



1. hefti TÍMARIT 9. árg
LÖGRÉTTU

Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

HVENÆR TELST LÁN VERA ERLENT?

Alyktanir af dómafrákvæmd

EFTIR *Stefán A. Svansson*

A

ENDURSKOÐUN DÓMS

EFTIR *Jón Steinar Gunnlaugsson*

B

TJÓN VEGNA MISSIS HAGNAÐAR VIÐ
VERKFRAMKVÆMDIR. UM DÓM
HÆSTARÉTTAR 20. SEPTEMBER 2012 Í
MÁLI NR. 416/2011.

EFTIR *Eirík Elís Þorláksson*

C

REGLUR EVRÓPURÉTTAR UM
HEILBRIGÐISÞJÓNUSTU YFIR
LANDAMÆRI

EFTIR *Margræti Einarsdóttur og Lenu Mjöll Markúsdóttur*

D

HEILDARENDURSKOÐUN
HÖFUNDALAGA OG ÞRÓUN ÍSLENSKS
HÖFUNDARÉTTAR FRÁ 2009

EFTIR *Rán Tryggvadóttur*

E

A	HVENÆR TELST LÁN VERA ERLENT? EFTIR <i>Stefán A. Svansson</i>	9
B	ENDURSKOÐUN DÓMS EFTIR <i>Jón Steinar Gunnlaugsson</i>	25
C	TJÓN VEGNA MISSIS HAGNAÐAR VIÐ VERKFRAMKVÆMDIR. UM DÓM HÆSTARÉTTAR 20. SEPTEMBER 2012 Í MÁLI NR. 416/2011. EFTIR <i>Eirík Elís Þorláksson</i>	33
D	REGLUR EVRÓPURÉTTAR UM HEILBRIGÐISÞJÓNUSTU YFIR LANDAMÆRI EFTIR <i>Margréti Einarsdóttur og Lenu Mjöll Markúsdóttur</i>	49
E	HEILDARENDURSKOÐUN HÖFUNDALAGA OG ÞRÓUN ÍSLENSKS HÖFUNDARÉTTAR FRÁ 2009 EFTIR <i>Rán Tryggvadóttur</i>	71

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRI OG ÁBYRGÐARMAÐUR

Helgi Bergmann

RITNEFND

Bjarki Þórsson

Ingólfur Örn Ingólfsson

Reynir Þór Garðarsson

FRÆÐILEGUR RITSTJÓRI

Arnar Þór Jónsson

FRÆÐILEG RITSTJÓRN

Þórdís Ingadóttir

YFIRLESTUR

Ritnefnd og fræðilegur ritstjóri

HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögréttu

Menntavegur 1

101 Reykjavík

ritnefnd@logretta.is

ISSN 1670-5300



Marteinn Áki Ellertsson

- Stúdent frá MH 2007
- Lagadeild, meistaranám
- Áhersla í námi: Fjármunaréttur, félagaréttur og Evrópuréttur
- Áhugamál: Flug, útvera og félagslíf

Ragnhildur Helgadóttir

- Prófessor í lagadeild
- Doktorspróf frá Háskólanum í Virginíu
- Sérsvið: Stjórnskipunarréttur
- Sítur í samninganefnd Íslands við ESB

LÖGFRAEÐI

BA | ML | PhD



HÁSKÓLINN Í REYKJAVÍK
REYKJAVIK UNIVERSITY

Rafrænt eintak – eingöngu fyrir HR-inga

www.hr.is



FRÁ RITSTJÓRA

Helgi Bergmann

Það er mér sönn ánægja að þetta 1. tölublað 9. árgangs Tímarits Lögretta sé komið út. Að koma út ritrýndu tímariti er mikil vinna, og til að svo geti orðið þarf mikla vinnu og samhent vinnubrögð.

Nú á dögumum, nánar til tekið 8. mars, átti Lögretta tíu ára afmæli. Margt hefur áunnist á þessum tíu árum, og tel ég að Lögretta hafi sannað sig sem oflugt og gott nemendafélag á þeim tíma. Gott nemendafélag laganema er mikilvægt, enda námið strangt, svo nauðsynlegt er að hafa góðan og öruggan stuðning við nemendur. Starfsemi félagsins er fjölbreytt og félagslíf við deildina er fjólskrúðugt. Mikil og óeigingjörn vinna á sér stað af hálfu kjörinna fulltrúa nemenda, og er við þessi tímamót tilefni til að þakka þeim fjölmörgu sem hafa lagt hönd á plóginn í þágu Lögretta í gegnum árin. Okkur hefur borið gæfa til að njóta starfsorku margra hörkuduglegra og drifandi nemenda, sem hafa byggt upp þetta ágæta nemendafélag með vinnusemi og elju. Ómögulegt að er að meta þær vinnustundir sem hafa af hálfu nemenda farið í félagið á þessum áratug sem nú er liðinn, en óhætt má telja að þær skipti þúsundum hið minnsta.

En Lögretta hefur einnig verið svo heppin að njóta aðstoðar margra annarra. Kennarar við skólann hafa verið boðnir og búnir til að aðstoða unga laganema við hin ýmsu verkefni, þó að það teljist strangt til tekið ekki vera hluti af starfsskyldum þeirra. Til að mynda hefði verið illmögulegt að halda málundi, eða gefa út þetta tímarit, án þess að aðstoðar kennara við skólann hefði notið við. Ber einnig að þakka starfsfólki skólans, sem alla tíð hefur verið okkur mjög hjálplegt. Vil ég einnig koma á framfæri þökkum til þeirra fjölmörgu sjálfstætt starfandi lögfræðinga sem hafa verið tilbúnir að veita okkur nemendum hjálparhönd.

Í þessu tölublaði kennir ýmissa grasa. Fyrsta greinin í blaðinu er eftir Stefán Svansson, lögmann hjá Juris og kennara við Háskólann í Reykjavík, og í henni er farið yfir réttarstöðu hvað varðar svokölluð erlent lán. Eru þar dregnar ályktanir af dómaframkvæmd og metið hvaða forsendur eru að baki því að lán teljist ýmist vera álitin lán í íslenskum krónum bundin við gengi erlendra gjaldmiðla, eða lán í erlendum gjaldmiðlum. Hefur umræða verið mikil í samfélaginu um þetta álítaefni, og er grein Stefáns mjög gott innlegg í þá umræðu, og ætti að geta skýrt ákveðin atriði fyrir þeim fjölmörgu sem hafa hag af því að fá það á hreint hvort lán þeirra teljist vera erlent lán eður ei.

Önnur greinin í blaðinu er eftir Jón Steinar Gunnlaugsson, fyrrverandi dómara við Hæstarétt Íslands, og fyrrverandi prófessor við Háskólann í Reykjavík. Sú grein fjallar um það álítaefni hvort að Hæstiréttur Íslands hafi með dómi sínum þann 30.

nóvember 2012, í máli nr. 669/2012, breytt forsendum fyrri dóms síns frá 17. febrúar 2012 í máli nr. 279/2011, í máli ákæruvaldsins gegn Baldri Guðlaugssyni. Jón Steinar rekur málið mjög skilmerkilega og færir sannfærandi rök fyrir máli sínu.

Þriðja greinin er eftir Eirík Elis Þorláksson, sérfræðing við Háskólann í Reykjavík. Þar beinir höfundur sjónum sínum að dómi Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011, Íslenskir aðalverktakar og NCC gegn íslenska ríkinu. Fer Eiríkur yfir nokkur atriði sem telja má athyglisverð í þessum dómi, má þar fyrst nefna það að í honum er því slegið föstu að missir hagnaðar samsvaraði missi framlegðar. Teldist það nýmæli í íslenskum rétti, en væri í samræmi við dómafordæmi í Evrópu. Einnig víkur höfundur að því hvernig Hæstiréttur metur upphafsdag dráttarvaxta, en hann telur að sú ákvörðun sé gagnrýniverð. Grein Eiríks er itarleg og vel rökstudd og fer yfir dóminn með skipulegum hætti.

Fjórða greinin í blaðinu er eftir Margréti Einaarsdóttur, lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík og Lenu Mjöll Markusdóttur, BA í lögfræði. Sú grein fjallar um og fer yfir þær reglur sem gilda í Evrópusambandinu, hvað varðar veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Er meðal annars farið yfir hvaða hugsanlegu takmarkanir megi setja hvað varðar slíka þjónustu, og er þá tekið mið af dómafordæmum ESB-dómstólsins. Er farið yfir málið skilmerkilega, og á ítarlegan hátt. Ljóst er að sem meðlimir að EES þá skipta reglur ESB um heilbrigðisþjónustu Íslendinga miklu, enda hafa dómafordæmi ESB-dómstólsins mikið fordæmisgildi hvað varðar túlkun EES-samningsins.

Fimmta og síðasta greinin að þessu sinni er eftir Rán Tryggvadóttur, og er hún byggð á erindi sem Rán hélt á XIV norrænu höfundarréttarráðstefnunni þann 21. maí 2012. Er þar farið yfir þá heildarendurskoðun sem farið hefur fram á höfundarréttarlögum síðan árið 2009. Veitir greinin góða yfirsýn yfir þær breytingar sem hafa átt sér stað og þær forsendur sem að baki þeim bjuggu.

Vill undirritaður að lokum nýta tækifærið til þess að óska Lögretta til hamingju með tíu ára afmælið, og þakkar undirritaður að sjálfsgöðu bæði stjórn Lögretta og meðlimum ritnefndar fyrir þá miklu vinnu sem lögð hefur verið af þeirra hálfu til að þetta tölublað yrði að veruleika. Eftir að hafa gengið í gegnum það krefjandi ferli sem útgáfa þessa tímarits er, horfir undirritaður stoltur til baka á forvera sína í stóli ritstjóra Tímarits Lögretta. Hvert og eitt tölublað sem út hefur komið hefur verið þrekvirkir, og kostað blóð, svita og tár. Það tölublað sem hér kemur út verður það átjanda í röðinni. Megi næstu tíu ár gefa okkur átján til, og helst fleiri!



Stefán A. Svensson
hrl., LL.M.

HVENÆR TELST LÁN VERA ERLENT?

Ályktanir af dómaframkvæmd

1. INNGANGUR	11
2. LÁN Í ÍSLENSKUM KRÓNUM EÐA Í ERLENDUM GJALDMIÐLUM?	11
2.1. Bann við gengistryggingu	11
2.2. Helstu tegundir skuldbindinga	12
2.3. Skuldbindingar tilgreindar sem gengistryggðar	12
2.4. Skuldbindingar tilgreindar sem jafnvirði fjárhæðar í íslenskum krónum	13
2.5. Skuldbindingar tilgreindar í erlendum gjaldmiðlum	17
2.6. Samandregnar ályktanir af dómaframkvæmd	19
3. NIÐURLAG	21

ÚTDRÁTTUR

Lögfræðingar hafa ekki farið varhluta af þeim álitaeftum og þeirri umræðu sem tengist láns-skuldbindingum og flokkun þeirra í annars vegar gilt lán í erlendum gjaldmiðlum og hins vegar lán í íslenskum krónum bundin við gengi erlendra gjaldmiðla sem brjóta í bága við ákvæði VI. kafla laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Eins og kunnugt er eru helstu álitaeftin í grunninn tvíþætt. Annars vegar hvenær lán telst vera gilt lán í erlendum gjaldmiðlum frekar en lán í íslenskum krónum bundið við gengi erlendra gjaldmiðla. Hins vegar hvernig fari um vexti af slíkum skuldbindingum. Í greininni er fjallað um fyrri viðfangsefnið. Draga má nokkuð heildstæðar ályktanir af fyrirbyggjandi dómaframkvæmd og hún gefur nokkuð skýra vísbendingu um það hvenær lán getur talist vera gilt lán í erlendum gjaldmiðlum fremur en lán í íslenskum krónum. Samandregið, í fyrsta lagi að sé láns-skuldbinding ljóslega tilgreind sem gengistryggð þá brjóti hún í bága við ákvæði VI. kafla laga nr. 38/2001. Í annan stað að sé skuldbindingin skýrlega tilgreind í erlendum gjaldmiðlum þá sé um gilt lán í erlendum myntum að ræða og gildir þá einu þótt lánið hafi t.a.m. verið greitt út í íslenskum krónum og/eða greitt af því í íslenskum krónum. Í þriðja lagi að sé skuldbinding tilgreind með svokölluðu „jafnvirðisordalagi“ þá ráði efndir aðalskyldna aðila mestu um hvort um gilt lán í erlendum gjaldmiðlum geti talist vera að ræða. Þegar grannt er skoðað er heldur ekki um það að ræða að sérstaks ósamræmis gæti í réttarframkvæmd.

ABSTRACT

Lawyers have not escaped those questions and discussions regarding loan commitments and their categorisation as either valid loans in foreign currency on the one hand, or invalid loans linked to a foreign currency which contravene the provisions of Act no. 38/2011 on Interest and Indexation on the other. The principal legal questions are twofold: when is a loan is regarded as a valid loan in a foreign currency (or currencies) rather than an invalid loan in Icelandic krona linked to the rate of a foreign currency (or currencies); and how interest should be calculated on such invalid loans. This article considers the first question. The article argues that a number of conclusions may be drawn from the judgments rendered in these matters, and that such judgments give a number of clear indicators as to when a loan will be regarded as a valid loan in foreign currency rather than a loan in Icelandic krona. Firstly, if the loan commitment is clearly defined as being linked to a foreign currency or currencies, it will contravene the provisions of Act no. 38/2011. Secondly, if the commitment is clearly defined in foreign currency or currencies it will be a valid loan, even if that loan was, for example, paid out in Icelandic krona and/or repaid in Icelandic krona. Thirdly, if the loan commitment is defined with so-called “equivalent wording” the method of performance of the parties’ main obligations will generally determine whether it is a valid loan in foreign currency or not. When considered as a whole and in detail, there is no material inconsistency between the judgments rendered.

1. INNGANGUR

Lögfræðingar hafa ekki farið varhluta af þeim álitaefnum og þeirri umræðu sem tengist lánskuldbindingum og flokkun þeirra í annars vegar gild lán í erlendum gjaldmiðlum og hins vegar lán í íslenskum krónum bundin við gengi erlendra gjaldmiðla sem brjóta í bága við ákvæði VI. kafla laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

Eins og kunnugt er eru helstu álitaefnin í grunninn tvíþætt. Annars vegar hvenær lán telst vera gilt lán í erlendum gjaldmiðlum frekar en lán í íslenskum krónum bundið við gengi erlendra gjaldmiðla. Hins vegar hvernig fari um vexti af slíkum skuldbindingum.^{1,2}

Í þessari grein verður eingöngu fjallað um fyrrnefnda atriðið. Markmiðið, eins og heiti greinarinnar ber að einhverju leyti með sér, er fyrst og síðast að draga ályktanir af þeim dómum sem hafa gengið um álitaefnið en þeir eru þegar orðnir fjölmargir. Greinin er þannig, út frá rannsókn á nýlegum dómum sem hafa fallið og samanburði á þeim, fyrst og fremst hugsuð sem einhvers konar leiðarvísir út úr völuarhúsi gengistryggðra/erlendra lána fremur en að fjallað sé um viðfangsefnið á heildstæðan og gagnrýninn hátt.³ Þá verður að gera þann almenna fyrirvara við niðurstöður einstakra dómsmála að dómstólar eru í samræmi við málsforræðisreglu einkamálaréttarfars bundnir af þeim röksemdum sem aðilar tefla fram hverju sinni.⁴ Þess skal jafnframt getið að sá sem þetta ritar hefur sinnt

hagsmunagæslu fyrir fjármálafyrirtæki í þó nokkrum fjölda þeirra mála sem hafa fallið.

Að mati höfundar má draga nokkuð heildstæðar ályktanir af fyrirbyggjandi dómaframkvæmd og hún gefur nokkuð skýra vísbindingu um það hvenær lán getur talist vera gilt lán í erlendum gjaldmiðlum fremur en lán í íslenskum krónum. Samandregið, í fyrsta lagi að sé lánskuldbinding ljóslega tilgreind sem gengistryggð þá brjóti hún í bága við ákvæði VI. kafla laga nr. 38/2001. Í annan stað að sé skuldbindingin skýrlega tilgreind í erlendum gjaldmiðlum þá sé um gilt lán í erlendum myntum að ræða og gildir þá einu þótt lánið hafi t.a.m. verið greitt út í íslenskum krónum og/eða greitt af því í íslenskum krónum. Í þriðja lagi að sé skuldbinding tilgreind með svokölluðu „jafnvirðisordalagi“ þá ráði efndir aðalskyldna aðila mestu um hvort um gilt lán í erlendum gjaldmiðlum geti talist vera að ræða.

Þegar grannt er skoðað er heldur ekki um það að ræða að sérstaks ósamræmis gæti í réttarframkvæmd.

2. LÁN Í ÍSLENSKUM KRÓNUM EÐA Í ERLENDUM GJALDMIÐLUM?

2.1. *Bann við gengistryggingu*

Í upphafi er þess að geta samhengisins vegna, líkt og vikið var að í dómum Hæstaréttar frá 16. júní 2010 í málum nr. 92/2010 og 153/2010, að í orðum 13. og 14. gr. laga nr. 38/2001 er ekki fjallað um bindingu

1 Með dómi Hæstaréttar 16. september 2010 í máli nr. 471/2010 var til úrlausnar hvernig færi um vexti af slíkum skuldbindingum og var dæmt að í stað umsaminna erlendra vaxta skyldu vextir miðast við 4. gr. sbr. 3. gr. laga nr. 38/2001. Um er að ræða vexti sem Seðlabanki Íslands ákveður með hliðsjón af vöxtum á nýjum almennum óverðtryggðum útlánum hjá lánastofnunum. Þá féll dómur í Hæstarétti 15. febrúar 2012 í máli nr. 600/2011 þar sem niðurstaðan varð sú að vextir af slíkri skuldbindingu töldust fullgreiddir samkvæmt fullnaðarkvittum krófuhaða. Sá síðastnefndi gæti ekki krafði skuldara um greiðslu vaxta umfram þá erlendu vaxtaviðmiðun sem hann hafði greitt. Rangur lagaskilningur aðila, sem lá til grundvallar lögskiptum þeirra um vaxtakjör, yrði ekki leiðrétur

aftur í timann heldur einungis vegna vaxta til framtíðar. Sjá einnig dóm Hæstaréttar 18. október 2012 í máli nr. 464/2012.

2 Um síðartalda álitaefnið er meðal annars fjallað í grein Valgerðar Sólnes: „Um rétt krófuhaða til viðbótargreiðslu og þýðing fullnaðarkvittana.“ Rannsóknir í félagsvísindum XII. Sjá einnig Ása Ólafsdóttir: „Meginregla íslensks samningaréttar um rangar forsendur og endurreikningur ólögægtra gengislána.“ Úlfjótur, 1. töl. 2012, bls. 5-24.

3 Ítarlega umfjöllun um gengistryggð lán og verðtryggingu má finna í grein Eyvindar G. Gunnarssonar: „Um gengistryggð lán og verðtryggingu.“ Úlfjótur, 3. töl. 2009, bls. 315-349.

4 Um málsforræðisregluna sjá Markús Sigurbjörnsson: Einkamálaréttarfar, bls. 24.

lánsfjár í íslenskum krónum við gengi erlends gjaldmiðils.⁵ Í 13. gr. segir að með verðtryggingu sé átt við breytingu í hlutfalli við innlenda verðvísitölu og um heimildir til verðtryggingar fari samkvæmt 14. gr. nema lög kveði á um annað. Í 1. mgr. 14. gr. segir að heimilt sé að verðtryggja sparifé og lánsfé samkvæmt 13. gr. ef grundvöllur verðtryggingarinnar er vísitala neysluverðs, sem Hagstofa Íslands reiknar, og í 2. mgr. 14. gr. segir að í lánsamningi sé þó heimilt að miða við hlutabréfávísitölu, innlenda eða erlenda, eða safn slíkra vísitalna sem ekki mæla breytingar á almennu verðlagi. Af lögskýringargögnum virðist mega ráða að ætlun löggjafans var að fella niður heimildir til að binda skuldbindingar í íslenskum krónum við gengi erlendra gjaldmiðla og heimila einungis að þær yrðu verðtryggðar á þann hátt sem í 14. gr. laganna segir.⁶ Þessu til samræmis var talið í fyrrnefndum dómum að lög nr. 38/2001 heimiluðu ekki að lán í íslenskum krónum væru verðtryggð með því að binda þau við gengi erlendra gjaldmiðla.⁷ Sé samningur hins vegar um leigu en ekki lán þá fellur hann ekki undir gildissvið 13. og 14. gr. laganna.⁸

2.2. Helstu tegundir skuldbindinga

Hægt er að flokka þær tegundir lánskuldbindinga, sem einkum hefur reynt á, í þrennt. Í fyrsta lagi skuldbindingar sem tilgreindar eru í íslenskum krónum sem taka breytingum eftir gengi tiltekins eða tiltekinna erlendra gjaldmiðla. Í annan stað

skuldbindingar sem tilgreindar eru sem jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skulu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri erlendar myntir. Í þriðja lagi skuldbindingar þar sem hin erlenda lánsfjárhæð er sérstaklega tiltekin. Verður nú fjallað um hvern þessara flokka í ljósi þeirra dóma sem gengið hafa.

2.3. Skuldbindingar tilgreindar sem gengistryggðar

Fyrsta tegund lánskuldbindinga, sem hér kemur til skoðunar, er þegar skuldbindingin er tilgreind með þeim hætti að hún sé í íslenskum krónum bundin við gengi erlendra gjaldmiðla. Hér háttar því þannig til að skuldbindingin er hvorki tilgreind í erlendum gjaldmiðlum né sem jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skulu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri erlendar myntir (um eina mynt getur líka verið að ræða). Á slíka tegund lánskuldbindinga reyndi í tveimur dómum Hæstaréttar frá 16. júní 2010 í málum nr. 92/2010 og 153/2010.

Í fyrra málinu kvæð samningurinn meðal annars á um að hann væri „100% gengistryggður“ og ætti að „miðast við myntkörfuna BL2 og [ræðist] af sölugengi hverju sinni“, en myntkarfan skiptist að jöfnu í svissneska franka og japönsk jen („CHF 50% JPY 50%“). Í síðara málinu mátti meðal annars finna eftirfarandi ákvæði í samningi þeim sem til úrlausnar var: „Samningur þessi er gengistryggður og eru allar fjárhæðir

⁵ Í forsendum beggja mála rakti Hæstiréttur itarlega forsoðu ákvæða VI. kafla laga nr. 38/2001. Sjá hér einnig Eyvindur G. Gunnarsson: „Um gengistryggð lán og verðtryggingu“, einkum bls. 317-321.

⁶ Alþt. 2000-2001, A-deild, bls. 3686-3687.

⁷ Samkvæmt lokamálslið 2. gr. laga nr. 38/2001 er þó ávallt heimilt að vikja frá lögum til hagsbóta fyrir skuldara. Í atkvæði meirihluta dómenda í dómi réttarins 15. júní 2012 í máli nr. 155/2011 sagði þó um viðbáur lánveitanda reistar á nefndu ákvæði: „Um þetta verður að gæta að því að reynslan sýnir ekki aðeins þegar til lengri tíma er litið að gengi íslensku krónunnar hefur farið lækkandi miðað við gengi algengustu erlendu gjaldmiðla, heldur einnig að þessar gengisbreytingar hafa á stundum komið í stökum og ekki verið fyrir sjáanlegar með löngum fyrirvara. Láni í íslenskum krónum til fimm ára,

sem bundið var við gengi erlendra gjaldmiðla, fylgdi því augljóslega töluverð áhætta, sem síðar kom í ljós að var í hæsta máta raunhæf, hvað sem leið reynslu af gengisviðmiðun á nákvæmlega fimm ára tímabili fyrir lántökuna með samningnum 30. mars 2007. Ekki verður litið svo á að fullnægt sé fyrrgreindu skilyrði um að vikja megi frá ákvæðum laga nr. 38/2001 til hagsbóta skuldara ef það frávik felur í sér slíka raunhæfa og verulega áhættu hans. Að öllu þessu virtu er þessi málsástæða söknaðila því haldlaus. Samkvæmt þessu verður niðurstaða hins kærða úrskurðar staðfest.“

⁸ Sjá hér dóma Hæstaréttar í málum nr. 92/2010 og 153/2010, sbr. einnig dóm Hæstaréttar 20. október 2011 í máli nr. 282/2011 og dóm Hæstaréttar 24. maí 2012 í máli nr. 652/2011, en í öllum þessum málum reyndi á hvort samningur væri um lán eða leigu.

bundnar erlendum/innlendum myntum í eftirfarandi hlutföllum og taka mið af þeim á hverjum tíma: USD 15%, JPY 10%, EUR 20%, CHF 5%, ISK 50%. Gengi/vísitala gjaldmiðla miðast við útborgunardag samnings.“

Í forsendum Hæstaréttar í fyrra málinu var sérstaklega til þess vísað að samningur aðilanna bæri skýrlega með sér að hann væri um lán í íslenskum krónum en fjárhæðin, sem ákveðin var í þeirri mynt, væri bundin við gengi tveggja erlendra mynta í þar greindum hlutföllum. Kaupverð bifreiðarinnar, sem samningurinn snerist um, væri jafnframt tilgreint í íslenskum krónum og mánaðarlegar greiðslur í 84 mánuði ákveðnar í sama gjaldmiðli. Berum orðum kæmi fram í skilmálum með samningnum að íslensk fjárhæð hvernar afborgunar ætti að breytast eftir gengi á þeim erlendu myntum, sem mið var tekið af, og sagði að auki í texta samningsins að hann væri „100% gengistryggður“. Af þessum sökum væri ótvírætt að samningur aðilanna væri um skuldbindingu í íslenskum krónum og félli hann því undir reglur VI. kafla laga nr. 38/2001. Áþekkar forsendur má finna í málinu nr. 153/2010.

Af þessum dómum má því draga þá ályktun að bendi orðalag lánsamnings eindregið til þess að skuldbindingin sé gengistryggð, þá standi líkur til þess að slík skuldbinding verði talin vera um lán í íslenskum krónum sem taki breytingum eftir gengi erlendra gjaldmiðla og brjóti þannig í bága við reglur VI. kafla laga nr. 38/2001. Á hinn bóginn kom fram í forsendum beggja dómanna að skuldbinding í erlendum gjaldmiðli færi ekki gegn ákvæðum 13. og 14. gr., sbr. 2. gr. laga nr. 38/2001.

Líkt og áður greinir þá verður ráðið af lögskýringargögnum að ætlun löggjafans með lögum nr. 38/2001 var að fella niður

heimildir til að binda skuldbindingar í íslenskum krónum við gengi erlendra gjaldmiðla og heimila einungis að þær yrðu verðtryggðar á þann hátt sem í 14. gr. laganna segir. Með hliðsjón af því vægi sem undirbúningsgögn með lagasetningu hafa oft notið að íslenskum rétti og gagnályktun frá orðalagi 14. gr. laganna þarf í sjálfu sér ekki að koma sérstaklega á óvart að dómstólar líti svo á, að sé skuldbinding að sönnu gengistryggð þá fái hún ekki samrýmst ákvæðum VI. kafla laga nr. 38/2001.⁹ Tilgreining lánskuldbindingarinnar virðist þannig vega hér þyngst á metum þegar kemur að túlkun og ekki fallist á mótbárur á borð við ætlaðan vilja beggja samningsaðila, að skuldbinding hafi í reynd, og til samræmis við tilgreiningu vaxta, verið í erlendum gjaldmiðlum o.þ.u.l.

2.4. Skuldbindingar tilgreindar sem

jafnvirði fjárhæðar í íslenskum krónum

Þær skuldbindingar sem tilgreindar eru sem jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skulu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri erlendar myntir (um eina mynt getur líka verið að ræða) hafa eflaust valdið mestum lögfræðilegum vafa. Á slíkar skuldbindingar hefur meðal annars reynt í dómum Hæstaréttar frá 14. febrúar 2011 í málum nr. 603/2010 og 604/2010, 8. mars 2011 í málum nr. 30/2011 og 31/2011, 9. júní 2011 í máli nr. 155/2011, 11. júní 2012 í máli nr. 332/2012, 15. júní 2012 í máli nr. 3/2012, 25. október 2012 í máli nr. 19/2012, 1. nóvember 2012 í máli nr. 66/2012 og 13. desember 2012 í máli nr. 693/2012.

Þótt skuldbindingar þær, sem á reyndi í málum nr. 603/2010 og 604/2010, hafi verið tilgreindar sem jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skyldu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri

⁹ Um vægi undirbúningsgagna við lögskýringu, út frá íslenskri réttarframkvæmd, sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson: Lögskýringar, bls. 49 o.áfr., og Róbert R. Spanó: Túlkun lagaákvæða, bls. 93 o.áfr.

erlendar myntir reyndi ekki sérstaklega á það atriði í málunum, a.m.k. ekki með áþekktum hætti og í síðari málum, þar sem orðalag samninganna var að öðru leyti talið vera með þeim hætti að um lán í íslenskum krónum bundið við gengi erlendra gjaldmiðla væri að ræða.¹⁰

Í dómi Hæstaréttar frá 9. júní 2011 í máli nr. 155/2011 í svonefndu „Motormaxmáli“, en rétturinn var skipaður sjö dómurum, reyndi á lánsamning hliðstæðan þeim sem á reyndi í málum nr. 30 og 31/2011. Í öllum þessum málum var lánskuldbindingin tilgreind sem jafnvirði fjárhæðar í íslenskum krónum er skyldi skiptast eftir ákveðnum hlutföllum í erlendar myntir, án frekari tilvísunar til hinna erlendu lánsfjárhæða. Þá virtist jafnframt út frá því gengið að skyldur beggja samningsaðila skyldu efndar í íslenskum krónum og sú varð og raunin.

Í atkvæði meirihluta dómenda í málum nr. 30 og 31/2011 hafði verið komist að þeirri niðurstöðu að um lán í íslenskum krónum bundið við gengi erlendra gjaldmiðla væri að ræða. Í báðum málum var þannig staðfest niðurstæða hinna kærðu úrskurða um að vísa málunum frá dómi án kröfu, en í niðurlagi beggja dóma sagði að þar sem lánveitandi ætti enn kröfu á hendur lántaka en krafan

væri á hinn bóginn ekki nægilega reifuð með tilliti til þessa bæri að vísa málinu frá dómi án kröfu.¹¹

Í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar í máli nr. 155/2011 var það niðurstaða meirihluta réttarins að samningur, sem gerður var um „fjölmyntalán til 5 ára að jafnvirði kr. 150.000.000“, eins og sagði í fyrirsögn hans væri um lán í íslenskum krónum, meðal annars með tilliti til þess að fjárhæð hafi ekki verið tilgreind í öðrum gjaldmiðli, lánsféð hafi verið greitt út í íslenskum krónum og afborganir hafi jafnframt átt að inna þannig af hendi, þ.e. skyldur beggja samningsaðila skyldi efna í íslenskum krónum, auk þess sem lítið var til ákvæðis í samningnum um myntbreytingu.

Í sératkvæði þriggja dómenda kvað hins vegar við annan tón og var talið, þ.á m. með tilliti til meginreglu íslensks réttar um frelsi manna til að bindast skuldbindingum með samningum, sem telja verði gilda nema sýnt sé fram á að þeir fari í bága við ófrávikjanlegar reglur í settum lögum, að skuldbindingin væri tilgreind í erlendum myntum.¹²

„Í upphafsákvæði lánsamnings Landsbanka Íslands hf. og Motormax ehf. 30. mars 2007 er sagt að hann sé „um fjölmyntalán til 5 ára að jafnvirði

10 Í máli nr. 603/2010 er meðal annars að finna eftirfarandi lýsingu á lánsamningi þeim sem þrætt var um: „Svo sem nánar greinir í hinum kærða úrskurði er sóknaraðili einkahlutafélag, í eigu hjóna, sem tók lán hjá varnaraðila til húsnæðiskaupa í maí 2007. Veðskuldabréf, sem gefið var út í tilefni af lánveitingunni, bar fyrirsögnina „Veðskuldabréf: Fasteignalán í erlendri mynt“ og áritunina „Skuldabréfið er gengistryggt, með breytilegum LIBOR vöxtum og jöfnum afborgunum.“ Lánsfjárhæð skuldabréfsins er tiltekin fjárhæð í íslenskum krónum, en tekið fram að hún sé „jafnvirði“ nánar tilgreindra erlendra mynta í hlutföllum sem þar greinir. Í 2. gr. skuldabréfsins er meðal annars kveðið á um að lánið sé „bundið sölugengi Seðlabanka Íslands á ofangreindum myntum. Höfuðstóll skuldarinnar breytist í hlutfalli við breytingar á sölugengi hvernar myntar eins og það er á útborgunardegi til fyrsta gjalddaga, og síðan í hlutfalli við breytingar á sölugengi myntanna milli gjalddaga. ...“ Í máli nr. 604/2010 var lánsamningur þeim, sem á reyndi, meðal annars lýst svofellt: „Skuldabréfin bera öll fyrirsögnina „Veðskuldabréf: Fasteignalán í erlendri mynt“ og áritunina „Skuldabréfið er gengistryggt, með breytilegum LIBOR vöxtum og jöfnum afborgunum.“ Lánsfjárhæð skuldabréfanna er tiltekin fjárhæð í íslenskum krónum, en tekið fram að hún sé

„jafnvirði“ nánar tilgreindra erlendra mynta í hlutföllum sem þar greinir. Í 2. gr. skuldabréfanna er meðal annars kveðið á um að lánið sé „bundið sölugengi Seðlabanka Íslands á ofangreindum myntum. Höfuðstóll skuldarinnar breytist í hlutfalli við breytingar á sölugengi hvernar myntar eins og það er á útborgunardegi til fyrsta gjalddaga, og síðan í hlutfalli við breytingar á sölugengi myntanna milli gjalddaga.“

11 Sjá hins vegar til samanburðar dóm Hæstaréttar í málinu nr. 92/2010 þar sem lántaki var sýknaður með þeim rökum að lánveitandi hafði ekki gert kröfu til vara um að lántaki yrði dæmdur til að greiða sér tiltekna fjárhæð, sem kynni að standa eftir af skuld hans án þess að fjárhæð hennar væri reiknuð með tilliti til bindingar við gengi erlendu gjaldmiðlanna, sem um ræddi í samningi þeirra. Hefur eftir atvikum ekki legið skýrt fyrir að lántaki stæði eftir sem áður í skuld við lánveitanda, líkt og háttáði hins vegar til í málunum nr. 30 og 31/2011.

12 Um meginreglu íslensks réttar um frelsi manna til að bindast skuldbindingum með samningum, sem telja verði gilda nema sýnt sé fram á að þeir fari í bága við ófrávikjanlegar reglur í settum lögum, sjá t.d. Páll Sigurðsson: Samningaréttur, bls. 25 o.áfr.

kr. 150.000.000, -Krónur eitthundrað og fimmtíu milljónir 00/100, í neðanskráðum myntum og hlutföllum: CHF 25% JPY 15% USD 35% EUR 25%. Fjárhæð hvers gjaldmiðils ákvarðast þó ekki fyrr en einum virkum bankadegi fyrir útborgunardag lánsins. Skuldin verður þá eftirleiðis tilgreind með fjárhæð þeirra erlendu mynta eða jafngildi þeirra í öðrum erlendum myntum. Greiði lántaki afborganir, vexti og dráttarvexti eða aðrar greiðslur í íslenskum krónum skal hann greiða samkvæmt sölugengi bankans á gjalddaga.“ Samkvæmt þessum texta lánessamningsins var hér veitt lán í hinum erlendu gjaldmiðlum, þó að fjárhæð þess hafi verið ákveðin sem jafnvirði tilgreindrar fjárhæðar í íslenskum krónum. Leikur ekki vafi á því í málinu að vilji aðila hafi við samningsgerðina staðið til þess að haga skuldbindingu varnaraðila með þessum hætti.“

Athyglisvert er að bera saman túlkun meiri- og minnihluta réttarins á hinu svonefnda jafnvirðisorðalagi sem á reyndi. Minnihlutinn virðist þeirrar skoðunar, að sé það túlkað eftir hljóðan þess, þá sé skuldbindingin að sönnu í erlendum gjaldmiðlum og vísar jafnframt til þess að ekki leiki vafi á að vilji aðila hafi staðið til þess að skuldbindingin væri að sönnu í erlendum gjaldmiðlum. Meirihlutinn er hins vegar annarrar skoðunar og virðist ekki fallast á að tilgreining skuldbindingar með þessum hætti taki af öll tvímæli um hvers efnis skuldbindingin sé. Þegar horft sé síðan til þess að efnidir aðalskyldna aðila fóru fram í íslenskum krónum bendi það eindregið til þess að skuldbindingin hafi í reynd verið í íslenskum krónum en ekki í erlendum gjaldmiðlum.

Í dómi Hæstaréttar frá 15. júní 2012 í máli nr. 3/2012, sem var einnig skipaður sjö dómurum, reyndi enn á ný á skuldbindingu sem tilgreind var sem jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skyldu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri erlendar myntir. Málflutningur aðila snerist

einkum um það hvort atvik væru með svo áþekktum hætti og í máli nr. 155/2011 að dómur í því máli hefði fordæmisgildi. Í dómi meirihluta fjögurra dómenda sagði að úrlausn ágreinings aðila réðist öðru fremur af skýringu á texta lánessamningsins. Við skýringuna bæri að hafa í huga meginreglu íslensks réttar um frelsi manna til að bindast skuldbindingum með samningum. Var síðan vikið að því að samningurinn, sem þrætt var um, væri í nokkrum veigamiklum atriðum frábrugðinn þeim sem fjallað var um í máli nr. 155/2011. Á forsiðu væri hann nefndur „Lánessamningur í erlendum myntum“, en svo væri ekki í fyrra málinu. Á hinn bóginn væri í báðum tilvikum um að ræða lán „að jafnvirði íslenskar krónur“ með tiltekinni fjárhæð, sem væri eina tilgreiningin á fjárhæð lánsins, en hvergi væri getið um hana í erlendum gjaldmiðlum, heldur aðeins hlutföll þeirra og miðun við virði íslensku krónunnar á tilteknum degi.

Sagði síðan að líta yrði svo á að í dómi í máli nr. 155/2011 hafi sú vísun til erlendra gjaldmiðla ein og sér ekki verið talin nægileg til þess að lánið teldist vera í þeim og yrði að gæta að því hvernig skyldur samningsaðila voru efnidar. Í máli þessu væri lánsfjárhæðin við útborgun lögð inn á gjaldeyrisreikninga í þeim erlendu gjaldmiðlum sem lánessamningur þeirra kvað á um. Greiðsla afborgana og vaxta fór einnig fram með því að gjaldeyrisreikningar lántaka voru skuldfærðir fyrir viðkomandi fjárhæðum hverju sinni. Samningsaðilarnir efndu því báðir skyldur sínar með því að fjárhæðir í erlendum gjaldmiðlum skiptu um hendur.

Síðan sagði:

„Þessu til samræmis og með vísan til röksemda, sem fram hafa komið í fyrrgreindum dómum Hæstaréttar, verður að líta svo á að hér hafi verið um að ræða lán í erlendum gjaldmiðlum og skiptir þá engu í hvaða tilgangi varnaraðili tók það. Svo sem meðal annars kom fram í dómum

Hæstaréttar 16. júní 2010 í málum nr. 92/2010 og 153/2010 falla lán í erlendum gjaldmiðlum ekki undir reglur um heimildir til verðtryggingar lánsfjár í íslenskum krónum í VI. kafla laga nr. 38/2001. Verður því ekki fallist á með varnaradila að málið sé vanreifað af hendi sóknaraðila.“

Verður ekki annað séð en að þau sjónarmið, sem látin eru ráða för við mat á lögmæti láns-skuldbindingarinnar, séu í meginatriðum hin sömu og lögð voru til grundvallar í dómi réttarins í máli nr. 155/2011. Á hitt er þó að líta að þeir þrír dómáramur sem skiluðu sératkvæði, sem skipuðu ásamt einum öðrum meirihluta réttarins í máli nr. 155/2011, töldu að fyrirtalin atriði, þ.á. m. efndir skyldna aðila, fengju ekki breytt því „eðli“ lánsins að það hafi verið í íslenskum krónum, heldur bentu þau til þess að málsaðilar hefðu komið sér saman um að klæða lánið í búning erlends láns enda hafi lánskjör slíkra lána verið hagstæðari en lána í íslenskum krónum á þeim tíma sem samningurinn var gerður. Virtist því, samkvæmt atkvæði minnihlutans, einu gilda þótt efndir aðalskyldna aðila hefðu farið fram í erlendum gjaldmiðlum.

Í dómi Hæstaréttar frá 1. nóvember 2012 í máli nr. 66/2012 reyndi á láns-samning sem var í öllum helstu atriðum áþekkur þeim sem var til umfjöllunar í máli nr. 3/2012. Í dómnum sagði að hér yrði, og á sama hátt og í máli nr. 3/2012, sbr. og dóm Hæstaréttar 9. júní 2011 í máli nr. 155/2011, að gæta að því hvernig háttáð var ákvæðum samningsins um efndir aðilanna og hvernig að þeim var staðið í raun. Sýnt þótti að fé í erlendum gjaldmiðlum skipti í reynd um hendur þegar lánveitandi efndi aðalskyldu sína samkvæmt láns-samningnum. Eftir því, sem ráðið yrði af gögnum málsins, hafi lántaki á hinn bóginn ekki greitt afborganir af skuld sinni með fé í sömu erlendu gjaldmiðlum. Að því yrði þó að gæta að eftir hljóðan láns-samningsins bar að endurgreiða lánið „í þeim gjaldmiðlum sem það samanstendur

af“, bankanum var heimilt að skuldfæra meðal annars gjaldeyrisreikninga lántaka fyrir afborgunum og hann hafði jafnframt skuldbundið sig til að eiga þar ávallt innstæðu í því skyni. Samkvæmt þessu yrði að líta svo á að í samningnum hafi verið gengið út frá því að fé í erlendum gjaldmiðlum myndi einnig skipta um hendur við efndir lántaka á aðalskyldu sinni, þótt svo hafi ekki farið í raun. Að þessu öllu virtu yrði að leggja til grundvallar að lánið hafi verið í erlendum gjaldmiðlum.

Af forsendum dómsins verður þannig ráðið að þótt önnur aðalskyldan, hér efndir lántaka, hafi ekki verið efnd í erlendum gjaldmiðlum þá fékk það því ekki breytt að lánið taldist eftir sem áður gilt lán í erlendum gjaldmiðlum. Er það því ekki skilyrðislaus krafa að skyldur beggja samningsaðila séu efndar með þeim hætti að erlendar myntir skipti um hendur.

Samandregið, sbr. einnig umfjöllun hér síðar, virðist því mestu skipta við mat á lögmæti láns-skuldbindingar með jafnvirðisorðlagi, þar sem finna má tilvísun til erlendra gjaldmiðla, hvort efndir aðalskyldna aðila, báðar eða a.m.k. önnur, fari fram í erlendum gjaldmiðlum.

Að síðustu má hér nefna þrjá aðra hæstaréttardóma sem falla að rökstuðningi Hæstaréttar í ofangreindum dómum. Í fyrsta lagi dóm Hæstaréttar 11. júní 2012 í máli nr. 332/2012, þar sem frávisunarúrskurði héraðsdóms, sem byggði á því að um lán í íslenskum krónum væri að ræða, var hrundið með vísan til þess að í beiðni lántaka um útborgun lánsins var þess óskað að það yrði greitt út í evrum og fjárhæðin lögð inn á tilgreindan gjaldeyrisreikning hans. Á skjali, sem bar yfirskriftina „Kaupnóta láns-samnings“, kom fram að heildarlánsfjárhæð væri 680.040 evrur að meðtöldu lántökugjaldi, 3.400,20 evrur, og væru 676.639,80 evrur lántakanda til ráðstöfunar. Þá lægi fyrir í málinu „Gjaldeyrisþöntun“ þar sem

heilðarfjárhæð láns var tilgreind 680.040 evrur. Voru 676.639,80 evrur lagðar inn á gjaldeyrisreikning lántaka og hafði þá verið tekið tillit til kostnaðar að fjárhæð 3.400,20 evrur, eins og segir í forsendum dóms Hæstaréttar.¹³ Í öðru lagi má nefna dóm Hæstaréttar frá 25. október 2012 í máli nr. 19/2012, þar sem lán var talið vera í erlendum myntum einkum með vísan til þess að í lánsamningnum hafi verið gengið út frá því að erlendir gjaldmiðlar myndu skipta um hendur og svo hafi farið í raun. Loks má nefna dóm Hæstaréttar frá 11. október 2012 í máli nr. 467/2011 þar sem talið var að með því að hagnýta sér heimild til yfirdráttar á gjaldeyrisreikningi stofnaði lántaki til skuldar í mynt viðkomandi reiknings. Skipti þá engu þótt útborgun af reikningnum í bandaríkjadólu hafi verið ráðstafað til að greiða skuld í íslenskum krónum í öðrum viðskiptum.¹⁴

2.5. Skuldbindingar tilgreindar í erlendum gjaldmiðlum

Loks kemur til álita sú tegund lánskuldbindinga þar sem þær skuldbindingar, sem um er deilt, eru tilgreindar í erlendum gjaldmiðlum, þ.e. höfuðstóll lánskuldbindingar í hlutaðeigandi gjaldmiðli er sérstaklega tilgreindur, í stað þess að skuldbinding sé eingöngu tilgreind ýmist sem tiltekin fjárhæð í íslenskum krónum eða jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skulu eftir ákvæðnum hlutföllum í tvær eða

fleiri erlendar myntir (um eina mynt getur líka verið að ræða).

Á slíka skuldbindingu reyndi fyrst í dómi Hæstaréttar frá 3. nóvember 2011 í máli nr. 520/2011, en héraðsdómur hafði vísað frá dómi af sjálfsdáðum kröfu lánveitandans á þeim grunni að skuldbinding sú, sem málsóknin var reist á, innihéldi ólögmæta gengistryggingu.

Í forsendum hins kærða úrskurðar má meðal annars finna eftirfarandi lýsingu á skuldbindingu þeirri sem þrætt var um: „Samkvæmt ákvæðum skuldabréfsins viðurkennir stefndi að skulda forvera stefnanda „eftirfarandi erlendar fjárhæðir eða jafngildi þeirra í öðrum erlendum myntum eða mynteiningum, sem birtar eru í almennri gengistöflu Glitnis banka hf., eða í íslenskum krónum: CHF 175.341, JPY 17.816.567. Jafnvirði í íslenskum krónum 17.250.000.“ Á skuldabréfinu er bankareikningurinn 537-26-11129 tilgreindur, bæði sem ráðstöfunar- og skuldfærslureikningur vegna lánsins, en reikningurinn ber með sér að vera tækkareikningur í íslenskum krónum.“ Var þannig, samkvæmt efni skuldabréfsins, jafnframt ráðgert að skyldur beggja sammingsaðila skyldu efnar í íslenskum krónum.

Í forsendum hins kærða úrskurðar var talið, meðal annars með vísan til dómaframkvæmdar Hæstaréttar, að um væri að ræða lán í íslenskum krónum. Hæstiréttur felldi hinn kærða úrskurð úr gildi og lagði fyrir héraðsdóm að taka málið til efnis meðferðar. Meðal annars kæmi fjárhæð skuldbindingar samkvæmt bréfinu í erlendum gjaldmiðlum skýrt fram

13 Sjá og dóm Hæstaréttar 13. desember 2012 í máli nr. 693/2012 þar sem lánsamningur, sambærilegur þeim sem til úrlausnar var í dómi réttarins í máli nr. 332/2012, var talinn fela í sér gengistryggt lán, en í forsendum dómsins sagði: „Lánsamningur aðila er um margt líkur þeim lánsamning sem fjallað var um í dómi réttarins 11. júní 2012 í máli nr. 332/2012 en í því máli var lagt til grundvallar að um hafi verið að ræða gilt lán í erlendra mynt. Auk ofangreindra ákvæða lánsammings lá fyrir í því máli „kaupnóta lánsammings“ þar sem fram kom heildarlánsfjárhæð í evrum og skjal sem bar yfirskriftina „gjaldeyrispöntun“ með sömu tilgreiningu lánsfjárhæðarinnar í evrum. Þá var fjárhæð lánsins lögð inn á gjaldeyrisreikning ... Sambærileg skjöl og upplýsingar og að framan greinin liggja ekki fyrir um samning þann sem um

ræðir í þessu máli. Þannig kemur hvergi fram í samningnum eða öðrum gögnum málsins að lánið hafi verið tekið eða greitt út í erlendum gjaldmiðlum og hefur varnaraðili með öllu látið hjá liða að leiða þetta í ljós. Verður því að leggja til grundvallar að samningurinn hafi verið um lán að fjárhæð 120.500.000 íslenskar krónur.“ Sjá og dóm Hæstaréttar 17. janúar 2013 í máli nr. 386/2012 þar sem einu gildi þótt hinna erlendu fjárhæða væri getið í „lánsúmsókn“, þar sem hvergi var vísað til hennar í lánsamningi þeim sem um var þrætt.

14 Af dómum Hæstaréttar, sbr. t.d. dóma réttarins í málum nr. 3/2012 og máli nr. 66/2012, verður jafnframt ráðið að ekki skipti sköpum í hvaða tilgangi lántaki stofnaði til lánskuldbindingar, þ.á m. hvort ætluin hafi verið að ráðstafa lánsfjárhæðinni til að mæta skuldbindingu í íslenskum krónum.

þar sem greind væri fjárhæð skuldar. Fyrri dómur Hæstaréttar væru því ekki fordæmi fyrir ólögmati þeirrar skuldbindingar sem á reyndi.

Á nokkuð áþekkar skuldbindingar reyndi í dómum Hæstaréttar frá 23. nóvember 2011 í málum nr. 551/2011 og 552/2011. Báðum málum hafði verið vísað frá héraðsdómi án kröfu með rökstuðningi áþekktum forsendum hins kærða úrskurðar í málinu nr. 520/2011.

Í forsendum hins kærða úrskurðar í máli nr. 551/2011 sagði að fjárhæð lánsins hafi verið tilgreind sem jafnvirði tiltekinnar fjárhæðar í íslenskum krónum, en ekki yrði séð að nauðsyn hefði borið til þess, ef lánuð hefðu verið japönsk jen. Ekki lægju fyrir gögn um það hvernig lánið var greitt út, en hins vegar heimilaði lántaki að tiltekinn reikningur hans í íslenskum krónum yrði skuldfærður. Samkvæmt þessu yrði ekki annað séð en að aðilar málsins hefðu samið um lán í íslenskum krónum sem skyldi sömuleiðis endurgreiða í íslenskum krónum.

Í dómi Hæstaréttar, en einn hinna fimm dómenda skilaði sératkvæði, var hinn kærði úrskurður felldur úr gildi með svofelldum rökstuðningi:

„Í máli þessu krefst sóknaraðili greiðslu úr hendi varnaraðila á gjaldföllnum höfuðstól lánsins samkvæmt samningnum ásamt vöxtum og reisir kröfu sína á því að skuldbinding varnaraðila hafi verið ákveðin í japönskum jenum. Með skirskotun til þess að heiti samningsins ber með sér að um sé að ræða skuldbindingu í erlendri mynt og enn frekar að þar er hún nákvæmlega tilgreind í hinum erlenda gjaldmiðli, þótt vísað sé til jafnvirðis hennar í íslenskum krónum, eru áðurgreindir dómur Hæstaréttar ekki fordæmi fyrir ólögmati skuldbindingarinnar. Í þeim málum, sem þar var leyst úr, var þessu ólíkt farið að því leyti að þær skuldbindingar, sem krafist var efnda á, voru ekki tilgreindar í erlendum gjaldmiðlum, heldur ýmist sem tilteknar fjárhæðir í íslenskum krónum eða jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast

skyldu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri erlendar myntir.

Samkvæmt þessu og með vísan til dóms Hæstaréttar 3. nóvember 2011 í máli nr. 520/2011 verður hinn kærði úrskurður felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdóm að taka málið til meðferðar lögum samkvæmt.“

Af röksemdum dómsins má þannig ráða að tilgreining lánskuldbindingarinnar sjálftrar skipti mestu við úrlausn á því, hvort um sé að ræða skuldbindingu í íslenskum krónum eða erlendum gjaldmiðli eða gjaldmiðlum, og þá einkum hvort höfuðstóll hinna erlendu lánsfjárhæða sé tiltekinn. Slik skuldbinding geti talist vera í erlendum gjaldmiðlum enda þótt efndir fari í reynd fram í íslenskum krónum.

Niðurstaðan í máli nr. 552/2011 var með áþekktum hætti, en af forsendum hins kærða úrskurðar í því máli virðist mega ráða að báðir aðilar hafi efnt samningsskyldur sínar í íslenskum krónum.

Framangreindir dómur eiga það sammerkt að ekki var sótt þing af hálfu stefnda í héraði og málin því tekin til dóms í þeim búningi sem þau voru, sbr. 1. mgr. 96. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Svo sem fram kemur í forsendum í málum nr. 551/2011 og 552/2011 bar héraðsdómara að dæma málið eftir kröfum og málalíbúnaði stefnanda að því leyti sem samrýmanlegt var framkomnum gögnum nema gallar væru á málinu sem vörðuðu frávisun þess án kröfu. Þrátt fyrir útivist bar dómara ennfremur að kanna hvort lagastoð væri fyrir kröfu stefnanda og kæmi það atriði því til skoðunar fyrir Hæstarétti. Með tilliti til þessa standa rök til þess að líta svo á að þessir dómur hafi vissst fordæmisgildi þrátt fyrir að útivist hafi orðið í héraði. Er þá jafnframt til þess að líta að í öllum þessum málum var dómurinn skipaður fimm dómendum, sem heyrir til undantekninga í kærumálum, röksemdir réttarins voru skýrar og afdráttarlausar auk

þess sem sérstaklega var vísað til fyrri dóms Hæstaréttar í málinu nr. 520/2011.

Í dómi Hæstaréttar 7. júní 2012 í máli nr. 524/2011, sem skipaður var sjö dómendum, en hér var ekki um kærumál að ræða, reyndi á láns-skuldbindingu þar sem tilgreiningin var með nokkuð áþekkingum hætti og í máli nr. 520/2011. Í dómi Hæstaréttar sagði að við úrlausn þess hvort um gilt lán í erlendum gjaldmiðlum væri að ræða eða ólögmætt gengistryggt lán í íslenskum krónum væri fyrst að líta til heitis skuldabréfsins en fyrirsögn þess væri: „Skuldabréf í erlendum gjaldmiðlum.“ Í öðru lagi að lánsfjárhæðin væri samkvæmt orðalagi skuldabréfsins fyrst tilgreind í þremur erlendum gjaldmiðlum, svissneskum frónkum, japönskum yenum og evrum, og síðan jafnvirði lánsins í íslenskum krónum. Í þriðja lagi væru vextir samkvæmt skuldabréfinu til samræmis við að um erlent lán væri að ræða tilgreindir Libor og Euriborvextir. Í fjórða lagi bæri að líta til skilmálabreytingar, en fyrirsögn hennar væri: „Skilmálabreyting skuldabréfs í erlendum myntum/mynteiningum“ og væri jafnvirðisfjárhæðar í íslenskum krónum þar ekki getið. Þegar framangreind atriði væru virt yrði lagt til grundvallar að hér hafi verið tekið gilt lán í hinum tilgreindu erlendu gjaldmiðlum.

Eins og í fyrri dómum er hér vísað til tilgreiningar láns-skuldbindingar í hinum erlendu gjaldmiðlum, en fleiri atriði þó jafnframt talin renna stöðum undir að um gilt lán í erlendum gjaldmiðlum sé að ræða.

Loks skal vísað til dóms Hæstaréttar frá 27. september 2012 í máli nr. 50/2012. Í því máli var lánsfjárhæðin tilgreind í erlendum gjaldmiðlum, en jafnframt kveðið á um að lántaki veitti lánveitanda heimild til að skuldfæra reikning sinn í íslenskum krónum hjá lánveitanda fyrir afborgunum, vöxtum, gengismun, verðbótum, dráttarvöxtum og hvers konar kostnaði, þar með talið innheimtukostnaði, á gjalddögum lánsins, svo sem nánar má ráða af forsendum hins

áfrýjaða dóms. Var láns-skuldbinding þessi talin vera í erlendum myntum.

Í öllum þessum málum, líkt og í dómum Hæstaréttar í málum nr. 92/2010 og 153/2010, hvílir megináherslan á tilgreiningu láns-skuldbindingar. Hér háttar hins vegar svo til að í stað þess að skuldbinding sé tilgreind sem „gengistrygð“ þá er hún tilgreind í erlendum gjaldmiðlum. Slíkar skuldbindingar, þ.e. í erlendum gjaldmiðlum, eru ekki ósamþýðanlegar lögum nr. 38/2001, svo sem fyrr er rakið og fram kom í málum nr. 92/2010 og 153/2010. Með tilliti til þeirrar áherslu sem hvílir á tilgreiningu skuldbindingar samkvæmt hljóðan hennar virðist fullt samhengi vera á milli þessara dóma.

2.6. Samandregnar áhyktanir af dómaframkvæmd

Með tilliti til fyrirbyggjandi dómaframkvæmdar Hæstaréttar fram til dagsins í dag virðist mega ráða að ef höfuðstóll lánsins er tilgreindur í erlendum myntum þá standa líkur til þess að um gilt lán í erlendum gjaldmiðlum sé að ræða og gildir þá jafnframt einu þótt samningsaðilar hafi efnt skyldur sínar í íslenskum krónum. Tilgreining láns-skuldbindingarinnar sjálfrar skipti þannig mestu við úrlausn á því hvort um sé að ræða skuldbindingu í íslenskum krónum eða erlendum gjaldmiðli eða gjaldmiðlum, og þá einkum hvort höfuðstóll hinna erlendu lánsfjárhæða sé tiltekinn. Virðist þessi niðurstaða jafnframt samþýðanleg lögum nr. 38/2001, enda leggja þau ekki bann við skuldbindingum í erlendum gjaldmiðlum. Sé skuldbindingin á annað borð skýrlega tilgreind í erlendum gjaldmiðlum virðist þannig heldur langsótt, meðal annars með tilliti meginreglunnar um samningsfrelsi, að telja hana allt að einu vera í íslenskum krónum vegna þess eins að andvirði hinna erlendu lánsfjárhæða sé innt af hendi í annarri mynt, hér íslenskum krónum. Slík túlkun fær heldur ekki stöð í

lögum nr. 38/2001.¹⁵

Á sama hátt er ljóst, þ.e. með tilliti til áherslu á tilgreiningu lánskuldbindingar við mat á lögmæti hennar, að ef fjárhæð lánskuldbindingar er tilgreind í íslenskum krónum og hún er jafnframt bundin við gengi erlendra gjaldmiðla þá standa líkur til þess að um ólögmæta gengistryggða lánskuldbindingu sé að ræða. Af lögskýringargögnum virðist enda ljóst, eins og fyrr er rakið, að ætlun löggjafans var að fella niður heimildir til að binda skuldbindingar í íslenskum krónum við gengi erlendra gjaldmiðla.

Sé lánskuldbinding hins vegar orðuð sem jafnvirði fjárhæða í íslenskum krónum er skiptast skulu eftir ákveðnum hlutföllum í tvær eða fleiri erlendar myntir, án þess að fjárhæð lánsins sé tilgreind í hinum erlendu myntum, þá dugir það eitt sér, samkvæmt dómaframkvæmd Hæstaréttar, vart til að lán teljist vera í þeim. Þegar svo háttar til verður því að horfa til annarra þátta, einkum þess hvernig efnidir aðila hafi verið. Hafi báðir aðilar efnt skyldur sínar með greiðslu í erlendum myntum standa rök til þess að líta svo á að um gilt lán í erlendum gjaldmiðlum sé að ræða. Lán getur líka mögulega eftir sem áður talist gilt lán í erlendum gjaldmiðlum þótt önnur aðalskyldan hafi verið efnid í íslenskum krónum. Hér er aðstaðan því sú, samkvæmt dómaframkvæmd, að ólíkt þeim dæmum sem vikið er að hér að ofan þá tekur tilgreining skuldbindingarinnar ekki nægilega af skarið um hvers efnis skuldbindingin raunverulega sé. Þegar svo háttar til verði því, og til samræmis við viðtekinn sjónarmið samningaréttar, að líta til gagna og upplýsinga um tilurð samnings og sérstaklega framkvæmdar hans. Áherslan er því fyrst og fremst á þessi atriði þegar tilgreining lánskuldbindingarinnar tekur ekki nægilega af skarið um efni hennar á annað borð. Á hinn bóginn mætti færa að því

sterk rök, sbr. sératkvæðið í máli nr. 155/2011, að undirgangist lántaki að skulda jafnvirði tiltekinna fjárhæðar í íslenskum krónum í nánar tilgreindum erlendum gjaldmiðli eða gjaldmiðlum, þá sé slík skuldbinding samkvæmt hljóðan hennar að sönnu í erlendum gjaldmiðlum og því eigi ekki að skipta máli með hvaða hætti efnidir aðila fóru fram. Önnur niðurstaða hefur þó orðið ofan á í framkvæmd, líkt og fyrr er rakið.

Að teknu tilliti til framangreinds virðist, samandregið, viss samræmis gæta í réttarframkvæmdinni. Í öllum tilvikum virðist megin áherslan lögð á það hvernig skuldbindingin er tilgreind í lánsamningi. Sé skuldbindingin skýrlega tilgreind, á hvorn veginn sem er, eru líkur til þess að það atriði ráði mestu. Sé tilgreining skuldbindingar hins vegar ekki talin nægilega skýr, líkt og talið hefur verið þegar jafnvirðisorðalag sem vísar til erlendra gjaldmiðla er annars vegar, þá verður að líta til fleiri atriða, einkum þess hvernig skyldur samningsaðila voru efnidar. Auk þess má ætla að önnur atriði á borð við tilurð samningsins, heiti lánskuldbindingar og tilgreining vaxta geti einnig haft þýðingu við matið hverju sinni, þótt þau ráði tæpast úrslitum ein og sér. Þegar öllu er á botninn hvolft verður matið þó eflaust alltaf ákveðið heildarmat.¹⁶

3. NIÐURLAG

Viðbúið er að þó nokkrir dómar til viðbótar eigi eftir að ganga þar sem reyni á ýmis takmarkatilvik í þessu sambandi, svo sem ef lánsfjárhæðar er getið í erlendum myntum í skjölum sem teljast hluti samnings, svo sem útborgunardeiðni, auk þess sem reynt getur á ýmis álítaefni þegar svokölluð „ádráttarlán“ eru annars vegar. Heildarmyndin virðist þó vera að skýrast í öllum meginráttum og er hægt að draga nokkuð skýrar ályktanir af

¹⁵ Um andstæða túlkun að einhverju leyti sjá Eyvindur G. Gunnarsson: „Um gengistryggð lán og verðtryggingu“, bls. 344.

¹⁶ Um túlkun löggæringa almennt sjá Páll Sigurðsson: Samningaréttur, bls. 46.

Þeim dómum sem fallið hafa, a.m.k. þegar lánsamningar, tengd skjöl og framkvæmd aðalskyldna aðila eru í öllum veigamestu þáttum sambærileg þeim tilvikum sem á hefur reynt.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistiðindi.

Ása Ólafsdóttir: „Meginregla íslensks samningaréttar um rangar forsendur og endurreikningur ólögættra gengislána.“ Útljótur, 1. tbl. 2012, bls. 5-24.

Davíð Þór Björgvinsson: Lögskýringar. Reykjavík 2008.

Eyvindur G. Gunnarssonar: „Um gengistryggð lán og verðtryggingu.“ Útljótur, 3. tbl. 2009, bls. 315-349.

Markús Sigurbjörnsson: Einkamálaréttarfar. Reykjavík 1993.

Páll Sigurðsson: Samningaréttur. Reykjavík 1987.

Róbert R. Spanó: Tülkun lagaákvæða. Reykjavík 2007.

Valgerður Sólnes: „Um rétt kröfuhafa til viðbótargreiðslu og þýðing fullnaðarkvittana.“ Rannsóknir í félagsvísindum XII.

Dómar:

Dómur Hæstaréttar 16. júní 2010 í máli nr. 92/2010.

Dómur Hæstaréttar 16. júní 2010 í máli nr. 153/2010.

Dómur Hæstaréttar 16. september 2010 í máli nr. 471/2010.

Dómur Hæstaréttar 14. febrúar 2011 í máli nr. 603/2010.

Dómur Hæstaréttar 14. febrúar 2011 í máli nr. 604/2010.

Dómur Hæstaréttar 8. mars 2011 í máli nr. 30/2011.

Dómur Hæstaréttar 8. mars 2011 í máli nr. 31/2011.

Dómur Hæstaréttar 9. júní 2011 í máli nr. 155/2011.

Dómur Hæstaréttar 20. október 2011 í máli nr. 282/2011.

Dómur Hæstaréttar 3. nóvember 2011 í máli nr. 520/2011.

Dómur Hæstaréttar 23. nóvember 2011 í máli nr. 551/2011.

Dómur Hæstaréttar 23. nóvember 2011 í máli nr. 552/2011.

Dómur Hæstaréttar 15. febrúar 2012 í máli nr. 600/2011.

Dómur Hæstaréttar 24. maí 2012 í máli nr. 652/2011.

Dómur Hæstaréttar 7. júní 2012 í máli nr. 524/2011.

Dómur Hæstaréttar 11. júní 2012 í máli nr. 332/2012.

Dómur Hæstaréttar 15. júní 2012 í máli nr. 3/2012.

Dómur Hæstaréttar 27. september 2012 í máli nr. 50/2012.

Dómur Hæstaréttar 11. október 2012 í máli nr. 467/2011.

Dómur Hæstaréttar 18. október 2012 í máli nr. 464/2012.

Dómur Hæstaréttar 25. október 2012 í máli nr. 19/2012.

Dómur Hæstaréttar 1. nóvember 2012 í máli nr. 66/2012.

Dómur Hæstaréttar 13. desember 2012 í máli nr. 693/2012.



Jón Steinar Gunnlaugsson
Fyrirverandi dómari við Hæstarétt Íslands

ENDURSKOÐUN DÓMS

INNGANGUR

Hinn 30. nóvember 2012 kom út 3. hefti Tímarits lögfræðinga 2012. Þar birtist grein eftir mig undir heitinu „Af hverju voru upplýsingarnar aldrei birtar?“. Í greininni gagnrýndi ég dóm Hæstaréttar 17. febrúar 2012 í máli nr. 279/2011: Ákærvaldið gegn Baldri Guðlaugssyni. Með dómi þessum hafði ákærði verið dæmdur í tveggja ára fangelsi fyrir innherjasvik. Nefnt var meðal annars í grein minni að Baldur hefði verið sakfelldur fyrir annað en það sem ákært var fyrir. Hann hefði í ákæru verið talinn hafa verið „annar innherji“ sbr. 3. tl. 121. gr laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Hæstiréttur hefði hins vegar sakfellt hann sem „tímabundinn innherja“ sbr. 2. tl. sömu lagagreinar.

Sama dag og þetta hefti Tímarits lögfræðinga kom út, 30. nóvember 2012, var í Hæstarétti kveðinn upp dómur í öðru máli, nr. 669/2012. Þar var leyst úr deilu um hvort leita skyldi ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í sakamáli sem til meðferðar var fyrir Héraðsdómi Reykjaness, þar sem ákært var fyrir meint innherjasvik. Það undarlega gerðist nú, að í forsendum þessa nýja dóms var breytt forsendum dómsins í máli Baldurs! Þetta hefur eftir því sem höfundur best veit aldrei gerst áður í sögu Hæstaréttar og er auðvitað með öllu óheimilt. Skal nú leitast við að skýra um hvað málið snýst.

HUGTAKIÐ INNHVERJI OG MÁLIÐ GEGN BALDRI

Baldur Guðlaugsson var sakaður um að hafa misnotað innherjaupplýsingar við sölu á hlutabréfum í Landsbanka Íslands hf. 17. og 18. september 2008.¹ Var hann talinn

hafa fengið upplýsingarnar sem ákæran laut að í starfi sínu sem ráðuneytisstjóri í fjármálaráðuneytinu, einkum í tengslum við setu sína í samstarfshópi um fjármálastöðugleika. Refsiheimild laga nr. 108/2007 er meðal annars bundin við að sakborningur hafi talist vera innherji í skilningi laganna. Í 121. gr. þeirra er kveðið á um hvað átt sé við með innherja:

- „1. fruminnherja, þ.e. aðila sem hefur að jafnaði aðgang að innherjaupplýsingum vegna aðildar að stjórn, rekstri eða eftirliti eða vegna annarra starfa á vegum útgefanda fjármálagerninga,
2. tímabundinn innherja, þ.e. aðila sem telst ekki fruminnherji en býr yfir innherjaupplýsingum vegna eignaraðildar, starfs sins, stöðu eða skyldna, og
3. annan innherja, þ.e. aðila sem hvorki telst fruminnherji né tímabundinn innherji en hefur fengið vitneskju um innherjaupplýsingar, enda hafi viðkomandi vitað eða mátt vita hvers eðlis upplýsingarnar voru.“

Ljóst má vera að hafi yfirleitt verið unnt að telja Baldur Guðlaugsson hafa fengið innherjaupplýsingar í gegnum starf sitt í starfshópnum og sem ráðuneytisstjóri, svo sem ákæran gerði ráð fyrir, hlýti hann að hafa fengið þær í stöðu tímabundins innherja í skilningi 2. tl. að framan. Með öðrum orðum hlaut þá staða hans sem ráðuneytisstjóri og seta hans í starfshópnum að teljast hafa verið grundvöllur innherjastöðu hans. Þetta þýddi að nafn hans bar að taka á innherjaskrá samkvæmt 128. gr. laganna. Ef það hefði verið gert átti hann samkvæmt 129. gr. rétt á að fá tilkynningu um þetta. Þetta

¹ Í grein minni í Tímariti lögfræðinga leiði ég rök að því að upplýsingarnar sem Baldur var sakaður um að hafa misnotað hafi alls ekki verið innherjaupplýsingar. Það fellur utan umræðuefnisins í þessari grein að fjalla frekar um það.

hafði hins vegar ekki verið gert og hann því ekki fengið neina tilkynningu. Líklega er fræðilega hugsanlegt að hann hafi þrátt fyrir þetta getað fengið innherjaupplýsingar sem annar innherji samkvæmt 3. tl., en það gátu þá aldrei verið upplýsingar sem hann fékk vegna stöðu sinnar í starfshöpunum, enda tekið fram í 3. tl. að annar innherji sé sá sem ekki telst tímabundinn innherji auk þess sem fyrr sagði að manni verður ekki refsað sem tímabundnum innherja nema fullnægt hafi verið ákvæðunum um skráningu á innherjaskrá og tilkynningu til mannsins um það.

Sjálfsgagt hefur ákærvaldið áttað sig á því við útgáfu ákæru að ekki væri unnt að ákæra Baldur á þeim grundvelli að hann væri tímabundinn innherji, þar sem nafn hans hafði ekki verið tekið á innherjaskrá. Þess vegna hefur sá kostur verið valinn að reyna að telja hann annan innherja í ákærinni. Þarna var augsýnilega teflt á tæpasta vað, því lagatextinn leyfir varla að maður með stöðu tímabundins innherja samkvæmt 2. tl. 121. gr. geti talist hafa verið annar innherji í skilningi 3. tl. greinarinnar. Kemur þar hvort tveggja til að í texta 3. tl. er, svo sem fyrr var nefnt, tekið fram að annar innherji sé aðili sem ekki teljist tímabundinn innherji. Þar að auki kæmu reglurnar í 129. gr. um rétt tímabundins innherja til tilkynningar að litlu haldi ef unnt væri einfaldlega að sleppa því að virða formreglur 128. – 129. gr. og meðhöndla hann sem annan innherja samkvæmt 3. tl., sem enga tilkynningu fær um stöðu sína.

Í forsendum héraðsdómsins í máli Baldurs var fallist á að hann hefði haft stöðu sem annar innherji í skilningi 3. tl. 1. mgr. 121. gr. laga nr. 108/2007. Við flutning málsins fyrir Hæstarétti snerust varnir af hálfu ákærða auðvitað um þetta. Mun verjandi hans hafa flutt fram ítarlegar varnir sem lutu að því

að ekki væri unnt að staðfesta niðurstöðu héraðsdóms um að Baldur hefði verið annar innherji.

ÚRLAUSNIR Í HÉRAÐI OG HÆSTARÉTTI

Dómur Hæstaréttar féll föstudaginn 17. febrúar 2012. Boðað hafði verið til dómsuppsögu fimmtudaginn 16. febrúar, en á fimmtudögum eru dómur venjulega kveðnir upp í Hæstarétti. Uppkvaðningunni var á síðustu stundu frestað um einn dag. Ekki liggja opinberlega fyrir upplýsingar um ástæður þess. Forsendur dómsins voru að mestu leyti sjálfstæðar² og ítarlegar. Í þeim kafla sem fjallar um stöðu ákærða er sagt að til þess verði að líta að hann hafi búið yfir upplýsingum sem hann hafi fengið á fundum samráðshópsins auk þess sem hann hafi búið yfir upplýsingum sem hann hefði fengið frá Landsbanka Íslands hf. á fundi með bankastjórum 13. ágúst. Einnig hefði hann búið yfir upplýsingum um viðhorf breskra stjórnvalda sem hann hefði fengið á fundi með fjármálaráðherra Bretlands 2. september 2008. Síðan segir: „Að þessu virtu uppfyllti ákærði efnisleg skilyrði til að teljast tímabundinn innherji í skilningi 2. tölulíðar 121. gr. laga nr. 108/2007.“ Hvergi var hér vísað til héraðsdómsins sem hafði, eins og fyrr sagði, talið Baldur falla undir 3. tölulíð ákvæðisins. Engin leið er að skilja þessa úrlausn á annan veg en þann að ákærði hafi verið sakfelldur á þeim grundvelli að hann hafi haft stöðu tímabundins innherja þegar hann seldi hlutabréf sín. Hér má raunar bæta því við að í reifun dómsins, sem Hæstiréttur birtir jafnan um leið og dómurinn er kveðinn upp, stóð: „Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að B hefði verið tímabundinn innherji í skilningi 2. tölulíðar 121. gr. laga nr. 108/2007 um verðbrefaviðskipti.“ Nokkrum

2 Með þessu er átt við að ekki hafi verið vísað til forsendna héraðsdómsins eins og jafnan er gert þegar Hæstiréttur telur það eiga við. Fyrir kom í forsendum Hæstaréttar að vísað væri

til úrlausnar héraðsdóms um afmörkuð atriði. Það var hins vegar ekki gert í því efni sem hér ræðir.

dögum síðar, af hvaða ástæðu sem það hefur verið, var þessum texta í reifuninni breytt og í staðinn sett: „Í dómi Hæstaréttar var fjallað um stöðu B og að hann hefði haft aðgang að upplýsingum frá tilteknum aðilum. Að því virtu var talið að B hefði uppfyllt efnisleg skilyrði til að teljast tímabundinn innherji...“ Athygli vekur að í atkvæði þess dómara sem skilaði sératkvæði er ítarlega fjallað um mismunandi stöðu innherja eftir því hvort þeir teljist tímabundnir innherjar eða aðrir innherjar. Er greinilegt af sératkvæðinu að þessi dómari hefur ekki skilið atkvæði meirihlutans á annan veg en þann að Baldur hafi þar verið sakfelldur sem tímabundinn innherji, eins og meirihlutinn greinilega taldi sjálfur, sbr. reifunina sem fylgdi dómnum.

Hér má bæta því við að með afgreiðslu sinni sem að framan greinir kom Hæstiréttur sér undan því að fjalla um þær varnir sem verjandinn hafði haft uppi gegn því að ákærði hefði haft stöðu annars innherja, því ekki virðist hafa verið talin þörf á að fjalla um þær eftir að komist hafði verið að þeirri niðurstöðu um þetta sem greinir í dómnum.

KÆRA TIL MDE

Strax eftir uppkvaðningu dómsins voru tekin viðtöl við verjanda Baldurs og hann meðal annars spurður hvort til stæði að fara með málið lengra og var þá sýnilega átt við hvort uppi væru ráðagerðir um að kæra meðferð málsins til Mannréttindadómstóls Evrópu. Verjandinn staðfesti að sá möguleiki yrði kannaður. Hinn 2. mars 2012 sendi verjandinn frá sér tilkynningu til fjölmiðla, þar sem skýrt var frá því að Baldur hefði falið honum að senda kæru til MDE. Í tilkynningunni var meðal annars tekið fram að eitt kæruefnið yrði að Baldur hefði verið

ákærður fyrir að hafa verið annar innherji í skilningi laga en sakfelldur fyrir að hafa verið tímabundinn innherji. Þá var sagt svo. „Á þessu tvennu er grundvallarmunur og varnir Baldurs tóku eðlilega mið af því sem ákært var fyrir.“ Í júní 2012 var skýrt frá því í fjölmiðlum að Baldur hefði sent kæru til MDE.³

DÓMUR Í NÓVEMBER

Hinn 30. nóvember 2012 var kveðinn upp dómur í Hæstarétti í málinu nr. 669/2012. Í þessum dómi var leyst úr ágreiningi um hvort óska ætti eftir ráðgefandi álitu frá EFTA-dómstólum í máli sem snerist meðal annars um ætluð innherjasvik. Baldur Guðlaugsson kom þar hvergi nærri svo vitað sé. Dóminn kváðu upp tveir dómamar sem ekki höfðu setið í máli Baldurs í febrúar og svo einn af þeim sem þá höfðu myndað meirihluta dómsins. Í þessum nóvemberdómi getur að líta texta sem getur ekki talist vera annað en breyting á forsendum meirihluta Hæstaréttar í máli Baldurs Guðlaugssonar. Textinn er svohljóðandi: „...er til þess að líta að í dómi 17. febrúar 2012 í máli nr. 279/2011 skýrði Hæstiréttur hugtakið tímabundinn innherji í fyrrnefndum lögum, en ákærði í því máli var talinn uppfylla efnisleg skilyrði þess að teljast tímabundinn innherji.“ Á hinn bóginn kom ekkert fram í því máli að ákærði væri á skrá um tímabundna innherja eins og kveðið er á um í 128. gr. laga nr. 108/2007. Hann fullnægði því ekki formaskilyrðum til þess að teljast tímabundinn innherji, og var niðurstaða héraðsdóms sem taldi ákærða vera annan innherja því staðfest.“

Ég verð að játa að mig rak í rogastans þegar athygli mín var vakin á þessu.⁵ Í feitletraða textanum felst efnislega breyting

³ Hér er rétt að taka fram, þó að ekki skipti máli efnislega, að búið var að breyta ágrípi dómsins á heimasíðu Hæstaréttar á fyrrgreindan hátt þegar fréttatilkynningin birtist 2. mars 2012.

⁴ Fram að þessu er textinn eins og sá sem birtist í forsendum dómsins í máli Baldurs.

⁵ Ég fékk óbein skilaboð um þetta í gegnum son minn frá Baldri Má Helgasyni verkfræðingi. Færi ég honum bestu þakki fyrir glöggskýgnina og ábendinguna.

á forsendunum í máli Baldurs. Með því að gera þetta er freklega brotinn réttur á honum þar sem hann mátti gera ráð fyrir að forsendurnar í upphaflegum dómi væru endanlegar. Raunar hljóta þær að teljast vera það hvað sem þessum yngri dómi líður. Sá dómur fær engu um það breytt. Baldur hefur neytt réttar til að kæra málsmeðferðina til Mannréttindadómstóls Evrópu, meðal annars þá háttsemi að dæma hann fyrir annað en hann var ákærður fyrir. Kannski Hæstaréttur vilji með þessum furðulega hætti styðja við málflutning íslenska ríkisins þar? Mér er nær að halda að aldrei fyrr í sögu Hæstaréttar hafi verið bætt við og þar með breytt forsendum dóms í síðari dómi í máli sem viðkomandi í þokkabót á enga aðild að. Þetta er að sjálfsgöðu með öllu óheimilt. Hæstiréttur getur auðvitað í forsendum dóma sinna fjallað um fordæmisgildi eldri dóma, skýrt hvað í því felist og jafnvel hafnað því að fylgja fordæminu. Það sem hér var gert gengur eins og allir sjá miklu lengra en þetta. Því er beinlínis aukið við forsendurnar að Hæstiréttur hafi staðfest niðurstöðu héraðsdóms um að Baldur hefði haft stöðu annars innherja! Þetta segir hvergi í forsendunum sjálfum í máli Baldurs eins og nauðsynlegt hefði verið og jafnan er gert þegar leyst er úr sakaratriði sem ágreiningi veldur. Raunar er ekki vikið að því einu orði í dómi Hæstaréttar í máli Baldurs að hann hafi verið annar innherji eða dæmdur í héraði sem annar innherji, heldur einungis vikið að innherjastöðu hans með þeim hætti að hann hafi uppfyllt efnisleg skilyrði til þess að teljast tímabundinn innherji. Þeir sem lesa forsendurnar geta ekki annað en skilið úrlausnina svo að ákærði hafi verið sakfelldur sem tímabundinn innherji, enda virðist Hæstiréttur sjálfur hafa skilið dóm sinn þannig, sbr. það sem fyrr sagði um reifunina sem birt var með dómnum og raunar einnig sératkvæðið.

Svo bætist hitt við sem fyrr var sagt. Engin efni geta verið til þess að telja heimilt að hafa

af sakborningi það réttaröryggi, sem lögin kveða á um að tímabundinn innherji skuli njóta, með því að telja hann bara hafa stöðu annars innherja þegar tilkynningarskyldan hefur verið vanrækt. Raunar tilheyrir það skilgreiningu laganna á öðrum innherja að hann sé ekki tímabundinn innherji. Hinar nýju forsendur ganga því heldur ekki upp efnislega. Það sækir að manni sá grunur að dómurum við Hæstarétt hafi verið meira í mun að reyna að „bjarga í horn“ vegna kæru til MDE á augljósu broti réttarins, en að komast að réttri lögfræðilegri niðurstöðu um lögskýringu sem skipta mun máli í lögskiptum milli manna í framtíðinni. Nema lögskýringin sem birtist 30. nóvember eigi aðeins að verða til einna nota?

MEGINATRIÐI MÁLSINS

Gefa má eftirfarandi yfirlit um þessa undarlegu atburðarás:

1. Hæstiréttur kveður upp dóm 17. febrúar 2012. Meirihluti Hæstaréttar kemst að þeirri niðurstöðu að BG hafi uppfyllt efnisleg skilyrði þess að teljast tímabundinn innherji. Í reifun dómsins sem birt er með honum á heimasíðu réttarins eftir dómsuppkvæðningu er þessu lýst með því að segja að Hæstiréttur hafi komist að þeirri niðurstöðu að BG hafi verið tímabundinn innherji. Engin efni voru til að skilja dóminn öðru vísi en svona.

2. Í sératkvæði eins dómaranna er rakið að í ákæru og í dómi héraðsdóms hafi verið á því byggt að BG hafi verið annar innherji og hafi málflutningur ákæruvaldsins og vörn BG tekið mið af því. Dómarinn lýsir sig ósammála meirihluta Hæstaréttar um að álykta að BG hafi uppfyllt skilyrði þess að teljast tímabundinn innherji en byggir afstöðu sína til málsins á því að ekki hafi verið um innherjaupplýsingar að ræða og því þurfi ekki að leysa úr því undir hvorn flokk

innherja BG falli.

3. Strax eftir uppkvaðningu dómsins lá fyrir að BG myndi huga að kæru til MDE. Hinn 2. mars sl. var send út fréttatilkynning um að kært yrði. Tekið var fram að meðal kærufna yrði að BG hefði verið dæmdur fyrir annað en hann var ákærður fyrir.

4. Í dómi Hæstaréttar í alls ótengdu máli, sem kveðinn var upp 30. nóvember 2012, er gerð breyting á forsendum dóms Hæstaréttar í máli BG. Þar segir að niðurstaða héraðsdóms í máli BG, sem hafi talið hann vera annan innherja, hafi verið staðfest í dómnum í máli hans.



Eiríkur Elís Þorláksson
sérfræðingur við Háskólann í Reykjavík.

TJÓN VEGNA MISSIS
HAGNAÐAR VIÐ
VERKFRAMKVÆMDIR. UM
DÓM HÆSTARÉTTAR 20.
SEPTEMBER 2012 Í MÁLI NR.
416/2011.

ÚTDRÁTTUR

Í greininni er sjónum einkum beint að dómi Hæstaréttar frá 20. september 2012 í máli nr. 416/2011: Íslenskir aðalverktakar hf. og NCC International AS gegn íslenska ríkinu. Með dómi Hæstaréttar var íslenska ríkinu gert að greiða félögnum tæplega 260 milljónir kr. auk vaxta. Í aðferð Hæstaréttar við mat á missi hagnaðar fólst að missir hagnaðar var talin samsvara og missi framlegðar. Þá var fremur slakað á sönnunarkröfum um sönnun tjóns. Slíkt verður fremur að telja nýmæli í íslenskum rétti hvað slík mál varðar en það er í samræmi við dómafordæmi í Evrópu í sambærilegum málum. Þá er í greininni vikið að niðurstöðu um upphafsdag dráttarvaxta en höfundur telur að gagnrýna megi niðurstöðu Hæstaréttar um það atriði.

ABSTRACT

In this article the author's focus is mainly on the ruling of the Supreme Court of Iceland on 20 September in case no 416/2011: Íslenskir aðalverktakar hf. and NCC International AS versus Iceland. The court concluded that Iceland should pay the counterparts approximately 260 millions ISK plus penal interests. The court's methodology when determining the companies' loss was based on the assumption that loss of profit was equivalent to gross profit. The author states that the Supreme Court was all but strict on the issue whether the companies satisfied the requirement of proof of their loss. The result was however in accordance with the development in Europe in similar cases. The courts ruling on the commencement date of penal interests should be, is in the author's opinion, disputable.

1. INNGANGUR	35
2. FORSAGAN	35
3. KRÖFUGERÐIN OG GRUNDVÖLLUR HENNA	36
4. DÓMUR HÉRAÐSDÓMS	36
5. DÓMUR HÆSTARÉTTAR	37
6. UM MAT Á MISSI HAGNAÐAR OG SÖNNUNARKRÖFUR SAMKVÆMT DÓMI HÆSTARÉTTAR	38
6.1 Stutt yfirlit um bætur og bótagrundvöll í málum um opinber innkaup	38
6.2 Þýðing þess að búið var að viðurkenna skaðabótaskyldu	39
6.3. Aðferðafræði Hæstaréttar við mat á tjóni	40
6.4. Sönnunarkröfur um fjárhæð tjóns	42
6.5 Dráttarvextir	44
7. LOKAORÐ	44

1. INNGANGUR

Hæstiréttur kvað upp dóm 20. september sl. í máli þar sem deilt var um missi hagnaðar verktaka vegna brots íslenska ríkisins á lögum um opinber innkaup. Um er að ræða *dóm Hæstaréttar nr. 416/2011: Íslenskir aðalverktakar hf. og NCC International AS gegn íslenska ríkinu*. Niðurstaða Hæstaréttar var að Íslenskum aðalverktökum hf. (*hér eftir ÍAV*) og NCC International AS (*hér eftir NCC*) voru dæmdar bætur að fjárhæð 258.955.156 kr. auk dráttarvaxta og málskostnaðar. Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir er sjönnum beint að aðferðafræði Hæstaréttar við mat á missi hagnaðar og hvaða sönnunarkröfur rétturinn gerir í málinu um sönnun tjóns en í afgreiðslu Hæstaréttar á þessum atriðum virðist kveða nokkuð við nýjan tón. Þá verður sjönnum beint að niðurstöðu réttarins um upphafsdag dráttarvaxta en sú niðurstaða kann að vera nokkuð umdeilanleg. Í þessari grein verður forsaga þessa dóms rakin en málið á sér nokkurn aðdraganda, sem rétt er að lýsa samhengisins vegna (kafli 2). Þá verður farið yfir kröfur ÍAV og NCC í málinu og á hverju þær byggðu (kafli 3). Litið verður á rökstuðning bæði héraðsdóms (kafli 4) og Hæstaréttar (kafli 5). Þá verður skoðuð og lýst þeirri aðferðafræði, sem Hæstiréttur viðhafði í málinu, við mat á tjóni, um sönnunarreglur réttarins um tjónið sjálft sem og um dráttarvaxtaákvörðun réttarins (kafli 6). Loks verður farið nokkrum orðum um niðurstöðurnar (kafli 7).

2. FORSAGAN

Málið á rætur að rekja til þess að Vegagerðin efndi á árinu 2002 til forvals um gerð jarðganga, svokallaðra Héðinsfjarðarganga, milli Siglufjarðar og Ólafsfjarðar. Að

undangengnu forvali fengu ÍAV og NCC leyfi til að gera sameiginlega tilboð í verkið en fjórir aðrir aðilar skiluðu einnig inn tilboðum. Tilboð ÍAV og NCC var lægst og var það 3% yfir kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar. Áður en Vegagerðin lýsti afstöðu sinni til tilboðanna ákvað ríkisstjórn Íslands, sumarið 2003, að fresta verkinu þannig að framkvæmdir gætu hafist 2006 og nýtt útboðsferli miðað við það. Var þessi ákvörðun tekin á grundvelli þeirrar skýringar að þensluástand væri í þjóðfélaginu. Tilkynnti Vegagerðin bjóðendum það bréflaga í júlí 2003 að ákveðið hefði verið að hafna öllum tilboðum í verkið. ÍAV og NCC töldu að sú ákvörðun stæðist ekki ákvæði laga nr. 94/2001 um opinber innkaup.¹ Málið kom til kasta kærunefndar útboðsmála á grundvelli XIII. kafla laganna, sem kvað upp þann úrskurð 19. ágúst 2003 að sú ákvörðun Vegagerðarinnar að hafna öllum tilboðum hafi verið ólögmat. Þá féllst kærunefndin á að Vegagerðin væri skaðabótaskyld gagnvart lögstjóðendum, þ.e. ÍAV og NCC, en tók ekki afstöðu til fjárhæðar skaðabóta.

Þrátt fyrir framangreinda niðurstöðu hafnaði Vegagerðin bótaskyldu í málinu. Málið fór því fyrir dómstóla þar sem ÍAV og NCC gerðu viðurkenningarkröfu um skaðabótaskyldu Vegagerðarinnar.² Í dómi Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005 var fallist á þá kröfu ÍAV og NCC að viðurkennd væri skaðabótaskylda Vegagerðarinnar í málinu vegna þeirrar ákvörðunar að hafna tilboði þeirra. Ekkert var fjallað um fjárhæðir skaðabóta í þeim dómi en talið nægjanlega í ljós leitt að tjón hefði orðið. Sagði m.a. í dómi Hæstaréttar að ÍAV og NCC hefðu lagt fram gögn varðandi forsendur þeirra fyrir útreikingi á tilboði þeirra í gerð Héðinsfjarðarganga. Tilboðið

1 Nügilðandi lög nr. 84/2007 um opinber innkaup leystu af hólmi lög nr. 94/2001 um sama efni.

2 Síðara málið var hins vegar höfðað á hendur íslenska

ríkinu en Hæstiréttur gerði í dómi sínum í máli nr. 182/2005 athugasemd við aðild Vegagerðarinnar án þess þó að það varðaði frávisun að mati réttarins.

hafi verið hærra en kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar og í henni hlyti að hafa verið gengið út frá því að væntanlegur verktaki hefði einhvern hagnað af framkvæmd verksins. Hefðu félögin því leitt nægar líkur að því að þau hefðu orðið fyrir tjóni sem 2. mgr. 84. gr. laga um opinber innkaup tæki til. Samkvæmt því ákvæði fer um skaðabótaskyldu og fjárhæðir skaðabóta að meginstefnu til eftir almennum reglum. Ákvæðið og beiting þess í málinu verður nánar rakin hér á eftir.

Sættir um skaðabætur náðust ekki með aðilum og fór svo að félögin höfðuðu í sameiningu mál gegn íslenska ríkinu til greiðslu skaðabóta með stefnu birtri 24. október 2007. Héraðsdómur féll 28. júní 2011 og þar var íslenska ríkið sýknað af öllum kröfum stefnenda. Með dómi Hæstaréttar 20. september sl. í máli nr. 416/2011 féll síðan endanlegur dómur um málið þar sem ÍAV og NCC voru dæmdar bætur úr hendi íslenska ríkisins. Lýtur eftirfarandi umfjöllun að úrlausnum héraðsdóms og Hæstaréttar í málinu.

Rétt er að geta þess að aðrir verktakar en ÍAV og NCC gerðu á endanum samning við Vegagerðina um gerð Héðinsfjardarganga.

3. KRÖFUGERÐIN OG GRUND- VÖLLUR HENNAR

ÍAV og NCC höfðu uppi aðal- og varakröfu til greiðslu skaðabóta í málinu. Báðar kröfurnar voru þannig úr garði gerðar að miðað var við framlegðarmissi, sem félögin byggðu á að þau hefðu orðið fyrir.

Aðalkrafan, að fjárhæð 478.868.309 kr. auk dráttarvaxta, byggði á útreikningi fyrirtækjanna sjálfra á þeim hagnaði, sem þau gerðu ráð fyrir á grundvelli útboðsgagna. Var krafan reiknuð þannig út að gerð var verkáætlun, áætlun um mannafla- og tækjabörf, efniskostnaður metinn og verðtilboð fengin frá undirverktökum. Að því frágengnu gerðu þau lokaverkáætlun,

áætluðu fjármagnskostnað og voru tölur aðlagðar ýmsum áhættuþáttum verksins. Við lokafrágang var álagning, sem var að meðaltali 9,7%, ákvörðuð ofan á raunkostnað. Fjárhæð aðalkröfunnar var því mismunur heildartekna annars vegar og áætlaðs verkkostnaðar hins vegar.

Varakrafa ÍAV og NCC var reist á niðurstöðum matsmanna, sem dómkvaddir voru undir rekstri héraðsdómsmálsins, fjárhæð mats þeirra var samtals 258.955.156 kr.. Matsgerðin í málinu er dagsett 22. október 2009. Til grundvallar matinu lágu sömu tölur og aðalkrafan byggði á. Matsspurningar lutu að því annars vegar hvort verklaun, sem ÍAV og NCC byggðu á að þeim hefði fallið í skaut, væru reiknuð á raunhæfan og eðlilegan hátt. Hins vegar lutu matsspurningar að því hvort kostnaður, sem félögin áætluðu í tilboðsgerðinni við framkvæmdirnar, teldist raunhæfur og eðlilegur. Var niðurstaða matsmanna í grófum dráttum sú að tölur félaganna væru bæði raunhæfar og eðlilegar. Var tekið fram í matinu að tilboðið hefði verið vel unnið. Efnislegar athugasemdir voru hins vegar gerðar við tiltekna þætti eins og rakið verður hér á eftir. Tilboð félaganna var samkvæmt þessu ekki sérstaklega endurreiknað og verkkostnaður ekki endurmetinn af hálfu matsmanna, enda stóð matsbeiðni ekki til þess. Nánar verður fjallað um kröfur og úrlausnir þeirra í kafla 6 hér á eftir.

4. DÓMUR HÉRAÐSDÓMS

Dómur héraðsdóms var skipaður, auk embættisdómara, tveimur sérfróðum meðdómendum, báðum byggingarverkfræðingum. Niðurstaða þeirra var sem fyrr segir að sýkna íslenska ríkið af bótakröfu ÍAV og NCC í málinu.

Í umfjöllun um aðalkröfu ÍAV og NCC voru gerðar verulegar athugasemdir. Var tekið fram að krafan byggðist að langmestu leyti á mati félaganna sjálfra á ýmsum þáttum,

s.s. verkframvindu, aðstæðum, nýtingu mannafla og tækja og útboðsgögnum. Dómurinn taldi að hann hefði engin tók á að sannreyna hvort útreikningar væru raunhæfir eða til þess fallnir að standast. Þá skorti veigamiklar upplýsingar um hvað hafi verið lagt til grundvallar við mat á kostnaði einstakra verkþátta. Þá kom fram að ljóst væri að krafa félaganna fæli ekki aðeins í sér missi hagnaðar heldur nokkra aðra liði sem felldir væru undir framlegð af verkinu. Sú framsetning væri í andstöðu við 2. mgr. 84. gr. þágildandi laga um opinber innkaup sem áskildi að bætur væru vegna missis hagnaðar en ekki framlegðar. Dómurinn tók loks fram að áhætta af verkinu væri verulega vanáætluð, enda verktakastarfsemi mjög áhættusamur samkeppniðnaður.

Hvað varðar varakröfu ÍAV og NCC þá taldi dómurinn ekki heldur unnt að byggja á niðurstöðu fyrirliggjandi matsgerðar dómkvaddra matsmanna, sem krafan byggði á. Tekið skal fram að framlegð félaganna úr verkinu, sem metin var af matsmönnum, var varakrafa málsins. Dómurinn taldi það vekja athygli að í matsgerðinni kæmi fram að mismunandi leiðir væru færar til að sýna fram á missi hagnaðar á sviði verklegra framkvæmda en áhersla væru á tvær leiðir. Annars vegar að reikna út tapaða framlegð, sem mismun á tilbóðsupphæð og framkvæmdakostnaði, en hins vegar að reikna aðeins út þann hluta framlegðar sem væri áætlaður sem nettóhagnaður, þ.e. þegar frádrögin hefði verið framlegð úr öðrum verkum, sem verktaki ynni í stað þess verks sem hann hefði farið á mis við. Tekið var fram í dómnum að matsspurningar miðuðu aðeins við fyrrnefndu aðferðina. Í dómnum kom fram að matsmenn hefðu talið útreikning verkkostnaðar ÍAV og NCC of lágmetinn. Þá hafi matsmenn talið að liðurinn „ófyrireséður kostnaður“ hefði átt að vera í útreikningum félaganna en hann væri gjarnan metinn 5-10%. Þá hafi matsmenn talið hagnaðinn, 9%, mjög hátt metinn

af ÍAV og NCC. Niðurstæða matsmanna var, eins og rakið var í héraðsdómi, að ófyrireséður kostnaður væri „minnst“ 5% af beinum kostnaði.

Í héraðsdómi kom fram að matsmenn hafi byggt niðurstöðu sína að öllu leyti á sömu gögnum og félögin sjálf. Tilboð þeirra hafi því hvorki verið endurreiknuð né verkkostnaður endurmetinn. Umrædd matsgerð væri því annmörkum háð, enda ekki sönnun fyrir verkkostnaði ÍAV og NCC. Sagði jafnframt í dómnum að sú aðferð að miða missi hagnaðar aðeins við tapaða framlegð væri „í meira lagi vafasöm“. Í dómnum kom fram að fallast mætti á með ÍAV og NCC að ördugt væri að færa sönnur á raunverulegt tjón þeirra. Hins vegar kvæðst dómurinn telja að félögin byggju yfir ýmsum upplýsingum, um rekstur, verkefni og afkomu á þeim tíma sem máli skipti. Væri þá ekki síst horft til þess að engra upplýsinga nyti við um verkefni NCC né um reynslu þess félags af jarðgangagerð eða sambærilegu verkefni, hvað þá um afkomu þess af slíkum verkefnum. Hefði félögunum verið í löfa lagið að leggja slík gögn fram. Það hafi ekki verið gert en þess í stað byggt á gögnum sem dómurinn teldi „allsendis ófullnægjandi“. Var því talið ósannað að félögin hefðu orðið fyrir tjóni og af sömu ástæðu brýsti skilyrði til þess að dæma bætur að álitum.

5. DÓMUR HÆSTARÉTTAR

Í dómi Hæstaréttar, sem í málinu var skipaður fimm dómurum, vísaði rétturinn til 2. mgr. 84. gr. þágildandi ákvæða laga nr. 94/2001 um opinber innkaup þar sem fram kom í 2. mgr. að skaðabætur færu eftir almennum reglum, að öðru leyti en því sem væri fjallað um í 1. mgr. Í þessu fælist að fjárhæð bóta yrði að taka mið af því að gera tjónþola eins settan fjárhagslega og ef við hann hefði verið samið og hann framkvæmt verkið. Kæmi þar tvennt til skoðunar. Annars vegar að meta tjónið út frá missi

framlegðar eða missi hreins hagnaðar. Fram kom að af gögnum málsins yrði ráðið að ef samið hefði verið við ÍAV og NCC hefðu árlegar greiðslur á framkvæmdartímanum einungis verið lítill hluti árlegrar veltu þessara félaga, nánar tiltekið 3,5-5% af veltu ÍAV en langt innan við 1% af veltu NCC. Þótt takmarkaðra upplýsinga nyti við í málinu um einstök verkefni NCC taldi Hæstiréttur ekki varhugavert að draga þá ályktun að félögin hefðu getað staðið við framkvæmd verksins samhliða öðrum verkefnum. Leit rétturinn þá til þess að verktakafyrirtæki ættu almennt auðvelt með að auka við eða draga úr starfsemi sinni eftir verkefnastöðu. Á þessum grunni taldi Hæstiréttur unnt að slá því föstu að tjón greindra félaga vegna missis hagnaðar samsvaraði framlegðarmissi þeirra. Niðurstaða Hæstaréttar var samkvæmt þessu sú að miða ætti við framlegðarmissi við mat á skaðabótum en ekki missi hreins hagnaðar.

Í umfjöllun um fjárhæð tjónsins tók Hæstiréttur fram að um fjárhæð verklauna væri ekki vafi. Hins vegar væri ekki unnt að staðreyna kostnað ÍAV og NCC af framkvæmd verksins með vissu. Leitast hefði verið við af hálfu félaganna að sýna fram á líklegan kostnað af verkinu með framlagningu útreikninga að baki tilboði þeirra. Hæstiréttur tók fram að félögin hefðu rennt nægilegum stöðum undir að áætlanir að baki tilboði þeirra hefðu ekki verið reistar á óraunhæfum forsendum. Þá var farið yfir matsgerð dómkvaddra matsmanna, sem héraðsdómur taldi ekki unnt að leggja til grundvallar. Tiltekin var sú niðurstaða matsmanna að áætlun félaganna um kostnað af verkinu hafi verið of lág. Umfjöllun í matsgerðinni var talin hafa mátt vera ítarlegri um þetta efni en engu að síður yrði að líta svo á að skýringar í henni væru viðhlítandi. Hæstiréttur taldi að með vísan til fyrri umfjöllunar yrði að hafna aðalkröfunni í málinu en fallast á varakröfuna, sem byggði á matsgerð sem

ekki hefði verið hnekkt með yfirmati. Þá yrði að líta til þess að Vegagerðin hefði þegar upp hafi verið staðið greitt verktökum. sem framkvæmdu verkið á endanum, verulega fjárhæð umfram umsamin verklaun.

Niðurstaða Hæstaréttar var því að taka til greina varakröfu ÍAV og NCC um skaðabætur að fjárhæð 258.955.156 kr. Voru ennfremur dæmdir dráttarvextir frá þeim tíma er mál var höfðað, 24. október 2007 til greiðsludags.

6. UM MAT Á MISSI HAGNAÐAR OG SÖNNUNARKRÖFUR SAMKVÆMT DÓMI HÆSTARÉTTAR

6.1 Stutt yfirlit um bætur og bótagrundvöll í málum um opinber innkaup

Svo sem rakið er í dómi Hæstaréttar var í eldri lögum um opinber innkaup, nr. 94/2001, fjallað um skaðabætur í 84. gr.. Þar kom fram í 1. mgr. að kaupandi væri skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögum og reglum settum samkvæmt þeim hefði í för með sér fyrir bjóðanda. Bjóðandi þyrfti eingöngu að sanna að hann hefði átt raunhæfa mögulega á að verða valinn af kaupanda og möguleikar hans hefðu skerst við brotið. Bótafjárhæð skyldi miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði. Í 2. mgr. kom fram að um skaðabætur vegna brota á lögum og reglum settum samkvæmt þeim færi að öðru leyti eftir almennum reglum. Í ofangreindu máli var ekki deilt um kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði, sbr. 1. mgr. Það var því ákvæði 2. mgr. 84. gr. sem kom til skoðunar í málinu. Eins og að framan er rakið fol það ákvæði í sér að um skaðabætur færi eftir almennum reglum. Í tilvísun til þess að almennar reglur gildi felst m.a. að sá sem krefst skaðabóta þarf að sanna að hann hafi orðið fyrir fjárhagstjóni, að tjónið sé afleiðing af háttsemi, sem er skaðabótaskyld að lögum og að tjónið sé afleiðing þeirrar

háttsemi.³ Bætur vegna missis hagnaðar er svokallað almennt fjártjón.⁴ Sú meginregla gildir í skaðabótarétti að skaðabætur eiga að tryggja tjónþola bætur þannig að hann verði eins settur fjárhagslega og ef tjón hefði ekki orðið.⁵ Tjónþoli á hins vegar ekki að hagnast á tjónsatburðinum. Sönnunarbyrðin um bæði tilvist tjóns og fjárhæð þess hvílir á hinum meinta tjónþola.⁶

Hér verður að geta þess að í sumum tilvikum er slakað á sönnunarkröfum um tjónið ef sýnt þykir að bótaskylda sé fyrir hendi og að tjón hafi orðið, þó fjárhæðinni verði ekki slegið föstu með nákvæmum hætti. Ljóst er að sönnun á fjárhæð hagnaðarmissis er að jafnaði erfið, sbr. t.d. orðalag Hæstaréttar í *dómi 28. september 2006 í máli nr. 553/2005*. Meðal annars af þeirri ástæðu hafa verið dæmdar bætur að álitum.⁷ Þessari aðferðafræði hefur verið beitt í verktakarétti og má í dæmaskyni benda á *dóm Hæstaréttar 1999, bls. 4429* (nr. 169/1998, Fagttún), sem nefndur er í forsendum Hæstaréttar í því máli sem hér er til umfjöllunar.

6.2 Þýðing þess að búið var að viðurkenna skaðabótaskyldu

Eins og að framan er rakið var í hinum fyrri dómi Hæstaréttar frá árinu 2005 (*Hrd. nr. 182/2005*) fallist á skaðabótaskyldu Vegagerðarinnar vegna þeirrar ákvörðunar að hafna tilboði ÍAV og NCC. Kom fram í dómsorði að viðurkennd væri skaðabótaskylda Vegagerðarinnar vegna „missis á hagnaði“ sem ÍAV og NCC kynnu að hafa notið hefði ekki komið til þeirrar ólögmatu ákvörðunar að hafna tilboði þeirra. Í síðara málinu kom því einungis til skoðunar hvort og þá að hvaða marki ÍAV og NCC hefðu orðið fyrir tjóni vegna þeirrar

ákvörðunar ríkisins að hafna tilboði þeirra í upphaflega útboðinu. Sú spurning kann að vakna hvort Hæstiréttur hafi talið sig bundinn af fyrri úrlausn með þeim hætti að fallast yrði á skaðabætur að einhverju leyti.

Áður en lengra er haldið þykir rétt, samhengisins vegna, að fara nokkrum orðum um það hvaða skilyrði hafa verið gerð svo fallist sé á viðurkenningu á bótaskyldu í íslenskum rétti og hvort það bindi dóminn í síðari máli, sbr. þá aðstöðu sem uppi var í því máli sem hér er til skoðunar.

Í dómi Hæstaréttar 2005 felst að ÍAV og NCC þóttu hafa sýnt fram á að félögin hefðu orðið fyrir tjóni. Eins og áður er rakið kom m.a. fram í dómi Hæstaréttar að ÍAV og NCC hefðu lagt fram gögn sem þóttu sýna að leiddar hefðu verið nægar líkur að því að félögin hefðu orðið fyrir tjóni sem 2. mgr. 84. gr. laga um opinber innkaup tæki til. Þegar aðili máls nýtir sér þá heimild í 2. mgr. 25. gr. laga um meðferð einkamála að gera viðurkenningarkröfu hefur það í dómaframkvæmd verið gert að skilyrði að viðkomandi leiði líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni og geri grein fyrir í hverju tjónið felist og hver tengsl þess séu við atvik máls.⁸ Í niðurstöðu um viðurkenningu á skaðabótaskyldu hefur því verið litið svo á að sýnt hafi verið fram á að tjón hafi orðið, sjá m.a. dóm Hæstaréttar 8. maí 2008 í máli nr. 450/2007 (Íslenska ríkið gegn Hópbílaaleigunni ehf.) þar sem sagði m.a.:

[þykir] stefnandi hafa leitt nægar líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni og er því fullnægt skilyrðum fyrir skaðabótaskyldu stefnda samkvæmt 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001 en með því er þá aðeins leyst úr um lögmatu aðgerða Vegagerðarinnar án þess að nokkru sé slegið föstu um í hvaða mæli þær aðgerðir hafi leitt til

³ Sjá t.d. Hrd. 26. janúar 2011 í máli nr. 298/2011.

⁴ Sjá t.d. Arnljótur Björnsson: Skaðabótaréttur. Kennslubók fyrir byrjendur. Reykjavík 1999, bls. 155.

⁵ Viðar Már Matthíasson: Skaðabótaréttur. Reykjavík 2005, bls. 60-61.

⁶ Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G.

Gunnarsson: Kröfuréttur II. Vanefndaúrræði. Reykjavík 2011, bls. 260.

⁷ Viðar Már Matthíasson: Skaðabótaréttur, bls. 603.

⁸ Sjá t.d. dóm Hæstaréttar 23. febrúar 2012 í máli nr. 76/2012 og dóm Hæstaréttar 19. mars 2010 í máli nr. 129/2010.

tjóns fyrir stefnanda. Að þessu virtu verður því fallist á kröfu stefnanda um viðurkenningu á skaðabótaskyldu stefnda vegna missis hagnaðar sem hann kundi að hafa notið ef ekki hefði komið til ákvarðana Vegagerðarinnar að hafna tilboðum hans.

Í því máli sem hér um ræðir sagði um þetta í héraðsdómi:

Við úrlausn þessa máls er sá skilningur lagður í niðurstöðu réttarins að stefnendur hafi leitt nægar líkur að því að þeir hafi orðið fyrir tjóni vegna ákvörðunar stefnda, og beri stefnda að bæta stefndum missi hagnaðar sem þeir kynnu að hafa notið, hefði ekki komið til þeirrar ákvörðunar. Engu er þó slegið föstu um í hvaða mæli stefnendur hafi orðið fyrir tjóni og verða þeir því að færa sönnur á umfang þess, í þessu tilviki þann hagnað sem þeir telja sig hafa farið á mis við vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra. Af 2. mgr. 84. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 94/2001 leiðir einnig að gæta verður almennra reglna bótaréttar, þá m. um að tjónþola beri að takmarka tjón sitt og að tjónþoli verði ekki betur settur við tjónið en ef ekki hefði komið til þess.

Undirritaður telur að fallast verði á þetta sjónarmið héraðsdóms, þ.e. að jafnvel þó komist sé að niðurstöðu viðurkenningarmáli að um skaðabótaskyldu sé að ræða þá leiðir það ekki af sjálfu sér að tjónþola takist að sanna tjón sitt þegar sá hluti máls kemur til kasta dómstóla. Hitt er annað mál að bætur hafa verið dæmdar að álitum undir kringumstæðum sem þessum. Dómurinn var því ekki bundinn af fyrri niðurstöðu í þeim skilningi að það hafi verið óhjákvæmilegt að hann kæmist að niðurstöðu um að tjón hafi orðið. Er í því sambandi bent á að í fyrra málinu var sönnunarfærsla í þá átt ekki færð fram. Ennfremur má segja að ýmis atriði geta haft þýðingu frá því að tilboð eru gerð og þar til að verk er unnið. Loks getur aðstaðan hreinlega verið þannig að

ekki náí að sannast hvert fjártjónið er. Er því ekki útilokað samkvæmt framansögðu að fallist er á viðurkenningarkröfu um skaðabótaskyldu í máli en síðar sýknað af bótakröfu í síðara máli.

6.3. Aðferðafræði Hæstaréttar við mat á tjóni

Eins og rakið hefur verið að framan stóð ágreiningur aðila meðal annars um það hvernig reikna bæri tjón ÍAV og NCC. Kom því til skoðunar annars vegar sú leið sem félögin byggðu á, þ.e. að miða við að tjónið svaraði til tapaðrar framlegðar þeirra af verkinu. Við slíka aðferðafræði skyldi taka mismuninn af verklaunum og breytilegum kostnaði við framkvæmd verksins. Hins vegar kom til skoðunar sú leið að miða við að tap svaraði til hreins hagnaðar, sem orðið hefði af verkinu. Við þá aðferðafræði skyldi draga frá verklaunum, auk hins breytilega kostnaðar, hlutfall af föstum kostnaði, s.s. fyrningu fastafjármuna, föstum launakostnaði og kostnaði við yfirstjórn auk tekjuskatts. Ekki verður séð af dómnum sjálfum að útreikningur hafi legið fyrir um hreinan hagnað ÍAV og NCC. Var í öllu falli ekki höfð uppi sérstök varakrafa þar sem slíkir útreikningar voru lagðir til grundvallar. Íslenska ríkið hafði að vísu uppi varakröfu um stórfellda lækkun krafna félaganna en lagði ekki fram útreikninga um hreinan hagnað, enda vart haft forsendur til að leggja fram slíka útreikninga þar sem gögn vegna alls viðeigandi kostnaðar ÍAV og NCC voru ekki lögð fram.

Niðurstæða Hæstaréttar hvað þetta varðar var sú að miða skyldi við missi framlegðar við mat á tjóni. Í dómi Hæstaréttar sagði m.a. um framangreint að þótt íslenska ríkið hefði réttilega bent á að takmarkaðra upplýsinga nyti við í málinu um einstök verkefni NCC væri ekki varhugavert, meðal annars út af hlutfalli verkefnisins út frá heildarveltu félaganna, að draga þá ályktun að ÍAV og NCC hefðu getað framkvæmt verkið við

gerð Héðinsfjarðarganga samhliða öðrum verkefnum, sem þeir unnu að á sama tíma. Þá kom fram að dómurinn hafi litið til þess að „innan vissra marka [eigi] verktakafyrirtæki almennt auðvelt með að auka við eða draga úr starfsemi sinni eftir verkefnisstöðu.“ Í ljósi þessa taldi rétturinn óhætt að slá því föstu að tjón félaganna vegna missis hagnaðar af verkinu samsvaraði þeirri framlegð, sem verkið hefði skilað til rekstrar þeirra.

Þessi niðurstaða kallar á frekari skoðun. Hugtakið framlegð hefur verið skilgreint sem tekjur að frádrögnum breytilegum kostnaði og þannig framlag frá rekstri til að greiða fastan kostnað.⁹ Vart verður því deilt um að hugtakið framlegð af verki er víðtækara heldur en hagnaður af verki og svarar því ekki hver hagnaðurinn er, þó framlegð geti vissulega gefið vísbendingu í þá átt. Af almennum skaðabótareglum, sem tilvísað ákvæði 2. mgr. 84. gr. vísar til, leiðir að sanna verður umfang tjóns. Framlegð svarar hins vegar ekki spurningunni um hvort hagnaður eða tap sé af starfsemi eða tilteknu verki. Ef fastur kostnaður, að viðbættum breytilegum kostnaði, er hærri heldur en framlegð er tap af verki. Í aðferð Hæstaréttar er tekinn út að minnsta kosti einn þáttur, breytilegur kostnaður, sem getur þó vissulega verið samsættur úr mörgum liðum og ræður því hvort um hagnað eða tap er að ræða. Því leiðir af hefðbundinni hugtakanotkun að svara verður því neitandi hvort framlegð sé hið sama og tjón. Verður að telja samkvæmt framansögðu að það sé ekki alls kostar rétt aðferðafræði við mat á tjóni að reikna tapaða framlegð af verki og setja samansæm merki þar á milli.

Rökstuðningur Hæstaréttar að öðru leyti fyrir því að líta til framlegðar er heldur ekki ykja sannfærandi. Til að mynda er óljóst á hverju er byggt þegar rétturinn heldur því fram að „innan vissra marka [eigi] verktakafyrirtæki almennt auðvelt

með að auka við eða draga úr starfsemi sinni eftir verkefnastöðu.“ Ekki fæst séð af lestri dómsins að sönnunarfræsla hafi farið fram um þetta atriði, enda má segja að Hæstiréttur sjálfur slái varnagla með orðunum að verktakafyrirtæki eigi „innan vissra marka“ og „almennt“ auðvelt með að draga saman eða gefa í seglin. Hér verður ennfremur að hafa í huga að Hæstiréttur snýr við vel rökstuddri niðurstöðu héraðsdóms að þessu leyti en héraðsdómur var svo sem áður segir skipaður tveimur sérfróðum meðdómendum.

Niðurstaða héraðsdóms hvað þetta varðar virðast í betra samræmi við almennar reglur. Í héraðsdómi er vísað til ákvæðis 2. mgr. 84. gr. laga um opinber innkaup og til athugasemda við ákvæðið í frumvarpi er varð að lögnum. Segir í dómnum að sú framsetning að miða tjón við missi framlegðar sé í andstöðu við ákvæði 2. mgr. 84. gr. laga um opinber innkaup en í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpinu hafi komið fram að bjóðandi þyrfti að sýna fram á umfang tjóns síns, svo sem að hann hefði hagnast á samningi við kaupanda.¹⁰ Þá er tekið fram í dómnum að þar sem markmið ákvæðisins hafi verið að gera bjóðanda eins settan og ef samningur hefði verið gerður við hann yrði ákvæðið ekki skilið ódrúvísi en að átt væri við hreinan hagnað en ekki alla framlegð af verkinu. Hér er sú skoðun látin í ljós að það leiði beint af almennum reglum, svo sem 2. mgr. 84. gr. laganna vísar til, að framlegð undir þeim kringumstæðum, sem uppi voru í málinu, geti ekki talist samsvara tjóni nema þá í algerum undantekningartilfellum. Breyta ummælin í greinargerð þó ekki niðurstöðunni hvað það varðar.

Þá er athyglisvert, í þessu samhengi, að skoða niðurstöðu Hæstaréttar í fyrra máli ÍAV og NCC, sem þá var gegn Vegagerðinni (dómur nr. 182/2005). Eins og getið hefur verið um að framan var í því máli aðeins

⁹ Ágúst Einarsson: Rekstrarhagfræði. Reykjavík 2007, bls. 338.

¹⁰ Umrædd umfjöllun er í Alþt. 2000-2001 A-deild, bls. 4539-4540.

leyst úr því hvort að Vegagerðin væri skaðabótaskyld gagnvart félögunum en ekki hvert tjónið væri. Engu að síður kom til skoðunar 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup, rétt eins og í hinu síðara máli. Í dómi Hæstaréttar sagði m.a.:

[ÍAV og NCC] vísa til 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001 um lagastof fyrir kröfu sinni um viðurkenningu á skaðabótaskyldu [Vegagerðarinnar] vegna missis þeirra á hagnaði af gerð Héðinsfjarðarganga. Fallist er á með héraðsdómi að skýra verði ákvæði þetta með hliðsjón af lögskýringargögnum á þann veg að á grundvelli þess geti meðal annars komið til álita að dæma verkkaupa, sem brýtur gegn öðrum reglum laganna, til að greiða verktaka, sem af þeim sökum fer á mis við verk, skaðabætur sem nemi hagnaði, sem hann hefði aflað sér með framkvæmd þess, enda sýni hann nægilega fram á að við hann hefði verið samið ef ekki hefði verið brotið gegn lögnum og það hafi orðið honum á þennan hátt til tjóns.

Hæstiréttur vísar hér til greinargerðar með ákvæðinu til stuðnings niðurstöðu sinni. Við skoðun á henni verður ekki séð að unnt sé að túlka 2. mgr. 84. gr. með þeim rúma hætti sem rétturinn gerði í síðara málinu.

6.4. Sönnunarkröfur um fjárhæð tjóns
Hér að framan hefur verið rakið að umdeilanlegt sé að styðjast við aðferð Hæstaréttar við mat á missi hagnaðar eins og það hugtak verður skilið í bótarétti. Að því sögðu er rétt að skoða þær sönnunarkröfur sem rétturinn gerir í málinu.

Eftir að Hæstiréttur hafði í forsendum sínum slegið því föstu að miða ætti við missir framlegðar fór rétturinn yfir hvert tjónið væri. Við það mat var samkvæmt framansögðu stuðst við mismun verklauna annars vegar og breytilegs kostnaðar hins vegar, þ.e. framlegðina, sem talið

var að félögin hefðu farið á mis við. Á fjárhæð verklauna lék ekki vafi í málinu en Hæstiréttur taldi að „hugsanlegan kostnað [félaganna tveggja] af framkvæmd verksins [væri] á hinn bóginn ekki unnt að staðreyna með vissu.“ Að því sögðu var tekið til skoðunar hvernig finna mætti þann kostnað út.

Í matsgerð dómkvaddra matsmanna var tekinn til skoðunar mögulegur hagnaður félaganna og liðurinn „ófyrrisédur kostnaður“. Hvað varðar hagnað þá var að finna í útreikningum ÍAV og NCC að hagnaður væri áætlaður 9%. Töldu matsmenn að stór og vel rekin alþjóðleg fyrirtæki sættu sig við 3-5% meðalnettóhagnað eftir skatta. Hefði liðurinn „ófyrrisédur kostnaður“ hér áhrif, en í útreikningum ÍAV og NCC var lið um slíkan ófyrrisédan kostnað ekki að finna. Matsmenn töldu að slíkur ófyrrisédur kostnaður væri í tilboðum gjarnan metinn á 5-10%. Hæstiréttur tók fram að áætlun ÍAV og NCC um kostnað af verkinu, sem félögin hefðu lagt til grundvallar við gerð tilboðsins, hafi því verið of lág og „mætti ætla að hann hefði reynt hærri sem næmi ófyrrisédum kostnaði, sem matsmenn töldu svara til minnst 5% af beinum kostnaði.“ Að fenginni þessari niðurstöðu var miðað við ófyrrisédan kostnað upp á 5%, jafnvel þó matsmenn höfðu sagt að hann skyldi „að minnsta kosti 5%.“

Hér verður ennfremur að vekja athygli á þeim rökstuðningi í dómi Hæstaréttar að sú málástæða íslenska ríkisins væri haldlaus að líta þyrfti til þess, við ákvörðun bóta, að félögin hefði ekki gripið til sérstakra aðgerða til að takmarka tjón sitt með því að takast á hendur önnur verkefni. Þessi niðurstaða tengist að ákveðnu leyti einnig niðurstöðu réttarins um að beita eigi „framlegðaraðferðinni“, sem rakin var hér að framan, við mat á fjárhæð tjóns. Þessa er þó getið hér því það er almenn regla að

tjónþola er skylt að takmarka tjón sitt með eðlilegum ráðstöfunum.¹¹ Í héraðsdómi kom fram að engra upplýsinga nyti um verkefni NCC á umræddum tíma né reynslu félagsins af jarðgangagerð eða sambærilegu verkefni, hvað þá afkomu af slíkum verkefnum. Engin gögn voru lögð fram um þessa þætti. Hæstiréttur tók allt annan pól í hæðina og tók fram að þó réttilega hefði verið bent á skort á gögnum hvað þetta varðaði þá þætti ekki varhugavert að draga þá ályktun að ekki væru líkur til annars en að félögin hefðu getað framkvæmt verkið samhliða öðrum verkefnum þeirra. Athyglisvert er að bera þessa niðurstöðu saman við dóm Hæstaréttar 28. september 2006 í máli nr. 553/2005 (Allrahanda ehf.) en þar var rökstuðningur Hæstaréttar fyrir frávisun skaðabótakröfu um missi hagnaðar m.a. byggð á þeim rökstuðningi að „[þótt] erfiðleikum kunní að vera bundið að færa nákvæmar sönnur á fjárhæð tjóns“ hafi meintum tjónþola verið í löfa lagið að leggja fram sundurlíðuð gögn og gögn úr bókhaldi sínu.

Samkvæmt öllu framansögðu verður ekki annað ályktað en að í dómi Hæstaréttar hafi verið slakað meira á sönnunarkröfum um fjárhæð raunverulegs tjóns heldur en áður hefur þekkt í málum af þessu tagi. Ljóst er að sönnunarstaða ÍAV og NCC var erfið og mat dómkvaddra matsmanna bætti ekki úr því vandamáli að öllu leyti. Segja má ennfremur að sönnunarstaða verktaka sé jafnan erfið í málum þar sem farið er fram á bætur vegna missis hagnaðar. Hefur það þekkt í skaðabótamálum almennt þegar meintur tjónþoli hefur sannað að hann hafi orðið fyrir tjóni að gerðar séu minni kröfur til nákvæmrar sönnunar um fjárhæð tjóns og bætur dæmdar að álitum.¹²

Hefur þessari aðferðafræði verið beitt hér á landi.¹³ Hér má einnig benda á að í fyrra málinu (*Hrd. nr. 182/2005*) hafði verið fallist á skaðabótaskyldu vegna útboðsins og í því fólst samkvæmt framangreindri umfjöllun að tjón væri sannað þó fjárhæðin lægi ekki fyrir. Þó það samrýmist ef til vill ekki fullkomlega hugmyndinni um sönnun tjóns að dæma bætur að álitum vegna þess að erfitt er að axla sönnunarbyrði þá má samkvæmt framangreindu finna því stað í dómaframkvæmd að svo hafi verið gert. Má því segja, hvað sem öllu öðru líður, að það hefði verið í samræmi við dómaframkvæmd hér á landi hefði verið fallist á bætur að álitum í málinu. Þá verður að hafa í huga að tilboð ÍAV og NCC í útboðinu frá 2002 var hærra heldur en kostnaðaráætlun verkkaupans, Vegagerðarinnar, sem vissulega gefur sterka vísbendingu um að eitthvað tjón hafi verið fyrir hendi þótt ekki verði fallist á aðferð Hæstaréttar við útreikning og mat á því. Í málinu er hins vegar ekki farin sú leið að dæma bætur að álitum heldur fallast á varabótakröfu ÍAV og NCC og slakað nokkuð á sönnun í þeim efnun.

Nefna má að því hefur verið haldið fram að dómstólar hafi verið of tregir til að fallast á skaðabótakröfur með þeim hætti sem hér um ræðir.¹⁴ Hefur tilhneigingin síðustu ár fremur verið að snúast í þá átt að fallast á kröfur meintra tjónvalda í slíkum tilvikum.¹⁵ Ef til vill er snemmt að fullyrða að það sé sú þróun sem Hæstiréttur fylgi en dómurinn, sem hér er til umræðu, bendir fremur til þess. Er það ennfremur í samræmi við þau sjónarmið í skaðabótarétti að þegar sönnunarstaða er almennt erfið og búið er að sanna brot þá sé slakað á kröfum um sönnun fjártjóns.

¹¹ Arnljótur Björnsson, Skaðabótaréttur. Kennslubók fyrir byrjendur, bls. 130.

¹² Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del., 3. útgáfa, Kaupmannahöfn 2003 bls. 246-248.

¹³ Sjá t.d.: Viðar Már Matthiasson: Skaðabótaréttur, bls. 603.

¹⁴ Torsten Iversen: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, bls. 499. Sjá einnig Adrian Brown: Effectiveness of Remedies

at National Level in the Field of Public Procurement“. Public Procurement Law Review, 7. hefti 1989, bls. 93.

¹⁵ Steen Treumer: Damages for breach of the EC public procurement rules – changes in European regulation and practice. Public Procurement Law Review, 4. hefti 2006, bls. 169.

6.5 Dráttarvextir

Loks er rétt að fara nokkrum orðum yfir úrlausn Hæstaréttar um upphafsdag dráttaravaxta í málinu. Niðurstaða réttarins var að miða upphafstíma þeirra við það tímamark þegar mál um greiðslu skaðabóta í héraði var höfðað þann 24. október 2007.

Um dráttarvexti af skaðabótakröfum er fjallað í 9. gr., sbr. 6. gr., laga um nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Í 9. gr. kemur fram að skaðabótakröfur skuli bera dráttarvexti að liðnum mánuði frá þeim degi er kröfuhafi sannanlega lagði fram þær upplýsingar, sem þörf var á til að meta tjónsatvik og fjárhæð bóta. Dómstóllir geti þó, ef sérstaklega stendur á, ákveðið annan upphafstíma dráttarvaxta. Orðin „þegar sérstaklega stendur á“ eru til áreitingar og undirstrikunar á því að um undantekningu er að ræða en nauðsynlegt þótti að koma í veg fyrir of víðtæka túlkun á heimild til að ákveða annan upphafstíma dráttarvaxta en samkvæmt meginreglu 9. gr.¹⁶ Í 4. mgr. 5. gr. laganna kemur fram að ætíð sé heimilt að reikna dráttarvexti frá og með þeim degi er dómsmál er höfðað um kröfu, sbr. þó 9. gr. Tilvísun 4. mgr. 5. gr. til 9. gr. getur ekki þýtt annað en að aðeins komi til greina að dæma dráttarvexti frá því að mál var höfðað ef á tímamarki málshöfðunar er liðinn mánuður frá þeim degi, sem kröfuhafi sannanlega lagði fram upplýsingar, sem þörf var á til að meta m.a. fjárhæð bóta, sbr. áskilnað 9. gr.

Í málinu háttaði þannig til að þegar það var höfðað var gerð sú krafa, sem byggðist á eigin útreikningum ÍAV og NCC. Ekki fyrr en undir rekstri héraðsdómsmálsins voru dómkvaddir matsmenn. Matsgerð matsmanna er eins og rakið er í dómnum dagsett 22. október 2009. Hefur verið litið svo á að ef matsgerð er lögð fram í dómsmáli eftir þingfestingu þess sé rétt að miða upphafstíma dráttarvaxta við þann dag

er mánuður var liðinn frá því að matsgerð var lögð fram í dómi.¹⁷ Það fær í öllu falli engan veginn staðist að miða upphafsdag dráttarvaxta við fyrra tímamark en mánuði eftir að matsgerð var lögð fram til upplýsingar í skilningi 9. gr. vaxtalaga. Í dómi Hæstaréttar, sem hér hefur verið gerður að umfjöllunarefni, er niðurstaðan um að dæma dráttarvexti frá málshöfðun án nokkurs rökstuðnings. Er látið duga að nefna það eitt að „dráttarvextir [dæmist] ekki frá fyrri tíma en þegar málið var höfðað, sbr. 4. mgr. 5. gr. laga nr. 38/2001.“ Virðist niðurstaða Hæstaréttar í beinni andstöðu við ákvæði 9. gr., sbr. einnig 4. mgr. 5. gr. laganna. Í niðurstöðunni felst að íslenska ríkinu er gert að greiða dráttarvexti í tvö ár áður en lagðar voru fram upplýsingar um fjárhæð þeirra bóta, sem síðar voru dæmdar í Hæstarétti. Á þeim tímapunkti, sem markar upphaf dráttarvaxta réttarins lágu eingöngu fyrir útreikningar ÍAV og NCC sjálfra til grundvallar dómkröfu félaganna. Kröfugerð af því tagi hefur áður sætt frávisun, sbr. t.d. áður nefndur dómur Hæstaréttar 28. september 2006 í máli nr. 553/2005 (Allrahanda ehf.).

7. LOKAORÐ

Hér að framan hefur verið farið yfir lögskipti ÍAV og NCC annars vegar og íslenska ríkisins hins vegar vegna Héðsinsfjarðarganga, sem lauk með dómi Hæstaréttar 20. september sl. í máli nr. 416/2011. Dómurinn er athylgisverður um að minnsta kosti þrennt, sem rakið hefur verið. Í fyrsta lagi er því slegið föstu að Hæstiréttur leit svo á að í málinu að missir hagnaðar samsvaraði missi framlegðar. Ekki verður fullyrt að þessi aðferðafræði hafi hér verið beitt í fyrsta sinn í Hæstarétti en undirrituðum er þó ekki kunnugt um dóma sem hafa gengið í þessa átt. Í öðru lagi er ljóst af dómnum að fremur

16 Alþt. 2000-2001 A-deild, bls. 3684.

17 Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: Kröfurettur II. Vanefndaúrræði, bls. 418.

litlar sönnunarkröfur eru gerðar til verktaka að sanna tjón, sem af broti ríkisins leiddi. Virðist það í samræmi við þróun dómstóla í Evrópu. Í þriðja lagi eru dráttarvextir af fjárhæð, sem byggist á mati dómkvaddra matsmanna, ákvarðaðir frá tímamarki löngu áður en mat matsmanna lá fyrir og er sú niðurstaða gagnrýniverð.

HEIMILDASKRÁ

- Arnljótur Björnsson: Skaðabótaréttur. Kennslubók fyrir byrjendur. Reykjavík 1999.
- Ágúst Einarsson: Rekstrarhagfræði. Reykjavík 2007.
- Bernhard Gomard: Obligationsret, 2. del., 3. útgáfa, Kaupmannahöfn 2003.
- Brown, Adrian: Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement. Public Procurement Law Review, 7. hefti 1989.
- Iversen, Torsten: Erstatningsberegning i kontraktsforhold. Kaupmannahöfn 2000.
- Treumer, Steen: Damages for breach of the EC public procurement rules – changes in European regulation and practice. Public Procurement Law Review, 4. hefti 2006.
- Viðar Már Matthíasson: Skaðabótaréttur. Reykjavík 2005.
- Þorgeir Örylgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: Kröfuréttur II. Vanefndaúrræði. Reykjavík 2011.

Dómaskrá

- Dómur Hæstaréttar 20. september 2012 í máli nr. 416/2011
- Dómur Hæstaréttar 23. febrúar 2012 í máli nr. 76/2012
- Dómur Hæstaréttar 26. janúar 2011 í máli nr. 298/2011
- Dómur Hæstaréttar 19. mars 2010 í máli nr. 129/2010
- Dómur Hæstaréttar 8. maí 2008 í máli nr. 450/2007
- Dómur Hæstaréttar 28. september 2006 í máli nr. 553/2005
- Dómur Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005
- Dómur Hæstaréttar 1999, bls. 4429 (mál nr. 169/1998)



Margrét Einarsdóttir,
lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík
Lena Mjöll Markúsdóttir
BA í lögfræði

REGLUR EVRÓPURÉTTAR UM HEILBRIGÐISÞJÓNUSTU YFIR LANDAMÆRI

ÚTDRÁTTUR

Markmið þessarar greinar er að kortleggja þær reglur sem gilda hjá Evrópusambandinu að því er varðar heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Að meginstefnu til á heilbrigðisþjónusta, sem hluti af fjórfrelsisreglum Evrópusambandsins, að vera án takmarkana sbr. 56. – 57. gr. SFE. Evrópudómstóllinn hefur þó fallist á að frelsið til að sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri sé ekki með öllu takmarkalaust. Hefur þannig verið talið réttlæt看legt að heimaríki geri kröfu um fyrirfram heimild ef um er að ræða heilbrigðisþjónustu sem veitt er innan sjúkrahúsa. Slíkt er hins vegar ekki talið réttlæt看legt ef um er að ræða heilbrigðisþjónustu sem veitt er utan sjúkrahúsa. Þá er í greininni gerð grein fyrir efnisatriðum nýrrar tilskipunar Evrópusambandsins nr. 2011/24 um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri og réttindi sjúklunga. Í henni eru teknar upp margar af þeim reglum sem Evrópudómstóllinn hefur áður staðfest í dómum sínum. Meðal annars er þar lögfest í hvaða tilvikum heimilt er að krefjast áðurfenginnar heimildar heimaríkis til að þiggja heilbrigðisþjónustu í öðru aðildarríki á kostnað heimaríkisins. Að lokum er kannað hvort og þá hvaða áhrif framangreindar reglur um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri hafa hér á landi. Ísland er aðili að EES-samningnum og hafa reglur um þjónustufrelsið lagagildi hér á landi á grundvelli þess samnings, sbr. 36. og 37. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Dómafordæmi Evrópudómstólsins hafa mikil áhrif á túlkun og framkvæmd framangreindra ákvæða EES-samningsins um veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri, sbr. 6. gr. EES-samningsins og 2. mgr. 3. gr. EDS-samningsins. Gilda því sömu reglur á öllu Evrópska efnahagssvæðinu að því er varðar veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Tilskipun nr. 2011/24 hefur þó ekki enn verið samþykkt sem hluti af EES-samningnum. Má ganga út frá því að það muni gerast fyrir en síðar.

ABSTRACT

The purpose of this article is to provide a legal framework for cross border healthcare in the European Union. Judgments from the European Court of Justice have established that cross border healthcare is a part of the internal market and that EU nationals can in principle travel to another Member State to receive medical treatment because medical services constitute services within the meaning of art. 56 and 57 TFEU. However the Court has established that a prior authorization requirement could be justified in respect of intramural care (healthcare provided within a hospital) but could not be justified in respect of extramural care. The article examines directive 2011/24 on the Application of the Patients' Rights in Cross-Border Healthcare. This directive reflects to a great extent the European Court of Justice's case law on the topic. The article examines what effect these rules on cross border healthcare have had in Iceland. As a member of the European Economic Area the same rule applies in Iceland as in the European Union, cf. article 36 and 37 in the EEA-agreement. While directive 2011/24 is not yet a part of the EEA-agreement its inclusion can be expected in the near future.

1. INNGANGUR	51
2. ÞJÓNUSTUFRELSIÐ	52
2.1. Almenn	52
2.2. Frelsi til að veita og þiggja þjónustu	52
3. HEILBRIGÐISÞJÓNUSTA	53
3.1. Er heilbrigðisþjónusta hluti af innri markaði Evrópu?	53
3.2. Heimildakerfi – réttlæt看anleg hindrun?	54
3.2.1 Almenn	54
3.2.2. Reglugerð 883/04 – almannatryggingarreglur	55
3.2.3. Innan sjúkrahúsa	56
3.2.4. Utan sjúkrahúsa	58
4. TILSKIPUN UM HEILBRIGÐISÞJÓNUSTU NR. 2011/24	59
4.1. Almenn	59
4.2. Meginregla 7 gr. tilskipunarinnar – réttur til endurgreiðslu	59
4.3. Reglur tilskipunarinnar um heimildakerfi	60
4.3.1. Almenn	60
4.3.2. Hvenær má krefjast heimildar?	60
4.3.3. Hvenær er heimilt að synja um heimild?	62
4.3.4. Málsméðferðarreglur	63
4.4. Áhrif tilskipunarinnar	63
5. ÍSLAND	64
5.1. Ákvæði um þjónustufrelsi og tilskipun nr. 2011/24	64
5.1.1. Almenn	64
5.1.2. Ákvæði EES-samningsins um þjónustufrelsi	64
5.1.3. Tilskipun nr. 2011/24	65
5.2. Heilbrigðisþjónusta á Íslandi	65
6. NIÐURLAG	66

1. INNGANGUR

Efnahagsbandalag Evrópu var stofnað árið 1957.¹ Meginmarkmið bandalagsins var að koma á fót sameiginlegum markaði² en það hugtak er notað yfir tolla- og markaðsbandalag aðildarríkjanna.³ Til grundvallar markaðsbandalagi aðildarríkjanna lá hið svokallaða fjórfrelsi, þ.e.

frjálst flæði vöru, þjónustu, fjármagns og fólks. Markaðsbandalagið var síðar styrkt⁴ og var þá endurnefnt innri markaður Evrópu.⁵ Með hinum innri markaði er stefnt að því að afnema allar hömlur í milliríkjavíðskiptum, þannig að hinn innri markaður verði ein heild sem í starfsemi sinni svipar til innanlandsmarkaðar.⁶ Með EES-samningnum varð Ísland, sem EFTA-

¹ Stofnendur bandalagsins voru Belgía, Frakkland, Holland, Ítalía, Lúxemborg og Þýskaland. Bandalagið er forveri Evrópusambandsins.

² E. Common Market.

³ Sigurður Lindal og Skúli Magnússon, Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagsvæðisins (Hið

Íslenska bókmenntafélag 2011) 20.

⁴ Sú breyting átti sér stað með Einingarlögum Evrópu frá 1986.

⁵ E. Single market.

⁶ Catherine Barnard, The Substantive Law of the EU (3. útg. Oxford University Press 2010) 10.

ríki, aðili að innri markaði Evrópu.⁷

Hugmyndin um hinn innri markað Evrópu hefur haft mikil áhrif í aðildarríkjunum á flestum sviðum samfélagsins. Heilbrigðisþjónusta er þar ekki undanskilin. Markmið þessarar greinar er að kortleggja þær reglur sem gilda hjá Evrópusambandinu að því er varðar heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Fyrst verður fjallað um þjónustufrelsið sem hluta af fjórfrelsisreglum Evrópusambandsins og kannað hvort heilbrigðisþjónusta falli þar undir og sé þar með hluti af hinum innri markaði. Næst verða reglur um frjálst flæði heilbrigðisþjónustu innan Evrópusambandsins skoðaðar en þær reglur má lesa úr dómafordæmum Evrópudómstólsins frá undanförunum árum. Þá verður gerð grein fyrir efnisatriðum nýrrar tilskipunar Evrópusambandsins frá árinu 2011, tilskipun nr. 2011/24 um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri og réttindi sjúklinga. Að lokum munu höfundar snúa sér til Íslands og athuga hvort og þá hvaða áhrif framangreindar reglur hafa hér á landi.

2. ÞJÓNUSTUFRELSIÐ

2.1. Almennt

Samkvæmt 56. gr. Sáttmálans um framkvæmd ESB⁸ felst í þjónustufrelsi að engin höft skulu vera á frelsi ríkisborgara aðildarríkja ESB til að veita þjónustu innan sambandsins enda þótt þeir hafi staðfestu í

öðru aðildarríki ESB en sá sem þjónustan er ætluð, sbr. sambærilegt ákvæði 36. gr. EES-samningsins.⁹ Í 57. gr. SFE er gerð nánari grein fyrir hugtakinu þjónusta. Ákvæðið gerir ráð fyrir að þjónustan sé veitt gegn gjaldi, þ.e.a.s. að þjónustan hafi efnahagslega tengingu. Þetta skilyrði hefur verið túlkað afar rúmt eins og sjá má í dómi Evrópudómstólsins í máli *Jundt*.¹⁰ Þá þarf þjónustan að vera veitt í takmarkaðan tíma. Ef um er að ræða „varanlega þjónustu“ er ekki lengur um að ræða þjónustu í skilningi 56. og 57. gr. SFE heldur reynir á ákvæði samningsins um stofnsetningarrétt sem er einn angi frjálsrar farar fólks, sbr. 49. gr. SFE.¹¹

2.2. Frelsi til að veita og þiggja þjónustu
Orðalag 56.-57. gr. SFE gefa til kynna að þjónustufrelsið einskorðist við frelsi til að veita þjónustu yfir landamæri. Í framkvæmd hefur raunin ekki verið sú. Í máli *Luisi og Carbone*¹² tóku Ítalírnir Luisi og Carbone meiri gjaldeyri með sér úr landi en gjaldmiðlareglur Ítalíu leyfðu, þar sem þeir voru að sækja sér kostnaðarsama heilbrigðisþjónustu út fyrir landsteinana. Í kjölfarið voru þeir sektaðir. Evrópudómstóllinn taldi sektina ekki standast frelsi þeirra til að sækja sér þjónustu.¹³ Var með þessum dómi staðfest að þjónustufrelsið nær einnig til þeirra sem sækja sér þjónustu til annarra aðildarríkja Evrópusambandsins. Er þetta mikilvægt atriði gagnvart viðfangsefni þessarar greinar. Þá hefur Evrópudómstóllinn staðfest að þrátt fyrir takmarkandi orðalag 56.-

⁷ Samningurinn um EES-svæðið (samþykktur 12. janúar 1993, tók gildi 1. janúar 1994, Stjritið, C. 31/1993). Sjá 1. kafla II. hluta og 1.-4. kafla III. hluta EES-samningsins.

⁸ Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C15/13, TFEU. (Hér eftir SFE).

⁹ 36. gr. EES-samningsins tekur að sjálfsgöðu einnig til ríkisborgara EFTA-ríkja, þ.e. frelsi þeirra til að veita og þiggja þjónustu bæði í aðildarríkjunum ESB og EFTA-ríkjunum Íslandi, Noregi og Liechtenstein.

¹⁰ C-281/06 *Jundt* v. Finanzamt Offenbürg [2007] ECR I-12231. Þrátt fyrir að þjónustuveitandinn *Jundt*, sem kenndi stutt námskeið á vegum Háskólans í Strassbourg, hafi aðeins fengið smávægilega þóknun upp á 500 evrur taldist hann engu að

siður þjónustuveitandi í skilningi 57. gr. SFE samningsins og naut verndar sem slíkur til að veita þjónustu sína yfir landamæri. Sjá nánari umfjöllun um þetta í bók Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (3. útg. Oxford University Press 2010) 362-363.

¹¹ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (3. útg. Oxford University Press 2010) 369.

¹² Sameiginleg mál C-286/82 & C-26/83 *Luisi og Carbone* gegn Ministero del Tesoro [1984] ECR I-377 (hér eftir *Luisi og Carbone*).

¹³ *Luisi og Carbone*, mgr. 16. Sjá einnig umfjöllun um þetta í Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (3. útg. Oxford University Press 2010) 359.

57. gr. SFE gildi þjónustufrelsið einnig um þau tilvik þar sem hvorki þiggjandi né veitandi þjónustunnar ferðast á milli ríkja heldur aðeins þjónustan sjálf. Þá er átt við þjónustu sem fram fer til að mynda í gegnum síma eða tölvupóst. Þetta kom m.a. fram í máli *Alpine Investments*.¹⁴ Í málinu hafði hollenska fjármálaráðuneytið meinað hollensku fyrirtæki að bjóða einstaklingum bæði í Hollandi og öðrum ríkjum Evrópusambandsins fjármálaþjónustu af ýmsu tagi í gegnum síma nema gegn skriflegu leyfi viðskiptavinarins. Dómstóllinn taldi þetta hindrun sem færi gegn 56. gr. SFE þar sem ákvæðið næði yfir þjónustu sem veitt væri í gegnum síma án þess að þjónustuveitandinn eða þiggjandi hennar færu yfir landamæri.

3. HEILBRIGÐISÞJÓNUSTA

3.1. Er heilbrigðisþjónusta hluti af innri markaði Evrópu?

Fæstir myndu í fljótu bragði líta á heilbrigðiskerfi sem hluta af innri markaði Evrópu, heldur frekar líta á það sem hluta af velferðarkerfi þjóðar, enda er heilbrigðisþjónusta að stórum hluta endurgjaldslaus í löndum Evrópusambandsins.¹⁵ Eins og nánar verður rakið hér á eftir hefur Evrópudómstóllinn hins vegar staðfest að heilbrigðisþjónusta fellur undir 56. og 57. gr. SFE og er því hluti af innri markaði Evrópu. Þetta þýðir að einstaklingar eiga rétt á að ferðast til annarra ríkja innan Evrópusambandsins og

þiggja þar heilbrigðisþjónustu, sem síðan er endurgreidd af heimaríki viðkomandi, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.

Í *Webb*¹⁶ var staðfest að það skipti ekki máli þó að þjónusta væri sérstaks eðlis – hún falli þrátt fyrir það undir reglurnar um frjálst flæði þjónustu. Þessi dómur er mikilvægur undanfari þess sem koma skyldi. Mál *Luisi og Carbone* var fyrsti dómur Evrópudómstólsins sem sýndi fram á að heilbrigðisþjónusta fellur undir ákvæðið um þjónustufrelsi.¹⁷ Líkt og að framan greinir var þar um að ræða einstaklinga sem fóru milli landa í þeim tilgangi að sækja heilbrigðisþjónustu.¹⁸ Í máli *Kohll*¹⁹ reyndi hins vegar í fyrsta sinn á það hvort heimaríki bæri skylda til að endurgreiða fyrir heilbrigðisþjónustu sem veitt var erlendis. *Kohll*, lúxemborgskur ríkisborgari, hafði sótt um heimild fyrir dóttur sína að leita til sérfræðings í tannréttingum í Þýskalandi. Umsókninni var hafnað með vísan til þess að aðgerðin væri ekki brýn og að hægt væri að veita sömu þjónustu í Lúxemborg. Evrópudómstóllinn vitnaði í mál *Webb* með þeim orðum að sérstafa þjónustunnar gerði það ekki af verkum að hún félli utan ákvæða SFE um þjónustufrelsi. Því væri meðferð hjá tannréttingasérfræðingi í öðru aðildarríki Evrópusambandsins álitin þjónusta í skilningi ákvæða SFE. Þessi dómsniðurstaða staðfestir að þjónusta sem veitt er utan sjúkrahúsa í kerfi sem byggir á endurgreiðslum fellur undir ákvæði SFE um þjónustufrelsi.²⁰ Var niðurstaða dómstólsins sú að *Kohll* ætti rétt á endurgreiðslu vegna meðferðar dótturinnar.

¹⁴ Mál C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141.

¹⁵ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (3. útg. Oxford University Press 2010) 368.

¹⁶ Mál C-279/80 *Webb* [1981] ECR I-3305 (hér eftir *Webb*).

¹⁷ *Luisi og Carbone*, mgr. 16: "It follows that the freedom to provide services includes the freedom, for the recipients of services, to go to another member state in order to receive a service there, without being obstructed by restrictions, even in relation to payments and that tourists, persons receiving medical treatment and persons travelling for the purpose of education or business are to be regarded as recipients of services."

¹⁸ *Laura Nistor, Public Services and the European Union – Health Care, Health Insurance and Education services* (T.M.C. Asser Press 2011) 36.

¹⁹ Mál C-158/96 *Raymond Kohll* gegn *Union des Caisses de Maladie* [1998] ECR I-1931 (hér eftir *Kohll*).

²⁰ *Kohll*, mgr. 29: "The dispute before the national court concerns treatment provided by an orthodontist established in another Member State, outside any hospital infrastructure. That service, provided for remuneration, must be regarded as a service within the meaning of Article 60 of the Treaty, which expressly refers to activities of the professions."

Í kjölfar dómsins í máli *Kohll* höfðu ýmsir áhyggjur af því að niðurstaðan yrði sú sama í heilbrigðiskerfi þar sem sjúkratryggingar greiða að hluta eða að fullu fyrir heilbrigðisþjónustuna (*benefits-in-kind*). Töldu ýmsir að ef sú yrði niðurstaðan myndi réttur aðildarríkja til að stjórna eigin velferðarkerfi skerðast.²¹ Í sameiginlegu máli *Geraets-Smits og Peerboms*²² var staðfest að svo er. Í dómnum segir:

“It must be accepted that a medical service provided in one Member State and paid for by the patient should not cease to fall within the scope of the freedom to provide services guaranteed by the Treaty merely because reimbursement of the costs of the treatment involved is applied for under another Member State’s sickness insurance legislation which is essentially of the type which provides for benefits in kind.”

Með þessum dómi staðfesti Evrópudómstóllinn að heilbrigðisþjónusta í heilbrigðiskerfi sem byggir á sjúkratryggingum fellur undir þjónustufrelsisákvæði 56. og 57. gr. SFE. Reglurnar um heilbrigðisþjónustu voru hér farnar að skýrast nokkuð. Eftir dóminn ríkti þó enn óvissa um hvaða reglur gilda um heilbrigðiskerfi þar sem hvorki er um að ræða endurgreiðslukerfi né millilið í formi sjúkrasjóðs. Nýlegur dómur í máli *Yvonne Watts*²³ varpar nokkru ljósi á reglurnar sem gilda um slík heilbrigðiskerfi. Í málinu kom breska heilbrigðiskerfið, NHS (National Health System) til álita. Kerfið er byggt þannig upp að tekjur heilbrigðisstofnana koma frá hinu opinbera. Almennur greiðir því ekkert iðgjald vegna sjúkratrygginga heldur er heilbrigðiskerfið

fjármagnað með skatttekjum. Má segja að hér sé um takmarkatilvik að ræða hvað varðar efnahagslega tengingu þar sem skattpeningar hvers og eins renna ekki beinlínis til heilbrigðisstofnana heldur fer skatturinn í „pott“ sem síðan deilist út á mismunandi starfstöðvar hins opinbera. Evrópudómstóllinn staðfesti í málinu að þetta fyrirkomulag geti talist greiðsla fyrir þjónustu í skilningi ákvæða SFE og falli því undir ákvæði um þjónustufrelsi.²⁴

Að öllu framansögðu virtu eru niðurstöður dómstólsins í málum sem varða veitingu heilbrigðisþjónustu þær sömu án tillits til þess hvernig heilbrigðiskerfið er fjármagnað. Um er að ræða efnahagslega starfsemi sem fellur undir ákvæði SFE um þjónustufrelsi. Einstaklingum á samkvæmt því að vera frjálst að sækja slíka þjónustu yfir landamæri til annarra aðildarríkja Evrópusambandsins. Breski fræðimaðurinn Catherine Barnard telur að með þessum niðurstöðum dómstólsins hafi opnast áður óþekktur markaður fyrir milliríkjasamskipti á sviði heilbrigðisþjónustu.²⁵

Þrátt fyrir framangreindar dómsniðurstöður hefur Evrópudómstóllinn viðurkennt að ákveðnar takmarkanir séu réttlætanagerar á frelsi til að veita og þiggja heilbrigðisþjónustu, m.a. til verndar fjárhagslegu skipulagi og stöðugleika heilbrigðiskerfa aðildarríkjanna. Um þessar takmarkanir verður fjallað í kafla 3.2.

3.2. Heimildakerfi – réttlætanager hindrun?

3.2.1 Almenn

Eins og rakið hefur verið hér að framan

21 Laura Nistor, *Public Services and the European Union – Health Care, Health Insurance and Education services* (T.M.C. Asser Press 2011) 38.

22 Sameiginleg mál C-157/99, B.S.M. Geraets-Smits gegn Stichting Ziekenfonds VGZ og H.T.M Peerbooms gegn Stichting CZ Groep Zorgverzekerings [2001] ECR I-547 (hér eftir Geraets-Smits og Peerboms).

23 Mál C-372/04 Yvonne Watts gegn Bedford Primary Care

Trust and Secretary of State for Health [2006] ECR I-4325 (hér eftir Yvonne Watts).

24 Sjá umfjöllun um þetta í Laura Nistor, *Public Services and the European Union – Health Care, Health Insurance and Education services* (T.M.C. Asser Press 2011) 50.

25 Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (3. útg. Oxford University Press 2010) 369.

er heilbrigðisþjónusta hluti af innri markaði Evrópu og ætti aðildarríkjum Evrópusambandsins því almennt að vera óheimilt að takmarka möguleika þjónustuveitenda eða -þiggjenda í að veita eða sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri.²⁶ Í 52. gr. SFE kemur þó fram að allsherjarregla, almannaöryggi og almannaheilbrigði geti réttlætt takmarkanir á þjónustufrelsinu, sbr. 62. gr. SFE. Þá hefur Evrópudómstóllinn staðfest að sérstakar réttlætningarástæður, s.s. neytendasjónarmið, mannréttindasjónarmið og umhverfissjónarmið geti réttlætt undantekningar á þjónustufrelsinu sem og öðrum þáttum fjörfrelsisins.²⁷

Sum aðildarríki Evrópusambandsins hafa gert það að skilyrði fyrir því að sjúklingar fái kostnað vegna heilbrigðisþjónustu í öðru aðildarríki ESB endurgreiddan að þeir hafi fengið heimild til þess fyrirfram. Felst í þessu hindrun á réttinum til að leita sér heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Hér á eftir verður skoðað að hvaða marki aðildarríkjunum er heimilt að krefjast slíkrar fyrirfram heimildar, þ.e. hvort um geti verið að ræða réttlætanagerlega hindrun á þjónustufrelsinu.

Áður en fjallað verður um þær reglur sem Evrópudómstóllinn hefur mótað að því er varðar framangreint er þó óhjákvæmilegt að víkja stuttlega að öðru regluverki sem einnig hefur að geyma ákvæði varðandi heilbrigðisþjónustu yfir landamæri – þetta regluverk er þó ekki hluti af þjónustufrelsisákvæðum SFE.

3.2.2. Reglugerð 883/04 - almannatryggingarreglur

Reglugerð 883/04²⁸ fjallar um

almannatryggingarreglur innan Evrópu-sambandsins og hins Evrópska efnahagssvæðis.²⁹ Í reglugerðinni er skilið á milli tveggja tegunda heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Í 19. gr. reglugerðar 883/04 er kveðið á um skyldu heimaríkis til að endurgreiða kostnað vegna neyðarheilbrigðisþjónustu sem veitt er í öðru aðildarríki vegna skyndilegra veikinda á ferðalagi. Í 20. gr. reglugerðarinnar er fjallað um þau tilvik þegar sjúklingur fer gagnert til annars aðildarríkis til að leita heilbrigðisþjónustu. Samkvæmt ákvæðinu getur sjúklingur, sem ferðast til annars aðildarríkis í þessum tilgangi, ekki fengið hana endurgreidda nema að hafa fyrirfram fengið heimild fyrir þjónustunni frá heimaríkinu. Ef heimildin fæst greiðir heimaríkið allan raunkostnaðinn sem til fellur við veitingu heilbrigðisþjónustunnar, jafnvel þótt sambærileg þjónusta sé ódýrari í heimaríkinu.

Afar mikilvægt er að gera greinarmun á framangreindu kerfi, sem grundvallast á fyrrgreindri reglugerð, og þeim reglum sem gilda þegar rætt er um heilbrigðisþjónustu á grundvelli 56. og 57. gr. SFE, þ.e. sem hluta af þjónustufrelsinu. Ekki verður fjallað frekar um framangreint kerfi, sem er hluti af almannatryggingarétti, enda er umfjöllunarefni þessarar greinar að kortleggja þær reglur sem gilda um veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri sem hluta af þjónustufrelsisákvæðum Evrópusambandsins.

Líkt og greint var frá í kafla 3.2.1 er næsta viðfangsefni þessarar greinar að leita svara við því hvort heimildakerfi, sem sum aðildarríki styðjast við og vikið var að í þeim kafla, sé ólögmat hindrun á þjónustufrelsi,

26 M.a. mál C-381/93 European Commission v. French Republic [1994] ECR I-5145, mgr. 17.

27 Harvey T M og McHale J V, Health Law and the European Union (Cambridge University Press 2004) 122 -124.

28 Council Regulation (EC) 883/2004 on the coordination of social security systems [2004] OJ L166/1. [Reglugerðin er enn

óþýdd á íslensku er þetta er skrifað].

29 Reglugerð 883/04 kom í stað reglugerðar 1408/71 um veitingu almannatryggingarreglna gagnvart launþegum og fjölskyldum þeirra sem flytjast milli aðildarríkja, í mars 2010.

sbr. 56. og 57. gr. SEF eða hvort slík hindrun geti í einhverjum tilvikum talist réttlætlanleg.³⁰

3.2.3. *Innan sjúkrahúsa*

Álitaefni varðandi hindranir sem aðildarríkin hafa sett fyrir því að heilbrigðisþjónusta geti flætt frjáls og óhindruð milli aðildarríkja Evrópusambandsins hafa komið til kasta Evrópudómstólsins. Það sem aðildarríkin virðast vilja vernda með slíkum hindrunum er fjárhagslegur stöðugleiki heilbrigðiskerfa þeirra.

Dómur í máli *Geraets-Smits og Peerboms* er grundvallardómur hvað varðar heimildakerfi, sem eru eins og fyrr greinir í raun hindrun á frjálsu flæði þjónustu. *Geraets-Smits* þjáðist af Parkinsons veikni og sótti meðferð til Þýskalands. Hollensk yfirvöld neituðu að endurgreiða henni kostnaðinn vegna meðferðarinnar með þeim rökum að hún hafi átt kost á sambærilegri þjónustu í Hollandi. Það hafi því verið óþarfi fyrir hana að sækja meðferðina til Þýskalands.³¹ Í máli *Peerboms* voru atvik málsins þau að *Peerboms* féll í dá eftir bilslýs og var fluttur til Austurríkis þar sem hann hlaut meðferð sem ekki var völ á í Hollandi. Meðferðin var eingöngu veitt í tilraunaskyni á tveimur stöðum í Hollandi og sjúklingar eldri en 25 ára fengu ekki aðgang að henni. *Peerboms* var neitað um endurgreiðslu kostnaðar við meðferðina þar sem skilyrðið að meðferðarúrræðin mættu ekki vera tilraunakennð á hollenskan mælikvarða var ekki uppfyllt. Í dómi Evrópudómstólsins kom fram að ekki mætti lita framhjá þeirri

staðreynd að með ótakmörkuðu frelsi til að leita sér heilbrigðisþjónustu væri hægt að koma fjárhagsáætlunum sjúkrahúsa úr jafnvægi. Heimildakerfi sett í þeim tilgangi að varðveita fjárhagslegan stöðugleika gæti því talist lögmæt hindrun á frjálsu flæði þjónustu.³² Raunar gengur dómstóllinn svo langt að segja að slíkt heimildakerfi sé beinlínis nauðsynlegt hvað varðar meðferð á sjúkrahúsum.³³ Heimildakerfið gæti þó aðeins talist réttlætlanlegt ef það uppfyllti ákveðin efnisleg skilyrði og eins þurfti kerfið að byggja á ákveðnum málsmeðferðarreglum. Þannig þurfti heimildakerfið að vera aðgengilegt fyrir alla sjúklinga, ákvörðun um veitingu heimildarinnar yrði að byggja á hlutlægum, gegnsæjum grunni án mismununar, hana yrði að taka innan hæfilegs tíma og hún yrði að vera kæránleg. Varðandi efnislegu skilyrðin sagði dómstóllinn að ákvæði þág. 59. gr. samningsins [nú 56. gr. SFE] útilokaði ekki löggjöf, sem bindi heimild þeim skilyrðum; Í fyrsta lagi að meðferðin væri venjuleg út frá alþjóðlegum viðurkenndum sjónarmiðum, í öðru lagi að hún væri nauðsynleg fyrir sjúklinginn. Sagði í dóminum að einungis væri heimilt að synja á grundvelli síðargreinda skilyrðisins ef sjúklingurinn gæti fengið jafngóða meðferð í heimaríkinu án óeðlilegra tafa. Að framangreindum skilyrðum uppfylltum stæðist það ákvæði um þjónustufrelsi að synja sjúklingi heimildar, í þeim tilgangi að viðhalda nægjanlegu og varanlegri heilbrigðisþjónustu sem væri í jafnvægi og til að viðhalda fjárhagslegum stöðugleika

30 Hér má nefna að Evrópudómstóllinn hefur í fjölmörgum dómum viðurkennt að sérstakar réttlætningarástæður (e. mandatory requirements) kunni að geta réttlætt hindrun á fjórfrelsinu, þ.m.t. þjónustufrelsinu. Dæmi um réttlætningarástæður eru umhverfissjónarmið, neytendasjónarmið, verndun barna og mannréttindi, sjá

Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (3. Útg. Oxford University Press 2010) 167 og 511.

31 *Geraets-Smits og Peerboms*, mgr. 26.

32 *Geraets-Smits og Peerbooms*, mgr. 72.

33 *Geraets-Smits og Peerbooms*, mgr. 80.

kerfisins.³⁴

Í máli *Yvonne Watts* fjallaði dómstóllinn um síðarnefnda efnislega skilyrðið. Í Bretlandi eru biðlistar notaðir sem aðferð til að stjórna og lágmarka kostnað af heilbrigðisþjónustu. Í málinu voru því uppi áhyggjur um hvort ótakmarkað leyfi til að fara yfir landamæri og sækja þangað heilbrigðisþjónustu gæti haft áhrif á biðlistana og þar með kostnaðaráætlun breskra heilbrigðisfyrivalda, þar sem fólk gæti sniðgengið þá með því að sækja meðferð til annarra aðildarríkja. Í dómi Evrópuðómstólsins í málinu sagði að ekki væri heimilt að synja um heimild eingöngu á þeim grundvelli að biðlistar væru nauðsynlegir til að stjórna kostnaði, án þess að hafa framkvæmt hlutlæga lækni skoðun á ástandi sjúklingsins, sögu hans, líklegri ástæðu sjúkdómsins, líðan hans og eðli sjúkdómsins.³⁵

Annað dæmi um álitaefni er tengjast sjúklingum innan sjúkrahúsa er mál *Stamatelaki*.³⁶ *Stamatelaki* var Grikkki sem dvaldi á bresku einkasjúkrahúsi og krafðist síðar endurgreiðslu frá grískum yfirvöldum vegna sjúkrahúslégunnar. Grísk yfirvöld

höfnuðu endurgreiðslunni á þeim forsendum að samkvæmt grískum lögum væri kostnaður við sjúkrahúslegu á einkasjúkrahúsum ekki endurgreiddur nema aðilinn væri undir 14 ára aldri. Þessa reglu taldi *Stamatelaki* fara gegn þjónustufrelsisákvæðum SFE. Í dómi Evrópuðómstólsins kom meðal annars fram að ekki skipti máli hvort þjónustan væri veitt á ríkisreknu sjúkrahúsi eða einkasjúkrahúsi, hún félli samt sem áður undir þjónustufrelsisákvæði SFE.³⁷ Dómstóllinn viðurkenndi að það væri nauðsynlegt að viðhalda fjárhagslegum stöðugleika á heilbrigðiskerfi Grikklands og vísaði þar í fyrri dómaframkvæmd³⁸ en sagði jafnframt að hindranir Grikkja að banna alfarið endurgreiðslu sjúkrahúskostnaðar nema hjá börnum undir 14 ára aldri færu fram úr því sem góðu hófi gegndi. Það var að mati dómsins hægt að tryggja fjárhagslegan stöðugleika með vægari úrræðum, svo sem að koma á fót heimildakerfi.³⁹

Á grundvelli framangreindra dóma má draga þá ályktun að ef um er að ræða heilbrigðisþjónustu innan sjúkrahúsa sé réttlæt看legt fyrir aðildarríkin að setja upp heimildakerfi, m.ö.o um er að ræða

34 Geraets-Smith og Peerboms mgr. 108: "In view of all the foregoing considerations, the answer to be given to the national court must be that Articles 59 and 60 of the Treaty do not preclude legislation of a Member State, such as that at issue in the main proceedings, which makes the assumption of the cost of treatment provided in a hospital located in another Member State subject to prior authorization from the insured person's sickness insurance fund and the grant of such authorization subject to the condition that (i) the treatment must be regarded as normal in the professional circles concerned, a criterion also applied in determining whether hospital treatment provided on national territory is covered, and (ii) the insured person's medical treatment must require that treatment. However, that applies only in so far as - the requirement that the treatment must be regarded as normal is construed to the effect that authorization cannot be refused on that ground where it appears that the treatment concerned is sufficiently tried and tested by international medical science, and - Authorization can be refused on the ground of lack of medical necessity only if the same or equally effective treatment can be obtained without undue delay at an establishment having a contractual arrangement with the insured persons' sickness insurance fund."

35 *Yvonne Watts* mgr. 123(3): "A refusal to grant prior

authorization cannot be based merely on the existence of waiting lists intended to enable the supply of hospital care to be planned and managed on the basis of predetermined general clinical priorities, without carrying out an objective medical assessment of the patient's medical condition, the history and probable course of his illness, the degree of pain he is in and/or the nature of his disability at the time when the request for authorization was made or renewed.

Where the delay arising from such waiting lists appears to exceed an acceptable time having regard to an objective medical assessment of the abovementioned circumstances, the competent institution may not refuse the authorization sought on the grounds of the existence of those waiting lists. [...]"

36 Mál C-444/05, *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185 (hér eftir *Stamatelaki*).

37 *Stamatelaki*, mgr. 22.

38 *Stamatelaki*, mgr. 30.

39 *Stamatelaki*, mgr. 35: "[...]the absolute terms, with the exception of the case of children under 14 years of age, of the prohibition laid down by the Greek legislation are not appropriate to the objective pursued, since measures which are less restrictive and more in keeping with the freedom to provide services could be adopted, such as a prior authorisation scheme which complies with the requirements imposed by Community law[...]"

réttlætánlega hindrun á frelsinu til að veita og þiggja þjónustu, sbr. 56. gr. SFE. Aðildarríkin eru þó bundin af þeim efnislegu skilyrðum og þeim málsmeðferðarreglum sem fram koma í framangreindum dómum Evrópudómstólsins.

En eiga sömu sjónarmið við varðandi heilbrigðisþjónustu utan sjúkrahúsa? Það er viðfangsefni næsta kafla.

3.2.4. Utan sjúkrahúsa

Í máli *Müller-Fauré og Van Riet*⁴⁰ gerði Evrópudómstóllinn tilraun til að skilja á milli heilbrigðisþjónustu innan og utan sjúkrahúsa með tilliti til heimildakerfa.

Hin hollenska *Müller-Fauré* þurfti að komast í tannlæknameðferð á meðan hún var í fríi í Þýskalandi. Meðferð þessi var ekki veitt á sjúkrahúsi. Þegar heim var komið sótti hún um að fá meðferðina endurgreidda af hollenskum yfirvöldum en var hafnað meðal annars á þeim grundvelli að hún hefði ekki haft heimild frá sjúkrasjóð sínum til að sækja meðferðina til Þýskalands.⁴¹ Í máli *Van Riet* voru málsatvik þau að læknir *Van Riet* fór fram á að hún fengi að fara til Belgíu í lífsþeglu, sem var minni háttar meðferð sem að hluta til var gerð innan sjúkrahúss og að hluta til utan sjúkrahúss. Hún hefði vissulega getað farið í speglunina í Hollandi en hefði þurft að biða mun lengur. Þegar hún bað um að fá kostnaðinn vegna meðferðarinnar endurgreiddan var þeirri beiðni hafnað af hollenskum yfirvöldum, meðal annars vegna þess að ekki hafði verið sótt um heimild áður en hún fór.⁴²

Í niðurstöðu sinni sagði Evrópudómstóllinn að engin ástæða væri fyrir því að hafa heimildakerfi þegar um þjónustu utan sjúkrahúsa væri að ræða, þar sem ekki hefði komið fram nein sönnun þess

efnis að þjónustan væri líkleg til að kippa stöðum undan fjárhagslegum stöðugleika heilbrigðiskerfisins.⁴³ Enn fremur áleit dómstóllinn að það væri ekki líklegt að afnám heimildakerfisins fyrir þjónustu sem veitt væri utan sjúkrahúsa myndi leiða til þess að fólk færi í stórum stíl að ferðast yfir landamæri í þessum tilgangi. Það að setja skilyrði fyrir heimildakerfi í þeim tilvikum þegar þjónustan færi fram utan sjúkrahúsa væri því að mati dómsins ólöglegt hindrun á þjónustufrelsinu.⁴⁴ Dómstóllinn sló þó varnagla í niðurstöðu sinni. Sjúklingar sem færu til annars aðildarríkis í þeim tilgangi að sækja heilbrigðisþjónustu sem færi fram utan sjúkrahúsa án heimildar gætu aðeins fengið þá fjárhæð endurgreidda sem heilbrigðisþjónustan hefði kostað í heimaríkinu. Það væri því ekki hægt að fá raunkostnaðinn endurgreiddan, jafnvel þótt hann væri hærri.⁴⁵

Af framangreindum dómi Evrópudómstólsins leiðir að þegar um er að ræða heilbrigðisþjónustu utan sjúkrahúsa þarf sjúklingur ekki heimild heimaríkis síns þar sem ekki hefur verið sannað að slík þjónusta hafi neikvæð áhrif á fjárhagslegan stöðugleika heilbrigðiskerfa aðildarríkjanna. Að krefjast slíkrar heimildar felur í sér brot á 56. gr. SFE og er ekki réttlætánleg hindrun. Þegar um er að ræða heilbrigðisþjónusta innan sjúkrahúsa þarf sjúklingur hins vegar slíka heimild, sbr. *Geraets-Smith og Peerboms* – m.ö.o. takmörkun á þjónustufrelsinu er réttlætánleg ef um er að ræða heilbrigðisþjónustu innan sjúkrahúsa.

Í niðurstöðu dómstólsins í máli *Müller-Fauré og Van Riet* er þó gefið í skyn að erfitt geti reynst að draga skýrar línur hvað varðar mörkin milli þjónustu innan og utan sjúkrahúsa. Er nefnt í því sambandi dæmi

40 Sameiginleg mál C-385/99 V.G. Müller-Fauré gegn Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringskringeng UA og E.E.M. van Riet gegn Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen [2003] ECR I-4509 (hér eftir Müller-Fauré og Van Riet).

41 Müller-Fauré og Van Riet, mgr. 20-24.

42 Müller-Fauré og Van Riet, mgr. 25-27.

43 Müller-Fauré og Van Riet, mgr. 93.

44 Müller-Fauré og Van Riet mgr. 95.

45 Müller-Fauré og Van Riet, mgr. 98 og 106.

um þjónustu sem veitt er innan sjúkrahúsa en geti allt eins verið veitt utan sjúkrahúsa, til dæmis í þeim tilvikum þegar læknir veitir þjónustuna á eigin stofu.⁴⁶ Í nýlegum dómi í máli *Framkvæmdarstjórnin gegn Frakklandi*⁴⁷ er aftur vikið að þessu með þeim orðum að það geti verið nauðsynlegt að skipuleggja heilbrigðisþjónustu fyrirfram í þeim tilvikum þegar verið væri að nota kostnaðarsamar lækningar aðferðir. Ekki skipti máli í því sambandi hvort sú þjónusta væri veitt innan eða utan sjúkrahúsa. Það virðist því ekki vera alveg klippt og skorið samkvæmt dómafordæmum hvort heimildarinnar sé þörf eftir því hvort meðferðin er veitt innan eða utan sjúkrahúsa. Reynt var að afmarka þetta atriði nánar í nýrri tilskipun nr 2011/24 sem nú verður fjallað um.

4. TILSKIPUN UM HEILBRIGÐISÞJÓNUSTU NR. 2011/24

4.1. Almenn

Hér að framan hafa verið reifaðir margir dómur Evrópudómstólsins á sviði heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Þeir sýna að Evrópudómstóllinn hefur það að leiðarljósi í dómsniðurstöðum sínum að varðveita virkni innri markaðarins. Sumir halda því fram að dómstóllinn hafi gengið svo langt í dómum sínum að það hafi komið niður á rétti aðildarríkjanna til að skipuleggja eigin heilbrigðisþjónustu. Það þótti því aðkallandi að setja reglurnar sem Evrópudómstóllinn var búinn að móta í gegnum tíðina niður á blað og standa í leiðinni vörð um áður nefndan rétt aðildarríkjanna.⁴⁸ Þann 28. febrúar

2011 samþykkti Evrópuþingið tilskipun nr. 2011/24 um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri sem gefin var út 9. mars 2011.⁴⁹ Markmið hennar er að auðvelda heilbrigðisþjónustu yfir landamæri, þ.e. þegar sjúklingur leitar heilbrigðisþjónustu⁵⁰ í öðru aðildarríki eða þegar hann kaupir lyf eða annan læknisfræðilegan útbúnað í öðru aðildarríki. Þá á hún um leið að efla samvinnu aðildarríkjanna á sviði heilbrigðisþjónustu.⁵¹ Tilskipunin gildir samhliða reglugerð 883/2004.

4.2. Meginregla 7 gr. tilskipunarinnar – réttur til endurgreiðslu

Meginregluna um endurgreiðslu kostnaðar vegna heilbrigðisþjónustu sem sótt er yfir landamæri er að finna í 7. gr. tilskipunarinnar. Í 1. mgr. greinarinnar kemur fram að heimaríkið skuli tryggja að kostnaður vegna heilbrigðisþjónustu yfir landamæri verði endurgreiddur, að því gefnu að um sé að ræða heilbrigðisþjónustu sem viðkomandi á rétt á í heimaríki sínu. Fjárhæð endurgreiðslunnar skal vera sú sama og ef meðferðin hefði farið fram í heimaríki sjúklingsins án þess að hún nemi hærrí fjárhæð en sem svarar raunkostnaði þjónustunnar, sbr. 1. ml. 4. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar. Í 2. ml. sömu greinar kemur fram að aðildarríkjum sé þó heimilt, en ekki skylt, að kjósa að greiða allan raunkostnaðinn, þrátt fyrir að hann sé hærrí en verið hefði í heimaríkinu. Þá er aðildarríkjum frjálst að endurgreiða kostnað sem tengist meðferðinni, svo sem ferða- og upphaldskostnað, sbr. 3. ml. 4. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar. Í 8. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um að aðildarríkin megi ekki krefjast þess að sjúklingar fái heimild

⁴⁶ Müller-Fauré og Van Riet, mgr. 75.

⁴⁷ Mál C-512/08 European Commission V. France (5. október 2010).

⁴⁸ Miek Peeters, „Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare” (2012) 19 European Journal of Health Law 29, 30-31.

⁴⁹ Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare [2011] OJ L88/45.

⁵⁰ Tilskipunin gildir um veitingu allra tegunda heilbrigðisþjónustu til sjúklinga sama hvernig hún er skipulögð eða fjármögnuð, sbr. 2. mgr. 1. gr. tilskipunar nr. 2011/24. Er þetta í samræmi við dóm Evrópudómstólsins í áður nefndu máli Yvonne Watts.

⁵¹ Paul Quinn og Paul de Hert, „The Patients' Rights Directive (2011/24/EU) – Providing (some) rights to EU residents seeking healthcare in other Member States” (2011) 27 Computer Law & Security Review 497, 498.

áður en þeir sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri nema í þeim tilvikum sem sérstaklega eru tilgreind í greininni. Þetta þýðir að í öllum öðrum tilvikum þurfa sjúklingar ekki að fá heimild og geta frjálst og óhindrað sótt heilbrigðisþjónustu yfir landamæri og fengið hana endurgreidda eftir reglum 7. gr. tilskipunarinnar.

4.3. Reglur tilskipunarinnar um heimildakerfi

4.3.1. Almennt

Þrátt fyrir meginreglu 7. gr. tilskipunarinnar að heimaríki beri að endurgreiða kostnað vegna heilbrigðisþjónustu yfir landamæri, – þó ekki að hærri fjárhæð en verið hefði í heimaríkinu – er gert ráð fyrir því að í sumum tilvikum geti þjónustan verið þess eðlis að réttlætánlegt sé að sjúklingurinn fái ekki endurgreiðslu nema hann hafi fyrirfram fengið til þess heimild. Reglur tilskipunarinnar um heimildakerfi er að finna í 8. og 9. gr. tilskipunarinnar.

4.3.2. Hvenær má krefjast heimildar?

Í 8. gr. tilskipunarinnar er fjallað um heimildakerfi. Í 1. mgr. greinarinnar kemur fram að heimaríki megi að ákveðnum skilyrðum uppfylltum ákveða að heimildar sé þörf þegar endurgreiða á kostnað vegna heilbrigðisþjónustu sem sótt er til annars aðildarríkis. Kerfið verður þó að vera með þeim hætti að meðalhófs sé gætt í hvívetna og þess um leið gætt að ekki sé hindrað frjálst flæði þjónustu að öðru. Í a-c lið 2. mgr. 8. gr. er nánar útlistað í hvaða tilvikum megi setja skilyrði um slíka heimild. Í þessum tilvikum fæst ekki endurgreiddur kostnaður sjúklingsins frá heimaríkinu nema sjúklingurinn hafi áður en hann þáði heilbrigðisþjónustu í öðru aðildarríki

fengið til þess heimild. Næst verður fjallað um skilyrði a-c liðar 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar.

i) a-liður 2. mgr. 8. gr. tilskipunar nr. 2011/24

Fyrst ber að nefna að samkvæmt a-lið 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar má heimaríkið gera kröfu um undangengna heimild ef heilbrigðisþjónustan er þess eðlis að hún krefjist skipulagningar þannig að hægt sé að veita heilbrigðisþjónustu í hæsta gæðaflokki. Samkvæmt tilskipuninni á þetta við þegar þjónustan hefur í för með sér næturgistingu á sjúkrahúsi eða þegar þjónustan styðst við kostnaðarsamt kerfi eða kostnaðarsöm tæki. Það vekur athygli að hér ræður ekki úrslitum hvort þjónustan er innan eða utan sjúkrahúsa. Þannig getur þjónusta utan sjúkrahúsa þarfnast mikillarskipulagningar, til dæmis þegar notuð eru dýr tæki, og því hægt að krefjast heimildar. Að sama skapi getur heimild fyrir þjónustu sem fram fer innan sjúkrahúsa verið öþörf ef þjónustan varir aðeins í stuttan tíma og sjúklingurinn þarf ekki að dveljast á sjúkrahúsinu næturlangt. Ákvæði tilskipunarinnar staðfestir það sem Evrópuðómstóllinn hafði áður fjallað um í máli *Müller-Fauré og Van Riet og Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi*, þ.e. hvort ekki væri óheppilegt að skilja á milli heilbrigðisþjónustu innan og utan sjúkrahúsa þegar kæmi að því að ákveða hvort heimildar væri þörf.⁵²

Í lok 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar kemur fram að aðildarríkin þurfi að láta framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins í té upplýsingar um hvaða heilbrigðisþjónusta sem þau veita sé þess eðlis að hún falli undir a-lið 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar.

⁵² Sjá umfjöllun um þetta í Miek Peeters, „Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare” (2012) 19 European Journal of Health Law 29, 37.

ii) b-liður 2. mgr. 8. gr. tilskipunar nr. 2011/24

Í öðru lagi er heimaríki heimilt að krefjast heimildar þegar heilbrigðisþjónustan felur í sér áhættu fyrir sjúklinginn eða almenning. Ekki er ljóst hvernig aðildarríkin eiga eftir að beita þessari reglu en hugsanlega gæti henni verið beitt þegar heilbrigðisþjónustan er tilraunakennd eða þegar notaður er útbúnaður sem uppfyllir ekki gæðakröfur að fullu. Miek Peeters hefur sagt að of rúm túlkun aðildarríkja á ákvæðinu gæti haft þær afleiðingar að reglan um frjálsa för þjónustu verði skert að óþörfu.⁵³

iii) c-liður 2. mgr. 8. gr. tilskipunar nr. 2011/24

Í þriðja lagi má heimaríki krefjast þess að heimild liggja fyrir, áður en þjónusta er sótt yfir landamæri, ef vafi leikur á um ágæti þess sem veitir þjónustuna. Þá er átt við að háttsemi hans sé slík að efast megi um gæði og öryggi þjónustunnar sem veitt er. Peeters heldur því fram að það sé ekki skýrt í ákvæðinu að hve miklu leyti heimaríkinu er frjálst að efast um gæði þjónustunnar sem veitt er í öðru aðildarríki. Því verði áhugavert að sjá hvernig ákvæðinu muni vera beitt í framkvæmd af aðildarríkjunum. Nefnir hún í því sambandi mál *Stamatelaki* sem áður hefur verið fjallað um. Í málinu var staðfest að ekki væri hægt að hafna endurgreiðslu eingöngu á grundvelli þess að um einkarekna heilbrigðisþjónustu væri að ræða. Það væri því ekki leyfilegt að aðildarríki efaðist um gæði þjónustu eingöngu vegna þess að hún væri ekki ríkisrekin.⁵⁴

Hér er um að ræða tæmandi talningu á því hvenær aðildarríki er heimilt að krefjast þess af sjúklingi að hann óski eftir heimild áður en hann leitar heilbrigðisþjónustu

í öðru aðildarríki til að fá þjónustuna endurgreidda af heimaríki sínu. Hér er vakin athygli á því að í þeim tilvikum þar sem farið er fram á heimild á grundvelli 8. gr. tilskipunar nr. 2011/24 ber aðildarríkinu að meta hvort skilyrði reglugerðar 883/2004 séu uppfyllt. Ef svo er skal veita samþykkið á grundvelli þeirrar reglugerðar – en ekki tilskipunar nr. 2011/24 – nema sjúklingurinn óski eftir öðru. Er þetta ákvæði sett í þágu sjúklingsins þar sem sérstakt endurgreiðslukerfi (*third payer system*) hefur verið sett upp á grundvelli reglugerðar 883/2004 en í því felst að sjúklingurinn þarf ekki að leggja út fyrir þjónustunni og fá hana svo endurgreidda, heldur sér heimaríkið um að greiða beint til þjónustuveitandans án milligöngu sjúklingsins.⁵⁵ Ef hins vegar farið er eftir ákvæðum tilskipunar nr. 2011/24 er það undir aðildarríkjunum komið hvort þau kjósi að koma á fót sérstöku endurgreiðslukerfi (*third payer system*) líkt og gert er ráð fyrir í reglugerð 883/04, eða hvort um eftirágreiðslukerfi sé að ræða, sbr. 2. ml. 5. mgr. 9. gr. tilskipunarinnar. Hvor leiðin sem er valin af heimaríkinu er ljóst að sjúklingurinn á rétt á að fá fullan kostnað vegna heilbrigðisþjónustunnar sem hann fékk í öðru aðildarríki greiddan á grundvelli 8. gr. tilskipunarinnar.⁵⁶ Er að þessu leyti hentugra að fá heimild fyrir móttöku heilbrigðisþjónustu í öðru aðildarríki en að fara án heimildar, sbr. 7. gr. tilskipunarinnar, þar sem í þeim tilvikum fæst einungis endurgreiðsla að hámarki sem nemur þeirri upphæð sem kostað hefði að veita þjónustuna í heimaríkinu.

Skilyrði 8. gr. tilskipunarinnar má segja að endurspegli í stórum dráttum þau efnislegu skilyrði sem voru til umfjöllunar í máli *Geraets-Smits og Peerboms*. Þá er það sem dómstóllinn hafði verið að velta

⁵³ Miek Peeters, „Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients’ Rights in Cross-Border Healthcare” (2012) 19 *European Journal of Health Law* 29, 37.

⁵⁴ Sama heimild 38.

⁵⁵ Sjá umfjöllun um þetta í sömu heimild 40.

⁵⁶ Sjá umfjöllun um þetta í sömu heimild 42.

fyrir sér í málum *Müller-Fauré* og *Van Riet* og *Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi*, þar sem dómstóllinn dró í efa ágæti þess að skilja á milli þjónustu innan eða utan sjúkrahúsa þegar kæmi að nauðsyn heimildakerfis, útkljáð með 8. gr. tilskipunarinnar. Eins og sjá má af orðalagi 8. gr. er einblínt á eðli þjónustunnar en ekki hvar hún fer fram. Þessar samsvaranir til dómafordæma Evrópuðómstólsins sýna glöggð að við gerð tilskipunarinnar var í miklum mæli litið til dóma dómstólsins á þessu sviði.

4.3.3. Hvenær er heimilt að synja um heimild?

Tilskipun nr. 2011/24 setur ekki aðeins reglur um hvenær má krefjast þess að sjúklingar sækji um heimild fyrir þeirri meðferð sem þeir hyggjast sækja til annars aðildarríkis, heldur er þar einnig kveðið á um hvenær heimaríkinu er heimilt að synja slíkrar heimildar, sbr. 6. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar. Þetta á að sjálfsgöðu einungis við í þeim tilvikum þegar þjónustan er þess eðlis að hún þarfnist undangenginnar heimildar á grundvelli 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar. Þar sem veiting heimildar er nokkurs konar staðfesting á því að viðkomandi sjúklingur fái meðferðina endurgreidda af heimaríki sínu hefur höfnun heimildar óhjákvæmilega í för með sér að kjósi sjúklingur engu að síður að sækja þjónustuna í annað aðildarríki þarf hann að greiða fyrir hana úr eigin vasa. Nú verða rakin þau skilyrði sem talin eru geta réttlætt að aðildarríki synji sjúklingi um heimild til að þiggja heilbrigðisþjónustu í öðru aðildarríki á kostnað heimaríkisins.

Fyrstu tvö tilvikin eru um margt sambærileg. Í fyrsta lagi er aðildarríki heimilt að hafna veitingu heimildar ef öryggi sjúklingsins er ógnað sbr. a-liður 6. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar, en í öðru

lagi ef öryggi almennings er stefnt í hættu, sbr. b-liður sama ákvæðis. Athygli vekur að skilyrðin um öryggi sjúklings eða almennings eiga einnig við um það hvenær aðildarríki mega krefjast heimildar, sbr. 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar. Í þeirri málsgrein tilskipunarinnar er þó vísað til meðferðarinnar sjálftrar við athugun á því hvort hún gæti ógnað öryggi sjúklingsins eða almennings. Ætla má að a. og b-lið 6. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar yrði frekar beitt í þeim tilvikum þegar sjúklingurinn sjálfur er haldinn bráðsmitandi sjúkdómi eða þegar sjúklingurinn er t.d. svo illa haldinn að langt ferðalag yfir í annað aðildarríki gæti skaðað heilsu hans enn frekar.⁵⁷

Í þriðja lagi er aðildarríki heimilt að hafna veitingu heimildar ef ágæti þjónustuveitandans er dregið í efa, sbr. c-liður 6. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar. Hér er það sama uppi á teningnum eins og fjallað var um hér að ofan varðandi öryggið, þ.e. að aðildarríkin geta sett þetta sem skilyrði fyrir því að krefjast heimildar og sem ástæðu þess að hafna heimildaveitingunni. Munurinn á þessu tvennu liggur í því að í 6. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar er átt við ágæti einstakra þjónustuveitanda í hvert og eitt skipti. Dæmi um þetta gæti verið ef sjúklingur leitast eftir að fá heimild til að sækja þjónustu hjá þjónustuveitanda sem hefur ekki lengur réttindi til starfans.⁵⁸

Í fjórða lagi er aðildarríkjum heimilt að neita sjúklingi um heimild ef hægt er að veita sömu heilbrigðisþjónustu innan eðlilegra tímamarka í heimaríkinu, að teknu tilliti til heilsufarsástands sjúklings og hugsanlega þróun ástandsins eða sjúkdómsins, sbr. d-liður 6. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar. Að sama skapi er ekki leyfilegt að hafna heimildinni ef ekki er hægt að sækja meðferðina í heimaríkinu

⁵⁷ Miek Peeters, „Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients’ Rights in Cross-Border Healthcare” (2012) 19 *European Journal of Health Law* 29, 39.

⁵⁸ Sama heimild 39.

innan eðlilegra tímamarka. Eins og mál *Yvonne Watts* staðfestir eru biðlistar sem slíkir því ekki réttlæt看leg ástæða fyrir því að heimaríkið hafni veitingu heimildar.⁵⁹ Ætla má að síðastnefnda skilyrðið sé það atriði sem mest muni reyna á í framkvæmd.

4.3.4. Málsmeðferðarreglur

Að lokum verður komið inn á þær málsmeðferðarreglur sem aðildarríkin verða að uppfylla þegar þau setja á stofn heimildakerfi fyrir veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Í 1. mgr. 9. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um skyldu aðildarríkja til að tryggja að framkvæmd heilbrigðisþjónustu yfir landamæri og endurgreiðslukerfi séu án mismununar og byggð á hlutlægum grunni. Í 2. mgr. 9. gr. segir að þjónustan skuli vera öllum aðgengileg og að hægt sé að nálgast upplýsingar um hana eftir því sem þurfa þykir. Þá þurfa beiðnir um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri að vera afgreiddar með óhlutdrægum hætti. Samkvæmt 3. mgr. 9. gr. eiga aðildarríki að ákveða hversu langan tíma muni taka að afgreiða mál og þurfa þau að auglýsa þau tímamörk. Í sömu málsgrein kemur fram að við afgreiðslu beiðna um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri skuli aðildarríkin taka mið af heilsufarsástands hvers og eins sjúklings. Í 4. mgr. 9. gr. er kveðið á um að einstök svör aðildarríkja við beiðnum sjúklinga skulu vera vel rökstudd og kæránleg. Líkt og rakið hefur verið er aðildarríkjum gefið tækifæri til að velja hvort þau kjósi að koma á fót sérstöku endurgreiðslukerfi (*third payer system*) líkt og gert er ráð fyrir í reglugerð 883/04 eða hvort um eftirágreiðslukerfi sé að ræða, sbr. 2. ml. 5. mgr. 9. gr. tilskipunarinnar. Í sérstaka endurgreiðslukerfinu felst að sjúklingurinn þarf ekki að leggja út fyrir þjónustunni heldur sér heimaríkið um að greiða beint til þjónustuveitandans án milligöngu

sjúklingsins. Ef um eftirágreiðslukerfi er að ræða ber aðildarríkinu að endurgreiða sjúklingnum kostnað án óeðlilegra tafa.

Eins og sjá má eru framangreindar málsmeðferðarreglur keimlíkar þeim málsmeðferðarreglum sem dómstóllinn krafðist að væru til staðar í máli *Geraets-Smits og Peerboms*. Í raun má segja að um sé að ræða sömu reglur, en að í tilskipuninni séu þær nánar útfærðar. Framangreind umfjöllun um 8. og 9. gr. tilskipunarinnar virðist eins og nefnt er hér að framan staðfesta að tilskipun nr. 2011/24 er að miklu leyti lögfesting á niðurstöðum Evrópudómstólsins hvað varðar heimildakerfi og endurgreiðslu kostnaðar við heilbrigðisþjónustu yfir landamæri.

4.4. Áhrif tilskipunarinnar

Tilskipun nr. 2011/24 tók gildi þann 25. apríl 2011 og hafa aðildarríkin frest til 25. október 2013 til að innleiða hana í landsrétt sinn. Framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins skal í síðasta lagi þann 25. október 2015 og á þriggja ára fresti eftir það gefa út skýrslu um framvindu framkvæmdar ákvæða tilskipunarinnar, sbr. 20. gr. tilskipunarinnar. Skýrslan skal meðal annars hafa að geyma upplýsingar um flæði sjúklinga milli aðildarríkja og kostnað því tengdu, virkni tengiliða og samskiptavefja og þær tegundir heilbrigðisþjónustu sem heimaríkin krefjast helst heimildar fyrir.

Ekki er talið að gildistaka tilskipunarinnar muni hafa í för með sér að erlendir sjúklingar muni yfirfylla sjúkrahús aðildarríkja Evrópusambandsins og þar með raska jafnvægi þeirra. Fyrir því hafa verið nefnd nokkur rök. Í fyrsta lagi er því haldið fram að sjúklingar séu í eðli sínu líklegri til að vilja sækja heilbrigðisþjónustu til þjónustuveitenda sem þeir þekkja og treysta og einnig til að vera nálægt

⁵⁹ Miek Peeters, „Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare“ (2012) 19 *European Journal of Health Law* 39.

heimilum sínum. Hægt er að ímynda sér að tungumálaörðugleikar hafi þar þó nokkur áhrif. Í einhverjum aðildarríkjum, til dæmis í Hollandi, hefur það einnig sannast að flestir sem sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri gera það að frumkvæði sjúkrasjóðs þeirra sem er í samstarfi við ákveðna veitendur heilbrigðisþjónustu í öðrum aðildarríkjum. Þá hefur verið bent á að þrátt fyrir að hluti sjúkráhusheimsókna feli ekki í sér gistinótt á sjúkrahúsi sé raunin þó engu að síður sú að margar heimsóknir séu þess eðlis að hægt sé að krefjast heimildar heimaríkisins. Þannig er hægt að hafa stjórn á flæði sjúklinganna og yfirsýn yfir skipulag sjúkrastofnana á grundvelli a-liðar 2. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar. Að endingu, eins og fjallað var um hér að framan, er hægt að hafna heimildarbeiðni sjúklings til að sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri ef hægt er að veita sömu heilbrigðisþjónustu í heimaríki hans innan eðlilegra tímamarka.⁶⁰

5. ÍSLAND

5.1. Ákvæði um þjónustufrelsi og tilskipun nr. 2011/24

5.1.1. Almenn

Í framhaldi af öllu því sem að framan hefur verið ritað liggur beint við að skoða hvort og þá hvaða áhrif ákvæði um frjálst flæði þjónustu að því er varðar heilbrigðisþjónustu og framangreindar reglur tilskipunar nr. 2011/24 geta haft hér á landi. Ísland hefur lögfest EES-samninginn⁶¹ sem er samningur milli EFTA-ríkjanna og Evrópusambandsins um upptöku EFTA-ríkjanna á reglum Evrópusambandsins, meðal annars er varða fjörfrelsið.⁶² Á grundvelli EES-samningsins er Ísland því aðili að innri markaði Evrópu.

5.1.2. Ákvæði EES-samningsins um þjónustufrelsi

Í 36. – 37. gr. EES-samningsins er fjallað um frelsi til að veita þjónustu og eru greinarnar sambærilegar þeim sem er að finna í Sáttmálanum um framkvæmd ESB, þ.e. 56. og 57. gr. sáttmálans. Mætti því ætla að sömu reglur giltu innan EES-svæðisins og Evrópusambandsins að því er varðar veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Eins og rakið var í þriðja kafla þessarar greinar hefur Evrópudómstóllinn kveðið upp fjölmarga dóma sem varða veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Sú spurning vaknar hvort niðurstöður þeirra skipti einhverju máli fyrir túlkun á framangreindum ákvæðum EES-samningsins.

Í aðfararorðum EES-samningsins segir að samningsaðilar hafi í huga að mynda „öflugt og einsleitt Evrópskt efnahagssvæði er grundvallist á sameiginlegum reglum [...]“ Þá segir að stefnt sé að því að „ná fram og halda sig við samræmda túlkun og beitingu samnings þessa og þeirra ákvæða í löggjöf bandalagsins sem tekin eru efnislega upp í“ EES-samninginn. Til að ná þessu markmiði, þ.e. að tryggja samræmda túlkun á sambærilegum ákvæðum EES-samningsins og SFE, voru samþykkt nokkur mikilvæg ákvæði. Í 6. gr. EES-samningsins kemur fram að samningsríkin skuldbindi sig til að túlka ákvæði EES-samningsins „í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins sem máli skipta og kveðnir hafa verið upp fyrir undirritunardag“ EES-samningsins þann 2. maí 1992. Sumir af þeim dómum sem fjallað var um hér að framan rúmast innan þeirra tímamarka. Í 2. mgr. 3. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun Eftirlitsstofnunar og dómstóls segir að „við túlkun og beitingu EES-samningsins og samnings þessa skulu eftirlitsstofnun EFTA

⁶⁰ Sjá umfjöllun um þetta í grein Miek Peeters, „Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare“ (2012) 19 European Journal of Health Law 29, 57.

⁶¹ Lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið tóku gildi þann 1. janúar 1994.

⁶² Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur (Bókautgáfan Codex 2006) 31.

og EFTA-dómstóllinn taka tilhlýðilegt tillit til þeirra meginreglna sem mælt er fyrir um í viðkomandi úrskurðum dómstóls Evrópubandalaganna sem kveðnir eru upp eftir undirritunardag EES-samningsins og varða túlkun þess samnings [...]“ Markmiðið með þessum reglum er eins og að framan greinir að samræma framkvæmd og skýringu reglnanna sem gilda á öllu EES-svæðinu.⁶³ Í réttarframkvæmd hafa dómafordæmi Evrópudómstólsins bæði fyrir og eftir undirritunardag EES-samningsins verið mikilvæg og er til dæmis vísað í dómafordæmi Evrópudómstólsins í flestum dómum EFTA-dómstólsins.⁶⁴ Þá gegna ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins mikilvægu hlutverki til að tryggja að dómstólar aðildarríkjanna EFTA-megin haldi einsleitnismarkmiðinu í heiðri og túlki sambærileg ákvæði með sama hætti.⁶⁵ Hafa dómur Evrópudómstólsins haft mikil áhrif á framkvæmd og beitingu EES-samningsins hér á landi í gegnum þau. Þá hefur komið fyrir að Hæstiréttur vísi beint til dóma Evrópudómstólsins, en það er þó ekki algengt.⁶⁶

Af framansögðu er ljóst að ef reynir á ákvæði 36.- 37. gr. EES-samningsins um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri fyrir íslenskum dómstólum munu dómur Evrópudómstólsins á þessu sviði hafa mikla þýðingu við túlkun á framangreindum ákvæðum. Á grundvelli þess sem að framan greinir má því ganga út frá því að sömu reglur gildi um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri hér á landi, á grundvelli 36. og 37. gr. EES-samningsins og áður hefur verið lýst að því er varðar 56. og 57. gr. SFE.

5.1.3. Tilskipun nr. 2011/24

Þegar grein þessi er rituð hefur tilskipun

nr. 2011/24 ekki verið samþykkt sem hluti af EES-samningnum þótt umræður um hana séu hafnar meðal EFTA-ríkjanna.⁶⁷ Eins og áður hefur komið fram lýtur tilskipunin að fjórfrelsisreglum Evrópuréttar og þar með að hinum innri markaði. Í því ljósi hlýtur það að vera spurning um hvenær en ekki hvort tilskipunin verður hluti af EES-samningnum. Það þýðir þó ekki að EFTA-ríkin geti sniðgengið reglurnar sem hún felur í sér þar til það hefur verið gert. Eins og fram hefur komið er tilskipunin að miklu leyti byggð á dómafordæmum Evrópudómstólsins og er í raun aðeins nánari útfærsla á þeim. Dómafordæmi Evrópudómstólsins hafa, líkt og að framan er rakið, haft mikil áhrif á túlkun og beitingu EES-samningsins þegar um er að ræða sambærileg ákvæði í samningunum. Þetta þýðir að margar þeirra reglna sem er að finna í tilskipuninni eru í raun nú þegar bindandi fyrir EFTA-ríkin á grundvelli 36. og 37. gr. EES-samningsins, eins og þau varða túlkun með hliðsjón af framangreindri dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.

5.2. Heilbrigðisþjónusta á Íslandi

Að lokum verður sjónum beint að því hvernig Íslendingar munu eða hafa nýtt sér réttinn til að veita og sækja sér heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Þar sem Ísland er eyja lengst norður í Atlantshafi er ekki fyrirhafnarlaust fyrir íslenska sjúklinga að ferðast til annarra EES-ríkja. eru aðstæðurnar talsvert frábrugðnar því sem á t.d. við um lönd eins og Holland, Belgíu, Frakkland eða Þýskaland þar sem um samliggjandi landamæri er að ræða. Ekki er þó útilokað að íslenskir sjúklingar kjósi að fara til annarra EES-ríkja til að sækja heilbrigðisþjónustu,

⁶³ Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur (Bókautgáfan Codex 2006) 304.

⁶⁴ Sama heimild 306.

⁶⁵ Ekki verður fjallað nánar um ráðgefandi álit og mikilvægi þeirra í grein þessari. Fyrir áhugasama er t.d. unnt að benda á umfjöllun Davíðs Þórs Björgvinssonar, EES-réttur og landsréttur (Bókautgáfan Codex 2006) 303 og 334.

⁶⁶ Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur (Bókautgáfan Codex 2006) 334.

⁶⁷ Sendiráð Íslands í Brussel „Yfirlitsskýrsla sendiráðs Íslands í Brussel“ (seinni hluti árs 2011) 11 <www.iceland.is/iceland-abroad/be/files/halfsarsskyrsla_sidari_hluti_2011.pdf> skoðað 12. maí 2012.

til að mynda ef bið eftir aðgerð hér á landi er orðin óeðlilega löng. Ef um væri að ræða heilbrigðisþjónustu sem fæli í sér notkun á flóknum tæknibúnaði og/eða sjúklingurinn þyrfti að dveljast næturlangt á sjúkrahúsi leiðir af dómafordæmum Evrópudómstólsins að sækja þyrfti um heimild til að fá þjónustuna endurgreidda frá íslenska ríkinu.⁶⁸ Ef um væri að ræða of langan biðtíma fyrir sjúkling að teknu tillit til ástands hans væri óheimilt að synja um slíka heimild. Ef hins vegar um væri að ræða heilbrigðisþjónustu utan sjúkrahúss þyrfti sjúklingur ekki að afla fyrirfram heimildar, að því gefnu að um væri að ræða heilbrigðisþjónustu sem hann ætti rétt á í heimaríkinu. Í slíkum tilvikum ætti sjúklingurinn þó einungis rétt á endurgreiðslu að þeirri upphæð sem heilbrigðisþjónustan hefði kostað í heimaríkinu, sbr. *Müller-Fauré* og *Van Riet*.

En hvað með möguleikann á því að erlendir sjúklingar komi til Íslands til að sækja sér heilbrigðisþjónustu? Hugmyndir hafa verið uppi um að stofna einkasjúkrahús á Íslandi sérstaklega fyrir erlenda sjúklinga og bjóða upp á sérhæfðar aðgerðir eins og t.d. mjáðmaskipta- og hnjáliðaáðgerðir.⁶⁹ Slíkar aðgerðir gætu bæði falið í sér notkun á flóknum tæknibúnaði og að sjúklingurinn þyrfti að dveljast næturlangt á sjúkrahúsi. Þyrfti sjúklingurinn því að fá heimild heimaríkis síns til að hann gæti fengið hana endurgreidda, sbr. 36. gr. EES-samningsins eins og ákvæðið yrði túlkað í ljósi *Geræts-Smith* og *Peerboms*, sbr. og a-liður 2. mgr. 8. gr. tilskipunar nr. 2011/24, sem mun eiga við hér á landi eftir að tilskipunin verður samþykkt sem hluti af EES-samningnum.

Í löndum þar sem biðlistar eftir aðgerðum eru langir mætti heimaríkið þó ekki hafna heimildarbeiðni sjúklings ef þjónustuna væri ekki hægt að veita innan eðlilegra tímamarka í heimaríkinu, sbr. áður nefnt mál *Yvonne Watts* og d-lið 6. mgr. 8. gr. tilskipunar 2011/24. Þeir sem hyggjast bjóða upp á slíka ferðamannaþjónustu á sviði heilbrigðisþjónustu ættu því fyrst og fremst að ihuga að markaðssetja sig í þeim ríkjum Evrópusambandsins þar sem löng bið er eftir sérhæfðum aðgerðum. Sömu sjónarmið ættu við um ríkisreknar heilbrigðisstofnanir ef ákvæðið yrði að veita þeim heimild til að bjóða ríkisborgurum hins Evrópska efnahagssvæðis upp á heilbrigðisþjónustu.⁷⁰

6. NIÐURLAG

Eins og niðurstöður Evrópudómstólsins bera með sér fellur heilbrigðisþjónusta yfir landamæri undir þjónustufrelsið í skilningi 56. - 57. gr. SFE. Sjúklingum og veitendum heilbrigðisþjónustu er þar með heimilt að veita eða þiggja heilbrigðisþjónustu frjálst og óhindrað yfir til annarra aðildarríkja Evrópusambandsins. Þá hefur Evrópudómstóllinn enn fremur staðfest að það skipti ekki máli um hvers kyns heilbrigðiskerfi sé að ræða.

Að meginstefnu til á þjónustufrelsið sem hluti af fjórfrelsisreglum Evrópusambandsins að vera án takmarkana. Evrópudómstóllinn hefur þó fallist á að frelsið til að sækja heilbrigðisþjónustu yfir landamæri sé ekki með öllu takmarkalaust. eru rökin þau að ótakmarkað frelsi á þessu sviði sé til þess fallið að gera

⁶⁸ Evrópudómstóllinn hefur þó gefið í skyn að erfitt geti verið að draga skýrar línur hvað varðar mörkin milli þjónustu innan og utan sjúkrahúsa. Um þetta atríði vísat til kafla 3.2.4 í grein þessari.

⁶⁹ Gunnar Ármannsson, „Liðaskiptasjúkrahús í Mosfellsbæ“ (Kynning fyrir þingmenn suðvesturkjördæmis 29. nóv 2010) <<http://mos.is/MosTorgid/PrimaCare/>> skoðað 7. apríl 2012.

⁷⁰ Samkvæmt 3. mgr. 22. gr. laga nr. 40/2007 um

heilbrigðisþjónustu, getur ráðherra veitt sjúkrahúsum og öðrum sérhæfðum heilbrigðisstofnunum, sem reknar eru af ríkinu, heimild til að skipuleggja heilbrigðisþjónustu á einkaréttarlegum grundvelli fyrir ósjúkratryggða einstaklinga sem koma til landsins gagnert í því skyni að gangast undir tiltekna aðgerð eða meðferð, enda skerði það ekki lögbundna þjónustu stofnunarinnar. Um gjaldtöku af ósjúkratryggðum einstaklingum fyrir heilbrigðisþjónustu samkvæmt ákvæði þessu fer skv. ákvæðum laga um sjúkratryggingar.

heilbrigðiskerfum aðildarríkjanna erfitt fyrir að gera raunhæfar fjárhagsáætlanir. Í fyrstu dómum Evrópudómstólsins sem tóku á heimildaveitingu sem réttlætlanlegri hindrun á frjálsu flæði sjúklinga yfir landamæri, komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að heilbrigðisþjónusta sem ætti sér stað innan sjúkrahúsa væri í flestum tilvikum afar kostnaðarsöm. Gæti það því haft áhrif á kostnaðaráætlanir aðildarríkja ef sjúklingar flykkust í stórum stíl erlendis og krefðust svo endurgreiðslu sjúkrahúskostnaðarins þegar heim væri komið. Væri því réttlætlegt af heimaríki að krefjast fyrirfram heimildar í slíkum tilvikum. Heilbrigðisþjónusta utan sjúkrahúsa var þó ekki talin svo kostnaðarsöm að það réttlætti að heimaríki krefðist fyrirfram heimildar af sjúklingum. Í máli *Müller-Fauré* og *Van Riet* hugleiddi dómstóllinn þó hvort rétt væri að setja svo skýr skil eftir því hvort um heilbrigðisþjónustu innan eða utan sjúkrahúsa væri að ræða. Það væri alls ekki útilokað að þjónusta utan sjúkrahúsa gæti verið afar kostnaðarsöm og ófugt, að heilbrigðisþjónusta innan sjúkrahúsa gæti í ákveðnum tilvikum verið fljótafgreidd og ódýr.

Þessar hugleiðingar dómstólsins má segja að kristallist í nýrri tilskipun, tilskipun nr. 2011/24 um réttindi sjúklinga og heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Í henni eru teknar upp margar af þeim reglum sem Evrópudómstóllinn hafði áður staðfest í dómum sínum. Meðal annars er þar lögfest í hvaða tilvikum heimilt er að krefjast áðurfenginnar heimildar heimaríkis til að þiggja heilbrigðisþjónustu í öðru aðildarríki á kostnað heimaríkisins. Er þar tekinn upp þráður Evrópudómstólsins í máli *Müller-Fauré* og *Van Riet* þar sem tilskipunin skilur ekki á milli heilbrigðisþjónustu innan og utan sjúkrahúsa heldur hversu flókin og

kostnaðarsöm hún er. Þá kveður tilskipunin einnig á um hvenær aðildarríkjum er leyfilegt að hafna beiðni um heimild, svo sem ef sömu þjónustu er hægt að veita í heimaríki sjúklingsins innan eðlilegra tímamarka. Evrópudómstóllinn hafði áður fjallað um þessi atriði í dómum sínum, til að mynda í máli *Yvonne Watts*. Einnig er í tilskipuninni að finna málsmeðferðarreglur sem aðildarríkjunum ber að fylgja.

Að lokum var sjónum beint að Íslandi og hvernig framangreindar reglur um heilbrigðisþjónustu yfir landamæri hafa áhrif hér á landi. Ísland er aðili að EES-samningnum og hafa reglur um þjónustufrelsið lagagildi hér á landi á grundvelli þess samnings, sbr. 36. og 37. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Má ganga út frá því að dómafordæmi Evrópudómstólsins muni hafa mikil áhrif á túlkun og framkvæmd framangreindra ákvæða EES-samningsins um veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri, sbr. 6. gr. EES-samningsins og 2. mgr. 3. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun Eftirlitsstofnunar og dómstóls. Gilda því sömu reglur á öllu Evrópska efnahagssvæðinu⁷¹ að því er varðar veitingu heilbrigðisþjónustu yfir landamæri. Tilskipun nr. 2011/24 hefur þó ekki verið samþykkt sem hluti af EES-samningnum þegar þessi orð eru rituð. Má ganga út frá því að það muni gerast fyrr en síðar.

71 Þ.e. bæði í aðildarríkjum Evrópusambandsins og EFTA-ríkjunum Íslandi, Noregi og Liechtenstein.

HEIMILDASKRÁ

- Barnard C, *The Substantive Law of the EU* (3. útg. Oxford University Press 2010).
- Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Bókautgáfan Codex 2006).
- Gunnar Ármannsson, „Liðaskiptasjúkrahús í Mosfellsbæ“ (Kynning fyrir þingmenn suðvesturkjördæmis 29. nóv 2010) <[http://mos.is/MosTorgid/PrimaCare/](http://mos.is/MosTorgid/PrimaCare/KynningarefnivegnaPrimaCare/)> skoðað 7. apríl 2012.
- Harvey T M og McHale J V, *Health Law and the European Union* (Cambridge University Press 2004).
- Nistor L, *Public Services and the European Union – Health Care, Health Insurance and Education services* (T.M.C. Asser Press 2011).
- Peeters M, “Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients’ Rights in Cross-Border Healthcare” (2012) 19 *European Journal of Health Law*, 29-60.
- Quinn P og de Hert P, “The Patients’ Rights Directive (2011/24/EU) – Providing (some) rights to EU residents seeking healthcare in other Member States” (2011) 27 *Computer Law & Security Review*, 497-502.
- Sendiráð Íslands í Brussel „Yfirlitsskýrsla sendiráðs Íslands í Brussel“ (seinni hluti árs 2011) II <www.iceland.is/iceland-abroad/be/files/halfsarsskyrsla_sidari_hluti_2011.pdf> skoðað 12. maí 2012.
- Sigurður Línal og Skúli Magnússon, *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins* (Hið íslenska bókmenntafélag 2011).

DÓMASKRÁ

Evrópudómstóllinn

- Mál C-512/08 *European Commission v. France* (5. október 2010)
- Mál C-281/06 *Hans-Dieter Jundt and Hedwig Jundt v. Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231
- Mál C-444/05, *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185
- Mál C-372/04 *Yvonne Watts gegn Bedford Primary Care Trust og Secretary of State for Health* [2006] ECR I-4325
- Sameiginleg mál C-385/99 *V.G. Müller-Fauré gegn Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringeng UA og E.E.M. van Riet gegn Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekering* [2003] ECR I-4509
- Sameiginleg mál C-157/99, *B.S.M. Geraets-Smits gegn Stichting Ziekenfonds VGZ og H.T.M Peerbooms gegn Stichting CZ Groep Zorgverzekering* [2001] ECR I-547
- Mál C-158/96 *Raymond Kohll gegn Union des Caisses de Maladie* [1998] ECR I-1931
- Mál C-381/93 *European Commission v. French Republic* [1994] ECR I-5145
- Mál C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141
- Sameiginleg mál C-286/82 & C-26/83 *Luisi og Carbone gegn Ministero del Tesoro* [1984] ECR I-377
- Mál C-279/80 *Webb* [1981] ECR I-3305

LAGASKRÁ

Alþjóðlegir sáttmálar

Samningurinn um EES-svæðið (samþykktur 12. janúar 1993, tók gildi 1. janúar 1994, Stjtið, C, 31/1993)

Evrópusambandið

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13, TFEU

Council Regulation (EC) 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community [1971] OJ L28/1

Council Regulation (EC) 883/2004 on the coordination of social security systems [2004] OJ L166/1

Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare [2011] OJ L88/45

Íslensk lög

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993



Rán Tryggvadóttir
M. Phil²

HEILDARENDURSKOÐUN HÖFUNDALAGA OG ÞRÓUN ÍSLENSKS HÖFUNDARÉTTAR FRÁ 2009¹

1 Byggt á erindi höfundar sem var haldið á XIV norrænu höfundaréttarráðstefnunni í Helsingeyri, Danmörku, 21. maí 2012. Erindið var birt á dönsku í norræna hugverkaréttarímaritinu Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (NIR) 6/2012.

2 Formaður höfundaréttarnefndar, dósent við Háskólann í Reykjavík (í leyfi) og gegnir rannsóknarstöðu við hugverkaréttarsetur háskólans í Leuven í Belgíu (CIR/KULeuven).

ÚTDRÁTTUR

Greinin gefur yfirlit um stöðu og þróun höfundaréttar á Íslandi árin 2009-2012, bæði hvað varðar löggjöf og dómsmál. Yfirlitið er byggt á erindi sem höfundur flutti á norrænni höfundaréttarráðstefnu í Danmörku í maí 2012.

ABSTRACT

The article provides an overview of developments in copyright in Iceland in the period 2009-2012, both with regard to legislation and jurisprudence. It is based on a lecture delivered at the XIV Nordic Copyright Conference held in Denmark in May 2012.

Íslensk höfundalög nr. 73/1972 eru afrakstur norræns samstarfs frá miðri síðustu öld. Lögunum hefur verið breytt 15 sinnun á þeim 40 árum sem sem liðin eru frá gildistöku þeirra. Helstu breytingarnar hafa stafað af innleiðingu á höfundaréttartilskipunum ESB sem teknar hafa verið upp í EES samninginn. Fyrir rúmlega 20 árum hófst umræða um þörf á heildarendurskoðun laganna.³ Sú heildarendurskoðun hófst árið 2009 þegar mennta- og menningarmálaráðherra samþykkti tillögu höfundaréttarnefndar um heildarendurskoðun laganna í áföngum.⁴ Markmið endurskoðunarinnar er að einfalda, aðlaga og samræma orðalag laganna með tilliti til tækniframfara, að tryggja betur hagsmuni réttshafa sem og notenda,⁵ að tryggja áframhaldandi samræmi við norrænan höfundarétt og að tryggja að allar alþjóðlegar skuldbindingar Íslands á sviði höfundaréttar séu uppfylltar.

Fyrsta áfanga heildarendurskoðunarinnar lauk með framlagningu breytingafrumvarps sem varð að lögum nr. 93/2010 um breyting á höfundalögum. Lögin fólu einkum í sér breytingar á framfylgd réttinda: lögfest var refsheimild fyrir hlutdeild í höfundaréttarbrotum,⁶ en áður var refsáð fyrir slíka hlutdeild á grundvelli lögjöfnunar frá almennum hegningarlögum.⁷

- lögfest voru valin ákvæði úr fullnustutilskipuninni⁸ er varða

afhendingu eða eyðileggingu eintaka, tækja og muna er tengjast broti, bótaregla vegna höfundaréttarbrotu var endurskoðuð, og sett voru ákvæði um upplýsingarétt brotaþola vegna meðferðar máls og rétt brotaþola til opinberrar birtingar dómsniðurstöðu.⁹

- lögfest var ákvæði um málsaðild samtaka,¹⁰ sem hafa heimild til að gera samninga fyrir hönd réttshafa á grundvelli samningskvaðaákæða í 23. gr. og 23. gr. a í höfundalögum, vegna lögbannsaðgerða í þágu réttshafa en réttarframkvæmd hafði verið óskýr um þetta atriði.¹¹
- lögfest var ákvæði 3. mgr. 8. gr. í tilskipun 2001/29/EB um rétt réttshafa og samtaka þeirra til að fá lagt lögbann gegn þjónustu milliliða sem tengjast höfundaréttarbrotum á netinu, óháð ábyrgð slíkra aðila.¹²

Aðrar breytingar voru m.a.:

- undanþáguákvæðum um eintaka-gerð vegna eigin starfsemi bókasafna og afnot einstaklinga með fötlun var breytt til samræmis við sambærilegar undanþágur í öðrum norrænum ríkjum.¹³

3 Sjá almennar athugasemdir við frumvarp til laga um breytingu á höfundalögum, nr. 73/1972, með áorðnum breytingum, lagt fyrir Alþingi á 138. löggjafarþingi 2009-2010, þskj. 912, 523. mál.

4 Heildarendurskoðun hafði áður verið samþykkt í febrúar 2008 en nauðsynlegt var að endurskoða þá áætlun vegna fjármálakreppunnar haustið 2008.

5 Gagnsæi og samráð við hagsmunaaðila er eitt af áhersluatriðum við endurskoðunina. Í því skyni var höfundaréttarráð kallað saman 28. október 2009 í fyrsta sinn en gert hafði verið ráð fyrir ráðinu sem samráðsvettvangi um höfundaréttarmál um árabíl, sbr. 15. gr. laga nr. 57/1992 um breytingu á höfundalögum. Reglur um höfundaréttarráð voru settar með rgj. nr. 500/2008.

6 10. gr. laga nr. 93/2010, sbr. 1. mgr. 54. gr. laga nr. 73/1972.

7 Sjá Hrd. í máli nr. 472/2008, dags. 11. júní 2009.

8 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins um fullnustu hugverkaréttinda 2004/48/EB. Tilskipunin er ekki hluti af EES

en rétt hefur þótt að líta til hennar við endurskoðun reglna um réttarfarsúræði vegna hugverkaréttarbrotu til að tryggja lagasamræmi við helstu nágrannalönd okkar, einkum við norræn höfundalög.

9 11., 12. og 13. gr. b og c, laga nr. 93/2010, sbr. 55., 56. og 59. gr. b og c laga nr. 73/1972.

10 1. mgr. 13. gr. a laga nr. 93/2010, sbr. 1. mgr. 59. gr. a laga nr. 73/1972.

11 Sjá t.d. Hrd. í máli nr. 194/2008, dags. 8. maí 2008 þar sem viðurkenningarkröfu réttshafasamtaka í framhaldi af lögbanni gegn deilisiðunni Ístorrent var vísað frá, m.a. vegna skorts á málsaðild, og svo framhald þess máls í Hrd. máli nr. 214/2009 þar sem sama lögbannið var staðfest.

12 2. og 3. mgr. 13. gr. a laga nr. 93/2010, sbr. 2. og 3. mgr. 59. gr. a laga nr. 73/1972.

13 1., 2. og 4. gr. laga nr. 93/2010, sbr. 12. og 12. gr. a og 19. gr. laga nr. 73/1972.

- lögfest var að ráðherra setji reglur um málsmeðferð vegna viðurkenningar innheimtusamtaka¹⁴ í samræmi við ákvæði 13. gr. þjónustutilskipuninnar¹⁵ sem fellur undir EES samninginn. Slikar reglur hafa þó enn ekki verið settar.

Áætlað er að öðrum áfanga heildarendurskoðunarinnar ljúki næsta haust, þ.e. 2012, með framlagningu frumvarps til breytinga á höfundalögum sem varða í fyrsta lagi endurskoðun I. kafla höfundalaga um einkarétt höfunda, í öðru lagi endurskoðun ákvæða um samningskvaðir¹⁶ og framkvæmd þeirra og að lokum endurskoðun ákvæðis um lögbannsráði.

Lok heildarendurskoðunar voru áætluð á þessu ári, þ.e. árið 2012, og þá átti að leggja fram heildarfrumvarp til nýrra höfundalaga, byggt á fyrri áföngum. Vegna samdráttar í ríkisfjármálum hefur ekki fengist næg fjárveiting til að framfylgja þeirri áætlun og óljóst er á þessu stigi hvenær heildarendurskoðuninni verður lokið.

Aðrar breytingar á höfundalögum frá árinu 2009 eru að 65. gr. fjölmíðlalaga nr. 38/2011 bætti við málsgreinum í 15. og 48. gr. höfundalaganna um heimild útvarpsstöðva til að senda út í almennum fréttabáttum stutt myndskleið sem njóta verndar að höfundarétti ef efnið er þess eðlis að almenningur hefði áhuga á þó svo samið hafi verið um einkarétt einnar stöðvar um útsendingu þess. Þessar breytingar eru tilkomnar vegna nýmæla í hljóð- og myndmiðlunartilskipuninni¹⁷ og er sett vegna þess einkaréttar sem

margar sjónvarpsstöðvar hafa á útsendingu íþróttaefnis. Sama gildir um stutta útdrætti úr fréttum sem hafa þýðingu fyrir almenning.

Mikil umræða hefur farið fram á Íslandi eins og annars staðar um hvernig hægt sé að sporna við ólögmætri notkun höfundaréttarvarins efnis á netinu.¹⁸ Mennta- og menningarmálaráðuneytið kom árið 2010 af stað umræðuhópi með hagsmunadilum um verslun með menningarefni og baráttu gegn ólögmætri dreifinu efnis á netinu. Þar voru ræddar leiðir til að tryggja réttshöfum endurgjald vegna notkunar á netinu og skiptust menn í tvo hópa hvort það væri best gert með innheimtu jafnaðargjalds (e. flat fee) fyrir streymi tónlistar af viðskiptavinum fjarskiptafyrirtækja eða með auknu framboði á löglegum leiðum þar sem greitt væri fyrir raunnotkun. Þeir sem studdu innheimtu jafnaðargjalds töldu að það væri eina leiðin til að vinna á móti tekjutapi sem hlytist af hinni miklu dreifingu tónlistar á netinu án heimildar rétthafa á meðan aðrir töldu slíkt jafnaðargjald gæti kippt fótunum undan löglegum viðskiptum með tónlist á netinu auk þess að vera óréttlát gjaldtaka gagnvart þeim sem ekki notuðu netið sem tónlistarveitu á nokkurn hátt.

Hagsmunaáðilar stofnuðu síðar vinnuhóp, án aðkomu ráðuneytisins, sem samanstóð af fulltrúum rétthafa á tónlistarsviðinu og fjarskiptafyrirtækja. Vinnuhópurinn sendi frá sér sameiginlega bókun í maí 2011 þar sem m.a. var lagt til að Póst- og fjarskiptastofnun gæti ákveðið skv. beiðni rétthafasamtaka að fjarskiptafyrirtæki skuli loka fyrir aðgang að vefsíðum sem bjóða að meginefni til

¹⁴ 9. gr. laga nr. 93/2010, sbr. 53. gr. a laga nr. 73/1972. Í athugasemdum við 9. gr. er gert grein fyrir samnorrænni afstöðu um að viðhalda skuli núverandi norrænu fyrirkomulagi rétthafasamtaka og samningskvaðakerfisins.

¹⁵ Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2006/123/EB um þjónustu á innri markaðnum.

¹⁶ Það er nefnt samningskvöð þegar lögfest er að samningur um not verka gegn endurgjaldi, sem gerður hefur verið við samtök rétthafa höfundaréttar, er látinn binda rétthafa bæði innan og utan samtakanna, sjá t.d. 23. gr. höfundalaga um samninga útvarpsstöðva við rétthafasamtök um útsendingu

höfundaréttarvora verka.

¹⁷ Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/65/EB frá 11. desember 2007 um breytingu á tilskipun ráðsins 89/552/EBE um samræmingu tiltekinnna ákvæða í lögum og stjórnsýslufyrirmælum í aðildarríkjunum um sjónvarpsrekstur.

¹⁸ Í byrjun maí 2012 var stærsta íslenska deili-siðan með 42.000 skráða notendur sem er um 17% allra íslendinga á aldrinum 10-70 ára. Á sama tíma var Pirate Bay síðan í 17. sæti yfir mest notuðu síður á Íslandi.

ólöglegan aðgang að höfundaréttarvörðu efni. Þá lagði vinnuhópurinn einnig til að undantekningin um eintakagerð til einkanota yrði aðeins heimil ef slík eintakagerð væri gerð frá löglegu eintaki eins og kveðið er á um í öðrum norrænum ríkjum.¹⁹

Rétthafasamtökin lögðu jafnframt til að að lögfestur yrði réttur þeim til handa að fylgjast með ólögmati notkun tónlistar á netinu. Ef fyrir lægi að slíkt ætti sér stað gætu rétthafasamtök fengið lagt lögbann við þeirri notkun. Þá vildu rétthafasamtökin að lögfest yrði samningskvöð sem heimilaði rétthafasamtökum að gera heildarsamninga við fjarskiptafyrirtæki um endurgjald fyrir tónlistarnotkun á netinu, sbr. áðurnefnda hugmynd um jafnaðargjald.²⁰ Fjarskiptafyrirtækin voru ósammála þessum tillögum rétthafasamtakanna.

Rétthafasamtök höfunda hafa einnig verulegar áhyggjur af samdrætti tekna í tengslum við innheimtu höfundaréttargjalds fyrir eintakagerð til einkanota skv. 3. og 4. mgr. 11. gr. höfundalaga. Þessi samdráttur stafar af því að eintakagerð fer nú fram á öðrum miðlum en áður sem ekki er lagt höfundaréttargjald á, t.d. hörðum diskum eða í snjallsímum frekar en á t.d. geisladiskum sem höfundaréttargjald er tekið af. Einnig hefur dregið úr eintakagerð til einkanotkunar vegna breyttrar tækni og hegðunar notenda, sem í auknum mæli kjósa að nýta streymi til afspilunar tónlistar og kvikmynda fremur en að spila eigin eintök slíks efnis. Ráðuneytið hefur sett á fót vinnuhóp til að koma með tillögum en

hópurinn hefur enn ekki skilað af sér álit. Vinna hópsins mun væntanlega taka mið af nýlegum fordæmisgefandi dómsmálum hjá Evrópudómstólum á þessu sviði en dómurinn hefur m.a. nýlega kveðið á um að við álagningu slíks höfundaréttargjalds þurfi að greina á milli miðla sem væru í raun til einkanota og miðla sem notaðir eru í atvinnuskyni.²¹

Frá árinu 2009 hafa fallið dómur í þremur höfundaréttarmálum í Hæstarétti. Tvö dómsmál vörðuðu ólöglega skráardeilipjónustu. Hið fyrra²² var höfðað af ákærvaldinu gegn einstaklingum sem voru stórnotendur á svonefndu DC++ jafningjaneti²³ og voru þeir dæmdir fyrir höfundaréttarbrot vegna óheimillar eintakagerðar og dreifingar verndaðs efnis. Forráðamaður jafningjanetsins var sakfelldur fyrir hlutdeild í brotum meðákærðu á grundvelli löggjöfnunar. Þar sem rannsókn málsins hafði dregist úr hófi án nægilegra skýringa²⁴ var ákvörðun refsingar frestað hjá öllum ákærðu nema forráðamanni netsins sem hlaut 30 daga skilorðsbundinn dóm. Síðara skráardeilimálið varðaði staðfestingu lögbanns sem rétthafasamtök höfðu fengið lagt við rekstri deilisiðunnar Ístorrent.²⁵ Lögbannið var staðfest og bótaskylda viðurkennd. Málið fór hins vegar tvisvar fyrir Hæstarétt vegna ágreinings um málsaðildarrétt þeirra rétthafasamtakanna sem upphaflega stóðu að lögbannsbeiðninni og tók málið í heild sinni þrjú ár í meðferð hjá dómstólum. Þessi tvö mál sýna í hnotskurn vanda rétthafa við að framfylgja rétti sínum. Þriðja höfundaréttarmálið sem Hæstaréttur

19 Vinnuhópurinn lagði einnig til að lækka virðisaukaskatt af sölu tónlistar á netinu úr 25,5% í 7% til samræmis við virðisaukaskatt af sölu hljómdiska. Þessari tillögu var framfylgt með 1. gr. laga nr. 121/2011, sem breyttu 10. tl. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Þá hvatti hópurinn til þess að efnit yrði til viðtækrar kynningar um kosti lögmætrar notkunar tónlistar á netinu.

20 Þessi tillaga var bundin við notkun tónlistar á netinu. Rétthafar annars höfundaréttarvarins efnis á netinu eru ekki allir á einu máli um slíkt jafnaðargjald, m.a. hafa samtök íslenskra tölvuleikafyrirtækja mótmælt slíkri leið með bréfi til

höfundaréttarnefndar.

21 Sjá C-467/08 Padawan v. SGAE. Einnig er fjallað um höfundaréttargjald vegna eintakagerðar til einkanotkunar í málum C-462/09 Thuiskopie v. Opus og C-521/11 Amacon. com v. Austro-Mechana Gesellschaft.

22 Hrd. í máli nr. 472/2008, dags. 11. júní 2009.

23 DC ++ jafningjanetið byggir á skráardeiliforiti með miðlægum netþjóni.

24 Málið hófst með húsléit lögreglu 28. september 2004 og ekki var ákært í málinu fyrr en 31. október 2007.

25 Hrd. í máli nr. 214/2009, dags. 11. febrúar 2010.

hefur dæmt í frá árinu 2009 varðar rétt atvinnurekanda til tölvuforrits og framsals á þeim rétti.²⁶ Þar komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir ákvæði 42. gr. c höfundalagaumréttatvinnurekandi tilforrits sem unnið er sem hluti af ráðningarskilmála þá hefði atvinnurekandinn í þessu tilviki misst rétt sinn. Annars vegar vegna þess að atvinnurekandinn hefði í raun talið að sá sem hannaði forritið hefði haft heimild til að framselja það og hins vegar vegna þess hversu langur tími leið áður en hann gætti réttar síns. Því var ekki fallist á að atvinnurekandinn ætti hlutdeild í tekjum af leyfisgjöldum og áskriftargjöldum vegna notkunar annarra á forritinu.

Þróun höfundaréttar á Íslandi síðustu þrjú árin endurspeglar að eins og annars staðar í heiminum eru löggjafinn, framkvæmdavald, dómstólar, rétthafar og notendur að gera sitt ítrasta til að aðlaga framkvæmd og reglur höfundaréttarins að breyttu tæknisamfélagi. Vandinn er að tækniþróunin tekur sér ekki hlé á meðan aðilar komast að samkomulagi um hvernig það verður best gert.

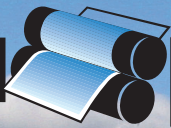
ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM VEITTAN STUÐNING



Andri Árnason hrl.
Finnur Magnússon hdl., LL.M.
Halldór Jónsson hrl.
Lárus L. Blöndal hrl.
Páll Ásgrímsson hdl., LL.M.
Sigurbjörn Magnússon hrl.
Stefán A. Svensson hrl., LL.M.
Vífill Harðarson hdl., LL.M.

juris

Borgartúni 26
IS 105 Reykjavík
+354 580 4400
www.juris.is



Litla prent

Stórt verk lítið mál



prent.is

Litlaprent ehf. | Skemmuvegi 4 | 200 Kópavogi
Sími 540 1800 | Fax 540 1801 | litla@prent.is

Rafrænt eintak – eingöngu fyrir HR-inga

FRAMTÍÐIN ER ÓKANNAD SVÆÐI

Við vísum veginn



LEX

LÖGMANNSSTOFA

Borgartúni 26
105 Reykjavík
Fax 590 2606

Hafnarstræti 94
600 Akureyri
Fax 590 2680

Sími 590 2600
lex@lex.is
www.lex.is

Rafrænt eintak – eingöngu fyrir HR-inga

CATO

L Ö G M E N N

Katrínartún 2, 105 Reykjavík | Höfðatorg - 16. hæð
Sími: 595 4545 | Fax: 595 4550 | www.cato.is

Rafrænt eintak – eingöngu fyrir HR-inga

REYKJAVÍK • LONDON

LOGOS

Lögmansþjónusta síðan 1907

FYRST OG FREMST

Ný skýrsla Chambers and Partners staðfestir yfirburði LOGOS á sviði lögmansþjónustu á Íslandi. Chambers and Partners leggur mat á þjónustu lögmansstofa um víða veröld til að auðvelda fyrirtækjum að finna heppilega samstarfsaðila. Í nýrri skýrslu þessa virta greiningaraðila er bestu íslensku lögmansstofunum að vanda raðað í þrjú sæti eftir styrkleika á sex lykilsviðum.

Skemmst er frá því að segja að LOGOS er í efsta sæti á öllum sviðum og fá lögmenn stofunnar glæsilega umsögn. Við þökkum hrósið, staðráðin í að veita áfram framúrskarandi þjónustu.