

Einar Brynjarsson

**Skilvirknimiðuð einsleitni í
dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins**

- Meistararitgerð í lögfræði-

Umsjónarkennari: Dóra Guðmundsdóttir aðjúnt

Lagadeild

Félagsvísindasvið

Október 2014

EFNISYFIRLIT

1 Inngangur.....	3
2 Einsleitni í EES-rétti	4
2.1 Eðli EES-samningsins og markmið EES-réttar um einsleitni	4
2.2 Efnisleg einsleitni	8
2.2.1 Hugtakið efnisleg einsleitni	8
2.2.2 Dómaframkvæmd	10
2.3 Einsleitni í málsmeðferð.....	13
2.3 Skilvirknimiðuð einsleitni	16
2.3.1 Meginreglan um skilvirkni	16
2.3.1.1 Skilvirkni sem almenn meginregla – Bein réttaráhrif og forgangsáhrif	17
2.3.1.2 Óbein réttaráhrif og skaðabótaskylda aðildarríkjanna	18
2.3.1.3 Meginreglan um virka réttarvernd	22
2.3.1.4 Samantekt.....	26
2.3.2 EES-réttur og skilvirknimiðuð einsleitni	27
2.3.2.1 Bein réttaráhrif og forgangsáhrif í EES-rétti	27
2.3.2.2 Ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa	29
2.3.2.3 Óbein réttaráhrif.....	32
2.3.2.4 Regla EES-réttar um skaðabótaskyldu ríkjanna	36
2.3.2.5 EES-réttur sem þáttur í skilvirkum Evrópurétti	38
3 Nýleg þróun í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins.....	39
3.1 Almennt.....	39
3.2 Gildistaka tilskipana og ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa.....	40
3.2.1 Mál nr. E-17/11 (Aresbank).....	40
3.2.2 Mál nr. E-15/12 (Anfinn Wahl).....	41
3.2.3 Mál nr. E-11/12 (Beatrix Koch)	43
3.2.4 Samantekt	44
3.3 Virk réttarvernd í EES-rétti og aðgengi að dómstólum.....	49
3.3.1 Mál nr. E-2/10 (Þór Kolbeinsson)	50
3.3.2 Mál nr. E-18/11 (Irish Bank)	51
3.3.3 Mál nr. E-11/12 (Beatrix Koch)	53
3.3.4 Mál nr. E-24/13 (Casino Admiral)	55
3.3.5 Samantekt	56

3.4 Aukin áhersla á skilvirkni og jöfn réttindi innan EES	58
3.4.1 Mál nr. E-13/11 (Granville).....	58
3.4.2 Mál nr. E-18/11 (Irish Bank)	59
3.4.3 Mál nr. E-3/12 (Stig Arne Jonsson).....	60
3.4.4 Mál nr. E-15/12 (Beatrix Koch)	61
3.4.5 Mál nr. E-4/11 (Arnulf Clauder).....	61
3.4.6 Mál nr. E- 26/13 (Atli Gunnarsson).....	63
3.4.7 Mál nr. E-3/11 (Pálmi Sigmarsson).....	66
3.4.8 Mál nr. E-14/11 (DB Schenker)	67
3.4.9 Samantekt	68
3.5 Meginreglan um skaðabótaskyldu ríkjanna.....	70
3.5.1 Mál nr. E-2/2012 (HOB-vín).....	70
3.5.2 Mál nr. E-2/10 (Þór Kolbeinsson)	71
3.5.3 Samantekt	72
3.6 Samantekt á dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins.....	76
4 Niðurstöður	80
Heimildaskrá.....	85
Dómaskrá	88

1 Inngangur

Allt frá því að grunnur var lagður að Evrópska efnahagssvæðinu („EES“) með samstarfi Fríverslunarsamtaka Evrópu („EFTA“) og Evrópusambandsins („ESB“) með samningi þar að lútandi hefur samspil EES-réttar og ESB-réttar verið bitbein fræðimanna á sviði Evrópuréttar. Umræðan hefur ekki síst lotið að því hversu langt æskilegt er og heimilt að ganga við að yfirfæra kennisetningar ESB-réttar yfir á réttarkerfi EES að því er varðar túlkun og réttaráhrif þeirra reglna sem uppruna sinn eiga innan ESB og gilda á hinu sameiginlega efnahagssvæði. Í þessari ritgerð verður sjónum beint að markmiðum EES-réttar um einsleitni milli réttarkerfanna tveggja og einkum hvernig þau markmið snúa að grundvallarreglu ESB-réttar um skilvirkni og virkni ESB-reglna í landsrétti aðildarríkjanna. Markmiðinu um einsleitni með hliðsjón af skilvirkni EES-réttar hefur hingað til ekki verið gefið þjálft heiti í fræðilegri umræðu en í þessari ritgerð verður vísað til þess sem hugtaksins skilvirknimiðuð einsleitni.

Markmið ritgerðarinnar er að gera grein fyrir þeirri þróun sem á sér stað í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins að því er við kemur skilvirknimiðaðri einsleitni. Er í því skyni byggt á greiningu á nýlegum dómum dómstólsins um efnið og leitast er við að draga ályktanir um hvaða kröfur dómstóllinn gerir til landsdómstóla EFTA-ríkjanna til að veita EES-reglum, innleiddum sem óinnleiddum, virkni í landsrétti.¹ Einnig er litið til þess hvernig sjónarmið um skilvirkni EES-réttar fléttast saman við aðra þætti einsleitnimarkmiðsins og hefur þannig víðtæk áhrif á beitingu skilvirknireglu EES-réttar sem grundvallarreglu innan réttarkerfisins.

Í 2. kafla er fjallað um markmið EES-réttar um einsleitni og þrjá þætti þess er snúa að efnisreglum, málsmeðferðarreglum og skilvirkni. Leitast er við að taka saman kenningar fræðimanna um hvern og einn þátt einsleitni og fjalla um hvernig EFTA-dómstóllinn hefur nálgast efnið og mótað þær reglur og viðmið sem talin eru gilda. Í samræmi við efnistöð og markmið ritgerðarinnar verður þeim þætti einsleitni er snýr að skilvirkni gefinn sérstakur gaumur. Greint er frá stöðu skilvirknireglunnar í ESB-rétti og kenningum fræðimanna um þróun hennar út frá dómaframkvæmd dómstóls ESB. Að því búnu er sjónum beint að EES-rétti og afstöðu fræðimanna innan EFTA-ríkjanna til álítaefna um það hversu langt hægt er að ganga í þeirri viðleitni að tryggja sambærilega skilvirkni innan EES-réttar. Þá verða um leið reifaðir helstu dómur EFTA-dómstólsins sem mótað hafa fræðikenningar í tímans rás. Umfjöllun 3. kafla er helguð nýrri dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins með það að markmiði að varpa ljósi á það hvernig dómstóllinn nálgast markmiðið um skilvirknimiðaða

¹ Í samræmi við hugtakanotkun EFTA-dómstólsins sjálfs verður einnig vísað til ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins sem dóma.

einsleitni. Velt er upp sjónarmiðum um hvaða breytingar má greina á afstöðu dómstólsins til efnisins og hvaða áhrif þær kunna að hafa á skilvirkni EES-réttar í framkvæmd. Að því frágengnu verða helstu niðurstöður ritgerðarinnar dregnar saman í 4. kafla.

2 Einsleitni í EES-rétti

2.1 Eðli EES-samningsins og markmið EES-réttar um einsleitni

Árið 1992 skrifaði íslenska ríkið undir Samning um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samningurinn“) sem tók formlega gildi þann 1. janúar 1994.² Hann var í kjölfarið lögfestur með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið („EES-lögin“) sem að meginefni til tóku einnig gildi þann 1. janúar 1994, að undanskilinni 1. gr. sem tók gildi þann 13. janúar 1993.³ Grunntilgangur EES-samstarfsins er að opna innri markað ESB og regluverk hans fyrir ríkjunum sem undirrituðu samninginn, en um leið að standa vörð um fullveldi þeirra og sjálfstæði.⁴ Með þátttöku sinni tóku EFTA-ríkin upp fjórfrelsisreglur ESB, auk reglna um samkeppnismál, ríkisaðstoð og hugverkaréttindi.⁵ Helsta markmið EES-samstarfsins er því myndun einsleits sameiginlegs markaðar og grundvöllur þess er að sömu reglur gildi um hinn sameiginlega markað hvar sem er á Evrópska efnahagssvæðinu.⁶

Samstarfið er grundvallað á EES-samningnum sem er þjóðréttarsamningur milli ESB, aðildarríkja ESB og EFTA-ríkjanna og eiga EES-reglur uppruna sinn í meginmáli samningsins annars vegar og hins vegar í afleiddum gerðum sem stafa frá stofnunum ESB.⁷ EES-samningurinn byggir á tveggja stoða kerfi þar sem ESB myndar aðra stoðina en EFTA-ríkin hina. Auk þess sem kerfið er tvískipt að því leyti að stofnanir ESB setja reglur fyrir ESB-stoðina, sem stofnanir EES taka síðan fyrir sitt leyti upp fyrir EFTA-stoðina, er dómstóla- og eftirlitskerfið einnig tvískipt. Upptaka nýrra gerða í EES-rétt fer eftir nokkuð flóknu ferli sem felst í uppfærslu eða breytingu á EES-samningnum með bókunum og viðaukum við hann.⁸ Þegar framkvæmdastjórn ESB leggur fram tillögu um lagasetningu innan ESB er tekið sérstaklega fram hvort hún eigi einnig við um EES. Gerðin er síðan lögð

² EES-samningurinn er birtur í C-deild Stjórnartíðinda nr. 31/1993.

³ Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES-handbókin*, bls. 17-19.

⁴ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 123 og 163.

⁵ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 31.

⁶ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 123.

⁷ Um setningu afleiddra réttargerða er fjallað í VII hluta EES-samningsins.

⁸ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 163.

fyrir sameiginlegu EES-nefndina, sem skipuð er fulltrúum samningsaðila,⁹ sem tekur ákvörðum um hvort hún heyri undir gildissvið EES-samningsins og ef svo er, hvort hún skuli tekin upp í EES-samninginn. Þegar sameiginlega EES-nefndin hefur tekið ákvörðun verður réttargerð hluti EES-samningsins.¹⁰ Ákvæði 103. gr. EES-samningsins mælir aftur á móti fyrir um að einstök ríki geti sett gildistöku ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar það skilyrði að ríki tilkynni um að stjórnskipulegum fyrirvörum landsréttar hafi verið fullnægt. Með því er átt við að staðfest sé að EES-gerð standist umrædd skilyrði um stofnun skuldbindinga að þjóðarétti. Þegar tilkynning um að stjórnskipuleg skilyrði séu uppfyllt berst nefndinni er ríki skuldbundið að þjóðarétti til að innleiða réttargerðina samkvæmt ákvæðum 7. gr. EES-samningsins. Berist slík tilkynning ekki innan sex mánaða frá því að ákvörðun var tekin innan sameiginlegu EES-nefndarinnar, tekur ákvörðunin gildi til bráðabirgða, skv. 2. mgr. 103. gr. EES-samningsins. Samningsaðilar geta þó komið í veg fyrir gildistöku til bráðabirgða með einfaldri tilkynningu um að af henni geti ekki orðið. Umræddu ákvæði var komið fyrir í EES-samningnum með Sviss í huga, en því var sérstaklega ætlað að koma í veg fyrir að tíðar þjóðaratkvæðagreiðslur tefðu framkvæmd samningsins. Í ljósi þess að Sviss felldi síðar EES-samninginn í slíkri atkvæðagreiðslu og hafnaði þátttöku í EES, hefur það ekki verið talið hafa mikla þýðingu í framkvæmd.¹¹

Í íslenskum rétti, sem og norskum, er gengið út frá meginreglunni um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar. Í því felst að landsréttur og þjóðaréttur eru tvö sjálfstæð og aðskilin réttarkerfi og þjóðréttarreglur fá ekki lagagildi að landsrétti fyrr en þær eru sérstaklega lögfestar á stjórnskipulega réttan hátt.¹² EES-reglur verða því ekki hluti íslensks réttar fyrr en Alþingi hefur fært þær í lög.¹³ Önnur lögmál gilda í ESB þar sem þvert á móti er gengið út frá því að aðildarríkin hafi afsalað sér hluta fullveldis síns til stofnana sambandsins í þágu hins sameiginlega markaðar.¹⁴ EFTA-dómstóllinn hefur allt frá stofnun staðið frammi fyrir því krefjandi verkefni að tryggja einsleitni milli réttarkerfanna tveggja, án þess að ganga nær fullveldi EFTA-ríkjanna en heimilt er samkvæmt ákvæðum EES-samningsins.

⁹ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 152.

¹⁰ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 164-165.

¹¹ Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 57-58.

¹² Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 119.

¹³ Þó ber að athuga að fyrir kemur að EES gerðir eru innleiddar í landsrétt sem stjórnslufyrirmæli, en til þess þarf vitaskuld heimild í lögum frá Alþingi.

¹⁴ Sjá forsendur dóms dómstóls Evrópusambandsins í máli *Van Gend en Loos (EBD, mál C-26/62, ECR 1963, bls. 1)*.

Innan ESB-stoðarinnar fer dómstóll ESB með lögsögu, en EFTA-dómstóllinn innan EFTA-stoðarinnar. Í upphaflegum drögum EES-samningsins var gert ráð fyrir einnar stoðar kerfi að því er við kom dómsvaldi þar sem sameiginlegur EES-dómstóll skyldi tryggja fullnægjandi virkni EES-reglna. Dómstóll ESB skyldi eftir sem áður sjá um að kveða upp forúrskurði í forúrskurðarmálum líkt og áður og þá einnig í málum sem ættu upptök sín innan EFTA-ríkjanna, sem í þeim tilvikum skyldu einungis vera ráðgefandi. Dómstóll ESB hafnaði slíku fyrirkomulagi í álitinu nr. 1/91 á þeim forsendum að það gengi gegn Rómarsáttmálanum, nú Sáttmálanum um starfshætti Evrópusambandsins („SSESB“). Voru því gerðar breytingar á drögunum á þá leið að gert var ráð fyrir tveimur formlega jafnsettum dómstólum þar sem sérstakur EFTA-dómstóll færi með lögsögu í málum sem heyrðu undir EFTA-stoðina. Dómstóll ESB taldi þá tilhöggun ekki ógna stöðu sinni sem æðsta dómstóli ESB og viðurkenndi hana í álitinu nr. 1/92.¹⁵ Niðurstöðunni má lýsa gróflega sem samstarfi tveggja aðskilinna réttarkerfa um einn markað.¹⁶ Það gefur auga leið að tveggja stoða kerfi, þar sem stoðirnar byggja að mörgu leyti á ólíkum markmiðum og sjónarmiðum, getur leitt til þess að réttarstaða einstaklinga verði ólík innan hvors réttarkerfis. Til að sporna við því mælir EES-samningurinn fyrir um meginregluna um einsleitni. Með einsleitni í EES-rétti er átt við að sömu reglur gildi um hin sameiginlegu málefni samstarfsins hvar sem er innan EES. Reglan er fyrirferðarmikil í EES-rétti sökum mikilvægis síns og á sér margar stoðir í ákvæðum EES-samningsins. Einsleitnireglunni er gjarnan skipt gróflega í tvo hluta, einsleitni í lagasetningu og einsleitni í dómaframkvæmd. Nánari greining á einsleitnireglunni verður viðfangsefni þessa kafla.¹⁷

Eins og áður segir á EES-réttur uppruna sinn í EES-samningnum annars vegar og afleiddum réttargerðum, sem settar eru af stofnunum ESB, hins vegar. Samþykki stofnanir sambandsins gerðir á þeim sviðum sem EES-samningurinn nær til, ber að taka þær upp í EES-rétt með breytingu á viðauka við samninginn í gegnum sameiginlegu EES-nefndina og þaðan inn í landsrétt EFTA-ríkjanna. Með þessu er leitast við að ná fram því sem nefnt hefur verið lagaleg einsleitni.¹⁸ Formlega eru hendur EFTA-ríkjanna þó ekki með öllu bundnar því hvert og eitt þeirra fer með neitunarvald gagnvart réttargerðum innan sameiginlegu EES-nefndarinnar, sbr. 93. gr. EES-samningsins. Þó má efast um hversu raunhæfur möguleiki beiting þessa úrræðis er, því jafnan er talið að það myndi ógna samstarfinu verulega að hafna

¹⁵ Skúli Magnússon: „Judicial Homogeneity in the European Economic Area and the Authority of the EFTA Court. Some Remarks on an Article by Halvard Haukeland Fredriksen“, bls. 510-512.

¹⁶ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 31.

¹⁷ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 185-186 og M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 32.

¹⁸ Enska: Legislative homogeneity.

innleiðingu réttargerðar frá ESB. Þessar hugsanlegu afleiðingar hafa hingað til haldið aftur af samningsaðilum og ekki hefur enn komið til þess að réttargerð hafi verið hafnað innan sameiginlegu EES-nefndarinnar.¹⁹ Því má fullyrða að vel hafi gengið að tryggja lagalega einsleitni innan EES hvað varðar uppfærslu EES-samningsins með tilliti til afleidds ESB-réttar. Öðru máli gegnir um ákvæði EES-samningsins sjálfs, sem endurspeglar sambærileg ákvæði Rómarsáttmálans eins og hann stóð við gerð EES-samningsins. Sameiginlega EES-nefndin hefur einungis heimild til að gera breytingar á viðaukum EES-samningsins, en ekki á meginmáli hans sem verður eingöngu breytt samkvæmt ákvæðum 118. gr. EES-samningsins og 218. gr. Sáttmálans um Evrópusambandið („SESB“). Meginmál EES-samningsins hefur því ekki fylgt þeirri þróun sem orðið hefur á frumrétti ESB með sáttmálabreytingum síðastliðinna 22 ára. Við það hefur skapast misræmi sem valdið getur EFTA-dómstólnum örðugleikum við að viðhalda einsleitni í dómaframkvæmd.²⁰

Með einsleitni í dómaframkvæmd er átt við það markmið EES-réttar að tryggja samræmda beitingu EES-reglna fyrir dómstólum innan EES, þ.e. EFTA-dómstólum og dómstólum aðildarríkjanna, sem falið er að framfylgja EES-rétti.²¹ Ljóst er að lagaleg einsleitni dugar skammt ef ekki er tryggt að hinar sameiginlegu EES-reglur séu túlkaðar á sama hátt. Í 6. gr. EES-samningsins er kveðið á um að dómstólum aðildarríkjanna sé skylt að túlka ákvæði samningsins og afleiddra réttargerða í samræmi við dóma dómstóls ESB sem féllu fyrir gildistöku samningsins. Á þann hátt eru fordæmi dómstólsins gerð bindandi í þágu markmiðsins um einsleitni milli réttarkerfanna. Í anda sama markmiðs er kveðið á um það í 2. mgr. 3. gr. Samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls („ESE-samningurinn“), að EFTA-dómstólum og ESA beri að taka tilhlýðilegt tillit til dóma dómstóls ESB, sem fallið hafa eftir gildistöku EES-samningsins, þegar ákvæði samningsins, bókana við hann og viðauka, eru túlkuð.²²

Álitamálið um hversu langt EFTA-dómstóllinn eigi að ganga í því að fylgja fordæmum dómstóls ESB til að tryggja einsleitni í dómaframkvæmd er langlíft þrætuepli meðal fræðimanna. Togstreitan er að mestu milli andstæðra sjónarmiða um fullveldi EFTA-ríkjanna og sérstöðu EES samstarfsins annars vegar og mikilvægi einsleitni á hinum sameiginlega markaði hins vegar. Nánari grein verður gerð fyrir gagnstæðum sjónarmiðum í tilviki hvers undirflokks einsleitni fyrir sig í næstu undirköflum.

¹⁹ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 185-186.

²⁰ Halvard H. Fredriksen: „Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area“, bls. 869-870.

²¹ Enska: Judicial Homogeneity.

²² Sáttmálinn er birtur ásamt bókunum í C-deild stjórnartíðinda nr. 32/1993.

Í framkvæmd er dómstóll ESB leiðandi afl við túlkun sambandsréttar og hefur EFTA-dómstóllinn jafnan fylgt fordæmum hins fyrrnefnda við túlkun EES-samningsins í þágu einsleitni EES-réttar.²³ Í viðleitni sinni hefur EFTA-dómstóllinn þróað með sér sínar eigin aðferðir með hliðsjón af sérstöðu EES-samstarfsins. Nálgun EFTA-dómstólsins að einsleitni í dómaframkvæmd hefur gjarnan verið greind í þrennt, efnislega einsleitni,²⁴ einsleitni í málsmeðferð²⁵ og skilvirknimiðaða einsleitni.²⁶ Hugtakanotkun er þó enn á reiki og sú þrískipting sem stuðst er við í ritgerðinni er langt frá því að vera fastmótuð í fræðilegri umræðu.²⁷ Engu að síður verður að ætla að aðgreining hinna þriggja fyrrgreindu þátta einsleitni sé vel fallin til skýringar og einföldunar á efnistöðum. Í næstu undirköflum verður leitast við að skilgreina þessa þætti og gera grein fyrir því hvernig EFTA-dómstóllinn nálgast hvern og einn þeirra.²⁸

2.2 Efnisleg einsleitni

2.2.1 Hugtakið efnisleg einsleitni

Með efnislegri einsleitni er átt við að túlka beri efnisreglur, sem eru eins að efni til í ESB-rétti og EES-rétti, með sama hætti.²⁹ Það er yfirlýst markmið EES-samningsins að standa vörð um efnislega einsleitni og það á sér m.a. stoð í 4. og 15. lið aðfaraorða samningsins þar sem segir að samningsaðilar:

HAF[I] Í HUGA það markmið að mynda öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði er grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum, og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila;

STEFN[I] AÐ ÞVÍ, með fullri virðingu fyrir sjálfstæði dómstólanna, að ná fram og halda sig við samræmda túlkun og beitingu samnings þessa og þeirra ákvæða í löggjöf bandalagsins sem tekin eru efnislega upp í samning þennan, svo og að koma sér saman um jafnræði gagnvart einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri að því er varðar fjórþætta frelsið og samkeppnisskilyrði.

²³ Halvard H. Fredriksen: „One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area“, bls. 499.

²⁴ Enska: Substantive homogeneity.

²⁵ Enska: Procedural homogeneity.

²⁶ Enska: Effect-related homogeneity eða functional homogeneity.

²⁷ Til að mynda hefur Skúli Magnússon skeytt einsleitni í málsmeðferð og skilvirknimiðaðri einsleitni saman undir hugtakinu „stofnanaeinsleitni“, eða „institutional homogeneity“, sbr. grein hans „On the Authority of Advisory Opinions“, bls. 533.

²⁸ Þessa aðgreiningu má m.a. sjá í eftirfarandi skrifum:

Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, Skúli Magnússon: „Procedural Homogeneity v. Inconsistency of European Courts: Comments on Order of the EFTA Court President of 15 June 2012 in Case E-16/11 EFTA Surveillance Authority v. Iceland“ og Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“.

²⁹ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 189.

Þá ber einnig að nefna áður nefnd ákvæði 6. gr. EES-samningsins og 2. mgr. 3. gr. ESA-samningsins, þar sem mælt er fyrir um fordæmisgildi dóma dómstóls ESB, sem kveðnir eru upp fyrir gildistöku EES-samningsins, og skyldu EFTA-dómstólsins og ESA til að taka tilhlýðilegt tillit til dómafordæma sem verða til eftir gildistöku EES-samningsins. Fyrirgreind ákvæði eru grundvöllur hinnar efnislegu einsleitni. Að forminu til er einsleitni takmörkuð við sambærileg, eða samhljóða, efnisákvæði EES-réttar og ESB-réttar, sbr. t.d. 6. gr. EES-samningsins, og nær því ekki til reglna sem lúta að málsmeðferð og réttaráhrifum.³⁰ Í framkvæmd hefur EFTA-dómstóllinn þó ekki einskorðað sig við efnisréttinn, líkt og fjallað verður um í undirköflum 2.3 og 2.4.

Mikið hefur verið deilt um hvar takmörk efnislegrar einsleitni liggja. Stefán Már Stefánsson leggur áherslu á að EES og ESB eru eðlisólík réttarkerfi í bók sinni *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Stefán telur að líta verði til þess að EES-samningurinn og afleiddur EES-réttur geti innihaldið sérstakar EES-reglur eða lagasjónarmið sem séu frábrugðin ESB-reglum, þótt reglurnar geti við fyrstu sýn virst efnislega samhljóða. Þessar mismunandi útfærslur reglna geti orðið þess valdandi að þær verði túlkaðar á annan hátt í EES-rétti sökum ólíks tilgangs og markmiða EES og ESB.³¹ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon taka ekki einarða afstöðu til álítaefnisins í bók sinni *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, en benda á að efnisleg einsleitni lúti aðeins að þeim afmörkuðu þáttum ESB-réttar sem teknir voru upp í EES-samninginn. Þar skipti mestu að EES-samningurinn tekur ekki til sameiginlegrar viðskipta- og tollastefnu ESB.³² Carl Baudenbacher, forseti EFTA-dómstólsins, er þeirrar skoðunar að sjónarmið um sérstakt eðli EES-samningsins og ólík markmið EES og ESB eigi ekki að setja efnislegri einsleitni hömlur. Vísar hann því til stuðnings í dóma EFTA-dómstólsins, sem hann telur hafna slíkum skilningi á einsleitnimarkmiðinu með skýrum hætti. Meðal þeirra er dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. *ESA gegn Noregi (EFTAD, mál E-2/06, EFTACR 2007, bls. 164)* sem gerð verða nánari skil í kafla 2.2.2. Baudenbacher telur því ekki ástæðu til að túlka efnisrétt EES með frekari hliðsjón af fullveldi og sjálfstæði EFTA-ríkjanna en gert er í ESB-rétti heldur gangi sjónarmið um einsleitni réttarkerfanna því fram.³³

³⁰ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 124.

³¹ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 126.

³² Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 124.

³³ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 189-190.

2.2.2 Dómaframkvæmd

Margóft hefur verið tekist á um takmörk efnislegrar einsleitni fyrir EFTA-dómstólnum. Í máli *Maglite* (EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 127) kom sérstaða EES-réttar til álitá þegar dómstóllinn veitti ráðgefandi álit um túlkun 1. mgr. 7. gr. vörumerkjatilskipunar ESB nr. 1989/104/EB. Deilt var um það hvort norskar reglur um tæmingu vörumerkjaréttinda stæðust ákvæði EES-samningsins um frjálst flæði vara. Samkvæmt reglunum gátu handhafar vörumerkjaréttinda því komið í veg fyrir innflutning frá ríkjum utan EES. Framkvæmdastjórn ESB, sem og fleiri aðilar, lögðu fram skriflegar athugasemdir og mótmæltu heimild ríkja til að setja sjálf reglur um alþjóðlega tæmingu vörumerkjaréttinda. Töldu aðilarnir hana geta valdið misræmi í regluverki innan EES um innflutning frá þriðju ríkjum, sem síðan leiddi af sér hindranir á frjálsum flæði vara. Dómstóllinn taldi ekki ástæðu til að taka undir þau rök, einkum á þeim forsendum að gildissvið og markmið EES-réttar væru önnur en í ESB. EES væri ekki tollabandalag eins og ESB, heldur fríverslunarsvæði, og því giltu reglur um frjálst flæði vara einungis í tilviki vara sem ættu uppruna sinn innan EES, en ekki í þriðju ríkjum.³⁴ Í máli *Pedicel* (EFTAD, mál E-4/04, EFTACR 2005, bls. 1) frá árinu 2005 fylgdi dómstóllinn fordæmi sínu með tilvísun í *Maglite*. Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að sökum þess að gildissvið EES-samningsins á sviði landbúnaðarvara væri mun þrengra en í ESB-rétti, og næði þar með ekki yfir reglur um áfengi, teldist auglýsingabann ekki til magntakmarkana eða ráðstafana með samsvarandi áhrif í skilningi EES-réttar.

Í máli *ESA gegn Noregi* var deilt um það hvort ívilnanir, sem norsk lög veittu norskum virkjanafyrirtækjum í eigu hins opinbera en ekki einkafyrirtækjum eða erlendum fyrirtækjum, brytu í bága við 31. og 40. gr. EES-samningsins um staðfesturétt og frjálst flæði fjármagns. Norska ríkið taldi að skýra ætti ákvæði 31. og 40. gr. með hliðsjón af því að umræddar reglur væru hluti af stefnu stjórnvalda um nýtingu náttúruauðlinda, sem félli utan gildissviðs EES-samningsins. Því væri ekki um mismunun eða hindranir á staðfesturétti í skilningi EES-samningsins að ræða. Undir þessi sjónarmið tók íslenska ríkið sem lagði fram skriflegar athugasemdir í málinu. EFTA-dómstóllinn var á annarri skoðun og taldi að meginreglan um einsleitni leiddi til þess að ganga yrði út frá því að ákvæði EES-réttar bæri að túlka á sama hátt og samhljóða ákvæði í ESB-rétti. Til greina gæti þó komið, í undantekningartilvikum, að sá grundvallarmunur sem er á EES-rétti og ESB-rétti gæti leitt til ólíkrar túlkunar á efnislega samhljóða reglum. Aftur á móti taldi dómstóllinn að ekki væri um slíkt undantekningartilvik að ræða í málinu og að engin ákvæði EES-samningsins bentu til þess að taka ætti mið af því

³⁴ Sjá einkum efnisgreinar 24-26 í dóminum.

hvort hinar umþrættu reglur væru á sviði auðlindastjórnunar þegar metið væri hvort um brot á 31. gr. og 40. gr. EES-samningsins væri að ræða. Þótt EFTA-dómstóllinn hafi tekið fram, með tilvísun í fyrri dóma, að hugsanlegt væri að eðlismunur réttarkerfa EES og ESB gæti leitt af sér ólíka túlkun efnisreglna, virðist hann ekki hafa verið jafnreiðubúinn til þess að fella álitafni utan fjórfrelsisákvæða EES-samningsins á grundvelli ólíks gildissviðs og í áður nefndum málum *Maglite* og *Pedidel*. Dómstóllinn skýrði þó ekki hvers konar tilvik gætu talist „undantekningartilvik“ og því er erfitt að draga víðtækar ályktanir af niðurstöðunni.

Þegar dómur EFTA-dómstólsins gekk í *Maglite* málinu árið 1997 hafði dómstóll ESB ekki tekið afstöðu til þess hvort ákvæði 1. mgr. 7. gr. tilskipunar nr. 1989/104/EB heimiluðu EES-ríkjum að ákveða reglur um alþjóðlega tæmingu vörumerkjaréttinda. Árið 1998 kvað dómstóll ESB aftur a móti upp dóm í máli *Silhouette* (*EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-04799*) þar sem dómstóllinn komst að annari niðurstöðu en EFTA-dómstóllinn og taldi að 1. mgr. 7. gr. veitti ríkjum ekki heimild til að ákveða sjálf slíkar reglur í landsrétti. Var sú niðurstaða ítrekuð í máli *Sebago* (*EBD, mál C-173/98, ECR 1999, bls. I-04103*). Árið 2008 kom álitafnið aftur til kasta EFTA-dómstólsins í sameinuðum málum *L'Oreal* (*EFTAD, mál E-9/07 og E-10/07, EFTACR 2008, bls. 259*). Þar taldi dómstóllinn að þrátt fyrir að hann hefði áður túlkað ákvæði tilskipunarinnar á gagnstæðan hátt, bæri honum, í þágu einsleitni, að taka mið af fordæmi dómstóls ESB í fyrrgreindum málum *Silhouette* og *Sebago*. Dómstóllinn tók þó fram, með tilvísun í mál *ESA gegn Noregi*, að sérstök undantekningartilvik gætu réttlætt ólíka túlkun EES-réttar. Sú væri þó ekki raunin málinu og með þeim rökum vék dómstóllinn frá fordæmi sínu í *Maglite*. Af dómi dómstólsins í máli *L'Oreal* má ráða að hann sé reiðubúinn að ganga nokkuð langt í viðleitni sinni til að gæta efnislegrar einsleitni EES-réttar og ESB-réttar. Eftir sem áður heldur dómstóllinn því opnu að sérstakar aðstæður geti sett efnislegri einsleitni takmörk, án þess að útskýra nánar hvers konar aðstæður það eru.

Áður hefur verið fjallað um efnislegt misræmi EES-samningsins og frumréttar ESB, sem hefur tekið töluverðum breytingum án þess að EES-samningurinn hafi fylgt þeim eftir. EFTA-dómstóllinn hefur fyrir vikið staðið frammi fyrir álitamálum um gildi efnislegrar einsleitni við túlkun ákvæða EES-samningsins sem ekki eru efnislega samhljóða fyrirmyndum sínum í ESB-rétti. Í fyrstu var dómstóllinn ekki reiðubúinn að ganga langt í því að túlka EES-rétt í samræmi við efnislega frábrugðin ákvæði stofnsáttmála ESB. Nefna má dóm í máli *Harðar Einarssonar* (*EFTAD, mál E-1/01, EFTACR 2002, bls. 1*) þar sem dómstóllinn taldi að slík túlkun fæli í raun í sér efnislega breytingu á gildissviði EES-samningsins sem dómstólnum væri ekki heimilt að mæla fyrir um. Dómstóllinn var á sama máli í máli *Postdoc* (*EFTAD, mál E-2/01, EFTACR 2002, bls. 44*) þar hafnaði dómstóllinn

Því að skýra bæri ákvæði EES-samningsins um mismunun á grundvelli kynferðis með tilliti til breyttra ákvæða stofnsáttmála ESB sem heimiluðu frekari aðgerðir í þágu kynjajafnréttis en áður hafði þekkt.³⁵ Dómstóllinn hefur breytt þessari afstöðu sinni á síðari árum með hliðsjón af markmiðum EES-samningsins um einsleitni. Greina má ólíkt viðmót í dómi dómstólsins í máli *Fokus Bank (EFTAD, mál E-1/04, EFTACR 2004, bls. 11)*. Án þess að vísa beint til 58. gr. Rómarsáttmálans (nú 65. gr. SSESB) virðist dómstóllinn engu að síður hafa túlkað ákvæði 40. gr. EES-samningsins með hliðsjón af ákvæði Rómarsáttmálans. Í máli *Paolo Piazza (EFTAD, mál E-10/04, EFTACR 2005, bls. 76)* reyndi á túlkun sama ákvæðis og þá lýsti dómstóllinn því yfir með afgerandi hætti að vegna einsleitnimarkmiðsins yrði að líta svo á að sömu viðmið giltu um frjálst flæði fjármagns í EES og ESB. Dómstóllinn virðist nú vera á þeirri línu að markmiðið um efnislega einsleitni geti eftir atvikum verið grundvöllur nýrra réttarreglna í EES-rétti með samræmdri túlkun við uppfærð ákvæði frumréttar ESB.³⁶

Carl Baudenbacher hefur fjallað um efnislega einsleitni með hliðsjón af sjónarmiðum um gagnkvæmni. Þannig sé ekki hægt að líkja einsleitni við einbreiða götu þar sem EFTA-dómstólnum beri að fylgja dómafordæmum dómstóls ESB án þess að sá síðarnefndi þurfi að taka nokkuð mið af dómaframkvæmd hins fyrrnefnda. Bæði dómstólar og lögsögumenn ESB-réttar hafi vísað til dómaframkvæmdar EFTA-dómstólsins við túlkun EES-réttar. Megi m.a. nefna mál *Opel Austria (EBD, mál T-115/94, ECR 1998, bls. II-02739)* og sameinuð mál *de Agostini (EBD, mál C-34/95, C-35/95 og C-36/95, ECR 1997, bls. I-03843)*.³⁷ Þá telur Baudenbacher að í kjölfar dóms EFTA-dómstólsins í máli *Kellogg's (EFTAD, mál E-3/00, EFTACR 2000-2001, bls. 73)* hafi dómstóll ESB breytt eigin dómaframkvæmd til samræmis við fordæmi EFTA-dómstólsins, sem sýni að dómstóll ESB telji sjónarmið um einsleitni og gagnkvæmni einnig eiga við í sínu tilviki.³⁸ Því til stuðnings vísar Baudenbacher jafnframt til orða forseta dómstóls ESB, Vassilios Skouris, sem telur dómstóllinn ekki geta hunsað dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins í ljósi grundvallarmarkmiðs EES-samningsins um einsleitni.³⁹

³⁵ Halvard H. Fredriksen: „Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area“, bls. 869-870.

³⁶ Halvard H. Fredriksen: „Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area“, bls. 871-872.

³⁷ Carl Baudenbacher: „The EFTA Judicial System Reaches the Age of Maturity“, bls. 6-7, <http://www.eftacourt.int>.

³⁸ Carl Baudenbacher: „EFTA-dómstóllinn í 10 ár: Hvernig er samskiptum við Evrópudómstóllinn háttað?“, bls. 333-334.

³⁹ Carl Baudenbacher: „The EFTA Judicial System Reaches the Age of Maturity“, bls. 6, <http://www.eftacourt.int>.

Af því sem fjallað er um hér að framan má ráða að EFTA-dómstóllinn hefur með tímanum gengið lengra við að tryggja efnislega einsleitni EES-réttar og ESB-réttar en í upphafi, á kostnað sjónarmiða um sérstöðu EES-réttar og EFTA-ríkjanna. Þrátt fyrir það viðurkennir EFTA-dómstóllinn enn þann möguleika að eðli EES-samstarfsins geti leitt til þess að túlka beri efnisreglur EES-réttar með öðrum hætti en hliðstæður þeirra í ESB-rétti. Í nýlegum dómum sínum varðandi ákvæði meginmáls EES-samningsins og túlkun þeirra til samræmis við uppfærð ákvæði stofnsáttmála ESB virðist EFTA-dómstóllinn einnig hafa slakað á kröfum um að einungis efnislega samhljóða ESB-reglur geti skapað fyrirmynd að túlkun EES-reglna. Því má telja ljóst að EFTA-dómstóllinn leggi almennt mikla áherslu á að gæta efnislegrar einsleitni. Sjónarmið um efnislega einsleitni ná þó ekki eingöngu til EFTA-dómstólsins heldur hefur dómstóll ESB einnig sýnt viðleitni sína til að gæta einsleitni og gagnkvæmni í verki.

2.3 Einsleitni í málsmeðferð

Einsleitni nær, líkt og áður segir, að forminu til einungis til samræmdrar túlkunar á efnisrétti EES og ESB. EFTA-dómstóllinn hefur eftir sem áður gefið einsleitnireglunni víðtækara gildissvið í þágu markmiða EES-samstarfsins um að tryggja einstaklingum og lögaðilum viðunandi úrræði til að framfylgja þeim réttindum sem þeir leiða af ákvæðum EES-réttar. Ljóst er að þeim markmiðum verður ekki náð með samræmdri túlkun efnisreglna einni saman. Einnig þarf að gæta að því að efnisreglunum sé fylgt eftir á sambærilegan hátt. Með það markmið í huga hefur EFTA-dómstóllinn, í fjölda dóma, talið sér skylt að túlka málsmeðferðarreglur á stofnanastigi EES-réttar til samræmis við efnislega samhljóða málsmeðferðarreglur í ESB-rétti. Mikill meirihluti málsmeðferðarreglna í EES-rétti á sér fyrirmyndir í ESB-rétti og þeim er almennt ætlað að hafa sömu áhrif að teknu tilliti til gildissviðs EES-samningsins.⁴⁰ Carl Baudenbacher telur það þó ekki grundvallaratriði að málsmeðferðarreglur EES-réttar séu efnislega samhljóða ESB-reglum heldur geti sjónarmið um einsleita málsmeðferð einnig átt við í tilvikum þar sem EES-reglur eru efnislega frábrugðnar ESB-reglum.⁴¹

EFTA-dómstóllinn hefur velt upp sjónarmiðum um einsleitni í tengslum við mörg svið málsmeðferðar í EES-rétti allt frá því að fyrsti dómur dómstólsins féll í máli *Restamark*

⁴⁰ Skúli Magnússon: „Procedural Homogeneity v. Inconsistency of European Courts. Comments on Order of the EFTA Court President of 15 June 2012 in Case E-16/11 EFTA Surveillance Authority v. Iceland“, bls. 4-5, <http://www.ssrn.com>.

⁴¹ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 194.

(EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15).⁴² Í *Restamark* reyndi á túlkun hugtaka í ákvæðum 34. gr. ESE-samningsins um öflun ráðgefandi álita EFTA-dómstólsins. Þar taldi dómstóllinn að þótt honum væri ekki skylt að fylgja dómafordæmum dómstóls ESB varðandi efnislega samhljóða málsmeðferðarreglu í þáverandi 177. gr. Rómarsáttmálans (nú 267. gr. SSESB), skiptu þau samt sem áður máli við túlkun EES-réttar í þágu einsleitni.⁴³ Í málum *Scottish Salmon Growers* (EFTAD, mál E-2/94, EFTACR 1994-1995, bls. 59) og *Bellona* (EFTAD, mál E-2/02, EFTACR 2003, bls. 52) voru sömu viðmið lögð til grundvallar varðandi túlkun á ákvæðum um skilyrði fyrir rétti einstaklinga til að krefjast ógildingar ákvörðunar ESA.⁴⁴ Þá má einnig nefna mál *ESA gegn Noregi* frá árinu 2010 (EFTAD, mál E-18/10, EFTACR 2011, bls. 202) þar sem dómstóllinn lagði til grundvallar sambærilega túlkun á málsmeðferðarreglum er varða samningsbrotamál.⁴⁵ Noregur hafði ekki brugðist við dómi í eldra samningsbrotamáli og ESA höfðaði því annað mál. Við túlkun á málsmeðferðarreglum 33. gr. EES-samningsins um skyldur EES-ríkja til að fylgja dómum EFTA-dómstólsins og viðbrögð við brotum gegn þeirri skyldu, taldi dómstóllinn að líta bæri til dómafordæma dómstóls ESB. Var það niðurstaðan þrátt fyrir að 260. gr. SSESB væri efnislega frábrugðin 33. gr. EES-samningsins, m.a. að því leyti að hið fyrrnefnda ákvæði innihélt heimild til að leggja sektir við slíkum brotum. Dómstóllinn komst að lokum að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir efnislegt misræmi bæri ekki að líta svo á að skylda ríkja til að fylgja dómum EFTA-dómstólsins væri á nokkurn hátt mildari en samsvarandi skylda aðildarríkja ESB. EFTA-dómstóllinn hefði ítrekað fylgt fordæmum dómstóls ESB í þágu einsleitrar málsmeðferðar og því bæri að leggja sömu viðmið til grundvallar í þessu máli og dómstóll ESB hafði mótað.

Úrskurður EFTA-dómstólsins um málskostnað í máli *Samtaka banka og verðbréfafyrirtækja gegn ESA* frá árinu 2006 (EFTAD, mál E-9/04, EFTACR 2006, bls. 74) gefur góða mynd af beitingu reglunnar um einsleitni í málsmeðferð. Málið fjallaði um skattlagningu málskostnaðar í b-lið 69. gr. starfsreglna EFTA-dómstólsins sem á sér samsvörun í b-lið 73. gr. starfsreglna dómstóls ESB.⁴⁶ Í úrskurðinum sagði eftirfarandi um túlkun ákvæðisins:

⁴² Carl Baudenbacher tekur fjölda dæma í grein sinni „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 195-196.

⁴³ Sjá efnisgreinar 24, 33 og 34.

⁴⁴ Sjá *Scottish Salmon Growers*, efnisgrein 11 og *Bellona*, efnisgreinar 38-40.

⁴⁵ Sjá efnisgreinar 26-28.

⁴⁶ Enska: Rules of procedure.

Í þágu jafnrar meðferðar og fyrirsjáanleika til handa aðilum fyrir dómstól ESB, almenna dómstólnum og EFTA-dómstólnum, ber að túlka og beita ákvæðunum með sama hætti, nema sérstakar aðstæður réttlæti ólíka meðferð mála.⁴⁷ [Þýðing höfundar]

Með þessum orðum lagði dómstóllinn áherslu á að mál hljóti sömu afgreiðslu innan EES og sambærileg mál hljóta fyrir dómstólum ESB, nema sérstakar aðstæður gefi ástæðu til gagnstæðrar niðurstöðu. Þessum rökstuðningi svipar óneitanlega til þeirra viðmiða sem EFTA-dómstóllinn hefur lagt til grundvallar í tengslum við efnislega einsleitni og rakin eru hér að framan.

Í nýlegu máli ESA gegn íslenska ríkinu, sem betur er þekkt sem *Icesave málið (EFTAD, mál E-16/11, EFTACR 2013, bls. 4)*, reyndi á þolmörk einsleitni í málsmeðferð þegar framkvæmdastjórn ESB sótti um meðalgönguaðild að málinu. Um meðalgöngu fyrir EFTA-dómstólnum gilda ákvæði 36. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins. Samsvarandi ákvæði er að finna í 40. gr. stofnsamþykktar dómstóls ESB. Á þeim er þó sá munur að skv. 1. mgr. 36. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins⁴⁸ er framkvæmdastjórn ESB einn þeirra aðila sem njóta óskilyrts réttar til meðalgönguaðildar fyrir EFTA-dómstólnum, en á sama tíma er hliðstæða hennar í EES-rétti, ESA, ekki veittur slíkur réttur í 1. mgr. 40. gr. stofnsamþykktar dómstóls ESB. Þvert á móti hafði dómstóll ESB hafnað umsókn ESA um meðalgöngu í nýlegu máli *framkvæmdastjórnarinnar gegn Portúgal (EBD, mál C-493/09, ECR 2011, bls. I-09247)* á þeim forsendum að 2. mgr. 40. gr., sem útilokar meðalgöngu einstaklinga og lögaðila í málum sem stofnanir eða aðildarríki höfða á hendur öðrum stofnunum eða aðildarríkjum, ætti við í tilviki ESA. Það var því ljóst að ESA nyti ekki þess réttar til meðalgöngu sem framkvæmdastjórnin sóttist eftir í málinu. Álitafnið fyrir EFTA-dómstólnum var því hvort túlka ætti ákvæði 36. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins samkvæmt orðalagi sínu og heimila framkvæmdastjórninni meðalgöngu, eða meina henni meðalgöngu á grundvelli einsleitni í málsmeðferð milli EFTA-dómstólsins og dómstóls ESB. Hvorugur málsaðila andmælti meðalgönguaðild framkvæmdastjórnarinnar. ESA taldi að þar sem ákvæði 36. gr. og 40. gr. væru ekki efnislega samhljóða ættu sjónarmið um einsleitni í málsmeðferð ekki við. Íslenska ríkið taldi að taka yrði mið af einsleitni í málsmeðferð, jafnræði og gagnkvæmni milli aðila í EES-rétti en setti sig ekki sérstaklega upp á móti meðalgönguaðild framkvæmdastjórnarinnar þar sem hún myndi í raun vera ríkinu til hagsbóta. Í úrskurði sínum tók forseti EFTA-dómstólsins fram að sjónarmið um einsleitni í

⁴⁷ Sjá efnisgrein 16 í úrskurði um málskostnað í máli nr. *E-9/04* og Skúli Magnússon: „Procedural Homogeneity v. Inconsistency of European Courts. Comments on Order of the EFTA Court President of 15 June 2012 in Case E-16/11 EFTA Surveillance Authority v. Iceland“, bls. 4-5, <http://www.ssrn.com>.

⁴⁸ Bókun nr. 5 við ESA-samninginn.

málsmeðferð ættu ekki eingöngu við í málum þar sem reyndi á efnislega samhljóða ákvæði, heldur ætti ávallt að hafa þau til hliðsjónar við túlkun málsmeðferðarreglna. Forsetinn viðurkenndi samt sem áður meðalgöngu framkvæmdastjórnarinnar með þeim rökum einum að heimildir EES-ríkja og -stofnana til meðalgöngu í málum fyrir EFTA-dómstólnum væru mikilvægar til að ná fram góðri virkni EES-samstarfsins og líta þyrfti til þeirrar virkni þegar ákvæði 36. gr. væru túlkuð. Skúli Magnússon túlkar niðurstöðu forsetans á þá leið að þótt áhrif sjónarmiða um einsleita málsmeðferð takmarkist ekki við efnislega samhljóða málsmeðferðarákvæði, leiði það ekki til þess að dómafordæmi dómstóls ESB verði heimfærð umhugsunarlaust yfir á efnislega frábrugðin ákvæði EES-réttar. Fremur beri að líta svo á að þau geti veitt vísbendingu um hvernig túlka eigi málsmeðferðarreglur, samræmist sú túlkun grundvallarmarkmiðum EES-réttar, en ætla má að það hefði synjun beiðni framkvæmdastjórnarinnar ekki gert, heldur orðið skilvirkni EES-réttar til trafala.⁴⁹

Markmiðið um einsleitni í málsmeðferð er ekki formlega orðað í EES-samningnum. Samt sem áður hefur EFTA-dómstóllinn lagt það til grundvallar í niðurstöðum sínum og litið á það sem mikilvægan þátt í þeirri vegferð að mynda einsleitt evrópskt efnahagssvæði. Með það í huga hefur dómstóllinn rýmkað gildissvið einsleitnimarkmiðsins í nýjum dómum sínum. Ljóst er að einsleitni í málsmeðferð kemur ekki einungis til álita í málum þar sem reynir á túlkun efnislega samhljóða ákvæða, heldur einnig þegar efnislegt misræmi er milli málsmeðferðarreglna. Hún hefur þó sín takmörk, þ. á m. með hliðsjón af markmiðum EES-réttar, sbr. mál *ESA gegn Noregi og Icesave*.

2.3 Skilvirknimiðuð einsleitni

2.3.1 Meginreglan um skilvirkni

Meginreglan um skilvirkni er grundvallarregla í ESB-rétti. Í samræmi við heiti sitt miðar hún að því að réttarkerfi ESB virki á sem skilvirkastan hátt og í því skyni mælir hún fyrir um að tryggja beri ESB-rétti virkni í landsrétti aðildarríkjanna. Í því felst m.a. að réttindum þeim, sem einstaklingum og lögaðilum innan ESB eru veitt, megi framfylgja á fullnægjandi hátt.⁵⁰ Áður en sjónum verður beint að því hvernig meginreglan er heimfærð yfir á EES-rétt, samkvæmt markmiðum um einsleitni, er rétt að gera grein fyrir skilvirknireglunni eins og hún birtist í ESB-rétti.

⁴⁹ Skúli Magnússon: „Procedural Homogeneity v. Inconsistency of European Courts. Comments on Order of the EFTA Court President of 15 June 2012 in Case E-16/11 EFTA Surveillance Authority v. Iceland“, bls. 6-10, <http://www.ssrn.com>.

⁵⁰ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 14.

2.3.1.1 Skilvirkni sem almenn meginregla – Bein réttaráhrif og forgangsáhrif

M. Elvira Méndez-Pinedo lýsir skilvirknireglunni sem almennri meginreglu, eða kenningu, í ESB-rétti í bók sinni *EC and EEA Law*. Hún telur meginregluna eiga uppruna sinn í hugmyndum um að ESB-réttur myndi einstaklingsbundin réttindi til handa þegnum aðildarríkjanna sem dómstólum beri að standa vörð um.⁵¹ Á þann hátt sé hún náskyld kenningum um lagaleg réttindi.⁵² Á sambærilegan hátt fjallar Malcolm Ross um skilvirkniregluna í grein sinni „Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?“. Í sinni víðtækustu mynd sé skilvirknireglan ákveðið grunnsjónarmið réttarkerfisins sem mæli fyrir um að tryggja beri að markmiðum ESB-réttar sé náð á skilvirkan hátt.⁵³ Sem víðtæk meginregla hafi skilvirknireglan reynst dómstóli ESB dýrmætt verkfæri til að veita ESB-rétti virkni á fleiri sviðum sambandsins og með víðtækari hætti en áður. Með skilvirkniregluna að vopni hafi dómstóllinn fært út eigið áhrifasvið og mótað nýjar reglur um virkni ESB-réttar.⁵⁴

Drifinn áfram af meginreglunni um skilvirkni hefur dómstóll ESB skapað reglur og kennisetningar um virkni ESB-réttar í landsrétti aðildarríkjanna sem nú mynda burðarás í réttarkerfi ESB.⁵⁵ Mikilvægastar þeirra telur Méndez-Pinedo vera reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif ESB-réttar. Hugtakið bein réttaráhrif vísar til þess að einstaklingar og lögaðilar geti beitt ESB-reglum fyrir sig í málum fyrir dómstólum aðildarríkjanna án tillits til þess hvort hún hafi verið innleidd í landsrétt. Reglan nær til hvers kyns lagagerða ESB, en þó með ólíkum hætti eftir því hvers eðlis lagagerðin er. Þannig gilda t.a.m. önnur lögmál um bein réttaráhrif frumréttar ESB annars vegar og afleidds réttar, einkum tilskipana, hins vegar.⁵⁶

Bein réttaráhrif ESB-réttar urðu, sem fyrr segir, til í dómaframkvæmd dómstóls ESB og voru kynnt til sögunnar árið 1963 í máli *Van Gend en Loos*. Var tilvist þeirra rökstudd með tilvísun til þess að ESB væri sjálfstætt réttarkerfi sem veitti þegnum aðildarríkjanna tiltekin réttindi sem yrði að vera hægt að framfylgja fyrir dómstólum.⁵⁷ Náskyld beinum réttaráhrifum er meginreglan um forgangsáhrif en í henni felst að þegar ákvæði ESB-réttar og

⁵¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 13.

⁵² Enska: Justiciability. Með lagalegum réttindum er átt við að hægt sé að byggja á reglum ESB-réttar fyrir dómstólum. Grundvöllur þess að réttindi geti talist lagaleg, og geti um leið verið borin undir dómstóla, eru einkum þau að réttindin séu útlustuð á nægilega skýran og óskilyrtan hátt í lagaákvæði.

⁵³ Malcolm Ross: „Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?“, bls. 480.

⁵⁴ Sjá almennt umfjöllun Malcolm Ross: „Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?“, bls. 480-490.

⁵⁵ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 14-15.

⁵⁶ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 16.

⁵⁷ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 16.

landsréttar eru ósamræmanleg beri dómstólum aðildarríkjanna að leggja ESB-reglu til grundvallar. Í því felst að gagnstæðu ákvæði landsréttar ber að víkja til hliðar í málinu, óháð forgangsreglum á borð við *lex superior* og *lex posterior*.⁵⁸ Reglunni var fyrst beitt af dómstóli ESB í máli *Costa gegn ENEL (EBD, mál C-6/64, ECR 1964, bls. 585)*, með þeim rökstuðningi að án forgangsáhrifa væri virkni ESB-réttar stefnt í hættu. Því yrði að líta svo á að ESB-regla hefði forgang fram yfir reglur landsréttar. Forgangsáhrif, sem og bein réttaráhrif, eru auk þess byggð á sjónarmiðum um fullveldisafsal aðildarríkjanna á þeim sviðum þar sem ESB hefur heimild til að setja reglur. Ljóst er að ofangreind sjónarmið og meginreglurnar sem á þeim byggja samræmast illa samningsmarkmiðum EFTA-ríkjanna um varðveislu fullveldis og kenningum um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar sem réttarkerfi Íslendinga og Norðmanna byggja á. Nánar verður fjallað um skilvirkni frá sjónarhóli EES-réttar í kafla 2.3.2.

2.3.1.2 Óbein réttaráhrif og skaðabótaskylda aðildarríkjanna

Meginreglan um skilvirkni er ólögfest, en þrátt fyrir það sækir hún sér á vissan hátt stoð í frumrétt ESB. Méndez-Pinedo bendir á tengsl skilvirknireglunnar og trúnaðarreglunnar⁵⁹ í 3. mgr. 4. gr. SESB og telur að dómstóll ESB leggi sífellt meiri áherslu á trúnaðarskyldu aðildarríkjanna í dómum sínum. Þessi þróun hafi, ásamt síauknu mikilvægi sjónarmiða um grundvallarréttindi, orðið til þess að efla skilvirkniregluna.⁶⁰ ESB-réttur er byggður á grunni sterkar samvinnu yfirþjóðlegra stofnana og aðildarríkja. Það eru stofnanir ESB sem setja réttarkerfinu reglur en framkvæmd þeirra er að meginstefnu til í höndum aðildarríkjanna og fer hún eftir reglum landsréttar hvers og eins ríkis eftir því sem við á.⁶¹ Það er því ljóst að mikilvægt er að aðildarríkin geri hvað þau geta til að ná fram þeim markmiðum sem ætlast er til með settum reglum til að gæta samræmis í framkvæmd ESB-réttar.

Marcus Klamert gerir tengsl skilvirknireglunnar og trúnaðarreglunnar að umfjöllunarefni í bók sinni *The Principle of Loyalty in EU Law*. Hann skilgreinir meginregluna um skilvirkni ESB-réttar á þá leið að „valdhöfum aðildarríkjanna beri að beita þeim almennu eða sértæku aðferðum sem nauðsynlegar eru til að tryggja að sambandsrétti sé fylgt innan viðkomandi ríkis“. Skilgreiningin er tilvísun í dóm dómstóls ESB í máli *Jonkman (EBD, mál C-231/06, ECR 2007, bls. I-05149)* sem svipar mjög til 3. mgr. 4. gr. SESB sem hljóðar svo:

⁵⁸ Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 71.

⁵⁹ Einnig nefnd meginreglan um samstarf af heilindum. Samheitin verða notuð jöfnum höndum í ritgerðinni.

⁶⁰ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 18.

⁶¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 17.

[...] Aðildarríkin skulu gera hvers konar ráðstafanir, almennar eða sértækar, sem þykja viðeigandi til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem leiðir af sáttmálunum eða gerðum sem stofnanir Sambandsins samþykkja.

Aðildarríkin skulu greiða fyrir því að Sambandið geti leyst verkefni sín af hendi og ekki gera neinar þær ráðstafanir sem gætu stofnað markmiðum þess í hættu.⁶² [Þýðing höfundar]

Af texta ákvæðisins má greina að trúnaðarreglan hefur tvær birtingarmyndir, jákvæða og neikvæða. Felst sú jákvæða í skyldu til beinna athafna og ráðstafana og hin neikvæða í því að aðildarríkjunum ber að halda sig frá ráðstöfunum sem gætu stofnað markmiðum ESB í hættu.

Auk hinnar lögfestu reglu 3. mgr. 4. gr. SSESB gildir einnig ólögfest meginregla um um samheldni og trúnað í ESB-rétti. Þá sækir hún sér einnig stoð í meginreglu þjóðaréttar um trúnað.⁶³ Af trúnaðarreglunni leiðir skylda aðildarríkjanna til að túlka landsrétt til samræmis við ESB-rétt, en reglan er einnig þekkt undir heitinu óbein réttaráhrif.⁶⁴ Í gegnum óbein réttaráhrif og í krafti trúnaðarskyldu aðildarríkjanna getur skilvirknireglan gert einstaklingum og lögaðilum kleift að beita ESB-réttindum sínum fyrir sig án þess að byggja rétt á þeim með beinum hætti og ber dómstólum að túlka landsrétt til samræmis við ESB-rétt, hvort heldur sem hann er innleiddur, ranglega innleiddur eða hefur ekki verið innleiddur að nokkru leyti í landsrétt.⁶⁵

Meginreglunni um óbein réttaráhrif var fyrst beitt í dómi dómstóls ESB *Von Colson* frá árinu 1984 (*EBD, mál C-14/83, ECR 1984, bls 1891*).⁶⁶ Í málinu reyndi á ákvæði tilskipunar um jafnan rétt karla og kvenna nr. 76/207/EBE og lagaákvæði sem innleiða áttu tilskipunina í landsrétt. Ákvæði tilskipunarinnar þóttu ekki nógu skýr og óskilyrt til að hafa bein réttaráhrif en dómstóllinn taldi ákvæði tilskipunarinnar þrátt fyrir það skipta máli fyrir úrlausn málsins og vísaði til skyldu aðildarríkjanna skv. 3. mgr. 4. gr. SESB til að grípa til allra nauðsynlegra aðgerða til að framfylgja skuldbindingum sínum skv. ESB-rétti. Taldi dómstóllinn að í ákvæðinu fælist skylda aðildarríkjanna til að túlka landsrétt, sem ætlað var að innleiða tilskipun sambandsins, til samræmis við texta og tilgang þeirrar tilskipunar.⁶⁷ Með dómi í máli *Marleasing* (*EBD, mál C-106/89, ECR 1990, bls. I-04135*) var gildissvið reglunnar víkkað út á þá leið að túlka bæri landsrétt til samræmis við allan ESB-rétt, en ekki einungis þá ESB-gerð sem ætlað var að innleiða með viðkomandi ákvæðum. Margir töldu dómstóllinn

⁶² Marcus Klamert: *The Principle of Loyalty in EU Law*, bls. 41-42.

⁶³ Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandsréttur*, bls. 48.

⁶⁴ Malcolm Ross: „Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?“, bls. 482.

⁶⁵ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 294.

⁶⁶ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 294.

⁶⁷ Sjá einkum efnisgrein 26.

hafa gengið langt í viðleitni sinni til að tryggja ESB-rétti, þar með talið ranglega innleiddum tilskipunum, réttaráhrif í landsrétti og var reglan um óbein réttaráhrif talin ógna réttaröryggi og valda óvissu um hvað væri í raun gildandi réttur. Dómstóllinn brást við gagnrýnisröddum, í það minnsta að vissu leyti, og hefur sett túlkunarskyldunni þau takmörk að hún leiði ekki til þess að dómstólar túlki landsrétt þvert gegn skýru orðalagi sínu, þ.e. *contra legem*. Þá útlistaði dómstóllinn tímamörk óbeinna réttaráhrifa í máli *Adeneler* (EBD, mál C-212/04, ECR 2006, bls. I-06057). Samkvæmt dóminum verður skyldan til að túlka landsrétt til samræmis við ákvæði tilskipunar að fullu virk við innleiðingu hennar, eða á þeim degi þegar frestur til innleiðingar rennur út. Aðildarríkjum er þó engu að síður skylt að aðhafast ekkert sem komið getur í veg fyrir að markmið tilskipunar náist fyrir þann tíma frá því að tilskipun tekur gildi í ESB-rétti, sbr. dóm dómstólsins í máli *Mangold* (EBD, mál C-144/04, ECR 2005, bls. I-09981).⁶⁸

Ofangreindar skyldur aðildarríkjanna til að túlka landsrétt til samræmis við ESB-rétt eru leiddar af trúnaðarskyldu þeirra skv. 3. mgr. 4. gr. SESB og um leið skilvirkni-reglunni. Bent hefur verið á að beiting reglunnar hafi aukist jafnt og þétt í framkvæmd og er hún af mörgum talin einn af lykilþáttum í átt að því markmiði að tryggja skilvirka beitingu ESB-réttar í landsrétti aðildarríkjanna. Því hefur jafnvel verið haldið fram að þróunin sé í þá átt að óbein réttaráhrif séu smátt og smátt að taka við keflinu af beinum réttaráhrifum og forgangsáhrifum sem helsta verkfæri dómstóls ESB til að ná fram skilvirkni í ESB-rétti.⁶⁹ Sem fyrr segir á túlkunarreglan sér þó takmörk og við því hefur dómstóll ESB brugðist t.a.m. með því að mæla fyrir um regluna um skaðabótaskyldu aðildarríkjanna fyrir brot á ESB-rétti.

Með sams konar rökum og standa að baki óbeinum réttaráhrifum kvað dómstóllinn í fyrsta sinn á um skaðabótaskyldu aðildarríkja gagnvart einstaklingum og lögaðilum vegna brota á ESB-rétti í máli *Francovich* (EBD, mál C-6/90, ECR 1991, bls. I-05357). Ítalska þingið hafði brugðist skyldu sinni til að innleiða tilskipun nr. 80/987/EEB, um réttindi starfsmanna við gjaldþrotaskipti vinnuveitanda, í ítalskan rétt. Ákvæðin voru ekki þess eðlis að þau væru talin hafa bein réttaráhrif og sóknaraðilar gátu því ekki byggt á þeim rétt fyrir ítölskum dómstólum. Við mat á því hvort aðildarríki ESB bæru skaðabótaábyrgð við slíkar aðstæður leit dómstóllinn m.a. til þess að landsdómstólum bæri að leita allra leiða til að tryggja fulla virkni ESB-réttar og standa vörð um þau réttindi sem einstaklingar og lögaðilar leiða af ESB-rétti. Skilvirkni ESB-réttar stæði veikum fótum ef þeim aðilum stæði ekki til boða að sækja bætur úr hendi ríkja sem bæru ábyrgð á skerðingu réttinda þeirra. Með þessari

⁶⁸ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 294.

⁶⁹ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 294.

niðurstöðu skapaði dómstóll ESB í raun nýtt réttarræði, sem standa yrði til boða óháð ákvæðum landsréttar, á grundvelli skilvirknireglunnar.⁷⁰

Með dómi sínum í sameinuðum málum *Brasserie du Pêcheur* (EBD, mál C-46/93 og C-48/93, ECR 1996, bls. I-01029) hélt dómstóllinn áfram að móta regluna um skaðabótaskyldu aðildarríkjanna. Dómstóllinn víkkaði regluna út að því leyti að hún gildir ekki aðeins í tilvikum þar sem innleiðing tilskipana bregst, heldur getur ríki orðið skaðabótaskyldt vegna hvers kyns brota á ESB-rétti.⁷¹ Þá voru þrjú skilyrði skaðabótaábyrgðar áréttuð, þ.e. að ákvæði ESB-réttar hafi verið ætlað að veita einstaklingum eða lögaðilum tiltekin réttindi, brot ríkis sé nægilega alvarlegt og orsakatengsl séu á milli brotsins og tjóns þess sem um ræðir.⁷² Hefur dómstóllinn jafnvel talið ríki bera ábyrgð á brotum dómstóla sbr. dóm í máli *Gerhard Köbler* (EBD, mál C-224/01, ECR 2003, bls. I-10239). Þar komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að landsdómstóll í Austurríki hefði brotið gegn ESB-rétti þegar hann dæmdi í máli háskólakennarans Gerhard Köbler. Landsdómstóllinn hafði áður leitað forúrskurðar frá dómstóli ESB varðandi það hvort austurríska ríkinu væri heimilt að takmarka kaupaukagreiðslur eftir 15 ára starf við störf hjá innlendum háskólum. Landsdómstóllinn dró hins vegar beiðnina til baka í kjölfar dóms dómstóls ESB í öðru máli þar sem niðurstaðan var sú að slíkt væri ekki heimilt. Þrátt fyrir þá niðurstöðu taldi austurríski dómstóllinn að mismununin væri réttlætanagerleg og sýknaði ríkið af kröfum Köbler. Í skaðabótamáli Köbler komst dómstóll ESB að þeirri niðurstöðu í forúrskurði að jafnalvarleg brot og þetta gæti leitt til bótaábyrgðar ríkisins.⁷³ Gildissvið og skilyrði reglunnar um skaðabótaábyrgð hafa haldið áfram að mótast í framkvæmd hjá dómstólum og gildir reglan nú um hvers kyns brot hvers kyns handhafa ríkisvalds í aðildarríkjum sambandsins. Fullnægi brot aðildarríkis fyrrgreindum skilyrðum um tilvist réttinda, alvarleika og orsakatengsla bera aðildarríki skaðabótaskyldu. Skaðabótamál eru rekin fyrir dómstólum aðildarríkjanna eftir ákvæðum landsréttar og fer útfærsla skaðabótaskyldunnar, t.a.m. að því er varðar bótafjárhæð, eftir reglum skaðabótaréttar aðildarríkjanna, svo lengi sem þær standast kröfur ESB-réttar um skilvirkni.⁷⁴

⁷⁰ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 221-222.

⁷¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 225-226.

⁷² M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 225-226.

⁷³ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 294.

⁷⁴ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 230.

2.3.1.3 Meginreglan um virka réttarvernd⁷⁵

Kenningar um virka réttarvernd byggja að sumu leyti á sama grunni og þær meginreglur sem reifaðar voru að framan, þ.e. að ESB-réttur veiti einstaklingum og lögaðilum tiltekin réttindi sem þeim ber að geta framfylgt í landsrétti.⁷⁶ Kenningar um ESB-réttindi eru ekki einhlítar eða skýrar um afmörkun réttindahugtaksins og ekki bætir úr skák að dómstóll ESB hefur enn ekki skilgreint hugtakið í dómum sínum, þrátt fyrir að vísa ítrekað til þess.⁷⁷ Með dómi í máli *Van Gend en Loos* varð til þröng, og að mörgu leyti óljós, skilgreining á réttindum sem virtust einungis geta sprottið upp frá neikvæðum skyldum sem Rómarsáttmálinn legði á aðildarríkin.⁷⁸ Síðan þá hefur hugtakið verið víkkað út og aðferðir dómstólsins til að tryggja réttindi einstaklinga og lögaðila hafa um leið verið í samsíða þróun. Thomas Eilmansberger hefur lýst réttindum á þá leið að þau skapi skyldur milli einstaklinga. Um sé að ræða skyldur til að aðhafast á tiltekinn hátt, skyldur til að láta eitthvað ógert og að lokum skyldur til að bæta fyrir brot gegn réttindum annarra. Þessum efnisréttindum fylgi einnig réttindi til að njóta réttarúrræða til að fylgja þeim eftir fyrir dómstólum og öðrum úrskurðaraðilum. Eilmansberger lagði áherslu á að til staðar væri gagnkvæm skylda til hagsbóta fyrir einstakling eða lögaðila. Til að hægt væri að líta svo á að regla veitti réttindi þyrfti að sýna fram á að henni væri ætlað að verja tiltekna hagsmuni.⁷⁹ Walter van Gerven hélt því fram að með réttindum væri átt við kröfu eða tilkall einstaklings eða lögaðila til einhvers og sú krafa grundvallaðist á lagareglu.⁸⁰ Sasa Beljin hefur tekið í sama streng og van Gerven og lýst ESB-réttindum á þá leið að einstaklingur eða lögaðili eigi tilkall til einhvers og það tilkall leiði einstaklingurinn eða lögaðilinn af lögum.⁸¹ Þá greinir hún einnig á milli réttinda í ESB-rétti og réttindahugtaks landsréttar og af því má ráða að réttindahugtak ESB-réttar sé sjálfstætt og óháð öðrum réttindahugtökum, þótt ganga megi út frá því að þau séu jafnan keimlík.⁸² Þótt inntak réttindahugtaksins sé enn sem komið er nokkuð á reiki hefur það, sem fyrr segir, ítrekað verið lagt til grundvallar af dómstóli ESB við mótun skilvirknireglunnar og annarra afleiddra meginreglna og kennisetninga. Meðal þeirra er sú regla sem kennd hefur verið við virka réttarvernd og grundvallast á þeirri kenningu að ESB-réttindum skuli ávallt fylgja réttarúrræði.⁸³

⁷⁵ Enska: Effective judicial protection.

⁷⁶ Gráinne De Burca og Paul Craig: *EU Law*, bls. 218.

⁷⁷ Sasa Beljin: „Rights in EU Law“, bls. 93.

⁷⁸ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 270-271.

⁷⁹ Thomas Eilmansberger: „The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law“, bls. 1238-1239.

⁸⁰ Walter van Gerven: „Of Rights, Remedies and Procedures“, bls. 502.

⁸¹ Sasa Beljin: „Rights in EU Law“, bls. 93.

⁸² Sasa Beljin: „Rights in EU Law“, bls. 101.

⁸³ Gráinne De Burca og Paul Craig: *EU Law*, bls. 218.

Ákvæðum ESB-réttar og þeim réttindum sem einstaklingar og lögaðilar leiða af þeim er jafnan framfylgt fyrir dómstólum aðildarríkjanna samkvæmt ákvæðum landsréttar. Af því leiðir að þær reglur, sem einstaklingar og lögaðilar styðjast við til verndar réttindum sínum, geta verið mismunandi eftir því í hvaða aðildarríki þeir eru staddir, en gengið er út frá því að á þeim sviðum þar sem engar ESB-reglur gilda sé aðildarríkjunum frjálst að setja eigin reglur.⁸⁴ Á móti ákvörðunarvaldi aðildarríkjanna til að ákveða sjálf hvernig réttindum sé framfylgt með tilliti til réttarúrræða og réttarfars⁸⁵ kemur meginregla ESB-réttar um skilvirkni, útfærð sem skilyrðið um virka réttarvernd. Malcolm Ross bendir á að í þeirri viðleitni að tryggja skilvirkni ESB-réttar, án þess að ganga of nærri ákvörðunarvaldi aðildarríkjanna á sviði réttarfars, hafi dómstóll ESB þróað sjónarmið um þau lágmarksskilyrði sem réttarúrræði og málsmeðferð í landsrétti þurfi að uppfylla til að standast kröfur um virka réttarvernd ESB-réttar. Ríkin haldi ákvörðunarvaldi sínu til að ákveða sjálf útfærslu á því hvernig réttindum sé framfylgt í landsrétti, en þeim beri aftur á móti að tryggja að úrræði einstaklinga og lögaðila til að fylgja ESB-réttindum sínum eftir skuli ekki vera óhagstæðari en þau sem standa til boða gagnvart réttindum sem upprunnin eru í landsrétti. Þá megi úrræðin ekki vera þannig úr garði gerð að í raun sé illmögulegt að framfylgja réttindunum með skilvirkum hætti. Fyrra viðmiðið er gjarnan nefnt jafngildisreglan⁸⁶ og mælir fyrir um jafnræði milli réttinda samkvæmt landsrétti og ESB-réttinda, en hið síðara má líta á sem skilvirkniregluna í sinni þrengstu merkingu, þ.e. að einstaklingum og lögaðilum sé gert það mögulegt að leita réttar síns með skilvirkum hætti.⁸⁷

Anthony Arnall rekur uppruna og þróun skilvirknireglunnar með tilliti til jafngildis og skilvirkni í dómaframkvæmd dómstóls ESB í grein sinni *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?* frá árinu 2011. Arnall skoðar skilvirkniregluna út frá kenningum um virka réttarvernd og aðgengi einstaklinga og lögaðila að réttarúrræðum. Hugmyndir um réttarúrræði og aðgang að réttarkerfinu ruddu sér til rúms um miðjan 8. áratug síðustu aldar og byggðu ofan á þann grunn sem reglurnar um bein réttaráhrif, forgangsáhrif, óbein réttaráhrif og skaðabótaskyldu aðildarríkjanna höfðu áður reist. Tóku hugmyndirnar mið af meginreglunni um ákvörðunarvald aðildarríkjanna til að ráða sjálf framkvæmd og málsmeðferð á þeim sviðum þar sem engar ESB-reglur hafa verið settar um efnið.⁸⁸ Dómstóllinn lagði línurnar í máli *Rewe (EBD, mál C-33/76, ECR 1976, bls. 1989)* þar sem

⁸⁴ Anthony Arnall: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“, bls. 52.

⁸⁵ Enska: Procedural autonomy.

⁸⁶ Enska: Principle of equivalence.

⁸⁷ Malcolm Ross: „Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?“, bls. 479.

⁸⁸ Anthony Arnall: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“, bls. 51-52.

hann lagði þá skyldu á þýska ríkið að sjá til þess að fyrirtækið Rewe gæti framfylgt réttindum sínum samkvæmt ESB-rétti. Það væri alfarið í höndum þarlendra yfirvalda að ákveða hvers kyns réttarúrræði stæðu til boða, en þau þyrftu að vera sambærileg þeim sem fyrir giltu um sambærileg réttindi í landsrétti og ekki þess eðlis að nær ómögulegt væri að framfylgja réttindunum á virkan hátt. Dómstóllinn vildi ekki grípa inn í rétt aðildarríkjanna til að setja sjálf reglur um réttarúrræði en mælti aftur á móti fyrir um ákveðin lágmarksskilyrði sem úrræðin yrðu að uppfylla. Með þessum dómi hófst mótun skilvirknireglunnar með tilliti til meginreglunnar um virka réttarvernd eins og henni var lýst hér að framan. Síðan þá hefur dómstóllinn mótað frekar kenningar um samspil skilvirkni ESB-réttar og ákvörðunarvalds aðildarríkjanna.

Í upphafi fór dómstóll ESB varlega í að ganga á vald aðildarríkjanna til að setja sjálf reglur um réttarúrræði í landsrétti og veitti þeim töluvert svigrúm. Í upphafi 10. áratugs síðustu aldar varð breytinga vart á viðhorfum dómstólsins sem hóf að gefa sjónarmiðum um skilvirkni meira vægi í dómum sínum á kostnað sjónarmiða um ákvörðunarvald aðildarríkjanna á sviði réttarfars, sbr. dóm í máli *Factortame (EBD, mál C-221/89, ECR 1991, bls. I-03905)*. Í málinu höfðaði erlent útgerðarfélag mál gegn breska ríkinu vegna nýrrar fiskveiðilöggjafar, sem svipti félagið kvóta í breskri lögsögu, en félagið taldi hana ekki samræmast ákvæðum ESB-réttar um staðfesturétt félaga. Í málinu reyndi á hvort viðurkenna yrði kröfu útgerðarfélagsins um að dómstólar settu lögbann á gildistöku laganna þar til skorið væri úr lögmati laganna, til að tryggja skilvirkni ESB-réttar, þrátt fyrir að dómstólar hefðu enga heimild í landslögum til að taka slíka ákvörðun. Var niðurstaðan sú að ef lögin fengju að standa óhöggud, gæti það ógnað skilvirkni ESB-réttar og því bæri breskum dómstólum að fresta gildistöku laganna tímabundið.⁸⁹ Arnall telur dómstóllinn aftur hafa leitað í átt til jafnvægis síðustu ár og að dómur dómstólsins í máli *Unibet (EBD, mál C-432/03, ECR 2005, bls. I-09665)* skýri ríkjandi afstöðu. Málið snerist um tvö veðmálafyrirtæki sem brutu gegn banni sænskra laga um fjárhættuspil og svo fór að stjórnvöld höfðuðu mál á hendur fyrirtækjunum vegna brota á lögnum. Fyrirtækin höfðuðu hins vegar sjálf mál fyrir sænskum dómstólum, m.a. til að fá viðurkenningu á því að lögin gengju gegn ákvæðum ESB-réttar um frelsi til að veita þjónustu. Slíkur málarekstur um viðurkenningarkröfu stóð aftur á móti ekki til boða samkvæmt sænskum réttarfarslögum. Dómstóll ESB fékk í kjölfarið spurningu frá sænskum dómstólum um hvort meginreglan um skilvirkni gerði kröfu um slíkt sjálfstætt réttarúrræði í landsrétti Svíþjóðar, þrátt fyrir að til boða stæðu önnur úrræði til að fá

⁸⁹ Marcus Klamert: *The Principle of Loyalty in EU Law*, bls. 128-130.

skorið úr um réttindi samkvæmt ESB-rétti. Niðurstaða dómstólsins var að ESB-réttindum yrðu að fylgja réttarúrræði sem uppfylltu skilyrði um skilvirkni og jafngildi. Í anda trúnaðarreglunnar og skilvirkni ESB-réttar bæri dómstólum að túlka réttarfarsreglur landsréttar með þeim hætti að mögulegt væri að ná markmiðum ESB-réttar. Dómstóllinn benti aftur á móti á að önnur úrræði en það, sem krafist var að beitt yrði, voru til staðar í landsrétti, t.a.m. sá kostur að höfða skaðabótamál gegn sænska ríkinu. ESB-réttur mælti ekki fyrir um tilvist sérstakra réttarúrræða í landsrétti og því myndi dómstóllinn ekki gera kröfu um slíkt nema í undantekningartilvikum. Því væri ekki hægt að fallast á kröfu fyrirtækjanna um sérstakt úrræði sem ekki var fyrir í landsrétti Svíðþjóðar. Af dóminum dregur Arnall þá ályktun að svigrúm aðildarríkja ESB verði ávallt að skoða í samhengi við skilvirkni og jafngildi. Dómstóllinn virði það svigrúm og hann muni ekki taka fram fyrir hendurnar á aðildarríkjunum nema sérstakar aðstæður kalli á slíkar aðgerðir.⁹⁰

Meginreglan um virka réttarvernd í ESB-rétti er í raun nokkuð nýtt svið ESB-réttar og draga má í efa að um skýrt afmarkaða og fastmótaða reglu ESB-réttar sé að ræða, ekki síst í ljósi óstöðugar dómaframkvæmdar dómstólsins. Anthony Arnall gerir jafnvel því skóna að meginreglunni svipi til ótemju sem enginn veit hvert hleypur með þann sem sest á bak henni.⁹¹ Þó kann að vera að línur taki að skýrast í náinni framtíð. Nýlega hefur meginreglunni, sem hingað til hefur verið óskráð, verið fenginn lagagrundvöllur í 1. mgr. 19. gr. SESB, þar sem segir:

[...]Aðildarríkin skulu leggja til fullnægjandi úrræði til að tryggja skilvirka réttarvernd á þeim sviðum sem falla undir lög Sambandsins.

Ítarlegra en efnislega sambærilegt ákvæði er einnig að finna í 47. gr. réttindaskrár ESB, sem nýtur stöðu frumréttar ESB⁹²:

Sérhver maður, sem tryggður er réttur og frelsi í lögum Sambandsins, á rétt til þess að njóta raunhæfs úrræðis til að leita réttar síns fyrir dómstólum í samræmi við skilyrðin sem mælt er fyrir um í þessari grein, sé brotið gegn þeim rétti eða því frelsi.

Sérhver maður á rétt á réttlátri og opinberri málsmeðferð innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhøllum dómstóli sem stofnaður er með lögum. Sérhver maður skal eiga kost á ráðgjöf, málsvörn og fyrirsvári.

Veita skal þeim, sem hafa ónóg fjárráð, réttaraðstoð ef slík aðstoð er nauðsynleg til að tryggja þeim virkan aðgang að réttarkerfinu.

⁹⁰ Anthony Arnall: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“, bls. 52-55.

⁹¹ Anthony Arnall: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“, bls. 51.

⁹² Marcus Klamert: *The Principle of Loyalty in EU Law*, bls. 126.

Bæði Arnull og Klamert telja að með lögfestingu þessara ákvæða í frumrétt ESB kunni staða meginreglunnar um virka réttarvernd að styrkjast og setja ákvörðunarvaldi aðildarríkjanna í réttarfarsmálum strangari skilyrði.⁹³ Dómstóllinn er þegar farinn að vísa til hinna nýju lagastoða og má þar nefna dóm dómstólsins í máli *DEB (EBD, mál C-279/09, ECR 2010, bls. I-13849)* þar sem réttur félagsins DEB til þess að bera skaðabótakröfu sína gegn þýska ríkinu fyrir dómstóla án hindrana var studdur með vísan til þeirra réttinda sem 47. gr. réttindaskrárinnar veitir lögaðilum jafnt sem einstaklingum.⁹⁴ Arnull lýsir samspili virkrar réttarverndar og ákvörðunarvalds aðildarríkjanna í réttarfarsmálum með því að líkja reglum við tvo gagnstæða jarðskorpufleka sem sífelld nuddast utan í hvorn annan. Nú sé svo komið að sjónarmið um ákvörðunarvald aðildarríkjanna séu tekin að hörfa undan reglunni um virka réttarvernd, sem þrýsti sér áfram og upp fyrir hin andstæðu sjónarmið.⁹⁵

2.3.1.4 Samantekt

Þeir fræðimenn sem getið er í þessum kafla eru þeirrar skoðunar að meginreglan um skilvirkni sé í stöðugri þróun og skipi sífelld stærri sess í dómaframkvæmd dómstóls ESB. Méndez-Pinedo og Ross lýsa stöðu reglunnar með þeim hætti að um sé að ræða víðtæka meginreglu um virkni ESB-réttar og tæki til að ná fram þeim markmiðum sem ESB-rétti er ætlað að ná. Sem slík hefur hún verið grundvöllur annarra kennisetninga í EES-rétti á borð við bein réttaráhrif, forgangsráhrif og regluna um skaðabótaskyldu aðildarríkjanna. Skilvirknireglan birtist einnig í líki meginreglu um virka réttarvernd sem gerir kröfu um raunhæf réttarúrræði til tryggingar réttindum sem einstaklingar og lögaðilar leiða af ESB-rétti. Í henni felst viðurkenning á valdi aðildarríkja til að ákveða sjálf útfærslu og efni réttarúrræða í landsrétti sínum með tilliti til sjónarmiða um jafngildi og skilvirkni. Í hinu síðarnefnda skilyrði felst síðan skilvirknireglan í sinni þrengstu mynd, sem krafa um ákveðið lágmarksviðmið virkrar réttindaverndar í landsrétti. Bæði Arnull og Klamert telja að jafnvægið milli sjónarmiða um virka réttarvernd ESB-réttinda og ákvörðunarvalds aðildarríkjanna sé að breytast í dómaframkvæmd dómstóls ESB og nú sé svo komið að reglunni um virka réttarvernd sé veitt meira vægi. Telja þeir að skilvirknireglan muni halda áfram að styrkjast, ekki síst í ljósi þess að henni hefur að hluta til verið veitt staða frumréttar

⁹³ Anthony Arnull: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“, bls. 68 og Marcus Klamert: *The Principle of Loyalty in EU Law*, bls. 137-138.

⁹⁴ Sjá efnisgrein 40. Þá má nefna að dómstóllinn hefur einnig stuðst við ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu og litið á réttinn til að njóta réttarúrræða í landsrétti sem grundvallarréttindi, sbr. dóm dómstólsins í máli *Heylens (EBD, mál C-222/86, ECR 1987, bls. 04097)*, efnisgrein 14.

⁹⁵ Anthony Arnull: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“, bls. 68.

ESB með lögfestingu 1. mgr. 19. gr. SESB með Lissabonsáttmálanum og 47. gr. réttindaskrár ESB.

2.3.2 EES-réttur og skilvirknimiðuð einsleitni

Í áðurnefndum 4. lið aðfaraorða EES-samningsins eru markmið samstarfsins um myndun einsleits evrópsks efnahagssvæðis áréttuð. Að mati Carl Baudenbacher á ekki einungis að leitast við að ná umræddu markmiði með sameiginlegum reglum, heldur einnig með viðunandi réttarvernd dómstóla með hliðsjón af jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila. Þetta markmið endurspeglir grunnhugmyndina að baki skilvirknimiðaðri einsleitni í EES-rétti, að einstaklingar og lögaðilar geti notið þeirra réttinda sem samningurinn tryggir þeim á sambærilegan hátt, meðal annars að því er varðar möguleika þeirra til að framfylgja réttindum sínum fyrir landsdómstólum, hvort sem þeir eru staddir í EFTA-ríki eða ESB-ríki.⁹⁶ EFTA-dómstóllinn hefur fjallað um framfylgni og virkni einstaklingsbundinna réttinda EES-réttar í fjölda dóma og lagt grunn að eigin reglum sem ætlað er að tryggja fullnægjandi virkni EES-réttar í landsrétti. Verður hér gerð grein fyrir þeim reglum sem lagðar hafa verið til grundvallar af EFTA-dómstólum og þeim sem ekki hafa verið taldar eiga við í EES-rétti. Þá verða helstu sjónarmið um virkni EES-réttar í landsrétti EFTA-ríkjanna rakin og leitast verður við að greina mótun meginreglunnar um skilvirknimiðaða einsleitni í EES-rétti.

2.3.2.1 Bein réttaráhrif og forgangsáhrif í EES-rétti

Frá upphafi EES-samstarfsins hefur fræðimenn greint á um það hvaða reglur og viðmið ESB-réttar, að því er varðar virkni sambandsréttar í landsrétti, beri að taka upp í EES-rétt. Í ljósi mikilvægis beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa í ESB-rétti töldu margir fræðimenn að meginreglurnar ættu sér einnig stoð í EES-rétti. Leif Sevón, fyrrum forseti EFTA-dómstólsins, og Martin Johansson hafa til að mynda haldið því fram að líkt og í tilviki ESB megi leiða meginreglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif af ákvæðum EES-samningsins sjálfs og því séu þær einnig hluti EES-réttar. Það gengi gegn markmiðum um gagnkvæmni og heildarjafnvægi réttinda og skyldna samningsaðila að ólíkar reglur giltu um virkni EES-reglna innan hvorrar hliðar samkomulagsins fyrir sig.⁹⁷ Walter van Gerven hélt því fram í árdaga EES-samstarfsins að réttarkerfi sem ekki styddist við bein réttaráhrif og

⁹⁶ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 192.

⁹⁷ Leif Sevón og Martin Johansson: „The protection of the rights of individuals under the EEA Agreement“, bls. 385.

forgangsáhrif gæti ekki talist einsleitt gagnvart réttarkerfi ESB.⁹⁸ Thomas Bruha var á sama máli og van Gerven og taldi sjónarmið um fullveldi EFTA-ríkjanna ekki koma í veg fyrir bein réttaráhrif og forgangsáhrif EES-réttar. Reglurnar ættu sér stoð í EES-samningnum og án þeirra væri ómögulegt að ná markmiðum hans.⁹⁹

Gagnstæð sjónarmið um tilvist reglna á borð við bein réttaráhrif og forgangsáhrif hafa einnig átt sér marga fulltrúa. Byggja röksemdir þeirra jafnan á sjónarmiðum um markmið EFTA-ríkjanna um áframhaldandi fullveldi og samstarf án framsals lagasetningarvalds. Telja þeir að ljóst sé að yrðu EES-reglum veitt bein réttaráhrif, án lögfestingar af hálfu þjóðþinga, fæli það í sér framsal lagasetningarvalds til stofnana EES og að hið sama gilti ef EES-reglum yrði sjálfkrafa veittur forgangur fram yfir reglur landsréttar. Þeir íslensku lögfræðingar sem tekið hafa hvað sterkasta afstöðu gegn tilvist beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa í EES-rétti styðja málflutning sinn einkum við sjónarmið um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar og jafnframt þá staðreynd að hvergi kemur fram í EES-samningnum að í honum felist nokkurs konar framsal lagasetningarvalds, hvorki beint né í formi meginreglna á borð við bein réttaráhrif og forgangsáhrif.¹⁰⁰ Stefán Már Stefánsson nefnir ákvæði bókunar 35 til stuðnings fyrrgreindum sjónarmiðum í bók sinni *Samningarnir um Evrópusambandið*. Telur hann að það leiði af ákvæðum bókunarinnar að innleiðing EES-reglna í landsrétt sé forsenda þess að þær geti notið forgangs fram yfir ósamræmanlegar reglur landsréttar.¹⁰¹ Talið hefur verið að þessi áskilnaður um innleiðingu EES-reglna, sem og sambærileg ákvæði 7. gr. EES-samningsins, endurspegli þann grundvallarmun sem er á réttarkerfum EES og ESB og leiði til þess að reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif komi ekki til greina í EES-rétti.¹⁰²

Milli hinna tveggja fyrrgreindu andstæðu póla eru sjónarmið sem ætlað er fara millivegin. Þau viðhorf hafa einkum sprottið upp í seinni tíð og taka fræðimenn, sem þau aðhyllast, jafnan mið af dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins um tilvist beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa og um nauðsyn þess að gæta einsleitni er varðar virkni EES-réttar.¹⁰³ Verður sú dómaframkvæmd nú rakin í helstu atriðum.

Margsinnis hefur verið látið reyna á tilvist beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa fyrir EFTA-dómstólnum en dómstóllinn hefur hingað til ekki verið reiðubúinn að leggja reglurnar til grundvallar. Í raun er fordæmi dómstólsins mjög skýrt og hafnaði hann tilvist reglnanna

⁹⁸ Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, bls. 191.

⁹⁹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 191.

¹⁰⁰ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 195.

¹⁰¹ Stefán Már Stefánsson: *Samningarnir um Evrópusambandið*, bls. 272.

¹⁰² M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 195-196.

¹⁰³ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 197-204.

með afgerandi hætti í dómum sínum í málum *Karls Karlssonar (EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240)* og *Sakamáli A (EFTAD, mál E-1/07, EFTACR 2007, bls. 246)*. Í hinu síðarnefnda komst dómstóllinn svo að orði:

Af ákvæðum 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann leiðir að EES-samningurinn felur ekki í sér framsal lagasetningarvalds. Í máli Karls Karlssonar taldi dómstóllinn það leiða til þess að EES-réttur gerir ekki þá kröfu að einstaklingar og lögaðilar geti byggt rétt á óinnleiddum gerðum beint fyrir innlendum dómstóli. Þetta nær til allra EES reglna, þar á meðal ákvæða tilskipunar eins og þeirrar sem hér reynir á. Enn fremur felur þetta í sér að EES-réttur gerir heldur ekki þá kröfu að óinnleiddar EES-reglur gangi framar ósamræmanlegum landsrétti, þar á meðal innlendum reglum sem innleiða EES-reglur á rangan hátt inn í landsrétt.¹⁰⁴ [*Þýðing höfundar*]

Í ljósi dómaframkvæmdar EFTA-dómstólsins má slá því föstu að bein réttaráhrif og forgangsráhrif ESB réttar séu, að minnsta kosti enn sem komið er, ekki hluti af EES-rétti í þeirri mynd sem þau þekkjast í ESB-rétti. Ákvæði EES-réttar hafa engu að síður bein réttaráhrif og forgangsráhrif í aðildarríkjum ESB m.a. á grundvelli trúnaðarreglunnar, sbr. dóm Almenna dómstóls ESB nr. *T-115/94 (Opel Austria)*. Hér gætir misræmis milli réttarkerfanna tveggja hvað varðar virkni EES-réttar í landsrétti. EES-réttur er fyrir vikið þeim mun fátækari þegar kemur að leiðum til að veita EES-reglum virkni. Eftir stendur þó enn grundvallarmarkmið EES-samningsins um einsleitna sameiginlegan markað þar sem sömu reglur þurfa að gilda hvar sem borið er niður innan EES. EFTA-dómstóllinn hefur því frá upphafi staðið frammi fyrir því erfiða verkefni að tryggja einsleitni réttarkerfa EES og ESB með takmarkaðri aðferðum en þeim sem dómstóll ESB hefur yfir að ráða.¹⁰⁵

2.3.2.2 Ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsráhrifa

Mikilvægt er að einstaklingar og lögaðilar innan ESB geti bæði beitt ákvæðum ESB-réttar og þeim réttindum sem af þeim leiða. Þá er ljóst að bein réttaráhrif og forgangsráhrif eru mikilvægar reglur til að tryggja virkni ESB-réttar í landsrétti aðildarríkja. Að sama skapi liggur einnig fyrir að skortur á slíkum reglum í EES-rétti er til þess fallinn að hefta verulega skilvirkni EES-reglna í landsrétti EFTA-ríkjanna. Til að koma til móts við áðurgreind sjónarmið um samstarf án fullveldisframsals annars vegar og myndun einsleits sameiginlegs markaðar hins vegar, hefur EFTA-dómstóllinn túlkað EES-samninginn á þá leið að hann feli í sér reglur þess efnis að EES-réttur geti, þrátt fyrir allt, notið ígildis beinna réttaráhrifa og forgangsráhrifa fram yfir landsrétt í vissum tilvikum.

¹⁰⁴ Sjá efnisgrein 40.

¹⁰⁵ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 23.

Þegar samið var um EES-samstarfið var lögð áhersla á það af hendi ESB að reglan um forgangsáhrif ESB-réttar væri einnig tekin upp í EES-rétt. Sú tillaga mætti andstöðu EFTA-ríkjanna og ákveðið var að fara milliveginn með bókun 35 við EES-samninginn.¹⁰⁶ Bókunin er svohljóðandi:

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

Stök grein

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

Meginmarkmið bókunarinnar er að tryggja að reglur EES-réttar hafi bæði gildi og forgang fram yfir ósamræmanlegan landsrétt, án þess að í því felist framsal löggjafarvalds af hálfu EFTA-ríkjanna. Í henni felst að EES-reglur, sem komnar eru til framkvæmda, þ.e. sem innleiddar hafa verið í landsrétt, njóti forgangs fram yfir ákvæði landsréttar.¹⁰⁷ Bókun 35 var framfylgt í íslenskum rétti með 3. gr. EES-laganna sem hljóðar svo:

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

Ákvæði 3. gr. fela í sér einfalda túlkunarreglu sem mælir ekki sérstaklega fyrir um forgang innleiddra EES-reglna. Í athugasemdum í greinargerð með 3. gr. er aftur á móti lögð áhersla á þann forgang en þar segir:

Í 3. gr. felst m.a. að innlend lög sem eiga stoð í EES-samningnum verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamræmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram. Það er nauðsynlegt til þess að tryggja samræmi í reglunum á Evrópska efnahagssvæðinu.¹⁰⁸

Deilt hefur verið um raunveruleg áhrif 3. gr. EES-laganna og m.a. bent á að hæpið er að hægt sé að lögfasta reglu sem ætlað er að binda hendur löggjafans til frambúðar.¹⁰⁹ Þótt afstaða íslensks réttar og lögskýringarreglna hans til þess, hvaða réttaráhrif EES-réttur skuli hafa, sé áhugavert viðfangsefni verður ekki fjallað meira um það hér.¹¹⁰ Verður sjónum þess í stað

¹⁰⁶ Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 140.

¹⁰⁷ Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 141.

¹⁰⁸ Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 224.

¹⁰⁹ Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 141.

¹¹⁰ Um það efni má vísa til ítarlegrar umfjöllunar Ólafs Í. Hannessonar í riti hans og M. Elvira Méndez-Pinedo: *The authority of European law*.

beint að þeim reglum EES-réttar sem nefna má ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa og mótaðar hafa verið af EFTA-dómstólnum innan EES-réttar á grundvelli bókunar 35.

Ólafur Í. Hannesson telur reglurnar um ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa vera skapaðar af EFTA-dómstólnum. Ákvæðum bókunar 35 sé beint að löggjafarvaldinu en regla EFTA-dómstólsins um ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa snýr að landsdómstólum og gerir kröfu um beitingu EES-réttar fram yfir ósamræmanlegan landsrétt. Reglan sé engu að síður studd af ákvæðum bókunar 35.¹¹¹ Carl Baudenbacher er á sama máli og telur mikilvægt að halda því til haga að reglan stafi af EES-rétti en ekki af landsrétti.¹¹²

Reglan um ígildi beinna réttaráhrifa á sér rætur í dómi EFTA-dómstólsins í áður nefndu máli *Restamark*. Í málinu reyndi m.a. á það hvort bein réttaráhrif væru hluti EES-réttar. Dómstóllinn tók ekki af skarið um tilvist reglunnar eins og hún birtist í ESB-rétti en tók fram að það fælist í ákvæðum bókunar 35 að einstaklingum og lögaðilum yrði að vera mögulegt að byggja rétt á EES-reglum, sem innleiddar hefðu verið í landsrétt, fyrir landsdómstólum, væru þær nægilega skýrar og óskilyrtar.¹¹³ Ekki var tekin skýr afstaða til þess hvernig leiða skyldi til lykta misræmi milli innleiddrar EES-reglu og ósamræmanlegrar reglu landsréttar. Það var aftur á móti gert í máli *Harðar Einarssonar* þar sem dómstóllinn túlkaði bókun 35 á þá leið að af henni leiddi að landsdómstólar yrðu, með aðferðum landsréttar, að tryggja innleiddri EES-reglu forgangsáhrif.¹¹⁴ Af dómi dómstólsins í *Sakamáli A* má síðan ráða að það sé regla landsréttar, sem ætlað er að innleiða EES-reglu, sem nýtur ígildis forgangsáhrifa en ekki EES-reglan sjálf. Leiðir það af þeirri niðurstöðu dómstólsins að ákvæði tilskipunar, sem innleidd eru ranglega, njóta ekki slíkra áhrifa að því leyti sem þau voru ranglega innleidd. Með öðrum orðum njóta ákvæði tilskipunarinnar sjálfrar ekki ígildis forgangsáhrifa við það að lög séu sett til að innleiða hana, heldur einungis þau ákvæði landsréttar sem lögfest eru. Að öðrum kosti væri röng innleiðing tilskipana ekki vandamál. Í dóminum lagði dómstóllinn aftur á móti til málamiðlun, sem til greina gæti komið ef EES-regla hefur ekki verið innleidd, eða innleidd með röngum hætti. Í henni fólst að ríkið gæti mælt fyrir um það í landsrétti að úrskurðaraðilar beittu EES-reglum beint í því skyni að forðast brot gegn skuldbindingum sínum að EES-rétti.¹¹⁵ Með því var ekki lögð nein skylda á samningsaðila, heldur er einungis bent á þá möguleika sem voru fyrir hendi í ljósi þess að Liechtenstein aðhyllist eineðliskenningu landsréttar og þjóðaréttar sem gerir dómstólum kleift að beita þjóðarétti á þá

¹¹¹ M. Elvira Méndez-Pinedo og Ólafur Í. Hannesson: *The authority of European law*, bls. 199.

¹¹² Carl Baudenbacher: *The EFTA Court in action*, bls. 36.

¹¹³ Sjá efnisgrein 77.

¹¹⁴ Sjá efnisgrein 55.

¹¹⁵ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 149 og dómur í *Sakamáli A*, efnisgrein 41.

leið sem mælt var með. Eftir sem áður verður að líta á reglurnar um ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsrifur sem reglur EES-réttar en ekki landsréttar. Helgast það einkum af því að um er að ræða reglu sem EFTA-dómstóllinn hefur skapað á grundvelli bókunar 35 og leggur með beinum hætti skyldur á landsdómstóla að veita innleiddum EES-reglum virkni í landsrétti. Ætla verður að sú skylda sé runnin undan rifjum EES-réttar, en ekki landsréttar. Verður því tekið undir þau sjónarmið Ólafs Í. Hannessonar og Carl Baudenbacher sem hér hafa verið reifuð.

Af því sem að framan er rakið má ráða að ákvæði EES-réttar hafa, að minnsta kosti í þeim málum sem reifuð voru, ekki verið talin hafa neins konar sjálfkrafa bein réttaráhrif eða forgangsrifur áður en þau hafa verið innleidd í landsrétt. Við innleiðingu fá hins vegar ákvæði landsréttar, sem innleiða reglur EES-réttar, forgangsrifur fram yfir önnur ósamræmanleg ákvæði landsréttar. Því má segja að um sé að ræða réttaráhrif og forgangsrifur á grundvelli EES-réttar en fyrir tilstilli landsréttar. Ákvæði EES-réttar, sem ekki hafa verið innleidd eða innleidd eru með röngum hætti, njóta því ekki ígildis beinna réttaráhrifa eða forgangsrifur í landsrétti. EFTA-dómstóllinn hefur þó ekki litið svo á að ólögfest ákvæði EES-réttar séu með öllu áhrifalaus, heldur hefur dómstóllinn mælt fyrir um skyldu landsdómstóla til að túlka landsrétt til samræmis við allan EES-rétt, lögfestan sem ólögfestan, og veita þeim þannig óbein réttaráhrif í landsrétti. Nánar verður fjallað um slík áhrif í næsta kafla.

2.3.2.3 Óbein réttaráhrif

Þrátt fyrir að hafna tilvist beinna réttaráhrifa og forgangsrifur hefur EFTA-dómstóllinn margsinnis ítrekað mikilvægi skilvirkni EES-réttar. Í þeirri viðleitni hefur dómstóllinn t.a.m. tekið reglurnar um óbein réttaráhrif og skaðabótaskyldu upp í EES-rétt. Er reglunum ætlað að brúa bilið sem skortur á beinum réttaráhrifum og forgangsrifum myndar milli ESB-réttar og EES-réttar að því er varðar virkni sameiginlegra efnisreglna innan EES.¹¹⁶

Fyrst reyndi á óbein réttaráhrif í máli *Karls Karlssonar* en í þeim dómi voru bein réttaráhrif, sem fyrr segir, slegin út af borðinu. Dómstóllinn tók fram að þótt einstaklingum væri ekki gert kleift að byggja beinan rétt á ákvæðum EES-réttar, leiddi það af þeim markmiðum EES-réttar:

[...]að koma á fót öflugum og einsleitum markaði, þar sem ítrekuð áhersla er lögð á möguleika einstaklinga til að leita réttar síns fyrir dómstólum og til að fá fullnægt réttindum sínum samkvæmt samningnum, sem og af meginreglunni um virka

¹¹⁶ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 167.

framkvæmd þjóðaréttar, að dómstólar aðildarríkja hljóta við skýringu landsréttar að taka mið af EES-réttinum í heild, hvort sem ákvæði hans hafa verið lögfest eða ekki.¹¹⁷

Í rökstuðningi dómstólsins má vel greina áherslu á sjónarmið um skilvirkni og mikilvægi þess að einstaklingum og lögaðilum sé mögulegt að framfylgja réttindum sínum fyrir dómstólum. Á þeim grunni byggði dómstóllinn einnig niðurstöðu sína í *Sakamáli A*. Þar áréttaði dómstóllinn skyldu dómstóla til samræmdrar túlkunar sem leiddi af trúnaðarreglunni og bætti við að þótt túlkunarreglan gilti um allan landsrétt gagnvart öllum EES-rétti væri túlkunarskyldan enn sterkari í tilviki lagaákvæða sem sérstaklega er ætlað að innleiða EES-reglur. Dómstólum aðildarríkjanna bæri því að beita öllum tiltækum ráðum landsréttar til að túlka slík ákvæði með þeim hætti að niðurstaðan yrði í samræmi við markmið viðeigandi EES-reglu.¹¹⁸ Sama rökstuðning er einnig að finna í fleiri málum, t.a.m. í áður nefndu máli *L'Oreal*.¹¹⁹ Líkt og dómstóll ESB leiðir EFTA-dómstóllinn tilvist óbeinna réttaráhrifa af skilvirknireglunni og trúnaðarreglunni og hefur í dómum sínum lagt mikla áherslu á mikilvægi þeirra til að koma til móts við skort á beinum réttaráhrifum EES-réttar.¹²⁰ Méndez-Pinedo telur nálgun dómstólsins varðandi óbein réttaráhrif vera til marks um það sem nefnt er *obligation de résultat*, þ.e. að landsdómstólum beri skylda til að veita EES-rétti virkni í landsrétti með þeim aðferðum sem samræmast best sjónarmiðum um fullveldi EFTA-ríkjanna.¹²¹

Líkt og fjallað var um í kafla 2.3.2.1 hafa sjónarmið um virka réttarvernd, fyrir tilstuðlan óbeinna réttaráhrifa, rutt sér til rúms í ESB-rétti síðustu ár og áratugi. Aftur á móti hefur ekki verið mikið fjallað um efnið í fræðaskrifum um EES-rétt.¹²² Þá hefur lítið reynt á regluna fyrir EFTA-dómstólum og því ekki úr miklu að moða þegar lagt er mat á stöðu hennar í EES-rétti. Ólafur Í. Hannesson reifar nokkra dóma EFTA-dómstólsins í því skyni að greina afstöðu dómstólsins til sjónarmiða um virka réttarvernd. Fyrst ber að nefna dóm í máli *Karls Karlssonar*, þar sem dómstóllinn vísaði í fyrsta sinn til reglnanna um jafngildi og skilvirkni. Fjallaði málið einkum um skaðabótaskyldu íslenska ríkisins og taldi dómstóllinn að um bótarétt Karls færi eftir ákvæðum landsréttar Íslands. Reglur um skaðabætur sem mælt væri um í landsrétti fyrir brot á EES-rétti mættu þó ekki vera óhagstæðari en giltu um hliðstæðar innlendar kröfur og mættu ekki vera settar fram með þeim hætti að það yrði í reynd

¹¹⁷ Sjá efnisgrein 28.

¹¹⁸ Sjá efnisgrein 39.

¹¹⁹ Sjá efnisgrein 22.

¹²⁰ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 151.

¹²¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 169.

¹²² M. Elvira Méndez-Pinedo og Ólafur Í. Hannesson: *The authority of European law*, bls. 238.

ómögulegt eða óhæfilega erfitt að fá bætur. Þá nefnir Ólafur mál nr. *Veronica Finanger (EFTAD, mál 1-99, EFTACR, bls. 119)* þar sem kona slasaðist alvarlega þegar hún lenti í bílslysi sem farþegi hjá drukknum ökumanni. Hún var meðvituð um ölvunarástand ökumannsins og fékk sökum þess engar bætur frá tryggingafélagi sínu þar sem norsk lög um skaðabótaábyrgð vegna umferðaslysa mæltu fyrir um að slík vitneskja jafngilti gáleysi tjónþola sem gæti einungis leitt til bótaréttar í sérstökum tilvikum. Í svari sínu við spurningum um hvort ákvæði norskra laga gengju gegn ákvæðum tilskipana nr. 72/166/EEC, 84/5/EEC og 90/232/EEC, um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um ábyrgðartryggingu vegna notkunar á vélknúnum ökutækjum, leysti dómstóllinn úr álitaefninu með markmiðsskýringu ákvæða tilskipananna. Taldi dómstóllinn markmiðið vera að tryggja að tjónþolar í umferðaslysum nytu sambærilegrar meðferðar hvar sem slysið ætti sér stað innan EES. Af því leiddi að það samræmdu ekki markmiðum tilskipunarinnar að bætur væru skertar að öllu leyti eða verulega í landsrétti sumra ríkja en ekki annarra, við þær aðstæður sem um ræddi í málinu. Gera yrði þá kröfu að slík skerðing yrði hið minnsta að vera í eðlilegu hlutfalli við það gáleysi sem tjónþoli sýndi af sér og þátt gáleysisins í tilvist tjónsins. Með þessum rökum komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að það samræmdu ekki ákvæðum tilskipananna að svipta tjónþola bótarétti fyrir það að setjast í bíl með ökumanni sem hann veit að er ölvaður, nema sérstök rök réttlættu það.¹²³ Í máli nr. *Celina Nguyen (EFTAD, mál E-8/07, EFTACR 2008, bls. 224)* reyndi einnig á bótarétt í kjölfar umferðarslyss. Að þessu sinni varð tjónþoli í málinu fyrir ófjárhagslegu andlegu tjóni í kjölfar þess að bæði eiginmaður hennar og tvö börn létust í slysinu. Tryggingafélag tjónvaldsins neitaði að greiða henni bætur fyrir hið andlega tjón og vísaði til norskra skaðabotalaga sem takmörkuðu mjög bótarétt vegna ófjárhagslegs tjóns. Nguyen taldi sig vegna þessa ekki njóta réttarúrræða til stuðnings réttindum sínum sem tilskipanir EES-réttar, um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um ábyrgðartryggingu vegna notkunar á vélknúnum ökutækjum, veittu henni. Því höfðaði hún mál gegn norska ríkinu til greiðslu skaðabóta skv. ákvæðum EES-réttar. EFTA-dómstóllinn veitti ráðgefandi álit um efnið. Taldi dómstóllinn að líta yrði svo á að markmið tilskipananna um jafnan rétt tjónþola til skaðabóta vegna umferðaslysa leiddi til þess að tjónþolum þyrfti að vera mögulegt að sækja bætur fyrir ófjárhagslegt tjón. Þrátt fyrir að tilskipanirnar mæltu ekki fyrir um ákveðnar tegundir bótaréttar, yrði að líta svo á að það

¹²³ Sjá efnisgreinar 32-34.

drægi verulega úr skilvirkni markmiða tilskipunarinnar ef ekki væri hægt að krefjast bóta vegna ófjárhagslegs tjóns vegna umferðaslyss.¹²⁴

Í málum *Celina Nguyen og Veronica Finanger* gerði dómstóllinn kröfur um réttarúrræði sem standa þyrftu til boða til tryggingar þeim réttindum sem einstaklingar leiða af ákvæðum tilskipana um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um ábyrgðartryggingu vegna notkunar á vélknúnum ökutækjum. Dómstóllinn taldi tilskipanirnar ekki gera kröfu um tiltekna tegundir úrræða en þau yrðu eftir sem áður að vera þess eðlis að markmiðum tilskipananna yrði náð. Verður að telja að hér hafi dómstóllinn látið markmiðsskýringu og sjónarmið um skilvirkni ráða för sem leiddi til þess að norska ríkinu bæri skylda til að tryggja virkni tilskipananna með viðunandi réttarúrræðum. Lagaákvæði, sem veittu dómstólum ekkert svigrúm til að meta hvað teldust viðeigandi bætur fyrir þess konar slys sem um ræddi, stæðust ekki fyrrgreindar kröfur um skilvirk réttarúrræði.

Af niðurstöðum fyrrgreindra mála dregur Ólafur þá ályktun að EFTA-dómstóllinn leitist við að opna leiðir fyrir landsdómstóla til að tryggja einstaklingum og lögaðilum virk réttarúrræði til stuðnings réttindum þeim sem leiða má af tilskipunum EES-réttar. Í þeirri viðleitni áréttar dómstóllinn skyldu landsdómstólanna til að jafna út misræmi milli ákvæða landsréttar og EES-réttar með því að túlka landsrétt til samræmis við EES-rétt. Sé ekki hægt að leiðrétta umrætt misræmi með samræmdri túlkun, t.d. vegna sjónarmiða um réttarvissu, sé um að ræða brot ríkjanna á skuldbindingum sínum sem varðað geti bótaábyrgð samkvæmt skaðabótareglu EES-réttar. Þannig sé það lagt í hendur dómara landsdómstólanna að ákveða hvort þeir veiti einstaklingi eða lögaðila viðeigandi réttarúrræði með túlkun ákvæða sem fyrir eru í landsrétti, eða í gegnum skaðabótaábyrgð ríkjanna skv. EES-rétti. Á þann hátt telur Ólafur að EFTA-dómstóllinn nálgist meginregluna um virka réttarvernd með heildstæðum hætti með það að leiðarljósi að skilvirknireglan geri þá kröfu að einstaklingar og lögaðilar hafi ávallt möguleika á því að framfylgja réttindum sínum.¹²⁵ Aftur á móti telur Ólafur reglu EES-réttar um virka réttarvernd mun vanþróaðri en fyrirmynd hennar í ESB-rétti. EES-réttur feli ekki í sér jafnvíðtækar heimildir og ESB-réttur til að víkja frá málsmeðferðarreglum, þegar slíkt kann að vera nauðsynlegt, eða beita reglum sem ekki er að finna í landsrétti. Við slíkar aðstæður eigi einstaklingur engan annan kost en að styðjast við meginregluna um skaðabótaábyrgð ríkisins en um hana verður fjallað í næsta kafla.

¹²⁴ Sjá efnisgreinar 28-29.

¹²⁵ M. Elvira Méndez-Pinedo og Ólafur Í. Hannesson: *The authority of European law*, bls. 242-243.

2.3.2.4 Regla EES-réttar um skaðabótaskyldu ríkjanna

Í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur* (EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95) lagði EFTA-dómstóllinn grunn að einni mikilvægustu reglu EES-réttar þegar hann tók afstöðu til álitaefnisins hvort sambærileg regla um skaðabótaskyldu aðildarríkja og þekkt var í ESB-rétti gildi í EES-rétti. Ýmis rök höfðu verið nefnd í fræðilegri umræðu gegn tilvist slíkrar reglu í EES-rétti sem einkum grundvölluðust á ólíku eðli réttarkerfanna með tilliti til sjálfstæðis EFTA-ríkjanna, ólíkum markmiðum þeirra og ólíku valdsviði stofnana ESB og EES.¹²⁶ Þá mótmæltu ríkisstjórnir Íslands, Noregs og Svíþjóðar, auk framkvæmdastjórnar ESB, tilvist reglunnar í EES-rétti, einkum með þeim rökum að þær aðstæður sem heimiluðu dómstól ESB að mæla fyrir um skaðabótaábyrgð aðildarríkjanna væru ekki fyrir hendi í EES.¹²⁷

Málsatvik í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur* voru sambærileg þeim sem uppi voru í máli *Franovich*. Ákvæði tilskipunar nr. 80/987/EBE voru ranglega innleidd í íslenskan rétt og það olli Erlu Maríu tjóni. EFTA-dómstóllinn taldi að líta yrði svo á að EES-ríki bæri skaðabótaskyldu vegna brota á EES-rétti, að sambærilegum skilyrðum uppfylltum og sett voru í ESB-rétti. Brotið hafi verið á nægilega skilgreindum réttindum einstaklings eða lögaðila, orsakasamband sé á milli brots ríkis og tjóns og þá þurfi brotið að teljast nægilega alvarlegt. Dómstóllinn byggði niðurstöðu sína m.a. á þeim rökum að með EES-samningnum hefði verið komið á fót afmörkuðu réttarkerfi sem væri sérstaks eðlis, *sui generis*, að því leyti að það hefði ekki sömu yfirþjóðlegu einkenni og ESB-réttur. Það gengi engu að síður lengra en hefðbundið fríverslunarsamband. Þá væri það markmið EES-réttar að tryggja einstaklingum og lögaðilum jöfn réttindi og jafna meðferð innan einsleits evrópsks efnahagssvæðis og samningsaðilar skuldbindi sig til að grípa til allra viðeigandi aðgerða til að tryggja framgang þeirra markmiða.¹²⁸ Rökstuðningur EFTA-dómstólsins byggði í grunninn á sjónarmiðum um einstaklingsbundin réttindi, einsleitni og trúnaðarskyldu EES-ríkja. Með dóminum var sambærileg regla, og sú, sem dómstóll ESB hafði mótað í dómaframkvæmd, tekin upp í EES-rétt þótt beinni tilvísun til fordæma væri ekki fyrir að fara.¹²⁹

Margir íslenskir fræðimenn töldu regluna sem EFTA-dómstóllinn setti í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur* ganga full nærri, og jafnvel beinlínis gegn, ákvæðum stjórnarskrár lýðveldisins Íslands.¹³⁰ Með því að veita ákvæðum EES-réttar, sem ekki væru réttilega innleidd í landsrétt, áhrif með þessum hætti væru hendur framtíðarlöggjafa bundnar til

¹²⁶ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 237-238.

¹²⁷ Sjá efnisgrein 44.

¹²⁸ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 240.

¹²⁹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 240.

¹³⁰ Lög nr. 33/1944.

frambúðar þannig að það gengi gegn 2. gr. stjórnarskrárinnar. Sú væri raunin jafnvel þótt Alþingi setti sérstök lög um skaðabótaábyrgð, líkt og sumir fræðimenn höfðu talið nægja til að uppfylla stjórnskipulegar kröfur.¹³¹ Aðrir fræðimenn, einkum Davíð Þór Björgvinsson, voru á öðru máli og töldu aukin áhrif þjóðréttarreglna, líkt og reglunnar um skaðabótaskyldu EES-ríkjanna, í landsrétti einungis fylgja eftir þróun sem ætti sér stað í átt frá hinu hefðbundna tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar gegnum samræmda túlkun.¹³² Hæstiréttur Íslands virðist hafa verið á sömu skoðun þegar hann fylgdi eftir ráðgefandi álitum EFTA-dómstólsins og dæmdi Erlu Maríu bætur úr hendi ríkisins vegna brota á EES-rétti.

Samkvæmt reglu þeirri sem sköpuð var með dómi í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*, og ítrekuð var í málum *Karls Karlssonar* og *Celina Nguyen*, gilda formlega sömu skilyrði fyrir skaðabótaábyrgð aðildarríkja í EES- og ESB-rétti.¹³³ Aftur á móti hefur verið á það bent að EFTA-dómstóllinn reisti dóm sinn ekki beint á fordæmum dómstóls ESB heldur á EES-samningnum sjálfum og því um leið haldið fram að vegna þess verði skilyrði skaðabótaábyrgðar ráðin af efni og markmiðum EES-samningsins.¹³⁴ Þá hefur dómstóllinn sjálfur bent á hugsanlegan efnislegan mun á reglunum í dómi sínum í máli *Karls Karlssonar* en þar sem segir í efnisgreinum 29-30:

Þótt ekki sé miðað við að EES-reglur hafi bein réttaráhrif útilokar það ekki skyldu ríkisins til að bæta fyrir það tjón sem einstaklingar og aðilar í atvinnurekstri verða fyrir vegna vanefnda á skuldbindingum sínum samkvæmt EES-samningnum og sem viðkomandi EFTA-riki ber ábyrgð á.

Af þessu leiðir að sú niðurstaða að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins 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.

Dómstóllinn hefur þó einnig gefið í skyn að þau viðmið sem dómstóll ESB leggur til grundvallar við mat á skilyrðum skaðabótaskyldu geti haft áhrif við túlkun og beitingu reglunnar í EES-rétti og má nefna tilvísun til dómafordæma dómstóls ESB í dómi EFTA-dómstólsins í máli *Celina Nguyen*.¹³⁵

Bent hefur verið á að gildissvið reglunnar um skaðabótaskyldu ríkjanna í EES-rétti sé að vissu leyti bæði þrengra og rýmra en í ESB-rétti. Það sé þrengra að því leyti að EES-samningurinn hefur takmarkaðra gildissvið en stofnsáttmálar ESB, en rýmri í tilvikum þar

¹³¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 280-282.

¹³² M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 282-283.

¹³³ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 242.

¹³⁴ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 287.

¹³⁵ Sjá efnisgrein 34.

sem hægt er að styðjast við bein réttaráhrif í ESB-rétti en einungis skaðabótaskylda standi til boða til að tryggja sömu réttindi einstaklinga og lögaðila í EES-rétti.¹³⁶ Ólafur Í. Hannesson og Skúli Magnússon hafa t.a.m. haldið því fram að túlka beri skilyrðið um það að brot sé nægilega alvarlegt í því ljósi. Hafi regla bein réttaráhrif geta einstaklingar innan ESB ávallt beitt henni fyrir sig fyrir dómstólum og þar með notið þeirra réttinda sem henni er ætlað að tryggja. Ljóst sé að hafni dómstólar í máli innan EES því að um nægilega alvarlegt brot sé að ræða við mat á skaðabótaskyldu, í tilvikum þar sem óinnleidd eða ranglega innleidd regla hefur bein réttaráhrif í ESB-ríkjum, hefur reglan ekki sömu virkni innan beggja réttarkerfa. Því telja Skúli og Ólafur að túlka beri skaðabótaskylduna í EES-rétti á þá leið að bregðist EFTA-ríki skyldu sinni til að innleiða reglu sem hefur bein áhrif og forgangsáhrif í ESB-rétti skuli það ávallt teljast nægilega alvarlegt brot.¹³⁷ Kemur sú túlkun ágætlega heim og saman við kenningar Méndez-Pinedo þess efnis að skaðabótaskyldan sé helsta verkfæri EFTA-dómstólsins til að brúa bilið milli ESB-réttar og EES-réttar með því að tryggja einstaklingum og lögaðilum fullnægjandi bætur vegna brota EFTA-ríkjanna gegn skuldbindingum sínum að EES-rétti.¹³⁸ Ljóst er að valdi slík brot réttindamissi í EES-rétti, sem ekki væri mögulegur í ESB-rétti fyrir sakir beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa, bótalaust, væri hæpið að reglan um skaðabótaskyldu ríkjanna gæti staðið undir mikilvægu hlutverki sínu sem eins konar öryggisventill skilvirknimiðaðrar einsleitni.

2.3.2.5 EES-réttur sem þáttur í skilvirkum Evrópurétti

Takis Tridimas hefur lýst þróun skilvirknireglunnar í ESB-rétti með þeim hætti að dómstóll ESB hafi, ekki síst með tilkomu skaðabótaskyldunnar, skapað nýjan samevrópskan rétt, *ius commune*, að því er við kemur vernd ESB-réttinda og aðgengi einstaklinga og lögaðila að dómstólum. Byggir Tridimas kenningu sína að miklu leyti á tilkomu reglnanna um virka réttarvernd og skaðabótaskyldu aðildarríkjanna, sem hann telur leiða af öðrum reglum ESB-réttar á borð við bein réttaráhrif og forgangsáhrif. Saman leggi reglurnar grunninn að hinni víðtæku meginreglu um skilvirkni ESB-réttar sem segja megi að njóti stöðu stjórnskipulegrar meginreglu í ESB-rétti.¹³⁹ Í bók sinni *EC and EEA Law* tekur Méndez-Pinedo til skoðunar hvort EES-réttur hafi fylgt ESB-rétti að málum og sé hluti af hinu nýja kerfi sem einkennist af skilvirkri vernd réttinda. Niðurstaða hennar er sú að þótt EFTA-dómstóllinn hafi ekki fylgt

¹³⁶ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 288-289.

¹³⁷ Ólafur Í. Hannesson og Skúli Magnússon: „State liability in EEA law: towards parallelism or homogeneity?“, bls. 172-179

¹³⁸ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 13.

¹³⁹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 213-214.

dómstól ESB eftir í mótun reglna á borð við bein réttaráhrif og forgangsráhrif hafi hann þó í raun tekið hið nýja kerfi skilvirkni inn í EFTA-hliðina á grundvelli sjónarmiða um einstaklingsbundin réttindi og skyldu EFTA-ríkjanna til að veita þeim virkni í landsrétti. Vel hafi gengið að tryggja virkni einstaklingsbundinna réttinda sem leidd eru af ákvæðum EES-réttar. Baudenbacher tekur undir þá skoðun Méndez-Pinedo og telur að í ljósi þess að dómstóllinn hefur hafnað tilteknum stjórnskipulegum meginreglum ESB-réttar um skilvirkni, hafi hann nálgast einsleitnimarkmiðið með tilliti til skilvirkni á þá leið að ríkjum beri skylda til að ná fram sambærilegum áhrifum eða niðurstöðu, en með öðrum leiðum en þekkist í ESB-rétti. EFTA-dómstólnum beri einnig að halda áfram að tryggja sambærilega réttarvernd og dómstóll ESB hefur lagt grunninn að í ESB-rétti með þeim leiðum sem hann telur sér heimilt að beita.¹⁴⁰ Í ljósi þess telur Méndez-Pinedo að EES-réttur hafi hingað til að mestu leyti verið jafnskilvirkur og ESB-réttur.¹⁴¹ Hún telur þó margt óljóst um stöðu skilvirknireglunnar í EES-rétti og sé hún ekki síst háð því hvort EFTA-dómstóllinn muni fylgja eftir þeirri þróun sem hefur átt sér stað í ESB-rétti og þeirri sem mun eiga sér stað þegar fram líða stundir.¹⁴² Í næsta kafla verður sjónum beint að nýjum dómum EFTA-dómstólsins og verður leitast við að greina afstöðu dómstólsins til markmiðsins um skilvirknimiðaða einsleitni í EES-rétti.

3 Nýleg þróun í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins

3.1 Almenn

Í 3. kafla er rakin nýleg dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins í málum sem varða einsleitni og leitast er við að gera grein fyrir því hvernig dómstóllinn nálgast einsleitnimarkmiðið. Áherslan er einkum á þann þátt einsleitnimarkmiðsins er snýr að skilvirkni, þar sem um er að ræða þann þátt einsleitni sem skipað hefur hvað stærstan sess í fræðilegri umræðu, auk þess sem mestur vafi hefur leikið á því að hvaða marki EFTA-dómstólnum sé heimilt að fylgja dómstóli ESB að málum á því sviði. Tæpt verður á því helsta sem einkennir nýlega þróun í dómaframkvæmd og að lokum verða ályktanir dregnar um stöðu markmiðsins um skilvirknimiðaða einsleitni í EES-rétti.

¹⁴⁰ Carl Baudenbacher: „The EFTA Judicial System Reaches the Age of Maturity“, bls. 3. www.eftacourt.int.

¹⁴¹ M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 299.

¹⁴² M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 306-307.

3.2 Gildistaka tilskipana og ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa

EFTA-dómstóllinn hefur nýlega kveðið upp dóma sem vekja upp áleitnar spurningar um gildistöku tilskipana og áhrif tilskipana EES-réttar sem ekki hafa verið innleiddar í landsrétt. Orðalag dómstólsins í þeim málum gefur tilefni þess að rýna í forsendurnar og kanna hvort verið sé að veita óinnleiddum tilskipunum frekari réttaráhrif en áður hefur þekkst. Í kaflanum verða þrjár dómar EFTA-dómstólsins reifaðir og af þeim verða dregnar ályktanir um það, hvaða áhrif EFTA-dómstóllinn leitast við að veita EES-rétti sem annað hvort hefur verið innleiddur með lagasetningu í landsrétt eða hefur stöðu óinnleidds réttar. Verður leitast við að greina hvort í dómunum felist nýmæli að því er varðar reglurnar um ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa, auk þess sem litið verður til forsendna dómstólsins um virkni óinnleidds EES-réttar og hvaða áhrif gildistaka til bráðabirgða hefur á virkni tilskipana í landsrétti.

3.2.1 Mál nr. E-17/11 (*Aresbank*)¹⁴³

Í máli *Aresbank* setti EFTA-dómstóllinn fram reglu um það, við hvaða tímamark tilskipun byrjar að hafa réttaráhrif að þjóðarétti og bindi þar með aðildarríki EES að því leyti að landsdómstólum beri að túlka landsrétt til samræmis við efni þeirra.

Í málinu var EFTA-dómstóllinn spurður álits á merkingu hugtaksins „innstæða“ og hvaða áhrif ákvæði þeirra tilskipana, sem reyndi á í málinu, hefðu á túlkun hugtaksins. Málavextir voru þeir að *Aresbank* lánaði Landsbankanum samtals 30.000.000 evrur og 7.000.000 sterlingspund með þremur sérgreindum lánunum sem Landsbankanum bar að greiða til baka á fyrirfram ákveðnum tíma. Áður en endurgreiðsla lánanna fór fram tók Fjármálaeftirlitið yfir vald hluthafafundar Landsbankans og í kjölfarið var bankinn settur í slitameðferð. Á grunni hins fallna banka var stofnaður nýr banki sem bar heitið Nýi Landsbankinn og tók hann yfir skuldbindingar gamla bankans vegna innlána. Aftur á móti var ákveðið að lánaskuldbindingar á borð við þá, sem gamli bankinn bar gagnvart *Aresbank*, skyldu verða eftir í gamla bankanum. *Aresbank* andmælti þeirri ákvörðun og höfðaði mál gegn Fjármálaeftirlitinu, Landsbankanum og íslenska ríkinu til endurgreiðslu þeirra fjárhæða sem bankinn hafði millifært á reikning Landsbankans, m.a. með þeim rökum að um innlán væri að ræða sem hefði því með réttu átt að færast yfir í nýja bankann við stofnun hans. Þar með hefðu fjárhæðirnar átt að vera lausar til útborgunar á umsömdum dagsetningum. Við rekstur málsins ákvað Hæstiréttur Íslands að eigin frumkvæði að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á þremur álitaeftum sem tengdust túlkun hugtaksins „innstæða“.

¹⁴³ *EFTAD, mál E-17/11, EFTACR 2012, bls. 916.*

Í samhengi þessarar ritgerðar skiptir mestu svar dómstólsins við annarri spurningu Hæstaréttar sem var efnislega sú, hvort það hefði einhver áhrif á túlkun innláshugtaksins að heimaríki bankans, Ísland, hefði ekki nýtt sér heimild í 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar til að undanþiggja innstæður fjármálafyrirtækja tryggingarvernd. Í svari sínu þurfti EFTA-dómstóllinn að taka afstöðu til þess, hvort svara bæri spurningunni með hliðsjón af tilskipun nr. 2000/12/EB, eða nýrri tilskipun nr. 2006/48/EB um stofnun og rekstur lánastofnana. Tilskipun 2000/12/EB var felld úr gildi með tilskipun 2006/48/EB sem tók gildi innan ESB tuttugu dögum frá birtingu hennar í stjórnartíðindum ESB 30. júní 2006. Sama breyting var gerð á EES-rétti með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar frá 6. júní 2008. Sex mánuðum síðar, 6. desember 2008, rann út frestur aðildarríkjanna til að tilkynna um frestun gildistöku án þess að slík tilkynning hefði borist, sbr. 2. mgr. 103. gr. EES-samningsins. Aftur á móti barst slík tilkynning þann 17. febrúar 2009, þ.e. tveimur mánuðum of seint. Ekki var talið að tilkynning, sem bærisk eftir þann tíma, gæti haft áhrif á gildistöku tilskipunarinnar til bráðabirgða þar sem slík framkvæmd gæti stefnt réttarvissu í voða og ríki gætu í raun og veru afturkallað einhliða ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar hvenær sem er. Með þeim rökum komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að frá 7. desember 2008 gilti tilskipun 2006/48/EB í EES-rétti og að túlka bæri landsrétt með hliðsjón af henni í málum sem ættu uppruna sinn frá og með þeim degi. Þeir lánessamningar, sem tekist var á um í málinu, komu aftur á móti allir til framkvæmda áður en tilskipunin tók gildi til bráðabirgða og því var spurningu Hæstaréttar svarað með hliðsjón af hinni eldri tilskipun 2000/12/EB.¹⁴⁴

3.2.2 Mál nr. E-15/12 (*Anfinn Wahl*)¹⁴⁵

Forsaga málsins er sú að sóknaraðilinn í málinu, Norðmaðurinn Jan Anfinn Wahl, var meðlimur í vélhljólasamtökunum Hell's Angels. Við komu til Íslands var hann stöðvaður af tollvörðum á Keflavíkurflugvelli. Í kjölfarið tók Útlendingastofnun ákvörðun um að vísa honum úr landi á grundvelli hættumats sem gert var í tengslum við heimsókn hans og tengsl Hell's Angels samtakanna í Noregi við íslensk vélhljólasamtök sem sótt höfðu um aðild að heimssamtökum Hell's Angels. Wahl kærði ákvörðun Útlendingastofnunar til innanríkisráðuneytisins sem staðfesti hana með úrskurði þess efnis að ákvörðunin væri studd ákvæðum c-liðar 1. mgr. 41. gr. laga nr. 96/2002, með þeim rökum að almannahætta stafaði af komu Wahl til landsins. Fyrirgreind lög eru byggð á ákvæðum EES-samningsins og tilskipunar nr. 2004/38/EB um rétt einstaklinga til frjálsrar farar. Wahl fór með málið fyrir

¹⁴⁴ Sjá efnisgreinar 67-79.

¹⁴⁵ EFTAD, mál E-15/12, EFTACR 2013, bls. 534.

héraðsdóm sem staðfesti úrskurð innanríkisráðuneytisins með dómi. Áfrýjaði Wahl þeim dómi til Hæstaréttar og krafðist miskabóta vegna frelsissviptingar og tilheyrandi álitshnekkis. Við meðferð málsins fyrir Hæstarétti taldi rétturinn misræmi vera á milli ákvæða landsréttar annars vegar og EES-réttar hins vegar og lagði fimm spurningar fyrir EFTA-dómstólinn til ráðgefandi álits.

Fyrsta spurningin var að efni til hvort aðildarríki hefðu, í ljósi 7. gr. EES-samningsins, val um form og aðferð við að taka ákvæði tilskipunarinnar upp í landsrétt. Í svari sínu við fyrstu spurningunni tók EFTA-dómstóllinn á því hvernig tilskipanir taka gildi gagnvart ríkjum að EES-rétti. Í því tilliti þyrfti einkum að líta til þriggja atriða. Þau sneru í fyrsta og öðru lagi að því við hvaða tímamark tilskipun tekur gildi. Áréttaði dómstóllinn að auk þeirra ákvarðana sameiginlegu EES-nefndarinnar sem taka gildi að fullu skv. ákvæðum 104. gr. EES-samningsins hefðu ákvarðanir nefndarinnar, sem tekið hefðu gildi til bráðabirgða skv. ákvæðum 103. gr., einnig bindandi áhrif gagnvart ríkjunum að EES-rétti. Vísaði dómstóllinn að því leyti til áður nefnds dóms í máli *Aresbank*. Þá áréttaði dómstóllinn að við innleiðingu tilskipana skv. 7. gr. EES-samningsins bæri ríkjum að tryggja að ákvæði tilskipunar gengju framars landslögum, óháð formi og aðferð við innleiðingu þeirra. Hér notast dómstóllinn við annað orðalag en t.a.m. í *Sakamáli A*, þar sem dómstóllinn leit svo á að það væru ákvæði landsréttar, sem innleiða ættu tilskipunina, sem nytu ígildis forgangsáhrifa en ekki tilskipunin sjálf. Fjallað verður nánar um þetta atriði í kafla 3.2.4. Þá kemur fram í dóminum að ríki hafi val um það með hvaða hætti tilskipun sé innleidd, svo lengi sem vissum skilyrðum sé mætt. Þannig þurfi ekki endilega að koma til sérstök lagasetning, heldur geti fyrirbyggjandi lagaákvæði eða meginreglur laga talist fullnægjandi til að veita tilskipun gildi. Þá sé ekki gerð krafa um að innleiða þurfi ákvæði tilskipunar orðrétt inn í landsrétt. Um það hvenær innleiðing teldist fullnægjandi sagði dómstóllinn svo vera þegar tryggt væri í landsrétti að markmiðum tilskipunar yrði náð og beitt að fullu með nákvæmri og skýrri lagaumgjörð. Ákvæði tilskipunar yrðu að hafa ótvíræð og bindandi áhrif á þá leið að réttarvissa yrði tryggð. Í því ljósi gæti stjórnsluframkvæmd, sem stjórnvöld gætu auðveldlega breytt eftir hentugleika og án tilkynningar, ekki uppfyllt þær kröfur sem EES-réttur gerði til innleiðingar EES-reglna. Þá lagði dómstóllinn áherslu á trúnaðarskyldu EES-ríkja sem fæli það í sér að ákvæðum innleiddrar tilskipunar bæri að tryggja forgang fram yfir ósamræmanleg ákvæði landsréttar. Dómstóllinn hefði ítrekað slegið því föstu að í skyldum ríkjanna fælist að þeim bæri að túlka landsrétt til samræmis við ákvæði EES-réttar og af því leiddi að dómstólum bæri að beita þeim túlkunarreglum sem viðurkenndar væru í landsrétti til að tryggja umrædd forgangsáhrif. Með þessum orðum áréttar dómstóllinn þá reglu sem hér hefur verið nefnd

ígildi forgangsáhrifa og felur í sér að ríki beri skyldu að EES-rétti til að tryggja forgangsáhrif EES-reglna, hafi þær tekið gildi að EES-rétti og verið innleiddar í landsrétt. Til viðbótar bætti dómstóllinn því við að af sömu ástæðum væri aðildarríkjum óheimilt að beita reglum landsréttar sem væru til þess fallnar að stefna því í voða að markmiðum tilskipana verði náð. Að lokum taldi dómstóllinn rétt að minna á að í EES-rétti væri lögð sérstök áhersla á réttarvernd fyrir dómstólum og meginregluna um skilvirkni. Í því ljósi bæri dómstólum að túlka landsrétt til samræmis við allan EES-rétt, óháð því hvort hann hefði verið innleiddur eða ekki.¹⁴⁶

3.2.3 Mál nr. E-11/12 (*Beatrix Koch*)¹⁴⁷

Málsatvik voru þau að þrír einstaklingar keyptu líftryggingar af tryggingafélaginu Swiss Life sem skráð var í Liechtenstein. Um var að ræða tryggingu sem byggði á höfuðstól sem viðskiptavinir lögðu inn á reikning hjá Swiss Life sem tók því næst að sér að ávaxta fjárhæðina í samræmi við fyrirfram ákveðna fjárfestingaráætlun. Í tilvikum hinna þriggja sóknaraðila málsins gekk sú áætlun aftur á móti ekki upp og þeir töpuðu öllu því fé sem þeir höfðu lagt í hendur fyrirtækisins. Töldu þeir sig ekki hafa fengið fullnægjandi upplýsingar um fjárfestingar sínar auk þess sem framkvæmd þeirra hefði verið of flókin og ógagnsæ til að hægt væri að ætlast til þess að þeir gætu haft fullnægjandi skilning á framvindu mála. Töldu þeir að með þessu hefði Swiss Life brotið gegn þeim skyldum sínum, einkum tilkynningarskyldu, sem leiddar yrðu af ákvæðum tilskipunar 2002/83/EB um líftryggingar, sem féll undir gildissvið EES-samningsins. Landsdómstóll í Liechtenstein leitaði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á innihaldi tiltekinna tilskipana með fjórum spurningum. Það sem skiptir einkum máli fyrir umfjöllunarefni þessarar ritgerðar er svar dómstólsins við fjórðu spurningunni, þar sem leitað var svara við því hvort úrræði landsréttar teldust fullnægjandi með hliðsjón af markmiðum tilskipunar 2002/83/EC, en landsréttur bauð einungis upp á stjórnsýsluúrræði sem leitt gátu til sekta og leyfissviptinga brotlegra fyrirtækja.

Útgangspunktur dómstólsins í svari sínu við fjórðu spurningunni voru hugmyndir um réttindi einstaklinga í EES-rétti og sjónarmið um einsleitni. Markmiðum EES-samningsins um einsleitni yrði ekki náð nema einstaklingar og lögaðilar innan EES nytu sömu réttinda, óháð því hvort þeir væru staddir í EFTA-ríki eða ESB-ríki. Í því samhengi vék dómstóllinn einnig að sjónarmiðum um aðgang að dómstólum og virka réttarvernd, sem fæli í sér að

¹⁴⁶ Sjá efnisgreinar 46-55.

¹⁴⁷ Dómur gekk í máli *Beatrix Koch (EFTAD, mál E-11/12, EFTACR 2013, bls. 272)* áður en dæmt var í máli *Anfinn Wahl*. Þó er farin sú leið í þessari ritgerð að reifa dóm í máli *Anfinn Wahl* fyrst með hliðsjón af efnistöku.

einstaklingar og lögaðilar yrðu einnig að njóta sömu möguleika til að framfylgja umræddum réttindum sínum fyrir dómstólum hvar sem er innan EES. Því næst tók dómstóllinn til skoðunar hvenær lítið væri svo á að tilskipanir öðluðust virkni að EES-rétti og veittu þar með einstaklingum og lögaðilum réttindi sem EES-ríkin væru skuldbundin til að tryggja þeim. Líkt og í fyrrnefndum málum *Aresbank* og *Anfinn Wahl* áréttaði dómstóllinn að tilskipun öðlaðist ekki einungis bindandi áhrif við innleiðingu í landsrétt eða endanlega gildistöku ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar, heldur einnig þegar slík ákvörðun tæki gildi til bráðabirgða. Af ofangreindu taldi dómstóllinn leiða að við þær aðstæður þegar EES-reglum væri ekki til að dreifa um hvernig framfylgja bæri réttindum þeim sem tilskipun veitir einstaklingum og lögaðilum kæmi það í hlut dómstóla ríkjanna að beita reglum landsréttar til að tryggja virka réttarvernd, óháð því hvort tilskipun hefði verið innleidd, tekið endanlega gildi að EES-rétti eða einungis tekið gildi til bráðabirgða.¹⁴⁸ Af þessum rökstuðningi dómstólsins má draga þá ályktun að líkt og í málum *Aresbank* og *Anfinn Wahl*, leitist dómstóllinn við að tryggja að réttindi þau, sem einstaklingar og lögaðilar leiða af ákvæðum tilskipana sem einungis hafa tekið gildi til bráðabirgða, hljóti virkni í krafti meginreglunnar um samræmda túlkun, þ.e. óbeinna réttaráhrifa. Í því felst að þau njóta einnig réttarverndar líkt og réttindi sem leiða má af endanlega gildum tilskipunum.

3.2.4 Samantekt

Vert er að beina sjónum nánar að því sem EFTA-dómstóllinn heldur fram um gildistöku tilskipana og bindandi áhrif þeirra í EES-rétti. Í öllum málunum þremur telur dómstóllinn þörf á að viðra sjónarmið sín um gildistöku tilskipana og hvenær þær geti talist hafa bindandi áhrif og komið til álita í dómsmálum. Það gerir hann þrátt fyrir að ekki hafi verið deilt um gildistöku tilskipana í neinu þeirra. Í máli *Aresbank* byggðu allir aðilar, sem skiluðu inn greinargerðum í málinu, þó rökstuðning sinn á grundvelli yngri tilskipunar sem ekki hafði tekið gildi þegar þeir fjármálagerningar sem málið grundvallaðist á fóru fram.¹⁴⁹ Því má líta svo á að umfjöllun dómstólsins um tímamörk gildistöku tilskipananna hafi skipt einhverju máli fyrir úrlausnarefni í málinu. Aftur á móti verður ekki séð að hið sama eigi við í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl* þar sem óumdeilt var hvaða EES-réttur væri í gildi og ætti við í málinu.¹⁵⁰ Ætla má að þar hafi dómstóllinn viðrað sjónarmið sín í formi þess sem gjarnan er nefnt *obiter dictum*. Engu að síður verður að ætla að þessi sjónarmið séu engu minna til

¹⁴⁸ Sjá efnisgreinar 116-121.

¹⁴⁹ Sjá efnisgrein 68.

¹⁵⁰ Umfjöllunin í máli *Anfinn Wahl* kom þó til í beinu samhengi við fyrstu spurningar Hæstaréttar, þess efnis hvort ríki hafi val um form og efni við innleiðingu EES-gerða.

marks um það hvaða stefnu dómstóllinn hyggst marka sér hvað þessi atriði varðar og því er vert að greina nánar hvað ætla má að felist í afstöðu dómstólsins.

Líkt og áður segir hefur það lengi verið ríkjandi skoðun að EES-réttur njóti hvorki beinna réttaráhrifa né forgangsáhrifa, heldur einungis þess sem kalla má ígildi slíkra áhrifa, á grundvelli ákvæða landsréttar. Þær kenningar byggja m.a. á ákvæðum bókuar 35 við EES-samninginn og hafa mótast í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, t.a.m. með áðurnefndum dómum í málum *Restamark* og *Harðar Einarssonar*, sem lögðu sérstaka áherslu á fullveldi aðildarríkjanna í lagasetningarmálum og takmörk áhrifa EES-reglna við innleiðingu. Tilskipunum, sem ekki hafa verið innleiddar, eða innleiddar voru með röngum hætti, verða einungis veitt áhrif með meginreglunni um samræmda túlkun, eða óbein réttaráhrif. Í henni felst skylda landsdómstóla til að túlka landsrétt til samræmis við EES-rétt, hvort heldur sem hann hefur verið innleiddur í landsrétt eður ei. Leiðir hún aftur á móti ekki af sér neins konar bein réttaráhrif eða forgangsáhrif og getur því ekki leyst úr misræmi milli ósamræmanlegra ákvæða landsréttar og EES-réttar.¹⁵¹

Varðandi áhrif EES-réttar í landsrétti var á því byggt í dómum í málum *Aresbank, Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl* að tilskipun hafi réttaráhrif frá þeim degi sem hún tekur gildi til bráðabirgða skv. 103. gr. EES-samningsins. Í hinum tveimur síðarnefndu var gildistaka tilskipana greind með nánari hætti og sagði í máli *Beatrix Koch*:

118. Þrenns konar tilvik valda því að tilskipun öðlast áhrif í EES-rétti. Í fyrsta lagi er það svo að þegar ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar hefur tekið gildi og verður bindandi samkvæmt 104. gr. EES-samningsins, þá verður að innleiða tilskipunina (sjá, mál E-2/12 HOB-vín III [2012] EFTA Ct. Rep. 1092, 128. mgr.). Þetta verður að hafa átt sér stað eigi síðar en á innleiðingardeggi tilskipunarinnar í ESB eða þegar ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar tekur gildi, hvort heldur sem á sér stað síðar. Ef tilskipunin hefur ekki verið innleidd að liðnu þessu tímamarki er um brot á EES-samningnum að ræða (sjá, mál E-6/06 ESA gegn Liechtenstein [2007] EFTACR, bls. 238, 19. mgr.)

119. Í öðru lagi gerist það við innleiðingu tilskipunar á grundvelli 7. gr. EES-samningsins, en í slíkum tilvikum skal tilskipunin ganga framar landslögum, (sbr. mál nr. E-1/07 *Sakamál A* [2007] EFTACR, bls. 246, efnisgrein 38)).

120. Í þriðja lagi koma til athugunar tilvik þar sem ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar hlýtur gildi til bráðabirgða á grundvelli 103. gr. EES-samningsins, en að öðrum kosti þarf aðildarríki að tilkynna um að slík gildistaka geti ekki átt sér stað (sjá, ofangreint mál *Aresbank*, efnisgreinar 76 og 77).¹⁵² [*Þýðing höfundar úr ensku*]

Forsendur dómstólsins eru ekki mjög skýrar og erfitt er að álykta um það, hverju dómstóllinn ætlar sér að ná fram með þessum yfirlýsingum og þá jafnvel hvort markmiðið sé að veita

¹⁵¹ Sjá nánar umfjöllun í köflum 2.3.2.2 og 2.3.2.3.

¹⁵² Sjá efnisgreinar 118-120. Efnislega sambærilegan rökstuðning er að finna í efnisgreinum 46-48 í dómi í máli *Anfinn Wahl*.

óinnleiddum eða ranglega innleiddum EES-rétti sams konar áhrif og innleiddum reglum. Vakna slíkar spurningar ekki síst vegna þess að dómstóllinn telur upp þrjú tilvik þar sem EES-réttur öðlast áhrif. Í máli *Beatrix Koch* var um að ræða álitamál í rétti Liechtenstein þar sem stuðst er við eineðliskenningu landsréttar og þjóðaréttar. Af því leiðir að ekki þarf að innleiða tilskipanir sérstaklega til að veita þeim þau áhrif sem jafna má við ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa sem innleiðing í landsrétt veitir EES-reglum í tvíeðlisríkjum, heldur fær tilskipun lagagildi í landsrétti Liechtenstein um leið og hún verður bindandi að þjóðarétti. Mál *Anfinn Wahl* var aftur á móti rekið fyrir íslenskum dómstólum þar sem tvíeðliskenningin er lögð til grundvallar. Dómstóllinn fór aftur á móti ekki nánar út í þýðingu þess að tilskipanir „taki gildi“ án innleiðingar, heldur leysti úr álitafninu á grundvelli 7. gr. EES-samningsins og áréttaði þau forgangsáhrif sem tilskipun hlýtur við innleiðingu í landsrétt. Af ofantöldu verður því ekki séð að dómstóllinn hafi með skýrum hætti skorið úr um það, hvort óinnleiddar eða ranglega innleiddar tilskipanir EES-réttar geti notið sambærilegra réttaráhrifa og ákvæði tilskipana, sem innleiddar hafa verið í landsrétt. Þvert á móti ber að líta til þess sem segir í efnisgrein 119 í máli *Beatrix Koch*, sem rakin er hér að framan, og er efnislega samhljóða efnisgrein nr. 47 í máli *Anfinn Wahl*. Þótt dómstóllinn telji innleiðingu tilskipunar einungis upp sem eitt af þremur tilvikum þar sem tilskipun öðlast áhrif í EES-rétti, virðist hann gera greinarmun á því hvers eðlis þau áhrif geta verið. Sést það með hvað skýrustum hætti á því að dómstóllinn tekur sérstaklega fram að í þessu tilviki öðlist tilskipun forgang fram yfir landsrétt en segir ekkert sambærilegt um hin tilvikin tvö. Í ljósi þess má ætla að dómstóllinn hafi ekki gengið svo langt að veita óinnleiddum tilskipunum ígildi forgangsáhrifa. Aftur á móti er óljóst hvort dómstóllinn tekur afstöðu til þess hvort óinnleiddar tilskipanir hafi einhvers konar bein réttaráhrif. Í ljósi þess að ekki er minnst á slík áhrif í dóminum með skýrum hætti, líkt og gert var í máli *Restamark*, og þess að dómstóllinn gerir greinarmun á áhrifum innleiddra tilskipana annars vegar og þeirra sem einungis hafa gildi án innleiðingar hins vegar, verður að draga þá ályktun að dómstóllinn hafi ekki ætlað sér að gera breytingar á gildandi rétti að því leyti sem hér um ræðir. Þá virðist dómstóllinn auk þess ganga út frá því að markmiðum tilskipunar verði náð með nákvæmri og skýrri lagaumgjörð, þ.e. að þau áhrif séu bundin við innleiðingu ákvæða hennar.¹⁵³ Kemur það einnig heim og saman við niðurstöðu dómstólsins í máli *Irish Bank (EFTAD, mál E-18/11, EFTACR 2012, bls. 592)*, sem kveðinn var upp í september árið 2012, eða tæpu ári áður en dómur féllu í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl*. Dómurinn verður reifaður í næsta kafla,

¹⁵³ Sjá efnisgreinar 51-52.

en forsendur dómstólsins um þetta álitaefni voru skýrar um það að EES-samningurinn gerði ekki kröfu um að ákvæðum tilskipunar mætti beita beint án innleiðingar eða að þau gengju frammar innleiddri reglu áður en þau væru tekin upp í landsrétt.¹⁵⁴

Þrátt fyrir að ekki verði séð að dómstóllinn hafi kveðið á um að óinnleiddar tilskipanir, sem tekið hafa gildi annað hvort með varanlegum hætti eða til bráðabirgða, njóti sömu áhrifa og ákvæði sem innleidd hafa verið í landsrétt, verður ekki litið svo á að dómstóllinn hafi reifað umrædd sjónarmið að ástæðulausu. Ljóst er að dómstóllinn álitur að tryggja beri óinnleiddum EES-rétti einhvers konar áhrif í landsrétti, þá fyrir tilstuðlan óbeinna réttaráhrifa eða skaðabótaskyldu, sbr. umfjöllun í kafla 2.3.2.3. Notar dómstóllinn þannig orðalagið „effect“, sem útlagst getur sem áhrif, eða jafnvel virkni á íslensku, þegar hann fjallar um hvaða þýðingu gildistaka tilskipunar hefur í EES-rétti. Í íslenskum þýðingum dómanna er aftur á móti talað um gildistöku. Verður það orðfæri að teljast villandi, sérstaklega í ljósi þess að dómstóllinn talar um að tilskipun taki gildi að EES-rétti við gildistöku (varanlega eða til bráðabirgða). Verður því gengið út frá því að dómstóllinn eigi við virkni eða áhrif tilskipana, því að öðrum kosti væri textinn í raun merkingarlaus.

Í máli *Aresbank* tók dómstóllinn til skoðunar hvort túlka ætti landsrétt til samræmis við eldri eða yngri tilskipun um stofnun og rekstur lánastofnana. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að nægilegt væri að tilskipun hefði tekið gildi til bráðabirgða, án fyrirvara frá aðildarríki þess efnis að slík gildistaka gæti ekki átt sér stað, til að hafa þau áhrif að túlka bæri landsrétt með hliðsjón af ákvæðum hennar en ekki ákvæðum eldri tilskipunar. Ber sú niðurstaða glögglega með sér að dómstóllinn líti svo á að EES-ríkin séu bundin af ákvæðum tilskipana og beri skylda til að túlka landsrétt til samræmis við ákvæði þeirra, þrátt fyrir að þær hafi einungis tekið gildi til bráðabirgða og án þess að stjórnskipulegum skilyrðum skv. 2. mgr. 103. gr. hafi verið fullnægt. Þessi skilningur á skyldu ríkjanna til samræmdrar túlkunar hefur síðan, sem fyrr segir, verið staðfestur í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl*. Með þessu virðist EFTA-dómstóllinn hafa gengið lengra í því að veita óinnleiddum tilskipunum óbein réttaráhrif, að því er við kemur tímamarki þeirra áhrifa, en dómstóll ESB hefur gert. Lengi vel ríkti óvissa í ESB-rétti um það hvenær skylda aðildarríkjanna til að túlka landsrétt til samræmis við tilskipanir frá ESB yrði virk. Dómstóll ESB hjó loks á hnútinn með dómi sínum frá árinu 2006 í máli *Adeneler*.¹⁵⁵ Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að skylda aðildarríkjanna til að túlka landsrétt til samræmis við tilskipun sem ekki hefði verið innleidd, yrði aðeins virk þegar frestur viðkomandi ríkis til að innleiða tilskipunina væri runninn á

¹⁵⁴ Sjá efnisgrein 126.

¹⁵⁵ Gráinne De Burca og Paul Craig: *EU Law*, bls. 201.

enda.¹⁵⁶ Aðildarríkin væru þó samt sem áður bundin af reglunni um samstarf af heilindum og þeim bæri að grípa til aðgerða sem nauðsynlegar væru til að ná markmiðum þeim sem getið var í tilskipuninni.¹⁵⁷ Í ljósi þess áréttaði dómstóllinn að skylda aðildarríkjanna til að halda sig frá nokkru því sem stefnt gæti í voða að markmiðum tilskipunarinnar yrði náð, væri engu að síður virk þrátt fyrir að frestur til að innleiða tilskipunina væri ekki liðinn. Af því leiddi að landsdómstólum bæri að forðast það eins og mögulegt væri að túlka landsrétt á þá leið að það stofnaði því í mikla hættu að markmið tilskipunar næðust.¹⁵⁸ Skylda dómstóla í ESB-ríkjum til túlkunar til samræmis við efni tilskipana er þannig mun takmarkaðri frá þeim tíma sem tilskipun tekur gildi og þar til frestur aðildarríkjanna til að innleiða efni hennar í landsrétt rennur út. Á því tímabili nær túlkunarskyldan einungis til þess að dómstólum ber að halda sig frá því að stofna því í hættu að markmið tilskipunar náist. Miðað við þau nýju dómafordæmi EFTA-dómstólsins sem rakin hafa verið hér að framan virðist þessu ólíkt farið í EES-rétti og ber dómstólum að túlka landsrétt til samræmis við ákvæði tilskipunar um leið og hún hefur tekið gildi til bráðabirgða skv. 103. gr. EES-samningsins. Verður sú niðurstaða lesin úr forsendum dómstólsins í dómum í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl*. Þar tók dómstóllinn einnig sérstaklega fram að innleiddar EES-reglur skyldu hafa ígildi forgangsáhrifa, en hélt engu slíku fram um óinnleiddar EES-reglur, sem hafa engu að síður tekið gildi að EES-rétti. Dómstóllinn virðist því hins vegar ekki leitast við að veita ákvæðum óinnleiddra tilskipana sambærileg réttaráhrif og innleiddar tilskipanir njóta. .

Að lokum er vert að beina sjónum að því hvernig dómstóllinn útfærir niðurstöður sínar um ígildi forgangsáhrifa innleiddra ákvæða EES-réttar í landsrétti. Í efnisgrein 118 í máli *Beatrix Koch* og efnislega samhljóða efnisgrein 47 í *Anfinn Wahl* mælir dómstóllinn fyrir um að þegar tilskipun hefur verið innleidd í samræmi við ákvæði 7. gr. EES-samningsins skuli tilskipunin sjálf ganga frammar landslögum en ekki þau ákvæði landslaga sem innleiddu umrædda tilskipun. Samræmist það illa því sem dómstóllinn hélt fram í *Sakamáli A* og þeim viðhorfum sem almennt hafa verið lögð til grundvallar í fræðiskrifum um efnið, sbr. umfjöllun í kafla 2.3.2.2. Hingað til hefur verið gengið út frá því að það séu ákvæði landsréttar sem njóta forgangs fram yfir önnur ósamræmanleg ákvæði landsréttar, en ekki ákvæði tilskipunarinnar sjálfrar. Óvíst er hversu víðtækar ályktanir má draga af jafnefnislitlum forsendum og dómstóllinn reifar um efnið og erfitt er að afmarka það með vissu hverju dómstóllinn hyggst áorka með því að orða þær með þessum hætti. Aftur á móti

¹⁵⁶ Sjá efnisgrein 115.

¹⁵⁷ Sjá efnisgrein 117.

¹⁵⁸ Sjá efnisgrein 123.

getur það skipt töluverðu máli ef dómstóllinn hyggst í raun víkka regluna út á þá leið að veita ákvæðum tilskipana ígildi beinna réttaráhrifa í stað ákvæða landsréttar eins og tíðkast hefur. Sú tilhögun ylli því í raun að í tilvikum þar sem tilskipanir eru innleiddar með röngum hætti nytu reglur hennar, sem ekki eru innleiddar í landsrétt, forgangs fram yfir ósamræmanleg landslög. Ljóst er að sú tilhögun gengi a.m.k. mjög nærri fullveldi EFTA-ríkjanna á sviði lagasetningarvalds og auðvelt er að ímynda sér að slíkt myndi mæta töluverðri andstöðu frá tvíeðlisríkjunum Íslandi og Noregi. Sem fyrr segir er þó erfitt að fullyrða um fyrirætlanir dómstólsins með vissu út frá þeim heimildum sem til eru og bíða verður þess að dómstóllinn skeri úr um efnið með skýrum hætti.

3.3 Virk réttarvernd í EES-rétti og aðgengi að dómstólum

Líkt og fram kom í kafla 2.3.1 eru kenningar um virka réttarvernd í örri þróun í ESB-rétti og enn er margt óljóst um umfang og áhrif reglunnar sem meginreglu. Fyrir liggur þó að dómstóllinn hefur ítrekað beitt reglunni til að tryggja skilvirkni ESB-réttar í landsrétti. Langvinn togstreita milli sjónarmiða um skilvirkni ESB-réttar annars vegar og ákvörðunarvalds aðildarríkjanna á sviði réttarúrræða og réttarfars hins vegar, hefur mótað meginregluna en með henni má segja að leitast sé við að fara millivegin milli þessara tveggja andstæðu póla.

Þrátt fyrir miklar hræringar í ESB-rétti hefur lítið farið fyrir umfjöllun um virka réttarvernd í dómum EFTA-dómstólsins eða skrifum fræðimanna um EES-rétt. Ólafur Í. Hannesson telur, sem fyrr segir, að EFTA-dómstóllinn hafi byggt á sjónarmiðum um virk réttarúrræði í nokkrum dómum.¹⁵⁹ Nefnir hann t.d. til sögunnar dóma í málum *Finanger* og *Nguyen*, þar sem dómstóllinn gerði kröfu um fullnægjandi viðurlög við brotum gegn ákvæðum EES-réttar. Lagði dómstóllinn mat á viðurlögin með hliðsjón af virkni þeirra og því hvort þau væru í eðlilegu hlutfalli við brot. Ekki virðist hafa farið mikið fyrir sjónarmiðum um jafngildi innlendra og erlendra réttarúrræða. Þó lagði dómstóllinn sjónarmið um jafngildi og skilvirkni til grundvallar í máli *Karls Karlssonar* þar sem dómstóllinn útlistaði þær kröfur sem meginreglan um skaðabótaskyldu aðildarríkjanna gerði til framfylgni hennar samkvæmt ákvæðum skaðabótaréttar í landsrétti.

Í þessum kafla verður rýnt í þrjá nýlega dóma EFTA-dómstólsins þar sem reyndi á regluna um virka réttarvernd með hliðsjón af sjónarmiðum um jafngildi og skilvirkni

¹⁵⁹ Sjá umfjöllun í kafla 2.3.2.3.

réttarúrræða í landsrétti. Í kjölfarið verður leitast við að svara því hver staða reglunnar er í EES-rétti og hvort EFTA-dómstóllinn fylgi dómstóli ESB að málum við beitingu hennar.

3.3.1 Mál nr. E-2/10 (Þór Kolbeinsson)¹⁶⁰

Málavextir voru þeir að Þór Kolbeinsson, íslenskur smiður, slasaðist á vinnusvæði og hlaut bæði tímabundið og varanlegt líkamstjón. Þór höfðaði mál á hendur vinnuveitanda sínum til greiðslu skaðabóta vegna skorts á öryggisbúnaði á vinnustaðnum sem Vinnueftirlit ríkisins hafði áður álitid helstu orsök slyssins. Hæstiréttur sýknaði hins vegar vinnuveitandann á þeim grundvelli að vegna reynslu Þórs og þekkingar hans á staðháttum væri ekki hægt að rekja slysið til sakar vinnuveitandans, heldur til eigin sakar Þórs sjálfs. Árið 2009 höfðaði Þór skaðabótamál á hendur íslenska ríkinu vegna sýknudómsins þar sem hann taldi ríkið hafa vanrækt skyldur sínar um að innleiða ákvæði tilskipana nr. 89/391/EBE, um lögleiðingu ráðstafana er stuðla að bættu öryggi og heilsu starfsmanna á vinnustöðum, og tilskipun ráðsins nr. 92/57/EBE frá 24. júní 1992, um framkvæmd lágmarkskrafna um öryggi og hollustuhætti á bráðabirgða- eða færanlegum byggingarsvæðum. Umrædd brot á innleiðingarskyldu hefðu síðan leitt til rangrar niðurstöðu Hæstaréttar í hinu fyrra skaðabótamáli. Við meðferð málsins fyrir Hæstarétti lagði rétturinn tvær spurningar fyrir EFTA-dómstóllinn til ráðgefandi álits. Annars vegar hvort það gengi gegn ákvæðum tilskipananna að fella niður bótarétt launþega í kjölfar vinnuslyss vegna eigin sakar og hins vegar, að því gefnu að svo væri, hvort íslenska ríkið væri skaðabótaskyldt vegna rangrar innleiðingar tilskipananna.

EFTA-dómstóllinn lagði mat á fyrra álitaefnið út frá sjónarmiðum um skilvirkni tilskipananna. Áréttaði dómstóllinn að þótt hvorug tilskipunin mælti fyrir um sérstök viðurlög leiddi það af 3. gr. EES-samningsins um samstarf af heilindum að einhvers konar viðurlög yrðu að vera til staðar til að tryggja skilvirkni ákvæða tilskipananna í landsrétti. Þá benti dómstóllinn einnig á sambærilega almenna skyldu í 76. gr. tilskipunar 89/391/EBE. Í ljósi þessa og í samræmi við ítrekaða dómaframkvæmd dómstóls ESB væri ríkjum, þrátt fyrir ákveðið svigrúm við val á viðurlögum, skyldt að tryggja fullnægjandi viðurlög við brotum á reglum EES-réttar. Yrðu slík viðurlög að vera hliðstæð þeim sem lögju við brotum á reglum landsréttar sem snertu sambærilega hagsmuni, auk þess sem þeim yrði að vera mögulegt að framfylgja með sams konar málsmeðferð. Þá yrði að tryggja að viðurlögin væru skilvirk, í eðlilegu samræmi við brot og til þess fallin að hafa varnaðaráhrif. Taldi dómstóllinn ekki

¹⁶⁰ EFTAD, mál E-2/10, EFTACR 2009-2010, bls. 234.

samræmast ákvæðum tilskipananna að eigin sök launþega létti skaðabótaábyrgð af vinnuveitanda þegar vinnuveitandi sinnti ekki þeirri skyldu sinni að tryggja öryggi á vinnustað samkvæmt ákvæðum tilskipananna, nema í sérstökum undantekningartilvikum þar sem orsök tjóns mætti að mestu leyti rekja til óvarfærni tjónþola. Í slíkum tilvikum yrði þó að telja of íþyngjandi að svipta tjónþola alfarið bótarétti.¹⁶¹

Í svari sínu við seinni spurningunni áréttaði dómstóllinn að ef komist væri að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið hefði ekki innleitt tilskipun 89/391/EBE með fullnægjandi hætti, þ.e. á þá leið að jafngild og skilvirk réttarúrræði mætti tryggja með skýringu til samræmis við ákvæði hennar, gæti komið til skaðabótaskyldu íslenska ríkisins, að hinum þremur skilyrðum skaðabótaábyrgðar uppfylltum. Þannig virðist dómstóllinn líta á skaðabótaskylduna sem eins konar varaúrræði sem grípa skuli til ef fullnægjandi réttarúrræði eru ekki til staðar í landsrétti. Taka ber fram að ekki verður tekin afstaða til þess hér hvort telja skuli skaðabótaskylduna til úrræða landsréttar eða EES-réttar. Mestu máli skiptir að um er að ræða reglu sem hefur það hlutverk að tryggja það að réttindi sem einstaklingar og lögaðilar leiða af EES-rétti njóti verndar.

3.3.2 Mál nr. E-18/11 (*Irish Bank*)

Mál Irish Bank gegn Kaupþingi var til komið vegna falls hins síðarnefnda banka í október 2008. Forsaga málsins var sú að í kjölfar yfirtöku Fjármálaeftirlitsins á valdi hluthafafundar Kaupþings fór bankinn í slitameðferð. Anglo Irish Bank Corporation Ltd. hafði verið í viðskiptasambandi við Kaupþing og átti kröfur á hendur bankanum við fall hans. Var hinn írski banki sjálfur þjóðnýttur af írsku ríkinu í janúar 2009 og var gefið nýtt nafn, Irish Bank Resolution Corporation Limited (hér eftir „Irish Bank“ til einföldunar). Samkvæmt ákvæðum laga um fjármálafyrirtæki og gjaldþrotaskiptalaga gaf slitastjórn Kaupþings út innköllun krafna vegna slitanna þar sem m.a. var gefinn upp tiltekinn kröfulýsingarfrestur. Irish Bank lýsti ekki kröfu í búið fyrr en langt var liðið frá því að kröfulýsingarfrestur rann út. Af þeirri ástæðu var kröfu Irish Bank hafnað í heild sinni af slitastjórn Kaupþings. Irish Bank taldi á sér brotið sökum þess að fyrirtækið var ekki gert sérstaklega viðvart um innköllun Kaupþings, líkt og mælt er fyrir um í 14. gr. tilskipunar 2001/24/EB að gert sé í tilvikum þar sem kröfuhafi er þekktur. Voru upplýsingar um innköllun eingöngu birtar á almennum vettvangi á borð við stjórnartíðindi ESB og í fjölmiðlum á Írlandi. Við þýðingu tilskipunarinnar á íslensku hafði orðið „sérstaklega“ (e. individually) ekki ratað inn í texta 14.

¹⁶¹ Sjá efnisgreinar 45-63, einkum efnisgreinar 46-48.

gr. Mælt var fyrir um sérstaka tilkynningu til hvers og eins kröfuhafa í öllum öðrum útgáfum tilskipunarinnar. Því mátti líta svo á að tilskipunin líkt og hún birtist í íslenskri útgáfu gerði ekki kröfu um sérstaka tilkynningu til þekktra kröfuhafa, svo sem aðrar útgáfur hennar virtust gera.

Við meðferð málsins fyrir héraðsdómi Reykjavíkur ákvað dómurinn að leggja tvær spurningar fyrir EFTA-dómstólinn til ráðgefandi álits. Fyrri álitaefnið laut að því hvaða útgáfu tilskipunar bæri að leggja til grundvallar þegar ósamræmi væri milli einstakra útgáfa. Svaraði dómstóllinn því að styðjast ætti við þá útgáfu sem endurspeglaði markmið og heildarsamhengi ákvæðisins við reglur tilskipunarinnar og meginreglur EES-réttar. Því var talið að leggja ætti enska útgáfu tilskipunarinnar til grundvallar.

Seinna álitaefnið sneri að því hvaða áhrif EES-réttur hefði í málinu. Í skriflegum athugasemdum sínum lagði Irish Bank áherslu á að EES-ríkjum bæri skylda til að beita landsrétti til samræmis við EES-rétt. Til að gæta jafnræðis milli innlendra kröfuhafa, sem væru kunnugir þeim lögum sem giltu um slit Kaupþings, og erlendra kröfuhafa, sem byggju ekki yfir slíkri þekkingu, gerði tilskipunin þá kröfu að erlendum kröfuhafa væri tilkynnt sérstaklega um upphaf slitameðferðar og kröfulýsingarfrest. Um væri að ræða svo skýr efnisákvæði að það gæfi ríkjum ekkert svigrúm til þess að ákveða sjálf hvaða aðferðum þau beittu við tilkynningar.¹⁶² Þá taldi Irish Bank að tilskipunin veitti einstaklingum og lögaðilum svo skýr og óskilyrt réttindi byggja mætti á þeim rétt með beinum hætti fyrir dómstólum EES-ríkjanna. Um þá reglu vísaði Irish Bank til dómaframkvæmdar dómstóls ESB og virðist hafa krafist þess að ákvæðum tilskipunarinnar yrðu fengin bein réttaráhrif. Þá hefði slitastjórn Kaupþings stöðu opinbers yfirvalds og bæri því skyldur þær sem lagðar væru á EES-rikin um beitingu EES-réttar.¹⁶³ Aðrir aðilar sem lögðu fram skriflegar athugasemdir í málinu voru ósammála Irish Bank um bein réttaráhrif ranglega innleidds EES-réttar í landsrétti.¹⁶⁴ ESA tók sérstaklega fram að óinnleiddar tilskipanir gætu hvorki haft slík áhrif né forgangsáhrif fram yfir ósamræmanlegan landsrétt. Dómstólum bæri þó engu að síður að túlka landsrétt í ljósi tilskipunarinnar og beita þeim túlkunaraðferðum sem til eru í landsrétti til að ná fram markmiðum hennar.¹⁶⁵ Væri túlkun til samræmis við markmið tilskipunarinnar ekki möguleg, kæmi reglan um skaðabótaskyldu ríkisins til álita. Ríkjum væri frjálst að ákveða með eigin löggjöf hvaða málsmeðferðarreglum bæri að fylgja við verndun réttinda sem einstaklingar og

¹⁶² Sjá efnisgreinar 105-107.

¹⁶³ Sjá skýrslu framsögumanns, efnisgreinar 57-62.

¹⁶⁴ Framkvæmdastjórn ESB tók ekki beinlínis afstöðu gegn kröfu Irish Bank, en hélt því þó hvergi fram að óinnleiddar tilskipanir nytu beinna réttaráhrifa.

¹⁶⁵ Sjá dóm, efnisgreinar 116 og 118.

lögaðilar leiddu af EES-rétti. Þær reglur mættu þó ekki vera óhagstæðari en þær sem gilda þegar um er að ræða réttindi sem stafa frá landsrétti. Þá mættu þær ekki leiða til þess að það yrði ómögulegt eða óhóflega erfitt að nýta EES-réttindi sín.¹⁶⁶ Byggði ESA málflutning sinn á sjónarmiðum um virka réttarvernd EES-réttar sem gerðu þá kröfu til landsréttar að einstaklingar og lögaðilar nýtu réttarúrræða sem fullnægðu skilyrðum um jafngildi og skilvirkni til að framfylgja réttindum sínum. Aðrir málsaðilar reifuðu ekki sambærileg sjónarmið í athugasemdum sínum.

Niðurstaða EFTA-dómstólsins var sú að ekki kæmi til greina að ljá ákvæðum EES-réttar einhvers konar bein réttaráhrif eða forgangsáhrif áður en þau væru innleidd í landsrétt. Dómstólum ríkjanna bæri þó að túlka landsrétt til samræmis við markmið óinnleiddra tilskipana eftir fremsta megni. Í niðurstöðu sinni fjallar EFTA-dómstóllinn ekkert um sjónarmið um virka réttarvernd og svigrúm ríkjanna til að ákveða sjálf hvaða reglur gildi um úrræði einstaklinga og lögaðila til að framfylgja réttindum sínum, með hliðsjón af meginreglunni um virka réttarvernd. Þess í stað virðist dómstóllinn taka undir með Irish Bank um að slíkt svigrúm hafi ekki verið til staðar í þessu máli og markmiðum tilskipunar yrði einungis náð ef erlendir kröfuhafar, sem ekki fengu sérstaka tilkynningu um upphaf slitameðferðar, fengju kröfur sínar samþykktar við slit Kaupþings. Af því leiddi að íslenskum dómstólum bæri að gera „allt það sem fellur innan valdsviðs hans, með hliðsjón af öllum reglum landsréttar“, til að tryggja að Irish Bank kæmi kröfu sinni að við slit Kaupþings. Væri slík niðurstaða ekki möguleg vegna ósamræmanlegra ákvæða landsréttar gæti íslenska ríkið borið skaðabótaábyrgð vegna tjóns sem af því hlytist.¹⁶⁷

3.3.3 Mál nr. E-11/12 (*Beatrix Koch*)

Auk umfjöllunar EFTA-dómstólsins í máli *Beatrix Koch* um bindandi áhrif tilskipana sem taka gildi til bráðabirgða, er vert að líta nánar á rökstuðning dómstólsins að því er varðar virka réttarvernd í landsrétti og aðgengi einstaklinga og lögaðila að dómstólum til að framfylgja EES-réttindum sínum.

Málið fjallaði sem fyrr segir um brot líftryggingafélagsins Swiss Life gegn ákvæðum EES-réttar um tilkynningarskyldu tryggingafélaga. Deilt var um það hvort sjónarmið um virka réttarvernd gerði kröfu um frekari úrræði fyrir einstaklinga og lögaðila sem brotið var gegn en þau sem stóðu til boða í landsrétti. Samkvæmt lögum þeim sem innleiða áttu tilskipun 2002/83/EB var einungis mögulegt að kæra fyrirtæki sem ekki uppfylltu

¹⁶⁶ Sjá efnisgreinar 119-120.

¹⁶⁷ Sjá efnisgreinar 121-126.

upplýsingaskyldu sína til stjórnvalda og gat slíkri stjórnsýslumeðferð einungis lyktað með stjórnvaldssektum eða réttindasviptingu brotlegra fyrirtækja. Ekki virtist vera gert ráð fyrir þeim möguleika að einstaklingar og lögaðilar gætu höfðað mál á hendur brotlegum fyrirtækjum til greiðslu skaðabóta.

Dómstóllinn áréttaði að beita yrði þeim réttarúrræðum sem fyrir fyndust í landsrétti til að framfylgja réttindum þeim sem einstaklingar og lögaðilar leiddu af EES-rétti, en þau yrðu aftur á móti að uppfylla skilyrði virkrar réttarverndar. Í því fælist að réttarfarsreglur landsréttar yrðu í fyrsta lagi að bjóða upp á jafnhagstæðar leiðir fyrir einstaklinga og lögaðila til að framfylgja þeim réttindum sem leiða má af EES-rétti og standa til boða í tilvikum réttinda sem eiga upptök sín í landsrétti. Í öðru lagi yrðu þær að vera þannig úr garði gerðar að ekki sé ómögulegt eða óþarflega erfitt að framfylgja réttindum EES-réttar fyrir úrskurðaraðilum landsréttar. Hér studdist EFTA-dómstóllinn við sambærileg sjónarmið og dómstóll ESB hefur lengi gert og fjallað var um í kafla 2.3.1.3 um virka réttarvernd í ESB-rétti. Vísaði EFTA-dómstóllinn sérstaklega til meginreglnanna um jafngildi og skilvirkni sem dómstóll ESB hefur þróað í dómaframkvæmd sinni og studdist einkum við þau sjónarmið sem dómstóll ESB lagði til grundvallar í áðurnefndu máli *Unibet*.¹⁶⁸

Í ljósi áherslu EFTA-dómstólsins á einsleitni og jafnrétti einstaklinga og lögaðila að því er við kemur réttindum og réttarvernd, auk ítrekaðra tilvísana til dómaframkvæmdar dómstóls ESB, verður ekki annað séð en að dómstóllinn sé með dómi sínum að taka dómvenjuhelgaða reglu ESB-réttar um virka réttarvernd upp í EES-rétt. Dómstóllinn styðst í öllum meginatriðum við niðurstöðu dómstóls ESB í máli *Unibet*, að því frátöldu að hann áskildi sér ekki rétt til að mæla fyrir um sérstök úrræði í undantekningartilvikum, þar sem úrræði landsréttar uppfylla ekki skilyrði jafngildis og skilvirkni, líkt og dómstóll ESB gerir í *Unibet*. Því virðist ekki koma til greina að EFTA-dómstóllinn geti gert kröfu um tiltekin úrræði, óháð tilvist þeirra í landsrétti, líkt og dómstóll ESB hefur gert, t.a.m. í áðurnefndu máli *Factortame*.¹⁶⁹ Ljóst er að slík takmörkun á rétti EFTA-ríkjanna til að ákveða sjálf hvaða reglur gildi um lagalega vernd réttinda í landsrétti gengi þvert gegn sjónarmiðum EES-réttar um fullveldi og samstarf án framsals lagasetningarvalds. Því má ætla að sú regla sem EFTA-dómstóllinn beitti í máli *Beatrix Koch* sé frábrugðin fyrirmynd sinni í ESB-rétti að því leyti.

¹⁶⁸ Sjá efnisgreinar 121-136.

¹⁶⁹ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law*, bls. 279-280.

3.3.4 Mál nr. E-24/13 (Casino Admiral)¹⁷⁰

Ríkisstjórn Liechtenstein auglýsti útboð á sérleyfi til rekstrar spilahallar í febrúar 2011. Þegar tilboðsfrestur rann út höfðu tveir aðilar lagt fram tilboð, fyrirtækið Casino Admiral og Wolfgang Egger. Var í kjölfarið ákveðið að velja á milli aðilanna með því að reikna þeim stig í tilteknum flokkum sem tengdust hæfni þeirra til að reka spilahöll og sá aðili sem hlýti flest stig samanlagt fengi sérleyfið. Lauk ferlinu með því að Wolfgang Egger hlaut sérleyfið. Casino Admiral höfðaði mál fyrir stjórnarsýsludómstóli í Liechtenstein til ógildingar ákvörðuninnar og krafðist þess að sér yrði úthlutað sérleyfinu með dómi. Dómstóllinn ógilti ákvörðun ríkisstjórnarinnar um veitingu sérleyfisins en taldi ekki rétt að veita Casino Admiral sérleyfið. Niðurstaðan var sú að útboðið sjálft bryti gegn lögum, þar á meðal skilyrðum EES-réttar um gagnsæi og jafnræði aðila, m.a. sökum þess að ekki var fyrir séð hvernig samanburður aðilanna færi fram og hvaða viðmið væru lögð til grundvallar á þeim tíma þegar tilboðin voru lögð fram. Því þyrfti að halda nýtt útboð frá grunni. Við það voru fyrirvarsmenn Casino Admiral ósáttir og kærðu úrskurðinn til stjórnlagadómstólsins, m.a. með þeim rökum að engar EES-reglur giltu um útboð sérleyfa á borð við það sem deilt var um. Stjórnlagadómstóllinn ákvað að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á þremur spurningum um hvaða skilyrði slík útboð þyrftu að uppfylla til að standast kröfur EES-réttar. Þá spurði stjórnlagadómstóllinn hvaða ráðstafana grípa ætti til ef útboð stæðust ekki kröfur EES-réttar.

Svar EFTA-dómstólsins við fyrra álitaefninu var að þrátt fyrir að engin sérstök ákvæði hefðu verið sett um útboð af þessu tagi í EES-rétti giltu engu að síður um þau grundvallarreglur EES-réttar á borð við gagnsæi og jafnræði aðila. Af því leiddi að útboð mættu ekki vera með þeim hætti að viðmið og skilyrði sérleyfisveitinga breyttust með ófyrirsjáanlegum hætti eða vera þess eðlis að þau ógnuðu jafnræði aðila. Varðandi seinna álitaefnið, sem í raun var hvaða réttarræði stæðu aðilum til boða ef útboð stæðust ekki kröfur EES-réttar, ákvað EFTA-dómstóllinn að fylgja því fordæmi sem hann setti í máli *Beatrix Koch*. Taldi dómstóllinn að á þeim sviðum þar sem EES-réttur mælti ekki fyrir um nein sérstök réttarræði væri það í höndum ríkjanna sjálfra að kveða á um réttarræði í landsrétti. Reglur landsréttar þyrftu þó í fyrsta lagi að vera jafnhagstæðar aðilum og reglur sem giltu um sambærileg mál er vörðuðu réttindi landsréttar. Þá mættu þær ekki vera þess eðlis að það yrði ómögulegt eða óeðlilega erfitt fyrir aðila að framfylgja EES-réttindum sínum. Af því leiddi að ekki yrði endilega gerð krafa um að ógilda þyrfti útboð sem bryti í

¹⁷⁰ EFTAD, mál E-15/12, 29. ágúst 2014.

bága við skilyrði EES-réttar, heldur væri það hlutverk ríkjanna að kveða sjálf á um hvaða réttarráðgjafi stæðu til boða svo lengi sem þau tækju mið af reglunum um jafngildi og skilvirkni.¹⁷¹ Greinilegt er að EFTA-dómstóllinn byggði á sömu sjónarmiðum og lögð voru til grundvallar í máli *Beatrix Koch* og vísaði dómstóllinn til hans sem fordæmis með beinum hætti. Virðist dómstóllinn leitast við að fylgja sömu línu um rétt einstaklinga og lögaðila til virkra réttarráðgjafa samkvæmt reglunni um virka réttarvernd og bendir það til þess að reglan kunni að festast í frekar í sessi í dómaframkvæmd.

3.3.5 Samantekt

Enn sem komið er hefur lítið reynt á regluna um virka réttarvernd fyrir EFTA-dómstólnum og því er erfitt að afmarka með vissu afstöðu dómstólsins til hennar. Þrátt fyrir það gefa niðurstöður í málum *Beatrix Koch* og *Casino Admiral* til kynna að reglan muni ryðja sér til rúms í auknum mæli. Dómstóllinn verður að teljast nokkuð afgerandi í afstöðu sinni og viðleitni til að tryggja einstaklingum og lögaðilum sambærilega réttarvernd og sams konar aðilar njóta í ESB-rétti. Sést það með einna gleggstum hætti á því að dómstóllinn vísar af miklum móð til fordæma dómstóls ESB í máli *Beatrix Koch* til skýringar á því hvaða viðmið verði lögð til grundvallar við mat á því hvort réttarráðgjafi uppfylli skilyrði virkrar réttarverndar. Þannig byggir EFTA-dómstóllinn greinilega á fyrrgreindri reglu ESB-réttar og virðist í raun gera tilraun til að taka hana upp í EES-rétt eins og hún birtist í dómi dómstóls ESB í máli *Unibet*. Sá dómur hefur verið talinn gefa góða mynd af nógildandi afstöðu dómstóls ESB til meginreglunnar um virka réttarvernd í ESB-rétti og benda forsendur EFTA-dómstólsins í málu eimur eindregið til þess að ætlun dómstólsins sé að fylgja þeirri þróun eftir í EES-rétti.¹⁷²

Meta verður fyrirætlanir EFTA-dómstólsins með hliðsjón af forsendum hans í tengslum við einsleitnimarkmið EES-réttar að því er við kemur skilvirkni. Í upphafi röksemdafærslu sinnar áréttar dómstóllinn að markmiðinu um einsleitni verði ekki náð nema einstaklingar og lögaðilar njóti sömu réttinda hvar sem er innan EES. Af því leiði að einstaklingar og lögaðilar verði einnig að hafa sambærilegra möguleika á að framfylgja þeim réttindum og njóta þannig virkrar réttarverndar og jafns aðgangs að dómstólum eins og einstaklingar og lögaðilar í ESB-rétti.¹⁷³ Þessi útgangspunktur dómstólsins endurspeglar ríkjandi nálgun hans að því er við kemur skilvirknimiðaðri einsleitni og er hann lagður til grundvallar í fjölda nýrra dóma

¹⁷¹ Sjá efnisgreinar 69-75.

¹⁷² Sbr. umfjöllun um dóm í máli *Unibet* í kafla 2.3.1.3.

¹⁷³ Sjá efnisgreinar 116-117.

dómstólsins þar sem áhersla er lögð á að einstaklingar og lögaðilar njóti sömu réttinda innan EES.¹⁷⁴ Í ljósi þess verður að telja að dómstóllinn hafi í dómi sínum í málum *Beatrix Koch* gert tilraun til þess að innleiða sambærilega reglu um virka réttarvernd og talin er gilda í ESB-rétti með þeim viðmiðum sem lögð voru til grundvallar í máli *Unibet*.

Að því sögðu er þó rétt að árétta takmörk þeirrar reglu sem EFTA-dómstóllinn ætlar sér að taka upp í EES-rétt, samanborið við reglu ESB-réttar. Líkt og áður sagði áskilur EFTA-dómstóllinn sér ekki sambærilegar heimildir og dómstóll ESB til að ganga inn á valdsvið aðildarríkjanna til að ákveða sjálf hvaða reglur gildi um framfylgni réttinda EES-réttar í landsrétti. Virðist EFTA-dómstóllinn þannig ekki telja sér heimilt að krefjast beitingar úrræða sem ekki er að finna í landsrétti, líkt og dómstóll ESB getur, og hefur gert, í undantekningartilvikum. Þá skortir reglu EES-réttar um virka réttarvernd að öðru leyti tengingu við yfirþjóðlegar heimildir ESB-réttar líkt og Ólafur Í. Hannesson hefur bent á.¹⁷⁵ Að öllu óbreyttu verður regla EES-réttar um virka réttarvernd því ávallt veikari en fyrirmyndin í ESB-rétti að því er við kemur réttindum sem einstaklingar og lögaðilar leiða af óinnleiddum EES-reglum vegna þess eðlismunar sem er á réttarkerfum EES og ESB. Verður að líta svo á að þrátt fyrir viðleitni dómstólsins til að brúa það bil sem greina má í dómunum í málum *Beatrix Koch* og *Casino Admiral*.

Að endingu er rétt að benda á að grundvöllur reglunnar um virka réttarvernd og rétt einstaklinga og lögaðila til skilvirkra réttarúrræða hefur verið styrktur til muna með Lissabonsáttmálanum. Reglan er nú lögfest og hefur stöðu frumréttar ESB, bæði í 19. gr. SESB og 47. gr. mannréttindaskrár ESB. Í ljósi þess hafa fræðimenn talið að jafnvægið milli ákvörðunarvalds aðildarríkjanna á sviði réttarfars og réttarúrræða annars vegar og virkrar réttarverndar ESB-réttinda hins vegar muni breytast í þágu þess síðarnefnda.¹⁷⁶ Dómstóll ESB geti því gert auknar kröfur til aðildarríkjanna um að túlka landsrétt til samræmis við skyldur sínar til að tryggja einstaklingum og lögaðilum fullnægjandi réttarúrræði til að framfylgja þeim réttindum sem þeir leiða af ESB-rétti. Dómstóllinn hefur vísað til hinna nýfengnu lagastoða meginreglunnar í nýjum dómum sínum. Má þar nefna dóm dómstólsins í máli *DEB* þar sem réttur félagsins DEB til þess að bera skaðabótakröfu sína gegn þýska ríkinu fyrir dómstóla án hindrana var studdur með vísan til þeirra réttinda sem 47. gr. réttindaskrárinnar veitir lögaðilum jafnt sem einstaklingum.¹⁷⁷ Ætla má að sú þróun, sem fræðimenn sjá fyrir sér að reglan um virka réttarvernd í ESB-rétti taki, geti valdið því að hún

¹⁷⁴ Sú þróun verður rakin nánar í kafla 3.4.

¹⁷⁵ M. Elvira Méndez-Pinedo og Ólafur Í. Hannesson: *The authority of European law*, bls. 243.

¹⁷⁶ Sjá umfjöllun í kafla 2.3.1.4.

¹⁷⁷ Sjá efnisgrein 40.

muni fjarlægjast hina sambærilegu reglu EES-réttar enn frekar. Auk þess sem reglu EES-réttar skorti yfirþjóðleg áhrif ESB-réttar má gera ráð fyrir að skortur á jafnskýrum lagalegum grundvelli fyrir reglunni og nú er að finna í ESB-rétti geri EFTA-dómstólnum erfiðara fyrir að fylgja eftir þeirri þróun sem hugsanlega mun eiga sér stað innan ESB.

3.4 Aukin áhersla á skilvirkni og jöfn réttindi innan EES

Í þessum kafla er litið til þess hvort og þá að hvaða leyti EFTA-dómstóllinn hefur í dómum sínum lagt aukna áherslu á skyldu ríkjanna til að túlka landsrétt á þá leið að markmið EES-réttar náist. Fjallað er sérstaklega um áherslu dómstólsins á réttindi einstaklinga og lögaðila í EES-rétti og mikilvægi þess að þau séu sams konar hvar sem komið er innan EES. Í því samhengi eru reifaðir dómur þar sem sjónarmið um aðgengi að dómstólum koma til álita og það einnig í málum er varða málsmeðferðarreglur á stofnanastigi EES-réttar. Að endingu er leitast við að meta, út frá fyrirliggjandi dómafordæmum, hvernig EFTA-dómstóllinn beitir skilvirknireglunni og tengir sjónarmið um skilvirkni inn í umfjöllun um bæði efnisrétt og málsmeðferðarreglur EES-réttar.

3.4.1 Mál nr. E-13/11 (Granville)¹⁷⁸

Í málinu reyndi á reglur um samninga um lögsögu dómstóla í Liechtenstein. Félagið Granville, sem skráð var í Liechtenstein, hafði gert þjónustusamning við þrjú þýska ríkisborgara. Fólst samkomulag aðila í því að Granville hafði milligöngu um sölu hlutabréfa í eigu gagnaðilanna gegn greiðslu sölubóknunar. Í samningnum var ákvæði þess efnis að deilumál varðandi efni samningsins skyldu lúta lögum þess ríkis þar sem Granville hefði höfuðstöðvar sínar. Samningurinn var ekki skráður opinberri skráningu. Í landsrétti Liechtenstein var að finna ákvæði sem tóku til samninga um lögsögu dómstóla. Mæltu þau m.a. fyrir um að samningar milli innlendra og erlendra aðila, sem kvæðu á um lögsögu erlends dómstóls, öðluðust einungis gildi væru þeir skráðir opinberlega. Samkvæmt lögnum var ekki mögulegt að stefna aðilum frá Liechtenstein fyrir erlenda dómstóla án gilds samnings. Á þann hátt gerði ákvæðið greinarmun á aðilum eftir því hvort þeir væru frá Liechtenstein eða ekki. Granville höfðaði mál á hendur hinum þýsku viðskiptavinum sínum fyrir undirrétti í Liechtenstein til greiðslu sölubóknunar. Kröfðust viðskiptavinirnir frávísunar málsins á þeim forsendum að dómstólar í Liechtenstein hefðu ekki lögsögu í málinu. Studdu þeir kröfu sína þeim rökum að fyrrgreind lagaákvæði landsréttar fælu einnig í sér rétt aðila frá

¹⁷⁸ EFTAD, mál E-13/11, EFTACR 2012, bls. 400.

öðrum ríkjum EES til að vera ekki stefnt fyrir erlenda dómstóla, þar með dómstóla í Liechtenstein, án þess að gildur samningur þess efnis væri skráður opinberlega. Sú væri ekki raunin í þessu tilviki. Í kjölfar frávísunarkröfunnar spurði undirrétturinn í Liechtenstein EFTA-dómstóllinn ráðgefandi álits á því hvort erlendir aðilar innan EES gætu byggt sambærilegan rétt til að vera ekki stefnt fyrir dómstóla í Liechtenstein á ákvæðum laga sem veittu aðilum frá Liechtenstein rétt til að vera ekki stefnt fyrir erlenda dómstóla.

EFTA-dómstóllinn kaus að svara spurningu undirréttarins með hliðsjón af ákvæðum 36. gr. EES-samningsins um frelsi til að veita þjónustu. Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ákvæði laga brytu í bága við 36. gr. ef þau settu samningum um lögsögu dómstóla ólík skilyrði eftir því hvort um dómstóla í Liechtenstein eða í öðrum EES-ríkjum væri að ræða. Þannig fælu umþrætt ákvæði landsréttar í Liechtenstein í sér að aðilar frá Liechtenstein nytu meiri verndar gagnvart lögsóknum fyrir erlendum dómstólum en aðilar frá öðrum ríkjum EES. Taldi dómstóllinn ekki hafa verið sýnt fram á að slík mismunun væri réttlætt með fullnægjandi rökum og því stæðust slík ákvæði ekki kröfur 36. gr. EES-samningsins. Eftir að hafa komist að fyrrgreindri niðurstöðu áréttaði dómstóllinn skyldu EES-ríkjanna skv. 3. gr. EES-samningsins um samstarf af heilindum til að tryggja skilvirka beitingu EES-reglna í landsrétti. Í ljósi markmiða EES-samningsins bæri landsdómstólum því að leita allra leiða til að túlka landsrétt til samræmis við EES-rétt og í því skyni beita þeim túlkunaraðferðum sem heimilar eru að landsrétti til að ná fram markmiðum ákvæða EES-réttar. Vísaði dómstóllinn í þessu samhengi til fyrri dóms dómstólsins í *Sakamáli A*.¹⁷⁹

Af niðurstöðu dómstólsins í máli *Granville* má ráða að dómstóllinn leitist við að halda áfram á þeirri vegferð sem hann hóf í áður nefndu *Sakamáli A*, sem talið hefur verið marka stefnubreytingu dómstólsins í átt til strangari skyldu landsdómstóla til samræmdrar túlkunar.¹⁸⁰ Sterk áhersla á skyldu landsdómstóla til að leita allra mögulega leiða til að ná fram markmiðum EES-réttar og tryggja skilvirka framkvæmd hans með úrræðum landsréttar bendir til áframhaldandi þróunar í átt til aukinnar viðleitni dómstólsins til að bæta fyrir skort á beinum réttaráhrifum og forgangsráhrifum í EES-rétti.¹⁸¹

3.4.2 Mál nr. E-18/11 (*Irish Bank*)

Líkt og áður sagði fjallaði mál *Irish Bank* um áhrif þess að tilskipun var ranglega innleidd á grundvelli þýðingarvillu úr ensku yfir á íslensku. Komst EFTA-dómstóllinn að þeirri

¹⁷⁹ Sjá efnisgrein 52.

¹⁸⁰ Sjá umfjöllun í kafla 2.3.2.2.

¹⁸¹ Sjá nánar um þá þróun: M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 152.

niðurstöðu að þótt ranglega innleidd tilskipun EES-réttar gæti ekki haft bein réttaráhrif eða forgangsáhrif fram yfir ósamræmanlegan landsrétt, bæri landsdómstólum engu að síður að grípa til allra ráða sem valdheimildir þeirra leyfðu til að túlka landsrétt til samræmis við EES-rétt og ná þannig fram þeim markmiðum sem lagt var upp með við setningu tilskipunar. Byggði dómstóllinn niðurstöðu sína á þeirri forsendu að ef einstaklingar og lögaðilar nytu ekki sömu réttinda, hvort heldur sem þeir væru staddir í EFTA-ríki eða ESB-ríki þegar þeir þurfa að reiða sig á EES-rétt, verði markmiðinu um myndun öflugs og einsleits evrópsks efnahagssvæðis ekki náð.¹⁸² Í þessum orðum EFTA-dómstólsins felst kjarni þeirrar reglu sem nefna má skilvirknimiðaða einsleitni, þ.e. að landsdómstólum EFTA-ríkjanna beri að leitast við að tryggja EES-rétti, og þeim einstaklingsbundnu réttindum sem leiða má af honum, sömu virkni og þekkist í ESB-rétti. Sú virkni verði þó ekki tryggð samkvæmt reglum ESB-réttar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif, heldur verði þess í stað að ná fram sambærilegri virkni með túlkun landsréttar til samræmis við ákvæði EES-réttar, með þeim túlkunaraðferðum sem heimilar eru í landsrétti.

3.4.3 Mál nr. E-3/12 (*Stig Arne Jonsson*)¹⁸³

Stig Arne Jonsson var sænskur verkamaður sem bjó í Svíþjóð en stundaði vinnu í Noregi. Jonsson hafði aðsetur í Noregi á meðan á svokölluðum vinnutímabilum stóð en fór heim til Svíþjóðar þess á milli. Árið 2008 var Jonsson sagt upp störfum. Í kjölfarið sótti hann um atvinnuleysisbætur í Noregi, einkum vegna þess að hann sá fyrir sér að fá mun hærri bætur þar en í Svíþjóð. Umsókninni var hafnað á þeim forsendum að hann væri ekki búsettur í Noregi. Jonsson sætti sig ekki við niðurstöðuna og fór með málið fyrir dómstóla. Jonsson vann málið og var fenginn réttur til atvinnuleysisbóta í Noregi með dómi undirréttar en honum var síðar áfrýjað og var það áfrýjunardómstóllinn sem sendi EFTA-dómstólnum spurningu til ráðgefandi álits í málinu.

Spurning norska áfrýjunardómstólsins var efnislega sú hvort norsk lög, sem gerðu það að skilyrði fyrir rétti til atvinnuleysisbóta að bótaþegi væri staddur í Noregi, gengju gegn ákvæðum b-liðar 1. mgr. 71. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1408/71/EBE um beitingu almannatryggingareglna gagnvart launþegum og fjölskyldum þeirra sem flytjast milli aðildarríkja. Ekki var um að ræða skilyrði um fasta búsetu eða lögheimili í Noregi, þótt viðvera og búseta færi gjarnan saman. Í niðurstöðu sinni áréttaði EFTA-dómstóllinn að reglugerðinni væri ekki ætlað að samræma skilyrði fyrir rétti einstaklinga til

¹⁸² Sjá efnisgrein 122.

¹⁸³ *EFTAD, mál E-3/12, EFTACR 2013, bls. 136.*

atvinnuleysisbóta. EES-rikin hefðu því svigrúm til að setja eigin skilyrði fyrir veitingu atvinnuleysisbóta. Þrátt fyrir það bæri ríkjum að aðhafast innan þess svigrúms með hliðsjón af réttindum launþega til frjálsrar farar innan EES og með það að markmiði að tryggja virkni EES-samningsins í landsrétti. Þannig bæri dómstólum að standa vörð um samræmi og gagnkvæmni að því er varðaði réttindi sem einstaklingar leiddu af ákvæðum EES-réttar.¹⁸⁴

Að því sögðu komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ákvæði b-liðar 1. mgr. 71. gr. tilskipunarinnar veitti ríkjum ekki heimild til að setja það skilyrði fyrir rétti til atvinnuleysisbóta að bótaþegi dveldi í landinu. Niðurstaðan sjálf virðist ráðast af efnislegri túlkun ákvæða tilskipunar frekar en túlkun til samræmis við skilvirkniregluna eða sjónarmið um skilvirknimiðaða einsleitni. Eftir sem áður lagði dómstóllinn áherslu á það að einstaklingar nytu jafnra réttinda hvar sem er innan EES. Fylgdi dómstóllinn því eftir þeirri nálgun sem áréttuð var í máli *Irish Bank* og vísaði dómstóllinn til þess fordæmis í forsendum sínum.

3.4.4 Mál nr. E-15/12 (*Beatrix Koch*)

Í máli *Beatrix Koch* byggði EFTA-dómstóllinn niðurstöðu sína á sömu sjónarmiðum og í máli *Irish Bank* að því leyti að útgangspunkturinn var að tryggja bæri einstaklingum og lögaðilum réttindi innan EFTA-hliðarinnar sem væru jöfn þeim réttindum sem stæðu til boða innan ESB.¹⁸⁵ Til viðbótar bætti dómstóllinn því við í beinu framhaldi að aðgengi að dómstólum og virk réttarvernd væru óaðskiljanlegur hluti EES-réttar. Í því fælist að einstaklingar og lögaðilar yrðu að hafa sama rétt til að framfylgja réttindum sínum fyrir dómstólum, hvert sem komið væri innan EES. Með þessum orðum virðist dómstóllinn leggja upp með að reglan um skilvirknimiðaða einsleitni í EES-rétti geri kröfu um að einstaklingar og lögaðilar í EFTA-ríkjunum njóti bæði sömu réttinda og aðilar innan ESB og sömu réttarfarslegu úrræða til að framfylgja þeim.

3.4.5 Mál nr. E-4/11 (*Arnulf Clauder*)¹⁸⁶

Sóknaraðili málsins var Arnulf Clauder, þýskur ellilífeyrisþegi sem búsettur var í Liechtenstein. Hann hlaut tímabundið dvalarleyfi í landinu sem launþegi árið 1992 en árið 2002 hlaut hann varanlegt dvalarleyfi. Árið 2009 skildi hann við eiginkonu sína og giftist annarri konu árið 2010. Clauder sótti um varanlegt dvalarleyfi fyrir nýju eiginkonu sína, sem

¹⁸⁴ Sjá efnisgrein 60.

¹⁸⁵ Sjá efnisgrein 116.

¹⁸⁶ *EFTAD, mál E-4/11, EFTACR 2011, bls. 216.*

ekki hafði áður verið búsett í Liechtenstein, á grundvelli reglna um rétt dvalarleyfishafa til að sameinast fjölskyldum sínum í Liechtenstein. Stjórnvöld í Liechtenstein höfnuðu umsókn Clauder á þeim forsendum að fjárhagur hans dygði ekki til að framfleyta honum og eiginkonu hans, sem einnig var ellilífeyrisþegi, án aðstoðar velferðarkerfisins. Clauder fór með málið fyrir stjórnarsýsludómstól í Liechtenstein sem ákvað að leita álits EFTA-dómstólsins á því hvort 1. mgr. 16. gr. tilskipunar nr. 2004/38/EC, um rétt borgara sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna, veiti dvalarleyfishafa, sem er bótaþegi, rétt til að sameinast fjölskyldumeðlimi, þrátt fyrir að sá fjölskyldumeðlimur sé einnig bótaþegi. Ríkisstjórn Liechtenstein, með stuðningi ríkisstjórna Danmerkur og Hollands, andmælti slíkri túlkun 16. gr. tilskipunar á þeim forsendum að umrædd ákvæði tækju ekki til réttar sem fjölskyldumeðlimir leiddu af upphaflegum rétti dvalarleyfishafa til varanlegrar dvalar, heldur einungis slíks upprunalegs réttar. Af því leiddi að ríkjum væri frjálst að setja sjálft reglur og skilyrði fyrir rétti til sameiningar fjölskyldumeðlima, sem Liechtenstein hefði og gert með því að setja skilyrði um fyrri dvöl fjölskyldumeðlima. Því mótmælti Clauder með stuðningi ESA og framkvæmdastjórnar ESB m.a. á þeim forsendum að svo þröng túlkun á ákvæðum tilskipunarinnar, sem leiddi til þess að bótaþegum yrði meinað að sameinast fjölskyldumeðlimum sínum, stefndi markmiðum hennar og skilvirkni í voða.

EFTA-dómstóllinn taldi rétt að leysa úr ágreiningi málsins með hliðsjón af markmiðum tilskipunarinnar sem voru einkum, skv. aðfaraorðum hennar, að efla réttinn til frjálsrar farar og dvalar. Í ljósi þess væri ekki tækt að túlka ákvæði hennar þröngt eða með þeim hætti að það drægi úr skilvirkni hennar. Vísaði dómstóllinn að þessu leyti til dóms dómstóls ESB í máli *Metock (EBD, mál C-127/08, ECR 2008, bls. I-06241)* en þar sóttu fjórir þegnar ríkja utan ESB um dvalarleyfi á Írlandi sem makar dvalarleyfishafa. Í samræmi við niðurstöðu dómstóls ESB komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að það skerti réttinn til frjálsrar farar og búsetu ef EES-þegni, sem nyti óskilyrts og varanlegs dvalarleyfis í EES-ríki, væri ekki mögulegt að stofna þar fjölskyldu. Gengi sú niðurstaða gegn markmiðum tilskipunarinnar og drægi verulega úr skilvirkni hennar. Því bæri að túlka ákvæði 1. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar á þá leið að EES-þegn með ótímabundið dvalarleyfi í EES-ríki ætti rétt til þess að sameinast fjölskyldumeðlimi ótímabundið í því ríki, jafnvel þótt báðir aðilar væru bótaþegar.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Sjá efnisgreinar 33-50, einkum efnisgrein 46.

Þrátt fyrir að það sé ekki tekið skýrt fram í orðalagi dómsins hefur dómstóllinn í síðara máli talið þessa niðurstöðu fela í sér að dómstólar eigi ekki að beita reglum sem eru til þess fallnar að stefna því í voða að markmiðum tilskipunar verði náð og draga þannig úr skilvirkni hennar.¹⁸⁸ Með því virðist dómstóllinn undirstrika skyldu EES-ríkja til að tryggja með samræmdri túlkun að Clauder fengi notið þeirra réttinda sem leiða mætti af markmiðum tilskipunarinnar. Vert er að staldra við beitingu dómstólsins á meginreglunni um skilvirkni og athuga hvernig dómstóllinn túlkar efnisákvæði með hliðsjón af skilvirkni þeirra. Ákvæði 1. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar voru sannarlega þögul um afleiddan rétt maka EES-þegna sem njóra varanlegs dvalarleyfis og fjölluðu einungis um hinn sjálfstæða rétt EES-þegna til varanlegs dvalarleyfis. Dómstóllinn taldi aftur á móti að líta yrði til þess að ef bótáþega væri ekki mögulegt að dvelja í tilteknu EES-ríki ásamt maka sínum, væri um að ræða hindrun á rétti hans til frjálsrar farar og drægi það verulega úr virkni réttinda hans til varanlegrar dvalar. Því yrði að túlka ákvæði 1. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar á þá leið að hún fæli einnig í sér afleiddan rétt maka til varanlegrar dvalar í krafti upprunalegs dvalarleyfis samkvæmt 16. gr.

Í dómi EFTA-dómstólsins má skýrlega greina áhrif skilvirknireglunnar á niðurstöðu málsins. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að túlka bæri markmið tilskipunar um rétt til frjálsrar farar á þá leið að þau yrðu skilvirk í framkvæmd og slíkt væri ekki mögulegt ef dvalarleyfishafi ætti þess ekki kost að njóta réttar síns til varanlegrar dvalar með maka sínum. Er dómurinn til marks um áherslu EFTA-dómstólsins á skilvirkni EES-réttar og mikil áhrif skilvirknireglunnar í framkvæmd sem ná svo langt að mynda grundvöll túlkunar á efnisreglum EES-réttar.

3.4.6 Mál nr. E- 26/13 (Atli Gunnarsson)

Atli Gunnarsson og eiginkona hans voru íslenskir ríkisborgarar búsettir í Danmörku á árunum 2004-2009. Á þeim tíma voru einu tekjur þeirra örorkubætur Atla, sem greiddar voru af Tryggingastofnun ríkisins og atvinnuleysisbætur eiginkonu hans sem hún fékk greiddar á Íslandi. Atli fékk ekki að nýta sér persónuafslátt eiginkonu sinnar vegna tekna sinna á Íslandi sökum þess að þau báru ekki ótakmarkaða skattskyldu á Íslandi, þ.e. í raun vegna þess að þau höfðu ekki heimilisfesti á Íslandi. Atli höfðaði í kjölfarið mál til endurgreiðslu ofgreidds tekjuskatts að því marki sem persónuafsláttur eiginkonu hans hefði dregist frá þeim gjöldum. Málið fór fyrir Hæstarétt sem lagði tvær spurningar fyrir EFTA-dómstólinn til ráðgefandi álits. Spurði Hæstiréttur hvort það samræmdist 28. gr. EES-samningsins um frjálsa flutninga

¹⁸⁸ Sjá mál *Beatrix Koch*, efnisgrein 54.

launþega og 7. gr. tilskipunar nr. 2004/38/EB, um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna, að takmarka rétt til samnýtingar persónuafsláttar við heimilisfesti á Íslandi. Þá spurði hann einnig hvort það skipti máli fyrir niðurstöðuna að ákvæði 21. gr. SESB um ríkisborgararétt ESB („sambandsborgararétt“), sem tilskipunin er grundvölluð á, á sér enga hliðstæðu í EES-rétti.

Ríkisstjórnir Íslands og Noregs lögðu fram skriflegar athugasemdir í málinu og töldu 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB aðeins leggja skyldur á gistiríki, en ekki heimaríki, sem í þessu tilfelli var Ísland. Að auki var því haldið fram að 7. gr. tæki einungis til einstaklinga sem væru virkir á vinnumarkaði. Ákvæði hennar um sambandsborgararétt allra borgara ESB, virkra á vinnumarkaði sem óvirkra, ættu ekki við í EES-rétti. Atli Gunnarsson hélt því aftur á móti fram að tilskipun 2004/38/EB hefði ekki breytt neinu um réttarstöðu sína heldur gæti hann leitt rétt sinn til nýtingar persónuafsláttar eiginkonu sinnar af ákvæðum 28. gr. EES-samningsins. ESA taldi 28. gr. EES-samningsins ekki geta komið til greina sökum þess að Atli nýtti sér aldrei réttinn til frjálsrar farar á meðan hann var enn launþegi. Þá taldi ESA að ákvæðum 7. gr. tilskipunarinnar yrði ekki beitt gegn heimaríkinu. Þá væri ekki hægt að styðjast við fordæmi dómstóls ESB um málaferli gegn heimaríki í málum óvirkra í atvinnulífinu þar sem þeir dómur byggðu jafnan á ákvæðum 21. gr. SESB um sambandsborgararétt, en ekki ákvæðum tilskipunarinnar. Ekki væri unnt að túlka ákvæði 7. gr. tilskipunarinnar með rýmri hætti en í ESB-rétti á þá leið að hún legði einnig skyldur á heimaríki, heldur bæri að túlka þau með sama hætti og dómstóll ESB samkvæmt sjónarmiðum um einsleitni, þ.e. efnislega einsleitni. Framkvæmdastjórn ESB var á öðru máli og taldi 7. gr. kveða á um víðtækan rétt til frjálsrar farar og búsetu sem væri óháður sambandsborgararéttinum. Þá taldi framkvæmdastjórnin að ákvæði 7. gr. um rétt til frjálsrar fara og búsetu yrðu einskis virði ef þau heimiluðu heimaríki að hindra þá sem vildu nýta sér umrædd réttindi og því bæri ekki að túlka gildissvið 7. gr. svo þröngt.

EFTA-dómstóllinn taldi 28. gr. EES-samningsins ekki koma til álita þar sem Atli hafði ekki nýtt sér réttinn til frjálsrar farar sem launþegi heldur einungis eftir að hann hætti að vinna. Taldi dómstóllinn að svara yrði spurningunni með hliðsjón af ákvæðum tilskipunar 2004/38/EB og eldri tilskipunar um sama efni nr. 90/365/EBE, sem gildi í EES-rétti þar til hin fyrrnefnda tilskipun felldi hana úr gildi 1. mars 2009. Í raun svaraði dómstóllinn spurningunni út frá 1. gr. tilskipunar 90/365/EBE sem dómstóllinn taldi sérstaklega ætlað að veita einstaklingum, virkum á vinnumarkaði sem óvirkum, búseturétt í öðru ríki en heimaríki sínu. Í því fælist eðli málsins samkvæmt flutningur frá heimaríkinu sem ætla yrði að heimaríkjum væri óheimilt að hindra. Þá taldi dómstóllinn að inntak 1. gr. tilskipunar

90/365/EBE hefði verið haldið við í 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB og því bæri að túlka ákvæði 7. gr. á sama hátt, þ.e. á þá leið að hún heimilaði ekki hindranir á búseturétti einstaklinga af hendi heimaríkis. Þá taldi dómstóllinn það engu breyta þótt tilskipun 2004/38/EB hefði verið sett með stoð í 21. gr. SESB um sambandsborgararétt. Rétturinn til búsetu sem 1. gr. tilskipunar 90/365/EBE og síðar 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB væri óháður sambandsborgararéttinum.¹⁸⁹ Með fyrrgreindum rökum komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að það samræmdist hvorki ákvæðum 1. gr. tilskipunar 90/365/EBE né 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB að ríki gefi hjónum sem búsett eru í öðru EES-ríki ekki kost á að hagnýta persónuafslátt hvors annars til jafns við aðra einstaklinga sem búsettir eru í heimaríkinu, við þær aðstæður sem uppi voru í málinu.

Mál *Atla Gunnarssonar* snerist einkum um túlkun á efnisreglum EES-réttar og hvaða áhrif það hefði á niðurstöðu málsins að í ESB-rétti má finna reglur um sambandsborgararétt sem veita óvirkum einstaklingum á vinnumarkaði viðtækan rétt til frjálsrar farar. Þeim rétti er aftur á móti ekki fyrir að fara í EES-rétti. Var þeim rökum haldið fram í málinu að sjónarmið um efnislega einsleitni leiddu til þeirrar niðurstöðu að 7. gr. yrði ekki túlkuð á þann hátt að hún legði skyldur á heimaríki, frekar en í ESB-rétti þar sem skuldbindingar heimaríkja leiddu af ákvæðum 21. gr. SESB um sambandsborgararétt. Dómstóllinn var á öðru máli og taldi rétt þann, sem 1. gr. tilskipunar 90/365/EBE og 7. gr. tilskipunar 2004/38/EB veittu óvirkum einstaklingum til búsetu í öðrum EES-ríkjum, vera óháðan sambandsborgararéttinum. Þrátt fyrir að það yrði ekki lesið beint úr texta ákvæðanna að þau kæmu í veg fyrir að heimaríki gætu lagt hindranir í götu einstaklinga, yrði að líta svo á að réttindi þau sem tilskipunin veitti þeim væru marklaus ef þau yrðu túlkuð á annan hátt. Virðist EFTA-dómstóllinn styðjast við nokkuð framsækna markmiðsskýringu í ætt við þá sem lögð var til grundvallar í máli *Arnulf Clauder*. Útgangspunkturinn var skilvirkni þeirra réttinda sem tilskipuninum var ætlað að veita einstaklingum sem óvirkir voru á vinnumarkaði og var niðurstaðan sú að það drægi verulega úr virkni réttindanna ef ákvæði tilskipananna væru túlkuð svo þröngt að þau bönnuðu ekki heimaríkjunum að hindra flutning viðkomandi einstaklinga innan EES. Virðist dómstóllinn með þessu hafa gengið nokkuð langt við það að tryggja óvirkum einstaklingum á vinnumarkaði á borð við *Atla Gunnarsson* sömu réttindi og sambærilegir aðilar njóta innan ESB.

¹⁸⁹ Sjá efnisgreinar 77-79.

3.4.7 Mál nr. E-3/11 (*Pálmi Sigmarsson*)¹⁹⁰

Forsaga málsins var sú að í október 2008 voru þrjár stærstu viðskiptabankar Íslands teknir yfir af Fjármálaeftirlitinu og íslenska efnahagskerfið tók á sig mikið högg í kjölfarið. Til að bregðast við ástandinu og koma í veg fyrir gengishrun íslensku krónunnar fékk Seðlabanki Íslands lagaheimild til að koma á gjaldeyrishöftum, sem bankinn og gerði. Samkvæmt þeim reglum gildi m.a. skýrt bann við því að flytja íslenskar krónur, sem aflað var á aflandsmörkuðum, inn í landið. Þar sem um var að ræða frávik frá fjórfrelsisreglu EES-réttar um frjálst flæði fjármagns sem studdist við undanþáguheimild 43. gr. EES-samningsins, fóru reglurnar í tilkynningarferli samkvæmt 44. og 45. gr. samningsins þar sem bæði fastanefnd EFTA og sameiginlegu EES-nefndinni var tilkynnt um setningu reglnanna. Voru aðgerðir íslenska ríkisins og Seðlabankans talin studd fullnægjandi rökum og gerði hvorug nefndin athugasemdir við útfærslu þeirra. Það gerði aftur á móti Pálmi Sigmarsson, íslenskur ríkisborgari sem búsettur var í Bretlandi. Hann hafði sótt um undanþágu frá gjaldeyrishöftum til að flytja til landsins u.þ.b. 16.400.000 aflandskrónur en beiðninni var hafnað. Taldi Pálmi að ákvörðun Seðlabankans væri ólögmæt og gengi bæði gegn íslenskum lögum og ákvæðum EES-réttar. Við meðferð málsins taldi héraðsdómur Reykjavíkur nauðsynlegt að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því álitaefni hvort það samræmdist ákvæðum 43. gr. EES-samningsins, um undanþágur frá 40. gr. samningsins um frjálst flæði fjármagns, að íslenska ríkið meinaði íslenskum ríkisborgara að flytja aflandskrónur inn í landið.

Það sem skiptir mestu máli í dómi EFTA-dómstólsins í máli *Pálma Sigmarssonar* er niðurstaða hans varðandi álitaefni um lögsögu dómstólsins í málinu. Bæði Seðlabankinn og íslenska ríkið héldu því fram að álitaefni sem þetta félli utan lögsögu dómstólsins og að það væri á valdi fastanefndar EFTA og sameiginlegu EES-nefndarinnar að leggja mat á aðgerðir af því tagi sem deilt var um í málinu. Því var EFTA-dómstóllinn ósammála og taldi ekkert benda til þess að ákvæði EES-samningsins um starfsemi fastanefndar EFTA eða sameiginlegu EES-nefndarinnar væri undanþegið lögsögu EFTA-dómstólsins. Þá áréttaði dómstóllinn að 40. gr. veitti einstaklingum og lögaðilum innan EES ákveðin réttindi. Vísaði hann til markmiðs EES-samningsins um að tryggja jafnræði og jafna samkeppnisstöðu aðila á öllu efnahagssvæðinu og möguleika til að fá því framfylgt að slíks jafnræðis væri gætt í framkvæmd, þ.m.t. fyrir dómstólum. Aðgengi að dómstólum væri grundvallarþáttur í EES-rétti og nauðsynlegt til að framfylgja réttindum sem einstaklingar og lögaðilar leiða af ákvæðum EES-réttar. Þótt dómstóllinn féllist á að ákveðið misræmi væri á milli ákvæða EES-

¹⁹⁰ EFTAD, mál E-3/11, EFTACR 2011, bls. 430.

réttar og ESB-réttar í tengslum við undanþágur frá reglum um frjálst flæði fjármagns, að því leyti að ákvæði 44. gr. um sérstakt tilkynningaferli fyrir fastanefnd EFTA og sameiginlegu EES-nefndinni ættu sér ekki hliðstæðu í ESB-rétti, taldi dómstóllinn að líta yrði til þess að reglurnar um frjálst flæði fjármagns væru í meginatriðum þær sömu beggja megin. Í ljósi þess sem að framan er getið taldi dómstóllinn sig hafa lögsögu til að endurskoða ráðstafanir sem gerðar eru samkvæmt 43. gr. EES-samningsins.¹⁹¹

Niðurstaða EFTA-dómstólsins um eigin lögsögu í máli *Pálma Sigmarssonar* byggir á áður nefndum meginreglum um aðgengi að dómstólum og jafna möguleika einstaklinga og lögaðila til að framfylgja þeim réttindum sem þeir leiða af ákvæðum EES-réttar. Umræddar reglur hafa aðra birtingarmynd í málinu en t.a.m. í máli *Beatrix Koch*, þar sem um var að ræða aðgengi að landsdómstólum með hliðsjón af skilvirknimiðaðri einsleitni. Í máli *Pálma Sigmarssonar* birtast reglurnar í líki sjónarmiða um einsleitni í málsmeðferð, þ.e. að túlka beri málsmeðferðarreglur, og þar með reglur um lögsögu og valdsvið EFTA-dómstólsins, til samræmis við þær reglur sem gilda um dómstól ESB. Dómstóll ESB getur samkvæmt ákvæðum 263. gr. SSES endurskoðað ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB í svokölluðum ógildingarmálum og hefur, að mati sumra, tekið sér efnislega sambærilegt vald í forúrskurðarmálum.¹⁹² Taldi EFTA-dómstóllinn að þrátt fyrir að ákveðið misræmi væri milli málsmeðferðarreglna í EES-rétti og ESB-rétti, yrði ekki litið svo á að EFTA-dómstóllinn væri ekki bær til þess að endurskoða ákvarðanir á borð við þær sem deilt var um í málinu.

Dómur dómstólsins í máli *Pálma Sigmarssonar* gefur ágæta mynd af því hvernig sjónarmið um framfylgni réttinda í EES-rétti og aðgengi að dómstólum getur lagt grunninn að niðurstöðu dómstólsins um að gæta einsleitni í málsmeðferð. Líta má á dóminn sem eina af birtingarmyndum þeirrar þróunar sem á sér stað í EES-rétti í átt að aukinni réttarvernd einstaklinga og lögaðila með áherslu á aðgengi að dómstólum og virkum möguleikum til að framfylgja réttindum sínum, einnig fyrir EFTA-dómstólnum sjálfum.

3.4.8 Mál nr. E-14/11 (*DB Schenker*)¹⁹³

DB Schenker, sem var í raun þrjú málsaðilar sem mynduðu fyrirtækjasamsteypu með sama nafni, höfðaði mál fyrir EFTA-dómstólum og krafðist ógildingar á ákvörðun ESA um að hafna beiðni aðilanna um aðgang að rannsóknargögnum sem tengdust ákvörðun ESA í máli nr. 34250 (*Norway Post / Privpak*). ESA hafnaði beiðni DB Schenker á þeim forsendum að í

¹⁹¹ Sjá efnisgreinar 28-31.

¹⁹² Dóra Guðmundsdóttir: „Case E-3/11 Sigmarsson v. the Central Bank of Iceland, Judgment of the EFTA Court of 14 December 2011“, bls. 2027-2028.

¹⁹³ EFTAD, mál E-14/11, EFTACR 2012, bls. 1178.

gögnunum væri að finna viðkvæmar persónuupplýsingar sem ekki mætti veita aðgang að. Byggði ESA á reglum um almennan aðgang að skjölum sem settar voru með ákvörðun ESA nr. 407/08/COL frá 27. júní 2008.

Við meðferð málsins bar ESA fyrir sig að reglurnar um almennan aðgang að skjölum væru, þrátt fyrir að endurspeglar reglugerð ESB-réttar nr. 1049/2001 að miklu leyti, sjálfstæðar reglur sem ekki væru hluti EES-réttar. Af því leiddi að sjónarmið um einsleitni og túlkun til samræmis við sambærileg ákvæði ESB-réttar kæmu ekki til álita í málinu.¹⁹⁴ Því var EFTA-dómstóllinn ósammála og benti á að þótt reglur ESA tækju sambærilegar málsmeðferðarreglur ESB-réttar ekki upp berum orðum, yrði engu að síður að túlka þær með hliðsjón af markmiðinu um einsleitni. Í kjölfarið áréttaði dómstóllinn þau sjónarmið sem lögð voru til grundvallar í dómi í máli *Irish Bank*, sem og fleirum sem getið er í þessum kafla, um að markmiðum um einsleitni yrði ekki náð nema einstaklingar og lögaðilar í EFTA-ríkjum nyttu sömu réttinda og hliðstæður þeirra í ESB-rétti.¹⁹⁵ Ályktaði dómstóllinn því að leggja bæri fyrrgreind sjónarmið til grundvallar í málinu og ógilti ákvörðun ESA.

Í máli *DB Schenker* áréttaði EFTA-dómstóllinn enn og aftur þær áherslur, sem sjá má í mörgum nýlegum dómum dómstólsins, á að einstaklingar og lögaðilar verði að njóta sömu réttinda hvert sem komið er innan EES og að þeir njóti einnig sömu möguleika til að framfylgja þeim réttindum, bæði í landsrétti og fyrir stofnunum EES.

3.4.9 Samantekt

Í þessum kafla voru reifaðir dómar sem renna stoðum undir þá kenningu að merkja megi aukna áherslu EFTA-dómstólsins á skyldu ríkja til að tryggja skilvirkni EES-réttar í landsrétti. Í máli *Granville* fylgir dómstóllinn þeirri línu sem hann lagði sjálfur í Sakamáli A og leggur þá skyldu á landsdómstóla að beita öllum mögulegum aðferðum til að tryggja virkni EES-réttar í landsrétti með samræmdri túlkun. Í málum *Irish Bank*, *Stig Arne Jonsson* og *Beatrix Koch* tengir dómstóllinn skilvirkniregluna við grundvallarmarkmið EES-réttar um einsleitni með því að leggja til grundvallar í niðurstöðum sínum að tryggja verði að einstaklingar og lögaðilar innan EFTA-stoðarinnar njóti sömu réttinda og einstaklingar og lögaðilar innan ESB-stoðarinnar. Í því fælist einnig að réttarfarsleg úrræði þeirra til verndar umræddum réttindum, og ekki síst aðgengi þeirra að dómstólum, þyrftu einnig að vera sambærileg.

¹⁹⁴ Sjá efnisgreinar 102-103.

¹⁹⁵ Sjá efnisgrein 118.

Áhersla á einstaklingsbundin réttindi og rétt einstaklinga og lögaðila til að framfylgja þeim með sama hætti og stendur til boða í ESB-rétti kemur ekki einungis við sögu í málum þar sem reynir á virkni EES-réttar í landsrétti ríkjanna, heldur einnig í málum þar sem reynir á túlkun málsmeðferðarreglna á stofnanastigi EES. Byggði EFTA-dómstóllinn á þeim grunni í máli *Pálma Sigmarssonar*, þar sem deilt var um lögsögu dómstólsins í málum er heyrðu einnig undir endurskoðunarvald fastanefndar EFTA og sameiginlegu EES-nefndarinnar, og einnig í máli *DB Schenker*, þar sem reyndi m.a. á það, hvort túlka ætti málsmeðferðarreglur um aðgengi að málgögnum í máli ESA gegn norsku póstpjónustunni, til samræmis við sambærilegar en að sumu leyti efnislega frábrugðnar málsmeðferðarreglur í ESB-rétti. Voru niðurstöður í báðum málum m.a. byggðar á sjónarmiðum um jafnt aðgengi einstaklinga og lögaðila að dómstólum og eru dómarnir til marks um það að þau sjónarmið eigi jafnt við um framfylgni einstaklingsbundinna réttinda á stofnanastigi EES-réttar líkt og í landsrétti.

Af öllu ofangreindu má ráða að EFTA-dómstóllinn leggi mikið upp úr því að skilvirkni EES-réttar sé tryggð og auk þess að réttindi einstaklinga og lögaðila séu þau sömu í EES-rétti og ESB-rétti. Kemur sú stefna einnig skýrt fram í þeim dómum sem raktir hafa verið í köflunum hér að framan og ætla má að þeir gefi nokkuð glögga mynd af ríkjandi áherslum dómstólsins. Sambærilegar áherslur má einnig greina í dómum dómstóls ESB og má þar nefna til dæmis dóm í máli *Bretlands gegn ráðinu (EBD, mál C-431/11, 26. september 2013)*. Í málinu var deilt um hvort ákvörðun ráðsins nr. 2011/407, um afstöðu ESB innan sameiginlegu EES-nefndarinnar, hefði verið tekin á grundvelli rétrar lagastoðar. Ákvörðunin var þess efnis að afstaða ESB innan sameiginlegu EES-nefndarinnar væri sú að teknar yrðu upp í EES-rétt reglugerðir ESB nr. 883/2004/EB, um beitingu almannatryggingareglna gagnvart launþegum, sjálfstætt starfandi einstaklingum og fjölskyldum þeirra sem flytjast milli aðildarríkja, og 988/2009/EB, um breytingu reglugerðar 883/2004/EB. Var þeim reglugerðum ætlað að koma í stað eldri reglugerða nr. 1408/71/EBE og 574/72/EBE um sama efni. Byggði ráðið ákvörðun sína á grundvelli 48. gr. SSESB um ráðstafanir á sviði almannatrygginga. Bretland taldi 48. gr. ekki fullnægjandi lagagrundvöll fyrir slíkri ákvörðun þar sem hún veitti ráðinu einungis heimild til að grípa til aðgerða að því er varðar ríkisborgara aðildarríkja ESB en ekki þriðju ríkja líkt og EFTA-ríkjanna. Við mat á því hvort 48. gr. væri réttur lagagrundvöllur fyrir umrædda ákvörðun, leit dómstóllinn til markmiða EES-samningsins um að opna innri markaðinn fyrir EFTA-ríkjunum og að tryggja jöfn skilyrði og jafna beitingu fjórfrelsis- og samkeppnisreglna innan EES. Væru umræddar reglugerðir ekki teknar upp í EES-rétt, væri þessum markmiðum stefnt í voða. Í ljósi þess

væri 48. gr. réttur lagagrundvöllur ákvörðunar um að taka þær upp í EES-rétt.¹⁹⁶ Nicolas Renuy og Peter Van Elsuwege telja þessa niðurstöðu til marks um það að túlkun 48. gr. SSESB réðist að miklu leyti af túlkun EES-samningsins og markmiða hans um að tryggja að sömu aðstæður eða réttindi þau, sem reglugerðunum var ætlað að veita einstaklingum og lögaðilum, giltu á öllu efnahagssvæðinu. Að mati þeirra er dómurinn til marks um framsækna þróun EES-samstarfsins í átt til frekari samruna sem drifin sé áfram af markmiðinu um einsleitni og jafna stöðu einstaklinga og lögaðila.¹⁹⁷ Bendir niðurstaðan til þess að dómstóll ESB sé á sambærilegri línu og EFTA-dómstóllinn og hann leggi töluvert upp úr því að tryggja einsleitni milli réttarkerfa og jafna stöðu einstaklinga og lögaðila alls staðar innan EES.

3.5 Meginreglan um skaðabótaskyldu ríkjanna

3.5.1 Mál nr. E-2/2012 (HOB-vín)¹⁹⁸

Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins („ÁTVR“) hafnaði umsókn HOB-vína ehf. um að taka til sölu vörur HOB-vína á grundvelli greinar 5.10 í vöruvalsreglum ÁTVR, m.a. með vísan til kynferðislegra undirtóna á umbúðum. Þá gerði ÁTVR kröfu um að umbúðir tiltekinnna áfengra drykkja skyldu merktar sérstaklega með upplýsingum um að um áfengan drykk væri að ræða skv. ákvæðum 8. gr. reglugerðar nr. 828/2005 um framleiðslu, innflutning og heildsölu áfengis í atvinnuskyni. HOB-vín höfðuðu mál á hendur ÁTVR fyrir héraðsdómi til ógildingar ákvarðananna auk greiðslu skaðabóta vegna þess tjóns sem fyrirtækið beið vegna þeirra. Við meðferð málsins lagði héraðsdómur Reykjavíkur fimm spurningar fyrir EFTA-dómstólinn til ráðgefandi álits. Var álitafnið einkum það hvort heimilt væri, í skjóli einokunarstöðu ríkisins, að gera kröfu um umræddar merkingar og að hafna því að taka tilteknar vörur, sem væru löglega framleiddar og markaðssettar í öðrum EES-ríkjum, til sölu á þeim forsendum að umbúðir og áletranir vörunnar fælu í sér gildishlaðnar og ómálefnalegar upplýsingar. Þá spurði dómstóllinn einnig álits á því hvort skilyrði skaðabótaskyldu væru uppfyllt, að því gefnu að lög og stjórnvaldsfyrirmæli landsréttar stæðust ekki kröfur EES-réttar.

Dómstóllinn svaraði framangreindum spurningum með hliðsjón af ákvæðum tilskipunar nr. 2000/13/EB um samræmingu laga aðildarríkjanna um merkingu, kynningu og auglýsingu

¹⁹⁶ Sjá efnisgreinar 50-60.

¹⁹⁷ Nicolas Renuy and Peter Van Elsuwege: „Integration without membership and the dynamic development of EU law: *United Kingdom v Council (EEA)*“, bls. 953-954.

¹⁹⁸ EFTAD, mál E-2/12, EFTACR 2013, bls. 816.

matvæla. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að fyrrgreind ákvæði vöruvalsreglna ÁTVR og reglugerðar um framleiðslu, innflutning og heildsölu áfengis í atvinnuskyni gengju gegn ákvæðum tilskipunar 2000/13/EB. Í kjölfarið tók dómstóllinn til skoðunar hvort skilyrði skaðabótaskyldu væru uppfyllt. Áréttaði hann í upphafi að reglan um skaðabótaskyldu EFTA-ríkjanna vegna brota vegna vanrækslu á skyldum sínum væri meginregla í EES-rétti. Þá tók dómstóllinn sérstaklega fram að vegna þess að um væri að ræða sérstaka reglu EES-réttar en ekki sömu reglu og gildi í ESB-rétti, væri ekki loku fyrir það skotið að beiting hennar væri frábrugðin þeirri sem dómstóll ESB leggur til grundvallar.¹⁹⁹ Um áhrif tilskipunar 2000/13/EB á mat dómstólsins á skilyrðum skaðabótaskyldu ríkisins tók hann fram að það væri málinu óviðkomandi hvort tilskipunin hefði verið innleidd í landsrétt eða ekki. Einstaklingar og lögaðilar yrðu að geta borið fyrir sig meginregluna um skaðabótaskyldu til að framfylgja þeim réttindum sem þeir leiða af ákvæðum tilskipunar sem tekin hefur verið upp í EES-rétt, óháð innleiðingu einstakra ríkja í landsrétt sinn. Af því leiddi að brot gegn ákvæðum óinnleiddrar tilskipunar gæti verið grundvöllur skaðabótaábyrgðar ríkisins, hefði hún tekið gildi í EES-rétti.²⁰⁰ Komst dómstóllinn að lokum að þeirri niðurstöðu að tilskipun 2000/13/EB veitti einstaklingum og lögaðilum réttindi og skaðabótaábyrgð ríkisins kæmi til greina ef íslenskir dómstólar kæmust að þeirri niðurstöðu að brot ríkisins hafi verið nægilega alvarlegt og það hafi valdið HOB-vinum tjóni.

3.5.2 Mál nr. E-2/10 (Þór Kolbeinsson)

Í máli Þórs Kolbeinssonar reyndi sem fyrr segir á það hvort ákvæði íslensks réttar stæðust kröfur EES-réttar um jafngild og skilvirk réttarúrræði sem einstaklingum og lögaðilum þyrftu að standa til boða til að framfylgja réttindum þeim sem þeir kynnu að leiða af ákvæðum EES-réttar. Var niðurstaðan sú að ákvæði íslensks skaðabótaréttar um missi bótaréttar launþega vegna eigin sakar, óháð sök vinnuveitanda sem ekki uppfyllir þær kröfur sem ákvæði EES-reglna gera til hans, væru þess valdandi að virkni ákvæða tilskipunarinnar væri ekki tryggð með fullnægjandi viðurlögum gagnvart vinnuveitanda.

Í svari sínu við annarri spurningu héraðsdóms Reykjavíkur reifaði dómstóllinn sjónarmið EES-réttar um það hvort íslenska ríkið væri í kjölfarið skaðabótaskyldt gagnvart Þór Kolbeinssyni. Taldi Þór að ríkið væri bótaskyldt vegna brota Hæstaréttar á þeim grundvelli að rétturinn hefði beitt EES-reglum með röngum hætti í fyrra skaðabótamáli sínu gegn vinnuveitandanum. Það hefði rétturinn gert með því að túlka landsrétt ekki til samræmis við

¹⁹⁹ Sjá efnisgreinar 119-120.

²⁰⁰ Sjá efnisgrein 128.

ákvæði tilskipunarinnar, þrátt fyrir að slík túlkun hefði verið vel möguleg sökum sveigjanleika íslenskra reglna um eigin sök tjónþola.²⁰¹ Byggði Þór því á að ríki gæti orðið skaðabótaskyldt vegna athafna dómstóla líkt og þekkest í ESB-rétti og staðfest var með áðurnefndum dómi dómstóls ESB í máli *Gerhard Köbler*. EFTA-dómstóllinn taldi aftur á móti að í spurningu héraðsdóms Reykjavíkur væri gengið út frá því að um brot af hálfu löggjafans væri að ræða. Því féllu álitaefti um ranga beitingu dómstóla utan gildissviðs spurningarinnar. Að því sögðu áréttaði dómstóllinn þó að til þess að ríki gæti talist skaðabótaskyldt samkvæmt EES-rétti vegna brots dómstóla, þyrfti brotið, hvað sem öðru liði, að vera augljóst í eðli sínu. Því til stuðnings vísaði dómstóllinn í mál *Gerhard Köbler*.²⁰² Er hér um að ræða *obiter dictum* EFTA-dómstólsins sem erfitt er að skilja á annan hátt en að dómstóllinn hafi að minnsta kosti gefið því undir fótinn að slík ábyrgð komi til greina í EES-rétti. Verður nánar fjallað um það síðar. Að lokum komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að EES-reglu, sem takmarkaði möguleika EES-ríkjanna til að setja reglur um lagalegar afleiðingar eigin sakar tjónþola, væri augljóslega ætlað að veita einstaklingum réttindi.²⁰³ Ljóst væri að ef niðurstaða íslenskra dómstóla yrði á þá leið að umrædd ákvæði íslensks réttar stæðust ekki kröfur EES-réttar, væri um beint orsakasamband að ræða milli brots og fjártjóns tjónþola. Því væri ríkið skaðabótaskyldt samkvæmt EES-rétti að því gefnu að dómstólar mætu brot ríkisins nægilega alvarlegt.

3.5.3 Samantekt

Dómur EFTA-dómstólsins í máli *Þórs Kolbeinssonar* er einkum merkilegur fyrir þær sakir, sem áður hafa verið reifaðar, að dómstóllinn beitti reglunni um virka réttarvernd þegar hann mat hvort réttarúrræði landsréttar standist kröfur EES-réttar um jafngildi og skilvirkni. Taldi dómurinn að svipting bótaréttar launþega á grundvelli eigin sakar með þeim hætti sem gert var í málinu stæðist ekki kröfur um skilvirkni viðurlaga, eða réttarúrræða, vegna brota vinnuveitanda, nema í undantekningartilvikum. Væri því um að ræða brot af hálfu löggjafans, sem ekki var talinn hafa innleitt ákvæði EES-réttar á fullnægjandi hátt. Af niðurstöðu dómsins má ráða að ef ekki er mögulegt að túlka reglur landsréttar um réttarúrræði einstaklinga og lögaðila til samræmis við EES-rétt, á þá leið að þær uppfylli kröfur reglunnar um virka réttarvernd, sé um bótaskyldt brot að ræða. Skaðabótaskyldan standi því til fyllingar

²⁰¹ Sjá efnisgrein 65.

²⁰² Sjá efnisgrein 77.

²⁰³ Sjá efnisgrein 79.

reglunni um virka réttarvernd þegar sú síðarnefnda dugir ekki til að tryggja fullnægjandi vernd réttinda.

Líkt og fram kom í köflum 3.2 og 3.3 hefur EFTA-dómstóllinn leitast við að veita óinnleiddum tilskipunum aukin áhrif í landsrétti með því að gera kröfu um að ríki tryggi að jafngild og skilvirk réttarúrræði séu til staðar til stuðnings EES-réttindum einstaklinga og lögaðila. Þá ber landsdómstólum að túlka landsrétt til samræmis við EES-rétt af fremsta megni. Í dómi sínum í máli *HOB-vína* sló EFTA-dómstóllinn því föstu að EES-regla bindi EFTA-ríkin frá þeim tímapunkti þegar hún tekur gildi samkvæmt 104. gr. EES-samningsins og geti ríkin orðið skaðabótaskyld bregðist þau skyldum sínum til að veita umræddum EES-reglum fullnægjandi virkni. Af dómi dómstólsins í máli *Beatrix Koch* má ráða að sú skylda vakni um leið og tilskipun tekur gildi til bráðabirgða og að litið sé svo á að frá þeim tímapunkti veiti ákvæði hennar einstaklingum og lögaðilum réttindi sem ríkjunum beri að tryggja þeim. Vera kann að þau viðmið sem dómstóllinn leggur til grundvallar í nýlegri dómaframkvæmd leiði til þess að ríki verði álitid skaðabótaskyld fyrir að tryggja ekki viðunandi réttarúrræði og málsmeðferð vegna brota gegn ákvæðum tilskipana sem eingöngu hafa tekið gildi til bráðabirgða og ríki ber því í raun ekki skylda til að innleiða þá þegar. Aftur á móti virðist hafa verið gengið út frá því hingað til að skaðabótaskyldan vakni við endanlega gildistöku réttargerða í EES-rétti, sbr. dóm í máli *HOB-vína*.²⁰⁴ Hér kann að vera um breytingu á gildandi rétti að ræða og það verður að minnsta kosti að teljast rökrétt niðurstaða miðað við nýja dóma EFTA-dómstólsins, einkum ef dómur í málum *Beatrix Koch* og *Þórs Kolbeinssonar* eru skýrðir til samræmis við hvorn annan.

Auk umfjöllunar um virka réttarvernd er dómur EFTA-dómstólsins í máli *Þórs Kolbeinssonar* einnig áhugaverður sökum tilvísunar hans til dóms dómstóls ESB í máli *Gerhard Köbler*, þar sem dómstóllinn staðfesti skaðabótaábyrgð aðildarríkja ESB vegna brota dómstóla. Hingað til hefur EFTA-dómstóllinn ekki tekið afstöðu til slíkrar skaðabótaábyrgðar. Þrátt fyrir að dómstóllinn tæki skýrt fram að spurning héraðsdóms Reykjavíkur hafi ekki snúið að því hvort ríki gætu borið skaðabótaábyrgð vegna brota dómstóla, taldi dómstóllinn engu að síður ástæðu til þess að hafa nokkur orð um efnið í formi *obiter dictum*. Áréttaði dómstóllinn að til þess að ríki gæti talist skaðabótaskyld samkvæmt EES-rétti vegna brots dómstóla, þyrfti brotið að vera augljóst í eðli sínu, líkt og gildi í sambærilegum málum í ESB-rétti. Vísaði dómstóllinn til dóms í máli *Gerhard Köbler* til frekari skýringar. Erfitt er að draga aðra ályktun af þessum orðum dómstólsins en að hann

²⁰⁴ Sjá efnisgrein 128.

gangi út frá því að slík ábyrgð komi til greina í EES-rétti, enda verður það að teljast harla óvenjulegt að dómstóll reifi skilyrði skaðabótaábyrgðar sem er ekki til. Eftir sem áður verður þó að fara varlega í að draga ályktanir um gildandi rétt út frá útúrdúrum dómara og verður því ekki felldur neinn dómur um efnið hér.

Í dómi EFTA-dómstólsins í máli *HOB-vína* staðfesti dómstóllinn mestmegnis það sem áður hefur verið áréttað um gildissvið reglunnar um skaðabótaskyldu EFTA-ríkjanna og vísaði hann mikið til eldri dóma. Tók dómstóllinn sérstaklega fram að skaðabótaregla EES-réttar væri sérstaks eðlis og ekki háð sömu lögmálum og skaðabótaregla ESB-réttar. Hér virðist dómstóllinn halda því fram að önnur viðmið verði lögð til grundvallar en í ESB-rétti, eftir því sem við á, þegar metið er hvort skilyrði skaðabótaskyldu séu uppfyllt. Benda ofangreindar forsendur til þess að dómstóllinn kunni að vera opin fyrir röksemdum um víðtækari beitingu reglunnar til að tryggja skilvirka framkvæmd EES-réttar í landsrétti, t.a.m. með þeim hætti sem Ólafur Í. Hannesson og Skúli Magnússon hafa lagt til. Eins og áður hefur verið rakið telja þeir að túlka verði skilyrði skaðabótaskyldu EES-réttar um að brot sé nægilega alvarlegt á þá leið, að ef samhljóða regla hefur bein réttaráhrif í ESB-rétti verði brot gegn henni ávallt að teljast nægilega alvarlegt. Að öðrum kosti sé ekki hægt að líta svo á að reglunni sé tryggð sambærileg skilvirkni í EES-rétti.

Við mat á því hvort önnur skilyrði geti hugsanlega gilt um skaðabótaskyldu EFTA-ríkjanna, ber að minnast á gagnrýni Halvard H. Fredriksen á málflutning Ólafs og Skúla í grein hans „State Liability in EU and EEA law: the same or different?“. Fredriksen telur í fyrsta lagi að regla EES-réttar skuldbindi öll EES-ríki með sama hætti, en ekki EFTA-ríkin sérstaklega, líkt og hann telur Ólaf og Skúla ganga út frá.²⁰⁵ Telur hann að tilvist strangari ábyrgðar EFTA-ríkjanna komi aðeins til greina ef litið er svo á að aðildarríki ESB fullnægi skyldum sínum samkvæmt EES-rétti með því að veita EES-reglum bein réttaráhrif og forgangsáhrif í landsrétti, en séu ekki með því að „bæta við þær“,²⁰⁶ líkt og Fredriksen virðist sjálfur telja.²⁰⁷ Skýra má afstöðu Fredriksen á þá leið að hann telji EES-samninginn leggja sömu skyldur á herðar öllum sammingsaðilum. Skyldur aðildarríkja ESB til að veita EES-reglum bein réttaráhrif og forgangsáhrif í landsrétti séu aftur á móti leiddar af skuldbindingum þeirra að ESB-rétti og því sé ekki hægt að túlka skaðabótaskyldu EES-réttar með hliðsjón af þeim skyldum. Gerir hann þannig skýran greinarmun á þeim skyldum, sem leiddar eru af EES-rétti, og þeim, sem leiddar eru af ESB-rétti og koma málinu þannig í raun

²⁰⁵ Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“, bls. 888.

²⁰⁶ Fredriksen talar um „generous concession on the part of the European Union“.

²⁰⁷ Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“, bls. 889.

ekki við. Að hans mati leiðir það af ákvæðum EES-samningsins að skuldbindingar allra samningsaðila eru þær sömu, þar með talið þær sem snúa að skaðabótaskyldu þeirra fyrir brot á EES-rétti. Í öðru lagi bendir Fredriksen á það að hvernig sem lítið er á skilyrði skaðabótaskyldunnar, sé líklegt, að sérstök sjónarmið í tilfalli EFTA-ríkjanna hafi takmörkuð áhrif í framkvæmd. Koma þar til sögunnar óbein réttaráhrif sem einstaklingar og lögaðilar innan EES geta borið fyrir sig til varnar réttindum sínum. Beri einstaklingur eða lögaðili slík áhrif hins vegar ekki fyrir sig, er hæpið að hann geti síðar meir krafist skaðabóta á grundvelli skaðabótareglu EES-réttar, nema þá með sömu skilyrðum um alvarleika brots og gildir í ESB-rétti þegar einstaklingur eða lögaðili ber ekki fyrir sig bein réttaráhrif eða forgangsáhrif. Þess utan telur Fredriksen landsdómstóla, að minnsta kosti í Noregi, ganga mjög langt í því að veita óinnleiddum EES-rétti virkni í landsrétti og segir sig ekki reka minni til þess að skortur á beinum réttaráhrifum eða forgangsáhrifum í EES-rétti hafi nokkru sinni ráðið úrslitum í dómsmáli fyrir Hæstarétti Noregs. Hann slær þó þann varnagla að öðru máli kunni að gegna um íslenskan rétt og vel kunni að vera að slíkt dómsmál muni eiga rætur sínar að rekja til Íslands.²⁰⁸

Gegn röksemdum Fredriksen þess efnis að EES-samningurinn leggi sömu skyldur á alla samningsaðila kann að mæla sú staðreynd, sem Fredriksen bendir í raun sjálfur á, að EFTA-dómstóllinn talar sérstaklega um skaðabótaskyldu EFTA-ríkjanna í forsendum sínum í máli *HOB-vína*.²⁰⁹ Bendir það til þess að dómstóllinn gangi út frá því að sérstök viðmið gildi um skaðabótaskylduna í tilvikum EFTA-ríkjanna. Fredriksen telur hins vegar lítið hægt að leiða af þeim orðum dómsins um að skaðabótaregla EES-réttar sé sérstaks eðlis og ekki háð sömu lögmálum og skaðabótaregla ESB-réttar. Vísar Fredriksen til þess að sambærilegar forsendur sé einnig að finna í dómi dómstólsins í máli *Karls Karlssonar*, þar sem enginn málsaðili hélt því fram að skaðabótaregla EES-réttar legði auknar skyldur á EFTA-ríkin. Þvert á móti sé ástæða þess að dómstóllinn tók málið til umfjöllunar sú að norska ríkisstjórnin hafi haldið því fram að EFTA-ríkin bæru takmarkaðri skyldu samkvæmt skaðabótareglunni en raunin er í ESB-rétti.²¹⁰ Eftir sem áður verður þó að líta svo á að önnur viðmið geti gilt um skaðabótaskyldu EFTA-ríkjanna í EES-rétti en um skaðabótaskyldu aðildarríkja ESB miðað við forsendur dómsins. Til viðbótar má nefna að sjónarmið um skilvirknimiðaða einsleitni

²⁰⁸ Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“, bls. 894-895.

²⁰⁹ Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“, bls. 888. Sjá einnig efnisgreinar 119 og 121 í dóminum.

²¹⁰ Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“, bls. 890.

eins og þau birtast í aðfaraorðum EES-samningsins²¹¹ og nýlegum dómum EFTA-dómstólsins gera ráð fyrir að EES-reglum sé veitt sama virkni, hvort heldur sem er í EFTA-ríki eða aðildarríki ESB. Ekki verður annað séð en að sú regla gildi óháð því hvort telja megi bein réttaráhrif og forgangsáhrif EES-réttar í landsrétti aðildarríkja ESB einhvers konar örlætiskennða viðbót við skyldur þeirra að EES-rétti eða ekki. Af því má draga þá ályktun að markmiðið um skilvirknimiðaða einsleitni kunní að verða grundvöllur þess að lagðar verði sérstakar skyldur á EFTA-ríkin að því er við kemur skaðabótaábyrgð þeirra að EES-rétti.

3.6 Samantekt á dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins

Markmið dómarrannsóknar þessarar ritgerðar er að greina hvernig EFTA-dómstóllinn hefur nálgast markmið EES-réttar um skilvirknimiðaða einsleitni. Grunnhugmyndin að baki því markmiði er myndun einsleits sameiginlegs markaðar eftir forskrift EES-samningsins þar sem sömu reglur gildi um réttindi og skyldur aðila markaðarins. Ekki sé nóg að sömu efnisreglur gildi, heldur verði að beita þeim með sama hætti og veita þeim sömu virkni alls staðar innan EES. Í 3. kafla var fjallað um það hvernig EFTA-dómstóllinn hefur beitt þeim reglum og kennisetningum sem gilda í EES-rétti um skilvirkni og þá einkum um skilvirka beitingu EES-reglna í landsrétti.

Í kafla 3.2 var litið til þess hvaða áhrif EFTA-dómstóllinn hefur leitast við að veita óinnleiddum eða ranglega innleiddum tilskipunum. Litið var til forsendna dómstólsins í málum *Aresbank*, *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl* þar sem dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að ákvæði tilskipana bindi EFTA-ríkin um leið og þær taka gildi að EES-rétti við ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, jafnvel þótt sú gildistaka sé einungis til bráðabirgða og ríkjunum sé þar af leiðandi ekki skylt að innleiða þær í landsrétt enn sem komið er. Óinnleiddar tilskipanir virðast þó ekki hafa sömu áhrif í landsrétti og ákvæði innleiddra tilskipana að því leyti að þeim virðast ekki játuð áhrif sem líkja má við ígildi óbeinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa sem innleiddar EES-reglur njóta. Fremur bindi þær ríki í formi túlkunarskyldu, þ.e. að dómstólum ríkjanna beri að túlka ákvæði landsréttar til samræmis við allan EES-rétt, jafnvel þótt hann hafi aðeins tekið gildi til bráðabirgða. Með þessu virðist dómstóllinn leitast við að veita túlkunarskyldunni víðtækara gildissvið en áður og jafnvel víðtækara en það sem lagt er til grundvallar í ESB-rétti þar sem túlkunarskyldan verður ekki virk að fullu fyrr en frestur aðildarríkjanna til að innleiða tilskipun í landsrétt rennur út.

²¹¹ Sjá einkum orðalag í 4. lið aðfaraorðanna um „gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila“.

Í kaflanum var einnig rýnt í orðalag dómstólsins að því er varðar ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa innleiddra tilskipana. Líkt og fram hefur komið hefur það verið viðtekinn skilningur fræðimanna að það séu ákvæði landsréttar sem hafi ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa í landsrétti en ekki ákvæði tilskipunar. Í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl* virðist dómstóllinn aftur á móti mæla fyrir um að veita beri tilskipuninni sjálfri slík áhrif. Óvíst er hversu víðtækar ályktanir hægt er að draga af þessu orðalagi dómstólsins, enda fjallar hann ekki sérstaklega um þetta álitaefni. Þó er víst að ef dómstóllinn hyggst beita reglunni á þann hátt sem hér hefur verið lýst, er um að ræða grundvallarbreytingu sem leiðir til þess að ákvæðum EES-réttar, sem ekki hafa verið innleidd með fullnægjandi hætti, kunni að vera veittur forgangur fram yfir ósamræmanlegan landsrétt.

Í kafla 3.3 voru sjónarmið um virka réttarvernd tekin til skoðunar og reifaðir voru dómur þar sem álitaefni um rétt einstaklinga og lögaðila til virkra réttarúrræða og aðgangs að dómstólum komu við sögu. Ljóst er að um er að ræða nýtt svið í EES-rétti sem lítið hefur reynt á hingað til. Þrátt fyrir það verður að telja að nýleg dómaframkvæmd, og þá einkum dómur dómstólsins í málum *Beatrix Koch* og *Casino Admiral*, gefi sterklega til kynna að dómstóllinn leitist við að gera sambærilegar kröfur og dómstóll ESB gerir til landsréttar um að réttarúrræði og aðgangur að dómstólum upfylli skilyrði jafngildis og skilvirkni. Renna afdráttarlausar forsendur dómstólsins og ítrekaðar tilvísanir hans til dómafordæma dómstóls ESB stöðum undir þá ályktun. Dómstóllinn virðist þó ekki áskilja sér heimildir til að ganga jafnlangt og dómstóll ESB í því að hlutast til um ákvörðunarvald ríkja til að útfæra sjálf reglur á sviði réttarúrræða og réttarfars, t.a.m. með því að mæla fyrir um sérstök úrræði sem ekki er fyrir að fara í landsrétti. Er sú nálgun dómstólsins í samræmi við þær kenningar sem Ólafur Í. Hannesson hefur viðrað um stöðu reglunnar um virka réttarvernd í EES-rétti en hann telur regluna ekki geta gilt með sama hætti og í ESB-rétti. Sé það einkum vegna þess að EES-rétt skorti yfirþjóðlegar heimildir ESB-réttar og þar af leiðandi njóti EFTA-ríkin víðtækara svigrúms til að ákveða sjálf hvaða reglur skuli gilda á sviði réttarúrræða og réttarfars. Í því samhengi má þó nefna að réttarkerfi ríkja eru að jafnaði ríkulega búið málsmeðferðarreglum og réttarúrræðum sem hægt er að beita með túlkun landsréttar til samræmis við skyldu ríkja til að tryggja viðunandi framfylgni EES-réttinda. Ætla má að vegna þess heyri það til undantekninga að grípa þurfi til þess að gengið sé freklega á ákvörðunarvald ríkjanna á þessu sviði. Bendir það til þess að áhrif reglunnar í framkvæmd þurfi ekki endilega að verða mjög frábrugðin þeim sem reglan hefur í ESB-rétti. Á móti kemur að reglan um virka réttarvernd er í stöðugri þróun og hafa fræðimenn spáð fyrir um að dómstóll ESB muni ganga lengra í kröfum sínum um skilvirk réttarúrræði í landsrétti

aðildarríkjanna, einkum vegna tilkomu nýrra lagastoða í frumrétti ESB. Hugsanlegt er að EFTA-dómstóllinn kunni að lenda í vandræðum með að fylgja slíkri þróun eftir í ljósi þess að sambærilegan lagagrundvöll er ekki að finna í EES-rétti. Vafamálin eru því nokkur enn sem komið er og fróðlegt verður að sjá hvernig EFTA-dómstóllinn mun nálgast þau í dómum framtíðarinnar.

Í kafla 3.4 var rakið hvernig EFTA-dómstóllinn hefur markað sér skýra stefnu þess efnis að túlka beri bæði landsrétt og EES-rétt með það fyrir augum að tryggja einstaklingum og lögaðilum sömu réttindi innan EFTA-stoðarinnar og sambærilegir aðilar njóta í ESB-rétti. Dómstóllinn gerir miklar kröfur til landsdómstóla um að þeir beiti öllum tiltækum aðferðum til að tryggja virkni EES-reglna og möguleika einstaklinga og lögaðila til að framfylgja EES-réttindum sínum í gegnum túlkun landsréttar til samræmis við EES-rétt. Viðleitni EFTA-dómstólsins til að tryggja einstaklingum og lögaðilum jöfn réttindi alls staðar innan EES hefur einnig haft áhrif á það hvernig dómstóllinn túlkar málsmeðferðarreglur EES-réttar og nálgast markmiðið um einsleitni í málsmeðferð, sbr. dóma í málum *Stig Arne Jonsson* og *DB Schenker*. Þá benda dómur í málum *Arnulf Clauder* og *Atla Gunnarssonar* til þess að dómstóllinn játi skilvirknireglunni einnig umtalsvert vægi við túlkun efnisréttar.

Kafla 3.5 var helgaður reglunni um skaðabótaskyldu og voru reifaðir tveir dómur í málum *Þórs Kolbeinssonar* og *HOB-vína*. Niðurstaða dómstólsins í máli *Þórs Kolbeinssonar* gefur til kynna að ríki kunni að baka sér skaðabótaábyrgð eigi landsdómstólar ekki þess kost að túlka landsrétt til samræmis við kröfur EES-réttar um virka réttarvernd, þ.e. á þá leið að einstaklingar og lögaðilar fái notið viðunandi málsmeðferðar og réttarúrræða til stuðnings EES-réttindum sínum. Sé dómurinn skýrður til samræmis við nýrri dóma dómstólsins má leiða að því líkur að sú regla gildi jafnvel í tilviki óinnleiddra tilskipana sem einungis hafi tekið gildi að EES-rétti til bráðabirgða. Vera kann að hér sé um breytingu á gildandi rétti að ræða, en gengið hefur verið út frá því að skaðabótaskyldan vakni við endanlega gildistöku réttargerða í EES-rétti, sbr. dóm í máli *HOB-vína*. Þá vekja útdúrur í máli *Þórs Kolbeinssonar* upp ákveðinn vafa um það hvort dómstóllinn hafi leitast við að víkka gildissvið skaðabótareglunnar út á þá leið að ríki geti orðið skaðabótaskyld fyrir brot landsdómstóla gegn EES-rétti. Forsendur dómsins í formi *obiter dictum* geta þó varla verið efni í meira en vangaveltur og bíða verður með frekari ályktanir þar til dómstóllinn tekur afdráttarlausa afstöðu til álítaefnisins.

Dómur í máli *HOB-vína* var einkum greindur með tilliti til álítaefnisins um hvort hann gefi vísbendingar um að önnur viðmið, en lögð eru til grundvallar í ESB-rétti, gildi þegar skilyrði skaðabótaábyrgðar EES-réttar eru metin. Það sem helst ber að líta til í niðurstöðum

dómstólsins er að hann virðist ganga út frá því að reglan um skaðabótaskyldu eigi sérstaklega við um EFTA-ríkin, sem gefur til kynna að skaðabótaábyrgð þeirra sé frábrugðin þeirri sem EES-réttur leggur á aðildarríki ESB. Getur sú niðurstaða rennt stoðum undir kenningar Ólafs Í. Hannessonar og Skúla Magnússonar sem telja að skilyrði skaðabótareglunnar um að brot þurfi að vera nægilega alvarlegt verði að túlka í ljósi markmiðsins um skilvirknimiðaða einsleitni. Túlka beri regluna á þann veg að skilyrðið teljist ávallt uppfyllt ef viðkomandi regla hefur bein réttaráhrif og forgangsráhrif í ESB-rétti. EFTA-dómstóllinn hefur þó ekki enn tekið afstöðu til kenninga þeirra Ólafs og Skúla og þá er dómaframkvæmd einnig full óljós og fátækleg til að hægt sé að draga afdráttarlausar ályktanir um það hvort skaðabótaskylda EFTA-ríkjanna sé, yfir höfuð, nokkuð frábrugðin þeirri sem EES-samningurinn leggur á herðar öðrum sammingsaðilum.

Þegar allar niðurstöður eru teknar saman má draga þá ályktun að EFTA-dómstóllinn sé reiðubúinn að ganga lengra við að tryggja skilvirkni EES-réttar en áður. Telja má að ástæða þeirrar þróunar sé ekki síst sú stefna sem dómstóll ESB hefur tekið í átt til aukinnar áherslu á skilvirkniregluna, sem hefur fengið stöðu grundvallarreglu. EFTA-dómstóllinn sé síðan drifinn áfram af markmiðinu um skilvirknimiðaða einsleitni og leitist við að fylgja dómstóli ESB að málum.

Stefnumörkun EFTA-dómstólsins að því er varðar framfylgni EES-réttar í krafti óbeinna réttaráhrifa verður að teljast markverðasta framlag hans í þágu skilvirknimiðaðrar einsleitni í nýlegri dómaframkvæmd. Dómstóllinn virðist ætla sér að skerpa á túlkunarskyldu landsdómstóla með því að láta hana ná til óinnleiddra tilskipana sem aðeins hafa tekið gildi til bráðabirgða. Þá hefur dómstóllinn margsinnis ítrekað að leita verði allra mögulega leiða til að efna skyldur ríkisins með túlkun landsréttar til samræmis við EES-rétt. Þar skiptir að öllum líkindum mestu máli að reglan um virka réttarvernd, með tilliti til jafngildis og skilvirkni, virðist hafa verið tekin upp í EES-rétt að fyrirmynd nýlegrar dómaframkvæmdar dómstóls ESB. Telja má að ef einstaklingum og lögaðilum eru ávallt tryggð skilvirk réttarúrræði og málsmeðferð til varnar EES-réttindum þeirra, muni það fara langt með að draga verulega úr líkum á því að skortur á beinum réttaráhrifum og forgangsráhrifum í EES-rétti hafi teljandi áhrif á réttarstöðu þeirra innan EES. Þá má einnig velja því upp hvort aukin áhersla á virk réttarúrræði dragi einnig úr mikilvægi reglunnar um skaðabótaskyldu ríkjanna, í því skyni ná fram markmiðum um skilvirknimiðaða einsleitni milli réttarkerfa EES og ESB. Landsdómstólum virðist vera veitt töluvert svigrúm til að ná fram markmiðum EES-réttar með túlkun allra mögulegra reglna landsréttar sem stuðlað geta að fullngægjandi framfylgni EES-réttinda auk þess sem skylda landsdómstóla til að grípa til slíkra aðgerða virðist rík. Þó

má benda á að EFTA-dómstóllinn hafi hugsanlega ekki í hyggju að veikja skaðabótaregluna heldur þvert á móti styrkja hana með því að beita reglunum um virka réttarvernd og skaðabótaskyldu saman, líkt og gert var í máli *Bórs Kolbeinssonar*.

Við fyrrgreindar kenningar um áhrif aukinnar áherslu EFTA-dómstólsins á skilvirka framfylgni EES-réttar í krafti reglunnar um virka réttarvernd verður að reka þann varnagla, að vera kann að ólíkt eðli EES-réttar og ESB-réttar valdi því að reglur EES-réttar geti ekki haft sömu virkni og sambærilegar reglur ESB-réttar. Kann það einkum að leiða af yfirþjóðlegum heimildum dómstóls ESB til að grípa til aðgerða sem ganga inn á valdsvið aðildarríkjanna á sviðum réttarúrræða og réttarfars. Einnig ber að nefna að regla EES-réttar um virka réttarvernd er tiltölulega ný af nálinni og jafnframt í hraðri mótun. Að lokum er óvíst, enn sem komið er, hvaða viðbrögð nýleg dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins mun koma til með að fá frá EFTA-ríkjunum. Ekki er ljóst hvort landsdómstólar telji sér fært að fylgja stefnu EFTA-dómstólsins sem kunni hugsanlega að gera meiri kröfur til fylgispektar við EES-rétt en talið er að stjórnskipunarreglur leyfi. Til að mynda verður hvorki séð að Hæstiréttur Íslands hafi hingað til lagt sjónarmið um virka réttarvernd, með tilliti til jafngildis og skilvirkni, til grundvallar í dómum sínum né tekið afstöðu til þeirra. Þá er einnig óvíst hvernig EFTA-ríkin og dómstólar þeirra kunni að bregðast við ef EFTA-dómstóllinn hyggst rýmka regluna um ígildi forgangsáhrifa á þá leið að við innleiðingu tilskipunar njóti ákvæði tilskipunarinnar sjálf frá slíkra réttaráhrifa en ekki texti landsréttar, líkt og talið hefur verið að reglan feli í sér. Það verður því að koma í ljós þegar fram í sækir hver raunveruleg áhrif aukinnar áherslu EFTA-dómstólsins á skilvirknimiðaða einsleitni verða í framkvæmd.

4 Niðurstöður

Markmiðið um einsleitni milli réttarkerfa EES og ESB er eitt grundvallarmarkmiða EES-réttar. Felur það í sér að sömu reglur skuli gilda um málefni hins sameiginlega markaðar á öllu efnahagssvæðinu. Markmiðið um einsleitni er þó margslungnara en svo að það geri einungis kröfu um að viðeigandi reglur ESB-réttar séu teknar upp í EES-rétt, heldur þarf að tryggja samræmda beitingu þeirra fyrir dómstólum. Viðfangsefni þessarar ritgerðar heyrir undir það svið einsleitni er snýr að dómaframkvæmd og greina má í þrjá þætti, efnislega einsleitni, einsleitni í málsmeðferð og skilvirknimiðaða einsleitni.

Efnisleg einsleitni felur það í sér að túlka ber efnisreglur EES-réttar með sama hætti á öllu efnahagssvæðinu. Í þágu þessa markmiðs hefur EFTA-dómstóllinn með tímanum gengið lengra í að fylgja fordæmum dómstóls ESB en hann gerði í upphafi. Hefur dómstóllinn að

jafnaði hafnað röksemdum EFTA-ríkjanna þess efnis að ólíkt eðli EES-réttar skuli leiða til fráviks frá markmiðinu um samræmda túlkun, þótt dómstóllinn geri enn þann fyrirvara að slíkt geti komið til álitu í undantekningartilvikum, sbr. dóm í máli *L'Oreal*. Þá hefur dómstóllinn gengið svo langt í viðleitni sinni til að viðhalda efnislegri einsleitni að hann líti framhjá því við túlkun að EES-reglur kunni að vera efnislega frábrugðnar fyrirmyndum sínum í ESB-rétti. Það á ekki síst við þegar að því kemur að túlka meginmál EES-samningsins, sem endurspeglar frumrétt ESB eins og hann var við undirritun EES-samningsins, til samræmis við stofnsáttmála ESB eins og þeir standa í dag, sbr. mál *Fokus Bank* og *Paolo Piazza*. Dómstóll ESB hefur einnig sýnt viðleitni í verki til að viðhalda efnislegri einsleitni og lagt dóma EFTA-dómstólsins til grundvallar í niðurstöðum sínum, sbr. mál *Opel Austria* og *de Agostini*. Virðist dómstóll ESB því telja sig, að minnsta kosti að einhverju leyti, bundinn af markmiðinu um efnislega einsleitni sem hefur þannig gagnkvæm áhrif.

Með einsleitni í málsmeðferð er átt við að málsmeðferðarreglur EES-réttar skuli túlka til samræmis við efnislega samhljóða málsmeðferðarreglur ESB-réttar. Að baki einsleitni í málsmeðferð liggur sú hugmyndafræði að einsleitni verði ekki náð fram með því einu að gæta samræmis við túlkun efnisreglna, heldur beri einnig að tryggja að reglunum sé framfylgt með sama hætti. Líkt og í tilviki efnislegrar einsleitni hefur EFTA-dómstóllinn gengið langt við að viðhalda einsleitni milli réttarkerfanna að því er varðar málsmeðferð og í því augnamiði jafnvel litið framhjá efnislegu misræmi málsmeðferðarreglna, sbr. mál *ESA gegn Noregi*. Þrátt fyrir það hefur dómstóllinn gert sambærilegan fyrirvara og í tilviki efnislegrar einsleitni að því leyti að mál kunni í undantekningartilvikum að hljóta ólíka afgreiðslu í EES-rétti og ESB-rétti. Sú undantekning var talin eiga við í *Icesave málinu* þar sem framkvæmdastjórn ESB var heimiluð meðalganga þrátt fyrir að ESA hefði verið neitað um meðalgönguáðild við sams konar aðstæður fyrir dómstóli ESB. Var niðurstaða *Icesave málsins* einkum rökstudd með vísan til skilvirkni EES-réttar.

Markmið ritgerðarinnar er einkum að gera grein fyrir því hvernig EFTA-dómstóllinn nálgast þriðja þátt einsleitnimarkmiðsins sem fengið hefur heitið skilvirknimiðuð einsleitni. Skilvirknireglan er grundvallarregla í ESB-rétti og með hliðsjón af henni hefur dómstóll ESB mótað kennisetningar um virkni ESB-réttar í landsrétti aðildarríkjanna. Að jafnaði hafa reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif ESB réttar verið taldar mikilvægustu verkfæri dómstólsins til að tryggja skilvirkni ESB-réttar, þótt það kunni að vera að breytast. Í þeim felst að einstaklingar og lögaðilar geta byggt rétt á skýrum og óskilyrtum ákvæðum ESB-réttar fyrir landsdómstólum óháð því hvort þau hafi verið innleidd í landsrétt. Þá ber að beita

þeim ákvæðum ESB-réttar fram yfir ósamræmanleg ákvæði landsréttar. Dugi reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif ekki til að tryggja nauðsynlega virkni ESB-réttar ber að styðjast við önnur úrræði til að tryggja skilvirkni ESB-réttar á borð við skaðabótaskyldu aðildarríkjanna. Þá hefur dómstóllinn í auknum mæli reitt sig á regluna um óbein réttaráhrif auk reglunnar um virka réttarvernd sem verið hefur í örri þróun innan ESB-réttar. Reglan um virka réttarvernd leggur út frá kenningum um réttindi í ESB-rétti og gerir kröfu um að þeim réttindum fylgi fullnægjandi réttarúrræði og aðgengi að dómstólum. Þrátt fyrir að aðildarríkin fari sjálf með ákvörðunarvald á sviði réttarfars og réttarúrræða verði reglur landsréttar að uppfylla skilyrði jafngildis og skilvirkni. Með því er átt við að möguleikar einstaklinga og lögaðila til að framfylgja ESB-réttindum sínum megi ekki vera óhagstæðari en við á um réttindi sem leidd eru af ákvæðum landsréttar. Þá megi reglurnar ekki vera þannig úr garði gerðar að það reynist einstaklingum og lögaðilum ómögulegt eða óhæfilega erfitt að framfylgja ESB-réttindum sínum. Reglan um virka réttarvernd hefur fest sig í sessi í dómaframkvæmd dómstóls ESB og telja fræðimenn að hún kunnir að styrkjast enn frekar á nýjum lagagrundvelli í SESB og réttindaskránni.

EFTA-dómstóllinn hefur staðið frammi fyrir því verðuga verkefni að tryggja sameiginlegum EES-reglum sambærilega skilvirkni í EES-rétti og þær njóta innan ESB. Með tilliti til fullveldis EFTA-ríkjanna á sviði lagasetningarvalds hefur EFTA-dómstóllinn ekki talið sér fært að taka reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif upp í EES-rétt. Þess í stað hefur dómstóllinn leitast við að ná fram sambærilegri skilvirkni EES-réttar fyrir tilstuðlan óbeinna réttaráhrifa og skaðabótaskyldu ríkjanna. Þá hefur dómstóllinn mótað reglur sem nefndar hafa verið ígildi beinna réttaráhrifa og forgangsáhrifa. Mæla þær fyrir um að hafi EES-regla verið innleidd í landsrétt geti einstaklingar og lögaðilar byggt á henni rétt fyrir landsdómstólum, sem ber að beita henni fram yfir ósamræmanlegar reglur landsréttar.

Lítið hefur reynt á sjónarmið um virka réttarvernd fyrir EFTA-dómstólnum og hefur regla EES-réttar verið talin mun vanþróaðri en fyrirmynd hennar í ESB-rétti. Þrátt fyrir grundvallarmun á réttarkerfum EES og ESB, að því er við kemur úrræðum EFTA-dómstólsins til að tryggja skilvirka beitingu sameiginlegra EES-reglna, telja fræðimenn að dómstólnum hafi hingað til tekist vel upp í viðleitni sinni. Dómstóllinn hafi nýtt takmarkaðar heimildir sínar vel og náð töluverðum árangri við að brúa bilið milli EES-réttar og ESB-réttar.

Í 3. kafla ritgerðarinnar eru reifaðir nýlegir dómur EFTA-dómstólsins með það fyrir augum að greina það hvaða stefnu EFTA-dómstóllinn hefur tekið í átt að markmiði EES-réttar um skilvirknimiðaða einsleitni. Er niðurstaðan sú að dómstóllinn virðist ganga lengra

en áður í viðleitni sinni til að tryggja skilvirkni EES-réttar. Af dómum í málum *Aresbank, Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl* má ráða að dómstóllinn leitist við að veita óinnleiddum tilskipunum, sem eingöngu hafa tekið gildi að EES-rétti til bráðabirgða, virkni fyrir tilstuðlan óbeinna réttaráhrifa. Sé litið til niðurstöðu dómstólsins í máli *Pórs Kolbeinssonar*, og hún skýrð til samræmis við dóma í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl*, má draga þá ályktun skaðabótaskylda ríkjanna vegna brota á EES-rétti vakni einnig um leið og tilskipun tekur gildi til bráðabirgða. Í málum *Beatrix Koch* og *Anfinn Wahl* má þar að auki greina athygliverða nálgun að því er við kemur reglunni um ígildi beinna forgangsáhrifa. Virðist dómstóllinn ganga út frá því að hafi ákvæði tilskipunar verið innleidd í landsrétt skuli veita ákvæðum tilskipunarinnar sjálfrar forgang fram yfir ósamræmnalegan landsrétt, en ekki ákvæðum landsréttar, líkt og lagt var til grundvallar í *Sakamáli A* og fleiri dómum. Dómstóllinn fór aftur á móti ekki nánar út í þessi atriði og því er erfitt fullyrða nokkuð um fyrirætlanir dómstólsins með vissu.

Í dómum í málum *Beatrix Koch* og *Casino Admiral* virðist EFTA-dómstóllinn leitast við festa reglu ESB-réttar um virka réttarvernd í sessi í EES-rétti. Styðst dómstóllinn við dóm dómstóls ESB í máli *Unibet* sem talinn er gefa greinagóða mynd af ríkjandi nálgun dómstóls ESB. Þó ber að líta til þess að EFTA-dómstóllinn áskilur sér ekki rétt til að mæla fyrir um sérstök réttarræði í landsrétti, líkt og dómstóll ESB telur sér fært að gera í undantekningartilvikum. Óvíst er hversu miklu máli þessi munur kann að skipta í framkvæmd en ljóst er að réttarkerfi EFTA-ríkjanna eru almennt vel búin málsmeðferðarreglum og réttarræðum sem beita má með túlkun til samræmis við skyldur ríkjanna samkvæmt EES-rétti. Þá má ráða af dómi EFTA-dómstólsins í máli *Pórs Kolbeinssonar* að sé ekki mögulegt að tryggja einstaklingum og lögaðilum fullnægjandi réttarræði geti það bakað ríkjum skaðabótaskyldu.

Skilvirknireglan hefur rutt sér til rúms í auknum mæli í EES-rétti á grundvelli sjónarmiða þess efnis að einstaklingar og lögaðilar innan EES skuli alls staðar njóta sömu réttinda. Með þeim rökum studdi dómstóllinn niðurstöður sínar í málum *Granville, Irish Bank* og *Stig Arne Jonsson*, þar sem lögð var þung áhersla á að greitt yrði úr misræmi milli ákvæða landsréttar og EES-réttar með því að túlka landsrétt til samræmis við EES-rétt. Þá lagði dómstóllinn sömu sjónarmið til grundvallar í dómum sínum í málum *Pálma Sigmarssonar* og *DB Schenker*, sem eru til marks um það hvernig skilvirknireglan kemur til álita í málum er varða einsleitni í málsmeðferð. Þá má einnig skýrt greina áhrif skilvirknireglunnar á túlkun efnisréttar í málum *Arnulf Clauder* og *Atla Gunnarssonar* þar sem dómstóllinn beitti

framsækinni markmiðsskýringu til að tryggja það að virkni þeirra réttinda, sem deilt var um, yrði ekki skert.

Nýlegir dómur um skaðabótaskyldu ríkjanna hafa að mestu leyti staðfest fyrri framkvæmd. Með dómum sínum í máli *HOB-vína* virðist dómstóllinn þó opna fyrir nýja nálgun skaðabótareglunnar að því leyti að hún kunni að gilda með sérstökum hætti um EFTA-ríkin. Er hér um að ræða orðalagsbreytingu sem varast ber að lesa of mikið í, en þó er ljóst að dómstóllinn gengur út frá því að skaðabótaregla EES-réttar kunni að einhverju leyti að vera frábrugðinn skaðabótareglu ESB-réttar. Hvor það feli í sér víðtækari skaðabótaábyrgð EFTA-ríkjanna skal ósagt látið og biðja verður þess að álitaefnið rati með skýrum hætti fyrir EFTA-dómstóllinn til úrlausnar.

Af öllum niðurstöðum samanteknum má draga þá ályktun að EFTA-dómstóllinn hafi leitast við að skerpa á skilvirkni EES-réttar. Ætla má að sú afstaða skýrist að miklu leyti af þróun skilvirknireglunnar í ESB rétti og sé því grundvölluð á markmiði EES-réttar um einsleitni. Ljóst er að EFTA-dómstóllinn leggur mikið upp úr því að einstaklingar og lögaðilar njóti sömu réttinda í EFTA-ríkjunum og annars staðar innan hins sameiginlega markaðar og gerir auknar kröfur um virkni þeirra réttinda í landsrétti. Þrátt fyrir það er enn óljóst hvaða áhrif stefna EFTA-dómstólsins mun hafa í framkvæmd. Óvíst er hvernig dómstólar EFTA-ríkjanna munu bregðast við nýjum áherslum og kröfum EFTA-dómstólsins sem jafnvel kunna að ganga lengra inn á valdsvið EFTA-ríkjanna en þau eru sjálf tilbúin að samþykkja. Áhugavert verður að fylgjast með áframhaldandi þróun í dómaframkvæmd og einkum verður fróðlegt að fylgjast með samspili EFTA-dómstólsins og landsdómstóla í átt að því markmiði að tryggja skilvirknimiðaða einsleitni í EES-rétti.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Anthony Arnall: „The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?“. *European Law Review*, 1. tbl. 2011, bls. 51-71.

Carl Baudenbacher: „EFTA-dómstóllinn í 10 ár: Hvernig er samskiptum við Evrópuþingdómstóllinn háttað?“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. tbl. 2004, bls. 301-334.

Carl Baudenbacher: „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“. *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*. Ritsjtj. Allan Rosas, Egils Levits og Yves Bot. Haag 2013, bls. 183-203.

Carl Baudenbacher: *The EFTA Court in action. Five Lectures*. Frankfurt 2010.

Carl Baudenbacher: „The EFTA Judicial System Reaches the Age of Maturity. Accomplishments and Problems“, http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/News/2012/CB_The_EFTA_Judicial_System_reaches_the_Age_of_Majority_final.pdf, 19. janúar 2012 (skoðað 4. september 2014).

Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti: *European Union Law. Cases and Materials*. 2. útgáfa. Cambridge 2010.

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

Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. Endurprentun. Reykjavík 2013.

Dóra Guðmundsdóttir: „Case E-3/11 Sigmarsson v. the Central Bank of Iceland, Judgment of the EFTA Court of 14 December 2011“. *Common Market Law Review*, 6. tbl. 2012, bls. 2019-2038.

Gráinne De Burca og Paul Craig: *EU Law. Text, Cases, and Materials*. 5. útgáfa. Oxford 2011.

Halvard H. Fredriksen: „Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area“. *European Law Journal*, 6. tbl. 2012, bls. 868-886.

Halvard H. Fredriksen: „One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area“. *Nordic Journal of International Law*, 4. tbl. 2010, bls. 481-499.

Halvard H. Fredriksen: „State liability in EU and EEA law: the same or different?“. *European Law Review*, 6. tbl. 2013, bls. 884-895.

Leif Sevón og Martin Johansson: „The protection of the rights of individuals under the EEA Agreement“. *European Law Review*, 4. tbl. 1999, bls. 373-386.

Malcolm Ross: „Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?“. *European Law Review*, 4. tbl. 2006, bls. 474-498.

Marcus Klamert: *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford 2014.

M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law. A Comparative Study of the Effectiveness of European law*. Groningen 2009.

M. Elvira Méndez-Pinedo og Ólafur Í. Hannesson: *The authority of European law. Exploring primacy of EU law and effect of EEA law from European and Icelandic perspectives*. Reykjavík 2012.

Nicolas Renny and Peter Van Elsuwege: „Integration without membership and the dynamic development of EU law: *United Kingdom v Council (EEA)*“. *Common Market Law Review*, 3. tbl. 2014, bls. 935 – 954.

Ólafur Í. Hannesson og Skúli Magnússon: „State liability in EEA law: towards parallelism or homogeneity?“. *European Law Review*, 2. tbl. 2013, bls. 167-186.

Sasa Beljin: „Rights in EU Law“. *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*. Ritstj. Bert van Roermund og Sacha Prechal. Oxford 2008, bls. 91-122.

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

Sigurros Þorgrímsdóttir: *EES-handbókin*. Reykjavík 1999.

Skúli Magnússon: „Judicial Homogeneity in the European Economic Area and the Authority of the EFTA Court. Some Remarks on an Article by Halvard Haukeland Fredriksen“. *Nordic Journal of International Law*, 4. tbl. 2013, bls. 507-534.

Skúli Magnússon: „On the Authority of Advisory Opinions. Reflections on the Functions and the Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court“. *Europarättslig Tidskrift*, 3. tbl. 2010, bls. 528-551.

Skúli Magnússon: „Procedural Homogeneity v. Inconsistency of European Courts. Comments on Order of the EFTA Court President of 15 June 2012 in Case E-16/11 EFTA Surveillance Authority v. Iceland“, <http://www.ssrn.com/abstract=2140717> (skoðað 4. september 2014).

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

Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandsréttur. Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindamál og ríkjasambandið*. Reykjavík 2014.

Stefán Már Stefánsson: *Samningarnir um Evrópusambandið*. Reykjavík 1994.

Thomas Eilmansberger: „The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law. In Search of the Missing Link.“ *Common Market Law Review*, 5. tbl. 2004, bls. 1199-1246.

Walter van Gerven: „Of Rights, Remedies and Procedures“. *Common Market Law Review*, 3. tbl. 2000, bls. 501-536.

DÓMASKRÁ

Dómar EFTA-dómstólsins:

EFTAD, mál E-1/94, EFTACR 1994-1995, bls. 15
EFTAD, mál E-2/94, EFTACR 1994-1995, bls. 59
EFTAD, mál E-2/97, EFTACR 1997, bls. 127
EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95
EFTAD, mál E-1/99, EFTACR, bls. 119
EFTAD, mál E-3/00, EFTACR 2000-2001, bls. 73
EFTAD, mál E-1/01, EFTACR 2002, bls. 1
EFTAD, mál E-2/01, EFTACR 2002, bls. 44
EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240
EFTAD, mál E-2/02, EFTACR 2003, bls. 52
EFTAD, mál E-1/04, EFTACR 2004, bls. 11
EFTAD, mál E-4/04, EFTACR 2005, bls. 1
EFTAD, mál E-9/04, EFTACR 2006, bls. 74
EFTAD, mál E-10/04, EFTACR 2005, bls. 76
EFTAD, mál E-2/06, EFTACR 2007, bls. 164
EFTAD, mál E-1/07, EFTACR 2007, bls. 246
EFTAD, mál E-8/07, EFTACR 2008, bls. 224
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-18/10, EFTACR 2011, bls. 202
EFTAD, mál E-3/11, EFTACR 2011, bls. 430
EFTAD, mál E-4/11, EFTACR 2011, bls. 216
EFTAD, mál E-13/11, EFTACR 2012, bls. 400
EFTAD, mál E-14/11, EFTACR 2012, bls. 1178
EFTAD, mál E-16/11, EFTACR 2013, bls. 4
EFTAD, mál E-17/11, EFTACR 2012, bls. 916
EFTAD, mál E-2/12, EFTACR 2013, bls. 816
EFTAD, mál E-3/12, EFTACR 2013, bls. 136
EFTAD, mál E-11/12, EFTACR 2013, bls. 272
EFTAD, mál E-15/12, EFTACR 2013, bls. 534
EFTAD, mál E-15/12, 29. ágúst 2014

Dómar dómstóls ESB:

EBD, mál C-26/62, ECR 1963, bls. 1
EBD, mál C-6/64, ECR 1964, bls. 585
EBD, mál C-33/76, ECR 1976, bls. 1989
EBD, mál C-14/83, ECR 1984, bls. 1891
EBD, mál C-222/86, ECR 1987, bls. 04097
EBD, mál C-106/89, ECR 1990, bls. I-04135
EBD, mál C-221/89, ECR 1991, bls. I-03905
EBD, mál C-6/90, ECR 1991, bls. I-05357
EBD, álit 1/91, ECR 1991, bls. I-6079
EBD, álit 1/92, ECR 1993, bls. I-1061
EBD, mál C-46/93 og C-48/93, ECR 1996, bls. I-01029
EBD, mál T-115/94, ECR 1998, bls. II-02739
EBD, mál C-34/95, C-35/95 og C-36/95, ECR 1997, bls. I-03843

EBD, mál C-355/96, ECR 1998, bls. I-04799
EBD, mál C-173/98, ECR 1999, bls. I-04103
EBD, mál C-224/01, ECR 2003, bls. I-10239
EBD, mál C-432/03, ECR 2005, bls. I-09665
EBD, mál C-144/04, ECR 2005, bls. I-09981
EBD, mál C-212/04, ECR 2006, bls. I-06057
EBD, mál C-231/06, ECR 2007, bls. I-05149
EBD, mál C-127/08, ECR 2008, bls. I-06241
EBD, mál C-279/09, ECR 2010, bls. I-13849
EBD, mál C-493/09, ECR 2011, bls. I-09247
EBD, mál C-431/11, 26. september 2013