstóla EFTA-ríkjanna. Íslenski löggjafinn taldi auðsýnilega að skilja bæri ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan við setningu laga nr. 21/1994. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögunum segir orðrétt: „Álitið á aðeins að vera ráðgefandi eins og segir í 1. mgr. 1. gr. og bindur það því ekki héraðsdómara við úrlausn máls þótt vissulega verði að telja að eftir því yrði að öðru jöfnu farið að því leyti sem úrlausnin veltur á álitaefninu“.²⁷ Fræðimennirnir Stefán Már Stefánsson²⁸ og Davíð Þór Björgvinsson²⁹ hafa sammælt þessu í skrifum sínum. Rökstuðningur þeirra beggja fyrir þessari niðurstöðu er lítill sem bendir til að þeir telji hana sjálfsagða, þ.e. notkun orðsins „ráðgefandi“ útiloki að álit EFTAD geti talist bindandi.

3.2 Afleiðingar þess að fylgja ekki ráðgefandi álitu

3.2.1 Hollustuskyldan

Í 3. gr. EESS er kveðið á um að samningsaðilarnir skuli gera allar viðeigandi ráðstafnir, hvort sem þær eru almennar eða sérstakar, til að tryggja að staðið verði við samningsskuldbindingarnar sem og að þeir skuli varast ráðstafanir sem teflt geti í tvísýnu að þeim verði náð. Þessi regla er kölluð hollusturegla EES. Hún tekur til dómstóla EFTA-ríkjanna og athafna þeirra. Þar sem það er eitt af meginmarkmiðum EESS að beiting hans sé samræmd verður að telja það líklegt að fari dómstóll EFTA-ríkis ekki að ráðgefandi álitu EFTAD teljist það hafa brugðist hollustuskyldu sinni.³⁰

3.2.2 Samningsbrotamál

Það er svo sannarlega alvarlegt mál ef EFTA-ríkin virða ekki hollustuskyldu sína. Það að dómstólar þeirra fylgi ekki ráðgefandi álitum EFTAD kann þó að hafa öllu tilfinnanlegri afleiðingar. 31. gr. EDS er svohljóðandi:

Telji eftirlitsstofnun EFTA að EFTA-ríki hafi ekki staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt EES-samningnum eða samningi þessum skal hún, nema kveðið sé á um annað í samningi þessum, leggja fram rökstutt álit sitt um málið eftir að hafa gefið viðkomandi ríki tækifæri til að gera grein fyrir máli sínu.

²⁷ Alpt. 1993-1994, A-deild, bls. 757.

²⁸ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagsvæðið*, bls. 1033.

²⁹ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 339 og Davíð Þór Björgvinsson: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins“, bls. 138.

³⁰ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins?“, bls. 326-327.

Ef viðkomandi ríki breytir ekki í samræmi við álitnið innan þess frests sem eftirlitsstofnun EFTA getur getur hún vísað málinu til EFTA-dómstólsins

Ákvæðið er sambærilegt því sem er að finna í 258. gr. SFE. Munurinn er sá að Eftirlitsstofnun EFTA getur ekki lagt sektir á EFTA-ríkin fari þau ekki að dómum EFTAD en Framkvæmdarstjórn ESB hefur slíkar heimildir ef aðildarríki sambandsins fara ekki að dómum ESBD, sbr. 260. gr. SFE. Dómsúrlausnir ESBD sem varða þær greinar SFE sem svara til ákvæða EDS eiga við um túlkun síðarnefndu ákvæðanna.³¹ Þetta þýðir að það hvernig ESBD túlkar 258. gr. SFE skiptir máli fyrir túlkun 31. gr. EDS.

Í 31. gr. EDS er kveðið á um heimild Eftirlitsstofnunar EFTA til að fara í mál við EFTA-ríki fyrir EFTAD telji hún viðkomandi ríki hafa brugðist skyldum sínum skv. EESS eða EDS. Slík mál kallast sammingsbrotamál. Ferill slíkra mála er þrískiptur. Eftirlitsstofnunin byrjar á því að senda EFTA-ríki svokallað áminningarbréf. Ef ríkið bregst ekki við því sendir stofnunin rökstutt álit sem ríkinu ber að bregðast við innan tiltekins frests. Geri ríkið það ekki getur Eftirlitsstofnunin farið með málið fyrir EFTAD. Hún hefur frjálst mat, þ.e. hún verður ekki knúin til að fara með mál fyrir EFTAD. Við mat á því hvort um sammingsbrot er að ræða miðar EFTAD við ástandið eins og það var þegar fresturinn til að bregðast við rökstuddu álitni rann út.³²

Í flestum tilvikum lúta sammingsbrotamál Eftirlitsstofnunarinnar að því að tiltekið ákvæði í landsrétti samrýmist ekki EESS.³² En getur úrlausn dómstóls EFTA-ríkis verið andlag sammingsbrotamáls? Til þess að fá svar við þessari spurningu er vert að byrja á því að horfa til ESB-réttar.

Í *EBD*, máli *C-77/69*, *ECR 1970*, bls. 237 sló ESBD því föstu að gjörðir allra stofnana aðildarríkis geta verið andlag sammingsbrotamáls valdi þær því að ríkið stendur ekki við skuldbindingar sínar. Skiptir þar engu þótt um sé að ræða stjórnskipulega sjálfstæðar stofnanir. Málavextir voru þeir að belgíska þingið hafði ekki klárað afgreiðslu á breytingalögum sem áttu að bæta úr annmarka sem ekki samrýmdist ESB-rétti sökum þess að það hafði verið leyst upp. ESBD tók ekki gild force majeure rök belgíska ríkisins. Síðar í *EBD*, máli *C-154/08*, *ECR 2009*, bls. I-187 höfðaði Framkvæmdarstjórnin mál gegn Spáni beinlínis á þeim grundvelli að dómur æðsta dómstóls ríkisins væri rangur. ESBD var sammála Framkvæmdarstjórninni um það að tiltekinn dómur er laut að túlkun ákvæða ESB-réttar um virðisaukaskattskyldu væri rangur og fæli í sér sammingsbrot. Spænska ríkið vísaði til þeirra

³¹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 638.

³² Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 639.

vandkvæða sem væru á því að bregðast við sammingsbroti sem þessu. ESBÐ hafnaði þeim mótbárum með vísan til þess að sammingsbrotamál tækju til allra anga ríkisins. Rétt er að benda á að þótt einn og einn dómur á lægri dómstigum sé rangur frá sjónarhóli ESB-réttar verður sammingsbrotamál ekki byggt á því. Stöðug dómaframkvæmd sem staðfest hefur verið af æðsta dómstól aðildarríkis, eða hann hefur a.m.k. ekki kveðið upp úr um að sé röng, þarf að liggja fyrir. Þetta kom fram í *EBD, máli C-129/00, ECR 2003, bls. I-14637*.³³

Ofangreindir dómar sína ljóslega að úrlausnir dómstóla aðildarríkja ESB geta verið andlag sammingsbrotamáls skv. 258. gr. SFE. Það er ákveðinn leiðarvísir þegar sjónum er beint að úrlausnum dómstóla EFTA-ríkjanna.

Málavextir í *Hrd. 2005, bls. 787 (375/2004)* voru þeir að Frétt ehf. hafði keypt rekstur Fréttablaðsins ásamt nafni, aðstöðu o.fl. af Fréttablaðinu ehf. Í kaupsamningnum var kveðið á um að Frétt ehf. greiddi einvörðungu vangreidd laun blaðbera en ekki annarra starfsmanna. Blaðamannafélag Íslands fór í mál við Frétt ehf. og krafði félagið um vangreidd laun blaðamanns sem starfað hafði á Fréttablaðinu fyrir söluna. Blaðamannafélagið byggði kröfu sína á ákvæðum laga nr. 72/2002 um réttarstöðu starfsmanna við aðilaskipti að fyrirtækjum en í 9. gr. laganna kemur fram að þau voru sett til innleiðingar á tilskipun 2001/23/EB um aðilaskipti að fyrirtækjum. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að kaupin hefðu sannarlega verið aðilaskipti í skilningi ofangreindra laga. Hins vegar túlkaði rétturinn 3. gr. laganna þannig að á grundvelli hennar ætti starfsmaður rétt á vinnu hjá framsalshafa eftir aðilaskipti að félagi á sömu kjörum og áður en hann gæti ekki byggt rétt til ógreiddra launa sem hann ætti inni hjá framseljanda á lögnum. Frétt ehf. var því sýknað af kröfu Blaðamannafélagsins.

Eftirlitsstofnun EFTA tók ekki vel í þennan dóm Hæstaréttar. Stofnunin birti íslenska ríkinu áminningarbréf í lok árs 2009 og fylgdi því eftir með rökstuddu álit í upphafi árs 2010. Hún tiltók að orðalag 3. gr. laga nr. 72/2002 væri í samræmi við tilskipun 2001/23/EB en að túlkun Hæstaréttar á ákvæðinu væri í andstöðu við tilskipunina. Stofnunin rökstuddi þessa niðurstöðu með því að vísa til *EBD, mála C-144/87 og C-145/87, ECR 1988, bls. 2559*. Í þessu sameinaða máli reyndi á fyrirrennara 3. gr. áður nefndrar tilskipunar. ESBÐ túlkaði hana þannig að framsalshafi væri ávallt ábyrgur gagnvart starfsmönnum vegna launaskulda jafnvel þótt þær væru til komnar fyrir aðilaskipti en aðildarríkjunum væri heimilt að kveða á um sameiginlega ábyrgð framseljanda og framsalshafa á skuldunum. Samhliða þessu er rétt að geta þess að í *EBD, máli C-305/94, ECR 1996, bls. I-5927* komst ESBÐ að þeirri niðurstöðu

³³ Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 138 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 640-643.

að ábyrgð framseljanda á ráðningarsamningum starfsmanna færðist yfir til framsalshafa á sama tímamarki og aðilaskipti yrðu. Þannig væri óheimilt að semja um að flutningur ábyrgðar yrði síðar. Eftirlitsstofnunin vísaði einnig til ofangreinds máls Framkvæmdarstjórnar gegn Spáni í álitinu því til stuðnings að dómur æðsta dómstóls gæti verið andlag sammingsbrotamáls.

Íslenska ríkið bar aldrei brögður á að dómur Hæstaréttar gæti verið andlag sammingsbrotamáls skv. 31. gr EDS. Brugðist var við álitinu með setningu laga nr. 81/2010 sem breyttu lögum nr. 72/2002. Eftir breytinguna er 1. mgr. 3. gr. laganna svohljóðandi:

Réttindi og skyldur framseljanda samkvæmt ráðningarsamningi eða ráðningarsambandi sem fyrir hendi er á þeim degi sem aðilaskipti eiga sér stað á færast yfir til framsalshafa, þar á meðal vanefndir framseljanda á skyldum sínum fyrir aðilaskiptin.

Eftir þessa breytingu ákvað Eftirlitsstofnun EFTA að loka sammingsbrotamálinu gegn Íslandi.³⁴

Ekki verður önnur ályktun dregin af þeirri atburðarás sem að ofan hefur verið rakin en að úrlausn dómstóls EFTA-ríkis geti verið andlag sammingsbrotamáls skv. 31. gr. EDS. Það að dómstóll EFTA-ríkis virði ekki ráðgefandi álit EFTAD er ekki sammingsbrot í sjálfu sér. Hins vegar eru yfirgnæfandi líkur á að slík háttsemi leiði til þess að viðkomandi dómstóll túlki þau ákvæði EES-réttar sem fjallað hefur verið um í hinu ráðgefandi álit á rangan hátt. Þannig getur EFTA-ríki talist hafa framið sammingsbrot ef dómstóll þess virðir ekki ráðgefandi álit.³⁵

3.2.3 Skaðabótaábyrgð

Í stofnsáttmálum ESB er hvergi minnst á skaðabótaábyrgð aðildarríkjanna gagnvart einkaaðilum vegna brota á ESB-rétti. Framan af var litið svo á að málefnið liti landsrétti hvers og eins aðildarríkis. Í *EBD, málum C-6/90 og C-9/90, ECR 1991, bls. I-5357* kvað hins vegar við heldur annan tón. Málsatvik voru þau að ítalska ríkið hafði vanrækt að innleiða tilskipun sem leiddi til þess að nokkrir einstaklingar fengu ekki launagreiðslur sem þeim bar við gjaldþrot fyrirtækis. Svo óheppilega vildi til að umrædd tilskipun var ekki þeim eiginleikum gædd að geta haft beina réttarverkan. ESBD komst að þeirri niðurstöðu að ítalska ríkið væri bótaskyldt gagnvart fólkinu vegna þeirrar vanrækslu sem það hafði sýnt.³⁶ Dómstóllinn kvað

³⁴ Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 138-140 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 643-646.

³⁵ Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 140-141.

³⁶ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 221.

skaðabótaregluna vera nauðsynlegan hluta ESB-réttar, það myndi veikja virk réttaráhrif hans ef einkaaðilar gætu ekki fengið bætur þegar réttindi þeirra væru brotin.³⁷

Ofangreint mál markaði innreið skaðabótareglunnar í ESB-rétt. Í *EBD, málum C- 46/93 og C-48/93, ECR 1996, bls. I-1029* kvað ESBD regluna gilda óháð því hvaða stofnun aðildarríkis væri ábyrg fyrir broti á ESB-rétti og því hvort broti væri valdið með athöfn eða afhafnaleysi.³⁸ Þetta orðalag dómstólsins gaf það óneitanlega til kynna að háttsemi dómstóla aðildarríkjanna gæti varðað þau bótaábyrgð. Svar við því hvort það væri raunin fékkst í *EBD, máli C-224/01, ECR 2003, bls. I-10239*.

Málsatvik voru þau að skv. austurrískum lögum áttu prófessorar rétt á sérstöðum kaupauka eftir a.m.k. 15 ára starf við þarlenda háskóla. Maður að nafni Köbler hafði starfað í yfir 15 ár við háskóla víðsvegar í aðildarríkjum ESB. Honum var synjað um kaupaukann þar sem neitað var að taka tillit til starfeynslu hans annars staðar en í Austurríki. Þetta taldi hann andstætt reglu ESB-réttar um frjálsa för fólks. Mál hans endaði fyrir austurríska stjórnarsýsludómstólnum sem leitaði eftir forúrskurði frá ESBD. Dómritari ESBD sendi um hæl afrit af dómi í sambærilegu máli þar sem samsvarandi þýsk regla var talin andstæð ESB-rétti. Austurríski dómstóllinn dró þá forúrskurðarbeiðnina til baka en komst síðan að þeirri niðurstöðu að austurríska reglan stæðist m.t.t. ESB-réttar með þeim rökum að um væri að ræða hollustuumbun en ekki kaupauka. Köbler fór þá í skaðabótamál við austurríska ríkið fyrir borgardómi í Vínarborg. Þar á bæ var ákveðið að afla forúrskurðar. Spurt var hvort reglan um skaðabótaábyrgð aðildarríkjanna tæki til athafna æðstu dómstóla aðildarríkjanna. ESBD benti á fyrri ummæli sínu um að skaðabótareglan tæki til allra stofnana aðildarríkjanna og að öllum handhöfum ríkisvalds í aðildarríkjunum bæri að hlíta reglum ESB-réttar. Hann hafnaði því að skaðabótaábyrgð vegna dóma æðstu dómstóla raskaði res judicata – áhrifum dómanna eða sjálfstæði dómara við viðkomandi dómstóla. Niðurstaðan var því sú að hann taldi skaðabótaábyrgð skv. meginreglum ESB-réttar ná til dóma æðstu dómstóla aðildarríkjanna. Hins vegar setti hann ströng skilyrði fyrir bótaábyrgðinni og kvað hana aðeins geta komið til í algerum undantekningartilvikum. Efnisleg niðurstaða dómsins í máli Köblers var sú að austurríski stjórnarsýsludómstóllinn hefði túlkað málið sem dómritari ESBD sendi honum á rangan veg og honum hefði verið skylt að biðja um forúrskurð í málinu en að brot dómstólsins hefði ekki verið það alvarlegt að skaðabótaábyrgð hefði stofnast vegna þess.³⁹

Mál Köblers sýnir að röng túlkun æðsta dómstóls aðildarríkis ESB getur að ákveðnum

³⁷ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 223.

³⁸ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 226.

³⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 649-654.

skilyrðum uppfylltum varðað viðkomandi ríki bótaábyrgð. Hvernig er málum háttað að EES-rétti?

Í *EFTAD, máli E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95*, sem kennt er við Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur, komst EFTAD að þeirri niðurstöðu að EFTA-ríkin gætu orðið skaðabótaábyrg vegna brota á EESS. Samningurinn hefur ekki að geyma ákvæði um skaðabótaábyrgð, ekki frekar en stofnsáttmálar ESB. EFTAD taldi hann samt sem áður fela í sér skaðabótareglu með þeim rökum að hann væri sui generis, milliríkjasamningur sérstaks eðlis (sjá kafla 3.1). Þá vísaði hann einnig til einsleitnimarkmiðs EES-réttar og þess markmiðs EESS að tryggja rétt einkaaðila til jafnræðis og jafnra tækifæra, auk hollustuskyldunnar, niðurstöðunni til stuðnings. Þannig byggði reglan ekki á dómaframkvæmd ESBD. Skilyrðin fyrir skaðabótaábyrgð taldi dómstóllinn vera þau sömu og eru fyrir skaðabótaábyrgð skv. meginreglu ESB-réttar.⁴⁰ Í *EFTAD, máli E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240* voru tekin af öll tvímæli um að skaðabótareglan gilti um hvers konar brot gegn EESS, ekki aðeins ófullnægjandi innleiðingu tilskipana.⁴¹

Æðstu dómstólar Liechtenstein, Noregs og Íslands hafa allir komist að þeirri niðurstöðu að ríkin séu skaðabótaskyld vegna brota á EESS.⁴⁰ Hvað Ísland varðar er nærtækast að benda á *Hrd. 1999, bls. 4916 (236/1999)* í þessu samhengi. Að fengnu því álit EFTAD sem kennt er við Erlu Maríu dæmdi Hæstiréttur íslenska ríkið bótaskyld í málinu. Dómurinn byggði niðurstöðuna á því að skaðabótareglan hefði verið innleidd í íslenskan rétt með lögfestingu EESS sbr. lög nr. 2/1993. Án þeirra laga myndi reglan ekki gilda að íslenskum rétti þar sem hún hefur ekki beina réttarverkan að EES-rétti.⁴¹

Áður hefur því verið lýst hvernig óvissa ríkti um hvort skaðabótaábyrgð aðildarríkja ESB tæki til dóma æðstu dómstóla þeirra allt þar til ESBD kvað upp dóm í máli Köblers. Enn ríkir óvissa um það hvort skaðabótaregla EES-réttar taki einnig til úrlausna dómstóla EFTA-ríkjana en EFTAD hefur gefið vísbendingu um að hún geri það.

Í *Hrd. 2005, bls. 5254 (246/2005)* var Ístak hf. sýknað af skaðabótakröfu húsasmíðameistarans Þórs Kolbeinssonar sem slasast hafði við störf fyrir fyrirtækið. Hann hafði fallið í gegnum óvarða gipsklæðningu á milligólfi niður á steingólf en engar öryggislínur né fallvarnir voru á vinnusvæðinu. Niðurstaðan byggði á því að Þór sjálfur, frekar en vinnuveitandinn, hefði átt að búa þannig um vinnusvæðið að ekki væri hættu á að hann félli niður um klæðninguna. Í kjölfar þessa höfðaði Þór skaðabótamál gegn íslenska

⁴⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 647-648.

⁴¹ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 180.

ríkinu. Þar byggði hann aðallega á því að tilskipanir 1989/391/EBE, 1989/654/EBE og 1992/57/EBE hefðu verið ranglega innleiddar í íslenskan rétt en til vara á því að mistök Hæstaréttar hefðu leitt til þess að brotið hefði verið gegn EESS. Í úrskurði frá 17. febrúar 2010 féllst héraðsdómari á að afla ráðgefandi álits í málinu. Úrskurðurinn var kærður til Hæstaréttar sbr. *Hrd. 23. mars 2010 (132/2010)*. Rétturinn synjaði beiðni Þórs um að afla álits um það hvort Hæstiréttur hefði gert mistök sem telja mætti brot gegn EESS og hvort slíkt brot gæti varðað EFTA-ríki skaðabótaábyrgð. Hins vegar samþykkti rétturinn að bera það undir EFTAD hvort niðurstaðan í máli Þórs gegn Ístak hf. samræmdist ofangreindum tilskipunum og, ef hún gerði það ekki, hvort það varðaði íslenska ríkið skaðabótaábyrgð að hafa staðið ranglega að innleiðingu þessara tilskipana í íslenskan rétt. Ef Hæstiréttur hefði ekki breytt spurningum héraðsdóms hefði EFTAD tvímælalaust fengið tækifæri til að svara því hvort skaðabótaregla EES-réttar taki til úrlausna dómstóla. Það gekk ekki eftir en EFTAD skildi hins vegar eftir vísbendingu í áliti sínu í málinu. Í *EFTAD, máli E-2/10, EFTACR 2009-2010, bls. 234* er að finna eftirgreind ummæli:

EFTA-dómstóllinn tekur í upphafi fram, að svara verður síðari spurningu Héraðsdóms Reykjavíkur á grundvelli þeirrar forsendu sem gengið er út frá í spurningunni. Hún er sú að hafi EES-réttur verið brotinn, þá felist brotið í því að íslenski löggjafinn hafi ekki innleitt EES-reglur réttilega í landsrétt. 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.

Tilvísunin til máls Köblers verður að teljast sterk vísbending um að EFTAD telji sömu eða a.m.k. svipuð sjónarmið eiga við í EES-rétti og ESB-rétti hvað varðar bótaábyrgð aðildarríkja vegna brota æðstu dómstóla. Þá má benda á að ein af meginröksemdunum fyrir skaðabótareglunni í ESB-rétti og EES-rétti er sú að tryggja þurfi að réttindi einstaklinga njóti tilhlýðilegrar verndar. Þessi röksemd á við sama til hvaða þáttar ríkisvaldsins brot gegn EES-rétti verður rakið. Í öllu falli verður það að teljast líklegt að EFTA-ríkin geti orðið skaðabótaábyrg fari æðstu dómstólar þeirra ekki að ráðgefandi álitum EFTAD ef slík háttsemi veldur rangri túlkun EES-réttar.⁴²

3.2.4 Ályktanir fræðimanna

Því hefur áður verið lýst hvernig tilteknir fræðimenn telja rétt að túlka 34. gr. EDS skv.

⁴² Margrét Einarasdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 143-145 og Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 658.

orðanna hljóðan (sjá kafla 3.1). Bæði Ólafur Jóhannes Einarsson⁴³ og Margrét Einarsdóttir⁴⁴ hafa í skrifum sínum komist að þeirri niðurstöðu að það geti talist sammingsbrot og varðað EFTA-ríkin skaðabótaábyrgð ef dómstólar þeirra virða ekki ráðgefandi álit EFTAD. Skúli Magnússon⁴⁵ telur sömu háttsemi vera sammingsbrot og að hún feli í sér brot á hollustuskyldu EFTA-ríkjanna. Þau Margrét og Skúli hafa dregið ályktanir af þessum niðurstöðum sínum. Margrét telur afleiðingar þess að virða að vettugi ráðgefandi álit svo alvarlegar fyrir EFTA-ríkin að dómstólar þeirra hafi ekki raunverulegt val um það hvort þeir fylgi þeim.⁴⁶ Skúli telur álitin vera bindandi fyrir EFTA-ríkin eins og forúrskurðir ESBD eru bindandi fyrir aðildarríki ESB sbr. eftirfarandi: „Munurinn á ráðgefandi álitum og forúrskurðum er þannig fyrst og fremst merkingafræðilegur („semantískur“) en ekki efnislegur, þ.e. um er að ræða sambærileg réttaráhrif þrátt fyrir mismunandi heiti.“⁴⁷

3.3 Afstaða EFTAD

Vert er að kanna hvort EFTAD sjálfur telur álit sín í raun bindandi. Carl Baudenbacher er forseti EFTAD og hefur að öðrum ólöstuðum haft hvað mest áhrif á þróun EES-réttar. Hans afstaða birtist í eftirfarandi ummælum:

Second, unlike rulings of the Court of Justice of the European Communities under the Article 234 EC procedure, EFTA Court opinions under the Article 34 SCA procedure lack legally binding effect. From a sociological standpoint, however, the EFTA Court's opinions are hardly weaker than preliminary rulings rendered by the Court of Justice of the European Communities.⁴⁸

Ofangreind ummæli verða vart skilin öðruvísi en svo að Hr. Baudenbacher telji álit EFTAD vera bindandi í raun þótt þau séu formlega ráðgefandi. Líklegt verður að teljast að aðrir dómáttar EFTAD deili þeirri skoðun með forseta dómstólsins. Þó er rétt að leita fanga víðar í því skyni að ganga úr skugga um að svo sé.

Hvorki EESS né EDS veita beina vísbendingu um hvort kalla beri úrlausnir EFTAD á grundvelli 34. gr. EDS „dóma“ eða „ráðgefandi álit“. Í upphafi starfsemi dómstólsins kallaði hann sjálfur úrlausnirnar „dóma“. Frá *EFTAD, máli E-2/95, EFTACR 1995-1996, bls. 1* til *EFTAD, máls E-1/99, EFTACR 1999, bls. 119* var þeirri línu hins vegar fylgt að tala um „ráðgefandi álit“. Síðan hefur verið talað um „dóma“. Hvernig má útskýra þessa reikistefnu?

⁴³ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn“, bls. 659-660.

⁴⁴ Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 145.

⁴⁵ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins?“, bls. 327.

⁴⁶ Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“, bls. 152.

⁴⁷ Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins?“, bls. 325.

⁴⁸ Carl Baudenbacher: *Legal framework and case law*, bls. 10.

Hvorki ráðgefandi álit EFTAD né forúrskurðir ESBD binda endi á dómsmál enda er hvorki tekið á sönnunaratriðum né skýringu landsréttar í þeim. ESBD hefur hins vegar kallað forúrskurði sína „dóma“ fullum fetum allt frá upphafi.⁴⁹ Þessi munur verður helst útskýrður þannig að dómarrar við EFTAD hafi á hverjum tíma haft ólík viðhorf til þess hvort úrlausnirnar séu bindandi í raun. Í ljósi þess að núverandi dómarrar kalla úrlausnirnar „dóma“ má draga þá ályktun, með hæfilegum fyrirvara þó, að þeir telji þær bindandi í raun.

Ofangreind ályktun nýtur stuðnings í því að EFTAD gerir ekki greinarmun á fordæmisgildi ráðgefandi álita og eiginlegra dóma sinna. Hann vísar ekki frá ráðgefandi álitum sínum nema að eitthvað sérstakt komi upp á og þá með sérstökum rökstuðningi. Þetta kom berlega ljós í *EFTAD, málum E-9/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259*. Þar reyndi á túlkun 1. mgr. 7. gr. tilskipunar 1989/104/EBE um vörumerkjarétt. EFTAD hafði áður túlkað ákvæðið á tiltekinn hátt í *EFTAD, máli E-2/97, EFTACR 1997, bls. 129* en ESBD hafði eftir það túlkað það á annan veg í *EBD, máli C-355/96, ECR 1998, bls. I-4799* og *EBD, máli C-173/98, ECR 1999, bls. I-4103*. Upp var komið misræmi sem EFTAD þurfti að bregðast við. Dómstóllinn vék frá fordæmi sínu með vísan til áður nefndra fordæma ESBD, þróunar í afleiddum rétti⁵⁰ og viðleitni hans sjálfs til þess að varðveita einsleitni milli EES-réttar og ESB-réttar.⁵¹

Þau atriði sem að ofan hafa verið rakin benda óneitanlega til þess að EFTAD telji ráðgefandi álit sín vera annað og meira en lögfræðilegar álitsgerðir. Raunar benda þau til þess að dómstóllinn telji þau bindandi fyrir dómstóla EFTA-ríkjanna.

3.4 Afstaða íslenskra dómstóla

3.4.1 Málskot ákvarðana um að afla ráðgefandi álits

Víkjum nú sjónum að stöðu mála á Íslandi. Um lög nr. 21/1994 hefur áður verið fjallað stuttlega (sjá kafla 1 og 2.2). 3. mgr. 1. gr. laganna kveður á um að kæra megi úrskurð héraðsdómara um að afla ráðgefandi álits til Hæstaréttar eftir almennum reglum. Þetta ákvæði gerir það að verkum að Hæstiréttur stjórnar því nánast⁵² alfarið hvaða spurningar eru bornar undir EFTAD til úrlausnar af hálfu Íslands. Áður nefnt mál Þórs Kolbeinssonar (sjá kafla 3.2.3) sýnir berlega að rétturinn hikar ekki við að breyta þeim spurningum sem héraðsdómur

⁴⁹ Davíð Þór Björvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 340-341.

⁵⁰ Þær réttarreglur sem stofnanir ESB setja með heimild í stofnsáttmálunum. Sumar þeirra verða efnis síns vegna hluti af EES-rétti.

⁵¹ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 142.

⁵² Rétt er að nota orðið „nánast“ því Félagsdómur getur leitað álits EFTAD og verða úrskurðir hans ekki kærðir til Hæstaréttar, sbr. 2. gr. laga nr. 21/1994.

hefur samþykkt.

Í lögum Liechtenstein og Noregs er ekki að finna sambærilega kæruehimild og í lögum nr. 21/1994.⁵³ Íslenska skipanin byggir ekki á heimild 3. mgr. 34. gr. EDS þar sem kveðið er á um rétt EFTA-ríkjanna til að takmarka rétt til að leita eftir ráðgefandi álitum við æðstu dómstóla.⁵⁴ Því hefur sú spurning vaknað hvort hún sé andstæð EES-rétti.

Í *EBD, máli C-210/06, ECR 2008, bls. I-9641*, sem kennt er við *Cartesio*, reyndi á hvort aðildarríki ESB væri heimilt að takmarka heimildir dómstóla sinna til að afla forúrskurða ESBD með innlendum reglum um málskot sem gerðu æðri dómstól kleyft að breyta ákvörðun eða fella hana úr gildi og leggja fyrir lægra settan dómstól að halda meðferð máls áfram. Poiares Maduro lögsögumaður benti á að það hefði grundvallarþýðingu fyrir samræmda skýringu og skilvirkni ESB-réttar að dómstólar aðildarríkanna gætu haft milliliðalaust samband við ESBD. Þá sagði hann ESBD, en ekki aðra dómstóla aðildarríkis, eiga að svara því hvort beiðni um forúrskurð væri tæk til meðferðar. Að því sögðu komst hann að þeirri niðurstöðu að innlendar reglur um málskot ákvarðana um að óska forúrskurðar væru andstæðar 234. gr. Rómarsáttmálans. ESBD féllst á þessar röksemdir og bætti við að ákvörðun um að afla forúrskurðar héldi gildi sínu svo lengi sem hún væri ekki dregin til baka eða breytt af þeim dómstól sem hana tók.⁵⁵

Bein skylda EFTAD til að fylgja fordæmum ESB tekur ekki til reglna sem fjalla um önnur atriði en efnisreglur EES-réttar. Því er fordæmi ESBD í ofangreindu máli ekki hluti af EES-rétti á þeim grundvelli. Aftur á móti var því líst í kafla 2.2 hvers vegna komið var á fót kerfi sambærilegu forúrskurðarkerfi ESB innan EFTA-stoðar EES. Þar sem kerfin eru sambærileg er rökrétt að þau sjónarmið sem gilda um forúrskurði gildi einnig um ráðgefandi álit. Þetta birtist t.d. í því að EFTAD horfir til ESBD við mótun hugtaksins „dómstóll“ og við afmörkun skilyrða þess að að ráðgefandi álit verði veitt.⁵⁶ Þá leiðir af markmiðum EESS að reglur um réttaráhrif, framkvæmd og fullnustu þurfa að vera sambærilegar í EFTA-ríkjunum og aðildarríkjum ESB.⁵⁷ Á þessum grunni mætti álykta að *Cartesio*-fordæmið sé hluti EES-réttar. *EFTAD, mál E-18/11, EFTACR 2012, bls. 592* bendir óneitanlega til að svo sé en í álitinu

⁵³ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 158.

⁵⁴ Skúli Magnússon: „Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 16.

⁵⁵ Skúli Magnússon: „Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 9-11.

⁵⁶ Skúli Magnússon: „Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 13-14.

⁵⁷ Skúli Magnússon: „Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“, bls. 17-18.

féllst EFTAD á að svara spurningu Héraðsdóms Reykjavíkur sem Hæstiréttur hafði fellt út. Ef rétt reynist verður að teljast líklegt að 3. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994 sé andstæð EES-rétti.

3.4.2 Dómar Hæstaréttar og ráðgefandi álit

Hvenær telur Hæstiréttur heimilt að afla ráðgefandi álits? Í *Hrd. 2004, bls. 3097 (276/2004)* hafnaði rétturinn beiðni um að afla ráðgefandi álits en í dómnum sagði eftirfarandi: „verður ekki litið svo á að það hafi þýðingu fyrir úrslit málsins að bera upp spurningu við EFTA-dómstólinn um skýringu á ákvæði fyrrnefndrar tilskipunar, sem er efnislega samhljóða ákvæði reglugerðar nr. 462/2000 og reynir á í málinu.“ Þetta benti til þess að hann liti svo á að aldrei væri ástæða til að afla álits vegna EES-reglna sem hafa verið innleiddar í íslenskan rétt, þ.e. aldrei yfirhöfuð því hvers kyns reglur EESS verður að innleiða með einhverjum hætti hér á landi skv. grunnreglum íslenskrar stjórnskipunar. Fordæmisgildi dómsins er lítið sem ekkert eftir að úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur frá 4. maí 2005, þar sem fallist var á beiðni um að afla ráðgefandi álits, var staðfestur af réttinum með vísan til forsendna sbr. *Hrd. 2005, bls. 2397 (212/2005)*. Af þeim dómi leiðir að ráðgefandi álit verður aflað ef það hefur raunverulega þýðingu fyrir úrslit máls, ef staðreyndir máls liggja nægilega fyrir og ef réttlætanlegur vafi er fyrir hendi um túlkun EES-reglna.⁵⁸

Ofangreind skilyrði Hæstaréttar virðast samræmast skilyrðum EFTAD (sjá kafla 2). Dómstólarnir ganga þannig í takt hvað þetta varðar. En lítur Hæstiréttur svo á að íslenskir dómstólar séu bundnir af þeim álitum sem aflað er? Ljóst er að afstaða réttarins skiptir gífurlegu máli fyrir gildi álitanna að íslenskum rétti. Það er ekki nóg með að hann sé í algjörrri lykilstöðu sem æðsti dómstóll landsins heldur eykur sú skipan mála sem rakin er í kafla 3.4.1 enn fremur á vigt hans hvað þetta snertir. Því er vert að rýna í nokkra dóma Hæstaréttar með það að augnamiði að kanna afstöðu réttarins gagnvart álitaefninu.

Hrd. 1998, bls. 2608 (169/1998) er mikilvægur í þessu tilliti. Í forsendum hans segir eftirfarandi:

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

⁵⁸ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 159.

ákvæða EES-samningsins. Ekkert þykir fram komið, sem leitt getur til þess að vikið verði frá framangreindu ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins um efni ákvæða 11. gr. EES-samningsins.

Hin tilvitnuðu orð benda til þess að Hæstiréttur líti svo á að álit EFTAD séu ekki bindandi fyrir íslenska dómstóla í lagalegum skilningi þess orðs en þeim beri aftur á móti að fara að þeim nema að knýjandi ástæður mæli með öðru.⁵⁹ Að þessu sögðu minnst hann ekki einu orði á það hvaða ástæður þetta nákvæmlega eru sem verður að teljast bagalegt.

Áður (sjá kafla 3.2.3) hefur verið minnst á *Hrd. 1999, bls. 4916 (236/1999)*. Þar tókst Hæstarétti að fara að álit EFTAD og á sama tíma koma sér fimlega undan því að segja það beinlínis að EESS fæli í sér framsal löggjafarvalds. Það gerði rétturinn með því að komast að þeirri niðurstöðu að skaðabótareгла EES-réttar væri hluti af íslenskum rétti í gegnum lögfestingu EESS. Hann fann þetta ekki upp hjá sjálfum sér, sbr. 63. lið álits EFTAD:

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 ríkisins felist einnig í þeim.

Þessi liður álitsins hefur verið gagnrýndur sökum þess að í honum virðist EFTAD vera að mæla fyrir um hvernig túlka beri landsrétt og þar með ganga nærri sjálfstæði íslenskra dómstóla.⁶⁰ Það er utan við efnissvið þessarar ritgerðar að fjalla um þetta sérstaklega en þó er ljóst að þessi dómur sýnir að Hæstiréttur er tilbúinn að teygja sig nokkuð til að laga niðurstöður sínar að álitum EFTAD.

Í *Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002)* hélt Hæstiréttur sig á sömu línu og í síðastnefndum tveimur málum. Í dómtextanum stendur: „Þótt álit EFTA-dómstólsins séu ekki bindandi að íslenskum rétti leiðir af framansögðu, að íslenskum dómstólum er rétt að hafa hliðsjón af ráðgefandi álit hans við skýringar á efni ákvæða EES-samningsins nema sérstakar ástæður mæli því í gegn“. Þetta er sambærilegt því sem fram kemur í ofangreindri tilvitnun úr *Hrd. 1998, bls. 2608 (169/1998)*. Rétturinn tilgreindi ekki frekar en áður hverjar þessar ástæður væru. Málið varðaði annars virðisaukaskatt á bókum og komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að tiltekið ákvæði laga um virðisaukaskatt nr. 50/1988 væri andstætt 2. mgr. 14. gr. EESS. Taldi rétturinn að fyrstnefnda ákvæðið þyrfti að víkja með þeim rökum að lög nr. 2/1993 um EES væru sérlög. Byggði sú niðurstaða á túlkun á 3. gr. laganna sem er ætlað að fullnægja þeirri skuldbindingu Íslands sem fram kemur í bókun 35 við EESS. Þannig komst

⁵⁹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 181.

⁶⁰ Reimar Snæfell Pétursson: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur og takmarkanir á framsali löggjafarvalds til stofnana EES“, bls. 210.

hann að niðurstöðu sem féll að EFTAD, máli E-1/01, EFTACR 2002, bls. 2 þar sem EFTAD kvað það andstætt 2. mgr. 14. gr. EESS að leggja hærri virðisaukaskatt á innfluttar bækur en innlendar. Þessi niðurstaða er talin gefa „vísbendingu um að íslenskir dómstólar séu tilbúnir að ganga býsna langt í átt að einsleitni á grundvelli lögskýringar“.⁶¹

Hæstiréttur hefur þegar þetta er ritað ætíð fylgt ráðgefandi álitum EFTAD, nú síðast í máli *Hrd. 21. febrúar 2012 (532/2012)* þar sem kveðinn var upp efnisdómur í skaðabótamáli Þórs Kolbeinsson gegn íslenska ríkinu (sjá kafla 3.2.3). Eins og áður hefur verið getið var álit EFTAD aflað í málinu. Niðurstaða álitsins er á þá leið að það að gera starfsmann ábyrgan fyrir öllu eða meginhluta tjóns, sem hann hefur beðið vegna vinnuslyss, á grundvelli skaðabótareglna landsréttar um eigin sök, þegar fyrir liggur að vinnuveitandi hefur ekki að eigin frumkvæði farið að reglum um öryggi og heilsu á vinnustað, samræmist ekki tilteknum tilskipunum ráðsins nema í undantekningartilvikum. Slík undantekningartilvik eru t.d. fólgin í því að starfsmaður hefur sjálfur valdið slysi af ásetningi eða stórfelldu gáleysi en meira að segja þá á starfsmaður ekki að tapa öllum bótum nema að hann hafi sýnt af sér talsvert meiri sök á slysi en vinnuveitandi.

Með þetta í höndunum kvað héraðsdómur ljóst að íslenska ríkið hefði vanrækt að innleiða umþrættar tilskipanir réttilega og að það hefði haft áhrif á mat Hæstaréttar á sök og skaðabótaábyrgð í máli Þórs gegn Ístak hf. Þótt ekki væri unnt að fullyrða hvort niðurstaða réttarsins hefði orðið önnur ef réttilega hefði verið staðið að innleiðingu. Á hinn bóginn voru skilyrði skaðabótaábyrgðar ekki talin uppfyllt og var íslenska ríkið sýknað. Þessa niðurstöðu staðfesti Hæstiréttur með vísan til forsendna.

Þrátt fyrir ofangreind ummæli Hæstaréttar þess efnis að ráðgefandi álit EFTAD séu ekki bindandi og að frá þeim megi víkja við sérstakar aðstæður bendir það sem í þessum kafla hefur verið rakið til þess að að hann telji sér skylt að sjá til þess að samræmi sé milli niðurstaðna íslenskra dómstóla og álitanna. Þessa viðleitni réttarins má túlka þannig að hann telji álitin bindandi í raun.

4 Lokaorð

4.1 Samantekt

EESS hvílir á tveggja stoða dómstólaskipan. Í 34. gr. EDS er EFTAD veitt lögsaga til að veita ráðgefandi álit um túlkun EESS. Ákvæðið sækir sér fyrirmynd til 267. gr. SFE sem veitir ESBD lögsögu til að kveða upp forúrskurði um túlkun stofnsáttmála ESB og ýmislegt annað,

⁶¹ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 177.

þ.á.m. um túlkun EESS þar sem samningurinn er milliríkjasamningur sem stofnanir ESB eiga hlut að.

Óumdeilt er að forúrskurðir ESBD eru bindandi fyrir dómstóla aðilarríkjanna. Orðalag 34. gr. EDS og ástæðurnar að baki því benda hins vegar til að álit EFTAD séu einvörðungu ráðgefandi. Alþingi sem og fræðimennirnir Stefán Már Stefánsson og Davíð Þór Björgvinsson telja að skýra beri ákvæðið skv. orðanna hljóðan.

Á síðustu árum hafa verið færð rök fyrir því að ráðgefandi álit EFTAD séu í raun bindandi fyrir íslenska dómstóla og þá með vísan til þess hvaða afleiðingar það hefur fyrir íslenska ríkið ef þeir fylgja þeim ekki. Óumdeilt virðist að það geti kallað sammingsbrotamál skv. 31. gr. EDS yfir íslenska ríkið ef íslenskir dómstólar fara ekki að ráðgefandi álitum EFTAD og þá ef það leiðir til rangrar túlkunar á EES-reglum. Þá bendir ýmislegt til þess að íslenska ríkið geti orðið skaðabótaskyld vegna slíkrar háttsemi dómstólanna. Að auki verður að teljast líklegt að háttsemi af þessu tagi feli í sér brot á hollustureglu EES. Þau Margrét Einarsdóttir og Skúli Magnússon hafa í skrifum sínum talið þessar afleiðingar svo alvarlegar að telja verði ráðgefandi álit EFTAD í raun bindandi.

Erfitt er að slá nokkru föstu um afstöðu EFTAD til álitaefnisins. Ákveðin atriði benda til þess að hann telji álitin í raun bindandi. Helst má nefna það að dómstóllinn virðist ekki gera greinarmun á fordæmisgildi álitanna og eiginlegra dóma sinna. Þannig víkur hann ekki frá niðurstöðu í ráðgefandi álitum nema með sérstökum rökstuðningi. Þá má einnig benda á tilhneigingu EFTAD til að kalla álitin „dóma“ og ummæli forseta dómstólsins ályktuninni til stuðnings.

Afstaða Hæstaréttar skiptir miklu fyrir gildi álita EFTAD að íslenskum rétti. Það orsakast ekki einvörðungu af því að rétturinn er æðsti dómstóll landsins heldur líka því að sökum þess hvernig málum er háttað er hann í raun einráður um það hvaða spurningar eru lagðar fyrir EFTAD af hálfu íslenskra dómstóla. Rétturinn hefur berum orðum sagt að álitin séu ekki bindandi að íslenskum rétti. Á hinn bóginn hefur hann gengið býsna langt í úrlausnum sínum til að tryggja að niðurstöður íslenskra dómstóla falli að efni þeirra. Raunar hefur Hæstiréttur alltaf farið að ráðgefandi álitum EFTAD. Þá hefur hann aldrei útlistað hvaða ástæður það eru nákvæmlega sem réttlætt geta að vikið verði frá álitunum. Orð og athafnir réttarins fara þannig ekki alveg saman. Athafnirnar benda öðru fremur til þess að hann telji álitin í raun bindandi.

4.2 Niðurstaða

Á síðustu misserum hafa nokkrir Alþingismenn stigið fram og gagnrýnt hversu lítið lagafrumvörp sem fela í sér innleiðingu EES-reglna eru rædd í þinginu áður en þau eru samþykkt. Bagalegt verður að teljast ef Alþingismenn eru ekki tilhlýðilega upplýstir um þau mál sem fara í gegnum þingið. Hins vegar þarf að íhuga hverju aukin efnisleg umræða um EES-reglur í þinginu myndi skila. Löggjafarsamkoman myndi þekkja efni og áhrif reglnanna sem er ákjósanlegt en varla gæti hún breytt lagafrumvörpunum mikið nema að því marki sem misræmi væri milli þeirra og upprunalegu reglnanna frá Brussel. Þetta orsakast af því að röng innleiðing EES-reglna kallar sammingsbrotamál og skaðabótaábyrgð yfir íslenska ríkið.

Grunnstefið í EESS er einsleitni. Samningurinn virkar ekki nema að ákveðnir flokkar reglna séu efnislega samhljóða og sé beitt á sama hátt alls staðar innan EES. Af þessum sökum eru Alþingi og íslenskir dómstólar í svipaðri klemmu. Alþingi getur lítil áhrif haft á efni ákveðinna reglna og á sambærilegan hátt geta dómstólarnir lítið hnikað frá álitum EFTAD í niðurstöðum sínum ellegar er hætt við að aðild Íslands að EESS bíði hnekkji. Þannig eru hin formlega ráðgefandi álit vart annað en bindandi í raun fyrir íslenska dómstóla. Þau munu vera það um ókomna tíð nema sá dagur renni upp að Ísland dragi sig út úr EES. Tíminn mun leiða í ljós hvort það verði.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Carl Baudenbacher: *Legal framework and case law*. 3. útgáfa. Lúxemborg 2008.

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

Davíð Þór Björgvinsson: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 1995, bls. 134-153.

Margrét Einarsdóttir: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins – Raunveruleg áhrif í íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 2012, bls. 135-156.

M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA law. A comparative study of the effectiveness of European law*. Groningen 2009.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Hæstiréttur og EES-samningurinn. Samningsbrotamál og skaðabótaábyrgð“. *Úlfljótur*, 4. tbl. 2011, bls. 635-660.

Reimar Snæfell Pétursson: „Ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur og takmarkanir á framsali löggjafarvalds til stofnana EES“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. tbl. 1999, bls. 197-218.

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins. Megindrættir*. Reykjavík 2011.

Skúli Magnússon: „Hversu ráðgefandi eru ráðgefandi álit EFTA dómstólsins? Hugleiðingar um „boðvald“ ráðgefandi álita“. *Afmælisrit. Björn P. Guðmundsson sjötugur 13. júlí 2009*. Ritstj. Stefán Már Stefánsson. Reykjavík 2009, bls. 317-330.

Skúli Magnússon: „Málskot ákvarðana um að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins frá sjónarhóli EES-réttar“. *Úlfljótur*, 1. tbl. 2009, bls. 5-19.

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

DÓMASKRÁ

Álit ESB – dómstólsins:

EBD, álit 1/91, ECR 1991, bls. I-6079

Dómar EFTA – dómstólsins:

EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15

EFTAD, mál E-2/95, EFTACR 1995-1996, bls. 1

EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 129

EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95

EFTAD, mál E-1/99, EFTACR 1999, bls. 119

EFTAD, mál E-1/01, EFTACR 2002, bls. 2

EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240

EFTAD, mál E-9/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259

EFTAD, mál E-2/10, EFTACR 2009-2010, bls. 234

EFTAD, mál E-18/11, EFTACR 2012, bls. 592

Dómar ESB – dómstólsins:

EBD, mál C-77/69, ECR 1970, bls. 237

EBD, mál C-144 og 145/87, ECR 1988, bls. 2559

EBD, mál C-6/90 og C-9/90, ECR 1991, bls. I-5357

EBD, mál C- 46/93 og C-48/93, ECR 1996, bls. I-1029

EBD, mál T-115/94, ECR 1997, bls. II-39

EBD, mál C-305/94, ECR 1996, bls. I-5927

EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-4799

EBD, mál C-173/98, ECR 1999, bls. I-4103

EBD, mál C-129/00, ECR 2003, bls. I-14637

EBD, mál C-224/01, ECR 2003, bls. I-10239

EBD, mál C-210/06, ECR 2008, bls. I-9641

EBD, mál C-154/08, ECR 2009, bls. I-187

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1998, bls. 2608 (169/1998)

Hrd. 1999, bls. 4916 (236/1999)

Hrd. 2003, bls. 2045 (477/2002)

Hrd. 2004, bls. 3097 (276/2004)

Hrd. 2005, bls. 787 (375/2004)

Hrd. 2005, bls. 2397 (212/2005)

Hrd. 2005, bls. 5254 (246/2005)

Hrd. 23. mars 2010 (132/2010)

Hrd. 21. febrúar 2012 (532/2012)