



SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNSS

í máli E-19/11

BEIÐNI um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli

Vín Trío ehf.

gegn

íslenska ríkinu

varðandi það hvort 11. og 16. gr. EES-samningsins komi í veg fyrir að ríkiseinkasala með áfengi geti hafnað því að taka áfenga drykki til sölu í verslunum sínum sem innihalda örvandi efni eins og koffín.

I Inngangur

1. Með bréfi dagsettu 16. desember 2011, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 26. desember 2011, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur eftir ráðgefandi áliti í máli sem rekið er fyrir dómstólnum á milli Vín Trío ehf., fyrirtækis sem skráð er á Íslandi (stefnandi), og íslenska ríkisins (stefndi).

2. Málið sem rekið er fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur varðar tvær ákvarðanir Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins (ÁTVR), þar sem, í fyrsta lagi, umsókn um sölu áfengs drykkjar í verslunum ÁTVR var hafnað, og, í öðru lagi, kaupsamningi um sölu á áfengum drykki var sagt upp á grundvelli þess að umræddir drykkir innihéldu koffín.

II Löggjöf

EES-réttur

3. Í 11. gr. EES-samningsins segir:

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

4. Í 13. gr. EES-samningins segir:

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

5. Í 1. mgr. 16. gr. EES-samningins segir:

Samningsaðilar skulu tryggja breytingar á ríkiseinkasölum í viðskiptum þannig að enginn greinarmunur sé gerður milli ríkisborgara aðildarríkja EB og EFTA-ríkja hvað snertir skilyrði til aðdráttar og markaðssetningar vara.

6. Í 2. mgr. 59. gr. EES-samningins segir:

Reglur samnings þessa, einkum reglurnar um samkeppni, gilda um fyrirtæki sem falið er að veita þjónustu er hefur almenna efnahagslega þýðingu eða eru í eðli sínu fjáröflunareinkasölur, að því marki sem beiting þeirra kemur ekki í veg fyrir að þau geti að lögum eða í raun leyst af hendi þau sérstöku verkefni sem þeim eru falin. Þróun viðskipta má ekki raska í þeim mæli að það stríði gegn hagsmunum samningsaðilanna.

Landsréttur¹

7. Í áfengislögum nr. 75/1998 er að finna ákvæði um framleiðslu, innflutning og sölu áfengis sem og ákvæði er varða afgreiðslu og neyslu þess. Í 1. gr. laganna segir að tilgangur þeirra sé að vinna gegn misnotkun áfengis. 10. gr. laganna veitir ÁTVR rétt til einkasölu áfengis.

8. Þegar málið var tekið fyrir hjá héraðsdómi giltu um heildsölu og smásölu áfengra drykkja lög nr. 63/1969 um verslun með áfengi og tóbak. Í 7. gr. þeirra sagði:

Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins (ÁTVR) skal tryggja að þjónusta við viðskiptavinum sé vönduð, sem og upplýsingar sem gefnar eru viðskiptavinum um þá vöru sem er á boðstólnum er, allt eftir því sem samrýmist lögum þessum, áfengislögum og öðrum lagafyrirmælum og reglum á hverjum tíma.

9. Í 14. gr. laga nr. 63/1969 sagði:

¹ Þýðingar á ákvæðum landsréttar í enskri þýðingu eru óopinberar og grundvallast á þeim sem eru í gögnum málsins.

Ráðherra er heimilt að kveða nánar á um framkvæmd laga þessara með reglugerð.

10. Á umræddum tíma var í gildi reglugerð nr. 883/2005 um Áfengis- og tóbaksversun ríkisins (reglugerðin), sem hafði verið innleidd á grundvelli heimildar í 14. gr. laga nr. 63/1969. Í 2. gr. reglugerðarinnar kom fram að ÁTVR skyldi hafa með höndum eftirtalin verkefni:

a. Innkaup á áfengi.

b. Birgðahald og dreifingu á áfengi til vínbúða.

c. Rekstur vínbúða.

d. Innkaup, innflutning, heildsölu og dreifingu á tóbaki.

e. Framleiðslu á neftóbaki.

11. Auk þess sagði eftirfarandi í 8. gr. reglugerðarinnar varðandi vöruval ÁTVR:

Ákvarðanir um innkaup áfengis skulu byggjast á reglum um vöruval ... sem ÁTVR setur. Reglurnar skulu annars vegar miða að því að tryggja vöruúrval með hliðsjón af eftirspurn kaupenda og hins vegar að því að tryggja framleiðendum og birgjum áfengis möguleika á að koma vörum í sölu í vínbúðum.

...

12. Einnig voru í gildi á sama tíma reglur nr. 631/2009 um vöruval og sölu áfengis og skilmálar í viðskiptum við birgja (vöruvalsreglurnar), sem voru settar á grundvelli 8. gr. reglugerðarinnar. Í 1. gr. vöruvalsreglnanna, hvað snertir vöruvalsstefnu ÁTVR, sagði:

ÁTVR stefnir að fjölbreytni og gæðum í vöruúrvali og ákveður vöruúrval vínbúða með hliðsjón af eftirspurn og væntingum viðskiptvina. ÁTVR gætir jafnræðis gagnvart áfengisbirgjum við val á vöru og ákvörðun um sölu og dreifingu og stuðlar með vöruvali að ábyrgri áfengisneyslu og ábyrgri umgengni við áfengi.

13. Grein 1.1. í vöruvalsreglunum, sem vísaði beint til samfélagslegrar ábyrgðar ÁTVR, fól meðal annars í sér að ÁTVR bæri að forðast sölu á vöru sem ætla mætti að ýtti undir neyslu, einkum meðal yngri aldurshópa.

14. Í grein 5.11. vöruvalsreglnanna sagði:

ÁTVR áskilur sér rétt til að hafna sölu á vöru sem inniheldur kaffeín eða önnur örvandi efni.

15. Þann 30. júní 2011, eftir að mál þetta var tekið fyrir hjá íslenskum dómstólum, tóku gildi ný lög nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak. Þessi lög innihalda einnig ákvæði, 6. mgr. 11. gr., sem veitir ÁTVR heimild til að hafna vörum sem innihalda koffín eða önnur örvandi efni.

III Málavextir og meðferð málsins

16. Stefnandi er fyrirtæki sem flytur inn áfenga drykki til Íslands. Árið 2009 sótti hann um að ÁTVR tæki drykkinn „Mokai Cider“ til reynslusölu. Fyrirtæki skráð í Danmörku framleiðir drykkinn í Þýskalandi. Á grundvelli þess að drykkurinn inniheldur koffín, alls 10 mg af koffíni í hverjum 100 ml, hafnaði ÁTVR umsókninni með tölvuskeyti þann 15. september 2009.

17. Með tölvuskeyti 16. júní 2009 sagði ÁTVR upp vörukaupsamningi við stefnanda á sölu áfenga drykkjarins „Cult Shaker“ sem hafði verið fánlegur í vínbúðum frá árinu 2006. Ákvörðun þessi var einnig byggð á því að drykkurinn innihélt koffín; í þessu tilfelli 15 mg í hverjum 100 ml.

18. Í október 2009, óskaði stefnandi eftir því að þessar ákvarðanir yrðu afturkallaðar. Með bréfi dagsettu 17. nóvember 2009 hafnaði ÁTVR þeirri beiðni. Í bréfinu var vísað til greinar 5.11. í vöruvalsreglunum, en á grundvelli hennar hefði ÁTVR heimild til að hafna sölu á vöru sem innihéldi koffín eða önnur örvandi efni. Einnig var skírskotað til þess að við vöruval bæri ÁTVR að hafa hliðsjón af áfengisstefnu stjórnvalda sem og sannanlegum lýðheilsusjónarmiðum og heilsu einstaklinga. Í bréfinu var vísað til þess að rannsóknir bentu til að neysla áfengis, blönduðu með örvandi efnum, gæti leitt til aukinnar ölvunar, einkum meðal yngri aldurshópa. Efnin hefðu þau áhrif að neytandinn yrði síður var við ölvun sína og væri líklegri til þess að neyta áfengis í ríkari mæli með aukinni hættu á alvarlegum afleiðingum. Bent var á að Systembolaget í Svíþjóð og Vinmonopolet í Noregi hefðu með sömu rökum ekki fallist á að taka umrædda drykki til sölu.

19. Stefnandi kærði ákvarðanir ÁTVR til fjármálaráðuneytisins 2. desember 2009. Með úrskurði 22. mars 2010 staðfesti ráðuneytið ákvarðanir ÁTVR.

20. Stefnandi höfðaði þá mál þetta fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur. Hann fer fram á að úrskurður fjármálaráðuneytisins, sem staðfesti ákvarðanir ÁTVR, verði felldur úr gildi. Auk þess krefst stefnandi að stefndi verði dæmdur til að greiða skaðabætur.

21. Þann 26. október 2011, ákvað Héraðsdómur Reykjavíkur að leita eftir ráðgefandi áliti dómstólsins, þar sem – að hans mati – augljóst væri að túlkun 11., 13. og 16. gr. EES-samningsins gæti haft raunverulega þýðingu fyrir kröfur stefnanda, og þar með á niðurstöðu málsins. Stefnandi kærði úrskurðinn til Hæstaréttar Íslands sem staðfesti með dómi 8. desember 2011 þá ákvörðun Héraðsdóms að leita ráðgefandi álits.

22. Héraðsdómur Reykjavíkur hefur lagt eftirfarandi spurningar fyrir dóminn:

1. Fer það í bága við 11. gr. eða 1. mgr. 16. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið ef aðildarríki samningsins mælir fyrir um það í löggjöf eða með stjórnvaldsfyrirmælum, að stofnun sem fer með ríkiseinkasölu á áfengi geti hafnað því að taka áfenga drykki, sem innihalda örvandi efni eins og koffín, til sölu í verslunum sínum?
2. Ef talið er að fyrirkomulag á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni feli í sér magntakmörkun eða ráðstöfun sem hafi sambærileg áhrif í skilningi 11. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, þá er óskað svara við því hvort slíkt fyrirkomulag geti engu að síður talist réttlætanlegt með vísan til 13. gr. samningsins.
3. Ef fyrirkomulag það sem greinir í fyrstu spurningunni telst fara í bága við 11. gr. eða 1. mgr. 16. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið þá er óskað svara við því hvort EFTA-dómstóllinn telji, að því marki sem hann leggur mat á slíkt álitaefni, fullnægt skilyrðum fyrir skaðabótaskyldu aðildarríkis vegna brots á samningnum.

IV Skriflegar greinargerðir

23. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. starfsreglna hans, hafa skriflegar greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefnanda, Vín Trío ehf., í fyrirsvari er Birgir Tjörvi Pétursson, héraðsdómslögmaður;
- Stefnda, íslenska ríkinu, í fyrirsvari er Soffía Jónsdóttir, hæstaréttarlögmaður, embætti ríkislögmanns;
- Ríkisstjórn Belgíu, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Tristan Materne og Jean-Christophe Halleux frá utanríkisþjónustu Belgíu;
- Ríkisstjórn Noregs, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Ketil Bøe Moen, lögmaður, embætti ríkislögmanns, og Kari Eline Bjørndal Kloster, ráðgjafi í utanríkisráðuneytinu;
- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Xavier Lewis, framkvæmdastjóri, og Florence Simonetti, aðstoðarframkvæmdastjóri, lögfræði- og framkvæmdasviði; og
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Peter Oliver, lögfræðingur, og Günter Wilms, hjá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

V Samantekt yfir málsástæður og lagarök

Stefnandi

Hugsanlegar skekkjur í forsendum þeim sem spurningarnar eru grundvallaðar á

24. Í upphafi, bendir stefnandi á að breytingar hafa nýlega verið gerðar á íslenskum reglum sem ná yfir bætiefni í matvælum. Auk þess leggur hann áherslu á að engar reglur séu fyrir hendi sem banni sölu áfengra drykkja sem innihaldi koffín á veitingastöðum, börum eða kaffihúsum á Íslandi.

Fyrsta spurningin

- Hvort skoða eigi ráðstöfunina á grundvelli 16. eða 11. gr. EES

25. Stefnandi bendir á að það sé óumdeilt að umræddar vörur, „Mokai Cider“ og „Cult Shaker“ séu framleiddar með löglegum hætti innan EES og markaðssettar innan nokkurra EES-ríkja. Auk þess bendir stefnandi á að umræddar ráðstafanir varði kröfur til eiginleika vöru.

26. Stefnandi leggur til að umræddar ráðstafanir verði metnar á grundvelli 11. og 13. gr. EES í stað 16. gr. EES.

27. Samkvæmt stefnanda, á 16. gr. EES við um ákvæði landsréttar sem varða starfsemi og rekstur ríkiseinkasölu í viðskiptum og beitingu sértækra réttinda hennar. Á hinn bóginn skuli þau áhrif sem önnur landsákvæði hafa á viðskipti innan EES, sem tengjast en eru aðskiljanleg starfsemi einkasölnnar, skoðast á grundvelli 11. gr. EES.²

28. Hvað varðar einkasölu áfengis, þá takmarkast starfsemi og rekstur einkasölnnar við „þær ráðstafanir sem notaðar eru við sölu áfengra drykkja“.³ Það er mat stefnanda að það leiði af dómi Evrópudómstólsins í máli *Cassis de Dijon* að landsákvæði sem kveði á um ráðstafanir á borð við bann við sölu á vörum með ákveðin innihaldsefni eigi almennt við um framleiðslu og markaðssetningu áfengra drykkja, og því eigi 16. gr. EES ekki við.⁴ Að mati stefnanda verða áhrif ráðstafana, á borð við þær sem gildi á Íslandi, á viðskipti innan EES að skoðast eingöngu á grundvelli 11. gr. EES en ekki 16. gr. EES.

29. Stefnandi ber mál þetta saman við dóm Evrópudómstólsins í máli *Franzén*.⁵ Þar hefði Evrópudómstóllinn lagt mat á almenn sérkenni

² Tilvísun í mála C-189/95 *Franzén* [1997] ECR I-5909, málsgr. 35 til 36; E-1/97 *Gundersen* [1997] EFTA Ct. Rep. 108, málsgr. 17 til 18; E-4/01 *Karlsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 240 málsgr. 15 og 22; og E-4/05 *HOB-vín* [2006] EFTA Ct. Rep. 4, málsgr. 24.

³ Tilvísun í mál C-170/04 *Rosengren og aðrir* [2007] ECR I-4071, málsgr. 24.

⁴ Tilvísun í mál 120/78 *Rewe-Zentral* (“*Cassis de Dijon*”) [1979] ECR 649, málsgr.7.

⁵ Sjá hér að ofan.

ríkiseinkasölu, þ.e. hin sérstöku réttindi einkasölu, og því hefðu þær ráðstafanir, að mati stefnanda, eingöngu verið skoðaðar með tilliti til 31. gr. EB-sáttmálans (nú 37. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins (SSE)). Á hinn bóginn leggi hlutaðeigandi mál ekki áherslu á almenn atriði vöruvalskerfis ÁTVR. Umrædd ráðstöfun sé sérstakt ákvæði sem taki mið af ákveðnu innihaldsefni sem eigi einungis við um ákveðnar vörur á markaðnum, og engin þeirra sé framleidd á Íslandi. Samkvæmt stefnanda er ómögulegt að líta á slíka kröfu til eiginleika vöru, sem áhrif hafi á framleiðsluna í öðru aðildarríki, sem hluta af ákveðnu ferli hjá ÁTVR, þ.e. beitingu sérstakra réttinda vegna sölu á áfengum drykkjum. Umrædd krafa til eiginleika fyrir viðkomandi vöru, innihald koffíns, sé án efa aðskiljanleg frá rekstri einkasölnnar.⁶

- Mat á grundvelli 11. gr. EES

30. Samkvæmt stefnanda er það viðurkennd dómaframkvæmd að bannið í 11. gr. EES eigi við um allar viðskiptareglur sem EES-ríki lögleiði sem kunni að koma í veg fyrir, með beinum eða óbeinum hætti, í raun eða mögulega, viðskipti innan EES.⁷ Hann segir að bann við markaðssetningu orkudrykkja sem innihaldi koffín yfir ákveðnum mörkum, sem framleiddir séu með löglegum hætti og settir á markað í öðrum aðildarríkjum, hljóti að hindra viðskipti innan svæðisins, og því almennt að teljast aðgerð sem jafngildi magntakmörkunum.⁸ Að mati stefnanda sé því augljóst að algjört bann við að komast inn á smásölumarkað hindri viðskipti og teljist ráðstöfun eins og lýst sé í 11. gr. EES.

31. Stefnandi heldur því fram að samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd, verði að skýra 11. gr. EES svo að í henni felist skylda til að fara eftir grundvallarreglu EES um gagnkvæma viðurkenningu vara sem framleiddar séu með löglegum hætti og settar á markað í öðrum samningsríkjum EES.⁹ Vöru sem framleidd hafi verið á lögmætan hátt og sett á markað í EES-ríki, verði almennt að veita óheftan aðgang um allt EES-svæðið, nema höft séu talin nauðsynleg til að uppfylla lögmæta kröfu.

32. Stefnandi segir enn fremur, að samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd feli landsstaðlar, sem kveði á um kröfur til eiginleika sem innfluttar vörur skuli uppfylla, í sér sjálfstæða takmörkun í skilningi 11. gr. EES án tillits til þess hvort þeir teljist leiða til mismununar á grundvelli EES-réttar. Að mati stefnanda er

⁶ Að þessu leyti ber stefnandi málið saman við *HOB-vín*, getið að ofan, málsgr. 25, sem varðaði skyldur sem aðeins átti við um ÁTVR (að veita vöru á brettum og að innihalda verð vörubrettisins inni í sjálfu vöruverðinu), og voru því taldar óaðskiljanlegar frá starfsemi ríkiseinkasölnnar.

⁷ Tilvísun í mál E-16/10 *Philip Morris* [2011] EFTA Ct. Rep. 330, málsgr. 39, og dómaframkvæmd sem vísað er til, og mál 8/74 *Dassonville* [1974] ECR 837.

⁸ Tilvísun í mál C-363/00 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu* [2003] ECR I-5767, málsgr. 28.

⁹ Tilvísun í mál *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 41, og dómaframkvæmd sem vísað er til, og *Cassis de Dijon*, sjá að ofan.

þetta ólíkt því sem gildi um ráðstafanir um sölufyrirkomulag, sem teljist aðeins brjóta í bága við 11. gr. EES ef þær fela í sér mismunun.¹⁰

33. Stefnandi telur það víst að í þessu máli hafi stefndi komið á fót og framfylgt magntakmörkunum eða ráðstöfunum með sambærilegum áhrifum. Þessar takmarkanir séu ólögmetar nema þær megi réttlæta sem nauðsynlegar til að uppfylla lögmetar kröfureða á grundvelli 13. gr. EES.¹¹

- Til vara: mat á grundvelli 16. gr. EES

34. Komist dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ráðstafanirnar falli innan gildissviðs 16. gr. EES, heldur stefnandi því fram að bann við því að áfengir drykkir fari á markað, þar sem þeir innihaldi koffín, feli í sér mismunun og brjóti í bága við 1. mgr. 16. gr. EES.

35. Stefnandi heldur því fram að stjórnvöldum beri skylda til að tryggja að ríkiseinkasala á áfengi sé skipulögð og starfrækt þannig að enginn greinarmunur sé gerður milli ríkisborgara aðildarríkja EES varðandi framleiðslu og markaðssetningu vöru. Vöruviðskipti frá öðrum EES-ríkjum megi ekki standa verr að vígi í samanburði við vöruviðskipti með innlendar vörur, hvorki að lögum né í reynd.¹²

36. Að mati stefnanda leiðir það af dómaframkvæmd dómstólsins að samkeppni sé fyrir hendi á milli annars vegar áfengra gosdrykkja eins og þeirra sem stefnandi flytur inn og hins vegar bjórs.¹³ Hann heldur því fram að innlendir bjór sé um þriðjungur af heildarsölu áfengra drykkja í verslunum ÁTVR. Auk þess innihaldi engir áfengir gosdrykkir sem framleiddir séu innanlands koffín eða önnur örvandi efni. Því sé það mat stefnanda að viðskiptahömlur sem felist í algjöru banni á smásölu feli í reynd í sér mismunun þar sem þær leggi viðbótarhömlur á innfluttar vörur, ólíkt þeim sem framleiddar séu innanlands og séu í samkeppni við þær fyrrnefndu. Frá sjónarhóli framleiðenda í öðrum aðildarríkjum sem framleiði áfenga gosdrykki sem innihaldi koffín, er það mat stefnanda að augljóst sé að innlend framleiðsla njóti ákveðinna forréttinda, hvort heldur sem um sé að ræða bjór eða áfenga gosdrykki. Að mati stefnanda, ber að líta svo á að þær ráðstafanir sem heimila ákveðnum landsframleiðendum að setja vöru sína á markað bæði í verslunum ríkiseinkasölnunnar og á veitingastöðum, börum og kaffihúsum, á meðan innflytjendur erlendra framleiðenda þurfa að lúta takmörkunum í þeim efnum, feli í sér mismunun.¹⁴

¹⁰ Tilvísun í *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 43 til 44, og dómaframkvæmd sem vísað er til.

¹¹ Tilvísun í mál *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*, sjá að ofan, málsgr. 29.

¹² Tilvísun í mál E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 15, málsgr. 63 og áfram.; *ESA gegn Noregi*, sjá að ofan, málsgr. 36; *Wilhelmsen*, sjá að ofan, málsgr. 96 og 97; and *Gundersen*, sjá að ofan, málsgr. 21.

¹³ Tilvísun í *ESA gegn Noregi*, sjá að ofan, málsgr. 31 og 39.

¹⁴ Tilvísun í *ESA gegn Noregi*, sjá að ofan.

Önnur spurningin

37. Stefnandi heldur því fram að samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd, séu líf og heilsa manna í forgangi meðal þeirra hagsmuna sem njóta verndar 13. gr. EES. Innan þeirra marka sem sett séu í EES-samningnum sé það aðildarríkjanna að meta hversu ríka vernd þau vilji tryggja.¹⁵ Hins vegar sé aðeins hægt að réttlæta landsreglur eða ráðstafanir sem takmarki eða geti takmarkað grundvallarréttindi í EES-samningnum, eins og frjálst vöruflæði, ef þær eru settar til að ná umræddum markmiðum og gangi ekki lengra en þörf krefji.¹⁶

38. Höfnun stefnda sé einkum byggð á skaðlegum áhrifum sem neytendur verði fyrir vegna drykkja sem innihalda koffín, og þá helst ungir neytendur. Stefnandi heldur hins vegar fram að enginn fótur sé fyrir því að segja að heilsu almennings stafi aukin hættu af sölu slíkra drykkja í verslunum einkasölnunnar og að það sé nægilega ljóst á grundvelli rannsóknargagna frá þeim tíma sem takmarkanirnar hafi verið settar sem og síðar. Samkvæmt stefnanda hafa engin slík rannsóknargögn verið lögð fram. Það sé óumdeilt að misnotkun áfengis geti haft alvarlegar afleiðingar í för með sér. Að hans mati verði stefndi hins vegar að sýna fram á að „raunveruleg hættu fyrir líf og heilsu manna“ sé fyrir hendi í tengslum við sölu varanna og hún sé meiri en áfengisneysla hafi almennt í för með sér á heilsu fólks.

39. Stefnandi bendir á að í íslenskri löggjöf sé engin mörk að finna um magn koffíns í drykkjum. Auk þess heldur hann því fram að draga megi fullyrðingar stefnda í efa þar sem löglega megi flytja til Íslands allar drykkjartegundir sem framleiddar séu með löglegum hætti í öðrum aðildarríkjum og innihaldi bæði alkóhól og koffín í öllum hlutföllum, og selja á veitingastöðum, börum og kaffihúsum, jafnvel þótt sömu vörur séu ekki leyfðar í verslunum ÁTVR. Auk þess geti bæði ungir sem aldnir auðveldlega blandað heima fyrir drykki úr áfengi og orkudrykkjum sem innihaldi mikið magn af koffíni, þar sem sterkt áfengi og bjór séu aðgengileg með löglegum hætti í verslunum ÁTVR, og orkudrykki sé hægt að fá í hvaða matvöruverslun, búð eða bensínstöð sem er.

40. Stefnandi skilji ekki rökin sem liggi að baki banni við sölu á vörum í verslunum ÁTVR sem taldar hafi verið síður skaðlegar - þar sem blanda áfengis og koffíns sé talin hættuleg í alla staði - í stað ýmissa vöruflökka sem fánlegir séu á markaðnum, eins og sterk vín. Stefnandi heldur því fram, í ljósi mótsagnakenndra ákvæða landsréttar á þessu sviði, að stefndi virðist ekki hafa skýra stefnu varðandi sölu áfengra drykkja sem innihaldi koffín.

41. Auk þess heldur stefnandi því fram að algjört bann við sölu áfengra drykkja sem innihaldi koffín á smásölumarkaði gangi mun lengra en nauðsyn krefji til að ná þeim markmiðum sem stefndi hafi tilgreint. Á Íslandi sé ólöglegt

¹⁵ Tilvísun í *Framkvæmdastjórnin* gegn Ítalíu, sjá að ofan, málsgr. 77.

¹⁶ Tilvísun í *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 80, og mál C-333/08 *Framkvæmdastjórnin* gegn Frakklandi [2010] ECR I-757, málsgr. 89, og dómaframkvæmd sem vísað er til.

að selja ungmennum undir 20 ára áfenga drykki og það sé á ábyrgð stefnda að framfylgja þeim reglum. Það sé því afar ósanngjarnnt að leggja algjört bann við smásölu á innfluttu vörunum í verslunum ÁTVR með þeim rökum að ungmenni undir 20 ára aldri neyti þeirra.

42. Á grundvelli þessa dregur stefnandi þá ályktun að þeim ráðstöfunum sem beitt hafi verið séu hvorki hóflegar né viðeigandi.

43. Jafnvel þótt dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að reglur landsréttar sem settar hafa verið og framfylgt séu réttlætningar á grundvelli 13. gr. EES, heldur stefnandi því fram að ráðstafanirnar gangi gegn 13. gr. EES þar sem þær feli í sér mismunun.

44. Að lokum bætir stefnandi við að grein 5.11 í vöruvalsreglunum, sem bannið hafi upphaflega verið grundvallað á, skorti lagastoð. Hvað það varði, byggir stefnandi á því að óhjákvæmilega verði stórfellt frávik frá meginreglum EES-samningsins að eiga sér skýra lagastoð, ef því eigi að vera hægt að beita.

Þriðja spurningin

45. Stefnandi heldur því fram að aðildarríki EES geti talist bera ábyrgð á brotum gegn skyldum sínum á grundvelli EES-samningsins að þremur skilyrðum uppfylltum. Í fyrsta lagi verði sú réttarregla sem brotin sé að brjóta á réttindum einstaklinga með sannanlegum hætti; í öðru lagi verði brotið að vera nægilega alvarlegt; og, í þriðja lagi verði bein orsakatengsl að vera á milli brots á þeirri skyldu sem hvíli á ríkinu og því tjóni sem þriðji aðili hljóti.¹⁷

46. Hvað varði það skilyrði að sú lagaregla sem brotin sé verði að vera ætlað að veita einstaklingum réttindi, byggir stefnandi á því að svo sé þegar reglan sé skilyrðislaus og nægilega hnitmiðuð,¹⁸ en þessu skilyrði sé fullnægt í málinu í skilningi 11. og 16. gr. EES.¹⁹

47. Hvað varði það skilyrði að brotið verði að vera nægilega alvarlegt, heldur stefnandi því fram að það ráðist af því hvort augljóslega og vísvitandi hafi verið farið lengra en heimilt sé. Til að meta hvort þetta skilyrði sé uppfyllt, verði héraðsdómur sem sker úr skaðabótakröfu m.a. að meta skýrleika og nákvæmni reglunnar sem brotin sé; það svigrúm til mats sem reglan veiti stjórnvöldum; hvort brotið og tjón vegna þess hafi verið af ásetningi eða óviljaverk; og hvort lögvilla hafi verið afsakanleg eða ekki.²⁰ Að lokum verði brot talið nægilega

¹⁷ Tilvísun í mál E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* [1998] EFTA Ct. Rep. 95, málsgr. 62, og *Karlsson*, sjá að ofan, málsgr. 32.

¹⁸ Tilvísun í *Karlsson*, málsgr. 37, og *Restamark*, málsgr. 77, sjá bæði að ofan.

¹⁹ Tilvísun í *Karlsson*, málsgr. 37, og *Sveinbjörnsdóttir*, málsgr. 57 til 58, sjá bæði að ofan.

²⁰ Tilvísun í *Karlsson*, málsgr. 38, og *Sveinbjörnsdóttir*, málsgr. 68 til 69, sjá bæði að ofan.

alvarlegt ef það hefur verið viðvarandi þrátt fyrir viðurkennda dómaframkvæmd sem gefi skýrt til kynna að umrædd háttsemi feli í sér brot.²¹

48. Að mati stefnanda, ber að líta svo á að 11. og 16. gr. EES séu bæði skýrarog nákvæmar, einnig með tilliti til umfangs á því svigrúmi sem eftirláta ber stjórnvöldum að landsrétti, einkum hvað snertir kröfur til eiginleika vöru. Ásetningur stefnda sé augljós, það er, að banna sölu á vörum sem tilheyri ákveðnum flokki drykkja, sem innihaldi ákveðið efni. Auk þess varði umrætt mál brot á grundvallarreglu ESB-réttar. Það sé því mat stefnanda að ákvæðið sem íslensk stjórnvöld hafi sett um áfenga drykki, sem innihaldi koffín, feli í sér nægilega alvarlegt brot á EES-rétti svo að til skaðabótaskyldu ríkisins stofnist.

49. Hvað varði þriðja skilyrðið, heldur stefnandi því fram að það sé atriði sem héraðsdómur verði að skera úr.²² Hins vegar sé það augljóst að mati stefnanda að lögbrotið, sem komi í veg fyrir að vara komist inn á smásölumarkað, hafi bein orsakatengsl við tjónið sem stefnandi, aðrir innflytjendur og hugsanlegir innflytjendur verði fyrir.

50. Stefnandi leggur til að dómurinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:

Fyrsta spurningin

Lög eða stjórnvaldsfyrirmæli samningsaðila sem heimila lögaðila er fer með ríkiseinkasölu áfengis að hafna sölu drykkja í vínverslunum sínum sem innihalda örvandi efni á borð við koffín fela í sér magntakmörkun eða takmörkun með samsvarandi áhrifum í skilningi 11. gr. EES-samningsins, og eru andstæð 11. gr. samningsins nema unnt sé að réttlæta þau á grundvelli 13. gr. samningsins.

Önnur spurningin:

Ekki er hægt að telja að ráðstöfun eins og lýst er í fyrstu spurningunni sé réttlætanleg með vísan til 13. gr. EES-samningsins þar sem ráðstöfunin er hvorki nauðsynleg né hófleg í tengslum við það markmið að vernda heilsu manna á grundvelli 13. gr. samningsins.

Stefndi

Fyrsta spurningin

51. Stefndi bendir á að í kjölfar þjóðaratkvæðagreiðslu hafi framleiðsla, neysla og innflutningur áfengra drykkja verið bannaður á Íslandi frá 1912. Þetta bann hafi að hluta til verið fellt niður árið 1922, þegar ríkiseinkasalan hafi verið sett á

²¹ Vísað er til *Karlsson*, vísað til að ofan, málsgr. 40.

²² Tilvísun í *Karlsson*, sjá að ofan, málsgr. 47, og mál C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECR I-2553, málsgr. 30.

fót. Allt frá því að þeim tíma, hefði yfirlýst markmið íslenska þingsins og stjórnvalda verið að draga úr neyslu áfengra drykkja og þar með takmarka skaðleg áhrif þeirra á heilsu manna og hamingju. Við undirritun EES-samningsins árið 1992, hefði ríkisstjórn Íslands, ásamt, ríkisstjórnunum Finnlands, Noregs og Svíþjóðar, áréttað að áfengiseinkasölur ríkjanna væru byggðar á mikilvægum sjónarmiðum er vörðuðu stefnu þeirra í heilbrigðis- og félagsmálum.

- Hvort skoða eigi ráðstöfunina á grundvelli 16. eða 11. gr. EES

52. Stefndi heldur því fram að skýra beri 11. og 16. gr. EES þannig að þeim verði beitt í sitt hvoru lagi á tilvik en ekki sameiginlega. Því nái hver grein yfir mismunandi svið ríkiseinkasölu í viðskiptum.²³

53. Stefndi heldur því fram að hlutlaus viðmið fyrir vöruval, eins og þau sem séu fyrir hendi í málinu, stýri í einu og öllu viðskiptasamningum ÁTVR. Einnig heldur hann því fram að ekkert almennt bann sé á Íslandi við sölu áfengra drykkja sem innihaldi örvandi efni. Því heldur stefndi því fram að viðmið fyrir vöruval verði að vera talin óaðskiljanleg starfsemi ÁTVR, og því verði að meta slíkar reglur á grundvelli 16. gr. EES í stað 11. og 13. gr. EES.

- Mat á grundvelli 16. gr. EES

54. Stefndi segir að það próf sem gengið sé út frá við beitingu 16. gr. EES sé fyllilega hlutlægt, þ.e. hvort reglurnar sem heimili ÁTVR að synja sölu á áfengum drykkjum sem innihaldi örvandi efni, eins og koffín, feli í reynd í sér mismunun hvað innfluttar vörur varði.

55. Í því samhengi leggi stefndi áherslu á að einkasalan hafi verið sett á fót eingöngu til að hafa stjórn á lýðheilsumálum en ekki vegna viðskiptastefnu. Samkvæmt stefnda, hefur Evrópudómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að landsréttur, sem hafi það að markmiði að takmarka áfengisneyslu sem og vernda lýðheilsu og félagslega velferð gegn skaðlegum áhrifum hennar, og þar með að draga úr ofneyslu áfengis, endurspegli áhyggjuefni sem viðurkennd séu í 30. gr. EB-sáttmálans, sem eigi einnig við um 16. gr. EES.

56. Stefndi heldur því fram að rannsóknir hafi sýnt að þegar áfengir drykkir séu blandaðir saman við orkudrykki, geti koffínið í þessum drykkjum falið slævandi áhrif áfengis.²⁴ Auk þess heldur hann því fram að þeir sem neyti áfengis sem blandað sé við orkudrykki séu líklegri til að drekka óhóflega, þ.e. að konur

²³ Tilvísun í *HOB-vín*, sjá að ofan, málsg. 33.

²⁴ Tilvísun í Kerr, JS and Hindmarch, J (1998), "Effects of alcohol alone or in combination with other drugs in information processing, task performance and subjective responses", *Human Psychopharmacology*, 13, 1-9.

neyti fjögurra eða fleiri drykkja í hvert skipti og karlmenn fimm eða fleiri drykkja.²⁵

57. Stefndi bendir á að sú ákvörðun ÁTVR að selja ekki áfenga drykki sem innihaldi koffín eigi við um alla drykki sem innihaldi efnið. Enginn greinarmunur sé gerður á því hvar vara sé löglega framleidd, hvort heldur það sé á Íslandi, í aðildarríki ESB, í EFTA ríki, eða í ríkjum utan þessara svæða.²⁶

58. Samkvæmt stefnda er engin sönnun fyrir hendi sem styður þá staðhæfingu stefnanda að umræddar vörur séu í beinni samkeppni við sambærilegar innlendar vörur sem heyri ekki undir umræddar reglur. Þvert á móti eigi reglurnar við, án mismununar, um allar vörur án tillits til uppruna. Því beri að líta svo á að reglurnar feli ekki í sér mismunun. Ekkert bendi til þess að innflytjendur eða innfluttar vörur fái aðra meðferð en innlendar vörur hvað varði móttöku til sölu í verslunum ÁTVR. Því sé höfnun ÁTVR á beiðni um sölu á „Cult Shaker“ og „Mokai Cider“ í verslunum sínum, á þeim grundvelli að þeir innihaldi koffín, ekki ætlað að vera markaðshindrun fyrir innfluttar né innlendar vörur.

59. Stefndi bendir á að engar vörur sambærilegar þeim sem ÁTVR hafnaði séu framleiddar á Íslandi. Að hans mati hafi það ekki þýðingu í málinu að engir áfengir drykkir sem innihaldi koffín, eins og þeir sem séu til umræðu, séu framleiddir á Íslandi í dag, enda gæti það breyst. Yrðu þeir framleiddir á Íslandi, myndu slíkar vörur ekki vera teknar í sölu í verslunum ÁTVR. Það sé því þýðingarlaust að í dag séu engar innlendar vörur fyrir hendi sambærilegar þeim sem um ræði í málinu. Þar af leiðandi sé engin mismunun fyrir hendi, hvorki að lögum né í reynd, og því ekki um að ræða brot á 16. gr. EES.

- Til vara: mat á grundvelli 11. og 13. gr. EES

60. Stefndi telur að réttlæta megi undantekningu frá meginreglu 11. gr. EES, þar sem áfengir drykkir geti varla talist vera almenn neysluvara. Samkvæmt stefnda hefur Evrópudómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að ákveðnar reglur landsréttar, er varði neytendavernd, almenna viðskiptahætti, framkvæmd skattalöggjafar, umhverfisvernd, vinnuvernd og menningarviðburði, geti verið viðurkenndar, jafnvel þótt þær hafi áhrif á viðskipti.²⁷

61. Stefndi heldur því fram að þær hindranir sem settar séu með umræddum reglum séu réttlætanlegar, þar sem tilgangur þeirra sé að vernda lýðheilsu og velferð. Að hans mati séu þessi höft viðeigandi og gangi ekki lengra en nauðsyn krefji til að ná fram lögmætum kröfum. Í framhaldi af því leggi stefndi áherslu á að innflutningur umræddra vara sé ekki bannaður og að stefnanda sé heimilt að

²⁵ Tilvísun í Thombs DL, O'Mara RJ, Tsukamoto M, Rossheim ME, Weiler RM, Merves ML, Goldberger BA (2010), "Event-level analyses of energy drink consumption and alcohol intoxication in bar patrons", *Addictive Behaviors*, 35, 325-330.

²⁶ Tilvísun í *Wilhelmsen*, málsgr. 105; og *Franzén*, málsgr 40, sjá bæði að ofan.

²⁷ Tilvísun í *Cassis de Dijon*, sjá að ofan.

selja þær til aðila sem hafi heimild til að framleiða, selja og framreiða áfenga drykki í viðskiptaskyni.

Önnur spurningin

62. Stefndi heldur fram að þar sem 16. gr. EES eigi við í málinu en ekki 11. gr. EES, sé óþarft að svara annarri spurningunni.

63. Hins vegar, í þágu heildstæðrar umfjöllunar, heldur stefndi því fram að ef 11. gr. EES eigi við, og ef dómstóllinn svarar fyrstu spurningunni á jákvæðan hátt, séu takmarkanirnar réttlætanager á grundvelli verndar heilsu og lífs manna í skilningi 13. gr. EES.

64. Að mati stefnda er viðurkennt að heilsa og líf manna séu í forgangi meðal þeirra hagsmuna sem njóti verndar 13. gr. EES. Það sé sanningsríkja EES að meta, innan þeirra marka sem sett séu í samningnum, hversu rík verndin skuli vera.²⁸ Auk þess teljist baráttan við ofnotkun áfengis varða almannahagsmuni samkvæmt 13. gr. EES sem geti réttlætt takmarkanir á frjálsum vöruflegði samkvæmt 11. gr. EES.²⁹ Samkvæmt stefnda megi ríkið takmarka dreifingu neysluvara sem kunni að leiða til aukinnar áfengisneyslu og þar með varða heilsu neytandans.

65. Stefndi telur að umræddar reglur og framkvæmd séu eins vægar og unnt sé til að ná fram tilætluðum markmiðum. Takmarkandi áhrif gangi ekki lengra en nauðsyn krefji. Hvað þetta varði, bendir stefndi á að höfnun á sölu þessara áfengu drykkja útiloki ekki að þeir séu settir á markað á Íslandi, heldur eigi synjunin aðeins við um vínbúðir ÁTVR.

66. Að mati stefnda séu aðrar mögulegar ráðstafanir, eins og kröfur til eiginleika vöru, ólíklegar til að ná tilætluðum árangri, þar sem slíkt sé ekki nægilega fráhrindandi. Hvað merkingar varði, þá bendi stefndi á að áfengir drykkir séu í augnablikinu undanskildir þeirri skyldu að tilgreina innihaldsefni í matvælum, þar á meðal koffín.

67. Stefndi segir jafnframt að synjun um sölu á drykkjunum „Cult Shaker“ og „Mokai Cider“ í verslunum ÁTVR, með vísan til þeirrar stefnu að selja ekki áfenga drykki sem innihaldi koffín, og þeirrar staðreyndar að markaðssetning þeirra taki mið af ungu fólki, hafi með sama hætti, í reynd og að lögum, áhrif á markaðssetningu vara sem framleiddar séu innanlands og þeirra sem komi frá öðrum aðildarríkjum. Þar af leiðandi feli synjunin ekki í sér mismun.

²⁸ Tilvísun í mál C-320/93 *Ortscheit* [1994] ECR I-5243, málsgr.16.

²⁹ Tilvísun í ESA gegn *Noregi*, sjá að ofan, málsgr. 55.

Þriðja spurningin

68. Stefndi viðurkennir að samningsríki EES kunni að vera skaðabótaskyldt brjóti það gegn EES-rétti. Hins vegar sé það mat stefnda að sú EES-löggjöf sem óskað sé skýringar á hafi ekki verið brotin. Jafnvel þegar um sé að ræða brot á EES-rétti, sé það héraðsdóms að skera úr um hvort skaðabótaskylda ríkis sé fyrir hendi.

Ríkisstjórn Belgíu

69. Ríkisstjórn Belgíu takmarkar greinargerð sína við aðra spurninguna. Að mati ríkisstjórnar Belgíu, kann ráðstöfunin að vera réttlæt看anleg á grundvelli sjónarmiða um vernd heilsu og lífs manna. Hún bendir á að samkvæmt Evrópuþómstólnum „er heilsa og líf manna í forgangi meðal þeirra hagsmuna sem njóta verndar 36. gr EES og það er aðildarríkjanna að ákveða, innan þeirra marka sem samningurinn setur, hversu ríka vernd þau ætli að tryggja, og einkum hversu strangt eftirlit sé framkvæmt“.³⁰

70. Ríkisstjórn Belgíu heldur fram að til þess að reglur landsréttar verði réttlæt看ar á grundvelli verndar heilsu og lífs manna, verði að fylgja ákveðnum grundvallarreglum. Í fyrsta lagi sé ekki hægt að skírskota til verndar heilsu ef raunverulegur tilgangur ráðstöfunarinnar sé að vernda innanlandsmarkað. Ríkisstjórn Belgíu bendir á að þetta atriði sé umdeilt í málinu. Hvað þetta varði telji hún að dómstóllinn verði fyrst að kanna og svara spurningunni hvort fyllsta jafnræðis sé gætt á milli innlendra og erlendra áfengisheildsala, áður en ákveðið sé hvort önnur skilyrði séu uppfyllt.

71. Í öðru lagi verði þær ráðstafanir sem innleiddar eru að vera hóflegar, þ.e. takmarkaðar við það sem telst nauðsynlegt til að lögmætt markmið um lýðheilsuvernd náist. Í þessu sambandi heldur ríkisstjórn Belgíu því fram að á grundvelli meðalhófsreglunnar megi ekki vera fyrir hendi aðrar ráðstafanir, sem haft geti í för með sér vægari viðskiptahömlur. Hins vegar beri aðildarríkjum ekki að sanna á að sú ráðstöfðun sem þau hafi valið sé sú eina sem til greina hafi komið.³¹ Auk þess leggur ríkisstjórn Belgíu áherslu á að þegar samræmdar reglur á vettvangi ESB séu ekki til staðar sé aðildarríkjum heimilt að ákveða hversu ríka vernd þau veiti þeim lögmætu hagsmunum sem stefnt sé að.

72. Ríkisstjórn Belgíu heldur því fram að með því að leyfa íslensku ríkiseinkasölu á áfengi að hafna sölu vöru sem innihaldi koffín eða önnur örvandi efni, hafi umrædd ráðstöfun þau áhrif að vernda lýðheilsu, einkum meðal ungs fólks. Neysla áfengis sem sé blandað örvandi efnum kunni að leiða til aukinnar ölvunar, einkum meðal ungs fólks. Samkvæmt ríkisstjórn Belgíu virðist engin ráðstöfun vera fyrir hendi í því skyni að vernda líf fólks, einkum ungs fólks

³⁰ Tilvísun í mál 104/75 *De Peijper* [1976] ECR 613, málsgr.15, og *Philip Morris*, sjá að ofan.

³¹ Tilvísun í mál C-110/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu* [2009] ECR I-519, málsgr. 66.

önnur en sú að banna með öllu sölu áfengra drykkja sem blandaðir séu með koffíni eða öðrum örvandi efnum.

73. Að lokum bendir ríkisstjórn Belgíu á að umræddar aðgerðir verði að byggja á traustum grunni og studdar viðeigandi sönnunum og gögnum (tæknilegum, vísindalegum, tölfræðilegum og næringarfræðilegum) og öðrum viðeigandi upplýsingum.³²

Ríkisstjórn Noregs

74. Ríkisstjórn Noregs bendir á að í beiðninni sé haldið fram að áfengir orkudrykkir sem innihaldi koffín eða önnur örvandi efni séu ekki fáanlegir hjá norsku ríkiseinkasölnunni. Í þessu sambandi bendir hún jafnframt á að norska áfengisverslunin hefur enn ekki ákveðið hvort hafna eigi sölu slíkra drykkja þar sem enginn birgir áfengra orkudrykkja hafi fram til þessa sótt um að slíkar vörur verði meðal þeirra sem seldar séu í verslunum einkasölnunar.

Fyrsta spurningin

- Hvort skoða eigi ráðstöfunina á grundvelli 16. eða 11. gr. EES

75. Fyrsta spurningin varðar það álitaefni hvort regla eins og íslenska ákvæðið brjóti í bága við 11. eða 16. gr. EES. Norska ríkisstjórnin heldur fram að rétt sé að nálgast málið á grundvelli 16. gr. EES um ríkiseinkasölur.

76. Norska ríkisstjórnin fullyrðir að samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd eigi að meta tilvist og starfsemi vínverslana ríkiseinkasölnunar á grundvelli 16. gr. EES. Ríkisstjórnin segir að því hafi stöðugt verið haldið fram að vöruvalskerfið, þ.e.a.s. vöruval einkasölnunar, sé eitt það helsta sem tengist tilvist og starfsemi einkasölnunar.³³

- Mat á grundvelli 16. gr. EES

77. Norska ríkisstjórnin heldur fram að það leiði beint af orðalagi 1. mgr. 16. gr. EES, og hafi hlotið staðfestingu með stöðugri dómaframkvæmd, að afgerandi breytingar á grundvelli þessa ákvæðis teljist vera mismunun. Því samræmist einkasala EES-rétti svo fremi sem vöruviðskipti frá öðrum EES-ríkjum standi ekki verr að vígi, að lögum eða í reynd, í samanburði við viðskipti með innlendar vörur.³⁴

78. Ríkisstjórn Noregs undirstrikar að mismunun í skilningi 16. EES beri að túlka í samræmi við almenna skilgreiningu á mismunun að ESB og EES-rétti,

³² Tilvísun í mál C-270/02 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu* [2004] ECR I-1559 og C-319/05 *Framkvæmdastjórnin gegn Þýskalandi* [2007] ECR I-9811.

³³ Tilvísun í *Franzén*, málsgr. 35, *Gundersen*, málsgr. 17, og *ESA gegn Noregi*, málsgr. 35, sjá að ofan.

³⁴ Tilvísun í *ESA gegn Noregi*, sjá að ofan, málsgr. 36, og dómaframkvæmd sem vísað er til.

þ.e. að „sambærilegar aðstæður skuli ekki vera meðhöndlaðar með ólíkum hætti og ólíkar aðstæður skuli ekki vera meðhöndlaðar á sama hátt nema slíka meðferð megí réttlætta málaefnalega“.³⁵

79. Hvað varði mat á viðeigandi ákvæðum í málinu, heldur ríkisstjórn Noregs því fram að ekkert bendi til þess að í lögum sé að finna nokkurs konar mismunun. Reglan sem heimili einkasölu á að hafna áfengum orkudrykkjum eigi einnig við án tillits til uppruna drykkjarins. Að mati hennar sé spurningin því eingöngu hvort einhver mismunun sé fyrir hendi í reynd.

80. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að þetta sé atriði sem héraðsdómur skuli meta, þar sem það skuli metið á grundvelli málsatvika.³⁶ Dómstóllinn ætti hins vegar að leiðbeina héraðsdómi. Í þessu sambandi bendir ríkisstjórn Noregs á að í raun sé ákveðinn greinarmunur fyrir hendi, einkum hvað varði ólíkar lýðheilsuhættur á milli umræddra vara - áfengra orkudrykkja - og annarra áfengra drykkja sem innihaldi sama áfengismagn.

81. Í því samhengi bendir ríkisstjórn Noregs á að Evrópuþingurinn hafi slegið því föstu að að vöruval byggt á mismiklum „skaðlegum áhrifum á heilsu manna“ sé í samræmi við ESB-rétt.³⁷ Hún bendir á að áfengir orkudrykkir séu tiltölulega ný tilkomnir á markað í Evrópu. Þeir hafi hins vegar valdið talsverðum áhyggjum annars staðar í heiminum, einkum í Bandaríkjunum. Að mati ríkisstjórnar Noregs sé fullnægjandi grundvöllur fyrir því að komast að þeirri niðurstöðu að áfengir orkudrykkir séu í reynd hættulegir heilsu almennings.³⁸ Auk þess virðist það vera viðurkennt innan ESB að ákveðnar tegundir drykkja, einkum áfengir gosdrykkir, séu í reynd öðruvísi en aðrar drykkjartegundir. Sum aðildarríki ESB, þar á meðal Þýskaland og Frakkland, hafi til dæmis valið að skattleggja áfenga gosdrykki í ríkari mæli en aðra drykki sem kunni að vera mögulegir samkeppnisaðilar.³⁹

82. Samkvæmt ríkisstjórn Noregs, verður að veita ríki ákveðið svigrúm til mats, einkum á grundvelli varúðarreglunnar, þegar það metur hvort vörur sem hafi slæm áhrif á lýðheilsu skuli sæta annarri meðferð. Jafnvel þótt það sé augljóst að ofneysla áfengis sé almenningi skaðleg, verði ríki einnig að geta innleitt ákveðna lýðheilsustaðla án þess að þurfa að bíða eftir að það komi í ljós

³⁵ Tilvísun í mál 106/83 *Sermide* [1984] ECR 4209, málsgr. 28, og C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine og aðrir*[2008] ECR I-9895, málsgr. 23.

³⁶ Tilvísun í mál E-5/96 *Ullensaker kommune og aðrir*[1997] EFTA Ct. Rep. 30, málsgr. 27, og *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 87.

³⁷ Tilvísun í *Franzén*, sjá að ofan, málsgr. 44 og 52.

³⁸ Tilvísun í, m.a., US Food and Drug Administration, “Serious Concerns over Alcoholic Beverages with Added Caffeine”, aðgengilegt á <http://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm233987.htm>, og nokkurra annarra rannsókna.

³⁹ Tilvísun í skýrslu frá 2006 sem gerð var fyrir framkvæmdastjórnina, *Alcohol in Europe*, kafli 9. Á bls. 373, segir, til dæmis, „Fjögur ríki hafa einnig lagt á ákveðinn skatt fyrir áfenga gosdrykki frá 2004, sem virðist hafa minnkað neyslu áfengra gosdrykkja frá þeim tíma“. Aðgengilegt á http://ec.europa.eu/health-eu/news_alcoholineurope_en.htm.

hvort ákveðnar ráðstafanir séu árangursríkar eða ákveðin vörutegund sé skaðlegri heilsu manna en aðrar.⁴⁰ Þröng beiting varúðarreglunnar myndi leiða til þess að mjög erfitt væri að framfylgja framvirkri lýðheilsustefnu.

83. Að lokum heldur ríkisstjórn Noregs því fram að sú staðreynd að engir áfengir orkudrykkir séu framleiddir innanlands á Íslandi styðji þá niðurstöðu að mismunun á grundvelli 16. gr. EES sé ekki fyrir hendi.⁴¹

- Til vara: mat á grundvelli 11. gr. EES

84. Ef dómstóllinn telur, andstætt greinargerð ríkisstjórnar Noregs, að rétturinn til að hafna áfengum drykkjum, sem innihaldi koffín, falli undir 11. gr. EES í stað 16. gr. EES, heldur ríkisstjórn Noregs því fram að engar viðskiptahindranir séu fyrir hendi, í skilningi 11. gr. EES.

85. Samkvæmt ríkisstjórn Noregs, stýra vöruvalsreglur einkasölunnar því úrvali sem er til sölu í vínbúðunum. Því feli þær í sér ákveðið sölufyrirkomulag í samræmi við viðurkennda dómaframkvæmd. Svo fremi sem reglurnar eigi við um alla viðeigandi viðskiptaaðila sem starfi innanlands og snerti með sama hætti markaðssetningu innlendra vara og vörutegunda frá öðrum samningsríkjum EES, bæði að lögum og í reynd, þá feli þær ekki í sér innflutningshöft í tilgangi 11. gr. EES.⁴²

86. Ríkisstjórn Noregs fullyrðir að mat á mismunun á grundvelli 11. gr. EES eigi ekki að fara fram með öðrum hætti en það mat sem beitt sé samkvæmt 16. gr. EES. Þess vegna heldur hún því fram að engin vísbending um mismunun sé til staðar í íslensku ákvæðunum, hvorki að lögum né í reynd.

Önnur spurningin

87. Komist dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði feli í sér takmörkun í skilningi 11. gr. EES, er það mat ríkisstjórnar Noregs að slík takmörkun sé réttlætanagerleg þar sem hún feli í sér viðeigandi og nauðsynlega ráðstöfun til að tryggja lýðheilsu.

88. Ríkisstjórn Noregs ítrekar að líta beri á lýðheilsusjónarmið sem óaðskiljanlegan þátt matsins á grundvelli 16. gr. EES. Sé dómstóllinn ekki sammála þessu sjónarmiði, heldur ríkisstjórn Noregs því fram, til vara, að 13. gr. EES og viðeigandi dómaframkvæmd skuli beitt með löggjöfnun í tengslum við 16. gr. EES. Ekki séu fyrir hendi viðeigandi rök sem styðji það sjónarmið að svigrúm ríkisins til að byggja á mikilvægum lýðheilsusjónarmiðum sé takmarkaðra þegar 16. gr. EES eigi við heldur en þegar 11. gr. EES sé beitt.

⁴⁰ Tilvísun í *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*, sjá að ofan, málsgr. 82.

⁴¹ Tilvísun í mál C-383/01 *De Danske Bilimportører* [2003] ECR I-6065, málsgr. 42, og C-391/92 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi* [1995] ECR I-1621, málsgr. 18.

⁴² Tilvísun í t. d. *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 44 til 46, og dómaframkvæmd sem vísað er til.

89. Að mati ríkisstjórnar Noregs er augljóst að það markmið að minnka áfengisneyslu almennt, og einkum meðal ungs fólks, sé grundvallarmarkmið til verndar lýðheilsu, þar sem ofneysla áfengis sé skaðleg lífi og heilsu manna.

90. Ríkisstjórn Noregs bendir í þessu sambandi á að heilsa og líf manna sé í forgangi meðal þeirra lögmætu markmiða sem ríki megi framfylgja, og að þetta hafi áhrif við mat á meðalhófi. Það sé fyrir hvert ríki að ákveða hversu ríka vernd það vilji veita, og einnig hvaða leið það vilji fara við framkvæmd hennar, án tillits til ólíkra ákvarðana annarra EES-ríkja.⁴³

91. Samkvæmt ríkisstjórn Noregs verði ríkjum, í málum sem þessu, að vera heimilt að kynna til sögunnar lýðheilsuáðgerðir jafnvel þótt á þeim tíma sé einhver vísindaleg óvissa fyrir hendi varðandi ágæti þeirra eða nauðsyn.⁴⁴ Hún heldur því einnig fram að í tilvikum þar sem ríkið njóti víðtæks svigrúms til mats, þá gefi það til kynna að ríkið njóti einnig víðtækrar heimildar til að meta hvort umrædd ráðstöfun sé hæfileg og nauðsynleg.⁴⁵

92. Hvað varði hæfi, telur ríkisstjórn Noregs það fullnægjandi, ef fyrirliggjandi gögn gefa til kynna að það sé „sanngjarnt að álykta að ráðstafanir muni hafa jákvæð áhrif á lýðheilsuvernd“.⁴⁶ Í þessu máli haldi hún því fram, á grundvelli fyrirliggjandi gagna, að það sé sanngjarnt að ganga út frá því að höfnun á sölu áfengra orkudrykkja í vínbúðum muni stuðla að lýðheilsuvernd.

93. Að lokum heldur ríkisstjórn Noregs því fram að ráðstöfun á landsvísu sé einnig nauðsynleg, þar sem sams konar vernd náist ekki með jafn áhrifaríkum hætti með vægari ráðstöfunum. Í því samhengi þurfi að vera „ljóst“ að vægari ráðstafanir séu til staðar.⁴⁷ Þar sem hverju sammingsríki EES sé í sjálfvald sett að ákveða hversu ríka vernd það veiti, skipti ekki máli þótt önnur aðildarríki hafi ekki bannað áfenga orkudrykki sem ný tilkomnir séu á markað innan EES.

Þriðja spurningin

94. Ríkisstjórn Noregs bendir í fyrsta lagi á að þriðja spurningin eigi aðeins við hafi 11. gr. eða 16. gr. EES verið brotin. Auk þess sé það hlutverk héraðsdóms að meta staðreyndir málsins og ákveða hvort skaðabótaskylda sé fyrir hendi. EFTA-

⁴³ Tilvísun í E-4/04 *Pedicel* [2005] EFTA Ct. Rep. 1, málsgr. 55, *Philip Morris*, vísað í að ofan, málsgr. 77 og 80, og mál C-108/09 *Ker-Optika*, dómur frá 2. desember 2010, enn óútgefinn, málsgr. 58.

⁴⁴ Tilvísun í *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 82 og 83.

⁴⁵ Hvað varðar hæfi, tilvísun í mál C-394/97 *Heinonen* [1999] ECR I-3599, málsgr. 43, álit Saggiou aðallögmanns í sama máli, liður 32, og mál C-434/04 *Ahokainen og Leppik* [2006] ECR I-9171, málsgr. 32.

⁴⁶ Tilvísun í *Philip Morris*, sjá að ofan, málsgr. 83.

⁴⁷ Tilvísun í *Pedicel*, sjá að ofan, málsgr. 61.

dómstóllinn ætti því að takmarka sig við að veita viðeigandi leiðbeiningar og ráð sem héraðsdómur kynni að taka tillit til.⁴⁸

95. Auk þess vilji ríkisstjórn Noregs leggja áherslu á að EES-samningurinn feli ekki í sér tilfærslu á löggjafarvaldi og það leiði til þess, meðal annars, að tilskipanir hafi ekki bein réttaráhrif á grundvelli EES-réttar.⁴⁹ Hún viðurkenni hins vegar að EFTA ríki innan EES kunni engu að síður að vera skuldbundin til að greiða skaðabætur vegna taps eða tjóns í kjölfar rangrar innleiðingar tilskipunar að þremur skilyrðum uppfylltum. Í fyrsta lagi verði tilskipuninni að vera ætlað að veita einstaklingum réttindi; í öðru lagi verði brot gegn umræddu ríki að vera nægilega alvarlegt; og í þriðja lagi verði bein orsakatengsl að vera á milli brotsins og þess tjóns sem tjónþoli hljóti.⁵⁰

96. Þótt þessi viðmið séu mótuð með sama hætti og viðmið fyrirskaðabótaskyldu ríkja í ESB-rétti, leggur ríkisstjórn Noregs áherslu á að grundvöllur skaðabótaskyldu innan EES og ESB-réttar sé ekki hinn sami. Því sé beiting þessara viðmiða ekki endilega eins í öllum tilvikum.⁵¹

97. Hvað varði annað skilyrðið fyrir skaðabótaskyldu ríkis – að brotið verði að vera nægilega alvarlegt - heldur ríkisstjórn Noregs því fram að meta beri hvort EES-ríkið hafi „bersýnilega eða alvarlega“ hundsáð valdmörk sín á grundvelli EES-samningsins.⁵² Önnur vægari mistök eða misskilningur af hálfu umrædds ríkis leiði ekki til skaðabótaskyldu á grundvelli EES-réttar. Hvað þetta varðar telur ríkisstjórnin að taka beri tillit til, meðal annars, skýrleika og nákvæmni þeirrar reglu sem brotin sé; svigrúms til mats sem reglan veiti landsyfirvöldum; hvort brotið og það tjón sem orðið hafi, sé af ásetningi eða óviljaverk; og hvort lögvilla hafi verið afsakanleg eða óafsakanleg.⁵³

98. Ríkisstjórn Noregs fullyrðir að ekki sé fyrir hendi skýr viðurkennd dómaframkvæmd svo unnt sé að fullyrða að EES-rétti hafi verið beitt með röngum hætti í þessu máli. Auk þess séu 11. og 16. gr. EES mjög almennar í eðli sínu og eftirláti samningsríkjunum talsvert svigrúm til að móta sínar eigin stefnur, einkum innan lýðheilsusviðsins með hinni auknu heimild sem minnst sé á að framan. Í þessu sambandi heldur ríkisstjórn Noregs því fram að það sé erfitt

⁴⁸ Tilvísun í *Karlsson*, sjá að ofan, málsgr. 36, mál E-8/07 *Nguyen* [2008] EFTA Ct. Rep. 224, málsgr. 32, og mál E-2/10 *Kolbeinsson* [2009-2010] EFTA Ct. Rep. 234, málsgr. 81.

⁴⁹ Tilvísun í 7. gr. EES og viðauka 35 við EES-samninginn, *Karlsson*, sjá að ofan, málsgr. 28, og mál E-1/07 *Sakamál gegn A* [2007] EFTA Ct. Rep. 246, málsgr. 40.

⁵⁰ Tilvísun í *Sveinbjörnsdóttir*, málsgr. 66, *Karlsson*, málsgr. 32, og *Kolbeinsson*, málsgr. 78, sjá öll að ofan.

⁵¹ Tilvísun í *Karlsson*, sjá að ofan, málsgr. 30.

⁵² Tilvísun í *Sveinbjörnsdóttir*, málsgr. 68; *Karlsson*, sjá að ofan, málsgr. 38; *Nguyen*, sjá að ofan, málsgr. 33; og *Kolbeinsson*, sjá að ofan, málsgr. 82, sjá að ofan.

⁵³ Tilvísun í *Sveinbjörnsdóttir*, málsgr. 69, *Karlsson*, málsgr. 38, og *Kolbeinsson*, málsgr. 33, sjá að ofan.

að ákveða ytri mörk þessa svigrúms til mats, þ.e. að ákvarða hvenær lögmætt svigrúm verður að ólögmætri reglu.⁵⁴

99. Ríkisstjórn Noregs leggur til að dómurinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:

1. Það er í samræmi við 16. gr. EES að ríkiseinkasala með áfengi hafni að taka til sölu áfenga drykki sem innihalda örvandi efni eins og koffín, að því tilskildu að ekki hafi verið sýnt fram á það fyrir héraðsdómi að viðmiðin feli í sér mismunun.

2. 11. gr. EES á ekki við um það álitaeefni sem héraðsdómur hefur lagt fyrir EFTA-dómstólinn.

3. Það er héraðsdóms að ákveða hvort skilyrðum fyrir skaðabótaskyldu ríkis sé fullnægt hafi einhver mistök verið gerð. Þessi skilyrði eru, í fyrsta lagi, að ákvæðum tilskipunarinnar sé ætlað að veita einstaklingum réttindi sem eru skilyrðislaus og nægilega nákvæm; í öðru lagi, að brotið sé nægilega alvarlegt; og í þriðja lagi, að bein orsakatengsl séu á milli brotsins á þeirri skyldu sem hvílir á ríkinu og tjósins sem tjónþoli verður fyrir.

Eftirlitsstofnun EFTA

100. ESA gerir ráð fyrir því að umræddar vörur falli innan EES-samningins, en tekur jafnframt fram að það skorti fullnægjandi upplýsingar í beiðni héraðsdóms hvað þetta varði.

Fyrsta spurningin

- Hvort skoða eigi ráðstöfunina á grundvelli 16. eða 11. gr. EES

101. ESA heldur því fram að túlka beri 11. og 16. gr. EES þannig að aðeins önnur þeirra eigi við hverju sinni og þeim sé því ekki beitt samhliða.⁵⁵ Á grundvelli þessa, tekur hvert ákvæði á ólíkum atriðum varðandi ríkiseinkasölu í viðskiptum. ESA heldur fram að gera verði greinarmun annars vegar á milli „reglna er varða starfsemi og rekstur einkasölnunar“ og hins vegar „annarra ákvæða í landslöggjöf sem eru aðgreinanleg frá starfsemi einkasölnunar þótt þau hafi þýðingu“.⁵⁶

102. Ráðstöfun, sem kveði á um hvernig ÁTVR velji vörur fyrir verslanir sínar, sé, að mati ESA, regla sem falli undir starfsemi ÁTVR. Því ráðist beiting 16. eða

⁵⁴ Tilvísun í málin C-278/05 *Robins og aðrir* [2007] ECR I-1053, málsgr. 72 til 73, og C-452/06 *Synthon* [2008] ECR I-7681, málsgr. 39.

⁵⁵ Tilvísun í *HOB-vín*, sjá að ofan, málsgr. 24 til 26.

⁵⁶ Tilvísun í *Franzén*, málsgr. 35 til 39, og *HOB-vín*, málsgr. 24 til 25, sjá bæði að ofan.

11. gr. EES af því hvort vöruvalsreglan sem um ræðir sé óaðskiljanlegur hluti starfsemi einkasölnunnar eða hvort hún sé aðskiljanleg frá starfseminni.

103. Að mati ESA, er einkasmásala ekki aðeins viðskiptalegs eðlis. Hún sé einnig tæki í þágu almannahagsmuna. Ríkið feli þessari stofnun þá ábyrgð að innleiða strangar viðmiðunarreglur sem grundvallist á brýnum almannahagsmunum og þá sérstaklega lýðheilsusjónarmiðum vegna áfengis og tóbaks. Það leiði til þess að vöruúrval sé ekki einungis byggt á viðskiptasjónarmiðum. Það kann einnig að byggjast á lýðheilsu, neytendavernd eða siðferðilegum sjónarmiðum. Einkasala geti því hafnað að selja ákveðna vinsæla vöru af lýðheilsuástæðum. Þessar vöruvalsreglur séu því ólíkar viðskiptamiðuðum vöruvalsreglum. Viðskiptamiðaðar vöruvalsreglur séu sjálfsagðar þegar einkasala sé fyrir hendi. Vöruvalsreglur og ákvarðanir sem grundvallist á hagsmunum almennings séu hins vegar, að mati ESA, afleiddar ríkisráðstafanir.

104. ESA heldur því fram að með því að heimila einkasölu að hafna sölu á ákveðnum vörum á grundvelli lýðheilsusjónarmiða, þá sé ríkið að flytja vald sitt til reglusetningar yfir til einkasölnunnar. Hún bendir á í þessu sambandi að samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd, þegar valdið til að samþykkja bindandi ákvæði af lagalegum eða stjórnsýslulegum toga sé fært frá ríki til opinbers aðila eða einkaaðila, geti slíkir gjörningar talist stafa frá ríkisvaldinu í tengslum við 11. gr. EES.⁵⁷

105. Til að rökstyðja þá skoðun sína að ráðstafanir málsins skuli metnar á grundvelli 11. gr. EES, undirstrikar ESA afleiðingar þess ef matið færi fram á grundvelli 16. gr. EES. Hefði íslenska ríkið sett reglu sem bannaði markaðssetningu áfengis sem innihéldi koffín, á grundvelli 11. gr. EES, myndi sú regla fljótt á litið vera talin andstæð þeirri grein, en gæti þó verið réttlæt看leg, ef gert væri ráð fyrir að með henni væri stefnt að lögmætu markmiði og hún væri hófleg. Hefði íslenska ríkið þess í stað veitt opinberri stofnun, annarri en einkasölnunni, heimild til að banna markaðssetningu áfengis sem innihéldi koffín, væri það bann einnig fljótt á litið brot á 11. gr. EES. Hins vegar ef bann við sölu áfengra drykkja sem innihalda koffín á íslenskum smásölumarkaði væri vegna þess að ríkiseinkasalan hafnaði því að selja slíka vöru, gæti það fallið undir 16. gr. EES. Sé 16. gr. EES túlkuð svo að hún banni aðeins ráðstafanir sem feli í sér mismunun, gæti óljóst bann sem einkasala legði á talist vera í samræmi við 16. gr. EES og, myndi þar af leiðandi ekki sæta könnun varðandi hæfni og meðalhóf.

106. Í ljósi þessarar greiningar, heldur ESA því fram að vöruvalsreglur og daglegar ákvarðanir sem grundvallist eingöngu á viðskiptalegum sjónarmiðum eins og gæðum, eftirspurn neytenda eða öðrum viðskiptasjónarmiðum, séu óaðskiljanlegur þáttur í tilvist og starfsemi ríkiseinkasölufyrirtækja og verði þar

⁵⁷ Tilvísun í sameinuð mála 266/87 og 267/87 *Drottningin* gegn *Hinu Konunglega lyfjafræðifélagi Stóra-Bretlands*, ex parte *Félag lyfjainnflytjenda* [1989] ECR 1295 og mál C-292/92 *Hünermund og aðrir* [1993] ECR I-6787.

með að skoðast í ljósi 16. gr. EES. Hins vegar falli vöruvalsreglur og daglegar ákvarðanir sem grundvallist á brýnum almannahagsmunum, eins og heilsusjónarmiðum, undir ráðstafanir á vegum ríkisins og verði að skoðast á grundvelli 11. gr. EES. ESA dragi því þá ályktun að umræddar ráðstafanir verði að skoðast á grundvelli 11. gr. EES en ekki 16. gr. EES.

107. Í þágu heildstæðrar umfjöllunar, bendir ESA á að Evrópudómstóllinn taldi að vöruvalskerfi sænsku ríkisreknu áfengiseinkasölnunnar Systembolaget varðaði starfsemi og rekstur einkasölnunnar og skoðaði ákvæðið því á grundvelli 37. gr. SSE.⁵⁸ Hins vegar staðhæfir ESA að í því máli hafi Evrópudómstóllinn gaumgæfilega skoðað þær reglur í heild sinni sem áttu við um starfsemi og rekstur sænsku einkasölnunnar. Samkvæmt ESA, hefði Evrópudómstóllinn ekki þurft að meta í málinu hvaða vöruvalsreglur væru grundvallaðar á viðskiptasjónarmiðum (og féllu þar með undir 37. gr. SSE), og, á hinn bóginn, hverjar þeirra væru grundvallaðar á sjónarmiðum um almannahagsmuni (og féllu þar með undir 34. gr. SSE).

- Mat á grundvelli 11. gr. EES

108. ESA bendir á að 11. gr. EES nái yfir allar viðskiptareglur sem aðildarríki setji og geti hindrað, með beinum eða óbeinum hætti, í reynd eða mögulega, viðskipti innan EES.⁵⁹ Sú ákvörðun ÁTVR að hafna sölu á „Mokai Cider“ og „Cult Shaker“ jafngildi banni við þessum vörum á íslenskum markaði. Sú ákvörðun ÁTVR að hafna sölu á þessum vörum á íslenskum markaði teljist því, að mati ESA, vera ráðstöfun með sambærileg áhrif og magntakmarkanir í skilningi 11. gr. EES.⁶⁰

- Til vara: mat á grundvelli 16. gr. EES

109. Samkvæmt ESA felur dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í sér mótsagnakennd svör hvað varðar skilyrði 1. mgr. 37. gr. SSE.⁶¹ Engu að síður, í ljósi nýjustu dómaframkvæmdar, sé hægt að meta svo að orðalag 37. gr. SSE og 16. gr. EES kveði á um bann við aðgerðum sem feli í sér mismunun. Óljósar vöruvalsreglur séu ekki bannaðar nema þær geri það að verkum að innfluttar vörur njóti í reynd lakari stöðu í samanburði við innlendar vörur.⁶² Því verði að ákveða hvort sú staðreynd að ÁTVR hafi þann rétt að hafna sölu vara sem innihaldi koffín eða önnur örvandi efni, mismuni eða sé líkleg til að valda því að innfluttar vöru verði verr settar en innlendar vörur.⁶³

⁵⁸ Tilvísun í *Franzén og Rosengren og aðrir*, málsgr. 24, sjá bæði að ofan.

⁵⁹ Tilvísun í *Dassonville*, sjá að ofan, málsgr. 5.

⁶⁰ Tilvísun í mál C-42/90 *Bellon* [1990] ECR I-4863, málsgr. 10.

⁶¹ Tilvísun í álit Léger aðallögmanns í máli C-438/02 *Hanner* [2005] ECR I-4551, liður 3.

⁶² Tilvísun í *Franzén*, málsgr. 40, *Hanner*, málsgr. 38, og *HOB-vín*, málsgr. 33 til 34, sjá öll að ofan.

⁶³ Tilvísun í, sem samsvörun, *Franzén*, sjá að ofan, málsgr. 45.

110. ESA segir að í *Franzén* hafi Evrópudómstóllinn dæmt á þann veg að vöruvalskerfi einkasölu verði að grundvallast á gagnsæjum viðmiðum sem séu óháð uppruna varanna, þannig að rökstuðningur sé fyrir hendi og sjálfstætt eftirlitskerfi.⁶⁴

111. Samkvæmt ESA sé það héraðsdóms að meta hvort umræddar vöruvalsreglur feli í sér fullnægjandi öryggisstaðla til að tryggja að engin mismunun eigi sér stað við beitingu þeirra. ESA heldur því fram að regla sem heimili ÁTVR að hafna sölu áfengra drykkja í verslunum sínum sem innihaldi örvandi efni eins og koffín eigi við án tillits til uppruna vörunnar. Hins vegar hafi ákvæðið það í för með sér að ÁTVR sé í sjálfsvald sett hvort það hafni áfengum drykkjum sem innihaldi örvandi efni og á hvaða grundvelli þeim sé hafnað. Óháð hinu almenna skilyrði um að „gæta jafnræðis í samskiptum sínum við birgja áfengra drykkja“, virðist ekkert koma í veg fyrir geðþóttaákvörðanir sem feli í sér mismunun.⁶⁵

112. ESA bendir á að þar sem engir áfengir drykkir sem innihaldi koffín séu framleiddir á Íslandi, geti synjun um sölu áfengra drykkja sem innihaldi koffín í reynd aðeins hindrað erlendar vörur. Að mati ESA, kunni að vera, eins og stefnandi heldur fram, að innlend framleiðsla sé í samkeppni við þá erlendu, þrátt fyrir að vera ekki mjög lík þeim áfengu drykkjum sem innihaldi koffín og séu bannaðir, eins og áfengir drykkir sem innihaldi önnur örvandi efni en koffín, eða gosdrykkir sem innihaldi koffín og séu almennt blandaðir við áfengi. Þetta sé atriði sem héraðsdómi beri að skera úr um. ESA heldur því fram að ráðstafanir sem komi í veg fyrir að áfengir drykkir, sem innihaldi koffín og séu framleiddir erlendis, fái að komast inn á íslenskan heildsölumarkað, veiti innlendum vörum ákveðið forskot, sé gert ráð fyrir að framleiddar séu vörur innanlands sem séu í samkeppni þær erlendu.

113. ESA staðhæfir að jafnvel þótt ráðstöfun sé ekki ætlað að veita innlendum vörum forskot, verði að telja að hún brjóti í bága við 16. gr. EES. Afstaða ESA sé sú að 16. gr. EES ætti að koma í veg fyrir óskýrar ráðstafanir fyrirtækja sem sjái um einkasölu og kunni að koma í veg fyrir að innfluttar vörur komist inn á markað án þess að veita innlendum vörum forskot. Túlkun 16. gr. EES sem takmarkist við bann á ráðstöfunum sem, að lögum eða í reynd, geri það að verkum að innfluttar vörur standi verr að vígi en innlendar vörur og hafi þá eftirfarandi órökrétta afleiðingu í för með sér. Hefði íslenska ríkið sett reglugerð sem bannaði markaðssetningu erlendra áfengra drykkja sem innihéldu koffín, myndi hún augljóslega brjóta í bága við 11. gr. EES, en það gæti þó verið réttlætjanlegt ef gert væri ráð fyrir því að með henni væri stefnt að lögmætu markmiði og hún hófleg. Ef einkasalan neitaði hins vegar að selja áfenga drykki sem innihéldu koffín, væri sú ákvörðun, sem byggðist á ákveðnum rétti, ekki

⁶⁴ Tilvísun í *Franzén*, sjá að ofan, málsgr. 44 og 51, og *Hanner*, sjá bæði að ofan.

⁶⁵ Tilvísun í *Hanner*, sjá að ofan, málsgr. 43.

talin ólögleg í skilningi 16. gr. EES, því hún fæli ekki í sér mismunun. Því myndi þessi ákvörðun ekki sæta mati á hæfni og meðalhófi.⁶⁶

Önnur spurningin

- Hvort unnt sé að réttlæta ráðstöfunina á grundvelli 13. gr. EES

114. ESA heldur fram að ráðstafanir sem hafa sambærileg áhrif og magntakmarkanir geti einungis verið réttlætanlegar ef þær eru nauðsynlegar á grundvelli einhverra þeirra atriða sem talin eru upp í 13. gr. EES og varða almannahagsmuni, eins og verndun heilsu og lífi manna, eða til að koma til móts við mikilvæg skilyrði varðandi til dæmis neytendavernd. Samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd sé það lögbærra yfirvalda að sýna fram á að lýðheilsu stafi hættu af markaðssetningu umræddra vara, að reglur þeirra eða stjórnsýsluframkvæmd séu hæfilegar til að veita þeim hagsmunum næga vernd sem stefnt er að með 13. gr. EES eða til að uppfylla mikilvæg skilyrði og að ekki séu fyrir hendi vægari ráðstafanir sem tryggt geti sams konar lýðheilsuvernd.

115. ESA bendir hins vegar á að EES-ríki hafi heimild til að ákveða hversu ríka vernd þau óski að veita meðal annars lýðheilsu.⁶⁷ Vísindaleg óvissa kunní að réttlæta varfæra stefnu.⁶⁸ ESA telur að sömu rök kunní að eiga við þegar meta skal hvort sjónarmið í 2. mgr. 59. gr. EES séu uppfyllt.

116. ESA bendir á að samkvæmt skýrslu frá bandrísku matvæla- og lyfjastofnuninni (FDA), þá sýni jafningjarýndar rannsóknir að neysla drykkja, sem innihaldi koffín og áfengi, sé tengd hættulegri hegðun sem kunní að leiða til hættulegra og lífshættulegra aðstæðna. Til dæmis, sé miklum áhyggjum lýst yfir varðandi það hvort samsetning áfengis og koffíns tengist aukinni hættu á áfengistengdum afleiðingum, þar á meðal áfengiseitrun, kynferðislegum árásum og því setjast í bifreið með ökumanni sem sé undir áhrifum áfengis.

117. Í ljósi framangreindra atriða er ekki unnt, að mati ESA, að útiloka möguleikann á því að áfengir drykkir sem innihaldi koffín kunní að hafa neikvæð áhrif á heilsu almennings og í ljósi þess megi íslenska ríkið og ÁTVR grípa til ráðstafana sem miða að því að koma í veg fyrir neyslu slíkra drykkja.

118. Varðandi það hversu hentugar þessar ráðstafanir séu, heldur ESA því fram að unnt sé að draga í efa að höfnun á sölu þessara drykkja í vínverslunum sé fullnægjandi til að ná settu marki.

⁶⁶ Tilvísun í álit Elmer and Léger aðallögmnna *Franzén* og *Hanner*, sjá bæði að ofan.

⁶⁷ Tilvísun í *De Peijper*, sjá að ofan, málsgr.15, og mál C-24/00 *Framkvæmdastjórnin* gegn *Frakklandi* [2004] ECR I-1277, málsgr. 49, og dómaframkvæmd sem vísað er til.

⁶⁸ Tilvísun í mál C-24/00 *Framkvæmdastjórnin* gegn *Frakklandi*, sjá að ofan, málsgr. 50; 174/82 *Sandoz* [1983] ECR 2445, málsgr. 17; og C-192/01 *Framkvæmdastjórnin* gegn *Danmörku* [2003] ECR I-9693, málsgr. 43.

119. Að mati ESA er í fyrsta lagi unnt að draga í efa samkvæmni þessarar stefnu. Sú ráðstöfun sem ÁTVR hafi komið á fót eigi ekki við um veitingageirann, þar á meðal bari og næturklúbba, sem nái yfir um 20% af áfengisdrykkju á Íslandi. Hún viðurkennir hins vegar á að til þess að ráðstöfunin teljist réttlætunleg, þá áskilji 13. gr. EES ekki að ráðstöfunin sé fullnægjandi í sjálfu sér til að ná fram lögmætum markmiðum. Þess í stað, geti markmiðið náðst með samsettum aðgerðum, þar á meðal upplýsingum, merkingum og skattlagningu.

120. Í öðru lagi, er það mat ESA að mögulegt sé og tiltölulega auðvelt fyrir neytendur að blanda sjálfir koffíni og áfengi. Hins vegar sé neysla fyrirfram blandaðra drykkja í dósnum vissulega auðveldari og hentugri en heimabland. Til samburðar sé bent á að neysla áfengra gosdrykkja hafi verið talin alvarlegt heilsuvandamál og þótt ljóst sé að neytandinn geti fengið sömu blöndu með því að búa hana til eða panta kokteil, þá hafi strangir staðlar á landsvísu verið innleiddir engu að síður.

121. Varðandi sjónarmið um nauðsyn, þá bendir ESA á að unnt sé að halda fram að vægari ráðstafanir á borð við skyldumerkingar þar sem neytandi sé upplýstur um heilsuspillandi áhrif, gætu einnig verið hentug leið til að koma í veg fyrir neyslu slíkra vara. Hins vegar sé það mat markhópsins (einkum ungs fólks og oft fólks undir áfengislögaldri) að merking þar sem tekið væri fram að vara gæti gert þau ölvuð á skömmum tíma haft þveröfug áhrif. Önnur vægari ráðstöfun, að mati ESA, gæti verið að leggja auka skatt á þessa drykki. Mörg ESB aðildarríki, þar á meðal Þýskaland og Frakkland, hafi kosið þessa leið varðandi áfenga gosdrykki, með góðum árangri varðandi neyslu.

- Til vara: hvort unnt sé að réttlæta ráðstöfunina á grundvelli 2. mgr. 59. gr. EES

122. ESA heldur fram að það sé ljóst að styðjast megi við 2. mgr. 106. gr. SSE (og, til samræmis, 2. mgr. 59. gr. EES) til að réttlæta að aðildarríki veiti aðila, sem falið er starfræksla þjónustu sem hefur almenna efnahagslega þýðingu, einkasölurétt sem fari gegn 1. mgr. 37. gr. SSE (1. mgr. 16. gr. EES), að því marki sem aðeins sé hægt að ná fram því hlutverki sem veitt er með veittum réttindum og að því gefnu að það hindri ekki eðlilega þróun á viðskiptum þannig að það færi í bága við hagsmuni Evrópusambandsins.⁶⁹

123. Að mati ESA þurfa fimm skilyrði að vera uppfyllt svo að unnt sé að beita 2. mgr. 59. gr. EES. Í fyrsta lagi verði umrædd stofnun að vera fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga. Í öðru lagi, verði því að vera treyst fyrir þjónustu sem hafi almenna efnahagslega þýðingu og stjórnvöld veiti því sérstök réttindi með lögum. Með tilliti til tilgangs einkasölu ÁTVR er ljóst, að mati ESA, að ÁTVR starfræki þjónustu sem hafi almenna efnahagslega þýðingu. Í þriðja lagi, verði

⁶⁹ Tilvísun í mál C-157/94 *Framkvæmdastjórnin gegn Hollandi* [1997] ECR I-5699, málsgr. 32; C-158/94 *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu* [1997] ECR I-5789, málsgr. 43; C-159/94 *Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi* [1997] ECR I-5815, málsgr. 49; og *HOB-vín*, sjá að ofan.

umrædd ráðstöfun, sem hindri frjálst vöruflæði, að vera nauðsynleg til að ná settu marki. Í fjórða lagi, verði að liggja fyrir hvort unnt sé að sinna þessu ákveðna hlutverki fyrirtækisins með vægari aðgerðum.⁷⁰ Hvað varðar tvö síðastnefndu skilyrðin, vísar ESA til greinargerða sinna í sambandi við 13. gr. EES. Loks krefjast fimmta skilyrðið þess að ráðstöfun sem gangi gegn 16. gr. EES hafi ekki áhrif á þróun viðskipta að því leyti að hún gangi gegn hagsmunum aðildarríkjanna. Hvað þetta varði, bendir ESA á að bannið eigi ekki við um veitingageirann sem nái yfir um 20% af markaðnum fyrir áfenga drykki.

Þriðja spurningin

124. ESA heldur því fram að skilyrði fyrir skaðabótaskyldu ríkis á grundvelli EES-réttar séu að lagareglum sem brotnar séu verði að vera ætlað að veita einstaklingum réttindi; brotið verði að hafa verið nægilega alvarlegt; og að það verði að vera bein orsakatengsl á milli brots á skyldu ríkis og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.⁷¹

125. Samkvæmt ESA telur stofnunin að almennt sé það hlutverk héraðsdóms að meta staðreyndir málsins og að ákveða hvort skaðabótaskylda vegna brots á EES-rétti sé til staðar. Dómstóllinn megi engu að síður veita ákveðnar leiðbeiningar sem héraðsdómi ber að taka tillit til við mat sitt.

126. Hvað varði það skilyrði að brotið verði að vera nægilega alvarlegt, ráðist það af því hvort EES aðildarríki, þegar það fer með vald sitt, hafi augljóslega og alvarlega hundsáð valdmörk sín. Til að meta hvort þetta skilyrði sé uppfyllt, verði héraðsdómur að taka tillit til, m.a. skýrleika og nákvæmni þeirrar reglu sem brotin sé; þeirrar heimildar sem reglan veiti landsyfirvöldum; hvort brotið og það tjón sem orðið hafi, sé af ásetningi eða óviljaverk; og hvort lögvilla afsaki það eða ekki.⁷²

127. Ef gert er ráð fyrir að héraðsdómur komist að þeirri niðurstöðu að fyrir liggi brot á EES-rétti, er það mat ESA að brot þetta sé ekki nægilega alvarlegt til að leiða til skaðabótaskyldu. Ekki sé augljóst að beiting undanþágu samkvæmt 13. gr. EES geti átt við í málinu. Í raun geti staðreyndir málsins leitt til þess að héraðsdómur komist að þeirri niðurstöðu, án tillits til þess hvort brot hafi verið framið á 11. eða 16. gr. EES, að ráðstöfunin sé engu að síður réttlæt看leg. Ekki sé unnt að telja brotið augljóst, jafnvel þótt héraðsdómur dæmi á annan veg. Ef vafi leikur á því hvort um brot á EES-rétti sé að ræða, þá er það mat ESA að það geti ekki talist vera nægilega alvarlegt til að skaðabótaskylda skapist.

128. ESA leggur til að dómurinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:

⁷⁰ Tilvísun í mál C-209/98 *Sydhavnens Sten & Grus* [2000] ECR I-3743, málsgr. 80.

⁷¹ Tilvísun í *Sveinbjörnsdóttir*, málsgr. 65, og *Karlsson*, málsgr. 34, sjá bæði að ofan.

⁷² Tilvísun í *Karlsson*, málsgr. 38, og *Nguyenk*, málsgr. 33, sjá bæði að ofan.

1. 11. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið skal vera túlkuð svo að hún útiloki ákvörðun fyrirtækis, sem fer með einkasölu, um að hafna sölu áfengra drykkja sem innihalda koffín í verslunum sínum.

Til vara, 16. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið skal vera túlkuð svo að hún útiloki ákvæði sem heimila einkasölu að hafna sölu áfengra drykkja sem innihalda koffín í verslunum sínum, sem og ákvörðun fyrirtækis sem fer með einkasölu um að hafna sölu á þessum vörum.

2. 13. gr. samningins um Evrópska efnahagssvæðið skal vera túlkuð svo að hún réttlæti ákvörðun fyrirtækis, sem fer með einkasölu, um að hafna sölu áfengra drykkja sem innihalda koffín í verslunum sínum að því gefnu að ráðstöfunin sé í samræmi við það markmið að berjast gegn ofneyslu áfengis, einkum meðal ungs fólks og að engar aðrar vægari aðgerðir myndu ná sama markmiði.

Til vara, 2. mgr. 59. gr. samningins um Evrópska efnahagssvæðið skal vera túlkuð svo að hún réttlæti innleiðingu eða tilurð slíkra ráðstafana að því tilskyldu að slík ráðstöfun sé í samræmi við það markmið að berjast gegn ofneyslu áfengis, einkum meðal ungs fólks, að aðrar vægari aðgerðir myndu ekki ná fram sama markmiði og að ráðstöfunin hafi ekki áhrif á viðskiptaþróun þannig að hún gangi gegn hagsmunum aðildarríkjanna.

Jafnvel þótt héraðsdómur kæmist að þeirri niðurstöðu að ekki væri hægt að réttlæta ráðstöfunina á grundvelli 13. gr. EES, eða, til vara, 2. mgr. 59. gr., þá myndi höfnun á sölu drykkja sem innihalda áfengi og koffín í verslunum ÁTVR ekki teljast vera brot á samningnum um Evrópska efnahagssvæðið sem væri nægilega alvarlegt til að stofna til bótaskyldu íslenska ríkisins.

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins

Fyrsta spurningin

- Hvort meta eigi ráðstöfunina á grundvelli 16. eða 11. gr. EES

129. Framkvæmdastjórnin heldur því fram að á grundvelli ESB-réttar ætti að skoða ráðstafanir sem tengjast starfsemi og rekstri á grundvelli 1. mgr. 37. gr. SSE, á meðan ákvæði sem eru aðskiljanleg rekstrinum, ættu að vera skoðuð á grundvelli 34. og 36. gr. SSE. Samkvæmt dómaframkvæmd ætti því að skoða landsreglur, er varða vöruvalskerfi áfengiseinkasölnunnar, á grundvelli 1. mgr. 37. gr. SSE.⁷³ Hins vegar tekur framkvæmdastjórnin fram að Evrópudómstóllinn heimfærði og lagði mat á banni við einkainnflutningi á áfengi til Svíþjóðar undir 34 og 36. gr. SSE, þar sem banninu „er ekki ætlað að stjórna ... vöruvalskerfi einkasölnunnar“.

⁷³ Tilvísun í *Franzén*, málsgr. 35, og *Gundersen*, málsgr. 17, sjá bæði að ofan.

130. Framkvæmdastjórnin bendir á að umrætt ákvæði, sem veiti ríkiseinkasölu sérstakan rétt til að hafna sölu á Íslandi á áfengum drykkjum sem innihaldi koffín eða önnur örvandi efni, tengist vöruvalskerfi ÁTVR, og varði þar af leiðandi sjálfa starfsemi og rekstur einkasölnnar. Samkvæmt því verði að meta ákvæðið í ljósi 1. mgr. 16. gr. EES í stað 11. gr. EES.

- Mat á grundvelli 16. gr. EES

131. Framkvæmdastjórnin heldur því fram að 1. mgr. 37. gr. SSE (16. gr. EES) áskilji ekki að ríkiseinkasölur í viðskiptum séu afnumdar, heldur kveði einfaldlega á um að þessar einkasölur skuli aðlagðar þannig að tryggt sé að engin mismunun eigi sér stað á milli þegna aðildarríkjanna þegar kemur að vöruvali og markaðssetningu.⁷⁴

132. Framkvæmdastjórnin segir að í *Franzén* hafi Evrópuþingur gengið skrefi lengra með því að setja ákveðin skilyrði við mat á löglegum ríkiseinkasölum. Í fyrsta lagi, verði einkasala að hafa almannahagsmuni að leiðarljósi.⁷⁵ Í öðru lagi, feli tilurð ríkiseinkasölu ekki endilega í sér mismunun þar sem ríkinu beri skylda til að tryggja að stofnunin og starfsemi einkasölnnar séu þannig skipulögð að ekki komi upp mismunun á milli þegna aðildarríkjanna hvað varði þjónustu og söluleiðir, svo að vöruviðskipti frá öðrum aðildarríkjum standi ekki verr að vígi, að lögum eða í reynd, gagnvart vörum framleiddum innanlands og að samkeppni á milli hagkerfa aðildarríkjanna sé ekki raskað.⁷⁶

133. Þar af leiðandi telur Framkvæmdastjórnin að nauðsynlegt sé að meta hvort ÁTVR hafi almannaheill að leiðarljósi og starfi á þann veg að ekki leiði af því mismunun, þ.e., þannig að söluaðilar eða vörur frá öðrum samningsríkjum njóti ekki lakari stöðu.

134. Hvað varði fyrsta skilyrðið sé ljóst, að mati framkvæmdastjórnarinnar, að lýðheilsuvernd sé óneitanlega atriði er varði almannahagsmuni og einkasölu megi réttlæta á grundvelli þess.⁷⁷ Hún tekur fram að samkvæmt dómaframkvæmd sé „sérstaklega mikilvægt“ að vernda ungmenni gegn áfengissýki.⁷⁸ Að mati framkvæmdastjórnarinnar er ungt fólk markhópur „Mokai Cider“ og „Cult Shaker“, sem innihaldi koffín, en það sé almennt síður hrifið af hefðubundnum áfengum drykkjum á borð við bjór og léttvín og vilji heldur áfenga drykki með miklu sykurrinnihaldi og/eða koffíni. Framkvæmdastjórnin heldur því fram að sú ákvörðun ÁTVR að samþykkja þessa drykki ekki til sölu kunnir að byggjast á mikilvægum sjónarmiðum í þágu almannahagsmuna.

⁷⁴ Tilvísun í mál 59/75 *Manghera og aðrir* [1976] ECR 91, málsgr. 5, og *Franzén*, sjá að ofan, málsgr. 38.

⁷⁵ Tilvísun í *Franzén*, málsgr. 39, og *Hanner*, málsgr. 35, sjá bæði að ofan.

⁷⁶ Tilvísun í *Franzén*, sjá að ofan, málsgr. 40.

⁷⁷ Sama og að ofan., málsgr. 41.

⁷⁸ Tilvísun í samstæð mál C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior and Publivia* [1991] ECR I-4151, málsgr. 18.

135. Hvað varði annað skilyrðið, um að engin mismunun megi eiga sér stað á milli aðildarríkja varðandi vöruval og markaðssetningu, þá heldur framkvæmdastjórnin því fram að ekkert í beiðninni um ráðgefandi álit gefi til kynna að slík mismunun sé fyrir hendi.

136. Á grundvelli þessa sé það mat framkvæmdastjórnarinnar að 1. mgr. 16. gr. EES útiloki ekki að aðildarríki veiti stofnun, sem fari með áfengiseinkasölu, heimild til að hafna sölu á áfengum drykkjum í verslunum sínum sem innihaldi örvandi efni eins og koffín, að því tilskildu að slík synjun feli ekki í sér mismunun og sé ekki líkleg til að gera það að verkum að innfluttar vörur standi verr að vígi gagnvart erlendum.

Önnur og þriðja spurningin

137. Framkvæmdastjórnin bendir á að aðeins beri að skoða aðra og þriðju spurningar héraðsdóms ef samkomulag á borð við það sem lýst sé í fyrstu spurningunni teljist fela í sér magntakmörkun á innflutningi, eða aðgerð sem hafi sambærileg áhrif, í skilningi 11. gr. EES, eða brot á 1. mgr. 16. gr. EES. Að gefnu svari framkvæmdastjórnarinnar við fyrstu spurningu héraðsdóms, er það mat hennar að ekki sé þörf á að svara annarri og þriðju spurningunni.

138. Framkvæmdastjórnin leggur til að dómurinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:

1.mgr. 16. gr. EES útilokar ekki að samningsríki veiti stofnun sem fer með einkasölu á áfengissölu heimild til að hafna sölu á áfengum drykkjum í verslunum sínum sem innihalda örvandi efni eins og koffín, að því tilskildu að slík synjun feli ekki í sér mismunun og sé ekki líkleg til að gera það að verkum að innfluttar vörur standi verr að vígi.

Per Christiansen
Framsögumaður