

## MINNISBLAÐ

um spurningar frá Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytinu  
vegna dóma EFTA-dómstólsins um takmarkanir innflutnings á kjöti, mjólk og eggjum frá EES ríkjum

Frá: Jóhannesi Karli Sveinssyni, lögmanni  
Dags. 16. apríl 2018

---

Með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar hinn 26. október 2007 tók Ísland upp reglur í 1. kafla I. viðauka við EES samninginn, þar sem m.a. er fjallað um sameiginlegar kröfur til matvæla og eftirlit á landamærum, þ.m.t. tilskipun þar að lútandi nr. 89/662/EB.

Við innleiðingu Íslands á „matvælapakka ESB“ var hins vegar viðhaldið banni við innflutningi á hráu kjöti og fleiri búfjárafurðum, en lögin heimila ráðherra að leyfa innflutning á hráu kjöti ef það hefur verið fryst í 30 daga og að fenginni umsögn Matvælastofnunar, enda sé framvísað vottorðum, sem nánar er kveðið á um í reglugerð. Sama gilti um nokkrar aðrar afurðir.

Í nýlegum dómum EFTA dómstólsins er því slegið föstu að þetta fyrirkomulag (um leyfisveitingar og vottorð við innflutning) stríði gegn tilskipun nr. 89/662/EB, en hún byggir á því að upprunaland tryggi öryggi matvöru og ekki séu kerfisbundnar athuganir eða viðbótarkröfur við flutning á milli landa.

### **1. Hverjar voru varnir íslenskra stjórnvalda í dómsmáli fyrir EFTA dómstólnum í sameinuðum málum E-2-3/17, Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) gegn Íslandi?**

Landbúnaðar- og sjávarafurðir eiga almennt ekki undir EES samninginn og þá frjálsu vöruflutninga sem hann gerir ráð fyrir. Í 2. kafla EES-samningsins er þó opnað á að liðkað verði fyrir slíkum viðskiptum og sérstök ákvæði um heilbrigði dýra og plantna tekin upp í I. viðauka samningsins og yrðu þannig hluti samningsins. Það var gert með tilskipun 89/662 árið 2007 sem fyrr segir.

Það má þannig segja að dyrnar hafi verið hálfopnaðar í EES samningnum fyrir hindranalaus viðskipti með þessar afurðir og í 18. gr. samningsins er einnig skuldbinding um að ekki komi til aðrar „tæknilegar viðskiptahindranir“.

Í niðurlagi 18. gr. er hins vegar sagt „Ákvæði 13. gr. skulu gilda“. Sú grein er almennt ákvæði EES samningsins um að leggja megi höft á innflutning o.fl. sem meðal annars réttlætast af „almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna“ en þó án þess að „duldar hömlur séu lagðar á viðskipti“.

Varnir Íslands í þessum málum voru af ýmsum toga en tengdust þó flestar þessum fyrirvara í 18/13. gr. EES samningsins Þær byggðu einkum á því að Ísland hefði aldrei afsalað sér rétti til að tryggja öryggi manna og dýra. Í minnispunktum okkar Stefáns Más Stefánssonar frá 2014 er lagt upp með meginatriði í vörnum Íslands:

Í fyrsta lagi hefur Ísland lagt áherslu á að landið sé ekki aðili að landbúnaðar-stefnu ESB, EES samningurinn sé skýr þar um og hafi ekki verið breytt. Ísland hafi aldrei samþykkt að taka áhættuna af sameiginlegum reglum ESB um landbúnaðarmál, þar á meðal um matvæli og eftirlit á landamærum, með þeim hætti sem aðildarríki ESB gera. Upptöku viðauka I verði að skoða í því ljósi að Ísland geti ekki sótt í sjóði ESB ef upp koma alvarlegir dýrasjúkdómar og að ríkið verði að geta gripið til sérstakra aðgerða til að vernda viðkvæma og einangraða dýrastofna landsins.

Í öðru lagi hefur verið bent á ákvæði 13. gr. EES samningsins um að hamla megi innflutningi og setja honum skilyrði ef réttlæta má slíkt m.a. á grundvelli heilsufarssjónarmiða. Ekki sé um að ræða mismunun á grundvelli geðþótta eða dulbúnar viðskiptahindranir. Bent er á að 18. gr. EES-samningsins (sem er í kaflanum um fisk- og landbúnaðarafurðir og bannar tæknilegar viðskiptahindranir með slíkar vörur) vísi berum orðum til takmarkana 13. gr.

Síðan hefur verið bætt við þessar meginvarnir ýmsum sjónarmiðum sem snert meðal annars að landbúnaðarvörur séu ekki hluti af hinum innri markaði, að staða Íslands og annarra EFTA ríkja geti ekki verið önnur og verri en hjá ESB ríkjunum sem eiga nokkurt skjól ef innleiðing leiðir til sérstakrar hættu, að skilyrði Íslands fyrir innflutningi snúi að efnislegum þáttum (frystiskylða) en ekki formsatriðum við athugun á gæðum innflutnings (sem áðurnefnd tilskipun snýst að mestu um – veterinary checks in intra-Community trade), að í sumum tilvikum snúist aðgerðir Íslands um kröfur sem gilda jafnt um innlendar afurðir og erlendar (einkum gerilsneyðing mjólkur og mjólkurvara) o.s.frv.

Í þessu skyni var ýmissa vísindalegra gagna, m.a. álitsgerða frá Karli Kristjánssyni og Vilhjálmi Svanssyni.

Einnig benti Ísland á að innflutningur hefur stóraukist síðustu ár og ekki séð að umrædd höft eða takmarkanir hafi haft marktæk áhrif fyrir viðskipti. Lögð voru fram gögn um það.

## 2. Hverjir komu að vinnu við málsvörn íslenskra stjórnvalda?

Margir hafa komið að þessari vinnu en ég er ekki að öllu leyti kunnugur því frá upphafi en á meðan málið var á fyrstu stigum veit ég til þess að Stefán Már Stefánsson og Peter Dyrberg voru stjórnvöldum til ráðgjafar.

Árið 2014 var sett á laggirnar teymi sem fundaði reglulega um varnir gegn sammingsbrotamáli sem ESA hafði í undirbúningi og annaðist síðar ráðgjöf og undirbúning vegna málflutnings í máli vegna ráðgefandi álits sem íslenskir dómstólar báðu um.

Kristján Andri Stefánsson, sendiherra, skipulagði vinnu teymisins eftir að málið fluttist á forræði Utanríkisráðuneytisins, þ.e. eftir að formlegt ferli hófst af hálfu ESA. Þeir sem sinntu því verkefni voru eftirtaldir: ANR: Sigurgeir Þorgeirsson og Halldór Runólfsson auk lögfræðinga í ANR; Stefán Már Stefánsson, prófessor, Einar Karl Hallvarðsson, ríkislögmaður og Gizur Bergsteinsson hrl., sem annaðist skaðabótamál FF fyrir hönd ríkisins, Peter Dyrberg, sérfræðingur í Evrópurétti og kollegi hans Michael Sánchez Rydelski.

Þá starfaði ég sjálfur með hópnum og flutti bæði sammingsbrotamálin munnlega fyrir EFTA-dómstólnum, auk þess sem ég flutti fyrsta málið sem snerist um ráðgefandi álit til íslenskra dómstóla.

## 3. Á hvaða forsendum tapaði Ísland málinu?

Í stuttu máli má segja að Ísland hafi tapað málinu á þeim forsendum að EFTA-dómstóllinn taldi að ef tilskipun felur í sér fulla samræmingu á löggjöf þá geti aðildarríkin ekki skotið sér undan henni með vísan til varúðarsjónarmiða. Löggjöf Íslands um frystiskyldu, vottorð og leyfi var talið brjóta í bága við bannið í tilskipun 89/662 og þar með var málið ekki mikið flóknara af hálfu EFTA dómstólsins. Ekki er að sjá í dómunum neina samúð með því að hægt væri að viðhalda samsvarandi takmörkunum með einhverju öðru sniði eða að hægt sé að grípa til annarra aðgerða leiða til óhagræðis eða kostnaðar.

Þessi dómaframkvæmd fetar sömu slóð og dómstólar ESB höfðu áður gert í málum þar sem tekist var á um takmarkanir frjálssu vöruflæði á hinum innri markaði á áttunda og níunda áratugnum.

Yfirleitt er bent á svokallað Dassonville mál sem grundvöll frekar strangrar dómaframkvæmdar um innflutningsvottorð en þar var ekki talið standast gagnvart 34. gr. TFEU (áður 28, 30. gr.) að krefjast upprunavottorða í Belgíu við innflutning á skosku viskí (frá Frakklandi). Að því er varðar leyfi, innihald o.fl. er að sama skapi að finna stranga dómaframkvæmd sem gjarnan er rakin til Rewe-Zentral málsins þar sem kröfur þýskra stjórnvalda um tiltekið alkahólmagn í innfluttri vöru (sem þó voru í samræmi við innanlandsreglur) stóðust ekki gagnvart sömu ákvæðum. Ekki var heldur fallist á sjónarmið þýskra stjórnvalda í máli sem snerist um meint lýðheilsusjónarmið í tengslum við bruggun bjórs (bann við notkun tiltekinna aukaefna sem þýsk stjórnvöld héldu meðal annars fram að gætu haft sérstaklega slæm áhrif á þýska neytendur vegna þess hvers bjórneysla væri útbreidd og mikil þar í landi).

#### **4. Var á einhverjum tímapunkti gerð tilraun til að ná samkomulagi við Eftirlitsstofnun EFTA í málinu?**

Já, það var gert. Ísland lagði áherslu á það í samskiptum við ESA að það væri mikilvægt að viðhalda frystiskyldu kjöts í einverri mynd vegna sérstöðu landsins. Vísindaleg rök voru færð fram fyrir því að með því fengjust áhrif sem leggja mætti að jöfnu við sóttkví (*quarantine effect*). Þá væri ESA tók því nokkuð líklega á fyrstu stigum málsins að hugsanlega mætti ná einhverri niðurstöðu á þessum grunni. Skipst var á skoðunum um þetta og Ísland áformaði að leggja í áhættumat til að styðja betur undir þetta sjónarmið.

Ákveðið var eftir samráð við ríkisstjórn undir lok árs 2014 að leita eftir samkomulagi við ESA um þetta en ESA hafði gefið íslenskum stjórnvöldum frest til 8. febrúar 2015 að svara fyrir rökstutt álit um brot (Reasoned Opinion). Undirritaður fór á fund stofnunarinnar ásamt Sigurgeiri Þorgeirssyni og Kristjáni Andra Stefánssyni í janúar 2015 þar sem lögð voru fram gögn og sjónarmið og leitað hófanna um samninga, m.a. hvað varðaði frystiskylduna og svo sérstaka stöðu í salmonella.

Í apríl 2015 kvað Hæstiréttur upp dóm þar sem ákveðið var að leita ráðgefandi álits hjá EFTA-dómstólnum í máli sem Ferskar kjötvörur ehf. höfðu höfðað á hendur íslenska ríkinu. Héraðsdómur hafði ákveðið að leita álits um meint brot Íslands í sama máli hinn 24. febrúar 2015.

Það má segja að eftir að málið komst þannig á „forræði“ EFTA-dómstólsins hafi hendur ESA nokkuð verið bundnar í frekari viðræðum við íslensk stjórnvöld. Varð því ekki frekar af innihaldsríkum samskiptum um þau mál í bili. Málið um ráðgefandi álitnið var flutt í EFTA-dómstólnum í lok nóvember 2015 en sammingsbrotamálið hvíldi á meðan.

## **5. Ef slíkt samkomulag var reynt er spurt: Um hvað var reynt að semja í þeim viðræðum og hverjar vöru kröfur Íslands?**

Sem fyrr segir var aðaláherslan lögð á frystiskyldu kjöts og sjónarmið um varnaraðgerðir gegn kamfýlóbakter og salmonellu. Ég get ekki sagt að þessar viðræður, að því marki sem mér er kunnugt, hafi náðst á mikinn rexpöl. Í minnisblaði sem við Stefán Már sömdum á sínum tíma í undirbúningi viðræðna var málið rammað svona inn:

Að mati embættismanna er ekki „heilagt“ að viðhalda kröfum um sérstakar merkingar og vottun um aðskotahluti. Þá kemur fram að unnið sé að því að fá vernd á grundvelli gildandi reglna um varnarráðstafanir gegn salmonellu. Að því er varðar kröfur um frystingu matvæla heldur ESA því fram að þau vísindalegu gögn sem Ísland hefur lagt fram styðji ekki nauðsyn krafna um 18 gráðu frost í 4. vikur. Í máli embættismanna hefur komið fram að aðalgagnið við frystingarkröfuna sé hins vegar eiginleiki hennar sem nokkurs konar sóttkvíar. Ef upp komi sjúkdómar gefist ráðrúm til að grípa til aðgerða. Þessum sjónarmiðum mun hafa verið komið á framfæri við ESA með bréfi hinn 27. febrúar 2012 en á það er ekki minnst í álitni ESA.

Spurning er hvort hægt sé að halda í hina svokölluðu frystiskyldu og eftirlit með henni, en koma í leiðinni til móts við sjónarmið ESA. Óskað var álits MAST á nokkrum atriðum þessu tengdu: 1) MAST telur að fræðileg væri unnt að fela tollyfirvöldum athugun á innflutningsskjölum sem staðfestu frystingu; 2) MAST álitur vandkvæðum bundið að afla áhættumats sem beri saman umhverfið innan ESB og ástandsins á Íslandi, enda hefur Ísland ekki innleitt matvælalöggjöf ESB að fullu. MAST telur mikilvægt við núverandi aðstæður að halda þeirri vörn sem felst í frystiskyldu.

Ef farin væri sú leið að leita óformlegra samninga við ESA um áframhald frystiskyldu og tilhögun eftirlits með henni, samhliða tilslökun á öðrum skilyrðum, yrði væntanlega að rökstyðja betur þýðingu frystingarinnar og biðtímans. Einnig þarf að hafa í huga að með því að flytja könnun vottorða og skjala frá einum opinberum aðila til annars er ef til vill ekki komið nægjanlega til móts við athugasemdir ESA um að brotið sé gegn tilskipun 89/662/EB sem bannar reglubundið eftirlit á landamærum (en heimilar úrtaksprófanir).

Ef samningar næðust, er kæmu til móts við þarfir Íslands, þyrfti að breyta lögum um dýrasjúkdóma nr. 25/1993, en 10. gr. bannar innflutning nema með leyfi ráðherra og að fenginni umsögn yfirdýralæknis. Þá þyrfti að endurskoða reglugerð nr. 448/2012 þar sem frystiskylدان og eftirlit með henni er nánar útfærð.

Um þessi atriði var rætt við ESA en segja má að hvorki vísindalegur né lögfræðilegur skilningur hafi myndast hjá stofnunni í þessum viðræðum.

## **6. Ef slíkt samkomulag var reynt er spurt: Hvers vegna náðist ekki samkomulag?**

Að mínu mati var það tvennt: Í fyrsta lagi var ekki vilji til þess hjá ESA að ná samkomulagi, aldrei fékkst full viðurkenning á sjónarmiðum Íslands um þýðingu 13. gr. EES samningsins í málinu; Í öðru lagi varð eindregin afstaða EFTA dómstólsins til þess að ESA sinni ekki neitt frekar kröfum og sjónarmiðum Íslands eftir að dómur/ráðgefandi álit lá fyrir hinn 1. febrúar 2016 en þar kom skýrt fram:

Gildissvið EES-samningsins, eins og það er markað í 8. gr. hans, leiðir ekki til þess að EES-ríki hafi frjálsar hendur um setningu reglna um innflutning hrárrar kjötvöru, þar sem svigrúm þess getur takmarkast af ákvæðum sem tekin hafa verið upp í viðauka EES samningsins.

Það samrýmist ekki ákvæðum tilskipunar 89/662/EBE að ríki, sem aðild á að EES-samningnum, setji reglur, þar sem þess er krafist, að innflytjandi hrárrar kjötvöru sæki um sérstakt leyfi áður en varan er flutt inn<sup>1</sup>, og áskilji að lagt sé fram vottorð um að kjötið hafi verið geymt frosið í tiltekinn tíma fyrir tollafgreiðslu.

Eftir að þetta lá fyrir var samningsstaða Íslands afar þröng og viðsemjandinn (ESA) taldi sig einnig bundinn af niðurstöðu EFTA-dómstólsins. Eins og oft fyrr þarf sameiginlegan vilja til að ná samkomulagi og hann var einfaldlega ekki til staðar þegar hér var komið.

## **7. Hver var afstaða annarra EES-ríkja í fyrrgreindu dómsmáli fyrir EFTA dómstólnum?**

Í aðdraganda þess að málið var flutt fyrir EFTA dómstólnum í lok nóvember 2015 var leitað eftir því að Noregur styddi málsstað Íslands um þýðingu 18. og 13. gr. EES-samningsins. Það var gert vegna þess að okkur hefði þótt það þýðingarmikið að EFTA ríkin kæmu fram með sameiginlegan skilning. Noregur hafði á þeim tíma ákveðið að láta málið til sín taka og reifuðu sjónarmið sín í málflutningi fyrir dóminum.

Leitað var eftir fulltingi Norðmanna, bæði eftir diplómatískum leiðum, og einnig átti ég fund með norska málflytjandanum eftir að norska ríkið ákvað að mæta fyrir EFTA-dómstólinn. Í

---

<sup>11</sup> Í fyrirspurn frá ráðuneytinu var einnig spurt hvort í orðalaginu „áður en varan er flutt inn“ gæfi tilefni til gagnályktunar þannig að ef innflutningur væri heimilaður gætu tekið gildi takmarkarnir eftir að varan kæmi inn í landið en áður en hún færi á markað. Mér finnst ólíklegt að það gæti gengið gagnvart tilskipuninni og einnig yrði vafalaust brugðist hart við ef mismundandi kröfur væru gerðar eftir því hvort vara hefði verið flutt inn eða væri innlend framleiðsla.

stuttu máli sagt þá fékkst enginn hljómgrunnur hjá Norðmönnum og í ljós kom að þeir voru ekki tilbúnir að gefa yfirlýsingar í þá átt sem óskað var eftir. Þeirra málflutningur snerist um önnur atriði sem okkur skildist að hefði frekar að gera með mál sem í gangi var á milli ESA og Noregs. Mér er ekki kunnugt um afstöðu annarra EES-ríkja.

**8. Hver er lagalega staða íslenskra stjórnvalda í kjölfar dóms EFTA dómstólsins frá 14. nóvember 2017?**

Íslenskum stjórnvöldum er fyrst og fremst skylt að bregðast við dóminum og laga löggjöf sína að þeim ákvæðum sem þar koma fram um um brot gegn EES-samningnum. Til viðbótar gæti falist í því áframhaldandi bótaskyld háttsemi gagnvart þeim aðilum sem verða fyrir barðinu á þeim óheimilu skerðingum sem um ræðir.

**9. Hafa íslensk stjórnvöld önnur lagaleg úrræði en að afnema þær viðbótartakmarkanir sem er að finna í 10. gr. laga nr. 25/1993 um dýrasjúkdóma og varnir gegn þeim og tilteknum ákvæðum reglugerðar nr. 448/2012?**

Þetta er erfið spurning. Einfalda svarið er nei, það virðast ekki í sjónmáli lagalega úrræði sem gætu gengið skemur miðað við skilning EFTA-dómstólsins. Forsendur dómanna eru mjög afdráttarlausar um að sérstakar kröfur eða takmarkanir í því landi sem flytur inn koma ekki til greina á grundvelli heilbrigðissjónarmiða. Það er upprunaríkið sem á að tryggja heilbrigði dýra og eftirlit með því að kröfur sé uppfylltar. Öll endurprófun og leyfisveitingakerfi, á borð við það sem er að finna í 10. gr. laga nr. 25/1993 stríða gegn þessum sjónarmiðum dómstólsins. Og þarf að afnema miðað við forsendur dómanna.

Á þessu stigi hlýtur þó að þurfa að huga að því hvort hægt sé að koma við aðlögunartímabili í formi afnáms í skrefum eða gildistöku innan tiltekins tíma. Ég sé ekki hvers konar önnur lagaleg úrræði gætu komið til greina til að bregðast við niðurstöðum dómstólsins.

**10. Myndi Ísland áfram verða skaðabótaskyldt ef fallist yrði nú á einhvers konar aðlögun íslenskra stjórnvalda á innleiðingu á tilskipun 89/662?**

Þetta er að mínu mati spurning sem bíða mætti betri tíma. Rétt er að sjá fyrst hvernig Hæstiréttur leysir úr bótaskyldu ríkisins vegna máls Ferskra kjötvara ehf. sem mun verða gert nú í vor. Í því máli er leyst úr fleiru heldur en því hvort Ísland hafi staðið sig við innleiðingu á reglugerð 89/662. Skilyrði bótaskyldu eru strangari en það, brotið þarf að vera skýrt og

alvarlegt og hafa valdið röskun á hagsmunum viðkomandi aðila. Úr því hefur ekki verið leyst í Hæstarétti þótt í héraðsdómi hafi verið kveðið mjög sterkt að orði um þetta.

Þá hef ég talið að það þurfi að leysa úr því hvort hægt sé að sækja tjón sem einkaaðilar „búa til“, þ.e. flytja inn kjöt sem þeir vita að má ekki flytja inn samkvæmt lögum. Að mínu hljóta sjónarmið hins almenna skaðabótaréttar um skyldu til að takmarka tjón sitt o.fl. að koma til skoðunar. Ferskar kjötvörur gátu látið reyna á rétt sinn með því að kvarta til ESA og án þess að efna til þess tjóns sem sótt er í málinu.

Ég held þannig að svör við þessari spurningu hljóti að verða markvissari þegar Hæstiréttur Íslands hefur kveðið upp dóm sinn í skaðabótamáli Ferskra.<sup>2</sup>

#### **11. Hver er staða EES ríkja samanborið við stöðu ríkja Evrópusambandsins varðandi innleiðingu á regluverki sem aðildarríki treysta sér ekki til að taka við?**

Ísland benti meðal annars á það í sínum málflutningi að í 114. gr. TFEU (mgr. 4-6) gerir ráð fyrir því að aðilarríki ESB geti sótt um undanþágur og aðlaganir vegna innleiðingar sem hitti þau sérstaklega illa fyrir. Ástæður þess geta verið mismunandi en tengjast einkum lýðheilsu og almannaheillasjónarmiðum í viðkomandi landi. Ísland hélt því fram að skýra þyrfti 13. gr. EES-samningsins í þessu ljósi, réttindi EFTA ríkjanna gætu ekki verið minni til að bera fyrir sig sambærilegar ástæður.

Í dómi EFTA-dómstólsins (mgr. 68) er einfaldlega sagt um þessa röksemd að hún eigi alls ekki við af þeirri einföldu ástæðu að ekkert ákvæði – sambærilegt við 114. gr. TFEU - sé í EES samningsins. Sjónarmiðum um að túlka þyrfti 13. gr. EES-samningsins með hliðsjón af þessari stöðu var í engu sinnt.

Til viðbótar benti dómstóllinn á að innan ESB væri hægt að taka ákvarðanir með meirihlutavaldi og gegn vilja einstakra ríkja og skoða bæri þennan öryggisventil í 114. gr. í því ljósi. Hins vegar væri ekki því sama að heilsa á sviði EES samningsins þar sem ákvarðanir sameiginlegu EES-nefndarinnar um upptöku nýrra laga á EES-svæðinu samkvæmt 2. mgr. 93.

---

<sup>2</sup> Hér hefur einnig verið réttilega nefnt það sjónarmið að ef sameiginlega EES-nefndin tekur ákvörðun um að samþykkja aðlögun (t.d. í formi innleiðingar í skrefum / frestun gildistíma) þá gæti það vart talist brot af hálfu íslenska ríkisins haga lagasetningu og framkvæmd miðað við það sem þannig væri samþykkt. Að minnsta kosti gæti það ekki bakað skaðabótaskyldu ríkis í skilningi EES-réttar, enda er eitt af skilyrðum bótaskyldu að brot hafi verið alvarlegt.



gr. samningsins yrðu ekki teknar öðruvísi en einróma hjá EFTA ríkjunum. Í þessum rökum dómsins felst væntanlega sú sneið að ef Ísland vill fá einhverjar tilhliðranir eða bera sig undan innleiðingu nýrrar löggjafar þá eigi sú afstaða að koma fram á vettvangi sameiginlegu EES-nefndarinnar. Það má svo deila um það hversu raunhæfur og sanngjarn þessi rökstuðningur er enda myndi synjun við upptöku á því sem á undir gildissvið EES-samningsins væntanlega hafa alvarleg áhrif á EES samstarfið.

\*\*\*

Til viðbótar við ofangreindar spurningar um afleiðingar og efni margnefndra dóma EFTA dómstólsins hefur því verið velt upp hvort EES samningurinn hafi þróast með þeim hætti sem EFTA ríkin töldu sig hafa samið um.

Í mjög stuttu máli má segja að EES samningurinn var málamiðlun þar sem EFTA ríkin tóku upp regluverk ESB, þ.e. skuldbundu sig til að innleiða það sem snerti hinn innri markað, bæði löggjöf og dómaframkvæmd. Eftir undirritun samningsins hafnaði Evrópu dómstóllinn því að sameiginlegur dómstóll – sem samið var um í upphafi - fjallaði um ágreiningsefni, taldi það stríða gegn sáttmála ESB á þeim tíma. Þá var brugðið á það ráð að setja upp sérstakan EFTA-dómstól sem segja má að sé bundinn af því að túlka reglur með sama hætti og dómstólar ESB.

EES samningurinn felur ekki í sér *bein réttaráhrif* og hvorki hann né reglur sem innleiddar hafa verið eiga *forgangsrétt* gagnvart öðrum gildandi reglum. EES samningurinn var ekki talinn fela í sér framsal á fullveldi. Stjórnarskrá Íslands var t.a.m. ekki breytt við upptöku hans á sínum tíma og í bókun 35 við samninginn kemur fram að samningurinn feli ekki í sér framsal á lagasetningarvaldi. Hins vegar má segja að andstæð sjónarmið komi fram í sömu bókun þar sem segir að ef komi til árekstra á milli EES-reglna og annarra laga í EFTA ríkjunum þá skuldbindin ríkin sig til þess að setja laga ákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum. Þarna er því samið um það sem kallað hefur verið gagnkvæmni. Bókun 35 hefur hins vegar ekki verið lögfest á Íslandi þótt hún sé gild þjóðréttarskuldbinding. Ákvæði 3. gr. EES-laganna er lögskýringarregla um EES reglur sem gengur ekki eins langt.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Hæstiréttur hefur nokkrum sinnum vikið að þýðingu bókunar 35, sbr. mál nr. 236/1999 og 220/2005 og er í þeim tekið fram að það leiði af 7. gr. EES samningsins og bókun 35 að samningurinn feli ekki í sér framsal löggjafarvalds. Því verði ekki vikið frá innlendum lögum nema svigrúm sé til lögskýringar. Annars séu úrræði borgaranna í formi skaðabótamáls. Einnig má nefna mál nr. 274/2006 um áfengisauglýsingar þar sem

EFTA dómstólinn veitti sjónarmiðum um einsleitni og gagnkvæmni meira vægi en margir áttu von á með dómi sínum í svonefndu *Erlu Maríu máli* (mál nr. E-9/97). Þar var komist að þeirri niðurstöðu að einstaklingur gæti átt bótarétt gagnvart EFTA ríki vegna ófullnægjandi innleiðingar á tiltekinni tilskipun. Slík bótaábyrgð var reist á dómi Evrópudómstólsins í svokölluðu Francovich máli. Í hugum ýmissa gat þessi niðurstaða illa samræmst því eðli EES samningsins að vera þjóðréttarsamningur þar sem löggjöf krefst sérstakt innleiðingarferlis með þáttöku löggjafarvalds. Hvernig hægt væri að komast að því að einstaklingur gæti átt bótarétt vegna réttinda sem hann átti ekki kom ýmsum undarlega fyrir sjónir.

Með þessum dómi, og því sem í kjölfarið hefur fylgt, má segja að dómstólinn hafi minnkað bilið á milli EES samningsins og ESB-sáttmálanna miðað við upphaflega stöðu þeirra. ESB ríkin hafa tekið upp nánara og fjölþættara samstarf sem EES ríkin hafa þá í raun talist skuldbundin að fylgja miðað við kröfur EFTA dómstólsins um einsleitni og gagnkvæmni. Aukið yfirþjóðlegt vald stofnana ESB hefur sett þetta mál í nýtt samhengi.

Umdeilt hefur verið hvort EFTA dómstóllinn hafi gengið lengra en EES samningurinn heimilaði með ráðgefandi áliti sínu um bótaábyrgð í Erlu Maríu málinu. Og einnig hvort Hæstiréttur hafi með því að dæma bótaábyrgð verið á gráu svæði gagnvart 2. gr. stjórnarskrárinnar. EFTA dómstóllinn hefur byggt á því í dómum sínum síðar – og forseti dómsins í ræðum og riti – að sjónarmiðin um gagnkvæmni og einsleitni á hinum innri markaði orki mjög þungt á skýringu EES samningsins. Dómstóllinn virðist hafa litið á það sem sitt hlutverk að tryggja það fremur en að dvelja við þá málamiðlun sem virðist hafa átt að gera með bókun 35 og íslenskir stjórnámálamenn virðastjafnvel hafa ætlað sér á sínum tíma.<sup>4</sup>

Í þessu samhengi má einnig nefna að með auknum hlut Evrópuþingsins í löggjafaravinnu hefur að mestu verið girt fyrir aðkomu EES ríkjanna að ákvörðunum sem áður var möguleiki á vettvangi framkvæmdastjórnarinnar.

---

Hæstiréttur taldi enga ástæðu til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu bannákvæði áfengislaga vegna auglýsinga.

<sup>4</sup> Forsætisráðherra sagði í þekktri ræðu á leiðtogafundi EFTA ríkjanna í Osló 1989: „Ísland myndi aldrei gefa sig á vald yfirþjóðlegra stofnana og afsala þannig fullveldinu eða rétti til þess að taka eigin nauðsynlegar ákvarðanir til að tryggja afkomu og sjálfstæði“.

Þeir sem höfðu uppi varnaðarorð við staðfestingu EES-samningsins um mögulegt framsal fullveldis og óvissu um þróun mála hafa því að vissu leyti haft lög að mæla. Þar kemur bæði til dómaframvæmd EFTA dómstólsins og breytt eðli samstarfs ESB ríkjanna. Það er ekki ósanngjörn spurning hvort það sé yfir höfuð lýðræðislegt að láta EFTA dómstólinn um að skýra öll þau mál og stýra þeirri þróun.

**JKS 16-4-2018**