

Á L I T S G E R ð

um forræði á náttúruauðlindum o.fl. í ljósi reglna Evrópuréttar

10. ágúst 2026

Dr. Gunnar Þór Pétursson,
prófessor við Lagadeild Háskólans í Reykjavík

Dr. Hafsteinn Dan Kristjánsson,
prófessor við Lagadeild Háskólans í Reykjavík

Dr. Margrét Einarsdóttir,
prófessor við Lagadeild Háskólans í Reykjavík

Efnisyfirlit – styttra

Samantekt

I. hluti: Almennar reglur og atriði

- 1. kafli: Verkbeiðni og afmörkun athugunar**
- 2. kafli: Valdsvið ESB og meginreglan um veittar valdheimildir**
- 3. kafli: Ákvæði 345. gr. SSESB um eignarrétt**
- 4. kafli: Takmarkanir á fjórfrelsisreglunum o.fl.**
- 5. kafli: Ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB um þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja**

II. hluti: Sérstakar valdheimildir og reglur

- 6. kafli: Forræði yfir orkuauðlindinni – 194. gr. SSESB**
- 7. kafli: Sameiginleg sjávarútvegsstefna ESB og reglur innri markaðarins**

III. hluti: Undanþágur í aðildarsamningum

- 8. kafli: Aðildarsamningar og undanþágur – eðli og gildi þeirra að ESB-rétti**

Efnisyfirlit – lengra

SAMANTEKT	5
Inngangur	5
Valdsvið Evrópusambandsins og meginreglan um veittar valdheimildir	5
Eignarréttarákvæðið	6
Réttlætanlegar takmarkanir á reglum um frjálsa för, öryggisráðstafanir o.fl.....	7
Skylda til að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja.....	9
Forræði yfir orkuauðlindinni	11
Sameiginleg sjávarútvegstefna ESB og reglur innri markaðarins með sjávarafurðir.....	13
Aðildarsamningar og undanþágur – eðli og gildi þeirra að ESB-rétti.....	15
I. hluti: Almennar reglur og atriði.....	17
1. Verkbeiðni og afmörkun athugunar.....	17
2. Valdsvið ESB og meginreglan um veittar valdheimildir	20
2.1 Inngangur	20
2.2 Almennt um skipulag valdheimilda ESB	21
2.3 Valdheimildir ESB á sviði sjávarútvegs og orkumála	22
3. Ákvæði 345. gr. SSESb um eignarrétt	24
3.1 Skipan eignarréttar	24
3.2 Almennt um 345. gr. SSESb.....	25
3.3 Hlutleysiskrafa um eignarhald	27
3.4 Afleiddar gerðir hafa ekki verið settar en grunnreglur sáttmálanna eiga við	30
3.5 Afleiddar gerðir hafa verið settar	35
3.6 Einstök svið	36
3.7 Ákvæði 125. gr. EES-samningsins og <i>Hjemfall</i> -málið	38
3.8 Samantekið.....	42
4. Undanþágur – fjórfrelsið	43
4.1 Inngangur	43
4.2 Fjórfrelsisákvæðin og undanþágur frá þeim.....	45
4.3 Meðalhófsreglan	48
4.4 Undantekningar frá fjórfrelsisákvæðum – dómar og dæmi	50
4.5 Almannaöryggi (e. <i>public security</i>)	51
4.6 Allsherjarregla (e. <i>public policy</i>)	52
4.7 Almennasiðferði (e. <i>public morality</i>)	54
4.8 Vernd lífs og heilsu manna	54

4.9 Dómstólamótaðar undantekningar	55
4.10 Öryggis- og varúðarráðstafanir (e. <i>safeguards</i>) og sérstök undanþáguákvæði	61
5. Ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB um þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja.....	67
5.1 Aðfaraorð um 2. mgr. 4. gr. SESB og náttúruauðlindir	67
5.2 Almennt um 2. mgr. 4. gr. SESB.....	68
5.3 Áhrif 2. mgr. 4. gr. SESB.....	72
5.4 Takmarkanir þjóðarauðkennis og lykilhlutverks ríkja	74
5.5 Landsdómstólum er óheimilt að beita ekki reglum Evrópuréttar	75
5.6 Hvað eru þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja?	75
5.7 Stjórnskipulegt auðkenni.....	83
5.8 Samantekið.....	83
II. hluti: Sérstakar valdheimildir og reglur	85
6. Forræði yfir orkuauðlindinni	85
6.1 Inngangur	85
6.2 Nánar um ákvæði 1. og 2. mgr. 194. gr. SSESb.....	88
6.3 Ákvæði c-liðar 192. gr. SSESb.....	93
6.4 Ákvæði 3. mgr. 194. gr. SSESb.....	93
6.5 Orkulöggjöf ESB innan eða utan gildissviðs EES-samningsins?	94
6.6 Undanþágur vegna séraðstæðna.....	95
6.7 Helstu niðurstöður.....	95
7. Sameiginleg sjávarútvegsstefna ESB og reglur innri markaðarins með sjávarafurðir	97
7.1 Inngangur	97
7.2 Úthlutun veiðiheimilda og hlutfallslegur stöðugleiki.....	99
7.3 Tollfrelsi með sjávarafurðir	101
7.4 Erlendar fjárfestingar og kvótahopp.....	102
7.5 Samningsmarkmið Íslands í sjávarútvegsmálum	106
7.6 Helstu niðurstöður.....	107
III. hluti: Undanþágur í aðildarsamningum.....	110
8. Aðildarsamningar og undanþágur – eðli og gildi þeirra að ESB-rétti	110
8.1 Lagaramminn.....	110
8.2 Undanþágur, sérlausnir, „opt-outs“ og aðrar aðlaganir.....	112
8.3 Réttarheimildir ESB – og rétthæð, hvað þýðir það fyrir aðildarsamninga?.....	116
8.4 Aðildarsamningar – dæmi um undanþágur, sérlausnir, öryggisákvæði og yfirlýsingar.....	117

SAMANTEKT

Inngangur

Forsætisráðuneytið óskaði eftir því að þrír sérfræðingar við Háskólann í Reykjavík ynnu álitsgerð „þar sem gerð verði grein fyrir ákvæðum sáttmála Evrópusambandsins um náttúruauðlindir og áhrifum á forræði aðildarríkja á náttúruauðlindum. Í því samhengi verði einnig gerð grein fyrir því svigrúmi sem er fyrir hendi samkvæmt gildandi ESB-rétti til að taka tillit til mikilvægra þjóðarhagsmuna, sérkenna og sérstöðu aðildarríkja. Jafnframt verði umfjöllun um undanþágur sem aðildarríki hafa samið um í aðildarsamningum, eftir því sem við á.“

Í upphafi verður að hafa fullveldisrétt íslenska ríkisins í huga en hann myndar bakgrunn og samhengi álítafnisins. Íslenska ríkið hefur á grundvelli fullveldisréttar síns vald til að setja reglur um eignarhald, inntak og takmörk eignarréttar í stjórnarskrá og öðrum landslögum. Íslenska ríkið hefur forræði á náttúruauðlindum innan yfirráðasvæðis síns á þann hátt. Unnt er að takmarka *beitingu* fullveldisréttarins, t.d. með því að undirgangast þjóðréttarlegar skuldbindingar og jafnvel með því að framselja öðrum aðila vald til að beita réttinum fyrir sína hönd innan ákveðinna marka að gættum reglum stjórnskipunarinnar eins og þær eru hverju sinni. Sú spurning er því í bakgrunninum hvort og þá hvaða valdheimildir eru framseldar til Evrópusambandsins (einnig „ESB“) varðandi framangreind málefni þegar ríki ákveður að ganga í ESB.

Valdsvið Evrópusambandsins og meginreglan um veittar valdheimildir

Með þennan bakgrunn í huga hefst álitsgerðin á umfjöllun um valdsvið Evrópusambandsins og meginregluna um veittar valdheimildir í 1. mgr. 4. gr. og 2. mgr. 5. gr. Sáttmálans um Evrópusambandið (SESB). Samkvæmt þeirri meginreglu hefur ESB aðeins þær valdheimildir sem aðildarríkin hafa veitt því og getur ekki búið til eigin valdheimildir. Aðrar valdheimildir eru áfram í höndum aðildarríkjanna. Þær valdheimildir sem eru veittar ESB í sáttmálunum byggja á einróma samþykki aðildarríkjanna og stofnanir ESB mega ekki taka sér vald sem þeim hefur ekki verið veitt. Vegna þess skiptir máli að átta sig á skiptingu valdheimilda á milli ESB og aðildarríkjanna sem og ólíkum tegundum valdheimilda sem ESB hafa verið veittar. Um þetta er fjallað í **2. kafla**.

Þar kemur m.a. fram að sumar valdheimildir eru þess eðlis að ESB má eitt nýta þær (óskiptar valdheimildir), öðrum deilir ESB með aðildarríkjunum (sameiginlegt vald) og enn aðrar geta verið nýttar til stuðnings og til að samhæfa aðgerðir aðildarríkja (stuðningsvald). Þegar og að því marki og svo lengi sem ESB nýtir sameiginlega valdið geta aðildarríkin ekki nýtt það að því leyti. Óskiptu valdheimildirnar lúta að tollabandalaginu, setningu nauðsynlegra samkeppnisreglna vegna starfsemi innri markaðarins, peningamálastefnu fyrir þau aðildarríki sem hafa evru sem gjaldmiðil, varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins innan ramma sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar og sameiginlegu viðskiptastefnunnar. Meðal sameiginlegs valds er málefni innri markaðarins, landbúnaður og sjávarútvegur að frátalinni varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins, umhverfismál, neytendavernd og orkumál. Á þeim sviðum þar sem ESB deilir valdheimildum með aðildarríkjunum er það bundið af nálægðarreglunni og meðalhófsreglunni í 3. og 4. mgr. 5. gr. SESB en í því felast ákveðnar takmarkanir á beitingu valdheimildanna af þess hálfu. Þá getur ESB stutt við aðgerðir aðildarríkjanna á ákveðnum sviðum, s.s. menningar- og menntamála.

Eignarréttarákvæðið

ESB hefur ekki verið veitt almenn heimild til að mæla fyrir um eignarhald, notkun á eða forræði yfir náttúruauðlindum aðildarríkjanna. Það veltur því á öðrum valdheimildum hvort og þá að hvaða marki ESB getur t.d. sett reglur sem hafa áhrif á þær, s.s. á afmörkuðum sviðum eða á ákveðinn hátt. Í því sambandi skiptir máli að í 345. gr. Sáttmálans um Starfshætti Evrópusambandsins (SSESB) kemur fram að sáttmálarnir hafi engin áhrif á reglur um skipan eignarréttar. Sambærilega reglu er að finna í 125. gr. EES-samningsins innan gildissviðs þess samnings og eru ákvæðin túlkuð eins. Fjallað er nánar um inntak og þýðingu 345. gr. SSESB og 125. gr. EES-samningsins í **3. kafla**.

Þar kemur fram að í ákvæðinu felst að meginstefnu að það sé aðildarríkjanna að ákveða reglur um skipan eignarréttar. Aðildarríkin hafa ekki framselt vald til ESB til að ákveða skipan eignarréttar með almennum hætti. Sú valdheimild hvílir því hjá aðildarríkjunum. Þá færist eignarhald á eignum ekki til ESB eða breytist við inngöngu í það. Eignarhald myndi áfram ráðast einkum af reglum

landsréttar en þó að teknu tilliti til krafna ESB-réttar að því marki sem það ætti við, t.d. við einkavæðingu ríkiseigna, þar sem gæta þyrfti að almennum reglum ESB-réttar.

Þýðing 345. gr. SSESB er fyrst og fremst sú að árétta eða afmarka valdheimildir ESB á þann hátt að valdheimildir til að setja reglur um skipan eignarréttar eru almennt hjá aðildarríkjunum en ekki ESB. Hvað sem því líður ber aðildarríkjum ESB að gæta að kröfum ESB-réttar þegar þau beita valdheimildum sínum. Þannig mega reglur og athafnir þeirra ekki brjóta í bága við grunnreglur sáttmálanna, s.s. um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs, fjórfrelsis- og samkeppnisreglur, þ.á m. um ríkisaðstoð, eða afleiddar gerðir sem hafa verið settar með stoð í valdheimildum sem ESB hafa verið veittar en slíkar reglur geta haft áhrif eða snert á eignarréttindum.

Stundum hefur inntaki 345. gr. SSESB verið lýst sem kröfu um hlutleysi ESB-réttar m.t.t. tilhögunar eignarhalds. Það er því almennt í höndum aðildarríkjanna að ákveða hvort eign sé í einkaeigu eða opinberri eigu, hvort þau einkavæði eða þjóðnýti, svo lengi sem ekki sé brotið í bága við reglur ESB-réttar. Meðal þeirra reglna væri bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs í 18. gr. SSESB en þá reglu er einnig að finna í 4. gr. EES-samningsins.

Í samræmi við framangreint má lýsa stöðunni á þann hátt að reglur um skipan eignarréttar ráðast af landsrétti að teknu tilliti til krafna ESB-réttar, þegar við á. Aðildarríkjum er frjálst að setja reglur um skipan eignarréttar en þær mega ekki brjóta í bága við grundvallarreglur ESB-réttar. Réttarstaðan er hin sama samkvæmt EES-samningnum, þó með þeim fyrirvara að gildissvið þess samnings er afmarkaðra en gildissvið sáttmála Evrópusambandsins.

Réttlætanlegar takmarkanir á reglum um frjálsa för, öryggisráðstafanir o.fl.

Af dómaframkvæmd um 345. gr. SSESB verður ráðið, sem fyrr greinir, að þó að það sé aðallega í höndum aðildarríkjanna að mæla fyrir um reglur um skipan eignarréttar geta þau ekki vikið sér undan grunnreglum sáttmálanna, s.s. um frjálst flæði vara, þjónustu, fólks og fjármagns, sem og samkeppnisreglum, þ.á m. ríkisaðstoð, og banni við mismunun á grundvelli þjóðernis. Unnt er þó að takmarka ýmsar grunnreglur, s.s. um fjórfrelsið, á grundvelli réttlætanlegra ástæðna, þ.e.

einkum þegar stefnt er að lögmætu markmiði og gætt er meðalhófs. Meðal lögmætra markmiða eru almannaoöryggi og allsherjarregla sem og lýðheilsa o.fl. Unnt er að taka tillit til mikilvægra hagsmuna aðildarríkis, grundvallarréttinda og sérstöðu innan þess ramma. Þessar reglur gilda einnig samkvæmt EES-samningnum innan gildissviðs hans. Fjallað er nánar um þessar réttlætanlegu undanþágur og svigrúmið til að takmarka fjórfrelsið í **4. kafla**.

Þar kemur m.a. fram að reglurnar um frjálst flæði vara, þjónustu, fólks og fjármagns sem og um samkeppni gegna veigamiklu hlutverki í að mynda innri markaðinn. Hugmyndin að sameiginlegum markaði er í raun upphafið og grunnurinn að samstarfinu en hann er einnig kjarni EES-samningsins.

Fjórfrelsisreglurnar eru ekki ófrávíkjanlegar. Unnt er að réttlæta takmarkanir á þeim, einkum ef þær stefna að lögmætu markmiði og meðalhófs er gætt. Meðal skráðu réttlætningarástæðnanna eru almannaoöryggi, allsherjarregla sem og lýðheilsa, vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta og almenn siðferðisvitund samfélagsins. Réttlætningarástæðurnar eru hins vegar bæði skráðar og óskráðar, hafa þróast með dómaframkvæmd, og eru dæmin orðin mýmörg. Þessar réttlætningarástæður ná m.a. til umhverfis-, barna-, dýra- og neytendaverndar sem og verndar þjóðarverðmæta, tungumáls o.fl. Þá eru sérstakar undanþágur frá frjálstri för fólks varðandi tiltekin störf í opinberri þjónustu og meðferð opinbers valds.

Af framangreindu leiðir að aðildarríki er heimilt að viðhafa takmarkanir á frjálssu flæði vara, þjónustu, fólks og fjármagns sem eru réttlætanlegar. Slíkar réttlætanlegar takmarkanir geta tekið tillit til grundvallarréttinda aðildarríkja, sérstöðu og sérkenna. Slíkar takmarkanir vernda það sem einu nafni er kallað almannahagsmunir. Meðal þeirra eru takmarkanir í þágu almannaoöryggis, allsherjarreglu og þjóðaröryggis, eins og nánar verður farið yfir. Eitt skýrasta dæmið um að fallist hafi verið á sjónarmið aðildarríkis um almannaoöryggi er að finna í *Campus Oil*-málinu varðandi kröfur írska ríkisins um öryggisbirgðir olíu en landið er algerlega háð innflutningi á olíu. Einnig eru dæmi um dóma þar sem fallist hefur verið á sjónarmið um að einstaklingar teljist ógna öryggi ríkisins eða ógna allsherjarreglu eða almannahagsmunum, s.s. *van Duyn*-málið. Þá hefur verið áréttað að aðildarríkin hafa svigrúm til mats varðandi ýmis siðferðileg sjónarmið, sbr. t.d. *Henn og Darby*-málið sem varðaði innflutningsbann á vörum sem væru ósæmilegar eða klámfengnar. Ýmis

dæmi eru einnig til um vernd mannréttinda, umhverfisvernd, vernd kvikmynda, sem menningararfleifðar og tjáningarforms sem og tungumálsins, sbr. t.d. *UTECA*-málið þar sem fallist var á að takmörkun á frjálsu flæði þjónustu sem fólst í því að spænskum sjónvarpsstöðvum var samkvæmt spænskum lögum skylt að eyða 3% af tekjum sínum í að kaupa sýningarrétt á kvikmyndum á einu af opinberum tungumálum Spánar væri réttlætanleg í þágu verndar opinberrar tungu. Enn fremur eru til dæmi um neytenda- og barnavernd, umferðaröryggi, fjárhagslegan stöðugleika almannatryggingakerfisins, aðgerðir gegn bótasvikum sem og aðgerðir í tengslum við baráttuna gegn glæpastarfsemi, sviksemi í viðskiptum og vernd allsherjarreglu auk verndar launþega.

Þá er að finna mikilvæg ákvæði í 114. gr. SSESB, sem hefur að geyma nokkuð almenna valdheimild til að setja reglur um innri markaðinn, sem lúta að möguleikum aðildarríkja til að viðhalda eða setja ný ákvæði sem annars færu í bága við hina afleiddu löggjöf sem er sett með stöð í ákvæðinu. Slíkar ráðstafanir lúta þó samþykki Framkvæmdastjórnarinnar. Þá er einnig mælt fyrir um ákveðnar bráðabirgðaráðstafanir í ákvæðinu.

Til viðbótar er mælt fyrir um sérstakar öryggisráðstafanir í tengslum við greiðslujöfnuð ríkja í 143. og 144. gr. SESB. Enn fremur er að finna sérstök undanþáguákvæði í 346. og 347. gr. SSESB sem varða mikilvæga öryggishagsmuni ríkja. Ákvæðin eru til fyllingar þeirri stöðu að þjóðaröryggismál falla utan við gildissvið ESB-réttar.

Skylda til að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja

Því næst er fjallað um reglu 2. mgr. 4. gr. SESB sem kveður á um að ESB beri að virða þjóðarauðkenni, sem felast í stjórnskipulegu og stjórnmálalegu grunnskipulagi þeirra, og lykilhlutverki ríkja, m.a. varðandi vernd landsvæðis og innra og ytra öryggi. Þá er þjóðaröryggi einvörðungu á ábyrgð aðildarríkis. Í því felst að það er almennt ekki hlutverk ESB heldur aðildarríkjanna að gæta að þjóðaröryggi.

Ákvæði 2. mgr. 4. gr. getur haft a.m.k. tvenns konar þýðingu. Annars vegar við mat á því hvað teljast vera réttlætanlegar takmarkanir á grunnreglum, s.s. fjórfrelsinu eða mannréttindareglum

ESB-réttar. Sú staðreynd að markmið lýtur að atriði sem telst til þjóðarauðkennis eða lykilhlutverks ríkja getur haft áhrif á vægi þess og það svigrúm sem aðildarríki er ljáð til mats. Í því sambandi hefur t.d. verið talið að þjóðaröryggi sé mikilvægt markmið sem geti réttlætt meiri takmarkanir á mannréttindum ESB-réttar, sbr. *La Quadrature du Net o.fl.*-málið. Hins vegar getur ákvæðið takmarkað beitingu þeirra valdheimilda sem ESB hafa verið veittar, þótt efalaust þurfi mikið að koma til. Á þann hátt hefur ákvæðið hliðstæð áhrif og nálægðar- og meðalhófsreglan. Fjallað er nánar um ákvæðið í **5. kafla**.

Þar kemur m.a. fram að fræðimenn og lögsögumenn hafa byggt á því að ákvæðið sé til marks um að ESB byggi á fullveldi aðildarríkjanna og beri að virða það. Rétt eins og aðildarríkjum beri að gæta að kröfum ESB-réttar, þegar þær eiga við, þegar þau beita valdheimildum sínum ber ESB að gæta að þjóðarauðkenni og lykilhlutverki ríkja þegar það beitir valdheimildum sínum. Dómaframkvæmd um inntak og þýðingu ákvæðisins er þó enn í mótun. Af henni verður m.a. ráðið að aðildarríki geta ekki borið fyrir sig ákvæðið ef ráðstöfun bryti í bága við sameiginlegu gildin í 2. gr. SESB, s.s. um réttarríki og vernd mannréttinda, og takmarkanir á grunnreglum sáttmálanna verða að uppfylla kröfur mannréttindareglna ESB-réttar.

Af dómaframkvæmd verður einnig ráðið að undir ákvæðið falli t.d. ráðstafanir um vernd opinberrar tungu, stjórnarform, s.s. að ríki sé lýðveldi, hvort svæði innan aðildarríkis njóti sjálfstjórnar, innra skipulag valdheimilda og stofnana ríkisins og þjóðaröryggi. Þá hefur einnig reynt á ákvæðið í málum varðandi m.a. fjölskyldumálefni og málefni persónulegs eðlis, um aðgang að lögmannastéttinni og dómsvaldið og í tengslum við mannréttindi. Eins og fram kemur m.a. í *La Quadrature du Net o.fl.*-málinu útilokar ákvæðið ekki að reglur ESB-réttar geti gilt þó að þær snerti þjóðaröryggi en ESB ber þó að virða þetta hlutverk aðildarríkjanna, sem er á þeirra valdsviði.

Ekki er loku fyrir það skotið að einhverjar ráðstafanir varðandi t.d. orkumálefni sem eru mikilvægar fyrir innra og ytra öryggi aðildarríkis geti rúmast innan 2. mgr. 4. gr. SESB. Slíkar ráðstafanir gætu því falið í sér réttlætanleg frávik frá grundvallarréttindum. Þá er jafnframt ekki hægt að útiloka að afleidd gerð yrði ógild í heild eða að hluta ef hún færi í bága við ákvæðið þó að efalaust þyrfti mikið að koma til í því sambandi.

Í því sambandi er vert að geta þess að ekki er nóg að vísa aðeins með almennum eða órökstuddum hætti til t.d. þjóðaröryggis heldur verður að vera unnt að undirbyggja á nægjanlegan hátt að slík ógn sé raunveruleg og í gildi eða fyrirsjáanleg og nægilega alvarleg. Ráðstafanir sem varða raunverulegar og alvarlegar ógnir við þjóðaröryggi geta leitt til meiri takmarkana á grundvallarréttindum, sem fyrr segir.

Ekki verður ráðið af dómaframkvæmd hingað til að ráðstafanir varðandi náttúruauðlindir falli undir þjóðarauðkenni en slík auðkenni eru, sem fyrr greinir, bundin við þau sem felast í stjórnskipulegu og stjórnmalalegu grunnskipulagi ríkis. Mögulega væri unnt að gera ákveðin atriði að slíku auðkenni með því að stjórnarskrárbinda þau. Hafa verður þó í huga að ekki rúmast innan ákvæðisins allt sem kemur fram í stjórnarskrám aðildarríkjanna.

Landsdómstólar sumra aðildarríkja hafa mótað það sem hefur verið kallað stjórnskipuleg auðkenni þeirra eigin stjórnskipunar sem setur framsali ríkisvalds til ESB og áhrifa ESB-réttar innan landsréttar mörk. Sumir landsdómstólar hafa jafnframt haldið því fram að þeir hafi vald til að endurskoða hvort reglur ESB-réttar séu í samræmi við þau mörk. Í því sambandi er vakin athygli á möguleikanum á að móta stjórnarskrárákvæði um framsal ríkisvalds með það í huga verði ráðist í breytingar á stjórnarskránni í framtíðinni.

Forræði yfir orkuauðlindinni

Eftir umfjöllun um almennar reglur og atriði, þ.e. meginregluna um veittar valdheimildir, eignarréttarákvæðið, réttlætanlegar takmarkanir á frjálsri för og skylduna til að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja, er því næst fjallað um sérstakar valdheimildir og reglur í tengslum við náttúruauðlindir og orkumálefni. Annars vegar er fjallað um 194. gr. SESB, sem hefur að geyma sérstaka valdheimild um orkumálefni, og hins vegar um grundvöll sjávarútvegsstefnunnar. Því er m.a. velt upp hvað myndi breytast ef Ísland gengi í ESB en það er nú aðili að EES-samningnum. Fjallað er um forræði á orkuauðlindinni í **6. kafla**.

Meginmarkmið orkustefnu ESB er að koma á fót samkeppnishæfum innri markaði með orku, tryggja orkuöryggi og stuðla að sjálfbærni. Yfirráð yfir auðlindinni í hverju aðildarríki fyrir sig og

ávinningur af henni er hins vegar í höndum aðildarríkjanna sjálfra. Þá hafa aðildarríkin val um það hvort orkuauðlindir þeirra séu í opinberri eigu eða einkaeigu. Aðildarríkjum ber að gæta að reglum innri markaðarins, þ.e. um frjálst flæði vara, fólks, þjónustu og fjármagns, bann við mismunun og samkeppni. Þetta þýðir t.d. að óheimilt er að mismuna íslenskum ríkisborgara og ríkisborgara frá öðru EES/EFTA-ríki eða ESB-ríki að því er varðar kaup einkaaðila á orkufyrirtækjum eða annars konar nýtingu orkuauðlinda hér á landi.

Orkulöggjöf ESB fellur undir gildissvið EES-samningsins að öðru leyti en að því er varðar álagningu orkuskatta. Í þeim málaflokki þarf þó einróma samþykki fyrir setningu afleiddrar löggjafar. Innganga Íslands í ESB myndi því hafa óveruleg áhrif á orkulöggjöfina hér á landi þar sem Ísland er nú þegar aðili að henni að öllu verulegu leyti. Þannig hafa allir fyrri orkupakkar ESB verið teknir upp í EES-samninginn og innleiddir í íslenskan rétt. Til að mynda er *hreinorkupakkinn* (*fjórði orkupakkinn*) nú í upptökuferli á vettvangi Sameiginlegu EES-nefndarinnar en hluti hans hefur nú þegar verið tekinn upp í EES-samninginn.

Orkumál eru eðli málsins samkvæmt mikilvæg fyrir aðildarríkin. Þau vildu því tryggja að ekki færi á milli mála að þau ákveði sjálf með hvaða skilyrðum orkulindir þeirra eru nýttar, hvaða orkugjafa þau velja og tilhögun orkuafhendingar, sbr. 2. mgr. 194. gr. SSES. Með vísan til framangreinds ákvæðis, auk d-liðar 1. mgr. 194. gr. SSES, verður ESB ekki talið vera með valdheimildir til að leggja samtengil (t.d. sæstreng) í óþökk aðildarríkis til annarra aðildarríkja ESB eða skipa aðildarríki að leggja slíkan samtengil til að tengjast innri raforkumarkaði ESB. Hefur enda engin afleidd löggjöf verið sett sem felur í sér slíka skyldu. Því til viðbótar veitir nýlegur dómur Almenna dómstóls ESB (sameinuð mál *T-684/19* og *T-704/19*) vísbendingu um að valdið til að ákveða nýja/aukna tengingu milli aðildarríkja ESB, og því einnig EES/EFTA-ríkjanna, liggi alfarið hjá aðildarríkjunum.

Þrátt fyrir takmarkaðar valdheimildir að þessu leyti er alveg ljóst að ESB hefur áhuga á samtengingu orkumarkaða með það að markmiði að tryggja orkuöryggi í aðildarríkjum þess. Meginreglan um samstöðu í orkumálum (e. *energy solidarity*) fékk aukið vægi í kjölfar innrásarstríðs Rússlands í Úkraínu með tilheyrandi orkukreppu í Evrópu.

Þá er þess getið að Ísland hefur fengið undanþágur á grundvelli EES-samningsins frá ákveðnum gerðum eða hluta þeirra. Þær byggjast á einstakri stöðu Íslands á sviði orkumála sem yrði haldið á lofti ef til aðildarviðræðna kæmi, samkvæmt því sem fram kemur í álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá árinu 2026.

Sameiginleg sjávarútvegsstefna ESB og reglur innri markaðarins með sjávarafurðir

Fjallað er um sameiginlegu sjávarútvegsstefnuna í **7. kafla**. Eins og áður kom fram er *varðveisla líffræðilegra auðlinda* hafsins meðal óskiptra valdheimilda ESB og fer það því eitt með hana og eru ákvarðanir þar um teknar á vettvangi Ráðsins, sem samanstendur af ráðherrum aðildarríkja ESB. Í því felst einnig óskipt valdheimild til að gera alþjóðasamninga til að stuðla að fyrrgreindu markmiði. Þannig hefur ESB einkarétt til að gera samninga um stjórnun og nýtingu deilistofna við þriðju ríki, sbr. t.d. samning ESB við Ísland, Noreg, Færeyjar og Bretland að því er varðar nýtingu deilistofna. Þá fer ESB með óskiptar valdheimildir til að leggja á tolla við innflutning vara til ESB frá þriðju ríkjum, þ.m.t. innflutning sjávarafurða. Að því er varðar önnur atriði sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar fara ESB og aðildarríki þess með sameiginlegar valdheimildir.

Lýkilþáttur í að koma í veg fyrir ofveiði og stuðla að sjálfbærni felst í því að Ráðið ákveður árlega leyfilegan hámarksafla aðildarríkjanna. Framkvæmdastjórnin leggur tillögu þess efnis fyrir Ráðið sem byggist á vísindagögnum sem aðildarríkin leggja til. ESB hefur óskiptar valdheimildir að þessu leyti.

Hlutfallsleg úthlutun veiðiheimilda er byggð á veiðireynslu. Ef Ísland gerðist aðili að sameiginlegu sjávarútvegsstefnunni, án sérstakrar undanþágu, mætti að óbreyttu ætla að ekkert aðildarríki fengi úthlutað veiðiheimildum í staðbundnum íslenskum stofnum. Öðru máli gegnir um deilistofna og miðað við álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026 myndu aðildarviðræður miða að því að ná sem bestum samningum að því er þá varðar.

Mikilvægt er að áréttu að aðildarríki ESB hafa fullt forræði á því að ákveða hvernig úthlutuðum veiðiheimildum er skipt innanlands. Ef Ísland gerðist aðili að ESB væri því eftir sem áður hægt að byggja íslenskt fiskveiðistjórnunarkerfi á íslenska kvótakerfinu að því leyti.

Viðskipti milli aðildarríkja ESB með sjávarafurðir eru tollfrjáls, rétt eins og aðrar vörur sem eru í frjálsu flæði innan tollabandalags og innri markaðar ESB. Fiskur og aðrar sjávarafurðir falla ekki undir frjálst flæði vöruflutninga á grundvelli EES-samningsins. Kveðið er á um fyrirkomulag þeirra í bókun 9 við EES-samninginn. Þótt stór hluti íslenskra sjávarafurða njóti tollfríðinda eða tollfrelsis við innflutning til ESB á grundvelli bókunarinnar eru nokkrar mikilvægar fisktegundir þar undanskildar sem og margar unnar sjávarafurðir. Markaðsaðgangur þessara afurða hefur því að verulegu leyti byggst á síðari tvíhliða samningum og tollkvótum. Ef Ísland gerðist aðili að ESB yrðu allir tollar á sjávarafurðir felldir niður í viðskiptum milli Íslands og ríkja sambandsins sem og yrði Ísland hluti af neti fríverslunarsamninga ESB við þriðju ríki.

Við gerð EES-samningsins var Íslandi veitt sérstök undanþága frá reglum um frjálsa fjármagnsflutninga. Ísland getur þannig samkvæmt XII. viðauka, lið 1(g), við EES-samninginn áfram viðhaldið þeim takmörkunum sem voru í gildi við undirritun samningsins um erlent eignarhald og eignarhald aðila búsettra erlendis í sjávarútvegi og fiskvinnslu. Það væri undir íslenskum stjórnvöldum komið hvort farið yrði fram á áframhaldandi undanþágu að þessu leyti ef til aðildarviðræðna kæmi.

Ef fjárfestingar erlendra aðila í íslenskum sjávarútvegi yrðu leyfðar, að öllu eða takmörkuðu leyti, þyrfti að skoða gaumgæfilega hvernig mætti tryggja „að nýting auðlindarinnar og afrakstur hennar haldist áfram hér á landi“, sbr. álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026.

Dómstóll ESB hefur viðurkennt að til að koma megi í veg fyrir svokallað kvótahopp (e. *quota hopping*) sé heimilt að krefjast þess að skráð fiskiskip hafi „raunveruleg efnahagsleg tengsl“ (e. *real economic link*) við fánaríkið þannig að nýting fiskveiðiheimilda skili raunverulegum efnahagslegum ávinningi til þess ríkis sem úthlutað hefur kvótanum. Í *Factortame II* málinu kom fram að kröfur breskra laga varðandi skráningu skipa er lutu að þjóðerni, búsetu eða lögheimili eiganda eða rekstraraðila skipsins færu í bága við ESB-réttinn. Síðastliðinn rúman aldarfjórðung

hefur kvótahopp þó verið mun minna áberandi innan aðildarríkja ESB. Þess í stað hefur framkvæmd sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar í auknum mæli byggst á formlegum kvótaskiptum (e. *quota swapping*) milli aðildarríkja. Kvótaskipti fela í sér að aðildarríki skiptast á hlutum af landskvóta sínum, líkt og gert er í hefðbundnum fiskveiðisamningum milli ríkja. Almennt er litið svo á að kvótaskipti auki sveigjanleika kerfisins.

Aðildarsamningar og undanþágur – eðli og gildi þeirra að ESB-rétti

Að lokum er í **8. kafla** fjallað um aðildarsamninga, eðli þeirra og gildi, sem og undanþágur sem samið hefur verið um í aðildarsamningum. Aðildarsamningar eru í eðli sínu þjóðréttarsamningar, sem hefur áhrif á eðli og gildi þeirra, m.a. að hvaða marki aðildarviðræður eru pólitískar, ásamt því að vera tæknilegar. Það útskýrir best eðli aðildarviðræðna, að því marki sem farið er fram á ótímabundnar undanþágur – að þeim þarf að vinna pólitískt brautargengi. Dómstóll ESB hefur ekki valdheimildir til að ógilda ákvæði aðildarsamninga.

Aðildarsamningar hafa sömu stöðu og stofnsáttmálarnir tveir, þ.e. Sáttmálinn um Evrópusambandið (SESB) og Sáttmálinn um Starfshætti Evrópusambandsins (SSESB), og Mannréttindaskrá Evrópusambandsins. Af því leiðir að aðildarsamningi yrði ekki haggð síðar nema með einróma samþykki aðildarríkjanna, þ.m.t. umsóknarríkisins.

Lagaramma aðildarviðræðna er að finna í 49. gr. SESB – og er þetta eina ákvæðið í frumrétti ESB sem varðar aðild og aðildarviðræður. Ekkert í ákvæðinu sjálfu útilokar undanþágur, þ.m.t. frá stofnsáttmálunum, í aðildarsamningum, hvorki tímabundnar né ótímabundnar.

Undanþágur og aðrar aðlaganir sem finna má í aðildarsamningum eru af ólíkum toga. Þó að meginreglan sé að stofnsáttmálar ESB og önnur ESB-löggjöf gildi jafnt og fyrir öll ríkin eru fjöldamörg dæmi um undanþágur frá þeirri reglu, víðs vegar í ESB-réttinum, og eiga sér forsögu alveg aftur að Rómarsáttmálanum. Munur getur verið á undanþágum eftir eðli þeirra, tímamörkum og hvar og hvernig er gengið frá þeim í aðildarsamningi. Svo virðist sem ESB sé opnara fyrir að semja um það sem kallað er sérlausnir sem eiga aðeins við um umsóknarríki en ekki önnur aðildarríki en eitthvað sem er beinlínis kallað undanþága sem annars væri undanþága frá reglum

sem öll aðildarríki lúta. Þá eru dæmi um að ákveðin aðildarríki hafi ákveðið að vera ekki með í ákveðnum hluta nýrra stefna ESB, við breytingu á stofnsáttmálum ESB, og fengið undanþágu frá stefnunni í heild sinni (e. *opt-out*).

Í kaflanum eru tekin dæmi um undanþágur, sem og dæmi um ákvæði um öryggis-/verndar-ráðstafanir og yfirlýsingar. Flestar undanþágur, sem ræddar eru, eru ótímabundnar, s.s. eins og takmarkanir við fjárfestingum í sumarhúsum, í tilviki Möltu og Danmerkur, en þar fyrir utan eru í aðildarsamningum ótal dæmi um tímabundnar undanþágur, sem geta einnig verið mikilvægar. Jafnframt er bent á að við mat á því hvaða undanþágur hafi fengið brautargengi í aðildarsamningum verði að hafa í huga hvaða undanþágur umsóknarríki hafi farið fram á.

I. hluti: Almennar reglur og atriði

1. Verkbeiðni og afmörkun athugunar

Forsætisráðuneytið óskaði eftir því að þrír sérfræðingar við Háskólann í Reykjavík ynnu álitserð „þar sem gerð verði grein fyrir ákvæðum sáttmála Evrópusambandsins um náttúruauðlindir og áhrifum á forræði aðildarríkja á náttúruauðlindum. Í því samhengi verði einnig gerð grein fyrir því svigrúmi sem er fyrir hendi samkvæmt gildandi ESB-rétti til að taka tillit til mikilvægra þjóðarhagsmuna, sérkenna og sérstöðu aðildarríkja. Jafnframt verði umfjöllun um undanþágur sem aðildarríki hafa samið um í aðildarsamningum, eftir því sem við á.“

Álitserðinni er skipt í þrjá hluta. Í fyrstu tveimur hlutum álitserðarinnar verður fjallað um reglur ESB-réttar um forræði yfir náttúruauðlindum, mörk þeirra og forræði aðildarríkja á náttúruauðlindum og hvaða svigrúm er fyrir hendi til að taka tillit til mikilvægra þjóðarhagsmuna, sérkenna og sérstöðu samkvæmt gildandi ESB-rétti. Í III. hluta álitserðarinnar verður síðan gerð grein fyrir takmörkunum sem helgast af undanþágum sem aðildarríki hafa samið um í aðildarsamningum.

Nánar tiltekið verður í I. hluta fjallað um almennar reglur sem hafa þýðingu fyrir forræði á náttúruauðlindum og hvernig tekið er tillit til grundvallarréttinda og sérstöðu aðildarríkja í Evrópurétti, einkum með hliðsjón af náttúruauðlindum o.þ.h. Í því sambandi verður að hafa í huga að útgangspunkturinn er sá að íslenska ríkið hefur forræði á náttúruauðlindum sínum á grundvelli fullveldisréttarins.¹ Í því felst almennt séð að íslenska ríkið getur sett reglur um eignarhald og notkun náttúruauðlinda sem tilheyra landsvæði þess og eru þar með undir yfirstjórn þess, þ.m.t. mælt fyrir um einkaeignarrétt eða opinbert eignarhald í stjórnarskrá eða öðrum landslögum, vernd eignarréttar, inntak hans og takmörk. Þetta reglusetningarvald felst í fullveldisréttinum og getur það verið nánar útfært í stjórnarskrá. *Beiting* fullveldisréttarins getur sætt takmörkunum sem

¹ Í því sambandi má vekja athygli á þjóðréttarvenju um varanlegt fullveldi ríkja yfir náttúruauðlindum sem á rætur að rekja til ályktunar allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna nr. 1803 (XVII) frá árinu 1962.

Íslenska ríkið t.d. undirgengst með þjóðréttarlegum skuldbindingum eða jafnvel framselur öðrum aðila vald til að beita réttinum fyrir sína hönd innan ákveðinna marka að gættum reglum stjórnskipunarinnar eins og þær eru hverju sinni.

Fyrsti hluti álitsgerðarinnar tekur mið af framansögðu og hefst á því að fjalla um meginregluna um veittar valdheimildir í ESB-rétti en samkvæmt henni hefur ESB aðeins þær valdheimildir sem aðildarríkin hafa veitt því. Þær valdheimildir sem hafa ekki verið veittar ESB eru áfram í höndum aðildarríkja. Vegna þess verður að átta sig á skiptingu valdheimilda milli ESB og aðildarríkja og tegundum þeirra en þær eru ólíkar innbyrðis. **(2. kafli).**

ESB hefur ekki verið framseld almenn heimild til að mæla fyrir um eignarhald og notkun náttúruauðlinda. Það veltur því á öðrum valdheimildum hvort og þá að hvaða marki ESB getur t.d. sett reglur sem hafa áhrif á framangreint. Í því sambandi skiptir máli að í 345. gr. Sáttmálans um Starfshætti Evrópusambandsins (SSESB) kemur fram að sáttmálarnir hafi engin áhrif á reglur um skipan eignarréttar. Vegna þess verður fjallað nánar um inntak og þýðingu ákvæðisins fyrir álítaefnið. Sambærilega reglu er að finna í 125. gr. EES-samningsins en ákvæðið er túlkað með sambærilegum hætti og 345. gr. SSESB. **(3. kafli).**

Af dómaframkvæmd um m.a. 345. gr. SSESB verður ráðið að þótt það sé fyrst og fremst í höndum aðildarríkja að mæla fyrir um reglur um skipan eignarréttar geta þau ekki vikið sér undan grunnreglum sáttmálanna, s.s. um frjálst flæði vara, þjónustu, fólks og fjármagns, sem og samkeppnisreglum, þ.á m. ríkisaðstoð, og banni við mismunun á grundvelli þjóðernis. Í þessu sambandi verður þó að líta til þess að unnt er að takmarka grunnreglurnar, s.s. fjórfrelsisreglurnar, á grundvelli réttlætánlegra ástæðna, þ.e. þegar stefnt er að lögmætu markmiði og gætt er meðalhófs. **(4. kafli).**

Því næst verður vikið að reglu 2. mgr. 4. gr. SESB sem kveður á um að ESB skuli virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja, þ.á m. vernd þjóðaröryggis, en ákvæðið áréttar að auki að þjóðaröryggi er einvörðungu á ábyrgð aðildarríkja. Í því felst að það er almennt ekki hlutverk ESB heldur aðildarríkja að gæta þess. Ákvæði 2. mgr. 4. gr. getur haft þýðingu við mat á réttlætánlegum takmörkunum samkvæmt grunnreglunum að ofan sem og takmarkað ESB í því að

beita þeim valdheimildum sem því hafa verið veittar. Vegna þess verður fjallað nánar um inntak og þýðingu þess. **(5. kafli)**.

Að því búnu verður í II. hluta fjallað um sérstakar valdheimildir og reglur sem hafa þýðingu fyrir náttúruauðlindir og orkumálefni. Í því sambandi verður annars vegar fjallað um 194. gr. SESB sem veitir ESB ákveðnar valdheimildir í tengslum við orkumálefni og tekið til skoðunar hvað myndi breytast ef Ísland gengi í ESB. **(6. kafli)**. Hins vegar verður fjallað um grundvöll sjávarútvegsstefnunnar, m.a. hvaða málefni falla undir sérvald ESB og hvaða málefni yrðu áfram í höndum Íslands gengi það í ESB. **(7. kafli)**.

Í III. hlutanum verður síðan fjallað um undanþágur sem hefur verið samið um í aðildarsamningum. Í tengslum við það verður farið yfir eðli aðildarsamninga og stöðu þeirra meðal réttarheimilda ESB-réttar. Jafnframt verður farið stuttlega yfir aðildarferlið sjálft, viðsemjendur o.þ.h. Tekin eru dæmi um ótímabundnar undanþágur í aðildarsamningum og eftir atvikum önnur dæmi um aðlaganir sem og sérstök ákvæði um verndarráðstafanir, stöðu bókana og annarra yfirlýsinga.

2. Valdsvið ESB og meginreglan um veittar valdheimildir

2.1 Inngangur

ESB fer einungis með þau völd sem aðildarríkin hafa einróma samþykkt að veita því.² Byggja valdmörk ESB þannig á meginreglunni um veittar valdheimildir en samkvæmt henni skal ESB einungis aðhafast innan ramma þeirra valdheimilda sem aðildarríkin veita því í sáttmálunum til að ná markmiðum þeirra, sbr. 2. mgr. 5. gr. SESB. Athafnir ESB eru þannig takmarkaðar við þær valdheimildir sem aðildarríkin hafa veitt þeim og stofnanir ESB geta ekki tekið sér neitt það vald sem þær hafa ekki samkvæmt fyrirbyggjandi samningum aðildarríkjanna um aðild að ESB. *Hafi valdheimild ekki verið veitt ESB er hún enn í höndum aðildarríkjanna.* Af þessu leiðir jafnframt að þegar Dómstóll ESB túlkar gerðir má túlkunin aldrei jafngilda breytingu á samningunum. Þetta felur í sér að markmiðsskýring dómstóla ESB, sem er mikið notuð við túlkun í ESB-rétti, hefur sín takmörk.³

Í samræmi við framangreint hafa sumir dómstólar aðildarríkjanna kveðið á um að takmarkanir séu á valdheimildum ESB. Þannig komst stjórnlagadómstóll Þýskalands⁴ að þeirri niðurstöðu í *Maastricht*-dómi að ESB hefði ekki sjálfstætt vald til ákvörðunar á valdmörkum sínum. Taldi þýski stjórnlagadómstóllinn það því vera á sínu valdsviði að skoða hvort stofnanir bandalagsins hafi haldið sér innan valdmarka sinna. Þá er sérstaklega tekið fram í *Lissabon*-dómi stjórnlagadómstóls Þýskalands að dómstóllinn prófi hvort gerðir frá stofnunum ESB hafi farið út fyrir þau valdmörk sem þeim séu falin. Hér má einnig vísa til dóms Hæstaréttar Danmerkur í *Ajos*-málinu en þar var meginniðurstaðan sú að aðildarlög Danmerkur við ESB hefðu ekki að geyma heimild í máli milli einkaaðila til að láta óskráða meginreglu ESB-réttar, sem fælist ekki í stofnsáttmálunum, víkja reglu landsréttarins til hliðar. Lagði Hæstiréttur Danmerkur því danska lagaákvæðið til grundvallar úrlausn málsins þar sem óskráða reglan hefði ekki réttaráhrif í dönskum rétti.⁵

² Sbr. 1. og 13. gr. SESB. Sjá nánari umfjöllun í t.d. Nigel Foster, *Foster on EU Law*, Oxford University Press, 8. útg. 2021, bls. 78–79 og Stefán Már Stefánsson og Margrét Einarsdóttir, „Um valdmörk og valdheimildir stofnana Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“, *Tímarit lögfræðinga* 2018(3).

³ Í einstaka málum hefur Dómstóll ESB þó verið gagnrýndur fyrir að fara inn á svið aðildarríkjanna, sjá t.d. C-262/88 *Barber* þar sem ellilífeyrir var talinn til launa og því falla undir valdsvið ESB.

⁴ *Maastricht-dómurinn (BVerfGE frá 12. október 1993)*, grein 116 og áfram og *Lissabon-dómurinn (BVerfGE 2 bve 2/08 frá 30. júní 2009)*, einkum greinar 233 og 332.

⁵ Dómur Hæstaréttar Danmerkur í máli nr. 15/2014 frá 16. desember 2016.

2.2 Almennt um skipulag valdheimilda ESB

Í 2.–6. gr. SSESB er gerð nánari grein fyrir tegundum þeirra valdheimilda sem aðildarríkin hafa veitt ESB. Sumar eru þess eðlis að ESB eitt má nýta þær (óskiptar valdheimildir), öðrum deilir ESB með aðildarríkjunum (sameiginlegt vald) og enn aðrar geta verið nýttar til stuðnings og til að samhæfa aðgerðir aðildarríkja (stuðningsvald).

Í 1. mgr. 3. gr. SSESB er kveðið á um þær valdheimildir sem ESB fer eitt með, þ.e. óskiptar valdheimildir. Eftirtalin svið skulu falla undir óskiptar valdheimildir ESB:

- a) tollabandalag,
- b) setning nauðsynlegra samkeppnisreglna vegna starfsemi innri markaðarins,
- c) peningamálastefna fyrir þau aðildarríki sem hafa evru sem gjaldmiðil,
- d) varðveisla líffræðilegra auðlinda hafsins innan ramma sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar,
- e) sameiginleg viðskiptastefna.⁶

Á mun fleiri sviðum deilir ESB valdheimildum sínum með aðildarríkjunum. Er mælt fyrir um þetta í 4. gr. SSESB en þar segir að ESB skuli deila valdheimildum í þeim tilvikum þegar því eru veittar valdheimildir í sáttmálunum sem varða ekki sviðin sem um getur í 3. gr. (óskiptar valdheimildir) og 6. gr. (stuðningsvald).

Eftirtalin megin svið skulu falla undir valdheimildir sem ESB deilir með aðildarríkjunum:

- a) innri markaðurinn,
- b) félagsmálastefna, að því er varðar þá þætti sem eru skilgreindir í þessum sáttmála,
- c) efnahagsleg samheldni, félagsleg samheldni og samheldni milli svæða,
- d) landbúnaður og sjávarútvegur, að frátalinni varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins,
- e) umhverfismál,
- f) neytendavernd,

⁶ Þessu til viðbótar skal ESB einnig hafa óskiptar valdheimildir þegar kemur að alþjóðasamninga að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, sbr. 2. mgr. 3. gr. SSESB.

- g) flutningastarfsemi,
- h) samevrópsk net,
- i) orkumál.

Á þeim sviðum sem ESB deilir valdheimildum sínum er það bundið m.a. af *nálægðarreglunni*, sbr. 3. mgr. 5. gr. SESB. Í henni felst að ESB skal einungis „grípa til aðgerða á sviðum þar sem það fer ekki með óskiptar valdheimildir því aðeins að, og einungis að því marki sem, aðildarríkin geta ekki fyllilega náð markmiðum aðgerðarinnar, hvort heldur er á vettvangi ríkis, svæða eða sveitarfélaga, og þeim verður betur náð á vettvangi [ESB] sökum umfangs aðgerðarinnar eða áhrifa af henni“.⁷

*Þau svið þar sem ESB fer hvorki með sérvald né sameiginlegt vald í samræmi við ofangreint eru á forræði aðildarríkjanna. Þó getur ESB gripið til aðgerða er styðja við aðgerðir aðildarríkjanna, samræma þær eða koma þeim til viðbótar á ákveðnum sviðum, s.s. menningar- og menntamála.*⁸

2.3 Valdheimildir ESB á sviði sjávarútvegs og orkumála

Það sem skiptir máli fyrir álitagerð þessa er að í samræmi við d-lið 1. mgr. 3. gr. SSESB fer Ráðið með *óskiptar valdheimildir að því er varðar „varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins“*. Skal Ráðið því, að tillögu Framkvæmdastjórnarinnar, samþykkja ráðstafanir sem lúta m.a. að úthlutun veiðiheimilda, sbr. 3. mgr. 43. gr. SSESB. Útfærsla þessi er nánar útfærð í reglugerð (ESB) nr. 1380/2013 um sameiginlegu sjávarútvegsstefnuna.⁹ Að því er varðar *önnur atriði sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar fara ESB og aðildarríki þess með sameiginlegar valdheimildir*.¹⁰ Þar undir falla m.a. stjórnunarkerfi fiskveiða, markaðsskipulag sjávarafurða, fjárhagslegur stuðningur, rannsóknir og ytri samskipti ESB á sviði sjávarútvegs. Nánar verður fjallað um framseldar valdheimildir til ESB á sviði sjávarútvegs í 7. kafla.

⁷ Sbr. 3. mgr. 5. gr. SESB.

⁸ Sbr. 6. gr. SSESB.

⁹ Sbr. einkum 1., 2., 6. og 15. gr. reglugerðarinnar.

¹⁰ Sbr. d-lið 2. mgr. 4. gr. SSESB.

Þá deilir ESB valdheimildum með aðildarríkjunum á sviði orkumála.¹¹ Hefur ESB heimild með stoð í 194. gr. SSESB til að setja afleidda löggjöf til að ná þeim markmiðum á sviði orkumála sem greinir í ákvæðinu. Nánar verður fjallað um framseldar valdheimildir til ESB á sviði orkumála í 6. kafla.

Að lokum ber að nefna að ef ESB grípur til aðgerða í samræmi við valdheimildir sínar á þeim sviðum sem falla undir sameiginlegar valdheimildir, t.d. á sviði orku, þá hafa aðildarríkin ekki lengur heimild til að grípa til aðgerða sem fara í bága við aðgerðir ESB á sviðinu.¹²

¹¹ Sbr. i-lið 2. mgr. 4. gr. SSESB.

¹² Sbr. mál nr. 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*. Sjá nánari umfjöllun í t.d. Nigel Foster, *Foster on EU Law*, bls. 81.

3. Ákvæði 345. gr. SSESB um eignarrétt

3.1 Skipan eignarréttar

Eins og áður kom fram er ESB bundið af *meginreglunni um veittar valdheimildir (lögmatísreglunni)* í 2. mgr. 5. gr. SESB. Í henni felst að athafnir ESB eru takmarkaðar við þær valdheimildir sem aðildarríkin hafa veitt þeim. Hafi valdheimild ekki verið veitt ESB er hún enn í höndum aðildarríkjanna. Þegar hugað er að framsali ríkisvalds til ESB, þ.á m. í tengslum við auðlindir, er þörf á að leggja mat á þær valdheimildir sem aðildarríki hafa veitt ESB og nánara eðli þeirra.

Í tengslum við auðlindir þarf að auki að líta til 345. gr. SSESB um *eignarrétt* en ákvæðið hljóðar svo á ensku:

„The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.“

Sambærilega reglu er að finna í 125. gr. EES-samningsins en hún er svohljóðandi á íslensku:

„Samningur þessi hefur engin áhrif á reglur samningsaðila um skipan eignarréttar.“

Í ákvæðunum felst að *meginstefnu að það sé aðildarríkjanna að ákveða reglur um skipan eignarréttar*. Aðildarríkin hafa ekki framselt vald til ESB til að ákveða skipan eignarréttar með almennum hætti. Þá færist eignarhald á eignum, þ.m.t. ýmsum auðlindum, *ekki* til ESB við inngöngu í það. Eignarhald breytist ekki við inngöngu í ESB heldur ræðst af reglum landsréttar að teknu tilliti til krafna ESB-réttar.

Hitt er svo annað mál að *ekki er heimilt að mismuna á grundvelli ríkisborgararéttar* samkvæmt 18. gr. SSESB. Sú regla er nú þegar hluti af EES-samningnum en í 4. gr. hans segir:

„Hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs er bönnuð á gildissviði samnings þessa nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans.“

Af því leiðir að íslenska ríkið er nú bundið af reglunni um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs á þeim sviðum sem falla innan samningsins, þ.m.t. um eignarhald. Við inngöngu í ESB mun *sama regla gilda en á fleiri sviðum* nema fengin verði undanþága um afmörkuð atriði eða svið.

3.2 Almennt um 345. gr. SSESB

Inntak og gildissvið 345. gr. SSESB er að nokkru marki órætt. Fræðimenn hafa velt upp ólíkum nálgunum á það. Meðal þess sem hefur verið deilt um er hvort ákvæðið sé bundið við eignarhald fyrirtækja eða nái almennt til eigna sem og hvort ákvæðið sé bundið við reglur um eignarhald eða nái jafnframt til reglna sem mæla fyrir um inntak eignarréttinda. Fyrri álítaefnið á rætur að rekja til þess að fyrirrennari 345. gr. SSESB í Kola- og stálbandalaginu vísaði beinlínis til fyrirtækja en vísun til þeirra var felld brott í Rómarsáttmálanum sem með breytingum í gegnum tíðina hefur orðið að núgildandi SSESB. Hefur það vakið upp spurningu um hvort gildissvið reglunnar hafi víkkað við það eða hvort túlka beri það á sama hátt og fyrirrennara þess þrátt fyrir orðalagsbreytinguna.¹³ Í samræmi við orðalag ákvæðisins verður hér lagt til grundvallar að reglan sé almenns eðlis, þ.e. nái almennt til eigna. Enn fremur verður ekki útilokað að það geti náð til fleiri efnisþátta eignarréttar en eignarhalds, sbr. þó orðalag ákvæðisins á ensku um „property ownership“ og frönsku „régime de propriété“. Þá hefur verið hreyft við því álítaefni hvort ákvæðið sé aðeins bundið við „reglur“ um skipan eignarréttar en ekki t.d. eignarhald einstakra fyrirtækja, sbr. einnig orðalagið á ensku „system“ of property ownership og á frönsku „régime“ de propriété.¹⁴ Ekki verður tekin frekari afstaða til þess hér að öðru leyti en að nefna að einstakar aðgerðir um skipan eignarréttar ráðast af umræddum reglum um skipanina.

¹³ Sjá t.d. Marcus Klamert, „Article 345“ í *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert og Jonathan Tomkin (ritstj.), Oxford University Press (2019), bls. 2047–2051, Kristín Haraldsdóttir, „The Nature of Neutrality in EU Law: article 345 TFEU.“ *European Law Review* 41(1) (2020), bls. 5 o.áfr., Bram Akkermans og Eveline Ramekers, „Article 345 TFEU (ex Article 295 EC). Its Meaning and Interpretations.“ *European Law Journal*, 16. árg., 3. tbl. (2010), bls. 292–414, og Fraga o.fl., „Property and European Integration: Dimensions of Article 345 TFEU“. *Legal Studies Research Papers*, 17. tbl., Háskólinn í Helsinki, bls. 1. o.áfr.

¹⁴ *Ibid.*

Íslenska þýðingin á ákvæðinu í 125. gr. EES-samningsins er ónákvæm en þar segir að samningurinn „hafi engin áhrif á“ reglur um skipan eignarréttar. Á ensku er á hinn bóginn stuðst við sambærilegt orðalag og í 345. gr. SSESB, þ.e. að samningurinn skuli á engan hátt fordæma („prejudice“). Í franskri þýðingu samningsins er stuðst við hugtakið „préjugent“. Álitamál hafa vaknað um merkingu hugtaksins, þ.e. hvort það feli í sér að áhrif ESB-réttar á reglur um skipan eignarréttar séu *útilokuð* eða aðeins *takmörkuð*. Íslenska þýðingin virðist benda til fyrri lögskýringarkostsins en dómaframkvæmd Dómstóls ESB til hins síðari. Eins og vikið verður að hér á eftir er 125. gr. EES-samningsins túlkuð til samræmis við 345. gr. SSESB með vísan til markmiðsins um einsleitni enda er orðalag ákvæðanna samhljóða á ensku.

Ákvæði 345. gr. SSESB hefur hvorki að geyma valdheimild handa ESB né aðildarríkjunum. Ákvæðið er að finna í lokakafla samningsins um almenn ákvæði og lokaákvæði sem kann að gefa til kynna eðli og þýðingu þess. Unnt er að líta á ákvæðið á þann hátt að það feli í sér *áréttingu* eða *takmörkun* á valdheimildum ESB. *Samkvæmt því felst fyrst og fremst í reglunni að aðildarríkin hafa ekki veitt ESB almenna heimild til að mæla fyrir um reglur um skipan eignarréttar. Af því leiðir að valdheimildin hvílir enn hjá aðildarríkjunum*, sbr. 2. mgr. 5. gr. SSESB. Ef og að því marki sem ákvæðið felur í sér sjálfstæða takmörkun umfram það að aðildarríkin hafa enn valdheimildina og ESB skortir almenna valdheimild á þessu sviði, þá er óljóst hversu langt hún hrekkur.

Frá þessu sjónarhorni getur reglan t.d. haft áhrif á túlkun grunnreglna sáttmálanna, hvernig ytri mörk þeirra valdheimilda sem ESB er fengin í sáttmálunum eru dregin með túlkun sem og mat samkvæmt öðrum reglum, s.s. um réttlætingu takmarkana á frjálsri för.¹⁵ Til að mynda standa rök til þess að reglan mæli með því að Dómstóll ESB ljái aðildarríkjunum ákveðið svigrúm til mats á þessu sviði.¹⁶

¹⁵ Sjá *Essent*-málið um síðara atriðið, sbr. dóm 29. mars 2001 í máli C-163/99. ECLI:EU:C:2001:189. Dómurinn verður reifaður ítarlega hér á eftir.

¹⁶ Kristín Haraldsdóttir, „The Nature of Neutrality in EU Law: article 345 TFEU.“ *European Law Review* 41(1) (2020), bls. 5 o.áfr.

Ekki hefur reynt mikið á regluna í framkvæmd. Þegar aðildarríki hafa borið hana fyrir sig hefur sjaldnast verið fallist á þá málsvörn. Þó eru einhverjar vísbendingar um að löggjafi ESB taki tillit til reglunnar við lagasetningu.

Með þessi almennu atriði í huga verður nú fjallað nánar um inntak og gildissvið ákvæðisins. Byrjað verður á að fara yfir þrjú atriði, þ.e. 1) kröfuna um hlutleysi m.t.t. eignarhalds, 2) stöðuna þegar engum afleiddum gerðum er til að dreifa en viðfangsefnið rúmast innan gildissviðs grunnreglna sáttmálanna og 3) stöðuna þegar afleiddar gerðir hafa verið settar. Eftir það verður 4) farið yfir birtingarmyndir eða áhrif reglunnar á nokkrum sviðum.

3.3 Hlutleysiskrafa um eignarhald

Stundum er komist svo að orði að 345. gr. SSESB hafi að geyma kröfu um hlutleysi.¹⁷ Í því felst túlkun á hugtaki ákvæðisins sem er á ensku „prejudice“ og á frönsku „préjudent“. Af hlutleysiskröfunni leiðir að það er almennt undir aðildarríkjunum komið hvort *eignarhald* fyrirtækja eða eftir atvikum annarra eigna sé *opinbert* eða í höndum *einkaaðila*. Enn fremur er það almennt undir aðildarríkjunum komið hvort þau *þjóðnýti* eða *einkavæði* fyrirtæki eða iðnað svo lengi sem það samrýmist að öðru leyti kröfum ESB-réttar. Útgangspunkturinn í ESB-rétti er sá að eignarhaldið að þessu leyti eigi ekki að hafa þýðingu. Með öðrum orðum er *ESB-réttur almennt hlutlaus gagnvart tilhögun á eignarhaldi*. Af þessu leiðir að ekki er útilokað að t.d. þjóðnýta fjármálafyrirtæki sem viðbrögð við efnahagskreppu og einkavæða á ný að henni lokinni svo lengi sem aðgerðirnar brjóti ekki í bága við kröfur ESB-réttar, sbr. nánar hér á eftir.

Hlutleysiskrafan birtist m.a. í *Portúgal gegn Framkvæmdastjórninni*.¹⁸ Í málinu reyndi á bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækis í eigu ríkisins. Portúgalska ríkið byggði á því að ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar, um að ákveðin söluaðferð fyrirtækisins bryti í bága við bannið, lyti að reglum um skipan eignarréttar vegna þess að ákvörðunin hefði þá afleiðingu að fyrirtæki með sérleyfi eða einkaréttindi, eða þau sem bæru ábyrgð á almannafþjónustu, gætu ekki

¹⁷ Á ensku: *principle of neutrality*.

¹⁸ Dómur 29. mars 2001 í máli C-163/99. ECLI:EU:C:2001:189.

stuðst við sömu söluaðferðir og önnur fyrirtæki. Með því væri brotið í bága við hlutleysiskröfuna.¹⁹ Dómstóllinn féllst ekki á þá afstöðu heldur tók undir með Framkvæmdastjórninni að reglan um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu ætti við um fyrirtæki hvort sem það væri í einkaeigu eða í eigu hins opinbera. Ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar varðandi fyrirtækið bryti á engan hátt í bága við það sem er nú 345. gr. SSESB.²⁰

Að framan hefur verið stuðst við orðalag á borð við *almennt*. Í því felst sá fyrirvari að einhverjar kröfur geta leitt af ESB-rétti til eignarhalds við ákveðnar aðstæður, einkum þegar regla um eignarhald brýtur í bága við t.d. grunnreglur sáttmálanna. Í þessu sambandi má vekja athygli á því sem fram kemur í *Essent*.²¹

Í málinu reyndi á túlkun 63. gr. um frjálsa för fjármagns og 345. gr. SSESB. Í málinu hafði hollenska ríkið innleitt tilskipun sem var ætlað að opna orkumarkaðinn og samhliða sett ákveðnar takmarkanir í lög. Í fyrsta lagi laut málið að takmörkun hollenskra laga á sölu hlutabréfa í fyrirtæki sem starfrækir rafmagns- og gasdreifikerfi til einkafjárfesta, þ.e. banni við einkavæðingu. Í öðru lagi takmörkun á eignar- og stjórnunartengslum milli fyrirtækja sem starfrækja slík dreifikerfi og fyrirtækja sem framleiða eða veita rafmagn eða gas í Hollandi, þ.e. samstæðutakmörkun. Í þriðja lagi takmarkanir á fyrirtæki og fyrirtæki í sömu samstæðu að athafna sig með þeim hætti sem hefur slæm áhrif á kerfið.²² Hollenska ríkið byggði m.a. á því að 345. gr. kæmi í veg fyrir að 63. gr. ætti við.²³ Að því er varðar bann við einkavæðingu tók hollenska ríkið fram að þær reglur lytu að því að eignarhaldið skyldi vera opinbert.²⁴

Dómstóllinn tók fram að 345. gr. fæli í sér hlutleysiskröfu.²⁵ Sáttmálarnir banni almennt ekki þjóðnýtingu eða einkavæðingu.²⁶ Aðildarríki geti þar með stefnt að því markmiði að ákveðnar

¹⁹ mgr. 58.

²⁰ mgr. 59–60.

²¹ Dómur 22. október 2013 í máli C-105/12-C-107/12. ECLI:EU:C:2013:677. Sjá umfjöllun um dóminn í t.d. Pieter Van Cleynenbreugel, „No privatisation in the service of fair competition? Article 345 TFEU and the EU market-state balance after *Essent*.“ *European Law Review* 39(2) (2014), bls. 264–275.

²² mgr. 1–2.

²³ mgr. 24.

²⁴ mgr. 28.

²⁵ mgr. 29.

²⁶ mgr. 30.

reglur mæli fyrir um opinbert eignarhald.²⁷ Aftur á móti komi 345. gr. ekki í veg fyrir að grunnreglur sáttmálanna gildi, s.s. um bann við mismunun, frjálst flæði fjármagns og staðfesturéttinn.²⁸ Vegna þess rúmist lögin innan gildissviðs 63. gr.²⁹ Beinar fjárfestingar með það fyrir augum að ná stjórn á félagi sem og fjárfestingar í eignasöfnum rúmist innan gildissviðsins.³⁰ Reglur sem eru til þess fallnar að útiloka eða takmarka slíkar beinar fjárfestingar eru aðgangshindranir.³¹ Reglurnar um bann við einkavæðingu og takmörkunum innan samstæðu töldust því vera aðgangshindranir.³² Að því er varðar réttlættingarástæður tók dómstóllinn fram að reglur um eignarhald geti stefnt að almannahagsmunum.³³ Dómstóllinn aðgreindi stöðuna í málinu frá *Framkvæmdastjórnin gegn Portugal*³⁴ en í því máli reyndi m.a. á gyllt hlutabréf en ekki lagareglu sem bannar eignarhald einkaaðila með öllu.³⁵ Dómstóllinn tók fram að þau rök sem búa að baki slíkum reglum geti verið áhrifaþættir sem unnt er að líta til við mat á því hvort takmörkun sé réttlætning.³⁶ Að því er varðar réttlættingu samstæðutakmörkunarinnar leit dómstóllinn til þess að hollenska ríkið stefndi að sambærilegum markmiðum og tilskipunin um m.a. óafbakaða samkeppni.³⁷

Að lágmarki tvenns konar ályktanir er unnt að draga af *Essent*. Annars vegar verða reglur landsréttar um skipan eignarréttar að uppfylla kröfur grunnreglna sáttmálanna þótt þær rúmist innan gildissviðs 345. gr. SSESB. Með öðrum orðum útilokar eða þrengir ákvæðið ekki gildissvið grunnreglnanna á þann hátt að slík málefni falli utan við þær. Hins vegar geta þær ástæður sem búa að baki reglum landsréttar, t.d. um að eignarhald skuli vera opinbert, talist vera lögmæt markmið sem kunna að réttlæta takmörkun á frjálsu flæði fjármagns ef þær ganga ekki lengra en nauðsyn krefur.³⁸

²⁷ mgr. 31.

²⁸ mgr. 36–37.

²⁹ mgr. 38.

³⁰ mgr. 40.

³¹ mgr. 41.

³² mgr. 47.

³³ mgr. 53.

³⁴ Dómur 8. júlí 2010 í máli C-171/08. ECLI:EU:C:2010:412.

³⁵ mgr. 54 í *Essent*-málinu.

³⁶ mgr. 55.

³⁷ mgr. 64.

³⁸ mgr. 68.

3.4 Afleiddar gerðir hafa ekki verið settar en grunnreglur sáttmálanna eiga við

Í dómaframkvæmd hefur reynt á hvernig beri að fara með tilfelli þegar afleiddar gerðir á borð við reglugerðir, tilskipanir og ákvarðanir hafa ekki verið settar um tiltekið málefni en viðfangsefni dómsmálsins virðast rúmast innan gildissviðs grunnreglna sáttmálanna, þ.e. um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs, fjórfrelsisreglnanna og samkeppnisreglna, þ.á m. um ríkisaðstoð. Í þessum málum hafa aðildarríki stundum borið fyrir sig að þeim beri ekki að hlíta grunnreglunum vegna þess að málefnið varði reglur um skipan eignarréttar. Með öðrum orðum hafa sum aðildarríki byggt á því í málunum að 345. gr. SSESB þrengi gildissvið grunnreglnanna og þá með þeim afleiðingum að þau þurfi t.d. ekki að réttlæta takmarkanir á frjálsu flæði fjármagns eða staðfesturéttinum. Dómstóll ESB hefur almennt ekki fallist á slíka málsvörn.³⁹

Þetta er meginsteifið í dómaframkvæmd. Svo dæmi séu tekin reyndi í *Fearon*⁴⁰ á reglu landsréttar um skyldu yfirvalda til að kaupa land í þágu þess að tryggja ákveðna landnotkun. Írsk lög byggðu þó á því að yfirvöld gætu ekki keypt land ef búsetuskilyrði í ákveðinn tíma væru uppfyllt. Framkvæmdastjórnin taldi að það ákvæði sem er nú 345. gr. kæmi í veg fyrir þörfina á því að réttlæta takmarkanir á staðfesturéttinum en dómstóllinn féllst ekki á það.⁴¹ Dómstóllinn tók fram að þótt slíkar reglur rúmist innan þess sem er nú 345. gr. yrðu þær eftir sem áður að uppfylla kröfur um bann við mismunun sem lægju að baki staðfesturéttinum.⁴²

Í *Konle*⁴³ reyndi á reglur um kaup á landi sem gerðu kaup háð fyrirfram samþykki stjórnvalda nema fyrir austurríska ríkisborgara. Austurríska ríkið byggði á því að slíkt kerfi væri nauðsynlegt til að tryggja yfirvöldum yfirráð af skipulagsástæðum og félli undir það sem er nú 345. gr.⁴⁴ Með vísan í *Fearon*-málið tók dómstóllinn fram að þótt reglur um skipan eignarréttar heyri undir ákvæðið útiloki það ekki að kerfið sem þær komi á fót þurfi að uppfylla grunnreglur sáttmálans.⁴⁵ Að því búnu fór dómstóllinn yfir hvernig kerfið horfði við frjálsri för fjármagns.

³⁹ Fjallað er um 345. gr. SSESB í *Commission Interpretative Communication on the Acquisition of Farmland and European Union Law*, sjá hér: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2017_350_R_0005.

⁴⁰ Dómur 6. nóvember 1984 í máli nr. 182/83. ECLI:EU:C:1984:335.

⁴¹ mgr. 5–6.

⁴² mgr. 7.

⁴³ Dómur 1. júní 1999 í máli C-302/97. ECLI:EU:C:1999:271.

⁴⁴ mgr. 37.

⁴⁵ mgr. 38.

Í *Ospelt*⁴⁶ reyndi á reglur um stjórnsýslulegar takmarkanir varðandi kaup á landi fyrir landbúnað og skógrækt. Dómstóllinn tók fram að það ákvæði sem er nú 345. gr SSESB nái til reglna eins og þeirra sem væru undir í málinu en þær yrðu engu að síður að uppfylla grunnreglur sáttmálans.⁴⁷ Dómstóllinn tók fram að reglur EES-samningsins um frjálsa för fjármagns og bann við mismunun væru eins og í sáttmálunum.⁴⁸

Sama niðurstaða hefur orðið ofan á í öðrum málum. Má í því sambandi nefna dómaframkvæmdina um svokölluð *gyllt hlutabréf*. Með gylltum hlutabréfum í þessu samhengi er átt við þau hlutabréf sem aðildarríkin eiga í einkaréttarlegum hlutafélögum, sem reka gjarnan mikilvæga innviði fyrir samfélagið, s.s. flugvelli og orkufyrirtæki, sem tryggja yfirvöldum sérstök réttindi í stjórn félaganna umfram það sem leiðir af almennum reglum félagaréttar í þeim ríkjum, s.s. synjunarvald um veigamiklar ákvarðanir félagsins, þótt yfirvöld séu minnihlutaeigandi. Til að mynda kunna slík réttindi að mæla fyrir um bann við sölu innviða nema með samþykki eiganda gyllta hlutabréfsins, þ.e. ríkisins. Í þessum málum hefur m.a. reynt á hvort 345. gr. SSESB þrengi eða útiloki gildissvið reglna um frjálsa för fjármagns og staðfesturéttinn og þá með þeirri afleiðingu að aðildarríki þurfi ekki að réttlæta takmarkanir á þeim réttindum. Dómstóll ESB hefur talið að 345. gr. SSESB þrengi ekki gildissvið reglna um frjálsa för. Jafnframt hefur dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að slík gyllt hlutabréf séu takmarkanir eða aðgangshindranir í skilningi reglnanna sem verði að réttlæta.⁴⁹

Í *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal*⁵⁰ reyndi á gyllt hlutabréf sem voru talin vera aðgangshindrun á frjálsri för fjármagns.⁵¹ Dómstóllinn áréttaði fyrri dómaframkvæmd um að 345. gr. útilokaði ekki að reglur um skipan eignarréttar yrðu að uppfylla grunnreglur sáttmálans.⁵²

⁴⁶ Dómur 23. september 2001 í máli C-452/01. ECLI:EU:C:2003:493.

⁴⁷ mgr. 24.

⁴⁸ mgr. 28.

⁴⁹ Sjá t.d. dóm 4. júní 2002 í máli C-367/98, *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal*, mgr. 48, ECLI:EU:C:2002:326, dóm 4. júní 2002 í máli C-483/99, *Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi*, mgr. 44, ECLI:EU:C:2002:327, og dóm 4. júní 2002 í máli C-503/99, *Framkvæmdastjórnin gegn Belgíu*, mgr. 44, ECLI:EU:C:2002:328. Sjá einnig dóm 13. maí 2003 í máli C-463/00, *Framkvæmdastjórnin gegn Spáni*, ECLI:EU:C:2003:272, og dóm 13. maí 2003 í máli nr. C-98/01, *Framkvæmdastjórnin gegn Bretlandi*, ECLI:EU:C:2003:273.

⁵⁰ Dómur 8. júlí 2010 í máli C-171/08. ECLI:EU:C:2010:412.

⁵¹ mgr. 62.

⁵² mgr. 64.

Í *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal* reyndi einnig á gyllt hlutabréf en þar er tekið fram á ensku:

„[Article 345 TFEU] merely signifies that each Member State may organise as it thinks fit the system of ownership of undertakings whilst at the same time respecting the fundamental freedoms enshrined in the Treaty.“⁵³

Í *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi*⁵⁴ reyndi á takmarkanir á fjárfestingum í opnum lífeyrissjóðum sem töldust vera aðgangshindranir á frjálsa för fjármagns. Dómstóllinn áréttaði á ný dómaframkvæmd sína um að slíkar reglur, þó að þær falli undir það sem er nú 345. gr., verði að uppfylla grunnreglur sáttmálans, í þessu máli frjálsa för fjármagns.⁵⁵

Í *SEGRO*⁵⁶ reyndi á reglur landsréttar sem takmörkuðu eignarréttindi frá sjónarhóli staðfesturéttarins og frjáls flæðis fjármagns.⁵⁷ Dómstóllinn áréttaði fyrri dómaframkvæmd um að slíkar reglur, þó að þær falli innan 345. gr., verði að uppfylla grunnkröfur sáttmálanna, s.s. um bann við mismunun, staðfesturéttinn og frjálsa för fjármagns.⁵⁸

Í *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*⁵⁹ reyndi á frjálst flæði fjármagns í tengslum við hlutabréf í einkavæddum rafmagns- og gasfyrirtækjum. Aðstaðan var skyld gylltum hlutabréfum en aðeins önnur. Í málinu reyndi á ítölsk lög sem höfðu ekki það að markmiði að tryggja yfirráð ítalska ríkisins yfir ákveðnum ákvörðunum í einkavæddum fyrirtækjum heldur að koma í veg fyrir að einkavæddu fyrirtækin kæmust á ný undir stjórn fyrirtækja í ríkiseigu, einkum franskra.⁶⁰ Dómstóllinn tók fram að fyrirtæki í opinberri eigu nytu einnig réttarins til frjáls flæðis fjármagns. Hlutleysi þess sem er nú 345. gr. væri ekki tryggt ef frelsið næði aðeins til fyrirtækja í einkaeigu vegna þess að þá myndi skapast hvati til að einkavæða fyrirtæki til að tryggja þeim

⁵³ Dómur 4. júní 2002 í máli C-367/98, *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal*, mgr. 28. ECLI:EU:C:2002:326.

⁵⁴ Dómur 21. desember 2011 í máli nr. C-271/09. ECLI:EU:C:2011:855.

⁵⁵ mgr. 44.

⁵⁶ Dómur 6. mars 2018 í sameinuðu máli C-52/16 og C-113/16. ECLI:EU:C:2018:157.

⁵⁷ mgr. 50.

⁵⁸ mgr. 51.

⁵⁹ Dómur 2. júní 2005 í máli C-174/04. ECLI:EU:C:2005:138.

⁶⁰ mgr. 2.

frelsisréttindin.⁶¹ Þá taldi dómstóllinn að ekki væri unnt að réttlæta takmörkun á frjálsu flæði fjármagns með vísan til þess sem er nú 345. gr. með eftirfarandi orðum (á ensku):

„Nor can such obstructions to the free movement of capital be justified in reliance upon Article [now 345 TFEU], as already established by the Court in the ‘golden share’ judgments. Whereas the State in those proceedings was affected with regard to its position as holder of a (golden) share, in the present case there is no such connection with the system of property ownership. By deterring certain investors, the Italian legislature is playing an active role in the structure of shareholdings in energy supply undertakings simply because of its own privatisation policy.“⁶²

Sama staða og að ofan, þ.e. að grunnreglur sáttmálans gilda, er fyrir hendi þegar reynir á hugverkaréttindi. Sjá í þessu samhengi *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu* og *Framkvæmdastjórnin gegn Bretlandi*.⁶³

Dómstóll ESB hefur gert greinarmun á *tilvist* eignarréttar og *beitingu* hans, t.d. á sviði hugverkaréttinda. Þannig hefur dómstóllinn talið að tilvist réttarins ráðist af landsrétti en beiting hans geti takmarkast af Evrópurétti.⁶⁴ Til dæmis tekur dómstóllinn fram í *Deutsche Grammophon*⁶⁵ að þótt sáttmálinn hafi ekki áhrif á *tilvist* eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta, þá geti *beiting* slíkra réttinda verið háð takmörkunum sem leiði af sáttmálanum. Ákvæði 36. gr. SSESB geri ráð fyrir að unnt sé að réttlæta magntakmarkanir á innflutning samkvæmt 34. gr. með vísan til slíkra réttinda.⁶⁶ Sambærilegur greinarmunur á tilvist og beitingu hafði áður verið gerður í *Consten og Grundig*.⁶⁷

⁶¹ mgr. 23–24.

⁶² mgr. 47.

⁶³ Dómur 18. febrúar 1992 í máli C-235/89, *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*, mgr. 14, ECLI:EU:C:1992:73, og dómur 18. febrúar 1992 í máli C-30/90, *Framkvæmdastjórnin gegn Bretlandi*, mgr. 16–18. ECLI:EU:C:1992:74.

⁶⁴ Sjá t.d. dóm 13. júlí 1966 í málum nr. 56 og 58/64, *Consten og Grundig*. ECLI:EU:C:1966:41, dóm 29. febrúar 1968 í máli nr. 24/67, *Parke Davis*, ECLI:EU:C:1968:11, og dóm 8. júní 1971 í máli nr. 78/70, *Deutsche Grammophon*, mgr. 11. ECLI:EU:C:1971:59.

⁶⁵ Sjá mál nr. 78/70.

⁶⁶ mgr. 11.

⁶⁷ Dómur 13. júlí 1966 í málum nr. 56 og 58/64, mgr. 345. ECLI:EU:C:1966:41.

Í *British American Tobacco*⁶⁸ tók dómstóllinn fram um 345. gr. með vísan til *Consten og Grundig* (á ensku):

„That provision merely recognises the power of the Member States to define the rules governing the system of property ownership and does not exclude any influence whatever of Community law on the exercise of national property rights [...].“⁶⁹

Í framhaldinu gerði dómstóllinn greinarmun á reglum sem hafa áhrif á reglur um skipan eignarréttar og afleiddri gerð sem hefur áhrif á beitingu vörumerkjaréttar með eftirfarandi orðum (á ensku):

„It must be stated that in the circumstances of the present case the Directive does not impinge in any way on the rules governing the system of property ownership in the Member States within the meaning of Article [345 TFEU] which is irrelevant in relation to any effect produced by the Directive on the exercise by the manufactures of tobacco products of their trade marks rights over those products.“

Í þessu sambandi má e.t.v. rifja upp að ákvæðið á við um *reglur* um skipan eignarréttar (e. *system* og fr. *régime*).

Þá má geta þess að bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs á við um einkaleyfi og slík réttindi. Vegna þess geta landslög sem binda einkaréttindi við ríkisborgara verið í andstöðu við regluna, sbr. *Phil Collins*.⁷⁰

Ef reglur ESB-réttar ná ekki til málefnis fellur það undir valdssvið aðildarríkis. Dæmi um það er *Lazio*⁷¹ þar sem reyndi á lög sem takmarka notkun lands nálægt garði. Dómstóllinn tók fram að þar sem sameiginlegar reglur um eignarnám o.þ.h. skorti og reglur um sameiginlegt skipulag

⁶⁸ Dómur 10. desember 2002 í máli C-491/01. ECLI:EU:C:2002:741.

⁶⁹ mgr. 147.

⁷⁰ Dómur 20. október 1993 í sameinuðu máli C-92/92 og C-326/92, *Phil Collins*. ECLI:EU:C:1993:847.

⁷¹ Dómur 18. desember 1997 í máli C-309/96. ECLI:EU:C:1997:631.

landbúnaðarmarkaða hefðu ekki áhrif á eignarhald í landbúnaði leiddi af því sem er nú 345. gr. að slíkar reglur heyrðu undir valdsvið aðildarríkjanna.

3.5 Afleiddar gerðir hafa verið settar

Hafi ESB sett afleiddar gerðir, s.s. reglugerðir, tilskipanir og ákvarðanir, um viðfangsefni reynir á hvort 345. gr. SSESB leiði til þess að aðildarríki þurfi ekki að hlíta þeim reglum vegna þess að þær lúta að eða snerta á reglum um skipan eignarréttar. Dómstóll ESB hefur tekið fram að greinarmunurinn á *tilvist* eignarréttar og *beitingu* hans eigi ekki við þegar svo hátti til. Greinarmunurinn eigi aðeins við um neikvæða samræmingu löggjafar, þ.e. þegar reynir á grunnreglur á borð við fjórfrelsisreglurnar.

Í þessu sambandi er ástæða til að nefna *Spánn gegn Ráðinu*.⁷² Dómstóllinn byrjaði á að vísa í fyrri dóm, þar sem tekið hafði verið fram að þar sem afleidda löggjöf skorti væri það undir aðildarríkjum komið að setja reglur um einkaleyfi. Síðan hefði dómstóllinn tekið fram að það sem væri nú 345. gr. SSESB kæmi ekki í veg fyrir að reglur aðildarríkja um einkaleyfi yrðu að samrýmast reglum sáttmálans um frjálsa för vara. Af því leiddi að dómstóllinn hefði ekki verið að halda því fram í fyrri framkvæmd að vísun til þess að tilvist eignarréttinda hvíldi á reglum landsréttar fæli í sér að aðildarríkin væru ein valdbær til þess að setja slíkar reglur heldur þvert á móti hefði dómstóllinn séð fyrir sér samræmdar reglur á sviðinu.⁷³ Hvorki það sem er nú 345. gr. né 36. gr., sem mælir fyrir um réttlætíngarástæður aðgangshindrana vegna frjáls flæðis vara, færi aðildarríkjunum valdheimild til að setja reglur um efnislegt inntak einkaleyfislöggjafarinnar á þann hátt að það sem er nú ESB geti ekki sett reglur.⁷⁴

Af dóminum verður dregin sú ályktun að greinarmunurinn á tilvist og beitingu eignarréttar eigi ekki við (með sama hætti) þegar afleidd löggjöf hefur verið sett með stoð í valdheimild í sáttmálunum. Jafnframt að ákvæði 345. gr. útiloki ekki setningu reglna sem varði inntak einkaleyfis.

⁷² Dómur 13. júlí 1995 í máli C-350/92, *Spánn gegn Ráðinu*, mgr. 18–22. ECLI:EU:C:1995:237.

⁷³ mgr. 17–19.

⁷⁴ mgr. 22.

Af framangreindu leiðir að löggjafi ESB má samræma reglur þegar valdheimild er fyrir hendi í sáttmálunum. Hinar samræmdu reglur geta haft áhrif eða snert á eignarréttindum og reglum eignarréttar. Eins og tekið var fram að ofan standa rök til þess að túlka valdheimildirnar að þessu leyti með hliðsjón af 345. gr. SSESB. Í því felst að ákvæðin takmörk eru á því hversu langt ESB getur gengið í því að túlka og beita valdheimildum sínum að því marki sem þær varða reglur um skipan eignarréttar. Að lágmarki verða valdheimildirnar ekki túlkaðar á þann hátt að ESB hafi í reynd almenna heimild til að mæla fyrir um skipan eignarréttar enda væri ákvæðið þá þýðingarlaust. Ekki liggur fyrir næg dómaframkvæmd til að slá því föstu hversu langt ESB getur gengið en væntanlega verður að meta það álítaefni samkvæmt hverri valdheimild fyrir sig.

3.6 Einstök svið

Ríkiseinkasölur í viðskiptum

Í 37. gr. SSESB er að finna ákvæði um ríkiseinkasölu í viðskiptum. Af samspili 37. og 345. gr. leiðir að aðildarríki er heimilt að mæla fyrir um einkaréttindi eða sérleyfi að ákveðnu leyti. Sambærileg ákvæði eru í EES-samningnum, sbr. 16. og 125. gr. hans.

Fasteignir

Það meginstef sem lýst var að ofan um að reglur um skipan eignarréttar megi ekki brjóta í bága við grunnreglur sáttmálanna á við um ýmsar reglur um fasteignir. Sjá í þessu samhengi t.d. fyrirnefnd mál *Fearon og Konle*.

Bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Dómstóllinn hefur ekki fallist á að 345. gr. SSESB komi í veg fyrir að fyrirtækjum í eigu ríkisins beri að hlíta 102. gr. sáttmálans um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sjá t.d. áðurnefndan *Portúgal gegn Framkvæmdastjórninni*.⁷⁵

Ríkisaðstoð

Dómstóllinn hefur heldur ekki talið að 345. gr. SSESB standi í vegi fyrir því að ríki þurfi að hlíta reglum um ríkisaðstoð. Í tengslum við það hefur dómstóllinn m.a. litið til þess hvort reglur eða

⁷⁵ Dómur 29. mars 2001 í máli C-163/99. ECLI:EU:C:2001:189.

athafnir hafi í raun aðeins þau áhrif að farið sé eins með fyrirtæki í eigu hins opinbera og einkaaðila.

Í *Italia gegn Framkvæmdastjórninni*⁷⁶ reyndi á ríkisaðstoð ítalska ríkisins með fjárstuðningi til Alfa Romeo og Finmeccanica. Dómstóllinn tók fram að Framkvæmdastjórnin hefði ekki brotið í bága við það sem er nú 345. gr. með því að telja fjárstuðninginn ríkisaðstoð sem samræmist ekki því sem er nú innri markaðurinn heldur þvert á móti farið eins með þau tilvik, hvort sem eigendur fyrirtækis eru opinberir eða einkaaðilar.⁷⁷

Í *Chronopost SA o.fl.*⁷⁸ tók dómstóllinn fram að það að fara fram á að endurgjald sem opinbert fyrirtæki með einokunarstöðu fær fyrir ákveðna þjónustu við dótturfyrirtæki sín eigi að samsvara greiðslu sem hefði verið innt af hendi við venjulegar markaðsaðstæður útiloki ekki að slíkt opinbert fyrirtæki fari á opinn markað heldur láti samkeppnisreglur ná til fyrirtækisins í samræmi við það sem grunnreglur sáttmálans krefjist. Slík krafa hafi ekki neikvæð áhrif á reglur um skipan eignarréttar heldur leiði þvert á móti til þess að farið sé eins með einkafyrirtæki og fyrirtæki í eigu hins opinbera.⁷⁹ Sjá einnig dóm Almenna dómstóls ESB í *Vizcaya*⁸⁰ sem var staðfestur með dómi Dómstóls ESB.⁸¹

Í *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*⁸² tók Almenni dómstóll ESB fram að samkeppnisreglur ættu bæði við um fyrirtæki í einkaeigu og opinberri eigu og því gætu reglur um ríkisaðstoð ekki sætt takmörkun með vísan til þess sem væri nú 345. gr.⁸³ Að því marki sem reyni á slíka hagsmuni sé tekið tillit til þeirra innan marka 106. gr.⁸⁴

⁷⁶ Dómur 21. mars 1991 í máli C-305/89. ECLI:EU:C:1991:142.

⁷⁷ mgr. 24.

⁷⁸ Dómur 3. júlí 2003 í sameinuðu máli C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P. ECLI:EU:C:2003:388.

⁷⁹ mgr. 77.

⁸⁰ Dómur 5. ágúst 2003 í máli nr. T-116/00, mgr. 123.

⁸¹ Dómur 1. júní 2006 í sameinuðu máli C-442/03 P og C-471/02 P. ECLI:EU:C:2006:356.

⁸² Dómur 6. mars 2003 í máli nr. T-228/99 og T-233/99. ECLI:EU:T:2003:57.

⁸³ mgr. 192–194.

⁸⁴ mgr. 196.

Þvingunaraðgerðir ESB

Talið hefur verið að 345. gr. SSESB komi ekki í veg fyrir að ESB geti sett reglugerð þar sem kveðið er á um efnahagslegar þvingunaraðgerðir.

Í *Leonid Minin*⁸⁵ var því m.a. haldið fram að ESB skorti valdheimild til að svipta aðila eignarrétti með því að frysta eignir þeirra með vísan til þess sem er nú 345. gr.⁸⁶ Almenni dómstóll ESB tók fram að þótt fallist yrði á að slíkar reglur hefðu áhrif á reglur um skipan eignarréttar í skilningi ákvæðisins hefði sáttmálinn að geyma valdheimildir til að setja umræddar reglur.

3.7 Ákvæði 125. gr. EES-samningsins og *Hjemfall*-málið

Eins og áður var tekið fram er ákvæði 125. gr. EES-samningsins sambærilegt 345. gr. SSESB. Sú regla gildir því nú þegar í EES-rétti en gildissvið fyrrnefnda samningsins er þó afmarkaðra en gildissvið stofnsáttmálanna í ESB-rétti.

Ástæða er til að gera nánari grein fyrir svokölluðu *Hjemfall*-máli EFTA-dómstólsins en þar er fjallað nokkuð ítarlega um 125. gr.⁸⁷ Samkvæmt norskum lögum gátu einkaaðilar og aðilar frá öðrum samningsríkjum fengið sérleyfi til að virkja vatnsréttindi í 60 ár en að þeim tíma loknum eignaðist ríkið öll mannvirki án bóta. Sama regla gildi þó ekki um virkjanir í opinberri eigu sem leiddi til þess að opinberir aðilar gátu átt auðlindirnar ótímabundið. Álitafnið laut að því hvort norska ríkið hefði brotið í bága við 31. og 40. gr. EES-samningsins um staðfesturéttinn og frjálsa för fjármagns. Norska ríkið byggði m.a. á því að reglurnar lytu að skipan eignarréttar samkvæmt 125. gr. og féllu þar með utan við EES-samninginn.⁸⁸ Samningurinn næði ekki til reglna um notkun lyklnáttúruauðlinda.⁸⁹ Norska ríkið byggði á því að þótt 125. gr. EES-samningsins og það sem er nú 345. gr. SSESB væru samhljóða væri gildissvið þeirra ólíkt vegna ólíks gildissviðs samninganna.⁹⁰ EFTA-dómstóllinn tók fram að líkindi væru fyrir því að samhljóða ákvæði í EES-

⁸⁵ Dómur 31. janúar 2007 í máli nr. T-362/04.

⁸⁶ mgr. 58.

⁸⁷ Dómur 26. júní 2007 í máli nr. E-2/06 *ESA gegn Noregi*.

⁸⁸ mgr. 56.

⁸⁹ mgr. 57.

⁹⁰ mgr. 58.

samningnum og sáttmálum ESB væru túlkuð eins með vísan til markmiðsins um einsleitni nema sérkenni EES-samningsins leiddu til annarrar niðurstöðu. Það ætti ekki við í þessu tilviki. Þá væru lykilnáttúruauðlindir ekki undanskildar gildissviði EES-samningsins. Vegna þess hefði dómaframkvæmd Dómstóls ESB þýðingu.⁹¹ Með vísan til *Fearon, Konle og Ospelt* tók EFTA-dómstóllinn fram (á ensku):

„[...] that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that, although the system of property ownership is a matter for each EEA State to decide, the said provision does not have the effect of exempting measures establishing such a system from the fundamental rules of the EEA Agreement, including the rules on free movement of capital and freedom of establishment.“⁹²

Með öðrum orðum endurtók EFTA-dómstóllinn það meginsteff í dómaframkvæmd Dómstóls ESB að reglur sem rúmast innan gildissviðs ákvæðisins verði engu að síður að uppfylla kröfur grunnreglna EES-samningsins. Af þessum sökum var málsvörn norska ríkisins, um að reglurnar um virkjanir vatnsréttinda féllu utan við gildissvið EES-samningsins, hafnað.⁹³

Því næst fjallaði EFTA-dómstóllinn um hvort reglurnar fælu í sér aðgangshindrun á staðfesturéttinum (31. gr. EES-samningsins) og frjálsu flæði fjármagns (40. gr.). Dómstóllinn taldi að reglurnar fælu í sér óbeina mismunun sem takmarkaði framangreind réttindi og rúmuðust því innan efnislegs gildissviðs þeirra.⁹⁴

Að því búnu fjallaði dómstóllinn um hvort takmarkanirnar væru réttlætanager. Norska ríkið byggði á því að opinbert eignarhald á lykilorkugjöfum væri lögmætt markmið sem og almannaoýggi tengt orkugjöfum o.fl.⁹⁵ Dómstóllinn tók fram (á ensku):

⁹¹ mgr. 59–61.

⁹² mgr. 62.

⁹³ mgr. 63.

⁹⁴ mgr. 66–68.

⁹⁵ mgr. 71.

„The Court holds that Article 125 EEA is to be interpreted to the effect that an EEA State’s right to decide whether hydropower resource and related installations are in private or public ownership is, as such, not affected by the EEA Agreement. The corollary of this is that Norway may legitimately pursue the objective of establishing a system of public ownership over these properties, provided that the objective is pursued in a non-discriminatory and proportionate manner.“⁹⁶

Með öðrum orðum taldi dómstóllinn að þar sem EES-samningurinn hefði ekki áhrif á hvort eignarhald væri opinbert eða í höndum einkaaðila samkvæmt 125. gr. væri það lögmætt markmið að ákveða að eignarhald væri opinbert svo lengi sem reglurnar fælu ekki í sér mismunun og meðalhófs væri gætt. Dómstóllinn hélt svo áfram og mat hvort norska ríkið stefndi í reynd að opinberu eignarhaldi með lögnum. Í því sambandi tók dómstóllinn fram (á ensku):

„However, for the Norwegian concession regime, with reversion to the State as an essential part of it, to qualify as aiming at establishing a „system of property ownership“ within the meaning of Article 125 EEA, that regime must aim at attaining a situation where, as a matter of principle, the assets at issue are owned by public entities. A regime which merely brings or keeps this class of assets predominantly under public ownership, while at the same time leaving it to the discretion of the relevant authorities whether private ownership of the assets should be re-established, cannot be said to aim at establishing a system of property ownership under Article 125 EEA. Rather, such a regime aims at achieving a certain level of public control of the relevant sector of the economy – by means of securing public ownership of most of the relevant assets.“⁹⁷

Með öðrum orðum taldi EFTA-dómstóllinn að norsku lögin stefndu ekki að opinberu eignarhaldi heldur opinberri stjórn á þessum hluta hagkerfisins með því að tryggja opinbert eignarhald flestra mikilvægra eigna. Í þessu sambandi leit dómstóllinn til þess að bæði einkaaðilar og opinberir aðilar gátu fengið sérleyfi á grundvelli sambærilegra skilyrða.⁹⁸ Þá gætu yfirvöld endurselt réttindi til

⁹⁶ mgr. 72.

⁹⁷ mgr. 73.

⁹⁸ mgr. 74.

einkaaðila eftir að þeim hefði verið skilað og hefði það verið gert í framkvæmd.⁹⁹ Þá gætu einkaaðilar eignast meira en þriðjung í félagi og breytt því í einkaaðila. Þó að norsku lögin tryggðu hinu opinbera ákveðin réttindi kæmu þau ekki í veg fyrir framangreint; þau gerðu aðeins fjárfestingu í slíkum félögum minna aðlaðandi.¹⁰⁰ Með vísan til framangreindra raka taldi EFTA-dómstóllinn að reglurnar stefndu ekki að skipan eignarréttar heldur opinberri stjórn þessa hluta hagkerfisins.¹⁰¹

Þar sem dómstóllinn hafnaði framangreindu markmiði leit hann eftir það til annarra mögulegra lögmætra markmiða. Dómstóllinn tók fram að opinber stjórn væri ekki í sjálfu sér lögmæt markmið en gæti verið leið til að tryggja önnur lögmæt markmið, s.s. umhverfisvernd, orkuöryggi og skilvirka hagfræðilega stjórnun.¹⁰² Dómstóllinn taldi að fyrri tvö væru lögmæt markmið en ekki hið síðara eitt og sér. Þar sem lögin stefndu að mörgum markmiðum mætti slíkt hagfræðilegt markmið vera meðal þeirra.¹⁰³ Norsku lögin stefndu því að lögmætu markmiði.¹⁰⁴

Því næst tók dómstóllinn afstöðu til þess hvort meðalhófs hefði verið gætt. EFTA-dómstóllinn tók fram að reglurnar væru ekki markhæfar til að tryggja umhverfisvernd og orkuöryggi á 60 ára tímabilinu sem einkaaðilar hefðu sérleyfi sem og að þær gengju lengra en nauðsyn krefði.¹⁰⁵ Til að mynda væru engar sérstakar skyldur á einkaaðila í orkukreppu. Yfirvöld gætu gripið til ákveðinna aðgerða sem ekki hefði verið sýnt fram á að væru útilokaðar ef eignarhald væri í höndum einkaaðila.¹⁰⁶ Þá lytu flest félög í opinberri eigu almennum reglum félagaréttar og störfuðu á frjálsum markaði.¹⁰⁷ Enn fremur taldi dómstóllinn að erfitt væri að sjá af hverju félög í opinberri eigu væru líklegri til að gæta að umhverfismarkmiðum en þau sem væru í einkaeigu.¹⁰⁸ Norska ríkinu hefði ekki tekist að sýna fram á að önnur leið væri ekki jafn árangursrík.¹⁰⁹

⁹⁹ mgr. 75.

¹⁰⁰ mgr. 76.

¹⁰¹ mgr. 77.

¹⁰² mgr. 78. Um síðasta sjá á ensku: *effective collection of economic rent*.

¹⁰³ mgr. 79–80.

¹⁰⁴ mgr. 81.

¹⁰⁵ mgr. 82–84.

¹⁰⁶ mgr. 85.

¹⁰⁷ mgr. 86.

¹⁰⁸ mgr. 87.

¹⁰⁹ mgr. 88.

Niðurstaðan var því sú að norska ríkið hefði brotið í bága við skilyrðið um meðalhóf og með því brotið í bága við 31. og 40. gr. EES-samningsins.¹¹⁰

Af dóminum verða dregnar að lágmarki þrenns konar ályktanir um 125. gr. EES-samningsins. Í fyrsta lagi er ákvæðið túlkað með sama hætti og 345. gr. SSESB. Í öðru lagi verða reglur um skipan eignarréttar að vera í samræmi við grunnreglur EES-samningsins. Í þriðja lagi og til viðbótar við dómaframkvæmd Dómstóls ESB getur það verið lögmætt markmið að stefna að opinberu eignarhaldi í samræmi við 125. gr. en þá verða reglur landsréttar að vera þannig úr garði gerðar að þær stefni í reynd að því markmiði.

3.8 Samantekið

Samkvæmt framansögðu hefur 345. gr. SSESB fyrst og fremst þá þýðingu að árétta eða takmarka valdheimildir ESB á þann hátt að valdheimildir til að setja reglur um skipan eignarréttar eru almennt hjá aðildarríkjunum en ekki ESB. Hvað sem því líður ber aðildarríkjum að gæta að kröfum ESB-réttar. Þannig mega reglur og athafnir þeirra ekki brjóta í bága við grunnreglur sáttmálanna, s.s. um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs, fjórfrelsis- og samkeppnisreglurnar, þ.á m. ríkisaðstoð, eða afleiddar gerðar sem hafa verið settar með stoð í valdheimild sáttmálanna í samræmi við 2. mgr. 5. gr. SESB. Slíkar reglur geta haft áhrif á eða snert eignarréttindi.

Samandregið er því unnt að lýsa stöðunni svo að reglur um skipan eignarréttar *ráðast (áfram) af landsrétti að teknu tilliti til krafna ESB-réttar*. Aðildarríkjum er frjálst að setja reglur um skipan eignarréttar en þær mega ekki brjóta í bága við kröfur ESB-réttar. Réttarstaðan er hin sama samkvæmt EES-samningnum, þó með þeim fyrirvara að gildissvið þess samnings er afmarkaðra en gildissvið sáttmála Evrópusambandsins. *Af framangreindu leiðir að eignarhald á náttúruauðlindum færir ekki til ESB eða breytist við inngöngu í það*. Þó verður að gæta að grunnreglum sáttmálanna og afleiddum gerðum en margar þeirra gilda nú þegar samkvæmt EES-samningnum með þeim greinarmun að gildissvið þess samnings er afmarkaðra en sáttmála ESB.

¹¹⁰ mgr. 90.

4. Undanþágur – fjórfrelsið

4.1 Inngangur

Reglurnar um fjórfrelsið eru kjarni innri markaðarins. Hugmyndin um sameiginlegan markað þar sem vörur, þjónusta, vinnuafli og fjármagn getur án hindrana farið um landamæri er í raun upphafið og grunnur að Evrópusamstarfinu í gegnum sáttmála ESB og jafnframt svo síðar kjarni EES-samningsins og samstarfsins eins og við þekkjum það í dag. Að sjálfsögðu hefur samstarfið þróast í gegnum árin og tekur til fleiri þátta og athafna en í upphafi, en engu að síður eru þessar forsendur þær sömu og liggja til grundvallar á afar mörgum sviðum í ESB-réttinum, bæði á samræmdum og ósamræmdum sviðum.

Fjórfrelsisákvæðin, eða grunngreinar EES-samningsins og SSESB, eiga við á þeim sviðum sem ekki hafa verið samræmd að fullu með afleiddri löggjöf (t.d. tilskipunum). Fjórfrelsisákvæði, ein og sér, geta komið í veg fyrir hindranir í einstökum málum, þ.e. þegar þær koma í veg fyrir sérstök ósamrýmanleg ákvæði eða framkvæmd landsréttarins, þ.e. í þeim tilvikum sem hindrunin er ekki réttlætanleg með undanþágum. Þetta er oft nefnt *neikvæð samræming*. Jákvæð samræming felst hins vegar í setningu sameiginlegrar afleiddrar löggjafar ESB.¹¹¹ Oft hafa dómur Dómsstóls ESB, einkum varðandi túlkun á fjórfrelsisákvæðunum, bæði sem heimilar réttlætanlegar undanþágur frá ákvæðunum, og jafnframt þegar þær hafa ekki náð fram að ganga, leitt til þess að sett hefur verið afleidd, samræmd löggjöf í kjölfarið innan ESB (og eftir atvikum orðið hluti af EES-samningnum). Löggjöfin sameinar þá gjarnan þau sjónarmið og tekur mið af dómaframkvæmdinni – en nær til allra ríkjanna á einu bretti. Ef lagasamræming afleiddrar löggjafar er tæmandi á sviði ESB- eða EES-réttar (t.d. full samræming) verður að meta innlenda ráðstöfun sem skarast við fjórfrelsisákvæðin í ljósi ákvæða afleiddu samræmingarlöggjafarinnar, en ekki ákvæða stofnsáttmála ESB eða EES-samningsins.¹¹²

¹¹¹ Þess ber að geta að undanþágur kunna að vera innbyggðar í afleiddri löggjöf, eins og sjá má af efnismiklum tilskipunum eins og þjónustutilskipuninni og ríkisborgaratilskipuninni. Jafnframt hafa ýmsar tilskipanir í sér *safeguard* ákvæði – sem hægt er að beita í neyðartilvikum eins og getið er í 8. kafla.

¹¹² Sjá t.d. mál C-470/03 *AGM*, 50. mgr., og mál nr. E-17/15 *Ferskar kjötvörur*, 76. mgr.

Ákvæðin í SSESb og EES-samningnum, hvað varðar fjórfrelsið, eru í þessum samningum einnig nær alveg samhljóða hvað varðar undanþágur frá þeim,¹¹³ sem ítarlega verður gerð grein fyrir hér í eftirfarandi köflum. Í því ljósi er m.a. hægt að leggja dómaframkvæmd Dómstóls ESB og EFTA-dómstólsins til grundvallar á mati á eðli og gildissviði undanþága.¹¹⁴

Fjórfrelsisreglurnar eru ekki ófrávíkjanlegar reglur, heldur ganga þær út frá því að í ákveðnum tilvikum sé hægt að gera á þeim undantekningu og réttlæta hindrun á frjálsu flæði á innri markaðnum, að gefnum sérstökum forsendum. Þessar forsendur eru það sem kallast *réttlætíngarástæður* og finna má í SSESb og EES-samningnum. Þar kemur fram að undanþágur frá frjálsu flæði geti verið réttlætanlegar á grundvelli allsherjarreglu, almannaoýrggis og verndar lífs og heilsu manna (og einnig í tilviki frjálsra vöruviðskipta: verndar dýra, gróðurverndar, verndar þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða verndar eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta og almenns siðferðis (e. *public morality*)).¹¹⁵ Síðar, eins og nánar kemur fram hér að neðan, hafa svo verið útfærðar auknar og ítarlegar aðrar heimildir til undanþága, sem eru fyrst og síðast dómstólamótaðar. Þær varða einkum mikilsverða almannahagsmuni sem ekki eru þegar tilgreindir í ákvæðum sáttmálanna, t.d. umhverfis- og neytendavernd, fjölbreytileika í fjölmiðlun, vernd barna og mannréttindavernd.

Samantekið eru ákvæðin því í eðli sínu ekki algild (það sem kallað er á ensku *non-absolute*), þ.e. á þeim má gera réttlætanlegar undantekningar, og á það einkum við um ríka almannahagsmuni og/eða það sem kalla má ríka þjóðarhagsmuni (e. *deep national interests*). Nánar verða þessi sjónarmið greind hér á eftir ásamt dæmum, þá til að svara því: Að því marki sem nauðsynlegt er verði gerð grein fyrir því að hvaða marki ESB-rétturinn viðurkennir tiltekin grundvallarréttindi aðildarríkja er lúta að mikilvægum þjóðarhagsmunum og sérkennum.

¹¹³ Ákvæði frjálsra fjármagnsflutninga eru ekki alveg samhljóða hvað varðar undanþágurnar.

¹¹⁴ Hvað varðar EES-samninginn sérstaklega þarf að hafa í huga ákvæðin séreinkenni hans, sem gera það að verkum að ekki er í öllum tilvikum hægt að horfa til dómaframkvæmdar Dómstóls ESB þegar ákvæði EES-samningsins eru túlkuð. Hér er það einkum hið takmarkaða vörusvið og sú staðreynd að EES-samningurinn, þrátt fyrir að kallast „þróaður fríverslunarsamningur“, felur ekki í sér tollabandalag sem horfa þarf til.

¹¹⁵ Sjá t.d. 30. gr. SSESb og 13. gr. EES-samningsins.

4.2 Fjórfrælsisákvæðin og undanþágur frá þeim

Fjórfrælsisákvæðin eru öll byggð upp með sambærilegum hætti, þótt efnissvið þeirra sé mismunandi. Fyrst er það sem kalla má bannreglu, þ.e. regla sem kveður á um að EES-ríkin (EES/EFTA og ESB) megi ekki setja upp hindranir við frjálsu flæði, sem fælust t.d. í magntakmörkunum, t.d. innflutningsbann, eða samsvarandi áhrifum, t.d. af tæknilegum viðskiptahindrunum, sem þekkjast t.a.m. í samhengi vöruviðskipta.

Sem dæmi má taka reglur 11.–13. gr. EES-samningsins um frjáls vöruviðskipti, sem eru samhljóða 34.–36. gr. SSES. Ákvæðin eru svohljóðandi í EES-samningnum:

11. gr.

Magntakmarkanir á innflutningi, svo og allar ráðstafanir sem hafa samsvarandi áhrif, eru bannaðar milli samningsaðila.

12. gr.

Magntakmarkanir á útflutningi, svo og allar ráðstafanir sem hafa samsvarandi áhrif, eru bannaðar milli samningsaðila.

13. gr.

Ákvæði 11. og 12. gr. koma ekki í veg fyrir að leggja megi á innflutning, útflutning eða umflutning vara bönn eða höft sem réttlætast af **almennu siðferði, allsherjarreglu, almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna** eða dýra eða gróðurvernd, vernd þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta. Slík bönn eða höft mega þó ekki leiða til gerræðislegrar mismununar eða til þess að duldar hömlur séu lagðar á viðskipti milli samningsaðila.

Sambærileg ákvæði gilda svo um frjálsa för launþega, þjónustufrelsið og stofnsetningarréttinn, en ákvæði EES-samningsins og SSES segja samantekið að þessi „frelsisréttindi“ séu með

takmörkunum sem réttlætast af allsherjarreglu, almannaoöryggi og almannaeilbrigði,¹¹⁶ ásamt sérstökum undanþágum varðandi störf í „opinberri þjónustu“ (launþegar)¹¹⁷ og „meðferð opinbers valds“ (þjónustu- og stofnsetningarréttur)¹¹⁸ sem falla þá fyrir utan efnissvið þessara reglna, t.d. störf dómara, æðstu störf í löggæslu og her, og þurfa ekki sérstakrar réttlætningar við. Það þýðir að slík störf má takmarka og t.d. að þau standi aðeins ríkisborgurum ríkjanna sjálfra til boða, en ekki öðrum. Um frjálst flæði fjármagns eru undanþágureglurnar í SSESB og EES-samningnum ekki alveg samhljóða í dag, en í SSESB er engu að síður vísað til allsherjarreglu og almannaoöryggis.¹¹⁹

Byggt á orðanna hljóðan eru fjórfrelsisákvæðin í sjálfu sér ekkert sérlega lýsandi fyrir efnisinntak greinanna. Að sama skapi hefur skapast rík dómaframkvæmd í kringum undanþágurnar, eins og þær koma fram í sáttmálunum. Greinarnar eru því ávallt lesnar saman að því leyti að falli mál innan efnissviðs fjórfrelsisreglnanna þarf að leysa úr þeirri spurningu hvort um sé að ræða réttlætanlega undanþágu sem „leysi málið“.

Dómstólamótuðu undanþágureglurnar eru svo sérstakt viðfangsefni – en þær eru í sjálfu sér ekki tæmandi taldar, eins og þær sem fram koma í sáttmálunum sjálfum og hafa annað rýmra gildissvið. Þær komu fyrst fram í máli *Cassis* – en stóra spurningin í málinu var hvort hindranir í Þýskalandi við markaðssetningu áfengis væru réttlætanlegar. Í málinu kynnti Dómstóll ESB til sögunnar það sem nefnt var *óskráðar réttlætningarástæður* (e. *mandatory requirements*), sem gætu staðið til boða sem réttlætningarástæður, til viðbótar við þær sem þegar voru upptaldar í sáttmálunum (36. gr. SSESB/13. gr. EES-samningsins). Þær voru kynntar með eftirfarandi hætti:¹²⁰

„In the absence of common rules relating to the production and marketing of alcohol [...] it is for the Member States to regulate all matters relating to the production and marketing of alcohol and alcoholic beverages on their own territory.

¹¹⁶ Sbr. greinar 45(3), 52(1) og 62 SSESB.

¹¹⁷ Sbr. grein 45(4) SSESB.

¹¹⁸ Sbr. 51. gr. SSESB.

¹¹⁹ Sbr. 64. gr. SSESB.

¹²⁰ Mál nr. 120/78 *Cassis de Dijon*, 8. mgr. Skáletrun bætt við.

Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy *mandatory requirements* relating in particular to *the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer*.“

Hér voru því komnar fram „dómstólamótaðar“ réttlættingarástæður, umfram þær sem talðar voru fram í 36. gr. SSES (13. gr. EES). Þessar réttlættingarástæður¹²¹ eiga þó aðeins við þegar um er að ræða ráðstafanir sem gilda án mismununar.¹²²

Í *Säger*-málinu,¹²³ er varðaði frjáls þjónustuviðskipti, og *Gebhard*-málinu,¹²⁴ sem varðaði stofnsetningarréttinn, staðfesti Dómstóll ESB að *Cassis*-nálgunin ætti líka við utan frjálsra vöruviðskipta, sbr. einnig um frjálst fjármagnsflæði í málinu *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal*.¹²⁵ Almenn er í þessu samhengi vísað til undanþágu varðandi *almannahagsmuni* – þ.e. *e. public/general interests*.

Það er mikilvægt að ítreka að *Cassis*-nálgunin, og hinar „nýju“ réttlættingarástæður eru ekki tæmandi talðar í *Cassis*-málinu (þar var talað um skilvirkni fjárhagseftirlits, vernd lýðheilsu, sanngirni í viðskiptafærslum og neytendavernd). Sem dæmi um fjölbreyttar réttlættingarástæður sem fram hafa komið síðar og eru staðfestar í dómaframkvæmd má nefna eftirfarandi dæmi/dóma: fjölbreytileiki í fjölmiðlun (mál C-368/95 *Familiapress*), dýravelferð (mál C-219/07 *Nationale Raad*), vernd barna (mál C-244/06 *Dynamic Medien*), baráttu gegn glæpum (mál C-265/06 *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal*), umhverfisvernd (mál C-302/86 „flöskumálið“), verndarráðstafanir fyrir kvikmyndir sem menningartjáningu (sameinuð mál C-60–61/84

¹²¹ Í dómaframkvæmd hinna fjórfrelsisákvæðanna er almennt talað um „*general interests*“ eða „*public interests*“ sem kalla má *almannahagsmuni*. Telja verður að hugtakið „*mandatory requirements*“ sé í raun samheiti í þessu samhengi.

¹²² Sjá t.d. mál 788/79 *Italian cider*, 6. mgr., sem kom strax í kjölfar *Cassis*-málsins.

¹²³ Mál C-76/90 *Säger*, sjá sérstaklega mgr. 15.

¹²⁴ Mál C-55/94 *Reinhard Gebhard*.

¹²⁵ Mál C-367/98 *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal*.

Cinéthèque), neytendavernd (mál 261/81 *Rau*) og mannréttindareglur (mál C-112/00 *Schmidberger* o.fl.) Dæmi verða ítarlegar rakin í kafla 4.4.

4.3 Meðalhófsreglan

Réttlættingarástæðurnar sem fram koma í sáttmálunum og í dómaframkvæmd (almannahagsmunir) hafa í sér fylgið það markmið sem stefnt er að, t.d. vernd allsherjarreglu, eða almannahagsbragðis, umhverfisvernd eða annað. Í dómaframkvæmd hefur ESB-dómstóllinn, sem EFTA-dómstóllinn hefur jafnframt fylgt, mótað reglu, meðalhófsregluna, sem í raun stýrir því og svarar hvort þær ráðstafanir sem undir eru hverju sinni gangi lengra en þörf er á til að ná því markmiði sem að er stefnt.

Kjarni meðalhófsreglu hefur af fræðimönnum oft verið settur fram í fjórum þrepum¹²⁶:

Í fyrsta lagi að ráðstöfun stefni að lögmætu markmiði (e. *legitimate interests*).

Í öðru lagi að ráðstöfun sé viðeigandi (e. *suitable/appropriate*) eða til þess fallin að ná fram því markmiði sem að er stefnt.

Í þriðja lagi að ráðstöfun sé nauðsynleg til að ná fram því markmiði sem að er stefnt, og vægara úrræði sé ekki til staðar.

Í fjórða lagi það sem nefnt er meðalhófsmat (l. *stricto sensu*), þ.e. meðalhófsmat í þröngum skilningi. Þar er átt við þegar jafntækir, eða jafnrétttháir, kostir eru bornir saman og metnir (e. *balancing*) til að staðfesta að meðalhófs sé gætt. Það kann að leiða til þess að einn kostur sé valinn umfram annan. Þetta má sérstaklega sjá þegar mannréttindareglur eru með í spilu, skarast og vegast á, t.d. tjáningarfrelsi á kostnað friðhelgi einkalífs eða öfugt.

Í ESB-réttinum hefur fyrsta þrepið (lögmætt markmið) oft í raun verið aðskilið frá meðalhófsreglunni, sbr. t.d. framsetninguna í 52. gr. Mannréttindaskrár ESB og dómaframkvæmd á sviði

¹²⁶ A. Barak, *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press (2012), bls. 131. Sjá einnig B. Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial review*. Europa Law Publishing (2013), bls. 15, sem bendir á að fjögurra þrepa meðalhófsmat sé það form sem flestir lögfræðingar þekki.

fjórfrælsisins. Dómstóll ESB hefur þannig sögulega kynnt meðalhófsmatið aðskilið frá 1. stiginu og lagt áherslu á 2. og 3. stigið, fyrst og fremst.¹²⁷ Þó er að finna dóma þar sem hægt er að greina meðalhófsmat *stricto sensu*¹²⁸ og það er orðið algengara eftir að Mannréttindaskrá ESB gekk í gildi.¹²⁹ Jafnframt, í tengslum við Mannréttindaskrá ESB, hefur skilyrðið um „provided for by law“ fengið aukið vægi í nýrri dómaframkvæmd.

Innan meðalhófsmatsins hefur orðið veruleg þróun í dómaframkvæmdinni undanfarin ár. Það á m.a. við um auknar áherslur á málsmeðferðarreglur, þ.e. að ráðstöfun sem felur í sér hindrun megi ekki ganga gegn grundvallarmálsmeðferðarreglum, t.d. möguleikum á því að fá rökstuðning og geta skotið ákvörðunum til úrskurðar dómstóla eða stjórnvalda. Að sama skapi er rík áhersla á að ráðstafanirnar gæti að samkvæmni (e. *consistency*) og byggi á raunverulegum rannsóknum og gögnum.¹³⁰ Eins og með undanþágur ber almennt að túlka þær þröngt, og ríki sem ber þeim við ber sönnunarbyrðina.¹³¹

Meðalhófsmatið er að fullu framkvæmt af Dómstól ESB í svokölluðum *samningsbrotamálum*, en þar þarf dómstóllinn að koma með lokaniðurstöðu (það sama gildir hjá EFTA-dómstólnum). Í fyrirskurðarmálum (e. *preliminary rulings* – Dómstóll ESB) og ráðgefandi álitum (e. *advisory opinions* – EFTA-dómstóllinn) er það hins vegar landsdómstóllinn sem að lokum kveður upp sinn dóm. Matið er því að lokum látið dómstólum í aðildarríkjunum eftir – með mismiklum og misítarlegum tilmælum frá ESB/EFTA-dómstólnum, því þótt óumdeilt sé og viðurkennt í dómaframkvæmdinni að landsdómstóllinn sé „betur settur“ til að framkvæma slíkt mat, hefur

¹²⁷ Að skilja kröfuna um lögmæt markmið frá meðalhófsreglunni er aðferð sem sjá má víðar, t.d. í framkvæmd Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) og Mannréttindadómstóls Evrópu, sbr. A.S. Sweet og J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72, bls. 75. Hvað varðar Mannréttindadómstól Evrópu benda bæði *Pirker*, bls. 216, og *Barak*, bls. 183–184, á að dómstóllinn noti hin þrjú stig meðalhófsreglunnar, m.a. meðalhófsmat *stricto sensu*.

¹²⁸ Af eldri dómum á sviði fjórfrælsis má t.d. sjá mál C-112/00 *Schmidberger*.

¹²⁹ Sjá nánari umfjöllun t.d. í Gunnar Þór Pétursson, *Two Tales, One Outcome?: The Principle of Proportionality in the Case Law of the EFTA Court* í „Developing the EEA over Three Decades“. (Bloomsbury, 2024). Sjá einnig mál ESB-dómstólsins C-128/22 *Nordic Info*, mál EFTA-dómstóls nr. E-5/23 *LDL* og nýlegt mál ESB-dómstólsins C-797/23 *Meta Platforms Ireland*, frá 12. maí 2026.

¹³⁰ Sjá t.d. mál C-333/14 *Scotch Whisky Association*.

¹³¹ Sjá t.d. mál C-110/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*, mgr. 62, og mörk sönnunarkrafna jafnframt dregin, sbr. mgr. 66.

sérstaklega Dómstóll ESB gengið langt í að tæma matið *í reynd*. Hér kann eðli málsins og þeirra undantekninga sem verið er að tefla fram haft mikið að segja, en það á við í báðum tilvikum, þ.e. sammingsbrotamálum og forúrskurðum/ráðgefandi álitum. Ítarleiki meðalhófsmatsins getur því ráðist af aðstæðum öllum en þar skiptir líka miklu máli vægi ríkra almannahagsmuna og djúpra/verulegra hagsmuna ríkisins sem oft geta réttlætt minna ítarlegt meðalhófsmat.¹³²

4.4 Undantekningar frá fjórfrelsisákvæðum – dómar og dæmi

Eins og fram hefur komið hér að ofan, þá eru fjórfrelsisákvæðin mikilvægur hluti innri markaðarins. Ákvæðin eru í eðli sínu bannákvæði – en á þeim eru mikilvægar undantekningar sem koma fram í stofnsáttmálum ESB (og EES) og lúta einkum að allsherjarreglu, almannaoýruggi og vernd lífs og heilsu manna. Mikilvægar ólögfestar undantekningar hafa svo verið staðfestar af dómstólum ESB og eru í raun ekki tæmandi taldar. Þær lúta að almannahagsmunum, sem geta verið allt frá umhverfisvernd yfir í vernd gegn glæpum, vernd mannréttinda o.fl. Meðalhófsreglan er svo notuð til að stýra og meta hvort undantekningin sem teflt er fram hverju sinni standist ítarlegri skoðun, hún sé ekki til málamynda, eða gerræðisleg í framkvæmd, samkvæmni og málsmeðferðarreglna sé gætt og ekki gengið lengra en þörf sé á til að ná fram því markmiði sem að er stefnt. Dómaframkvæmd Dómstóls ESB (og EFTA-dómstólsins) á þessu sviði er mjög umfangsmikil, enda kemur spurningin um undantekningu fram í hverju því máli sem snertir á nefndum bannákvæðum.

Hér á eftir eru tekin dæmi sem sýna fram á að ríkjum (og í sérstökum tilvikum aðilum að einkarétti) standa til boða möguleikar á að viðhalda reglum og framkvæmd sem felur í sér hindrun á hinni frjálsu för, ef málefnaleg og sannreynanleg rök eru til staðar, sem falla að ákvæðum sáttmálans eða dómaframkvæmd. Oft er hér um að ræða reglur sem vernda það sem einu nafni mætti kalla almannahagsmuni. Margir dómar fjalla t.d. um vernd lífs og heilsu manna. Einnig, og þetta skiptir máli í samhengi við rannsóknarspurningarnar hér, getur verið um að tefla hagsmuni sem eru ríkir

¹³² Sjá nánar um meðalhófsmatið, m.a. samanbórið við dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, Gunnar Þór Pétursson, *Meðalhófsregla Evrópuréttarins – Saga og þróun*. Afmælisrit Páls Hreinssonar, Fons Juris, 2023, bls. 237–262.

hagsmunir ríkja, og jafnvel bara einstakra ríkja, og þeim játað ákveðið svigrúm til að tryggja þá með eigin reglum, jafnvel þótt þær eigi sér ekki endilega fyrirmynd í öðrum ríkjum.¹³³

Fjöldi dóma á þessu sviði er mjög mikill og dæmin fjölmörg. Þrátt fyrir að í mörgum málum nái undantekning ekki fram að ganga, oftast vegna þess að hún stenst ekki meðalhófsreglur (frekar en að hún sé *per se* ekki tæk), eru dæmin um réttlætanlegar undanþágur engu að síður mýmörg. Hér á eftir verða tekin dæmi sem byggja annars vegar á undanþágunum í sáttmálunum sjálfum, og svo hinum dómstólamótuðu.

4.5 Almannaöryggi (e. *public security*)

Ráðstafanir til að tryggja almannaöryggi geta verið grundvöllur undantekninga frá fjórfrelsisreglunum – enda er hér oft um að ræða mjög mikilsverða hagsmuni fyrir ríki og ríkisborgara þess. Hugtökin „public security“ og „public order“ eru stundum notuð jöfnum höndum hér,¹³⁴ þótt í raun kunni að vera á þeim einhver stigsmunur og hið síðarnefnda opnara, eins og fram mun koma í síðari köflum. Hér er þó ekki verið að ræða um þjóðaröryggi (e. *national security*) sem eru viðtækari og annars eðlis verndarhagsmunir og falla ekki innan valdsviðs ESB-réttarins, sbr. 5. kafla.¹³⁵

Eitt skýrasta dæmið um að ríki hafi getað borið fyrir sig sjónarmið almannaöryggis er *Campus Oil*-málið.¹³⁶ Málið varðaði frjáls vöruviðskipti og kröfur Írlands um öryggisbirgðir olíu, en landið er algerlega háð innflutningi á olíu, eins og reyndar Ísland. Reglurnar sem um ræddi gerðu þær kröfur að írsk olíufélög keyptu ákveðinn hluta af olíu frá ríkisreknu olíufélagi. Dómstóll ESB taldi slíkar kröfur standast, einkum og sér í lagi m.t.t. þess að olía tengdist beint grundvallarhagsmunum ríkisins og tilvist þess og að röskun á birgðum gæti haft alvarleg áhrif á almannaöryggi. *Richardt*-málið er líka athyglisvert, en dómstóllinn tók undir að Lúxemborg gæti viðhaldið reglum sem

¹³³ Sjá t.d. mál C-110/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*, mgr. 65.

¹³⁴ Sjá t.d. mál 231/83 *Cullet* og C-465/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*.

¹³⁵ Sjá t.d. mál C-300/11 ZZ, mgr. 35.

¹³⁶ Mál C-72/83 *Campus Oil*.

kröfðust ákveðins innflutningsleyfis, jafnvel fyrir svokallaðar á ensku *transit*-vörur, ef þær væru það sem kallað var á ensku „strategically sensitive“, með vísan til sjónarmiða um almannaoöryggi, sem ætti bæði við innra og ytra öryggi. Í svipuðum málum sem varðar hernaðargögn hefur dómstóllinn líka bent á ákvæði b-liðar 346. gr. SSESb, sem sérstaklega varðar framleiðslu hernaðargagna og rétt ríkja til að verja kjarnaöryggishagsmuni ríkisins.¹³⁷

Áhugavert er hér líka *Josemans*-málið.¹³⁸ Málið varðaði reglur sem giltu innan bæjarfélagsins Maastricht í Hollandi sem setti upp takmarkanir við sölu kannabis í hinum svonefndu „coffee shops“. Aðeins einstaklingar með fasta búsetu í Hollandi máttu versla þar. Þó að slíkar ráðstafanir fælu í sér hindrun sem færi í bága við fjórfrelsisákvæðin, m.a.s. mismunun á grundvelli þjóðernis, var talið að það markmið að koma í veg fyrir eiturfjótúrisma og þau óþægindi sem af slíku hlytist væri lögmætt og hér væri verið að tryggja „public order“, sem og almannahailbrigði, og stæðust slíkar reglur.

Almannaoöryggissjónarmið hafa líka komið við sögu varðandi takmörkun á frjálstri för fólks, í samhengi við hættulega einstaklinga, t.d. með tengsl við hryðjuverkahópa. Sem dæmi um þetta er *Olazabal*-málið,¹³⁹ þar sem tengsl Olazabal við ETA-samtökin, sem voru talin öryggisógn í Frakklandi, réttlættu takmarkanir á ferðafrelsi hans, þar sem verið væri að tryggja almannaoöryggi í Frakklandi.

4.6 Allsherjarregla (e. *public policy*)

Allsherjarreglusjónarmiðum er oft haldið á lofti í málum sem tengjast einstaklingum sem tengjast samtökum sem teljast ógna öryggi ríkis eða eru að öðru leyti taldir ógn við allsherjarreglu eða almannahagsmuni. Gott dæmi um þetta er hið svonefnda *van Duyn*-mál¹⁴⁰ sem varðaði einstakling með tengsl við Vísindakirkjuna sem ekki var veitt landvistarleyfi á Bretlandi. Dómstóll ESB lagði

¹³⁷ Mál C-239/06 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*.

¹³⁸ Mál C-137/09 *Josemans*.

¹³⁹ Mál C-100/01 *Olazabal*.

¹⁴⁰ Mál nr. 41/74 *van Duyn*.

áherslu á að ríkin hefðu ekki algert sjálfðæmi um hvað teldist til allsherjarreglu, og hefur í síðari dómum bent á að einstaklingurinn þurfi að vera „a genuine and sufficiently serious threat to the requirements of public policy affecting one of the fundamental interests of society“.¹⁴¹ Engu að síður játaði dómstóllinn í *van Duyn*-málinu ríkinu svigrúm og sagði: „[T]he particular circumstances justifying recourse to the concept of public policy may vary from one country to another and from one period to another, and it is therefore necessary in this matter to allow the competent national authorities *an area of discretion* within the limits imposed by the Treaty.“ Hefur oft verið vísað til þessa í sambærilegum málum í framhaldinu, þó ásamt því að leggja áherslu á að þessa undanþágu eigi engu að síður að túlka þröngt, þ.e. það þarf að vera um að ræða raunverulega og nægjanlega alvarlega ógn sem stafir af viðkomandi og hafi áhrif á grundvallarsamfélagslega hagsmuni.¹⁴²

Svipuð sjónarmið voru uppi í svonefndu „*Hells Angels*“-máli fyrir EFTA-dómstólnum¹⁴³ þar sem fram kom að það væri landsdómstóls að „ákveða hvort stjórnvöld hafi leitt að því líkur að tiltekinn einstaklingur viðhafi eða sé líklegur til að viðhafa háttsemi sem telst raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins. Slík háttsemi gæti falið í sér eiginlega aðild að vélhjólaklúbbi sem hefði tengsl við skipulagða glæpastarfsemi.“

Þótt allsherjarreglu sé ekki oft haldið á lofti á sviði frjálsra vöruviðskipta, þá gerðist það í *Omega Spielhallen*-málinu – sem varðaði reyndar líka þjónustuviðskipti. Í málinu var tekist á um bann við innflutningi tækja og rekstri *laserdome*-leikjasalar, þar sem verið var að „skjóta fólk“ og „drepa“ með þar til gerðum „vopnum“. Slíkt var talið ganga gegn mikilvægum sjónarmiðum um virðingu fyrir mannlegri reisn (e. *human dignity*), sem nýtur sérstakrar stöðu og mannréttindaverndar samkvæmt 1. gr. þýsku stjórnarskrárinnar, sem og allsherjarreglusjónarmiðum (e. *public policy*) og var bannið því talið geta staðið.¹⁴⁴

¹⁴¹ Mál 30/77 *Bouchereau*.

¹⁴² Sjá t.d. mál 36/75 *Rutili*, mgr. 26 og 27; mál 30/77 *Bouchereau*, mgr. 33, og 34 og mál C-54/99 *Église de scientologie*, mgr. 17.

¹⁴³ Mál nr. E-15/12 *Jan Anfinn Wahl*.

¹⁴⁴ Mál C-36/02 *Omega Spielhallen*, sjá t.d. mgr. 32–33.

4.7 Almennasiðferði (e. *public morality*)

Ekki eru margir dómur á þessu sviði beint þar sem sjónarmiðinu hefur verið haldið fram en tengist þó stundum *ordre public*-sjónarmiðum. Besta dæmið er þó hið svonefnda *Henn og Darby*-mál,¹⁴⁵ sem varðaði innflutningsbann á vörum sem væru ósæmilegar eða klámfengnar. Hér tók dómstóllinn undir bannið við innflutningi og sagði að það væri „for each Member State to determine in accordance with its own scale of values and in the form selected by it the requirements of public morality in its territory“.¹⁴⁶ Sambærileg sjónarmið um svigrúm ríkja þegar kemur að því að ákveða hvað sé siðlegt komu fram í *Jany*-málinu,¹⁴⁷ sem varðaði þjónustu vændiskvemma í Hollandi, þótt það væri ekki ólöglegt athæfi þar.

4.8 Vernd lífs og heilsu manna

Þessi verndarsjónarmið koma fram sem réttlætíngarástæður varðandi alla þætti fjórfrelsisins. Þetta er sú réttlætíngarástæða sem oftast er borið við, eins og ráða má af viðamikilli dómaframkvæmd í gegnum árin. Margir dómur varða frjáls *vöruiðskipti*, þ.e. takmarkanir á innflutningi og markaðssetningu á vörum, og jafnvel innflutningsbann, með vísan til sjónarmiða um vernd lífs og/eða heilsu almennings, t.d. vegna innihalds eða eiginleika vöru. Dómstóll ESB hefur sagt að þessi réttlætíngarástæða sé sú sem standi efst meðal þeirra réttlætíngarástæðna sem taldar eru sérstaklega fram í 36. gr. SSES (13. gr. EES), enda er hér um að ræða líf og heilsu fólks.¹⁴⁸

Þrátt fyrir að ESB-dómstóllinn geri ríkar kröfur til þess að sýnt sé fram á að um sé að ræða raunverulega verndarhagsmuni, þ.e. standist meðalhófið, um sé að ræða raunverulega heilsuógn o.s.frv., hefur dómstóllinn lagt áherslu á að sérhvert aðildarríki eigi sjálft að ráða því hvaða verndarstig það telur ásættanlegt fyrir sína ríkisborgara. Í því ljósi geti verndarstig verið mismunandi milli ríkja og því verði að gefa þeim ákveðið svigrúm, sem m.a. kemur fram í því að

¹⁴⁵ Mál 34/79 *Henn og Darby*. Í máli nr. 121/85 *Conegate* gegn *HM Customs og Excise* [1986] ECR 1007 náði innflutningsbann klámkenndra vara inn til Bretlands hins vegar ekki fram að ganga þar sem sambærilegar vörur voru leyfilegar ef þær voru framleiddar á Bretlandi.

¹⁴⁶ *Ibid.*, mgr. 16.

¹⁴⁷ Mál C-268/99 *Jany*.

¹⁴⁸ Mál C-333/14 *Scotch Whisky Association*, mgr. 35.

þrátt fyrir að eitt ríki velji lægra verndarstig þýði það ekki sjálfkrafa að það ríki sem velji hærra verndarstig fari gegn meðalhófskröfum.¹⁴⁹ Hér kemur líka varúðarreglan til skoðunar, þ.e. að ef óvissa ríkir um vísindalegar prófanir og gögn, þá geti það réttlætt að gripið sé til varúðarráðstafana, t.d. innflutningstakmarkana, án þess að þurfa að bíða eftir því að hættan sem til staðar sé raungerist.¹⁵⁰ Innflutningstakmarkanir geta líka verið settar til verndar heilbrigði dýra, sbr. mál C-67/97 *Bluhme*, sem varðaði bann við innflutningi býflugna til eyjunnar Læsö í Danmörku, með það fyrir augum að vernda sérstakan býflugnastofn eyjunnar.

Hindranir við frjálsri för, sem réttlæta má með vísan til almannaheilbrigðis, eiga líka við þegar kemur að frjálsri för fólks, eins og kristallaðist á kóvid-tímum, og sjá má t.d. í málum *Nordic Info* og málinu E-5/23 *LDL* frá EFTA-dómstólnum.¹⁵¹ Í málunum var m.a. ofangreint ítrekað, þ.e. að játa verði ríkjum ákveðið svigrúm til þess að velja hvaða verndarstig þau telji ásættanlegt fyrir ríkisborgara sína, og það þurfi ekki sjálfkrafa að vera alls staðar það sama, ríkin hafi svigrúm, að gættum meðalhófskröfum. Í þeim málum komu líka fram áhrif mannréttindareglna í þessu samhengi, þ.e. að frjáls för fólks kunni að vegast á við jákvæðar kröfur í mannréttinasáttmálum, m.a. mannréttinasáttmála Evrópu, að vernda líf og heilsu borgaranna, sem og reglum um friðhelgi einkalífs.

4.9 Dómstólamótaðar undantekningar

Dómstóll ESB hefur mótað frekari réttlætningarástæður í dómaframkvæmd, sem EFTA-dómstóllinn hefur jafnframt gert. Eins og ítrekað hefur verið nefnt hér eru þær ekki tæmandi taldar, og geta verið af ýmsum toga, en verða að vera lögbundnar kröfur sem taka mið af almannahagsmunum.

¹⁴⁹ Sjá t.d. mál C-413/17 *Roche Lietuva*, mgr. 42, og tilvísuð mál, og mál C-96/20 *Ordine Nazionale dei Biologi*, mgr. 36.

¹⁵⁰ Sjá nánar um varúðarregluna, Gunnar Þór Pétursson, „Commentary on Article 13 EEA“ í *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, H.H. Fredriksen, H.P. Graver, O. Mestad og C. Vedder. Nomos 2018, bls. 308–310.

¹⁵¹ Mál C-128/22 *Nordic Info* og mál nr. E-5/23 *LDL*, málin voru byggð á ríkisborgararéttartilskipuninni, en sömu sjónarmið eiga við.

Þróunin hófst á sviði vöruviðskipta en nær nú yfir allt fjórfrelsið. Margar af þessum undantekningum hafa nánin tengsl við þær sem farið hefur verið yfir hér að ofan, þ.e. þær sem koma fram í stofnsáttmálanum sjálfum (SSES), en þær hafa þó ekki að öllu leyti staðist tímans tönn. Gott dæmi um það er að þær ná ekki yfir umhverfisverndarsjónarmið, neytendavernd eða mannréttindareglur. Í stað þess að túlka þær vítt var því farin sú leið að móta nýjar réttlæt看ingarástæður í dómaframkvæmd. Almennt séð og oftast eru þessi sjónarmið viðurkennd *per se*, þ.e. þau geta í sjálfu sér verið grundvöllur undantekninga¹⁵² en þurfa engu að síður að standast sjónarmið um meðalhóf og almennt sjónarmið undantekninga, vera túlkaðar þröngt og sönnunarbyrðin liggur á þeim sem teflir þeim fram.

Um er að ræða umtalsverðan fjölda mála og fjölbreytta flóru af almannahagsmunum. *Barnard* hefur flokkað þessi sjónarmið, í samhengi frjálsra vöruviðskipta, í þrjá meginflokka:¹⁵³

1. Sjónarmið um vernd í almannapágu og gilda (e. *values*).
2. Vernd einstaklingsins.
3. Allsherjarreglusjónarmið (e. *public order*).

Chalmers o.fl.¹⁵⁴ hafa flokkað réttlæt看ingarsjónarmið hinna fjórfrelsisákvæðanna í fjóra flokka:

1. Hagsmuni einstaklingsins í samhengi viðskipta.
2. Borgaraleg réttindi.
3. Samfélags- og menningarlegir þættir.
4. Allsherjarreglusjónarmið (e. *public order*).

Hér verða tekin nokkur dæmi úr þessum flokkum:

¹⁵² Þau mega þó ekki vernda hagsmuni sem eru aðeins af fjárhagslegum toga – það á við um allar undanþágurnar.

¹⁵³ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press (2022), bls. 168–169.

¹⁵⁴ Damian Chalmers, Gareth Davies og Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge (2010), bls. 874–875.

1. Mannréttindasjónarmið

Fyrst ber að telja mannréttindi, sem geta verið *per se* réttlættingarsjónarmið og hefur vægi þeirra, m.a. í þessu samhengi, farið vaxandi, m.a. eftir lögfestingu Mannréttindaskrár Evrópu. Hér má fyrst telja *Schmidberger*-málið,¹⁵⁵ sem varðaði mótmæli, í tengslum við umhverfisvernd, sem leiddu til vegatálmana, í afmarkaðan tíma, á hraðbraut í Austurríki. Hér byggði Austurríki m.a. á þeim sjónarmiðum að gæta yrði að fundafrelsi og tjáningarfrelsi, sem tryggt væri með ákvæðum mannréttindasáttmála Evrópu, og hafa yrði þau í heiðri, þrátt fyrir mögulega hindrun gegn frjálsum vöruviðskiptum, og tók dómstóllinn sem sagt undir það. Jafnframt má nefna að í austurríska málinu *Familiapress*¹⁵⁶ var talið réttlætanlegt að hafa takmarkanir á auglýsingaherferðum stærri tímarita til að tryggja möguleika smærri tímarita til að fóta sig á markaðnum og tungumálasvæðinu og þannig gæta að fjölbreytileika í fjölmiðlun, sem var líka stutt við tjáningarfrelsisákvæði mannréttindasáttmála Evrópu (10. gr.).¹⁵⁷ Undir þennan flokk mál jafnframt heimfæra *Omega Spielhallen*-málið, sem fyrr hefur verið greint frá.

2. Umhverfisvernd

Umhverfisvernd sem réttlættingarsjónarmið kom fyrst fram á níunda áratugnum, og er hið svonefnda „flöskumál“ gott dæmi, þ.e. *Framkvæmdastjórnin gegn Danmörku*, sem var samningsbrotamál.¹⁵⁸ Í málinu var undir endurvinnslukerfi, sem þó tók ekki við öllum flöskutegundum. Þó að markmiðið hafi verið samþykkt var ráðstöfunin hins vegar ekki sjálfri sér samkvæm vegna þess að ekki var tekið við nema takmörkuðum fjölda og tegundum af flöskum, sem hafði í för með sér óréttlætanlega hindrun á vöruviðskiptum. Í *Aher-Waggon*-málinu var hins vegar talið réttlætanlegt, m.t.t. umhverfissjónarmiða, að krefjast þess að flugvélar, jafnvel þótt skráðar væru í öðru landi, aðlöguðu sig að strangari kröfum um hljóðmengun slíkra flugvéla, sem var í gildi í Þýskalandi.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Mál C-112/00 *Schmidberger*.

¹⁵⁶ Mál C-368/95 *Familiapress*.

¹⁵⁷ Sjá nánar um mikilvægi fjölbreytni í fjölmiðlun, mál C-283/11 *Sky Österreich*, mál C-555/19 *Fussl* og mál C-719/18 *Vivendi*.

¹⁵⁸ Mál 302/86 *Framkvæmdastjórnin gegn Danmörku*. Sjá einnig sem dæmi mál C-573/12 *Álands Vindkraft*, C-492/14 *Essent*, C-242/17 *L.E.G.O* og mál C-624/22 *BP*.

¹⁵⁹ Mál C-389/96 *Aher-Waggon*.

3. Vernd kvikmynda sem menningararfleifðar og tjáningarforms og tungumáls

Í *Cinéthèque SA*-málinu¹⁶⁰ skar Dómstóll ESB úr um að það væri hægt að réttlæta kröfur sem giltu þá í Frakklandi, að ekki mætti dreifa kvikmyndum sem enn væru í sýningu í kvikmyndahúsum, t.d. á VHS-spólum, með það að markmiði að vernda þá menningararfleifð og það tjáningarform sem kvikmyndir væru.

Þessu tengt má nefna *UTECA*¹⁶¹ sem dæmi, varðandi vernd tungumáls. Í málinu taldi dómstóllinn vernd opinbers tungumáls vera lögmætt markmið við takmörkun á grundvallarákvæðum fjórfrelsis, og vísaði í dómaframkvæmd því til stuðnings.¹⁶² Jafnframt var sú ráðstöfun spænskra laga að skylda spænskar sjónvarpsstöðvar til að eyða 3% af tekjum sínum í að kaupa sýningarrétt á kvikmyndum sem væru framleiddar á opinberum tungumálum Spánar talin vera réttlætanleg. Sjá nánar um vernd tungumálsins (o.fl.) í 5. kafla um grein 4(2) SESB, sbr. t.d. *Runevič-Vardyn og Wardyn*-málið.¹⁶³

4. Neytendavernd

Kröfur ESB-dómstólsins um að neytendur séu almennt ágætlega upplýstir og aðgætnir („reasonably well-informed, and reasonably observant and circumspect“) hafa oft leitt til þess að of strangar kröfur ríkjanna hafa orðið að víkja. Hins vegar eru jafnframt dæmi um að neytendavernd hafi einmitt verið réttlætíngarástæða sem hægt er að byggja á, jafnvel þótt það hafi í för með sér einhverja hindrun, t.d. á frjálsum vöruviðskiptum. Sem dæmi má nefna að í *Fratelli Graffione*-málinu¹⁶⁴ taldi dómstóllinn að það væri réttlætanlegt að banna sölu á salernispappír og þurrkum undir nafninu *Cotonelle* ef það væri ástæða til að ætla að neytendur teldu að varan innihéldi bómull – sem hún gerði ekki.

¹⁶⁰ Mál C-60/84 *Cinéthèque SA*.

¹⁶¹ Mál C-222/07 *UTECA*.

¹⁶² *Ibid*, mgr. 27.

¹⁶³ Mál C-391/09 *Runevič-Vardyn og Wardyn*.

¹⁶⁴ Mál C-313/94 *Fratelli Graffione*.

5. Vernd barnsins

Ákvæði um vernd barnsins, eða *protection of the child*, er nú eitt af ákvæðum Mannréttindaskrár ESB, og í 24. gr. *Dynamic Medien*-málinu,¹⁶⁵ sem þó var kveðið upp fyrir gildistöku Mannréttindaskrárinnar, tók ESB-dómstóllinn undir að heimilt væri að gera kröfur um að selja ekki myndefni sem ekki hefði verið flokkað og merkt m.t.t. þess hvort það hæfði börnum. Svipuð sjónarmið um öryggi barna og flokkun á fjölmiðlaefni kom einnig til skoðunar í nýlegri dómi *Booky.fi*¹⁶⁶ þar sem dómstóllinn komst að sambærilegri niðurstöðu.

6. Umferðaröryggi

Eitt þekktasta málið þar sem umferðaröryggi var talið réttlættingarástæða við hindrun gegn frjálsum vöruviðskiptum er málið *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*.¹⁶⁷ Málið varðaði bann við því að aka mótórhjólum og sambærilegum ökutækjum á hraðbrautum, ef þau væru með aftanívagn. Þetta bann miðaði að því að auka umferðaröryggi og í málinu var Ítalíu jatað rúmt svigrúm til að ákveða hvaða öryggiskröfur væru ásættanlegar í umferðinni og meðalhófsmatið tók mið af því.

7. Fjárhagslegur stöðugleiki almannatryggingakerfisins og aðgerðir gegn bótasvikum

Þrátt fyrir að almannatryggingakerfi ríkjanna falli fyrir utan valdsvið ESB-réttarins, þá getur framkvæmd þess og ákvarðanir um tryggingarvernd komið til skoðunar í samhengi fjórfrelsisákvæðanna, t.d. um rétt sjúklinga til þess að sækja sér þjónustu yfir landamæri og fá þá þjónustu endurgreidda. Í *Decker*-málinu,¹⁶⁸ og síðar *Kohll*-málinu,¹⁶⁹ komu slíkar spurningar til skoðunar. Var talið að sjónarmið um að hafa ákveðnar skorður, þrátt fyrir kröfur um frjálsa för, eða þjónustuviðskipti, sem miðuðu að því að tryggja fjárhagslegan stöðugleika kerfisins, væru réttlætanleg, þrátt fyrir að í málunum hafi þau ekki að lokum verið talin útfærð þannig að

¹⁶⁵ Mál C-244/06 *Dynamic Medien*.

¹⁶⁶ Mál C-662/21 *Booky.fi*. Sjá einnig C-454/19 *ZW*, með vísan til 24. gr. Mannréttindaskrár Evrópu (mgr. 40).

¹⁶⁷ Mál C-110/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*. Önnur mál eru t.d. C-54/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Finnlandi* og C-265/06 *Framkvæmdastjórnin gegn Portúgal* þar sem í hvorugu tilfellinu var talið að reglurnar stæðust meðalhófsmatið.

¹⁶⁸ Mál C-120/95 *Decker*.

¹⁶⁹ Mál C-158/96 *Kohll*.

meðalhófs væri gætt. Í *Geraets-Smits*-málinu¹⁷⁰ taldi dómstóllinn að fyrirfram leyfi til að sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri væri réttlætanlegt m.t.t. til fjárhagslegs stöðugleika almannatryggingakerfisins, til að koma í veg fyrir bótasvik og tryggja jafnan aðgang að heilbrigðisþjónustu.

Í *De Cuyper*-málinu¹⁷¹ var talið réttlætanlegt, m.t.t. þess að koma í veg fyrir misnotkun á almannatryggingakerfinu, að gera kröfu um raunverulega búsetu í landinu, hvað varðaði þær bætur sem um ræddi í málinu, þannig að hægt væri að sannreyna raunverulegt atvinnuleysi og fjölskylduaðstæður.

8. Barátta gegn glæpastarfsemi og sviksemi í viðskiptum og vernd allsherjarreglu (e. public order)

Þessi málaflokkur er ríkur af dómaframkvæmd, sbr. t.d. *Josemans*-málið, sem greint var frá hér að ofan, og *Omega Spielhallen*. Undir þennan málaflokk má jafnframt setja fjölda mála sem varða veðmálastarfsemi og skorður við henni, eins og fyrst kom fram í *Schindler*-málinu.¹⁷² Undir þetta var tekið í *Carmen Media*-málinu¹⁷³ þar sem lögð var áhersla á að leyfisfyrirkomulag sem stuðlaði að því að vernda börn, sem og að koma í veg fyrir óhóflega eyðslu fjármuna í veðmál, væri tækur grundvöllur til réttlætningar á skorðum við þjónustufrelsi. Um varnir gegn peningabætti og glæpum má t.d. nefna *Jyske bank*-málið,¹⁷⁴ en þar voru kröfur um skýra upplýsingagjöf lánastofnana sem ekki voru stofnsettar í landinu taldar réttlætanlegar m.t.t. varna gegn peningabætti og hryðjuverkastarfsemi.

¹⁷⁰ Mál C-157/99 *Geraets-Smits*.

¹⁷¹ Mál C-406/04 *De Cuyper*.

¹⁷² Mál C-275/92 *Schindler*. Sjá einnig mál C-243/01 *Gambelli*.

¹⁷³ Mál C-46/08 *Carmen Media*.

¹⁷⁴ Mál C-212/11 *Jyske Bank Gibraltar*.

9. Vernd launþega

Hér má nefna t.d. *Webb*-málið,¹⁷⁵ sem varðaði leyfiskröfur fyrir starfsmannleigur, sem áttu að vernda launþegann, og voru taldar standast, þrátt fyrir þjónustufrelsisákvæðin.

10. Sjónarmið í grein 4(2) SESB

Eins og fram kemur nánar í 5. kafla geta ráðstafanir sem falla undir 2. mgr. 4. gr. SESB byggst á markmiðum sem eru lögmæt og til þess fallin að réttlæta takmarkanir á frjálsu flæði vara, þjónustu, fólks og fjármagns. Þegar reynir á ráðstafanir í því samhengi ræðst niðurstaða máls af því hvort takmörkun gangi lengra en nauðsyn krefur, þ.e. hvort meðalhófs hafi verið gætt. Vísbendingar eru um að eftir því sem ráðstöfun stendur nær kjarna þjóðarauðkennis og lykilhlutverks ríkja, því þyngra vegi hún. Dómaframkvæmd bendir því til að aðildarríkjum sé játað aukið svigrúm í meðalhófsmati sé byggt á sjónarmiðum sem fram koma í 2. mgr. 4. gr. SESB. Ákvæðið er því sérstaklega mikilvægt við mat á undanþágum frá fjórfrelsisákvæðum og getur því tryggt að tekið sé mið af mikilvægum hagsmunum ríkja, sem eiga sér t.d. stoð í ákvæðinu, sbr. t.d. málefni tengd tungumáli.

4.10 Öryggis- og varúðarráðstafanir (e. *safeguards*) og sérstök undanþáguákvæði

Í undanfarandi köflum hefur verið gerð grein fyrir því hvernig fjórfrelsisákvæðin virka að formi til sem bannákvæði, sem hins vegar er hægt að gera undantekningar frá að gefnum ákveðnum forsendum. Þær forsendur snúa fyrst og fremst að mikilsverðum almannahagsmunum og verulegum hagsmunum ríkisins. Þetta fyrirkomulag á við innan þeirra marka sem þessi ákvæði taka til, þ.e. á sviði innri markaðarins sem lýtur ekki fullri samræmingu afleiddrar löggjafar.

¹⁷⁵ Mál C-279/80 *Webb*. Málaflokkurinn hefur þróast á undanförunum áratugum, m.a. með tilkomu afleiddrar löggjafar.

Fyrir utan þessi undanþáguákvæði, sem farið hefur verið yfir ítarlega hér að ofan, er að finna afmörkuð ákvæði um öryggis- og varúðarráðstafanir (e. *safeguards*), bæði í SSES, sem og í afleiddri löggjöf, sem og önnur sérstök undanþáguákvæði.

Í 112. gr. EES-samningsins er nú að finna ákvæði um *öryggisráðstafanir*:

- „1. Ef upp eru að koma alvarlegir efnahagslegir, þjóðfélagslegir eða umhverfislegir erfiðleikar í sérstökum atvinnugreinum eða á sérstökum svæðum, sem líklegt er að verði viðvarandi, getur samningsaðili gripið einhliða til viðeigandi ráðstafana með þeim skilyrðum og á þann hátt sem mælt er fyrir um í 113. gr.
2. Slíkar öryggisráðstafanir skulu vera takmarkaðar, að því er varðar umfang og gildistíma, við það sem telst bráðnauðsynlegt til þess að ráða bót á ástandinu. Þær ráðstafanir skulu helst gerðar sem raska minnst framkvæmd samnings þessa.
3. Öryggisráðstafanirnar skulu gilda gagnvart öllum samningsaðilum.“

Ákvæðið var sett inn í EES-samninginn í samningaviðræðunum um hann og var eins konar málamiðlun í kjölfar áhyggna sumra EES/EFTA-ríkjanna af því að EES-samningurinn hefði í för með sér að draga yrði úr ýmsum sérkröfum innan ríkjanna sem þegar voru í gildi. Þrátt fyrir að EES-ríkin hafi samið um ýmiss konar aðlaganir og jafnvel undanþágur var jafnframt komið til móts við útistandandi áhyggjur með ákvæðum 112. gr. EES, þar sem hægt væri að grípa til öryggisráðstafana. Í þessu samhengi gáfu nokkur ríkjanna út yfirlýsingar, þar sem fram kom í hvaða samhengi væri líklegt að þau myndu beita ákvæðinu. Yfirlýsing Íslands, frá 13. maí 1991, tiltók sérstaklega að það kæmi til greina að beita ákvæðinu ef veruleg röskun yrði á vinnumarkaðnum, t.d. ef verulegur fjöldi launþega flyttist til landsins, eða hluta þess og hefði slík áhrif á ákveðin störf eða greinar, sem og slík áhrif á fasteignamarkaðinn.¹⁷⁶ Ekki hefur komið til beitingar ákvæðisins af Íslands hálfu, en ESB hefur nýverið borið fyrir sig ákvæðið í svokölluðu járnblendismáli, þar sem ESB lagði á verndartolla og sambærilegar ráðstafanir sem höfðu m.a.

¹⁷⁶ Sven Norberg o.fl., „EEA Agreement – A Commentary on the EEA Agreement“ Fritzes (1993), bls. 287–290.

áhrif hér á landi. Sambærileg ákvæði er að finna í nýrri aðildarsamningum, eins og nánar verður farið yfir í 8. kafla.

Meðal ákvæða SSESB er að finna ákvæði sem varða *sérstakar öryggisráðstafanir tengdar greiðslujöfnuði ríkja*, í 143. og 144. gr. SSEB, en í 1. tölul. síðarnefndu greinarinnar segir m.a.:

„Komi skyndilega upp vandi er varðar greiðslujöfnuð, og ákvörðun skv. 2. mgr. 143. gr. er ekki tekin tafarlaust, getur hlutaðeigandi aðildarríki með undanþágu *gripið til nauðsynlegra fyrirbyggjandi verndarráðstafana*. Ráðstafanirnar skulu hafa í för með sér eins litla röskun á starfsemi innri markaðarins og kostur er og mega ekki vera víðtækari en brýnasta nauðsyn krefur til að ráða bót á þeim skyndilega vanda sem komið hefur upp.“
(Skáletrun bætt við.)

Eðli máls samkvæmt kemur ákvæðið þó aðeins til skoðunar fyrir þau ríki sem ekki hafa tekið upp evrugjaldmiðilinn.

Í 114. gr. SSESB er ákvæði varðandi *samræmingu löggjafar á sviði innri markaðarins*. Í 4. og 5. tölul. 114. gr. SSESB eru ákvæði er lúta að möguleikum aðildarríkjanna til að viðhalda ákvæðum, eða setja ný ákvæði, sem annars færu í bága við hina afleiddu löggjöf. Hér er tenging við undanþáguákvæðin sem farið hefur verið yfir, sbr. t.d. 36. gr. SSESB, en aðeins sjónarmiðin sjálf, en hér er um að ræða afleidda löggjöf, og fjórfrelsisreglurnar ættu að jafnaði ekki við. Ákvæði 114. gr. sem um ræðir eru eftirfarandi:

„4. Álíti aðildarríki, eftir að Evrópuþingið og ráðið, ráðið eða framkvæmdastjórnin hefur samþykkt ráðstöfun til samræmingar, að óhjákvæmilegt sé *að viðhalda innlendum ákvæðum*, sem helgast af *grundvallarþörfunum* sem um getur í 36. gr. eða af sjónarmiðum

um umhverfisvernd eða aðbúnað á vinnustað, skal það tilkynna framkvæmdastjórninni um þessi ákvæði og tilgreina ástæðurnar fyrir því að viðhalda þeim.

5. Enn fremur gildir, með fyrirvara um 4. mgr., að áliti aðildarríki, eftir að Evrópuþingið og ráðið, ráðið eða framkvæmdastjórnin hefur samþykkt ráðstöfun til samræmingar, að óhjákvæmilegt sé að *innleiða innlend ákvæði*, sem byggjast á nýjum vísindalegum gögnum er varða umhverfisvernd eða aðbúnað á vinnustað og helgast af vanda sem aðeins það ríki glímir við og kemur upp í kjölfar samþykktar á ráðstöfun til samræmingar, skal það tilkynna framkvæmdastjórninni um fyrirhuguð ákvæði og tilgreina ástæðurnar fyrir samþykkt þeirra.“ (Skáletrun bætt við.)

Slíkar öryggisráðstafanir lúta þó samþykki Framkvæmdastjórnarinnar, sbr. 6. tölul. 114. gr., sem skal samþykkja eða hafna ráðstöfununum innan sex mánaða, og málið gæti jafnframt, eftir atvikum, endað fyrir Dómstól ESB. Ákvæðunum er ekki oft beitt, en helst í tengslum við hættuleg efni, eða innhaldsefni, GMOs (erfðabreyttar lífverur) eða sambærilegar kringumstæður.¹⁷⁷

Í 10. tölul. 114. gr. segir jafnframt:

„Samræmingarráðstafanir sem um getur hér að framan skulu, þar sem við á, hafa að geyma verndarákvæði er heimila aðildarríkjunum að gera ráðstafanir til bráðabirgða undir eftirliti Sambandsins af einhverjum þeim ástæðum, öðrum en efnahagslegum, sem tilgreindar eru í 36. gr.“

Meðal annars í þessu ljósi hafa í tilskipunum sem varða ákveðna vöruflokka, svonefndar CE-merktar vörur, sögulega verið sérstök *öryggisákvæði*, sem markaðseftirlit í ríkjunum byggir á, þegar verður vart við sérlega hættulega vöru, sem mögulega yrði þá tekin af markaði.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Barnard, bls. 577.

¹⁷⁸ Sjá t.d. tilskipun 2014/33 um lyftur, ákvæði 37.–41. gr. Jafnframt ber að hafa í huga hina nýju *General Product Safety Regulation* (2023/988; hefur ekki verið þýdd á íslensku) og *Regulation on market surveillance of products*

Að lokum ber að nefna hin sérstöku undanþáguákvæði sem fram koma í ákvæðum 346. gr. SSESB og 347. gr. SSESB *varðandi mikilvæga öryggishagsmuni ríkja*.

„346. gr.

1. Ákvæði sáttmálanna skulu ekki hindra beitingu eftirfarandi reglna:

- a) engu aðildarríki er skylt að veita upplýsingar ef það telur það andstætt *mikilvægum öryggishagsmunum* sínum,
- b) aðildarríki getur gert hverjar þær ráðstafanir sem það telur nauðsynlegar til að vernda *mikilvæga öryggishagsmuni* sína og snúa að framleiðslu á eða viðskiptum með vopn, skotfæri og hergögn; slíkar ráðstafanir mega ekki raska samkeppnisskilyrðum á innri markaðnum að því er varðar framleiðsluvörur sem ekki eru sérstaklega ætlaðar til hernaðar.

[...]

347. gr.

Aðildarríkin skulu hafa samráð sín á milli um að taka í sameiningu þau skref sem þörf kann að vera á til að koma í veg fyrir að röskun verði á innri markaðnum vegna ráðstafana sem aðildarríki þarf að grípa til þegar alvarlegar innanlandserjur ógna lögum og reglu, á stríðstímum eða þegar mikill órói í alþjóðamálum veldur ófriðarhættu, eða til að uppfylla skyldur sem það kann að hafa tekið á sig til að gæta friðar og alþjóðaöryggis.“ (Skáletrun bætt við.)

(2019/1020; reglugerð um markaðseftirlit og samræmi vara við kröfur og um breytingu á tilskipun 2004/42/EB og reglugerðum (EB) nr. 765/2008 og (ESB) nr. 305/2011).

Ákvæðin varða rétt ríkja til að vernda mikilvæga öryggishagsmuni sína (e. *essential interests of its security*) með sérstakari hætti en getið er í undanþáguákvæðum fjórfrelsisákvæðanna, t.a.m. 36. gr. SSESb, sem farið var yfir hér í fyrri kafla. Ákvæðin koma í raun til fyllingar þeirri staðreynd að þjóðaröryggismál falli að meginstefnu til utan við gildissvið ESB-réttarins, eins og fram kemur nánar í 5. kafla um grein 4(2) SESb, þótt ráðstafanir á þeim grunni kunni að þurfa að rökstyðja. Í þessu samhengi ber líka að nefna 72. gr. SSESb, sem kveður á um eftirfarandi (á ensku):

„This Title shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security.“

5. Ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB um þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja

5.1 Aðfaraorð um 2. mgr. 4. gr. SESB og náttúruauðlindir

Í 1. mgr. 4. gr. SESB er tekið fram að í samræmi við 5. gr. haldi aðildarríki þeim valdheimildum sem ESB hafa ekki verið veittar. Með þessu er áréttuð hin hliðin á meginreglunni um veittar valdheimildir. Í framhaldinu er síðan fjallað um skyldu ESB til að virða m.a. þjóðarauðkenni aðildarríkja, sem felast í grunnskipulagi þeirra, hvort sem er stjórnmálalegu eða stjórnskipulegu, þ.á m. svæðisbundinni og staðbundinni sjálfstjórn. Enn fremur að virða lykilstarfsemi ríkja, þ.á m. að vernda landsvæði ríkis, að viðhalda lögum og reglu sem og að vernda þjóðaröryggi. Að lokum er áréttuð í málsgreininni að þjóðaröryggi sé áfram einvörðungu á ábyrgð aðildarríkja. Á ensku hljóðar 2. mgr. 4. gr. svo í heild sinni:

„The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.“

Sú spurning vaknar hvort ákveðnar ráðstafanir í tengslum við náttúruauðlindir, orkunýtingu o.þ.h. geti rúmast innan 2. mgr. 4. gr. Það kæmi helst til greina ef þær ráðstafanir eru nauðsynlegar í þágu þjóðaröryggis og eftir atvikum innra öryggis. Ekki er þó unnt að útiloka með öllu að einhverjar ráðstafanir geti rúmast innan þjóðarauðkennis eða lykilhlutverks ríkja. Ekki verður séð að reynt hafi á ákvæðið með framangreindum hætti í dómaframkvæmd Dómstóls ESB fram að þessu. Vegna þess verður skoðað hvernig reynt hefur á ákvæðið í tengslum við önnur málefni þó að það leiði til þess að vikið verði af braut náttúruauðlinda, orkumálefna o.þ.h. Verður það gert til að leitast við að draga almennar ályktanir um ákvæðið í því augnamiði að taka afstöðu til þess hvort ákveðnar ráðstafanir varðandi náttúruauðlindir o.fl. geti mögulega rúmast innan þess. Sú umfjöllun veitir einnig vísbendingar um það svigrúm sem aðildarríki hafa í tengslum við önnur málefni.

5.2 Almennt um 2. mgr. 4. gr. SESB

Margt er enn á huldu um inntak og þýðingu ákvæðisins. Dómaframkvæmd er enn takmörkuð, þótt reynt hafi á ákvæðið í nokkrum málum. Dómstóll ESB hefur að auki ekki farið þá leið að fjalla með almennum og ítarlegum hætti um ákvæðið heldur látið við það sitja að fjalla um afmarkaðri atriði í ljósi ágreiningsefnisins hverju sinni.¹⁷⁹ Til marks um framangreint komst Emiliou lögsögumaður svo að orði (á ensku) í áliti sínu í *Cilevičs*-málinu sem reifað verður hér á eftir:

„[...] to date, the Court has not elaborated on the concept of "national identity" or on the nature and scope of the "national identity clause" [...].“¹⁸⁰

Af staðsetningu og samhengi ákvæðisins verður ráðið að 2. mgr. 4. gr. SESB feli ekki í sér reglu um hvernig valdheimildum er deilt á milli ESB og aðildarríkjanna þótt þar sé áréttað að þjóðaröryggi sé einvörðungu á ábyrgð þeirra síðarnefndu. Með öðrum orðum hefur ákvæðið sem slíkt ekki að geyma valdheimild. Áréttingin leiðir einfaldlega af því að ESB hefur ekki verið veitt valdheimild til að grípa til ráðstafana í þágu þjóðaröryggis og því er hún enn í höndum aðildarríkjanna samkvæmt meginreglunni um veittar valdheimildir, sbr. 1. mgr. 4. gr. og 2. mgr. 5. gr.

Af samhengi 2. mgr. við 1. mgr. 4. gr. verður helst ályktað að sú skylda sem fyrri málsgreinin mælir fyrir um eigi einkum við í þeim tilvikum þegar ESB hefur á annað borð verið veitt valdheimild til að athafna sig á þann hátt að það geti varðað þjóðarauðkenni eða lykilhlutverki ríkja.¹⁸¹ Við þær aðstæður leiðir þá skylda af 2. mgr. að ESB beri að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja. Skyldan felur því í sér *takmörkun á því hvernig ESB getur beitt valdheimildum sínum*, sbr. nánar hér á eftir um áhrif ákvæðisins.

¹⁷⁹ Diane Fromage og Bruno De Witte, „National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives“. *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 422 og Diane Fromage, „National Constitutional Identity and Its Regional Dimension Post-Lisbon as Part of a General Trend Towards Multilevel Governance Within the EU“. *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 499.

¹⁸⁰ Álit Emiliou lögsögumanns 8. mars 2022 í máli C-391/20, mgr. 82.

¹⁸¹ Giacomo Di Federico, „The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards“. *European Public Law* 25, 3. tbl. (2019), bls. 335.

Athygli vekur að ákvæðið bindur þjóðarauðkenni við það sem felst í grunnskipulagi ríkisins, hvort sem er stjórnmalalegu eða stjórnskipulegu. Af því virðist leiða að málefni verði að hafa festu af ákveðnu tagi í aðildarríki til að falla undir ákvæðið. Ákveðin grundvallaratriði í stjórnarskrám gætu rúmast þar undir. Afleiðingin virðist vera sú að ein leið til að leitast við að tryggja ákveðin þjóðarauðkenni sé að stjórnarskrárbinda þau. Engu að síður fellur ekki allt það sem fram kemur í stjórnarskrám aðildarríkjanna undir 2. mgr. 4. gr. Ákveðinnar óvissu gætir um hvernig beri að túlka skilyrðið.

Ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB var fyrst bætt við sáttmálann með Maastricht-sáttmálanum árið 1992 og var þá beinlínis tengt við að aðildarríkin byggðu á lýðræðislegu stjórnarformi. Síðar var ákvæðið aðskilið frá markmiðum sambandsins með Amsterdam-sáttmálanum árið 1997 og var þá aðeins vísað í þjóðarauðkenni án þess að útfæra nánar hvað gæti falist í því. Á þeim tíma var litið á ákvæðið sem pólitíska yfirlýsingu. Að lokum var ákvæðið fært í núverandi búning með Lissabon-sáttmálanum árið 2007. Ákvæðið hefur nú bein réttaráhrif og aðildarríki geta borið það fyrir sig fyrir Dómstól ESB.¹⁸² Brjótí afleidd gerð í bága við skylduna er hún ógildanleg.¹⁸³ Sumir fræðimenn hafa haldið því fram að ákvæðinu hafi verið ætlað að vera mótvægi við yfirþjóðleg einkenni ESB og auknar valdheimildir þess. Þeir benda þó á að dómstóllinn hafði byggt á sambærilegum sjónarmiðum í framkvæmd sinni áður en ákvæðinu var bætt við sáttmálann.¹⁸⁴

Í þessu samhengi má geta þess að Maduro lögsögumaður hélt því fram í *Michaniki*-málinu að framangreind skylda hafi ávallt verið fyrir hendi þó að hún hafi ekki verið færð í sáttmálana fyrr en síðar. Hann heldur eftirfarandi fram (á ensku):

¹⁸² Giacomo Di Federico, „The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards.“ *European Public Law* 25, 3. tbl. (2019), bls. 356.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Sjá t.d. Diane Fromage og Brian De Witte, „National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 412–413, og Pietro Faraguna, „On the Identity Clause and its Abuses: „Back to the Treaty“.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 433. Í því sambandi er vísað í mál 397/87 *Groener*, C-36/02, *Omega Spielhallen* ECLI:EU:C:2004.614, C-159/90, *Grogan* CLI:EU:C:1991:378 og C-88/03, *Portugal gegn Framkvæmdastjórninni* („Re Azores“). ECLI:EU:C:2006:511.

„[...] the European Union is obliged to respect the constitutional identity of the Member States. That obligation has existed from the outset. It indeed forms part of the very essence of the European project initiated at the beginning of the 1950s, which consists of following the path of integration whilst maintaining the political existence of the States.“¹⁸⁵

Því skal haldið til haga að *þjóðarauðkenni* samkvæmt 2. mgr. 4. gr. SESB þarf ekki að falla saman við svokallað *stjórnskipulegt auðkenni*, þ.e. auðkenni stjórnskipunar hvers ríkis eins og það er skilgreint af landsdómstólum hvers aðildarríkis, þó að óneitanlega verði töluverð skörun þar á milli enda vísar ákvæðið í grunnskipulag stjórnskipunar. Að líkum verður að líta svo á að þjóðarauðkenni sé sjálfstætt hugtak ESB-réttar sem sæti túlkun Dómstóls ESB. Hvað felst í ákvæðinu og rúmast innan gildissviðs þess ræðst því af túlkun ESB-réttar. Hitt er svo annað mál að þó að ESB-réttur setji mörk og móti áhrif ákvæðisins er það undir grunnskipulagi hvers aðildarríkis komið hver séu þjóðarauðkenni þeirra, þ.e. hvort og þá hvaða auðkenni þau hafa sem gætu rúmast innan ákvæðisins.

Hvað sem framangreindu líður er ýmislegt til í lokaorðum tilvitnunarinnar um að *ESB byggi á tilvist ríkja* en í þeirri hugmynd felst ákveðin takmörkun enda verða ríkin að halda áfram að vera til sem slík. Skilja má skyldu 2. mgr. 4. gr. um að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja í því ljósi.

Bent hefur verið á að í 2. mgr. 4. gr. endurspeglar togstreita á milli sameiningar og fjölbreytni.¹⁸⁶ Þó að unnið sé sameiginlega að framgangi ýmissa málefna og sameiginlegar reglur settar með það að marki beri engu að síður að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja. Slagorð ESB er: sameinuð í fjölbreytni (e. *unity in diversity*).¹⁸⁷ Markmiðið er ekki að eyða þeirri fjölbreytni sem er að finna í ólíkum aðildarríkjum heldur að vinna með henni. Þannig hafa sumir fræðimenn talið

¹⁸⁵ Álit Maduro lögsögumanns 16. desember 2004 í máli C-160/03, mgr. 31. ECLI:EU:C:2004:817.

¹⁸⁶ Giacomo Di Federico, „The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards.“ *European Public Law* 25, 3. tbl. (2019), bls. 356.

¹⁸⁷ Sjá t.d. Monica Claes, „National Identity and the Protection of Fundamental Rights.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 521.

að í ákvæðinu felist ekki að ESB sé að taka fullveldi frá aðildarríkjum heldur sendi skilaboð um að það byggji á fullvalda ríkjum, sbr. einnig tilvitnunina hér að ofan í Maduro lögsögumann.¹⁸⁸

Ákvæðið er ekki hið eina sem tryggir fjölbreytni og ólíkar reglur aðildarríkja. Á ýmsum stöðum í sáttmálunum og afleiddum gerðum er að finna reglur sem taka mið af fjölbreytni og ólíkum aðstæðum í aðildarríkjum, ekki síst við mat á því hvenær frávik eru réttlætanagerleg. Þá er einnig vísað í þjóðarauðkenni í formálsorðum Mannréttindaskrár Evrópusambandsins en þar segir (á ensku):

„The Union contributes to the preservation and to the development of these common values while respecting diversity of the cultures and traditions of the peoples of Europe as well as the national identities of the Member States and the organisation of their public authorities at national, regional and local level [...]“

Eins fram kemur í formálsorðum sáttmála ESB samanstendur ESB af hópum fólks (e. *peoples*) sem gefur enn frekar til kynna að ekki sé um stjórnmálalega einingu að ræða í líkindum við þá sem þekkist í ríkjum. Einnig er vísað í fólk í fleirtölu í formálsorðum og ákvæðum SESB og SSESB. Þessar vísanir hanga saman við skylduna til að virða þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja, þ.á m. innra og ytra öryggi þeirra.

Auk þess sem að framan er rakið er m.a. mælt fyrir um skyldu ESB til að virða menningu og fjölbreytileika tungumála í 3. mgr. 3. gr. SESB og 22. gr. Mannréttindaskrárinnar. Þá er í 17. gr. SSESB kveðið á um skyldu ESB til að dæma ekki fyrirfram (e. *prejudice*) stöðu kirkja og trúfélaga samkvæmt landslögum. Samkvæmt 3. mgr. 81. gr. SSESB þarf að samþykkja einróma í ráðinu afleiddar gerðir um fjölskyldumálefni sem hafa áhrif yfir landamæri en með því er tryggt að slík löggjöf sé ekki sett án þess að aðildarríkin séu öll sammála um það. Þá vísar 9. gr. Mannréttindaskrárinnar til hjónabands samkvæmt landslögum. Ekki er um tæmandi talningu að ræða.

¹⁸⁸ Diane Fromage og Brian De Witte, „National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 413.

5.3 Áhrif 2. mgr. 4. gr. SESB

Ekki liggur að fullu fyrir hver möguleg áhrif 2. mgr. 4. gr. SESB geti verið. Rök standa til þess að áhrifin geti verið ólík eftir því samhengi sem reynir á hverju sinni, s.s. hvort það reyni á grunnreglur sáttmálanna og frávik frá þeim, afleiddar gerðir sem og hvernig valdheimildum hefur verið skipt milli ESB og aðildarríkja, þar undir, hvers konar valdheimild Sambandinu hefur verið fengin, s.s. hvort hún sé til að samhæfa og styðja við aðgerðir aðildarríkjanna.

Svo dæmi séu tekin geta ráðstafanir sem falla undir 2. mgr. 4. gr. byggst á markmiðum sem eru lögmæt og til þess fallin að takmarka frjálst flæði vara, þjónustu, fólks og fjármagns sem og skerðanleg mannréttindi. Þegar reynir á ráðstafanir í því samhengi ræðst niðurstaða máls af því hvort takmörkun gangi lengra en nauðsyn krefur, þ.e. hvort meðalhófs hafi verið gætt. Vísbendingar eru um að eftir því sem ráðstöfun stendur nær kjarna þjóðarauðkennis og lykilhlutverks ríkja, því þyngra vegi hún. Í samræmi við það hefur því verið haldið fram í fræðiskrifum að eftir því sem nær sé gengið þjóðarauðkenni, því meiri sé vernd ákvæðisins. Í því felist að ákveðinn ósnertanlegur kjarni sé til.¹⁸⁹ Því skal þó haldið til haga að ekki liggur fyrir næg dómaframkvæmd til að slá þessu fræðilega viðhorfi föstu. Nánar er farið í undanþágur frá fjórfrelsisákvæðunum í 4. kafla, en 2. mgr. 4. gr. getur spilað mikilvægt hlutverk til að undirbyggja undanþágur frá fjórfrelsisákvæðum.

Að líkindum veltur það svigrúm sem aðildarríkjum er ljáð við mat á meðalhófi á eðli málefnis og hve nærri þjóðarauðkenni er höggvið. Í *Cilevičs*¹⁹⁰ reyndi á ráðstafanir til að vernda opinbert tungumál. Þar var tekið fram að aðildarríkjum sé ljáð rúmt svigrúm ef ráðstöfun fellur undir 2. mgr. 4. gr. Þó geti ráðstöfun ekki réttlætt að grafið sé á alvarlegan hátt undan þeim réttindum sem einstaklingum eru tryggð í sáttmálunum.¹⁹¹ Vikið verður á ný að málinu í tengslum við opinber tungumál hér á eftir.

¹⁸⁹ Giuseppe Martinico, „Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 457. Sjá einnig M. Bonelli, „National Identity and European Integration Beyond „Limited Fields“.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 544.

¹⁹⁰ Mál C-391/20, *Cilevičs*.

¹⁹¹ mgr. 83–84. Sjá einnig í þessu samhengi *Framkvæmdastjórnin gegn Lúxemborg*, C-473/93, mgr. 35–36, og *Framkvæmdastjórnin gegn Lúxemborg*, C-51/08, mgr. 124.

Eins og fjallað verður um í tengslum við dómaframkvæmdina hér á eftir hefur Dómstóll ESB margoft slegið því föstu að þegar valdheimild liggur hjá aðildarríki beri því engu að síður að gæta að skuldbindingum sínum samkvæmt ESB-rétti þegar þau *beita* þeim. Í *Bressol* var þessari hugsun lýst á þann hátt að þó að aðildarríkin hefðu valdheimildir til að skipuleggja menntakerfið yrðu þau að gæta að ESB-rétti þegar þau beita þeim.¹⁹² Af framangreindu leiðir að það er munur á skiptingu valdheimilda milli ESB og aðildarríkja annars vegar og gildissviði reglna ESB-réttar hins vegar.¹⁹³

Í þessum anda hefur t.d. Kokott lögsögumaður haldið því fram í *Achibita* að ákvæði 2. mgr. 4. gr. takmarki beitingu reglna Evrópuréttar en ekki gildissvið þeirra.¹⁹⁴ Tanchev lögsögumaður tók í sama streng í *Egenberger*.¹⁹⁵ Dómstóll ESB fjallaði þó ekki um áhrif ákvæðisins í málunum með þeim hætti.

Ef til vill má orða áhrif ákvæðisins á valdheimildir aðildarríkjanna og ESB á eftirfarandi hátt: *annars vegar ber aðildarríkjunum að gæta að ESB-rétti þegar þau beita sínum valdheimildum og hins vegar ber ESB að gæta að þjóðarauðkenni og lykilhlutverki ríkja samkvæmt 2. mgr. 4. gr. þegar það beitir sínum valdheimildum*. Að því leyti hefur ákvæðið hliðstæð áhrif og nálægðar- og meðalhófsreglan í 3. og 4. mgr. 5. gr. SESB.

Ekki verður dregin sú ályktun að 2. mgr. 4. gr. dragi úr forgangsáhrifum ESB-réttar sem slíkum, líkt og sumir fræðimenn hafa velt upp, en ýmislegt veltur þó á þeim skilningi sem er lagður í hugtökin.¹⁹⁶ Áhrif ákvæðisins eru fremur þau að réttlæta frávik frá grunnreglum og eftir atvikum takmarka beitingu valdheimilda ESB, hvort sem það er almennt um tiltekin málefni eða sérstaklega í tengslum við sum aðildarríki. Á þann hátt getur ákvæðið leitt til þess að dregið sé úr einsleitni ESB-réttar og beitingu valdheimilda ESB. Forgangsáhrif ESB-réttar eiga aðeins við um

¹⁹² Sjá í öðru samhengi sambærilega nálgun í dómi 13. apríl 2010 í máli C-73/08, mgr. 28.

¹⁹³ Sjá t.d. M. Bonelli, „National Identity and European Integration Beyond „Limited Fields““, *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 545.

¹⁹⁴ Álit Kokott lögsögumanns 31. maí 2016 í máli C-157/15, mgr. 34. ECLI:EU:C:2016:382.

¹⁹⁵ Álit Tanchev lögsögumanns 9. nóvember 2017 í máli C-414/16, mgr. 95. ECLI:EU:C:2017:851.

¹⁹⁶ Armin von Bogdandy og Stephan W. Schill, „Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty.“ *Common Market Law Review* 48. bindi, 5. tbl. (2011), bls. 1427 o.áfr. og Barbara Gusaferro, „Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause.“ *Jean Monnet Working Paper* 01/12, bls. 12 og 32–33. Sjá þó einnig í þessu samhengi Koen Lenaerts, „Constitutionalism and the Many Faces of Federalism.“ *Am.J.Comp. L* 38(2) (1990), bls. 220.

raunverulegar skuldbindingar ESB-réttar. Vegna þess er ekki rétt að líta svo á að ákvæðið feli í sér eins konar undantekningu frá forgangsáhrifunum.

Þá hefur því verið haldið fram í fræðiskrifum að ákvæðið hafi þá pólitísku þýðingu að löggjafi ESB gæti sín við lagasetningu sem geti snert á viðkvæmum málefnum aðildarríkjanna.¹⁹⁷

5.4 Takmarkanir þjóðarauðkennis og lykilhlutverks ríkja

Dómstóll ESB hefur slegið því föstu að takmarkanir séu á því hvaða ráðstafanir njóti verndar samkvæmt 2. mgr. 4. gr. SESB.

Í fyrsta lagi byggja sáttmálarnir á því að aðildarríkin deili ákveðnum *sameiginlegum gildum*, s.s. um mannréttindi og réttarríkið, sbr. 2. gr. SESB. Þessi gildi eru útfærð í grunnreglum hans, s.s. um skilvirka dómstólavernd í 1. mgr. 19. gr. SESB en þar undir fellur m.a. sjálfstæði og hlutleysi dómstóla. Sjá í þessu samhengi t.d. *Framkvæmdastjórnin gegn Ungverjalandi*,¹⁹⁸ *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi*¹⁹⁹ og *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi*.²⁰⁰ Þá verður að telja að *Framkvæmdastjórnin gegn Ungverjalandi* sé grundvallardómur í þessu sambandi.

Í öðru lagi verður ráðstöfun, sem er ætlað að réttlæta takmörkun á fjórfrelsinu, að uppfylla kröfur *mannréttindareglna* ESB, sbr. t.d. *Coman*-málið og önnur mál sem fjallað verður um hér á eftir í tengslum við fjölskyldumálefni og persónulega stöðu fólks.

Af framangreindu leiðir að aðildarríki getur ekki byggt á að ráðstöfun falli undir 2. mgr. 4. gr. SESB ef hún brýtur gegn sameiginlegu gildum Sambandsins í 2. gr. eða vernd mannréttinda í Evrópurétti.

¹⁹⁷ Mattias Wendel, „The Fog of Identity and Judicial Contestation.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., t.d. bls. 474.

¹⁹⁸ Dómur 16. febrúar 2022 í máli C-156/21. ECLI:EU:C:2022:97.

¹⁹⁹ Dómur 16. febrúar 2022 í máli C-157/21, einkum mgr. 265–266. ECLI:EU:C:2022:98.

²⁰⁰ Dómur 5. júní 2023 í máli C-204/2021. ECLI:EU:C:2023:442.

5.5 Landsdómstólum er óheimilt að beita ekki reglum Evrópuréttar

Að framan var vikið að því að 2. mgr. 4. gr. SESB feli ekki í sér eins konar undantekningu frá forgangsáhrifum Evrópuréttar. Í samræmi við þá hugmynd felst ekki í reglunni að landsdómstólar geti látið hjá líða að beita reglum Evrópuréttar. Aðeins Dómstóll ESB hefur valdheimild til að ógilda slíkar reglur, sbr. *Foto-Frost*.²⁰¹ Telji landsdómstóll að vafi sé um hvort afleidd löggjöf sé gild og njóti þar með forgangsáhrifa leiðir af þeirri stöðu að landsdómstóllinn þarf að óska eftir forúrskurði Dómstóls ESB á grundvelli 267. gr. SSESB til að fá úr því álitaefni skorið. Telji dómstóllinn að afleidd löggjöf stangist á við 2. mgr. 4. gr. SESB getur landsdómstóll að fenginni slíkri niðurstöðu þá látið hjá líða að beita henni. Landsdómstólar geta þó ekki lagt reglur Evrópuréttar til hliðar á grundvelli eigin mats á því hvort þær samræmist ákvæðinu. Sjá í þessu samhengi *RS*.²⁰² Það er því hlutverk Evrópudómstólsins að slá því föstu hvort afleidd löggjöf fari í bága við ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB og verði því ekki lögð til grundvallar.

5.6 Hvað eru þjóðarauðkenni og lykilhlutverk ríkja?

Ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB gerir ekki nánari grein fyrir hvað felist í *þjóðarauðkenni* að öðru leyti en að taka fram að þau felist í stjórnskipulegu og stjórnmálalegu grunnskipulagi þeirra, þ.m.t. sjálfstjórn svæðisbundinna og staðbundinna stjórnvalda. Að því er varðar *lykilhlutverk ríkja* eru eftirfarandi dæmi tekin: að tryggja landsvæði ríkis, að halda uppi lögum og reglu og að vernda þjóðaröryggi. Sú spurning vaknar því hvað málefni eða ráðstafanir rúmast innan 2. mgr. 4. gr. Til að svara því verður litið til fræða og framkvæmdar.

Sumir lögsögumenn hafa viljað tengja þjóðarauðkenni í 2. mgr. 4. gr. SESB við stjórnskipuleg auðkenni eins og þau eru afmörkuð í dómaframkvæmd landsdómstóla en Evrópudómstóllinn hefur ekki tekið undir það.²⁰³ Sumir fræðimenn vilja túlka 2. mgr. 4. gr. svo þröngt að ákvæðið sé aðeins bundið við stofnanalegt sjálfræði og fjölbreytni, s.s. um innra skipulag ríkis, en ekki efnisleg

²⁰¹ Sjá dóm 22. október 1987 í máli C-314/85. ECLI:EU:C:1987:452.

²⁰² Dómur 22. febrúar 2022 í máli C-430/21. ECLI:EU:C:2022:99.

²⁰³ Giacomo Di Federico, „The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards.“ *European Public Law* 25, 3. tbl. (2019), bls. 363. Sjá einnig áður nefnt álit Maduro í *Michaniki*-málinu og álit Bot lögsögumanns 18. júlí 2017 í máli C-42/17, *Sakamál gegn M.A.S. og M.B.* ECLI:EU:C:2017:564.

viðfangsefni.²⁰⁴ Flestir fræðimenn túlka ákvæðið þó rýmra.²⁰⁵ Þá hefur verið bent á að ákvæðinu sé ætlað að vernda hlutverk ríkja í sáttmálunum.²⁰⁶

Unnt er að draga vissar ályktanir af dómaframkvæmd um hvaða málefni og ráðstafanir geti fallið undir ákvæðið. Þeim er skipt upp til hægðarauka hér í 1) vernd opinbers tungumáls, 2) stjórnarform, 3) sjálfstjórn svæðis eða ekki innan aðildarríkis, 4) innra skipulag valdheimilda og stofnana ríkis, 5) fjölskyldumálefni og málefni persónulegs eðlis, 6) þjóðaröryggi, 7) aðgang að lögmennastéttinni og dómsvaldið, 8) evrópska þingmenn sem settu þjóðfána í sætispúlt í Evrópuþinginu og 9) mannréttindi. Ekki er um tæmandi greiningu að ræða.

Opinbert tungumál

Fyrst var minnst á þjóðarauðkenni í tengslum við ráðstafanir til að vernda opinbera tungu í *Groener*²⁰⁷ en það var fyrir tíma þess sem er nú 2. mgr. 4. gr. SESB. Í málinu reyndi á þá kröfu í landsrétti að kennarar töluðu írsku. Krafan var talin fela í sér réttlæt看lega takmörkun á frjálsri för launþega. Dómstóll ESB tók fram að vernd tungumáls væri lögmætt markmið sem gæti réttlætt slíka takmörkun svo lengi sem meðalhófs væri gætt eins og raunin var í því máli.²⁰⁸

Eftir að ákvæðið varð hluti af sáttmálunum hefur reynt á það í tengslum við ráðstafanir til að vernda opinbera tungu. Í *Runevič-Vardyn og Wardyn*²⁰⁹ reyndi á reglu landslaga sem krafðist þess að nafn væri stafsett í opinberum skráum á þann hátt að það samræmdest stafsetningu opinbera tungumálsins en bókstafurinn W er ekki til í litháísku ritmáli. Með vísan til 3. mgr. 23. gr. og 2. mgr. 4. gr. SESB sem og 22. gr. Mannréttindaskrárinnar taldi dómstóllinn að landslög sem stefna að því að vernda opinbert tungumál stefni að lögmætu markmiði sem geti takmarkað frjálsa för samkvæmt 21. gr. SSESB.²¹⁰

²⁰⁴ Brian De Witte, „Article 4(2) TEU as the Protection of the Institutional Diversity of the Member States.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., t.d. bls. 561.

²⁰⁵ Diane Fromage og Brian De Witte, „National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 424.

²⁰⁶ Monica Claes, „National Identity and the Protection of Fundamental Rights.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 521.

²⁰⁷ Dómur 28. nóvember 1989 í máli C-379/87. ECLI:EU:C:1989:599.

²⁰⁸ mgr. 19.

²⁰⁹ Dómur 12. maí 2011 í máli C-391/09. ECLI:EU:C:2011:291.

²¹⁰ mgr. 86–87.

Í *Las*²¹¹ reyndi á ný á landslög sem stefndu að því að vernda opinbera tungu. Með vísan til 3. mgr. 3. gr. og 2. mgr. 4. gr. SESB og 22. gr. Mannréttindaskrárinnar sem og *Runevič-Vardyn og Wardyn*-málsins taldi dómstóllinn að það væri lögmætt markmið að takmarka frjálsa för launþega samkvæmt 45. gr. SSESB.²¹²

Í *Cilevičs*²¹³ tók dómstóllinn fram að vernd opinberrar tungu væri lögmætt markmið og vísaði enn á ný í 3. mgr. 3. gr. og 2. mgr. 4. gr. SESB sem og 22. gr. Mannréttindaskrárinnar.²¹⁴ Eins og í fyrri málum lagði dómstóllinn áherslu á mikilvægi menntunar í þágu slíkrar stefnu.²¹⁵ Auk þess tók dómstóllinn fram að aðildarríki nytu viðtæks svigrúms vegna þess að undir markmiðið féllu þjóðarauðkenni samkvæmt 2. mgr. 4. gr. en það gæti þó ekki réttlætt að grafa á alvarlegan hátt undan réttindum einstaklinga samkvæmt sáttmálunum.²¹⁶ Dómstóllinn taldi að landslög sem áskildu að æðri menntun færi án nokkurrar undantekningar fram á opinberu tungumáli bryti í bága við meðalhóf.²¹⁷

Dómstóll ESB vísar ekki alltaf í 2. mgr. 4. gr. SESB í tengslum við vernd opinberrar tungu. Í því sambandi má taka *UTECA*²¹⁸ sem dæmi. Í málinu var vernd opinbers tungumáls talið verið lögmætt markmið við takmörkun á frjálsu flæði þjónustu samkvæmt 56. gr. SSESB.²¹⁹ Jafnframt var sú ráðstöfun spænskra laga að skylda spænskar sjónvarpsstöðvar til að eyða 3% af tekjum sínum í að kaupa sýningarrétt á kvikmyndum sem væru framleiddar á opinberum tungumálum Spánar talin vera réttlætanleg.²²⁰ Ekki var vísað í ákvæðið um þjóðarauðkenni.

Af m.a. framangreindu verður ráðið að ráðstafanir til að vernda opinbera tungu stefna að lögmætu markmiði til að takmarka fjórfrelsið en gæta verður þess að ekki sé gengið lengra en nauðsyn krefur. Aðildarríkja njóta þó viðtæks svigrúms vegna þess að málefnið heyrir undir 2. mgr. 4. gr. SESB.

²¹¹ Dómur 16. apríl 2013 í máli C-202/11. ECLI:EU:C:2013:239.

²¹² mgr. 26–27.

²¹³ Dómur 7. september 2022 í máli C-391/2020. ECLI:EU:C:2022:638.

²¹⁴ mgr. 67–68.

²¹⁵ mgr. 69.

²¹⁶ mgr. 83.

²¹⁷ mgr. 84.

²¹⁸ Dómur 5. mars 2009 í máli C-222/07. ECLI:EU:C:2009:124.

²¹⁹ mgr. 27.

²²⁰ mgr. 40.

Stjórnarform

Stjórnarform ríkis felst í stjórnskipulegu og stjórnámálalegu grunnskipulagi þess. Í samræmi við það hefur Dómstóll ESB talið að lýðveldi sem stjórnarform heyri undir 2. mgr. 4. gr. SESB. Sjá í þessu samhengi *Sayn-Wittgenstein*²²¹ og *Bogendorff von Wolffersdorff*.²²² Í þessu sambandi verður að hafa í huga að 2. mgr. 4. gr. SESB verndar ekki hvaða stjórnarform sem er. Eins og forsaga ákvæðisins gefur til kynna, sem og sameiginleg gildi sambandsins í 2. gr. SESB, byggja aðildarríkin á lýðræðislegu stjórnarformi. Stjórnarform verður því að vera lýðræðislegt.

Sjálfstjórn svæðis eða ekki innan aðildarríkis

Ákvæði 2. mgr. 4. gr. SESB vísar beinlínis til svæðisbundinnar og staðbundinnar sjálfstjórnar. Í því felst t.d. að sjálfstjórn sveitarfélaga, eins og sú sem er tryggð í 78. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, rúmast innan ákvæðisins.

Í framkvæmd hefur einnig reynt á það álitaefni, a.m.k. með óbeinum hætti, hvort Sambandinu beri að virða að ákveðnir minnihlutahópar innan aðildarríkis njóta ekki sjálfstjórnar, sbr. *Izsák og Dabis*²²³ og *Rúmenía gegn Framkvæmdastjórninni*.²²⁴ Framangreindir dómar eru ekki ótvíræðir en þeir benda til þess að innra skipulag ríkis, m.t.t. stöðu sjálfstjórnar minnihlutahópa, geti rúmast innan ákvæðisins.

Innra skipulag valdheimilda og stofnana ríkis

Auk þess hefur Evrópudómstóllinn talið að innra skipulag ríkja á valdheimildum og stofnunum séu málefni sem heyra undir þau. Sjá í þessu sambandi *Digibet og Albers*²²⁵ en af honum leiðir að skipting valdheimilda milli fylkja eða svæða innan sambandsríkis nýtur verndar 2. mgr. 4. gr. SESB. Sjá einnig *Remondis*²²⁶ en af honum leiðir að skipting verkefna og valdheimilda milli stjórnvalda nýtur verndar 2. mgr. 4. gr. SESB, þ.á m. breytingar á skiptingunni. Einnig hefur reynt á þá stöðu þegar valdheimild hefur verið framseld til Sambandsins, sbr. *Moreira*.²²⁷

²²¹ Dómur 22. desember 2010 í máli C-208/09. ECLI:EU:C:2010:806.

²²² Dómur 2. júní 2016 í máli C-438/14.

²²³ Dómur 7. mars 2019 í máli C-420/16 P.

²²⁴ Dómur 20. janúar 2022 í máli C-899/19 P. ECLI:EU:C:2022:41.

²²⁵ Dómur 12. júní 2014 í máli C-156/13. ECLI:EU:C:2014:1756.

²²⁶ Dómur 21. desember 2016 í máli C-51/15. ECLI:EU:C:2016:985.

²²⁷ Dómur 13. júní 2019 í máli C-317/18. ECLI:EU:C:2019:499.

Fjölskyldumálefni og málefni persónulegs eðlis

Nokkuð hefur reynt á 2. mgr. 4. gr. SESB í tengslum við fjölskyldurétt og málefni persónulegs eðlis, s.s. í tengslum við LGBTI+-réttindi. Meðal lykildóma í því sambandi eru *Coman*,²²⁸ *V.M.A./„Pancharevo“*²²⁹ og *Mazowiecki*.²³⁰ Af framangreindum dómum verður ráðið að ýmis málefni í fjölskyldurétti og sem varða persónulega stöðu einstaklinga, s.s. um hvort einstaklingar af sama kyni geti gengið í hjónaband og verið foreldrar barns, heyra undir valdheimildir aðildarríkjanna. Engu að síður geta ákveðnar skyldur leitt af ESB-rétti, s.s. þær sem tengjast réttindum evrópskra ríkisborgara, sem aðildarríkjum ber að virða. Dómstóllinn hefur ekki talið að það brjóti í bága við 2. mgr. 4. gr. SESB að viðurkenna hjúskap eða stöðu einstaklinga sem foreldra, þegar hana leiðir af landslögum annars aðildarríkis, þegar kemur að því að tryggja að þeir einstaklingar geti nýtt rétt sinn til frjálsrar farar sem evrópskir ríkisborgarar samhliða því að njóta fjölskyldulífs sem hefur skapast í öðru aðildarríki. Eftir sem áður sé aðildarríkjanna að ákveða hvernig þau háttu þessum málefnum í landslögum sínum.

Þjóðaröryggi

Í 2. mgr. 4. gr. SESB er beinlínis vísað í þjóðaröryggi sem og að það sé einvörðungu á ábyrgð aðildarríkjanna.²³¹ Í þessu felst að valdheimildir til að vernda þjóðaröryggi eru í höndum aðildarríkjanna. Að því sögðu geta reglur ESB-réttar snert málefni sem varða þjóðaröryggi, hvort sem það eru grunnreglur sáttmálanna eða afleiddar gerðir sem hafa verið settar með stoð í valdheimildum sem Sambandinu hafa verið veittar. Þegar svo háttar til leiðir af 2. mgr. 4. gr. að ESB ber að virða framangreint hlutverk ríkisins.

Dómstóll ESB hefur ekki fallist á að aðildarríki geti einhliða vikið sér undan skuldbindingum sínum í þágu þjóðaröryggis nema þegar þau geti undirbyggt það með nægilega skýrum hætti að slíkir hagsmunir séu í húfi. Sjá í þessu sambandi málið ZZ,²³² *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*²³³

²²⁸ Dómur 5. júní 2018 í máli C-673/16. ECLI:EU:C:2018:385.

²²⁹ Dómur 14. desember 2021 í máli C-490/20. ECLI:EU:C:2021:1008.

²³⁰ Dómur 25. nóvember 2025 í máli C-713/23. ECLI:EU:C:2025:917.

²³¹ Jafnframt er vikið að þjóðaröryggi eða öryggi í öðrum ákvæðum SSESB, sjá einkum 72. gr. og 1. mgr. 346. gr. (sbr. 4. kafla). Í tengslum við fyrra ákvæðið er vakin athygli á dómi 30. júní 2022 í máli C-72/22 *PPU*. ECLI:EU:C:2022:505, þar sem Dómstóll ESB taldi að tilskipun 2013/32 um hælisleitendur ætti við þó að lýst hefði verið yfir neyðarástandi vegna komu útlendinga til landsins.

²³² Dómur 4. júní 2013 í máli C-300/11. ECLI:EU:C:2013:363.

²³³ Dómur 15. desember 2009 í máli C-387/05. ECLI:EU:C:2009:781.

og *Framkvæmdastjórnin gegn Póllandi o.fl.* en þar er einnig tekið fram að ákvæði 72. gr. SSESB beri að túlka þröngt.²³⁴

Þá hefur Dómstóll ESB ekki talið nægilegt að vísa einvörðungu með almennum hætti í þjóðaröryggi til að réttlæta frávik frá tilskipun. Sjá í því sambandi t.d. *Framkvæmdastjórnin gegn Ungverjalandi*.²³⁵

Í málum varðandi Frakkland og Belgíu, *La Quadrature du Net o.fl.*, er einnig að finna umfjöllun um þjóðaröryggi.²³⁶ Þar reyndi á skyldu sem var lögð á fjarskiptafyrirtæki að geyma tilteknar fjarskiptaupplýsingar í þágu m.a. þjóðaröryggis. Evrópudómstóllinn taldi að skyldan félli undir gildissvið tilskipunar 2002/58 og tók síðan fram að 2. mgr. 4. gr. SESB kæmi ekki í veg fyrir þá niðurstöðu. Í framhaldinu sagði (á ensku):

„Indeed, according to the Court’s settled case-law, although it is for the Member States to define their essential security interests and to adopt appropriate measures to ensure their internal and external security, the mere fact that a national measure has been taken for the purpose of protecting national security cannot render EU law inapplicable and exempt the Member States from their obligation to comply with the law [...].“²³⁷

Þannig taldi dómstóllinn að það eitt að málefni snerti þjóðaröryggi útilokaði ekki gildissvið reglna ESB-réttar. Í tengslum við mat á því hvort heimilt væri að skerða grundvallarréttindi einstaklinga vísaði dómstóllinn á ný til 2. mgr. 4. gr. með eftirfarandi orðum (á ensku):

„[...] that Article 4(2) TEU provides that national security remains the sole responsibility of each Member State. That responsibility corresponds to the primary interest in the protecting the essential functions of the State and the fundamental interests of society and encompasses the prevention and the punishment of activities capable of seriously destabilising the fundamental constitutional, political, economic and social structures of a

²³⁴ Dómur 2. apríl 2020 í málum C-715/17, C-718/17 og C-719/17, mgr. 143–144. ECLI:EU:C:2020:257.

²³⁵ Dómur 17. desember 2020 í máli C-808/18, mgr. 261. ECLI:EU:C:2020:1029.

²³⁶ Dómur 6. október 2020 í málum C-511/2018, C-512/2018 og C-520/2018. ECLI:EU:C:2020:791.

²³⁷ mgr. 99.

country, and, in particular, of directly threatening society, the population or the State itself, such as terrorist activities.”²³⁸

Af framangreindu verður ráðið að þjóðaröryggi tengist náið öðrum lykilhlutverkum ríkja og varði m.a. aðgerðir sem geta grafið undan grunnskipulagi ríkisins á alvarlegan hátt, sérstaklega með því að beinlínis ógna samfélaginu, almenningi eða ríkinu sjálfu en dæmi um slíkar aðgerðir eru hryðjuverk. Í framhaldinu undirstrikaði dómstóllinn að mikilvægi markmiðsins, þ.e. þjóðaröryggis, leiði til þess að unnt sé að ganga lengra í að takmarka réttindi enda séu ógnir við þjóðaröryggi almennt alvarlegri og annars eðlis en aðrar ógnir við almannaoöryggi.²³⁹ Dómstóllinn komst síðan að þeirri niðurstöðu að landslög á borð við þau sem um ræddi, sem væru í þágu þjóðaröryggis, gætu verið sett svo lengi sem það væri alvarleg ógn við þjóðaröryggi sem væri unnt að sýna fram á að væri raunveruleg og í gildi eða fyrirsjáanleg.²⁴⁰ Aðgerðir þyrftu þó að vera afmarkaðar.²⁴¹ Til samanburðar voru önnur markmið, s.s. almannaoöryggi, talin geta réttlætt minna inngríp í réttindi. Mikilvægi markmiðsins hefur því áhrif á hve mikið inngríp er réttlætanlegt. Sambærilega umfjöllun um 2. mgr. 4. gr. er að finna í *Privacy International*.²⁴²

Af framangreindu leiðir að það er aðildarríkjanna að grípa til aðgerða til að vernda innra og ytra öryggi þeirra. Þótt aðgerð sé í þágu þjóðaröryggis þýðir það eitt og sér ekki að reglur ESB-réttar gildi ekki. Engu að síður ber ESB að virða þetta lykilhlutverk ríkisins. Þegar aðildarríki bera fyrir sig þjóðaröryggi er ekki nægilegt að vísa með almennum eða órökstuddum hætti í slíkar ógnir heldur verður að sýna fram á að þær séu raunverulegar og í gildi eða fyrirsjáanlegar og nægilega alvarlegar. Slíkar ógnir geta vegið þungt og réttlætt meiri takmarkanir á grundvallarréttindum.

²³⁸ mgr. 135.

²³⁹ mgr. 136.

²⁴⁰ mgr. 137.

²⁴¹ mgr. 138 og 151.

²⁴² Dómur 6. október 2020 í máli C-623/17, mgr. 49 og 74–75. ECLI:EU:C:2020:790.

Aðgangur að stétt lögmanna og dómsvaldið

Enn fremur hefur reynt á 2. mgr. 4. gr. SESB í tengslum við afleiddar gerðir sem varða aðgang að lögmannastéttinni, þ.e. lögmannsréttindi, og dómsvaldið en ekki var fallist á að skyldan hefði verið brotin í eftirfarandi málum. Sjá í þessu samhengi *Torresi*²⁴³ og *O'Brien*.²⁴⁴

Þjóðfáninn í Evrópuþinginu

Þá hefur reynt á 2. mgr. 4. gr. SESB í máli þar sem þingmenn Evrópuþingsins settu þjóðfánann í púlt í Evrópuþinginu, sbr. *Riviére*.²⁴⁵

Mannréttindi

Því hefur verið velt upp hvort sýn aðildarríkis á vernd mannréttinda falli undir 2. mgr. 4. gr. SESB. Ekki var þó fallist á að aðildarríki gæti látið hjá líða að beita reglum ESB-réttar með vísan til strangari mannréttindaverndar í landsrétti en Evrópurétti í *Melloni*. Sú vernd gildi þegar ekki reyndi á reglur Evrópuréttar.²⁴⁶

Sumir fræðimenn hafa talið að *Omega Spielhallen*²⁴⁷ sé dæmi um þjóðarauðkenni en virðing fyrir mannlegri reisu skipar grundvallarsess í þýskri stjórnskipun, sbr. 1. gr. stjórnarskrárinnar.²⁴⁸ Ekki var þó vísað beint í það sem er nú 2. mgr. 4. gr. SESB í dóminum. Nú er vísað í mannlega reisu í 1. gr. Mannréttindaskrárinnar.

Í *Grogan*²⁴⁹ var þungunarrof gegn endurgjaldi talið verið þjónusta í skilningi frjáls flæðis þjónustu samkvæmt 56. gr. SSESB. Hið sama átti þó ekki við um að veita upplýsingar um slíka þjónustu án endurgjalds. Sumir fræðimenn hafa talið að dómurinn byggi á sjónarmiðum sem eru nátengd þjóðarauðkenni en kveðið er á um málefnið í írsku stjórnarskránni.

²⁴³ Dómur 17. júlí 2014 í málum C-58/13 og C-59/13. ECLI:EU:C:2014:2088.

²⁴⁴ Dómur 1. mars 2012 í máli C-393/10. ECLI:EU:C:2012:110.

²⁴⁵ Dómur 14. desember 2023 í máli C-767/21 P. ECLI:EU:C:2023:987.

²⁴⁶ Dómur 26. febrúar 2013 í máli C-399/11. ECLI:EU:C:2013:107.

²⁴⁷ Dómur 14. október 2004 í máli C-36/02. ECLI:EU:C:2004:614.

²⁴⁸ mgr. 33–34.

²⁴⁹ Dómur 4. október 1991 í máli C-159/90. ECLI:EU:C:1991:378.

Eins og vikið var að hér að framan verður efalaust að meta þau atriði sem reyni á í þessu sambandi með atviksbundnum hætti. Þá verður að gera greinarmun á því hvort sambærileg mannréttindi njóti verndar í ESB-rétti og því reyni aðeins á innbyrðis samræmi réttarheimilda í því réttarkerfi eða hvort ráðstöfun sé í þágu mannréttinda í landsrétti og sé ætlað að mynda eins konar lögmætt markmið takmarkana á réttindum ESB-réttar.

5.7 Stjórnskipulegt auðkenni

Eins og komið var inn á framarlega í kaflanum hafa landsdómstólar í sumum aðildarríkjum talið að stjórnskipun þeirra hafi ákveðið auðkenni (e. *constitutional identity*) sem ekki sé unnt að takmarka eða víkja frá. Það setji takmörk á framsal ríkisvalds til ESB. Þýski stjórnlagadómstóllinn hefur leitt þá þróun en stjórnlagadómstólar í sumum öðrum aðildarríkjum hafa fylgt henni.²⁵⁰ Þannig hefur verið talið að stjórnskipun aðildarríkjanna setji framsali ríkisvalds og þar með áhrifum ESB-réttar í landsrétti ákveðin takmörk og að það sé landsdómstóla, s.s. stjórnlagadómstóls viðkomandi ríkis, að meta hvort gætt hafi verið að þeim mörkum (e. *identity review*).²⁵¹

Í ljósi afmörkunar á álitsgerðinni verður ekki fjallað nánar um þá nálgun og tengsla hennar við forgangsáhrif ESB-réttar enda væri það efni í sjálfstæða álitsgerð. Aðeins verður getið þess að fari svo að Ísland gerist aðili að ESB mun reyna á hvort íslenskir dómstólar telji rétt að fara sambærilega leið og t.d. þýski stjórnlagadómstóllinn. Í því sambandi kynni að vera ástæða til þess að huga að því hvort sníða ætti ákvæði um framsal ríkisvalds með framangreint í huga, verði ráðist í slíkar breytingar á stjórnarskránni.

5.8 Samantekið

Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. SESB ber ESB að virða þjóðarauðkenni, sem felast í stjórnskipulegu og stjórnmalalegu grunnskipulagi, og lykilhlutverk ríkja, m.a. varðandi vernd landsvæðis og innra og ytra öryggi. Þá er þjóðaröryggi einvörðungu á ábyrgð aðildarríkis. Þó að margt sé á huldu um

²⁵⁰ Sjá t.d. Pietro Faraguna, „On the Identity Clause and Its Abuses: „Back to the Treaty“.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., bls. 435 o.áfr. og Mattias Wendel, „The Fog of Identity and Judicial Contestation.“ *European Public Law* 27. bindi, 3. tbl., t.d. bls. 465 o.áfr.

²⁵¹ Sjá t.d. BverfGe, 2 BvE 2/08, 30. júní 2009.

ákvæðið og dómaframkvæmd sé enn í móttun felst í því að ESB sætir takmörkun við beitingu valdheimilda sinna. Þá geta markmið sem falla undir ákvæðið talist vera lögmæt markmið sem geta réttlætt frávík frá grunnreglum sáttmálanna og grundvallarréttindum sé meðalhófs gætt. Við það mat getur sú staðreynd að markmiðið lýtur að þjóðarauðkenni eða lykilhlutverk ríkja haft áhrif á meðalhófsmatið og það svigrúm sem ríki er veitt.

Ekki er loka fyrir það skotið að einhverjar ráðstafanir varðandi t.d. orkumálefni sem eru mikilvægar fyrir innra og ytra öryggi aðildarríkis geti rúmast innan ákvæðisins. Slíkar ráðstafanir gætu því falið í sér réttlætanleg frávík frá grunnreglum sáttmálanna og grundvallarréttindum. Þá er ekki hægt að útiloka að afleidd gerð gæti brotið í bága við 2. mgr. 4. gr. SESB og þar með verið ógildanleg að hluta eða í heild þótt efalaust þurfi töluvert mikið að koma til í því sambandi. Ekki er nóg að vísa aðeins með almennum eða órökstuddum hætti til t.d. þjóðaröryggis heldur verður að vera unnt að undirbyggja á nægjanlegan hátt að slík ógn sé raunveruleg og í gildi eða fyrirsjáanleg og nægilega alvarleg. Ráðstafanir sem varða raunverulegar og alvarlegar ógnir við þjóðaröryggi geta leitt til meiri takmarkana á grunnreglum sáttmálanna og grundvallarréttindum.

Ekki verður ráðið af dómaframkvæmd hingað til að ráðstafanir varðandi náttúruauðlindir falli undir þjóðarauðkenni en slík auðkenni eru, sem fyrr greinir, bundin við þau sem felast í stjórnskipulegu og stjórnmalalegu grunnskipulagi ríkis. Mögulega væri unnt að gera ákveðin atriði að slíku auðkenni með því að stjórnarskrárbinda þau. Hafa verður þó í huga að ekki allt sem kemur fram í stjórnarskrám aðildarríkjanna rúmast innan ákvæðisins.²⁵²

Að lokum var bent á nálgun landsdómstóla sumra aðildarríkja sem hafa afmarkað stjórnskipulegt auðkenni og þau mörk sem þau setja framsali ríkisvalds til ESB og áhrifa ESB-réttar innan landsréttar. Enn fremur var vakin athygli á möguleikanum á að sníða stjórnarskrárákvæði um framsal ríkisvalds með það í huga.

²⁵² Sjá t.d. Sarah Schoenmaekers, „The Identification of National Identity in EU Law: A Venn Diagramming Exercise.“ *Europarättslig Tidskrift* 2024, nr. 2, bls. 245.

II. hluti: Sérstakar valdheimildir og reglur

6. Forræði yfir orkuauðlindinni

6.1. Inngangur

Lengi vel voru orkumál ekki hluti af innri markaði ESB enda flest orkufyrirtæki í aðildarríkjunum í ríkiseigu. Þetta átti eftir að breytast og á árunum í kringum 1990 var á vettvangi ESB mikil umræða um að frjáls markaður og frjáls samkeppni á sviði orkumála myndi leiða til aukinnar skilvirkni og lægri kostnaðar fyrir neytendur.²⁵³ Um svipað leyti féllu fyrstu dómar Dómstóls ESB sem staðfestu að samkeppnisreglur og innri markaðslöggjöfin gilda um orkumál.²⁵⁴ Frá þessum tíma hafa verið settir fjórir orkupakkar sem hafa það að markmiði að búa til frjálsa og opna orkumarkaði þar sem samkeppni ríkir.²⁵⁵

Með *fyrsta orkupakkanum* steig Evrópusambandið fyrsta skrefið í að skapa virkan orkumarkað, m.a. með samþykkt samningsbundins eða lögbundins aðgangs þriðja aðila að raforku- og gasnetum. Árið 2003 var *annar orkupakki* ESB samþykktur. Markmið hans var að hraða þróun samkeppnismarkaða fyrir gas og raforku. Löggjöfin hafði m.a. að geyma ákvæði um landsbundin eftirlitsstjórnvöld á orkumarkaði, lögbundinn aðgang þriðja aðila að netum og stafrænan og lagalegan aðskilnað, sem og að skapa regluverk fyrir samtengingar yfir landamæri. *Þriðji orkupakki* ESB var samþykktur árið 2009.²⁵⁶ Hann fól í sér fjölda nýrra reglna og innihélt tilskipanir um innri markað fyrir raforku og gas með reglum um eignarlegan aðskilnað (e.

²⁵³ Kim Talus og Pami Aalto, *Competences in EU energy policy*, í Research Handbook on EU Energy Law and Policy, 1. kafli.

²⁵⁴ Sjá nánari umfjöllun í Kaisa Huhta, The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector, bls. 995–996. Sjá t.d. dóma Dómstóls ESB C-72/83 *Campus Oil* EU:C:1984:256; C-347/88 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi* EU: C:1990:470; C-398/98 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi* EU:C:2001:565; og C-573/12 *Álands Vindkraft* EU: C:2014:2037.

²⁵⁵ Tina Soliman Hunter og Ignacio Herrera Anchustegui, *Ernst, are you kidding me? Reflections about Norwegian energy law by non-Norwegian energy lawyers*, í bókinni Fakultetsbyggjar, vestlending og verdsborgar: Festskrift til Ernst Nordtveit 70 ár. Útg. Cappelen Damm Akademi, kafli 2.2.

²⁵⁶ Þriðji orkupakkinn frá árinu 2009 samanstendur af fimm lagagerðum sem miðuðu að aukinni samkeppni og frekari opnun innri orkumarkaðar ESB. Þær eru: Raforkutillskipunin 2009/72/EB, raforkureglugerðin (EB) 714/2009, gasmarkaðstillskipunin 2009/73/EB, gasmarkaðsreglugerðin (EB) 715/2009 og ACER-reglugerðin (EB) 713/2009 um stofnun Samstarfsstofnunar orkueftirlitsaðila (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER).

ownership unbundling) og auknar heimildir eftirlitsaðila í viðkomandi aðildarríki, reglugerðir um aðgang að raforku- og gasnetum og um stofnun nýrrar orkueftirlitsstofnunar á vettvangi ESB: Orkueftirlitsstofnunar Evrópu (e. *Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER*). *Fjórði orkupakkinn*, sem gengur undir nafninu *hreinorkupakkinn* (e. *Clean Energy Package*), var samþykktur 2018/2019 og byggir á sama markmiði og fyrri orkupakkar.

Fram að gildistöku Lissabon-sáttmálans árið 2009 var orkulöggjöf að meginstefnu sett á grundvelli 114. gr. SSESb, sem veitir stofnunum ESB heimild til að setja löggjöf til að ná markmiðum hins innri markaðar. Lög um innri markaðinn falla undir gildissvið EES-samningsins og voru 1.–3. *orkupakkarnir* því teknir upp í samninginn og innleiddir í íslenskan rétt. Tilskipanir og reglugerðir um orkunýtni og endurnýjanlega orku á árunum 2001 til 2009 voru þó settar á grundvelli 192. gr. SSESb (áður 175. gr. EB-samningsins) sem veitir lagastoð fyrir setningu afleiddrar löggjafar á sviði umhverfismála.²⁵⁷ Þær gerðir falla einnig undir gildissvið EES-samningsins.²⁵⁸

Með Lissabon-sáttmálanum 2009 var ESB í fyrsta sinn veitt sérstök og skýr lagastoð fyrir sameiginlega orkustefnu ESB, sbr. 194. gr. SSESb. *Fjórði orkupakkinn/hreinorkupakkinn* var að meginstefnu fyrsta orkulöggjöfin sem sett var á grundvelli þessa ákvæðis.²⁵⁹ Sú löggjöf sem hann hefur að geyma hefur verið merkt „EES-tæk“ og er nú í upptökuferli á vettvangi Sameiginlegu EES-nefndarinnar eða hefur nú þegar verið tekin upp í samninginn.²⁶⁰

Líkt og við á um aðra markaði gilda samkeppnisákvæði SSESb og EES-samningsins²⁶¹ og reglur um ríkisaðstoð²⁶² um orkumarkaðinn. Þá gildir einnig meginreglan um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis og reglurnar um frjálst flæði vara, fólks, þjónustu og fjármagns bæði á

²⁵⁷ Kaisa Huhta, „The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector“, bls. 996–997.

²⁵⁸ Sjá t.d. tilskipun 2003/87/EB um að koma á fót kerfi fyrir viðskipti með heimildir til losunar gróðurhúsalofttegunda innan Bandalagsins. Tilskipunin var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 146/2007 frá 26. október 2007.

²⁵⁹ Eftirfarandi löggjöf tilheyrir fjórða orkupakkanum, ekki er þó um tæmandi upptalningu að ræða: Reglugerð ESB 2019/943 um innri markað raforku; tilskipun ESB 2019/944 um sameiginlegar reglur fyrir innri markað raforku; reglugerð 2019/942 um ACER (Orkueftirlitsstofnun ESB) og reglugerð ESB 2019/941 um viðbúnað vegna áhættu í raforkugeiranum.

²⁶⁰ Sbr. RED II, EPBD II og EED II.

²⁶¹ Sbr. 101.–102. gr. SSESb og 53.–54. gr. EES-samningsins.

²⁶² Sbr. 107. gr. SSESb og 61. gr. EES-samningsins.

grundvelli SSES og EES-samningsins.²⁶³ Þetta þýðir t.d. að óheimilt er að mismuna íslenskum ríkisborgara og ríkisborgara frá öðru EES/EFTA-ríki eða ESB-ríki að því er varðar kaup einkaaðila á orkufyrirtækjum eða annars konar nýtingu orkuauðlinda hér á landi. Má í þessu sambandi t.d. vísa til 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991, eins og þeim var breytt með lögum nr. 46/1996, en í ákvæðinu segir:

„Íslenskir ríkisborgarar og aðrir íslenskir aðilar mega einir eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota. Sama á við um fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu. *Sama rétt hafa einstaklingar sem búsettir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið*, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum og lögaðilar sem heimilisfastir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum.“ (Skáletrun bætt við.)

Í athugasemd í greinargerð með ákvæðinu segir að með þessu sé fyrst og fremst verið að hrinda í framkvæmd ákvæðum EES-samningsins um rétt aðila á EES-svæðinu til að fjárfesta í þessum greinum hér á landi. Þannig séu felldar brott skorður við möguleikum aðila á EES-svæðinu til að eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita hér á landi eða stunda orkuvinnslu eða orkudreifingu. Séu þannig tekin af öll tvímæli um að erlendum aðila, sem öðlast eignar- og afnotarétt yfir fasteign samkvæmt ákvæðum laga um eignarrétt og afnotarétt fasteigna, sé heimilt að nýta jarðhita til beinnar notkunar í atvinnustarfsemi sinni.

Eins og nánar er rakið í 3. kafla er aðildarríkjum hins vegar heimilt að haga málum með þeim hætti að orkuinnviðir séu í eigu hins opinbera. Gegnir hið opinbera raunar veigamiklu hlutverki á þessu sviði í mörgum ESB- og EES/EFTA-ríkjum.²⁶⁴ Á það einnig við hér á landi og þannig eru t.d. Landsvirkjun, Orkuveita Reykjavíkur og Landsnet í opinberri eigu. Því til viðbótar er forræði opinberra aðila á ákveðnum auðlindum lögfest og óheimilt að framselja þau til einkaaðila, sbr. t.d.

²⁶³ Sbr. 18. gr. SSES og 4. gr. EES-samningsins (bann við mismunun), 30. gr. SSES og 10. gr. EES-samningsins (frjálst flæði vara), 45. gr. SSES og 28. gr. EES-samningsins (frjálst flæði launþega), 49. gr. SSES og 31. gr. EES-samningsins (staðfesturéttur), 56. gr. SSES og 36. gr. EES-samningsins (frjálst flæði þjónustu) og 63. gr. SSES og 40. gr. EES-samningsins (frjálst flæði fjármagns).

²⁶⁴ Kim Talus, *Introduction to EU Energy Law*. Oxford University Press, 2016, bls. 6.

1. mgr. 16. gr. vatnalaga nr. 15/1923 og 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 14. gr. raforkulaga nr. 65/2003.²⁶⁵ *Rétt er að árétta að ekki felst í ofangreindri löggjöf neins konar framsal á orkuauðlindum til ESB. Auðlindin sjálf og arður af henni er í höndum aðildarríkjanna eða eftir atvikum einkaaðila.*²⁶⁶

6.2 Nánar um ákvæði 1. og 2. mgr. 194. gr. SSES

ESB deilir valdheimildum með aðildarríkjunum á sviði orkumála.²⁶⁷ Í samræmi við *meginregluna um veittar valdheimildir*, sbr. 2. mgr. 5. gr. SSES, hefur ESB einungis valdheimildir innan ramma þeirra skilyrða sem fram koma í fyrrgreindri 1. mgr. 194. gr., en þar segir:

„1. Með tilliti til stofnunar og starfsemi innri markaðarins og með skírskotun til þarfarinnar á að varðveita og bæta umhverfið skal stefna Sambandsins í orkumálum miða að því, í anda samstöðu meðal aðildarríkjanna, að:

- a) tryggja starfsemi orkumarkaðarins,
- b) tryggja öryggi í orkuafhendingu í Sambandinu,
- c) auka orkunýtni og orkusparnað og stuðla að þróun nýrra og endurnýjanlegra orkugjafa og
- d) stuðla að samtengingu orkuneta.“

ESB hefur í samræmi við ofangreint einungis heimild til að setja afleidda löggjöf til að ná þeim markmiðum sem talin eru upp í 1. mgr. 194. gr., þ.e. að tryggja starfsemi orkumarkaðarins, tryggja öryggi í orkuafhendingu, auka orkunýtni og orkusparnað og stuðla að þróun nýrra og endurnýjanlegra orkugjafa og loks stuðla að samtengingu orkuneta. Þá verður sú löggjöf sem sett er á grundvelli ákvæðisins að taka „tillit til stofnunar og starfsemi innri markaðarins“.²⁶⁸ Afleidd

²⁶⁵ Í 1. mgr. 16. gr. vatnalaga nr. 15/1923 segir: Ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum sem alfarið eru í eigu þeirra er óheimilt að framselja beint eða óbeint og með varanlegum hætti rétt til umráða og hagnýtingar á því vatni sem hefur að geyma virkjanlegt afl umfram 10 MW. Í 1. mgr. 8. gr. raforkulaga nr. 65/2003 segir: Eitt fyrirtæki skal annast flutning raforku og kerfisstjórnun samkvæmt ákvæðum þessa kafla. Fyrirtækið skal vera hlutafélag. Flutningsfyrirtækið skal vera í beinni eigu íslenska ríkisins og/eða sveitarfélaga. Í 2. mgr. 14. gr. sömu laga segir: Dreifiveita skal ávallt vera í meirihluta eigu ríkis, sveitarfélaga og/eða fyrirtækja sem eru alfarið í eigu þessara aðila.

²⁶⁶ Í þessu sambandi má árétta fyrrnefnda þjóðréttarvenju um varanlegt fullveldi ríkja yfir náttúruauðlindum sem á rætur að rekja til ályktunar allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna nr. 1803 (XVII) frá árinu 1962.

²⁶⁷ Sbr. i-lið 2. mgr. 4. gr. SSES.

²⁶⁸ Kristín Haraldsdóttir, „The Limits of EU Competence to Regulate Conditions for Exploitation of Energy Resources: Analysis of Article 194(2) TFEU“. *European Energy and Environmental Law Review*, desember 2014, bls. 210.

löggjöf á sviði orkumála er sett í samræmi við svokallaða almenna lagasetningarmeðferð (e. *ordinary legislative procedure*). Samkvæmt henni þarf aukinn meiri hluti aðildarríkja ESB að samþykkja löggjöfina á vettvangi ráðsins, sbr. 289. og 294. gr. SSES. Aukinn meiri hluti felur í sér a.m.k. 55% aðildarríkja og 65% íbúa ESB, sbr. 4. mgr. 16. gr. SESB. Ákvæði 194. gr. er eini lagagrundvöllurinn þegar um er að ræða beina eftirfylgni þeirra markmiða sem felast í orkustefnu ESB.²⁶⁹ Afleidd löggjöf sem sett er til að ná umhverfismarkmiði ESB, sbr. 191. gr. SSES, m.a. að vinna gegn loftslagsbreytingum, verður hins vegar að setja með stoð í 192. gr. SSES.²⁷⁰

Orkumál eru eðli málsins samkvæmt mikilvæg fyrir aðildarríkin. Þau vildu því tryggja að ekki færi á milli mála að þau ákveði sjálf með hvaða skilyrðum orkulindir þeirra eru nýttar, hvaða orkugjafa þau velja og tilhögun orkuafhendingar. Aðildarríkin samþykktu því að sérstaklega væri tekið fram í 2. mgr. 194. gr. SSES að valdheimildir ESB á sviði orkumála væru takmarkaðar í samræmi við eftirfarandi:

„Slíkar ráðstafanir mega ekki hafa áhrif á rétt aðildarríkis til að ákvarða með hvaða skilyrðum orkulindir þess eru nýttar, hvaða orkugjafa það velur og almenna tilhögun orkuafhendingar, sbr. þó c-lið 2. mgr. 192. gr.“²⁷¹

Ákvæðið er sett til að tryggja aðildarríkjum ESB rétt til að ákvarða nýtingu náttúruauðlinda sinna.²⁷² Fyrirvarinn um að ekki megi hafa áhrif á hvaða orkugjafa (t.d. kjarnorku, kol eða endurnýjanlega orkugjafa) aðildarríki velur hefur mikla pólitíska þýðingu og er sérstaklega mikilvægt fyrir ríki sem reiða sig á kjarnorku eins og t.d. Frakkland eða kol eins og t.d. Pólland.

²⁶⁹ Kaisa Huhta, „The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector“, bls. 999.

²⁷⁰ Í 1. mgr. 191. gr. SSES segir: „1. Stefna Sambandsins í umhverfismálum skal stuðla að því að eftirfarandi markmiðum verði náð: - að varðveita, vernda og bæta gæði umhverfisins, - að vernda heilsu manna, - að náttúruauðlindir séu nýttar af varúð og skynsemi - að ráðstafanir séu gerðar á alþjóðavettvangi til að taka á svæðisbundnum eða alþjóðlegum umhverfissvanda, og einkum til að vinna gegn loftslagsbreytingum.“

²⁷¹ Einungis er unnt að byggja á ofangreindri undanþágu frá 1. mgr. 194. gr. ef lagastoð afleiddar löggjafar er 194. gr. SSES en ekki ef löggjöfin er sett á grundvelli 192. gr. SSES. Þessi túlkun var staðfest af Dómstól ESB í máli T-370/11 *Pólland gegn Framkvæmdastjórninni* EU:T:2013:113, þar sem Pólland byggði á 2. mgr. 194. gr. til að krefjast ógildingar á ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar og hélt því fram að hún takmarkaði þau landsréttindi sem vernduð eru samkvæmt 2. mgr. 194. gr. Hins vegar hafnaði dómstóllinn málatilbúnaði Póllands á þeim grundvelli að hin umdeilda ráðstöfun hefði verið samþykkt á grundvelli 192. gr. og gæti því sætt þeim takmörkunum sem mælt er fyrir um í því ákvæði, en ekki þeim takmörkunum sem leiði af 2. mgr. 194. gr. SSES.

²⁷² Kristín Haraldsdóttir, „The Limits of EU Competence to Regulate Conditions for Exploitation of Energy Resources: Analysis of Article 194(2) TFEU“. *European Energy and Environmental Law Review*, desember 2014, bls. 214.

Tilgangur ákvæðisins er að koma í veg fyrir að ESB geti, með auknum meiri hluta, þvingað ríki til að t.d. hætta með kjarnorku eða loka kolaverum. Sjá í þessu samhengi einnig vindorku. Í dómi Dómstóls ESB í máli C-594/18 var staðfest með vísan til 2. mgr. 194. gr. SSESB að Bretland hefði rétt til að ákveða hvaða orkugjafa það notar og var því heimilt að veita byggingu kjarnorkuvera ríkisaðstoð.²⁷³

Bent hefur verið á nokkrar mismunandi aðferðir við að túlka ákvæði 2. mgr. 194. gr. SSESB. Flestum fræðimönnum þykir ólíklegt að ákvæðið yrði túlkað með þeim hætti að ráðstafanir ESB mættu á engan hátt hafa áhrif á orkuréttindi aðildarríkjanna þar sem það myndi leiða til þess að valdheimildir ESB á sviði orkumála yrðu afar takmarkaðar.²⁷⁴ Er því t.a.m. líklegt að skuldbindingar aðildarríkja ESB á sviði loftslagsmála hafi áhrif á túlkun ákvæðisins, þá að því leyti að setja megí afleidda löggjöf sem stuðli að aukinni notkun endurnýjanlegra orkugjafa. Löggjöf sem hefur það markmið að draga úr notkun jarðefnaeldsneytis yrði því væntanlega talin samrýmast ákvæði 2. mgr. 194. gr. SSESB. Hins vegar myndi löggjöf sem bannaði kjarnorku eða kol vera ósamrýmanleg ákvæðinu.²⁷⁵

Önnur leið til að túlka ákvæðið er að ráðstafanir ESB megí ekki hafa „veruleg áhrif“ á orkuréttindi aðildarríkjanna. Hvergi í ákvæðinu sjálfu er þó vísað til slíkra viðmiðunarmarka í fyrirvaranum.²⁷⁶ Þriðja túlkunin er sú að ráðstafanir ESB megí ekki hafa áhrif á réttindi aðildarríkjanna á sviði orkumála nema öll aðildarríkin samþykki það. Þessi túlkun gæti falið í sér undanþáguheimild (e. *opt-out*) eða neitunarvald fyrir ákveðin ríki, en þó þannig að áfram væri mögulegt að styðjast við orkuákvæði sáttmálans sem lagagrundvöll fyrir orkulöggjöf sem hefði áhrif á réttindi aðildarríkjanna á sviði orkumála. Samkvæmt þessari túlkun gæti fyrirvarinn gert aðildarríki kleift að standa utan við ákvæði sem fellur undir 2. mgr. 194. gr. SSESB, án þess þó að hindra setningu slíks ákvæðis á grundvelli orkuákvæða sáttmálans.²⁷⁷

²⁷³ Mál C-594/18 P *Austurríki gegn Framkvæmdastjórninni* EU:C:2020:742.

²⁷⁴ Sjá t.d. Kaisa Huhta, „The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector“, bls. 1006 og Kristín Haraldsdóttir, „The Limits of EU Competence to Regulate Conditions for Exploitation of Energy Resources: Analysis of Article 194(2) TFEU“, bls. 217–218.

²⁷⁵ Kaisa Huhta, „The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector“, bls. 1008.

²⁷⁶ Johnston og van der Marel, „Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision, and in particular the Meaning of Article 194(2) TFEU“. *European Energy and Environmental Law Review* 2013, bls. 181–183.

²⁷⁷ *Ibid*, bls. 190–192.

Óháð því hver af ofangreindum kenningum um túlkun ákvæðisins yrði fyrir valinu er ljóst að ekki felst í ákvæði d-liðar 1. mgr. 194. gr., sbr. og 2. mgr. ákvæðisins, heimild fyrir ESB til að leggja samtengil (t.d. sæstreng) í óþökk aðildarríkis til annarra aðildarríkja ESB eða skipa aðildarríki að leggja slíkan samtengil til að tengjast innri raforkumarkaði ESB. Hefur enda engin afleidd löggjöf verið sett sem felur í sér slíka skyldu. Þó er ljóst að ESB hefur mikinn áhuga á uppbyggingu samtengds innri raforkumarkaðar með það að markmiði að tryggja orkuöryggi aðildarríkja.

Þannig segir t.d. í 3. mgr. 1. gr. raforkutilskipunar (ESB) 2019/944 að aðildarríkin skuli vinna saman að uppbyggingu fullkomlega samtengds innri raforkumarkaðar. Þá segir í 1. mgr. 3. gr. raforkutilskipunarinnar að aðildarríkin eigi að tryggja „að landsréttur þeirra hamli ekki með ótilhlýðilegum hætti viðskiptum yfir landamæri með raforku, ... eða nýjum samtenglum á milli aðildarríkja ...“ Í framangreindu felst að lagt er að aðildarríkjunum að vinna saman að því að koma á fót samtengdum raforkumarkaði. Ekki er hins vegar um að ræða skyldu fyrir þau að leggja nýjan samtengil og tengjast þannig innri raforkumarkaði ESB. Þá ber að líta til þess að hér er um að ræða tilskipun en ekki reglugerð en sú síðarnefnda hefur bein réttaráhrif í aðildarríkjunum ESB. Tilskipanir þurfa aðildarríki ESB hins vegar að innleiða í landsrétt sinn með þeim hætti að markmið þeirra náist. Þá skiptir einnig miklu máli að raforkutilskipunin er sett með stoð í 2. mgr. 194. gr. SSESB en sem fyrr segir felst ekki í ákvæðinu heimild fyrir ESB að leggja slíka skyldu á aðildarríkin.

Enn fremur hefur Dómstóll ESB aldrei gefið í skyn í dómum sínum að aðildarríki geti verið skylt að leggja samtengil (t.d. raforkustreng eða gasleiðslu) til annarra aðildarríkja til að tengjast innri orkumarkaði ESB.²⁷⁸ Dómstóllinn hefur þvert á móti gert ríkar kröfur til Framkvæmdastjórnar ESB um að virða mörk þess valdframsals sem henni hefur verið veitt á þessu sviði og veitir nýlegur dómur Almenna dómstóls ESB sterka vísbendingu um að valdið til að ákveða nýja/aukna tengingu liggi alfarið hjá aðildarríkjunum. Það sama á við um EES/EFTA-ríkin sem koma til með að falla undir sömu löggjöf. Í sameinuðum *málum T-684/19 og T-704/19* voru atvik málsins þau að ungverska orkueftirlitið og ungverski flutningskerfisrekstraraðilinn kærðu ákvörðun ACER um að samþykkja verkefni sem fól í sér aukna flutningsgetu (e. *incremental capacity project*) fyrir gasleiðslu milli Ungverjalands og Austurríkis, sem var hluti af svonefndu BRUA-verkefni

²⁷⁸ C-848/19 *OPAL pipeline case*.

(Búlgaría–Rúmenía–Ungverjaland–Austurríki). Ákvörðunin byggðist á framkvæmdarreglugerð Framkvæmdastjórnarinnar (ESB) 2017/459 um setningu netreglna um úthlutun flutningsgetu í gasflutningskerfum. Kærendur héldu því fram að Framkvæmdastjórnin hefði farið út fyrir þær valdheimildir sem henni voru fengnar í reglugerðinni þegar hún setti netregluna, og þar af leiðandi hefði ACER ekki getað byggt ákvörðun sína á þeirri reglugerð. Dómstóllinn féllst á þá málsástæðu og lagði áherslu á að Framkvæmdastjórnin sjálf yrði að virða mörk þess valdframsals sem henni hafði verið veitt af löggjafanum. *Það væri fyrst og fremst á valdsviði aðildarríkjanna sjálfra að taka ákvörðun um fjárfestingu og þróun flutningskerfisins.* Hlutverk *European Network of Transmission System Operators for Gas (ENTSOG)* takmarkaðist við að samræma framkvæmd þess valdsviðs og greina hugsanlega skort á fjárfestingum, einkum að því er varðar flutningsgetu yfir landamæri.

Þrátt fyrir að þetta mál hafi snúist um flutning á gasi má ætla að sömu sjónarmið eigi við um flutning raforku.

Þrátt fyrir takmarkaðar valdheimildir ESB að þessu leyti er alveg ljóst að ESB hefur áhuga á samtengingu orkumarkaða með það markmið að tryggja orkuöryggi í aðildarríkjum Sambandsins. Meginreglan um samstöðu í orkumálum (e. *energy solidarity*) fékk aukið vægi í kjölfar innrásarstríðs Rússlands í Úkraínu með tilheyrandi orkukrísu í Evrópu.²⁷⁹ Mörg aðildarríki ESB, auk Noregs, eru tengd inn á innri raforkumarkað ESB. Það á þó ekki við um Ísland sem er landfræðilega langt frá meginlandi Evrópu og því mikil og dýr framkvæmd að tengja Ísland við innri raforkumarkað Evrópu. Slíkt verður að óbreyttu ekki gert nema með samþykki íslenskra stjórnvalda.

²⁷⁹ Sjá Christie Papadopoulou, „A Brief Overview of the Principle of Energy Solidarity in EU law and Its Interplay with Divergent National Strategies of Member States“. *European Papers – A Journal on Law and Integration*, 11. útg., nr. 1, 2026, bls. 33–55.

6.3 Ákvæði c-liðar 192. gr. SSES

Sem fyrr segir er 194. gr. nú eini lagagrundvöllurinn þegar um er að ræða beina eftirfylgni markmiða orkustefnu ESB.²⁸⁰ Afleidd löggjöf sem sett er til að ná umhverfismarkmiði ESB, sbr. 1. mgr. 191. gr. SSES, m.a. til að vinna gegn loftslagsbreytingum verður hins vegar að setja með stoð í 192. gr. SSES. Í 2. mgr. 194. gr. SSES er settur fyrirvari við ákvæðið með vísan til c-liðar 2. mgr. 192. gr.

Afleidd löggjöf á sviði umhverfismála er sem fyrr segir sett í samræmi við svokallaða almenna lagasetningarmeðferð (e. *ordinary legislative procedure*).²⁸¹ Hins vegar þarf einróma samþykki allra aðildarríkja ef afleidd löggjöf varðar ráðstafanir sem m.a. „hafa umtalsverð áhrif á val aðildarríkis milli ólíkra orkugjafa og almenna tilhögun orkuafhendingar“, sbr. c-lið 2. mgr. 192. gr. Þetta er því eins konar „öryggisventill“ fyrir ríkin þegar umhverfislöggjöf hefur áhrif á val milli ólíkra orkugjafa eða almenna tilhögun orkuafhendingar. Fyrirgreint ákvæði hefur þó verið túlkað fremur þröngt.²⁸² Fyrirvarann í 2. mgr. 194. gr. má því túlka sem svo að ef einróma samþykki fæst fyrir ráðstöfunum sem „hafa umtalsverð áhrif á val aðildarríkis milli ólíkra orkugjafa og almenna tilhögun orkuafhendingar“, þá sé slík ráðstöfun heimil, þrátt fyrir að valdsvið ESB sé takmarkað að þessu leyti í ákvæðinu.

6.4 Ákvæði 3. mgr. 194. gr. SSES

Samkvæmt 3. mgr. 194. gr. skal ráðið, í samræmi við sérstaka lagasetningarmeðferð, ákveða einróma, og að höfðu samráði við Evrópuþingið, ráðstafanir sem um getur í henni þegar þær varða

²⁸⁰ Kaisa Huhta, „The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the energy sector“, bls. 999.

²⁸¹ Sbr. 1. mgr. 192. gr. SSES.

²⁸² Sjá t.d. C-5/16 *Pólland gegn Evrópuþinginu og Ráðinu*. Pólland hélt því m.a. fram að markaðsstöðugleikavarsjóðurinn (e. *Market Stability Reserve*) í ETS-kerfinu hefði svo veruleg áhrif á kolanotkun og orkukerfi landsins að beita hefði átt c-lið 2. mgr. 192. gr. SSES sem krefst einróma samþykkis sem lagagrundvallar, fremur en 1. mgr. 192. gr. Pólland taldi að hækkun á verði losunarheimilda myndi gera kolaorku dýrari og þar með neyða landið til breytinga á orkukerfi sínu, sem á þeim tíma byggðist mjög á kolum. Dómstóllinn hafnaði þessu hins vegar. Hann taldi að áhrifin á orkustefnu Póllands væru aðeins óbein afleiðing af ETS-kerfinu. Megintilgangur ráðstöfunarinnar væri ekki að stýra vali aðildarríkja á orkugjöfum heldur að bæta virkni ETS-kerfisins og stuðla að markmiðum ESB um samdrátt í losun gróðurhúsalofttegunda. Því væri rétt að byggja ákvörðunina á 1. mgr. 192. gr. SSES, sem fellur undir almenna lagasetningarmeðferð með auknum meiri hluta, en ekki á c-lið 2. mgr. 192. gr., sem hefði kallað á einróma samþykki.

einkum skattalega þætti. Sem dæmi um afleidda löggjöf sem varðar skattalega þætti á sviði orkumála má nefna Energy Taxation Directive 2003/96/EC (hefur ekki verið þýdd á íslensku). Tilskipunin kveður á um lágmarksskattlagningu á eldsneyti, bensín, dísil, kol, gas, raforku o.fl.; hún er lykilstoð í samræmingu orkuskatta innan innri markaðarins og felur í sér skattalega hvata til orkuskipta.

Mikilvægt er að ítreka að við setningu slíkrar löggjafar er stuðst við sérstaka lagasetningarmeðferð sem kveður á um einróma samþykki í ráðinu. Þessu er ætlað að tryggja að skattamál haldist undir stjórn aðildarríkjanna.²⁸³ Skattamál falla ekki undir gildissvið EES-samningsins og hefur fyrrgreind tilskipun, þ.e. svokölluð Energy Taxation Directive, því ekki verið tekin upp í EES-samninginn.

6.5 Orkulöggjöf ESB innan eða utan gildissviðs EES-samningsins?

Eins og áður hefur komið fram voru *1., 2. og 3. orkupakkarnir* settir á grundvelli 114. gr. SSESB, sem veitir stofnunum ESB heimild til að setja löggjöf til að ná markmiðum hins innri markaðar. Löggjöfin féll því undir gildissvið EES-samningsins og hefur verið tekin upp í samninginn og innleidd í íslenskan rétt, eftir atvikum með *sérstökum aðlögunum*. Löggjöf sú sem í daglegu máli er kölluð *hreinorkupakkinn (fjórði orkupakkinn)* var sett á grundvelli 194. gr. SSESB og er í ákvæðinu vísað til „stofnunar og starfsemi innri markaðarins“ enda meginmarkmiðið að koma á fót innri raforkumarkaði. Hefur því löggjöf sett með stoð í 1. mgr. 194. gr. að meginstefnu verið talin falla undir gildissvið EES-samningsins, sbr. og 24. gr. EES-samningsins.²⁸⁴ Löggjöfin er enn í upptökuferli en þó hefur hluti hennar þegar verið tekin upp í EES-samninginn. Með vísan til framangreinds þarf ekki að koma á óvart að í skýrslu norska utanríkisráðuneytisins frá 2016 komi eftirfarandi fram: „Norway is fully integrated into the internal energy market under the EEA Agreement.“²⁸⁵

²⁸³ Kim Talus og Pami Aalto, *Competences in EU energy policy*, 3. kafli.

²⁸⁴ Í 24. gr. samningsins segir: „Sérstök ákvæði og fyrirkomulag varðandi orkumál er að finna í IV. viðauka.“

²⁸⁵ Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Norway and the EU (2016), bls. 20. Sjá frekari umfjöllun í Tina Soliman Hunter og Ignacio Herrera Anchustegui, Ernst, are you kidding me? Reflections about Norwegian energy law by non-Norwegian energy lawyers, kafli 2.1.

Skattlagning á sviði orkumála heyrir þó ekki undir gildissvið EES-samningsins og var því t.d. tilskipunin, sem nefnd var að ofan, svokölluð Energy Taxation Directive 2003/96/EC ekki tekin upp í EES-samninginn. Þá hefur ESB sett reglugerðir með stoð í 122. gr. SSESB sem fjallar um neyðarráðstafanir.²⁸⁶ Þær voru ekki taldar falla undir gildissvið EES-samningsins.

6.6 Undanþágur vegna séraðstæðna

Ísland hefur fengið undanþágur á grundvelli EES-samningsins á þessu sviði, frá ákveðnum gerðum/hluta gerða vegna ýmissa séraðstæðna á Íslandi, t.d. þar sem Ísland er ekki með markað fyrir jarðgas og þar sem hlutfall endurnýjanlegra orkugjafa í hitun húsnæðis er miklu hærra en í öðrum löndum á hinu Evrópska efnahagssvæði. Telja verður líklegt að Ísland myndi krefjast þess að fá sömu undanþágur áfram ef til aðildarviðræðna kæmi, sbr. álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026. Byggjast þær enda á einstakri stöðu Íslands á sviði orkumála.

6.7 Helstu niðurstöður

Meginmarkmið orkustefnu ESB er að koma á fót samkeppnishæfum innri markaði með orku, tryggja orkuöryggi og stuðla að sjálfbærni. Yfirráð yfir auðlindinni í hverju aðildarríki fyrir sig og ávinningur af henni er hins vegar í höndum aðildarríkjanna sjálfra.

Aðildarríkjum ESB er heimilt að haga málum með þeim hætti að orkuinnviðir séu í eigu hins opinbera og aðildarríkin hafa því val um það hvort orkuauðlindir þeirra séu í opinberri eigu eða einkaeigu. Velji þau að hafa þær að hluta eða í heild í einkaeigu verða þau að virða meginreglur ESB-réttar. Þetta þýðir t.d. að óheimilt er að mismuna íslenskum ríkisborgara og ríkisborgara frá öðru EES/EFTA-ríki eða ESB-ríki að því er varðar kaup einkaaðila á orkufyrirtækjum eða annars konar nýtingu orkuauðlinda hér á landi.

Orkulöggjöf ESB fellur undir gildissvið EES-samningsins að öðru leyti en að því er varðar álagningu orkuskatta. Í þeim málaflokki þarf þó einróma samþykki fyrir setningu afleiddrar

²⁸⁶ Neyðarreglur settar vegna orkukrísunnar 2022–2023: Neyðarreglugerð ESB 2022/1854 vegna hárra raforkuverða og neyðarreglugerð ESB 2022/2577 um hraðari leyfisveitingar fyrir endurnýjanlega orku.

löggjafar. *Innganga Íslands í ESB myndi því hafa óveruleg áhrif á orkulöggjöfina hér á landi þar sem Ísland er nú þegar aðili að henni að öllu verulegu leyti.* Hafa þannig allir fyrri orkupakkar ESB verið teknir upp í EES-samninginn og innleiddir í íslenskan rétt. *Hreinorkupakkinn (fjórði orkupakkinn)* er nú í upptökuferli á vettvangi Sameiginlegu EES-nefndarinnar en þó hefur hluti hennar þegar verið tekinn upp í EES-samninginn.

Orkumál eru eðli málsins samkvæmt mikilvæg fyrir aðildarríkin. Þau vildu því tryggja að ekki færi á milli mála að þau ákveði sjálf með hvaða skilyrðum orkulindir þeirra eru nýttar, hvaða orkugjafa þau velja og tilhögun orkuafhendingar, sbr. 2. mgr. 194. gr. SSES. Með vísan til framangreinds ákvæðis, auk d-liðar 1. mgr. 194. gr. SSES, verður ESB ekki talið vera með heimild til að leggja samtengil (t.d. sæstreng) í óþökk aðildarríkis til annarra aðildarríkja ESB eða skipa aðildarríki að leggja slíkan samtengil til að tengjast innri raforkumarkaði Sambandsins. Hefur enda engin afleidd löggjöf verið sett sem felur í sér slíka skyldu. Því til viðbótar veitir nýlegur dómur Almenna dómstóls ESB (sameinuð mál *T-684/19* og *T-704/19*) vísbendingu um að valdið til að ákveða nýja/aukna tengingu milli aðildarríkja ESB, og því einnig EES/EFTA-ríkjanna, liggi alfarið hjá aðildarríkjunum.

Þrátt fyrir takmarkaðar valdheimildir ESB að þessu leyti er alveg ljóst að ESB hefur áhuga á samtengingu orkumarkaða með það að markmiði að tryggja orkuöryggi í aðildarríkjum Sambandsins. Fékk meginreglan um samstöðu í orkumálum (e. *energy solidarity*) aukið vægi í kjölfar innrásarstríðs Rússlands í Úkraínu með tilheyrandi orkukreppu í Evrópu.

Þá er þess getið að Ísland hefur farið fram á og fengið, á grundvelli EES-samningsins, undanþágur frá ákveðnum gerðum eða hluta þeirra. Þær byggjast á einstakri stöðu Íslands á sviði orkumála. Telja verður líklegt að Ísland myndi krefjast þess að fá sömu undanþágur áfram ef til aðildarviðræðna kæmi.

7. Sameiginleg sjávarútvegsstefna ESB og reglur innri markaðarins með sjávarafurðir

7.1 Inngangur

Eftir að ríki um allan heim fóru að færa fiskveiðilögsögu sína út í 200 sjómílar mótaði Evrópubandalagið (síðar ESB) nýtt og heildstætt kerfi um stjórnun fiskveiða innan þessara hafsvæða. Árið 1983 var samþykkt fyrsta heildstæða sameiginlega sjávarútvegsstefna Bandalagsins. Þá voru m.a. festar í sessi þær reglur sem eru enn í dag hornsteinn stefnunnar:

- reglan um hlutfallslegan stöðugleika (e. relative stability),
- árleg ákvörðun um heildarafla (TAC),²⁸⁷,
- skipting aflaheimilda milli aðildarríkja,
- verndarráðstafanir fyrir fiskistofna.

Reglugerð (ESB) nr. 1380/2013 um sameiginlegu sjávarútvegsstefnuna var samþykkt með heimild í 2. mgr. 43. gr. SSESB. Hún er enn grundvallarlöggjöf stefnunnar.

ESB fer með óskiptar valdheimildir að því er varðar „varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins“, og eru ákvarðanir þar um teknar á vettvangi Ráðsins, sem samanstendur af ráðherrum aðildarríkja ESB.²⁸⁸ Í þessu felst einnig óskipt valdheimild til að gera alþjóðasamninga til að stuðla að fyrrgreindu markmiði. ESB hefur því einkarétt til að gera samninga um stjórnun eða nýtingu deilistofna við ríki utan ESB, sbr. t.d. samninga ESB við Ísland, Noreg, Færeyjar og Bretland að því er varðar nýtingu deilistofna.²⁸⁹ Loks fer ESB með óskiptar valdheimildir til að leggja á tolla við innflutning á vörum til ESB frá þriðju ríkjum, þ.m.t. á innflutning sjávarafurða.²⁹⁰

²⁸⁷ Sbr. d-lið 2. mgr. 4. gr. og d-lið 1. mgr. 3. gr. SSESB.

²⁸⁸ Sbr. d-lið 1. mgr. 3. gr. SSESB. Sjá einnig mál 804/79 *Framkvæmdastjórnin gegn Bretlandi*.

²⁸⁹ Robin R. Churchill og Daniel Owen: *The EC Common Fisheries Policy*, Oxford University Press, 2010, bls. 300–398.

²⁹⁰ Sbr. a-lið 1. mgr. 3. gr. SSESB.

Að því er varðar önnur atriði sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar fara ESB og aðildarríki þess með sameiginlegar valdheimildir.²⁹¹ Þar undir falla m.a. alþjóðasamningar, að öðru leyti en að ofan greinir, og sem dæmi hefur ESB sjálft, ásamt öllum aðildarríkjum þess, gerst aðili að úthafsveiðisamningnum og Hafréttarsamningi Sameinuðu þjóðanna.²⁹² Þessu til viðbótar fara ESB og aðildarríki þess með sameiginlegar valdheimildir til að koma á fót sameiginlegu markaðskerfi fyrir landbúnaðarafurðir, þ.m.t. sjávarafurðir. Gert er ráð fyrir samræmdum ráðstöfunum á sviði rannsókna og starfsmenntunar, auk styrkveitinga til að ná þeim markmiðum sem kveðið er á um í 39. gr. SSESB.²⁹³ Loks er um að ræða sameiginlegar valdheimildir að því er varðar viðskipti með sjávarafurðir á milli aðildarríkja ESB, sem eru hluti af reglum innri markaðarins, þ.e. frjálsum vöruviðskiptum.²⁹⁴

Rétt er að nefna að aðildarríki ESB gegna lykilhlutverki við framkvæmd sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar og fara á grundvelli hennar með margs konar valdheimildir. Má þar t.d. nefna að aðildarríkin setja tilteknar verndar- og stjórnunarráðstafanir gagnvart skipum sem sigla undir fána þeirra, að því tilskildu að þær séu í samræmi við markmið sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar og séu a.m.k. jafn strangar og reglur ESB.²⁹⁵ Þá er það áfram á valdi aðildarríkjanna að ákveða hvaða skip mega sigla undir fána aðildarríkis en þó er óheimilt að setja skilyrði sem brjóta í bága við reglur Evrópuréttar. Auk þess geta þau, við ákveðnar aðstæður, gripið til ráðstafana, t.d. til verndar og stýringar, innan 12 sjómílna landhelgi sinnar²⁹⁶ og tekið þátt í svæðisbundinni stjórnun með því að leggja fram sameiginlegar tillögur um verndarráðstafanir.²⁹⁷ Aðildarríkin ákveða áfram hvernig þeim fiskveiðikvótum sem þeim er úthlutað af ESB er ráðstafað

²⁹¹ Sbr. d-lið 2. mgr. 4. gr. SSESB.

²⁹² Sjá VI. hluta reglugerðar (ESB) nr. 1380/2013 og Robin R. Churchill og Daniel Owen: *The EC Common Fisheries Policy*, bls. 396.

²⁹³ Sbr. 1. mgr. 38. gr., og 40.–42. gr. SSESB. Sjá nánari umfjöllun í Robin R. Churchill og Daniel Owen: *The EC Common Fisheries Policy*, bls. 401–460. Þess má geta að Evrópski haf-, fiskveiði- og fiskeldissjóðurinn (e. *European Maritime, Fisheries and Aquaculture Fund, EMFAF*) er helsta fjármögnunartæki ESB á þessu sviði á tímabilinu 2021–2027. EMFAF styður m.a. við sjálfbæra nýtingu sjávarauðlinda, framkvæmd sameiginlegu fiskveiðistefnunnar, eflingu samkeppnishæfni sjávarútvegs og fiskeldis, þróun strandbyggða sem byggja afkomu sína á sjávarútvegi og bætta söfnun gagna, eftirlit og framkvæmd fiskveiðireglna. Jafnframt styður sjóðurinn við markmið Evrópska græna sáttmálans og umskipti greinarinnar í átt að sjálfbærari og kolefnissnauðari starfsháttum.

²⁹⁴ Sbr. 28. gr. SSESB. Sjá nánari umfjöllun í Robin R. Churchill og Daniel Owen: *The EC Common Fisheries Policy*, bls. 461–504.

²⁹⁵ Sbr. 19. gr. reglugerðar nr. 1380/2013.

²⁹⁶ Sbr. 20. gr. reglugerðar nr. 1380/2013.

²⁹⁷ Sbr. 18. gr. reglugerðar nr. 1380/2013.

til einstakra skipa sem sigla undir fána þeirra.²⁹⁸ Aðildarríki ESB hafa því fullt forræði á því að ákveða hvernig úthlutuðum veiðiheimildum er skipt innanlands, en samkvæmt 17. gr. reglugerðar nr. 1380/2013 skulu þær ákvarðanir engu að síður byggja á gagnsæjum og hlutlægum sjónarmiðum, sem geta verið tengd við umhverfisleg, samfélagsleg eða efnahagsleg sjónarmið, sem jafnframt geta m.a. lotið að því að styrkja viðskipti í heimabyggð (e. *contribution to the local economy*). Ef Ísland gerðist aðili að sameiginlegu sjávarútvegsstefnunni, án sérstakrar undanþágu, myndu íslensk stjórnvöld engu að síður sjálf ákveða hvernig veiðiheimildunum yrði skipt á milli íslenskra fiskiskipa. Væri því eftir sem áður hægt að byggja íslenskt fiskveiðistjórnunarkerfi á íslenska kvótakerfinu. Þá geta aðildarríki skipt á fiskveiðikvótum sín á milli.²⁹⁹

Hér á eftir verður stiklað á stóru um þá þætti hinnar sameiginlegu sjávarútvegsstefnu ESB sem kæmu helst til skoðunar í aðildarviðræðum Íslands við ESB, ef af þeim yrði.

7.2 Úthlutun veiðiheimilda og hlutfallslegur stöðugleiki

Eins og áður hefur komið fram fara ESB og aðildarríki þess með óskiptar valdheimildir að því er varðar varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins innan ramma sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar.³⁰⁰ Markmiðið er að stuðla að sjálfbærri nýtingu auðlinda hafsins.³⁰¹ Lykilþáttur þess er úthlutun Ráðsins á veiðiheimildum til aðildarríkjanna að fengnum tillögum Framkvæmdastjórnarinnar.³⁰² Ákvörðun um heildarafla er byggð á vísindaráðgjöf og leggja aðildarríkin til gögn til að byggja vísindaráðgjöfina á.³⁰³ Gögnin eru send til vinnuhópa hjá Alþjóðhafrannsóknaráðinu (ICES) sem framkvæmir sjálfstætt mat og gefur út ráðgjöf.³⁰⁴ Framkvæmdastjórn ESB byggir tillögur sínar um úthlutun veiðiheimilda almennt á þeirri ráðgjöf. Ráðið tekur síðan endanlega ákvörðun um úthlutun veiðiheimilda, sbr. 3. mgr. 43. gr. SSESB. Við þá árlegu úthlutun er einnig horft til langtímastjórnunaráætlana (e. *multiannual plans*), en sú áætlun

²⁹⁸ Sbr. 6. mgr. 16. gr. reglugerðar nr. 1380/2013.

²⁹⁹ Sbr. 8. mgr. 16. gr. reglugerðar nr. 1380/2013.

³⁰⁰ Sbr. d-lið 2. mgr. 4. gr. og d-lið 1. mgr. 3. gr. SSESB.

³⁰¹ Robin R. Churchill og Daniel Owen: *The EC Common Fisheries Policy*, bls. 76.

³⁰² Sbr. 3. mgr. 43. gr. SSESB.

³⁰³ Sbr. c-lið 3. gr. og 25. gr. reglugerðar 1380/2013.

³⁰⁴ Samkvæmt reglugerðinni eiga ákvarðanir um heildarafla að byggja á bestu fyrirbyggjandi vísindalegu ráðgjöf en ekki er talað um ákveðna stofnun sem á að fara með það hlutverk. Í framkvæmd hefur það verið ICES sem fer með þetta hlutverk.

skal byggjast á vísindalegri, tæknilegri og efnahagslegri ráðgjöf og miða að sjálfbærri nýtingu fiskistofna.³⁰⁵

Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 1380/2013 er meginreglan sú að fiskveiðiskip ESB skuli hafa jafnan aðgang að hafsvæðum og auðlindum á öllum hafsvæðum. Þó er aðildarríkjum heimilt að takmarka þann aðgang innan 12 sjómílna landhelgi.³⁰⁶ Meginreglan um jafnan aðgang hefur þó í raun takmörkuð áhrif þar sem enginn hefur rétt til að veiða í fiskveiðilögsögu annars ríkis nema að hafa fengið úthlutað veiðiheimildum til slíkra veiða.

Reglan um hlutfallslegan stöðugleika (e. *relative stability*) hefur verið hornsteinn sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar í yfir 40 ár, frá árinu 1983. Er nú kveðið á um hana í 16. gr. reglugerðar nr. 1380/2013. Hún felur í sér að þegar ESB ákveður árlegan leyfilegan heildarafla (*TAC*) fyrir tiltekinn fiskistofn er honum skipt milli aðildarríkjanna samkvæmt fyrirfram ákveðnum hlutdeildum, sem byggjast einkum á:

- sögulegum veiðum,
- þörfum svæða sem eru sérstaklega háð sjávarútvegi
- og ákveðnum svæðisbundnum sjónarmiðum.

Þetta þýðir að ef heildarkvóti fyrir ákveðinn stofn hækkar eða lækkar helst hlutfall hvers ríkis að jafnaði óbreytt. Reglan á þó ekki við þegar nýjum fiskveiðiréttindum er úthlutað. Í slíkum tilvikum skal Ráðið við ákvörðun um heildarafla taka tillit til hagsmuna sérhvers aðildarríkis.

Þetta ákvæði skiptir miklu máli varðandi hagsmuni Íslands. Þannig liggur fyrir að ekkert aðildarríki ESB hefur stundað veiðar í staðbundnum íslenskum stofnum á Íslandsmiðum um

³⁰⁵ Sbr. 9. gr. reglugerðar (ESB) nr. 1380/2013.

³⁰⁶ Sbr. 2. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar. Þá eru í 3. mgr. 5. gr. ESB samþykktar sérstakar verndarráðstafanir sem heimila ákveðnum svæðum sem kveðið er á um í 349. gr. SSES (t.d. Madeira og Kanaríeyjar) að takmarka aðgang fiskiskipa frá öðrum ESB-ríkjum innan 100 sjómílna. Er um að ræða tímabundnar heimildir en þær voru nú síðast framlengdar til loka árs 2032.

áratugaskeið.³⁰⁷ Hér undir falla m.a. íslenski þorsstofninn, ýsa og ufsi á Íslandsmiðum. Ef Ísland gerðist aðili að sameiginlegu sjávarútvegsstefnunni án sérstakrar undanþágu mætti að óbreyttu ætla að ekkert aðildarríki fengi úthlutað veiðiheimildum í staðbundnum íslenskum stofnum. Öðru máli gegnir um deilistofna og miðað við álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026 myndu aðildarviðræður miða að því að ná sem bestum samningum að því er þá varðar. Undir deilistofna falla m.a. makrill, kolmunni og norsk-íslenski síldarstofninn.³⁰⁸

Í aðildarviðræðum Noregs, Svíþjóðar og Finnlands við ESB árið 1994 voru hlutdeildir þessara landa af leyfilegum hámarksafla (*TAC*) í hinum ýmsu veiðistofnum tilgreindar í sjálfum aðildarsáttmálanum, bæði sem fastur kvóti og hlutdeild.³⁰⁹ Færu íslensk stjórnvöld fram á að svipuð leið yrði farin að því er varðar hlutdeild í deilistofnum á Íslandsmiðum yrði að gæta þess sérstaklega að hlutdeild Íslands í deilistofnum héldist, jafnvel þó að reglunni um hlutfallslegan stöðugleika yrði á einhverjum tímapunkti breytt á vettvangi Sambandsins.

7.3 Tollfrelsi með sjávarafurðir

Þar sem ESB er tollabandalag fer ESB með óskiptar valdheimildir til að ákveða innflutningstolla gagnvart þriðju ríkjum.³¹⁰ Aðildarríkjunum er því óheimilt að leggja sjálfstætt á tolla eða gjöld sem hafa samsvarandi áhrif.³¹¹ Sameiginleg tollskrá ESB (e. *Common Customs Tariff*) tekur einnig til sjávarafurða og er uppfærð árlega. Tollar gagnvart þriðju ríkjum eru almennt hærri á unnum sjávarafurðum en á óunnum, þótt umfang tollverndar ráðist af vöruflokki, upprunareglum og þeim

³⁰⁷ Aðildarviðræður Íslands við ESB, úttekt unnin fyrir Alþýðusamband Íslands, Samtök atvinnulífsins, Viðskiptaráð Íslands og Félag atvinnurekenda, bls. 70.

³⁰⁸ [Would we lose control of our fishing grounds? | Iceland and Europe](https://islandogevropa.is/en/cards/would-we-lose-control-of-fishing-grounds?utm) <https://islandogevropa.is/en/cards/would-we-lose-control-of-fishing-grounds?utm>.

³⁰⁹ Sbr. 44., 94. og 121. gr. aðildarsamnings Noregs, Austurríkis, Finnlands og Svíþjóðar við ESB frá 28. ágúst 1994, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a205862a-c348-11e4-bbe1-01aa75ed71a1/language-en>.

³¹⁰ Með þriðju ríkjum er átt við ríki sem ekki eru aðilar að ESB.

³¹¹ Sbr. 30. gr. og a-lið 1. mgr. 3. gr. SSES.

fríðindum sem leiðir af fríverslunarsamningum eða öðrum sérreglum. ESB hefur gert fríverslunarsamninga við ýmis þriðju ríki sem fela í sér tollfrelsi, lækkun á tollum eða tollkvóta.³¹²

Viðskipti milli aðildarríkja ESB með sjávarafurðir eru tollfrjáls, rétt eins og með aðrar vörur sem eru í frjálsu flæði innan tollabandalags og innri markaðar ESB.³¹³ Fiskur og aðrar sjávarafurðir falla ekki undir frjálst flæði vöruflutninga á grundvelli EES-samningsins heldur er kveðið á um fyrirkomulag þeirra í bókun 9 við EES-samninginn.³¹⁴ Þótt stór hluti íslenskra sjávarafurða njóti tollfríðinda eða tollfrelsis við innflutning til ESB eru ekki allar sjávarafurðir tollfrjálsar. Á grundvelli bókunar 9 og fríverslunarsamnings Íslands og Evrópusambandsins frá 1972 (í þeim tilvikum sem hann veitir betri kjör) hafa tollar verið felldir niður á flestum tegundum hvítfiskafurða (þorskur, ýsa, ufsi og karfi að hluta), auk þess sem veittar hafa verið verulegar tollalækkanir á öðrum fiskafurðum og unnum fiskafurðum.³¹⁵ Sumar mikilvægar fisktegundir njóta þó ekki tollaívilnana á grundvelli bókunar 9, s.s. lax, síld og makrill, sem og falla margar unnar sjávarafurðir ekki undir almennt tollfrelsi.³¹⁶ Markaðsaðgangur fyrir þessar afurðir og fleiri hefur því að verulegu leyti byggst á síðari tvíhliða samningum og tollkvótum, í sumum tilvikum tímabundnum. Ef Ísland gerðist aðili að ESB yrðu tollar á sjávarafurðir felldir niður og yrði Ísland hluti af neti fríverslunarsamninga ESB við þriðju ríki.

7.4 Erlendar fjárfestingar og kvótahopp

Við gerð EES-samningsins var Íslandi veitt sérstök undanþága frá reglum um frjálsa fjármagnsflutninga. Getur Ísland þannig samkvæmt XII. viðauka, lið 1(g), við EES-samninginn áfram viðhaldið þeim takmörkunum sem voru í gildi við undirritun samningsins á sínum tíma, um erlent eignarhald og eignarhald aðila búsettra erlendis í sjávarútvegi og fiskvinnslu. Er hér um að

³¹² Sjá t.d. Robin R. Churchill og Daniel Owen: *The EC Common Fisheries Policy*, bls. 479–488.

³¹³ Sbr. 28. og 30. gr. SSES.

³¹⁴ Sbr. 2. mgr. 8. gr., sbr. 20. gr., EES-samningsins og bókun 9 við samninginn.

³¹⁵ Intra-Nordic Barriers to Seafood Trade TemaNord 2007:546, Nordic Council of Ministers, Kaupmannahöfn 2007 <https://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2%3A701420/FULLTEXT01.pdf?utm>, bls. 19.

³¹⁶ Sjá <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/european-economic-area-eea-agreement?utm> og <https://thefishingdaily.com/icelandic-fishing-industry-news/eu-duty-free-quotas-set-to-boost-icelandic-seafood-exports-from-01-january/?utm>.

ræða undanþágu frá 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga. Að sama skapi er í VIII. viðauka, lið 9, sambærileg undanþága frá reglum um staðfesturétt á þessum sviðum, sbr. 31. gr. EES-samningsins.

Í nefndarálini meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026, með breytingartillögu um tillögu til þingsályktunar um þjóðaratkvæðagreiðslu um framhald viðræðna um aðild Íslands að Evrópusambandinu, kemur fram vilji til að áréttar þessar reglur. Það er undir íslenskum stjórnvöldum komið að halda á lofti áframhaldandi undanþágu að þessu leyti ef til aðildarviðræðna kæmi. Jafnframt segir í álitinu að hvað varðar erlenda fjárfestingu í sjávarútvegi sé það grundvallaratriði að búið verði svo um hnútana „að nýting auðlindarinnar og afrakstur hennar haldist áfram hér á landi“.³¹⁷

Íslenski löggjafinn ákvað á árinu 1996 að heimila óbeina fjárfestingu erlendra aðila í fiskveiðum og fiskvinnslu, með ákveðnum takmörkunum þó. Rétt er að taka fram að Íslandi var ekki skylt að veita þessa heimild. Samkvæmt lögum nr. 34/1991, eins og þeim var breytt með lögum nr. 46/1996, má erlendur eignarhlutur þannig að jafnaði ekki fara yfir 25% af hlutafé eða stofnfé fyrirtækis sem stundar fiskveiðar eða frumvinnslu sjávarafurða, auk þess sem fyrirtækið verður að vera undir íslenskum yfirráðum. Fari eignarhlutur íslensks lögaðila í lögaðila sem stundar veiðar í efnahagslögsögu Íslands eða vinnslu sjávarafurða hér á landi ekki yfir 5% má eignarhlutur erlendra aðila þó vera allt að 33%.³¹⁸ Beinar fjárfestingar erlendra aðila í sjávarútvegi hér á landi eru þó óheimilar.

Ef fjárfestingar erlendra aðila í íslenskum sjávarútvegi yrðu leyfðar, að öllu eða takmörkuðu leyti, þyrfti að skoða gaumgæfilega hvernig mætti tryggja „að nýting auðlindarinnar og afrakstur hennar haldist áfram hér á landi“.

³¹⁷ 157. löggjafarþing 2025–2026. Þingskjal 1183 — 516. mál.

³¹⁸ Sbr. a-lið og i–ii b-liðar 1. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri.

Á níunda og tíunda áratug 20. aldar var svokallað kvótahopp (e. *quota hopping*) talsvert vandamál fyrir einstök ríki ESB og varð sérstaklega Bretland fyrir barðinu á því.³¹⁹ Það er kallað kvótahopp þegar fyrirtæki sem eru í raun erlend eða að stærstum hluta í eigu erlendra aðila skrá fiskveiðiskip sín í einhverju aðildarríki ESB og öðlast þar með ríkisfang þess ríkis fyrir skip sín og þar með hlutdeild í fiskveiðikvóta aðildarríkisins. Segja má að með slíku háttarni séu tengsl rofin á milli landskvóta og efnahagslegra hagsmuna viðkomandi strandríkis.³²⁰ Til að takmarka möguleika spænskra sjómanna á að beita kvótahoppi settu Bretar reglur um að uppfylla þyrfti ákveðin skilyrði um raunveruleg efnahagsleg tengsl (e. *genuine economic link*) við það ríki sem úthlutar kvótanum. Meðal annars var þess krafist að: a) eigendur að fiskiskipum sem sigldu undir breskum fána væru að verulegu leyti breskir, b) stjórn félagsins væri að mestu skipuð Bretum, og c) skipið væri rekið frá Bretlandi.

Spænskir sjómenn höfðuðu mál fyrir breskum dómstól vegna þessa, sem óskaði forúrskurðar Dómstóls ESB. Í C-221/89 *Factortame II* kemur fram að það sé í höndum aðildarríkjanna að ákveða hvaða skilyrði skuli vera uppfyllt svo að skip verði skráð í skipaskrá þeirra og öðlist rétt til að sigla undir fána þeirra. Við beitingu þessarar heimildar verði aðildarríkin þó að fara að reglum ESB-réttar og skilyrði breskra stjórnvalda við skráningu er lutu að þjóðerni, búsetu og lögheimili bryti gegn þeim. Heimilt sé hins vegar að setja það sem skilyrði fyrir skráningu fiskiskips í skipaskrá sína að stjórnun skipsins og ákvörðun um rekstur þess fari fram og sé undir stjórn innan viðkomandi aðildarríkis.

Dómstóll ESB hefur þannig í samræmi við ofangreint viðurkennt að heimilt sé að krefjast þess að skráð fiskiskip hafi „raunveruleg efnahagsleg tengsl“ við fánaríkið þannig að nýting fiskveiðiheimilda skili raunverulegum efnahagslegum ávinningi til þess ríkis sem úthlutað hefur

³¹⁹ Sjá sérstaklega C-213/89 *Factortame* og C-221/89 *Factortame II*.

³²⁰ Sjá t.d. umfjöllun í Aðildarviðræður Íslands við ESB, úttekt unnin fyrir Alþýðusamband Íslands, Samtök atvinnulífsins, Viðskiptaráð Íslands og Félag atvinnurekenda, bls. 74–75.

kvótanum, t.d. með skilyrði um að landa þurfi ákveðnum hluta aflans í höfnum fánaríkisins eða með öðrum hætti.³²¹ Þó væri ekki heimilt að gera kröfu um þjóðerni, búsetu eða lögheimili.

Kröfurnar um raunveruleg efnahagsleg tengsl hafa jafnframt hlotið frekari stuðning í nágildandi 17. gr. reglugerðar nr. 1380/2013, sem að ofan er greint frá, en þar kemur m.a. fram að hægt sé að setja ýmis hlutlæg sjónarmið sem skilyrði fyrir úthlutun kvóta, m.a. bæði efnahags- og samfélagsleg skilyrði, sem og t.d. skilyrði sem lúta að tengslum við byggðir lands.

Undanfarinn aldarfjórðung hefur borið minna á kvótahoppi innan aðildarríkja ESB en á upphafsdögum sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar. Þess í stað hefur framkvæmd sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar í auknum mæli byggst á formlegum kvótaskiptum (e. *quota swapping*) milli aðildarríkja.³²² Kvótaskipti fela í sér að aðildarríki skiptast á hlutum af landskvóta sínum. Almennt er litið svo á að kvótaskipti auki sveigjanleika kerfisins, þar sem þau gera kleift að laga magn veiðiheimilda að raunverulegum veiðiaðstæðum hverju sinni.

Í endurskoðun sameiginlegrar sjávarútvegsstefnu ESB árið 2002 var lögð áhersla á að fiskveiðistjórnun skyldi verða minna miðstýrð. Í samræmi við þessa þróun hefur frumkvæði að kvótaskiptum í auknum mæli færst til atvinnugreinarinnar sjálfrar. Þar áður voru slík kvótaskipti að mestu leyti að frumkvæði stjórnvalda. Stundum kom þó fyrir að stjórnvöld stöðvuðu fyrirhuguð kvótaskipti af ótta við að þau gætu skaðað þjóðarhagsmunum.³²³ Framkvæmdastjórn ESB birtir árlega skýrslur um öll kvótaskiptin sem sýnir að þetta er virkt og reglubundið fyrirkomulag.³²⁴

³²¹ Um frekari umfjöllun vísast t.d. til Ernesto Penas Lado, *The Common Fisheries Policy: The Quest for Sustainability*, Oxford Wiley 2016, bls. 78–80.

³²² Sjá https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries-management/fishing-quotas_en?utm_source=chatgpt.com.

³²³ Sjá nánari umfjöllun í grein Ellen Hoefnagel, Birgit de Vos og Erik Buisman: „Quota swapping, relative stability, and transparency“, *Marine Policy*, útg. 57, júlí 2015, bls. 111–119.

³²⁴ Sjá https://circabc.europa.eu/ui/group/9d6098eb-e128-45ae-a4ca-5703b31d8257/library/2bcbd1b1-521e-48a1-9f82-7d42ad72e475?p=1&n=10&sort=modified_DESC.

7.5 Samningsmarkmið Íslands í sjávarútvegsmálum

Í álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá árinu 2009 var undirstrikað mikilvægi sjávarútvegs fyrir íslenskt efnahagslíf. Þar kom fram að meginmarkmið í aðildarviðræðum við ESB varðandi sjávarútveginn væri forræði yfir sjávarauðlindinni með sjálfbæra nýtingu að leiðarljósi. Í því fælist forræði yfir stjórn veiða og skiptingu aflaheimilda innan íslenskrar efnahagslögsögu.

Í nefndarálit meiri hluta utanríkismálanefndar með breytingartillögu um tillögu til þingsályktunar um þjóðaratkvæðagreiðslu um framhald viðræðna um aðild Íslands að Evrópusambandinu frá 2026, kemur fram að meiri hlutinn telji að raunhæf leið til að tryggja forræði Íslands yfir sjávarauðlindinni innan íslenskrar fiskveiðilögsögu sé að lögsagan verði skilgreind sem sérstakt íslenskt fiskveiðistjórnarsvæði.³²⁵ Þannig verði réttindi ekki til staðar fyrir erlend fiskveiðiskip til veiða innan íslenskrar fiskveiðilögsögu úr staðbundnum íslenskum stofnum. Jafnframt segir í nefndarálitinu að meginregla ESB um hlutfallslegan stöðugleika feli þetta í raun í sér nú þegar en fyllsta ástæða sé til að festa það enn frekar í sessi í aðildarsamningi sem sé frumréttur ESB.

Þá er í nefndarálit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026 ítrekað að afar mikilvægt sé að tryggja hagsmuni Íslands þegar kemur að nýtingu deilistofna og að leitað verði leiða til að tryggja beina aðkomu að samningaferli um deilistofna. Tryggja þurfi að sú hlutdeild sem þegar hefur verið samið um haldist, auk þess sem nauðsynlegt sé að þrýsta á um að samningum verði lokið um aðra stofna. Jafnframt er tekið fram að tækifæri kunni að felast í rétti til veiða úr deilistofnum í lögsögum aðildarríkja ESB, en meginreglan innan ESB er sú að aðildarríkin geta veitt hlutdeild sína úr deilistofnum í lögsögum annarra aðildarríkja.

Loks er í nefndarálit meiri hlutans tekið fram að sú markverða breyting hafi orðið síðan viðræður hófust árið 2009 að fiskeldi hafi stórauðist, bæði á sjó og landi. Markmið um fiskeldi séu í grunninn þau sömu og vegna fiskveiða innan sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar, þ.m.t. sjálfbærni, að auka matvælaframleiðslu og samkeppnishæfni. Aðildarríkin fari hins vegar með allt ákvörðunarvald á þessu sviði. Meiri hlutinn bendir á að það væri til hagsbóta fyrir greinina að

³²⁵ 157. löggjafarþing 2025–2026. Þingskjal 1183 — 516. mál. Síðari umræða.

samhliða aðild myndu tollar til ESB og Bretlands á eldisfisk falla niður, eins og raunar með allar sjávarafurðir, sem m.a. býður upp á aukna möguleika í vinnslu á Íslandi. Þar sem ESB er tollabandalag er ljóst að allir tollar á sjávarafurðir inn á innri markað ESB myndu falla niður yrði Ísland aðili að ESB sem og yrði Ísland hluti af neti fríverslunarsamninga ESB við þriðju ríki.

7.6 Helstu niðurstöður

ESB fer með óskiptar valdheimildir að því er varðar „varðveislu líffræðilegra auðlinda hafsins“ og eru ákvarðanir þar um teknar á vettvangi Ráðsins, sem samanstendur af ráðherrum aðildarríkja ESB. Í þessu felst einnig óskipt valdheimild til að gera alþjóðasamninga til að stuðla að fyrrgreindu markmiði. Þannig hefur ESB einkarétt til að gera samninga um stjórnun eða nýtingu deilistofna við þriðju ríki, sbr. t.d. samning ESB við Ísland, Noreg, Færeyjar og Bretland að því er varðar nýtingu deilistofna. Þá fer ESB með óskiptar valdheimildir til að leggja á tolla við innflutning vara frá þriðju ríkjum, þ.m.t. innflutning sjávarafurða.

Lykilþáttur til að koma í veg fyrir ofveiði og stuðla að sjálfbærni felst í því að Ráðið ákveður árlega leyfilegan hámarksafla aðildarríkjanna. Framkvæmdastjórnin leggur tillögu þess efnis fyrir Ráðið sem byggist á vísindagögnum sem aðildarríkin leggja til.

Hlutfallsleg úthlutun veiðiheimilda er byggð á veiðireynslu. Ef Ísland gerðist aðili að sameiginlegu sjávarútvegsstefnunni, án sérstakrar undanþágu, mætti að óbreyttu ætla að ekkert aðildarríki fengi úthlutað veiðiheimildum í staðbundnum íslenskum stofnum. Öðru máli gegnir um deilistofna og miðað við álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026 myndu aðildarviðræður miða að því að ná sem bestum samningum að því er þá varðar.

Viðskipti milli aðildarríkja ESB með sjávarafurðir eru tollfrjálssar, rétt eins og aðrar vörur sem eru í frjálssu flæði innan tollabandalags og innri markaðar ESB. Fiskur og aðrar sjávarafurðir falla ekki undir frjálst flæði vöruflutninga á grundvelli EES-samningsins, heldur er kveðið á um fyrirkomulag þeirra í bókun 9 við samninginn. Þótt stór hluti íslenskra sjávarafurða njóti

tollfríðinda eða tollfrelsis við innflutning til ESB, á grundvelli fyrrgreindrar bókunar, eru nokkrar mikilvægar fisktegundir þar undanskildar, sem og margar unnar sjávarafurðir. Markaðsaðgangur þessara afurða hefur því að verulegu leyti byggst á síðari tvíhliða samningum og tollkvótum. Ef Ísland gerðist aðili að ESB yrðu tollar á sjávarafurðir felldir niður inn á innri markað ESB sem og yrði Ísland hluti af neti fríverslunarsamninga ESB við þriðju ríki.

Við gerð EES-samningsins var Íslandi veitt sérstök undanþága frá reglum um frjálsa fjármagnsflutninga. Getur Ísland þannig samkvæmt XII. viðauka, lið 1(g), við EES-samninginn áfram viðhaldið þeim takmörkunum sem voru í gildi við undirritun samningsins um erlent eignarhald og eignarhald aðila búsettra erlendis í sjávarútvegi og fiskvinnslu. Það væri undir íslenskum stjórnvöldum komið hvort farið yrði fram á áframhaldandi undanþágu að þessu leyti ef til aðildarviðræðna kæmi.

Ef fjárfestingar erlendra aðila í íslenskum sjávarútvegi yrðu leyfðar, að öllu eða takmörkuðu leyti, þyrfti að skoða gaumgæfilega hvernig mætti tryggja „að nýting auðlindarinnar og afrakstur hennar haldist áfram hér á landi“, eins og fram kemur í álit meiri hluta utanríkismálanefndar frá 2026.

Dómstóll ESB hefur viðurkennt að til að koma megi í veg fyrir svokallað kvótahopp sé heimilt að krefjast þess að skráð fiskiskip hafi „raunveruleg efnahagsleg tengsl“ við fánaríkið þannig að nýting fiskveiðiheimilda skili raunverulegum efnahagslegum ávinningi til þess ríkis sem úthlutað hefur kvótanum. Í *Factortame II* málinu var talið að skilyrði breskra laga um skráningu skipa, er lutu að kröfu um þjóðerni, búsetu eða lögheimili eiganda eða rekstraraðila skipsins stæðust ekki kröfur ESB-réttarins. Kröfurnar um raunveruleg efnahagsleg tengsl hafa hlotið frekari stuðning í nógildandi 17. gr. reglugerðar nr. 1380/2013, en þar kemur m.a. fram að hægt sé að setja ýmis hlutlæg sjónarmið sem skilyrði fyrir úthlutun kvóta, m.a. bæði efnahags- og samfélagsleg skilyrði, sem og t.d. skilyrði sem lúta að tengslum við byggðir lands.

Síðastliðinn rúman aldarfjórðung hefur borið minna á kvótahoppi innan aðildarríkja ESB. Þess í stað hefur framkvæmd sameiginlegu sjávarútvegsstefnunnar í auknum mæli byggst á formlegum kvótaskiptum (e. *quota swapping*) milli aðildarríkja. Kvótaskipti fela í sér að aðildarríki skiptast á hlutum af landskvóta sínum. Almenn er litið svo á að kvótaskipti auki sveigjanleika kerfisins.

III. hluti: Undanþágur í aðildarsamningum

8. Aðildarsamningar og undanþágur – eðli og gildi þeirra að ESB-rétti

8.1 Lagaramminn

Lagaramma aðildarviðræðna er að finna í 49. gr. SESB – og er þetta eina ákvæðið í frumrétti ESB sem varðar aðild og aðildarviðræður. Efni og staða ákvæðisins í sáttmála ESB styður við eðli aðildarsamninga sem þjóðréttarsamninga, sbr. að aðildarsamning beri að fullgilda „í samræmi við stjórnskipunarreglur“ ríkja ESB, og að þeir séu samningur „milli aðildarríkjanna og umsóknarríkis“.³²⁶ Aðildarsamningar eru því þjóðréttarsamningar, sem innan ESB-réttarins hafa í raun „stjórnarskrárgildi“, þar sem þeir eru jafnsettir frumrétti ESB, fela í sér aðlögun við hann og yrði ekki breytt nema með samþykki allra aðila (sjá nánar síðar).³²⁷ Jafnframt ber að nefna að aðildarsamningar eru í raun í ESB-samhengi kallaðir aðildarsáttmálar (e. *Accession Treaties*). Dómstóll ESB hefur ekki valdheimildir til að ógilda ákvæði aðildarsamninga.

Ákvæðið í **49. gr. SESB** afmarkar grundvallarramma aðildarviðræðna, og hljóðar svo:

„Sérhvert Evrópuríki, sem virðir þau gildi sem um getur í 2. gr. og insetur sér að stuðla að þeim, getur sótt um að gerast aðili að Sambandinu. Tilkynna skal Evrópuþinginu og þjóðþingunum um slíka umsókn. Umsóknarríkið skal senda umsókn sína til ráðsins, en það skal taka einróma ákvörðun, að höfðu samráði við framkvæmdastjórnina og að fengnu samþykki Evrópuþingsins með stuðningi meirihluta allra þingmanna. Taka skal tillit til skilyrða sem leiðtogaráðið hefur samþykkt að þurfi að uppfylla vegna aðildar.

Skilmálar aðildar og sú aðlögun á sáttmálunum, sem Sambandið byggir á, sem slík aðild felur í sér, skulu *byggjast á samningi milli aðildarríkjanna og umsóknarríkisins*. Þann

³²⁶ Paul Craig, „EU Membership: Formal and Substantive Dimensions“, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 22(2020), bls. 2–3.

³²⁷ Robert Schütze, *European Constitutional Law*, OUP, (2021), bls. 499.

samning skal leggja fyrir öll samningsríkin til fullgildingar í samræmi við stjórnskipunarreglur sínar.“ (Skáletrun og undirstrikun bætt við.)

Rétt er að geta þess að ekkert í ákvæðinu sjálfu útilokar undanþágur í aðildarsamningum, hvorki tímabundnar né ótímabundnar. Þvert á móti er gengið út frá því að það þurfi að gera samning milli allra aðildarríkja ESB og umsóknarríkisins með skilmálum aðildar og sérstakri aðlögun að sáttmálum ESB.

Samkvæmt ákvæðinu skal bera umsókn upp við ráðherraráðið eins og gert var í tilviki Íslands árið 2009,³²⁸ en í kjölfarið skal leita álits bæði Framkvæmdastjórnar ESB og samþykkis Evrópuþingsins.

Þann 27. júlí 2009 samþykkti ráðherraráðið að óska eftir áliti Framkvæmdastjórnar ESB á umsókn Íslands³²⁹ og birti Framkvæmdastjórnin niðurstöðu sína þann 24. febrúar 2010. Var niðurstaðan sú að Ísland stæðist fyllilega hin svonefndu Kaupmannahafnarskilyrði og hefja ætti aðildarviðræður við Ísland (e. *open accession negotiation with Iceland*).³³⁰ Ísland fékk svo stöðu umsóknarríkis (e. *candidate country*) á grundvelli ályktunar ráðherraráðsins frá 17. júní 2010.³³¹ Þingmenn Evrópuþingsins samþykktu ályktun þann 7. júlí 2010 þar sem ákvörðun Ráðsins var studd. Aðildarviðræður Íslands við ESB-ríkin hófust svo formlega á ríkjaráðstefnu (e. *intergovernmental conference*) í Brussel þann 27. júlí 2010.³³²

Hvað sem líður ólíkum skoðunum á stöðu umsóknar Íslands um aðild að ESB liggur fyrir af hálfu forsvarsmanna ESB að umsóknin sé gild og því þyrfti ekki að endurtaka þetta ferli. Engu að síður verður að ætla að viðræður við aðildarríki ESB á ný hefjist í gegnum ríkjaráðstefnu,

³²⁸ Sjá https://vefsafn.is/is/20160611193125mp_/http://eeas.europa.eu/iceland/iceland_application.pdf

³²⁹ Sjá <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12353-2009-INIT/en/pdf>

³³⁰ Sjá https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_10_186/

³³¹ Sjá https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/council_conclusion_17_june_en.pdf

³³² Sjá <https://www.stjornarradid.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/esb/27072010-esb-statement-en.pdf>

Intergovernmental Summit, eins og gert var síðast. Þar yrði rammi aðildarviðræðnanna lagður. Framkvæmdastjórnin gegnir mikilvægu hlutverki í aðildarviðræðunum, þrátt fyrir að gagnaðilar aðildarsamnings séu ríkin sjálf. Eins og vænta má í slíku samningaferli um þjóðréttarsamning eru samningaviðræðurnar opið ferli og „ekki hægt að tryggja niðurstöðu þeirra fyrirfram“, eins og segir í rammanum frá 2010. Það er því ekki fyrirfram hægt að ganga út frá því að samningar náist – eða að ferlinu verði að ljúka með samningi, þrátt fyrir umsókn um aðild.

Rétt er að geta þess að með Lissabon-sáttmálanum var sett í frumrétt ESB jafnframt sérstakt úrsagnarákvæði, 50. gr. SESB, sem hefur verið byggt á einu sinni, í tilviki útgöngu Bretlands úr ESB (hið svokallaða „Brexit“).³³³

8.2 Undanþágur, sérlausnir, „opt-outs“ og aðrar aðlaganir

Undanþágur og aðrar aðlaganir sem finna má í aðildarsamningum eru af ólíkum toga. Þó að meginreglan sé að stofnsáttmálar ESB og önnur afleidd ESB-löggjöf gildi jafnt og fyrir öll ríkin eru fjöldamörg dæmi um undanþágur frá þeirri reglu, víðs vegar í ESB-réttinum.³³⁴ Reyndar voru undanþágur hluti af stofnsáttmálum ESB (þá EB) þegar í upphafi, en sex af tíu bókunum við Rómarsamninginn höfðu að geyma undanþágur fyrir stofnríkin, flestar á sviði vöruviðskipta og landbúnaðar. Sumar giltu í yfir 30 ár, en aðrar voru ótímabundnar. Þar voru líka nokkur öryggis-/verndarráðstöfunarákvæði (e. *safeguards*).³³⁵

Munur getur verið á undanþágum, eðli þeirra, tímamörkum (tímabundnar/ótímabundnar) og hvar og hvernig gengið er frá þeim í aðildarsamningi. Að sama skapi skiptir gildissvið ESB ávallt máli og hefur áhrif á mótun samningsmarkmiða, líka undanþága (sbr. t.d. og yfirlýsingar – sjá nánar síðar). Er því gildissvið ESB ákveðinn rauður þráður sem gengur í gegnum allt slíkt mat.

³³³ Í ákvæðum 50. gr. SESB segir m.a. að sérhvert aðildarríki geti ákveðið að segja sig úr Sambandinu í samræmi við stjórnskipunarreglur sínar og skuli tilkynna það leiðtogaáráðinu.

³³⁴ Allan Rosas og Lorna Armati, *EU Constitutional Law* (3. útg.), Hart (2022), bls. 110.

³³⁵ Dominik Hanf „Flexibility clauses in the Founding Treaties“ í De Witte o.fl. *The many faces of differentiation in EU law*, Intersentia (2001), bls. 7–9.

Undanþágur (e. *derogations* o.fl.) og sérlausnir (e. *specific/special arrangements*) eru ekki lagalega skilgreind hugtök, en það ræðst af útfærslu í aðildarsamningi hvað um er að ræða. Í ályktun ráðsins frá 2004, í samhengi aðildarviðræðna, er *undanþágum* og *lausnum* í aðildarsamningum lýst með eftirfarandi hætti: „Long transition periods, derogations, specific arrangements or permanent safeguard clauses, i.e. clauses which are permanently available as a basis for safeguard measures, may be considered.“³³⁶

Ætla má að ESB sé opnara fyrir að semja um svokallaðar sérlausnir, sem varða aðstæður sem eru sérstakar hjá umsóknarríki og eiga ekki við önnur ríki, en eitthvað sem kallað væri undanþága, sérstaklega ef um væri að ræða ótímabundna undanþágu frá reglum sem annars öll aðildarríki þurfa að lúta. Sérlausn er engu að síður í eðli sínu undanþága, þó ekki í heiti.

„*Opt-out*“ er hugtak sem hér ber að nefna líka og er í umræðunni oft notað um undanþágur, en nákvæmari og vanalegri notkun hugtaksins er í því samhengi þegar verið er að gera breytingar á stofnsáttmálum ESB, s.s. sammælast um nýjar stefnur eða ákvæði til að uppfæra stofnsáttmálana. Aðstæður gætu verið þannig að ríki sem er þegar aðili að ESB fellir sig ekki við það sem koma skal og fer fram á að „segja sig úr“ stefnunni – vera ekki með. Hugtakið *opt-out* á því betur við í þessu samhengi, heldur en í samhengi aðildarsamninga (hugtakið ekki notað beint í aðildarsamningum). Slík *opt-outs* eru einnig í eðli sínu ótímabundin.

Í *opt-outs* sem ríki ESB hafa samið um við uppfærslur og breytingar á stofnsáttmálum ESB (sem eru orðnar fjölmargar í gegnum tíðina) er jafnframt að finna viðamestu undanþágurnar frá ESB-réttinum, jafnvel frá stefnum í heild sinni, s.s.:³³⁷

Bretar og Írar héldu undanþágum frá Schengen-regluverkinu – er það varð hluti af ESB-rétti.³³⁸

³³⁶ Sjá https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/doc_04_6.

³³⁷ Sjá ítarlegt yfirlit, *Rosas*, bls. 112–120, og *Hanf*, bls. 14–17.

³³⁸ Viðauki 19 við Schengen-regluverkið.

Danmörk samdi um viðamiklar undanþágur í tengslum við Maastricht-sáttmálann og samkvæmt sérstakri bókun við Amsterdam-sáttmálann kemur fram að Danmörk taki ekki þátt í aðgerðum á sviði innanríkis- og dómsmála, sameiginlegu öryggis- og varnarmálastefnunni (e. *security and defence policy*) og öllum aðgerðum í utanríkis- og öryggismálastefnunni (e. *common foreign and security policy*) sem varða varnarmál.³³⁹ Árið 2022, í kjölfar þjóðaratkvæðagreiðslu, ákvað Danmörk hins vegar að verða fullur þátttakandi í utanríkis- og varnarmálastefnu ESB (*opt-in*).³⁴⁰

Bretar og Danmörk sömdu sérstaklega um undanþágu frá því að færast á lokastig myntbandalagsins (EMU), sem væri hin sameiginlega mynt, evran, í sérstökum bókunum (15–16) við Maastricht-sáttmálann og eru því utan þeirrar stefnu.³⁴¹

Þó að samningsstaða aðildarríkis við stækkun eða uppfærslu stofnsáttmála sé frábrugðin þeirri stöðu sem umsóknarríki er í við gerð aðildarsamnings gefa þessi dæmi engu að síður til kynna að þrátt fyrir þá einingu sem stefnt er að með ESB-samstarfinu séu sögulega séð margvíslegar undantekningar þar frá, jafnvel frá stefnum í heild sinni, sem virðist ekki hafa haft afgerandi áhrif á störf og framgang stefnunnar að öðru leyti, og slík *opt-outs* jafnvel talin ásættanlegur fórnarkostnaður við að ná framgangi á nýjum sviðum.³⁴² Nýverið hafa vaknað upp spurningar hvort ríki, eins og Bretland, gætu gengið aftur að sínum fyrri *opt-outs* kjósi landið að gerast „á ný“ aðili að ESB.³⁴³

³³⁹ Sjá <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/TXT>. Sjá einnig <https://www.thedanishparliament.dk/en/eu-information-centre/the-danish-opt-outs-from-eu-cooperation#2D28226F533C490A99BDD85F0AB19361>.

³⁴⁰ Sjá <https://www.fmn.dk/en/topics/international-cooperation/eu/>.

³⁴¹ Sjá <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL>.

³⁴² Hanf, bls. 23.

³⁴³ Michel Barnier, aðalsamningamaður ESB við Brexit-samningana, hefur nýverið haldið því fram í viðtali við blaðið *The Guardian* að Bretar gætu náð fram þeim *opt-outs* sem Bretland hafði á sínum tíma, hvað varðaði Schengen og evruna, ef Bretland gerðist aftur aðili að ESB. Sjá <https://www.theguardian.com/politics/2026/jun/18/uk-could-keep-special-pre-brexit-terms-if-it-rejoined-eu-michel-barnier-says>.

Mikilvægt er að hafa í huga að meginmarkmið ESB og aðildarríkja þess er að umsóknarríki um aðild að ESB verði aðili að ESB að fullu, að öll ríki ESB fari eftir sömu reglum, taki yfir það sem kallað er *acquis communautaire*, þ.e. heildarlöggjöf ESB. Þetta er hins vegar pólitískt markmið frekar en eiginleg stjórnskipunarleg grundvallarregla, sem þýðir að sáttmálar ESB útiloka ekki *per se* að samið sé um undanþágur (og *opt-outs* í tilvikum sem að ofan greinir), og aðlaganir í aðildarsamningum, jafnvel ótímabundnar undanþágur (oft líka nefnt sérlausnir), eins og sagan og fordæmin hafa leitt í ljós. Eðli máls samkvæmt eru þær hins vegar undantekning frekar en reglan, ekki algengar og almennt afmarkaðar (oft í tíma). Ganga má út frá því að þeim mun víðtækari sem krafan um undanþágu sé, bæði í efni og tíma, þeim mun torsóttari verði hún. Það er hins vegar grundvallarmunur á því hvort leiðin sé torfær eða lokuð. Að sama skapi er munur á því að fara fram á undanþágu frá sameiginlegri stefnu ESB í heild sinni eða afmarkaðri undanþágur.³⁴⁴

Það sem mestu ræður hér er að aðildarsamningar eru í eðli sínu þjóðréttarsamningar – viðsemjendur nýrra aðildarríkja eru þau ríki sem þegar eru með aðild að ESB. Þótt aðildarsamningar gangi eðli máls samkvæmt út á að útfæra/aðlaga ESB-réttinn að komu nýrra ríkja, sem hægt væri að kalla tæknilegs eðlis, þá eru dæmi um efnislegar aðlaganir eða undanþágur, eins og fram er komið og greint verður nánar frá hér í eftirfarandi köflum. Sú vegferð, þ.e. að fara fram á og ná fram undanþágum, er sem sagt fyrst og síðast pólitísks eðlis. Vinna þarf slíkum kröfum fylgi eða stuðning frá gagnaðilunum, sem eru öll ríki ESB, og sérhvert ríki þarf að samþykkja aðildarsamninga að lokum. Þetta útskýrir best eðli aðildarviðræðna, t.a.m. að því marki sem farið er fram á ótímabundnar undanþágur – þeim þarf að vinna pólitískt brautargengi.

³⁴⁴ Sjá m.a. niðurstöðu skýrslu Hagfræðistofnunar frá 2014, þar sem segir eftirfarandi: „Reynsla annarra þjóða sýnir að *erfitt* hefur reynst að fá varanlegar undanþágur frá *sameiginlegri stefnu Evrópusambandsins* enda þýðir aðild að land tekur upp hina sameiginlegu stefnu. Hægt er að fá tímabundnar undanþágur en þær eru teknar upp í gerðir sambandsins og breytingar á þeim verða einungis gerðar á grundvelli þess. Þegar um er að ræða sérlausnir, sem kann að verða samið um, þarf að taka skýrt fram í aðildarsamningi um það *ef þær eiga að verða varanlegar*“, bls. 147, sjá <https://www.althingi.is/altext/pdf/143/s/0610.pdf>. (Skáletrun bætt við.)

8.3 Réttarheimildir ESB – og réttthæð, hvað þýðir það fyrir aðildarsamninga?

Aðildarsamningur hefur stjórnskipunarlegt vægi sem setur hann jafnfætis æðstu réttarheimildum ESB-réttarins – það hefur áhrif á stöðu hans og beitingu til frambúðar – verður ekki haggð o.s.frv. án samþykkis allra ríkjanna þar sem hvert ríki hefur eitt atkvæði. Þetta er grundvallaratriði þegar kemur að undanþágum og hvernig þær eru búnar í aðildarsamningi, sérstaklega hvað varðar ótímabundnar (verulegar) undanþágur.

Æðstu réttarheimildir ESB eru kallaðar *frumréttur* (e. *primary law*). Hér er fyrst og fremst um að ræða stofnsáttmála ESB, SESB-sáttmálann og SSESBS-sáttmálann, ásamt Mannréttindaskrá ESB (EUCFR). Þessi frumréttur er grundvöllur undir starf og starfsemi ESB – og öll önnur löggjöf ESB þarf að vera í samræmi við frumréttinn, virða mörk hans og eiga sér stoð í honum. Einungis aðildarríki ESB geta breytt stofnsáttmálum ESB, með samhljóða atkvæðum – hvert ríki eitt atkvæði – og er það gert á ríkjaráðstefnu.

Afleidd löggjöf nefnist sú löggjöf sem sett er með stoð í frumréttinum og er lagasetningartæki sem er notað mjög ríkulega í ESB-réttinum (og verður jafnframt eftir atvikum hluti EES-réttar í gegnum viðbætur við EES-samninginn). Hér er um að ræða, sbr. 288. gr. SESB (það sem kallað eru einu nafni gerðir):

- Reglugerðir
- Tilskipanir
- Ákvarðanir
- Aðrar gerðir

Hvað varðar aðildarsamninga, þá skiptir sem sagt miklu máli að þeir teljast sem hluti af *frumréttinum* – og eru jafnrétttháir sáttmálum ESB og bókunum við þá. Aðildarsamningar eru þar með með stöðu til jafns við sáttmálana, og þeir lúta þeim – þ.e. undanþágur, t.a.m. í aðildarsamningi, geta verið frá grundvallargreinum í stofnsáttmálum, eftir atvikum. Ekki væri hægt að breyta ákvæðum aðildarsamninga á síðari stigum, þ.á m. þeim undanþágum sem þar er að

finna, nema með samþykki allra aðildarríkja – allra aðila samningsins. Dómstóll ESB hefur ekki valdheimildir til að ógilda aðildarsamninga, enda hafa þeir stöðu frumréttar ESB.

Þetta hefur jafnframt áhrif á hvernig gengið væri frá undanþágum ef til þeirra kæmi. Ýmsar aðlaganir (og mögulega undanþágur) geta verið tengdar við ákveðnar gerðir eða ákvæði í afleiddri löggjöf ESB, sem lúta öðrum lögmálum varðandi uppfærslu og breytingar, m.a. gætu þær tekið breytingum á grundvelli svonefnds aukins meiri hluta í ráðinu. Að þessu þarf að huga þó að þetta þýði ekki sjálfkrafa að undanþága hverfi við breytingar á afleiddri löggjöf, eins og sjá má í tengslum við munntóbaksundanþágu Svíþjóðar frá 1994.

8.4 Aðildarsamningar – dæmi um undanþágur, sérlausnir, öryggisákvæði og yfirlýsingar

Hér á eftir koma dæmi um undanþágur, sem og dæmi um ákvæði um öryggis-/verndarráðstafanir og yfirlýsingar. Flestar undanþágur sem hér eru ræddar eru ótímabundnar. Hér er ekki lögð áhersla á að fara yfir dæmi um tímabundnar undanþágur, en þær eru fjölmargar í aðildarsamningum. Ekki ber þó að horfa framhjá því að þær geta einnig verið mikilvægar. Jafnframt eru dæmi um undanþágur í aðildarsamningum sem varða afmörkuð svæði, t.d. eyjasvæði eða svæði sem lúta yfirráðum umsóknarríkis að öðru leyti. Dæmi eru um svæði sem eru undanskilin í heild sinni, s.s. Færeyjar, eða með verulegar ótímabundnar undanþágur að öðru leyti, sbr. Álandseyjar.³⁴⁵ Ekki verður farið nánar yfir þessi afmörkuðu svæði og stöðu þeirra hér, en benda má jafnframt í þessu sambandi á ákvæði 349. gr. SSESb, um sérstöðu ákveðinna svæða sem eru landfræðilega fjarlæg aðildarríkinu, t.d. Kanaríeyjar og Madeira, m.a. varðandi fiskveiðar.

Þegar metið er og rætt hvaða undanþágur hafi fengist verður jafnframt ávallt að hafa í huga spurninguna: *Hvað var farið fram á í samningaviðræðunum?* Þetta á sérstaklega við um vangaveltur um hvort einhver umsóknarríki hafi fengið undanþágu frá t.a.m. sjávarútvegsstefnu ESB í heild sinni. Þá þarf að liggja fyrir hvort eitthvert ríki hafi farið fram á slíka undanþágu, sem

³⁴⁵ *Hanf*, bls. 5–7. Um stöðu og undantekningar varðandi Álandseyjar, sjá viðauka II við aðildarsamning Finnlands frá 1994, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11994N/TXT>.

í þessu sérstaka dæmi virðist ekki vera tilfellið. Þau dæmi sem fyrir liggja, þar sem ríki hefur fengið undanþágu frá stefnu ESB í heild sinni, eru dæmin sem að ofan greinir varðandi *opt-outs*, sbr. þau sem vörðuðu Danmörku og Bretland.

1. Aðildarsamningur Danmerkur 1973

Í aðildarsamningi Danmerkur, frá 1973, kom fram heimild Danmerkur til að viðhalda skilyrðum fyrir fjárfestingu í fasteignum, fyrir þá sem ekki væru búsettir (fimm ára búseta) í landinu, svokölluð „sumarhúsaundanþága“. Undanþágan er frá grundvallarreglum ESB um frjálst fjármagnsflæði og kemur upphaflega fram í gegnum 29. gr. aðildarsamningsins frá 1973 og kemur nú fram í bókun 32 við SESB (á ensku):

„the requirement that persons not resident in Denmark and companies and firms not registered there wishing to acquire immovable property obtain prior authorization from the Ministry of Justice”

2. Aðildarsamningur Möltu 2003

Í aðildarsamningi Möltu kom fram sambærileg undanþága, einnig ótímabundin, eins og undanþága Danmerkur, varðandi fjárfestingu aðila í húsnæði á Möltu, þ.e. „sumarhúsaundanþága“, þar sem heimilt var að gera kröfu um búsetu til a.m.k. fimm ára, sem skilyrði fyrir leyfi til slíkrar fjárfestingar. Undanþágan kemur fram í bókun 6 í aðildarsamningi Möltu:

„Bearing in mind the very limited number of residences in Malta and the very limited land available for construction purposes, which can only cover the basic needs created by the demographic development of the present residents, Malta may on a non-discriminatory basis maintain in force the rules on the acquisition and holding of immovable property for secondary residence purposes by nationals of the Member States who have not legally resided in Malta for at least five years laid down in the Immovable Property (Acquisition by Non-Residents) Act (Chapter 246).“

3. Aðildarsamningur Svíþjóðar 1994

Munntóbak er sögulega vinsælt í Svíþjóð, en munntóbak var bannað innan ESB, á grundvelli tilskipunar frá árinu 1989, eins og henni var breytt árið 1992. Svíþjóð fékk undanþágu frá banninu – sem var sem sagt í afleiddri löggjöf. Í 1. tölul. 151. gr. aðildarsamningsins segir:

„1. The Acts listed in Annex XV to this Act shall apply in respect of the new Member States under the conditions laid down in that Annex.“

Þannig eru gerðar aðlaganir við einstaka afleidda löggjöf, í sérstökum viðauka – viðauka XV. Í X. lið hans segir m.a., varðandi tilskipun 89/662/EEC:

„(a)The prohibition in Article 8a of Directive 89/622/EEC, as amended by Directive 92/41/EEC, concerning the placing on the market of the product defined in Article 2 (4) of Directive 89/622/EEC, as amended by Directive 92/41/EEC, **shall not apply in Sweden and Norway**, with the exception of the prohibition to place this product on the market in a form resembling a food product.

(b)The Kingdoms of Sweden and Norway shall take all measures necessary to ensure that the product referred to in paragraph (a) **is not placed on the market in the Member States for which Directives 89/622/EEC and 92/41/EEC are fully applicable.**

[...]“ (Feitletrun bætt við.)

Þrátt fyrir að hér sé vísað sérstaklega í afleidda löggjöf, og gerðar breytingar á henni, sem er öðruvísi nálgun en t.d. gildir um undanþágur Danmerkur og Möltu, varðandi fjármagnsflutninga og fasteignakaup, sem varða grunngreinar sáttmálans, þá hefur undanþágan haldið sér, jafnvel þó að ný „tóbaks“tilskipun hafi verið sett árið 2014 (Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/40/ESB frá 3. apríl 2014 um samræmingu ákvæða í lögum og stjórnsýslufyrirmælum

aðildarríkjanna varðandi framleiðslu, kynningu og sölu á tóbaki og tengdum vörum og um niðurfellingu á tilskipun 2001/37/EB). Í tilskipuninni frá 2014 er vísað til undanþágu Svíþjóðar, þ.e. að hún sé í 151. gr. aðildarsáttmálans, frá 1994, þótt strangt tiltekið hafi hún verið gerð í samhengi við gildandi afleidda löggjöf á þeim tíma, sem síðar var felld úr gildi. Þetta dæmi sýnir að undanþágur sem gerðar eru í samhengi við og á grunni gildandi afleiddrar löggjafar eru annars eðlis og verður að ganga vel frá undanþágunni sjálfri, einnig í grunngreinum aðildarsáttmálans, ef hún á vel að halda við framtíðarbreytingar á afleiddri löggjöf. Það má halda því fram að það hafi ekki verið gert nægjanlega vel í tilfalli Svíþjóðar, þótt hún hafi haldið sér í síðari afleiddri löggjöf – en hér er sem sagt um að ræða munntóbaksvöru.

Það er svo sérstaklega áhugavert að undantekningin sem Svíþjóð fékk (og Noregur) í aðildarsamningum frá 1994 átti sér uppruna í EES-samningnum, viðauka II, kafla XXV, þar sem nefnd tilskipun var upphaflega hluti af EES-samningnum, með undanþágu fyrir markaðssetningu munntóbaks fyrir Ísland, Noreg og Svíþjóð. Í öllu falli er þetta jafnframt gott dæmi um að undanþága hefur haldið sér frá EES-samningnum yfir í aðildarsamning.

4. Sérstakar verndarráðstafanir Möltu innan 25 sjómílna svæðis

Í aðildarsamningi Möltu, frá 2004, viðauka III, kemur fram hvaða breytingar eigi að gera á afleiddri löggjöf ESB til að tryggja verndarráðstafanir fiskveiða innan 25 sjómílna svæðis Möltu:

„The Council *shall amend Regulation* (EC) No 1626/94 before the date of accession of Malta with a view to adopting the necessary conservation measures relating to Malta according to the following guidelines:

- fishing in the 25-mile management zone should be limited to small scale coastal fishing, meaning fishing vessels of an overall length of less than 12 metres and not using gears towed with the power of the engine, with the exceptions set out below. The total effort exerted by vessels under 12 metres shall not exceed the level of recent years;

- however, trawlers not exceeding an overall length of 24 metres shall be authorised to fish in the 25-mile management zone within certain trawlable areas. The overall fishing capacity of trawlers, measured in engine power (kW), shall not exceed that observed in the years 2000-2001 in the area of the 25-mile management zone, and the engine power of each individual trawler fishing in waters of less than 200 metres depth shall not exceed 185 kW (250 HP). These limits may be revised in the light of new qualified scientific evidence as recommended by relevant scientific bodies;

- the number of vessels that can participate in the lampuki (*Coryphaena hippurus* - dolphin-fish) fishery shall be limited to a maximum of 130. The allocation and laying down of FADs (fish aggregating device) in the fishing season, which usually extends from August to December, shall be open for all Community fishermen on a non-discriminatory basis, but only starting from outside 12 miles for non-Maltese fishermen;

- all vessels exceeding an overall length of 12 metres which are authorised to fish in the 25-mile management zone and which comprise bottom trawlers, vessels fishing with "lampara" purse seines, vessels fishing for lampuki with FADs and vessels fishing with large pelagic purse seines and industrial longlines for tuna and other highly migratory species will be included on a list. Any possible increase in fishing effort has to ensure the sustainable conservation of the zone.

The detailed rules for establishing the above-mentioned list, for a fishing effort monitoring system and if necessary for the lampuki fishery in the 25-mile management zone shall be adopted in accordance with the procedure laid down in Article 18 of Regulation (EEC) No 3760/92 [1] establishing a Community system for fisheries and aquaculture. Effective monitoring methods shall be decided upon in accordance with the *acquis*.“ (Skáletrun bætt við.)

Malta sótti fyrst um að fá að takmarka aðgang að 25 sjómílna svæði við Möltu fyrir ríkisborgara landsins en að lokum varð lausnin sú að mismuna ekki á grundvelli þjóðernis, heldur gera sérstakar

kröfur sem m.a. lutu að stærð báta.³⁴⁶ Athuga ber að hér er um að ræða breytingu á afleiddri löggjöf en ekki eiginlega ótímabundna undanþágu, enda segir eftirfarandi: „The above solution is without prejudice to the evolution of secondary law in this field.“ Hvað sem því líður, þá er undanþágan enn í gildi (sjá 25. og 26. gr. reglugerðar Ráðsins nr. 1967/2006, með síðari breytingum) og í raun ekkert sem bendir til þess að hún sé á útleið, en hún myndi engu að síður ekki flokkast sem sterk ótímabundin undanþága.

5. Fjárhagsstyrkir til landbúnaðar á norðurslóðum (norðan við 62. breiddargráðu)

Aðildarsamningar Finnlands og Svíþjóðar (og Noregs) frá 1994 hafa að geyma sérstök ákvæði í 142. og 143 gr. varðandi áframhaldandi ríkisstuðning við landbúnaðarsvæði norðan við 62. breiddargráðu:

Grein 142.(1.) „The Commission **shall authorize** Norway, Finland and Sweden to grant long-term national aids with a view to ensuring that agricultural activity is maintained in specific regions. These regions should cover the agricultural areas situated to the north of the 62nd Parallel and some adjacent areas south of that parallel affected by comparable climatic conditions rendering agricultural activity particularly difficult.

2. The regions referred to in paragraph 1 shall be determined by the Commission, taking into consideration in particular:

- the low population density;
- the portion of agricultural land in the overall surface area;
- the portion of agricultural land devoted to arable crops intended for human consumption, in the agricultural surface area used.

³⁴⁶ Koen Van den Bossche, „EU enlargement and fisheries: A legal analysis steps towards the re-nationalisation of EU maritime waters“, Jurisprudencija, 2005, t. 72(64); 124–136, bls. 126-127.

3. The aids provided for in paragraph 1 may be related to physical factors of production, such as hectares of agricultural land or heads of animal taking account of the relevant limits laid down in the common organizations of the market, as well as the historical production patterns of each farm, but must not:

- be linked to future production;
- or lead to an increase in production or in the level of overall support recorded during a pre-accession reference period to be determined by the Commission.

The aids may be differentiated by region.

These aids must be granted in particular in order to:

- maintain traditional primary production and processing naturally suited to the climatic conditions of the regions concerned;
- improve the structures for the production, marketing and processing of agricultural products;
- facilitate the disposal of the said products;
- ensure that the environment is protected and the countryside preserved.“
(Leturbreytingum bætt við.)

Eins og sjá má af 2. og 3. tölul. 142. gr., sem og 1. tölul. 143. gr. (tilkynning til Framkvæmdastjórnarinnar og styrkir ekki veittir fyrr en heimild fæst), þá eru ákveðin skilyrði spyrð við þessa undanþágu, og er ramminn settur á grundvelli ákvörðunar frá Framkvæmdastjórn ESB – núgildandi ákvörðun fyrir Finnland, er ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar nr. 2021/2312³⁴⁷ – og er heildarstyrkfjárhæð 574,5 milljónir evra. Hér er um að ræða það sem kalla má sérlausn, enda um að ræða landfræðilega vísan sem ekki á við önnur aðildarríki ESB. Engu að síður er þessi sérlausn bundin ákveðnum skilyrðum, sbr. 2. og 3. tölul. 142. gr., og ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar,

³⁴⁷ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1570db1c-67b2-11ec-9136-01aa75ed71a1>

sem afmarka lausnina, þó að ekki séu rök til annars en að meta þessa sérlausn sem annars ótímabundna.

6. Aðrar sérstakar undanþágur

Hér má nefna bókun 7 við aðildarsamning Möltu, frá 2003, sem varðar ákvæði um þungunarrof:

„Nothing in the Treaty on European Union, or in the Treaties establishing the European Communities, or in the Treaties or Acts modifying or supplementing those Treaties, shall affect the application in the territory of Malta of national legislation relating to abortion.“

Hér er ekki beint um að ræða undanþágu frá ákveðnum greinum ESB-sáttmála enda ekki augljóst að hér væri um að ræða málefni sem væri innan valdsviðs ESB-réttar, a.m.k. ekki beint, en þó er hér um að ræða bókun við aðildarsamning, sem gefur „undanþágunni“ aukið vægi, t.a.m. umfram yfirlýsingar (sjá síðar) enda er hún ótímabundin og vísar með skilyrðislausum hætti til stofnsáttmála ESB.

7. Sérstakar öryggis-/verndarráðstafanir – (e. *safeguards*)

Eins og fram kom í 4. kafla, þá eru í ESB-réttinum dæmi um almenn og sérstök öryggis-/verndarráðstafanaákvæði, og jafnframt sérstakt slíkt ákvæði í 112. gr. EES-samningsins. Það ákvæði kom m.a. fram upphaflega til þess að koma til móts við bæði áhyggjur og mögulega ýmsar kröfur um undanþágur eða sérlausnir. Slík ákvæði, sem gilda um ákveðinn tíma, má m.a. finna í aðildarsamningunum frá 2003 (sbr. 37.–42. gr.) sem og aðildarsamningum Búlgaríu og Rúmeníu frá 2005, og nýjasta aðildarsamningnum, við Króatíu, frá 2011. Slík ákvæði eru mikilvægur öryggisventill fyrir ný aðildarríki, sbr. hér sem dæmi 37. gr. aðildarsamnings Króatíu en líka gagnkvæmnisákvæði, eins og sjá má í 38. gr. aðildarsamnings Króatíu:

„Article 37

1. If, until the end of a period of up to **three years** after accession, difficulties arise which are serious and liable to persist in any sector of the economy or which could bring about serious deterioration in the economic situation of a given area, Croatia may apply for authorisation to take protective measures in order to rectify the situation and adjust the sector concerned to the economy of the internal market. In the same circumstances, any present Member State may apply for authorisation to take protective measures with regard to Croatia.
2. Upon request by the State concerned, the Commission shall, by emergency procedure, determine the protective measures which it considers necessary, specifying the conditions and arrangements applicable thereto. In the event of serious economic difficulties and at the express request of the Member State concerned, the Commission shall act within five working days of the receipt of the request accompanied by the relevant background information. The measures thus decided on shall be applicable forthwith, shall take into account the interest of all parties concerned and shall not entail border controls.
3. The measures authorised under this Article may involve derogations from the rules of the TEU, the TFEU and this Act to such an extent and for such periods as are strictly necessary in order to attain the objectives of this safeguard. Priority shall be given to measures which least disturb the functioning of the internal market.

Article 38

If Croatia fails to fulfil commitments undertaken in the context of the accession negotiations, including commitments in any sectoral policy which concerns economic activities with a cross-border effect, thereby causing a serious breach of the functioning of the internal market or a threat to the Union's financial interests or an imminent risk of such a breach or threat, the Commission may, until the end of a period of up to three years after accession, upon reasoned request of a Member State or on its own initiative, take appropriate measures.

These measures shall be proportionate and priority shall be given to measures which least disturb the functioning of the internal market and, where appropriate, to the application of

the existing sectoral safeguard mechanisms. The safeguard measures under this Article shall not be invoked as a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States. The safeguard clause may be invoked even before accession on the basis of the monitoring findings and the measures adopted shall enter into force on the date of accession unless they provide for a later date. The measures shall be maintained no longer than strictly necessary and, in any case, shall be lifted when the relevant commitment has been fulfilled. They may, however, be applied beyond the period referred to in the first paragraph as long as the relevant commitments have not been fulfilled. In response to progress made by Croatia in fulfilling its commitments, the Commission may adapt the measures as appropriate. The Commission shall inform the Council in good time before revoking the safeguard measures, and it shall take duly into account any observations of the Council in this respect.“ (Feitletrun bætt við.)

8. Yfirlýsingar í aðildarsamningum

Allir aðildarsamningar hafa að geyma yfirlýsingar (e. *declarations*). Þær geta verið af ýmsum toga, en hafa ekki sambærilegt lagalegt vægi og t.a.m. *ákvæði*, *viðaukar* eða *bókanir* við aðildarsamninga. Þær gætu þó haft áhrif á túlkun, sérstaklega ef yfirlýsingarnar eru sameiginlegar milli samningsaðila og í samræmi við ákvæði aðildarsamningsins en t.a.m. yfirlýsingar eins ríkis, eða fleiri, hafa oftast ekki annað en pólitískt vægi.³⁴⁸

³⁴⁸ Sjá t.d. mál C-233/97 *KappAhl Oy*, og nánar *Rosas og Aramati*, bls. 54.