DÓMUR DÓMSTÓLSINS

30. nóvember 2012[*]

(Frjálsir vöruflutningar –Spurningar tækar til efnismeðferðar– Vörusvið – 11. og 16. gr. EES-samningsins - Ríkiseinkasölur í viðskiptum – Ákvæði sem varða starfsemi og rekstur einkasölu - Reglur um vöruval – Höfnun sölu áfengra drykkja sem innihalda örvandi efni á borð við koffín - Mismunun á innlendum og innfluttum vörum - Innlend framleiðsla ekki til staðar)

Mál E-19/11,

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

Vín Tríó 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 sem innihalda örvandi efni eins og koffín til sölu í verslunum sínum.

DÓMSTÓLLINN,

skipaður dómurunum Carl Baudenbacher, forseta, Per Christiansen framsögumanni, og Páli Hreinssyni,

dómritari: Skúli Magnússon,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Stefnanda, Vín Tríó ehf., í fyrirsvari er Birgir Tjörvi Pétursson, héraðsdómslögmaður;
- Stefnda, íslenska ríkinu, í fyrirsvari er Soffía Jónsdóttir, hæstaréttarlögmaður, embætti ríkislögmanns;

[*] Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

- Ríkisstjórn Belgíu, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Tristan Materne og Jean-Christophe Halleux frá lagaskrifstofu utanríkisráðuneytisins;
- 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, aðstoðar-framkvæmdastjóri, á lögfræði- og framkvæmdasviði; og
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins („framkvæmdastjórnin“), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Peter Oliver, lögfræðilegur ráðgjafi, og Günter Wilms, hjá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

með tilliti til skýrslu framsögumanns,

og munnlegs málflutnings umboðsmanns stefnanda Birgis Tjörva Péturssonar; umboðsmanns stefnda, Soffíu Jónsdóttur; umboðsmanns norsku ríkisstjórnarinnar, Ketil Bøe Moen; fulltrúa ESA, Florence Simonetti; og fulltrúa framkvæmdastjórnarinnar, Peter Oliver og Günter Wilms, sem fram fór 3. júlí 2012,

kveðið upp svofelldan

Dóm

I Löggjöf

EES-réttur

1 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins hljóðar svo:

> *Ef annað er ekki tekið fram taka ákvæði samningsins einungis til:*
>
> *(a) framleiðsluvara sem falla undir 25. – 97. kafla í samræmdu vörulýsingar- og vörunúmeraskránni, að frátöldum þeim framleiðsluvörum sem skráðar eru í bókun 2;*
>
> *(b) framleiðsluvara sem tilgreindar eru í bókun 3 í samræmi við það sérstaka fyrirkomulag sem þar er greint frá.*

2 Yfirskrift 22.06 í samræmdu vörulýsingar- og vörunúmeraskránni er:

> *Aðrar gerjaðar drykkjarvörur (t.d. eplavín, peruvín, mjöður); blöndur gerjaðra drykkjarvara svo og blöndur gerjaðra drykkjarvara og óáfengra drykkjarvara, ót.a.*

3 Í 11. gr. EES-samningins 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 aðdrátta og markaðssetningar vara.*

Landsréttur

6 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. Ákvæði 10. gr. laganna veita Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins („ÁTVR“) rétt til einkasölu áfengis.

7 Þegar ákvarðanirnar sem um er deilt fyrir landsdómstóli voru teknar 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 viðskiptavini sé vönduð, sem og upplýsingar sem gefnar eru viðskiptavinum um þá vöru sem er á boðstólnum, allt eftir því sem samrýmist lögum þessum, áfengislögum og öðrum lagafyrirmælum og reglum á hverjum tíma.*

8 Í 14. gr. laga nr. 63/1969 sagði:

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

9 Á umræddum tíma var í gildi reglugerð nr. 883/2005 um Áfengis- og tóbaksverslun 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.*

10 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.*
>
> …

11 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 viðskiptavina. 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.*

12 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.

13 Í grein 5.11 í vöruvalsreglunum sagði:

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

14 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.

II Málavextir og meðferð málsins

15 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 tölvupósti þann 15. september 2009.

16 Að auki, sagði ÁTVR, með tölvupósti 16. júní 2009, upp vörukaupsamningi við stefnanda vegna sölu áfenga drykkjarins „Cult Shaker“ sem hafði verið fáanlegur í vínbúðum frá árinu 2006. Ákvörðun þessi var einnig byggð á því að drykkurinn innihéldi koffín; í þessu tilfelli, 15 mg í hverjum 100 ml.

17 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 hefur ÁTVR heimild til að hafna sölu á vöru sem inniheldur koffín eða önnur örvandi efni. Einnig var skírskotað til þess að við vöruval beri ÁTVR að hafa hliðsjón af áfengisstefnu stjórnvalda sem og augljósum 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.

18 Stefnandi kærði ákvarðanir ÁTVR til fjármálaráðuneytisins 2. desember 2009. Með úrskurði 22. mars 2010 var kröfum hans hafnað.

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

20 Þann 26. október 2011 ákvað Héraðsdómur Reykjavíkur að leita ráðgefandi álits dómstólsins. Að mati héraðsdóms var augljóst að túlkun 11., 13. og 16. gr. EES-samningsins gæti haft raunverulega þýðingu fyrir kröfur stefnanda, og þar með fyrir niðurstöðu málsins. Stefndi kærði úrskurðinn til Hæstaréttar Íslands. Með dómi 8. desember 2011 var ákvörðun Héraðsdóms Reykjavíkur staðfest.

21 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.

22 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika, meðferðar málsins og skriflegra greinargerða sem dómstólnum bárust. Þau atriði sem þar koma fram verða ekki nefnd eða rakin nema að því leyti sem forsendur dómsins krefjast.

III Spurningar tækar til efnismeðferðar

23 Áður en ofangreindum spurningum verður svarað, telur dómstóllinn nauðsynlegt að varpa ljósi á þær reglur sem ákvarða hvort tiltekin vara falli undir gildissvið EES-samningsins.

24 Í 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins segir að ef annað sé ekki tekið fram, taki ákvæði samningsins einungis til a) framleiðsluvara sem falla undir 25. - 97. kafla í samræmdu vörulýsingar- og vörunúmeraskránni, að frátöldum þeim framleiðsluvörum sem skráðar eru í bókun 2, og b) framleiðsluvara sem tilgreindar eru í bókun 3 í samræmi við það sérstaka fyrirkomulag sem þar er greint frá.

25 Af beiðninni er ekki ljóst hvaða efni það eru nákvæmlega sem áfengu drykkirnir „Mokai Cider“ og „Cult Shaker“ innihalda. Það atriði lýtur að málsatvikum og það er í verkahring landsdómstólsins að taka afstöðu til þess. Þau gögn sem lögð hafa verið fyrir dómstólinn í málinu benda þó til að drykkirnir tveir samanstandi af blöndu gerjaðs eplavíns (síder) og óáfengra drykkjavara, með 4.5% áfengismagn. Komist héraðsdómur að þeirri niðurstöðu að svo sé, falla þeir undir yfirskrift 22.06 í samræmdu vörumerkja- og vörunúmeraskránni (eplavín, peruvín, mjöður). Þar sem ekki er minnst á yfirskrift 22.06 í bókun 3 við EES-samninginn, nær EES-samningurinn ekki yfir þær framleiðsluvörur sem falla í þann flokk, nema kveðið sé á um annað.

26 Almennt verður að ganga út frá því að spurningar um EES-rétt sem landsdómstólar bera fram á grundvelli 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, eigi erindi til dómstólsins. Af því leiðir að dómstólnum ber öllu jöfnu að taka afstöðu til beiðni um álit sem varðar túlkun á EES-rétti með dómi, nema bersýnilegt sé að sú túlkun EES-réttar sem óskað er eftir tengist ekki atvikum málsins eða tilgangi málarekstrar, spurning sé sett fram sem fræðileg tilgáta eða dómstóllinn hefur ekki tök á að kynna sér atvik eða

lögskýringargögn, sem nauðsynlegt væri til að veita gagnleg svör við þeim spurningum sem til hans er beint (sjá mál E-13/11 *Granville Establishment*, dómur frá 25. apríl 2012, enn óbirtur, 20. málsgrein og E-17/11, *Aresbank*, dómur frá 22. nóvember 2012, enn óbirtur, 44. málsgrein).

27 Þeirri almennu forsendu sem leggja verður til grundvallar um að spurningar landsdómstóla eigi erindi við dómstólinn, verður ekki hnekkt af þeirri ástæðu einni að ágreiningur er um atvik málsins og hvernig afmarka skuli sakarefni máls í ljósi þeirra, enda er það ekki í verkahring dómstólsins að taka afstöðu til þess hver séu atvik máls (til samanburðar, sjá mál C-379-05 *Amurta* [2007] ECR I-9569, 65. málsgrein og þá dóma sem þar er vísað til).

28 Af þessu leiðir að þær spurningar sem Héraðsdómur Reykjavíkur hefur beint til dómstólsins eru tækar til efnismeðferðar.

IV Fyrsta spurningin

29 Með fyrstu spurningu sinni, leitar héraðsdómur svars við því hvort íslensku reglurnar sem heimila ÁTVR að banna sölu áfengra drykkja í áfengisverslunum sínum, sem innihalda örvandi efni á borð við koffín, brjóti í bága við 11. gr. eða 1. mgr. 16. gr. EES-samningsins.

Beiting 11. gr. eða 16. gr. EES-samningsins

Athugasemdir bornar fram við dómstólinn

30 Stefnandi og ESA leggja til að umræddar ráðstafanir verði metnar á grundvelli 11. og 13. gr. EES-samningsins, í stað 16. gr. EES-samningsins.

31 Stefnandi heldur því fram að 16. gr. EES-samningsins eigi við um ákvæði landsréttar sem varða starfsemi og rekstur ríkiseinkasölu í viðskiptum og beitingu sértækra réttinda hennar. Á hinn bóginn eigi að meta þau áhrif sem önnur ákvæði landsréttar, sem tengjast en eru aðgreinanleg frá starfsemi einkasölunnar, hafa á viðskipti innan Evrópska efnahagssvæðisins („EES“) á grundvelli 11. gr. EES-samningsins.

32 Stefnandi heldur því fram að starfsemi og rekstur ríkiseinkasölu á áfengi takmarkist við þær aðferðir sem notaðar eru við smásölu áfengra drykkja. Hins vegar gildi ákvæði landsréttar sem banna sölu framleiðsluvara sem innihalda ákveðin efni, almennt um framleiðslu og markaðssetningu áfengra drykkja. Slíkar kröfur til eiginleika vöru séu aðgreinanlegar frá rekstri einkasölunnar, sem þýði að 16. gr. EES-samningsins eigi ekki við. Þar af leiðandi beri að taka þau áhrif sem reglur af því tagi sem um ræðir í þessu máli hafi á viðskipti innan EES á grundvelli 11. gr. EES-samningsins.

33 ESA heldur því fram að spurningin hvort 16. gr. eða 11. gr. EES-samningsins eigi við, ráðist af því hvort unnt sé að aðgreina vöruvalsreglurnar sem hér um ræðir frá starfsemi einkasölunnar. ESA bendir á að vöruval sé ekki einungis byggt á viðskiptasjónarmiðum heldur kunni það einnig að byggjast á

sjónarmiðum um lýðheilsu, neytendavernd eða siðferði. Með því að heimila einkasölu að hafna sölu á ákveðnum vörum á grundvelli lýðheilsusjónarmiða, sé ríkið að flytja vald sitt til reglusetningar yfir til einkasölunnar. ESA bendir í þessu sambandi á að þegar vald til að setja bindandi ákvæði af lagalegum eða stjórnsýslulegum toga er framselt frá ríki til opinbers aðila eða einkaaðila, geti slíkir gjörningar talist stafa frá ríkisvaldinu í skilningi 11. gr. EES-samningsins, samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd.

34 ESA bendir á að vöruvalsreglur og daglegar ákvarðanir sem byggist eingöngu á viðskiptalegum sjónarmiðum eins og gæðum, eftirspurn neytenda eða öðrum viðskiptasjónarmiðum, séu óaðgreinanlegur þáttur í tilvist og starfsemi ríkiseinkasölufyrirtækja. Á þeim grundvelli verði þau að skoðast á grundvelli 16. gr. EES-samningsins. Hins vegar falli vöruvalsreglur og daglegar ákvarðanir sem grundvallist á brýnum almannahagsmunum, eins og heilsusjónarmiðum, undir ráðstafanir á vegum ríkisins og verði að meta á grundvelli 11. gr. EES-samningsins. Ráðstafanir á vegum ríkisins skuli metnar með sama hætti, óháð því hvort ríkið setji þær, ríkiseinkasalan eða önnur opinber stofnun á grundvelli valdframsals.

35 Stefndi, ríkisstjórn Noregs og Framkvæmdstjórnin halda því fram að umræddar ráðstafanir beri að meta á grundvelli 16. gr. EES-samningsins, þar sem vöruvals-kerfi einkasölu tengist starfsemi og rekstri einkasölunnar.

Álit dómstólsins

36 Samkvæmt viðurkenndri dómaframkvæmd ber að túlka 11. og 16. gr. EES-samningsins þannig að þeim sé beitt hvorri í sínu lagi fremur en saman. Hvor grein tekur til ólíkra þátta í starfsemi ríkiseinkasölu. Ráðstafanir sem tengjast starfsemi og rekstri ríkiseinkasölu, og þá sérstaklega hvernig ríkiseinkasala beitir sérstökum heimildum sínum, ber að meta út frá 1. mgr. 16. gr. EES-samningsins. Áhrif á viðskipti innan EES vegna annarra ákvæða í landslöggjöf sem greina má frá starfsemi einkasölunnar ber hins vegar að meta á grundvelli 11. og 13. gr. EES-samningsins, þótt þau hafi þýðingu fyrir einkasöluna (sjá, í þessu samhengi, mál E-4/05 *HOB-vín* [2006] EFTA Ct. Rep. 4, 24. málsgrein og þá dóma sem þar sem vísað er til).

37 Samkvæmt 10. gr. laga nr. 75/1998, hefur ÁTVR verið veitt sérstakt leyfi á Íslandi til einkasölu áfengra drykkja til neytenda, en ákveðnar undantekningar á grundvelli annarra laga eiga aftur á móti við um viðskipti veitingastaða og hótela með áfenga drykki, svo og aðra veitingaþjónustu. Auk þess tekur þessi sérstaka heimild ÁTVR ekki til innflutnings áfengra drykkja.

38 Þær ráðstafanir sem um ræðir í þessu máli varða aðeins vöruvalskerfi ÁTVR og teljast því nauðsynlegur liður í starfsemi einkasölunnar og þar með óaðgreinanlegur þáttur frá þeirri starfsemi (sjá, til samanburðar, mál C-456/10 *ANETT*, dómur frá 26. apríl 2012, enn óbirtur, 29. og 30. málsgrein.).

39 Af þeim sökum verður að meta þau ákvæði landslöggjafar sem kveða á um að stofnun, sem fer með ríkiseinkasölu á áfengi, geti neitað að taka til sölu í verslunum sínum áfenga drykki sem innihalda örvandi efni eins og þá sem fjallað er um við aðalmeðferð þessa máls á grundvelli 16. gr. EES-samningsins.

Mat á grundvelli 16. gr. EES-samningsins

Athugasemdir bornar fram við dómstólinn

40 Stefnandi heldur því fram að bann við því að áfengir drykkir fari á markað vegna þess að þeir innihaldi koffín, feli í sér mismunun og brjóti í bága við 1. mgr. 16. gr. EES-samningsins.

41 Að mati stefnanda verður ráðið af dómaframkvæmd dómstólsins að samkeppni sé fyrir hendi á milli áfengra gosdrykkja, eins og þeirra sem stefnandi flytur inn, og bjórs. Innlendur bjór sé um þriðjungur af heildarsölu áfengra drykkja í verslunum ÁTVR. Auk þess innihaldi engir áfengir gosdrykkir, sem framleiddir eru innanlands, koffín eða önnur örvandi efni. Því sé það mat stefnanda að algjört bann við smásölu feli í sér mismunun. Það hafi í för með sér viðbótarhömlur á innfluttar vörur, ólíkt þeim sem framleiddar eru innanlands og eru í samkeppni við þær fyrrnefndu. Ákveðnum framleiðendum innanlands sé heimilt að setja vöru sína á markað bæði í verslunum ríkiseinkasölunnar og á veitingastöðum, börum og kaffihúsum, á meðan innflytjendur erlendra vara þurfi að lúta takmörkunum í þeim efnum.

42 Stefndi heldur því fram að engin mismunun sé fyrir hendi, hvorki að lögum né í reynd, og því ekki um að ræða brot á 16. gr. EES-samningsins. Sú ákvörðun ÁTVR að selja ekki áfenga drykki sem innihaldi koffín eigi við um alla drykki sem innihaldi efnið. Engin sönnun sé fyrir hendi sem styðji þá staðhæfingu 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.

43 Engar vörur sambærilegar þeim sem ÁTVR hafnaði séu framleiddar á Íslandi. Væri því öðruvísi háttað, myndu slíkar vörur ekki vera teknar í sölu í verslunum ÁTVR. Það er því málinu óviðkomandi að nú séu engar innlendar vörur fyrir hendi sambærilegar þeim sem um ræðir í málinu.

44 Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að það sé fyrst og fremst landsdómstóls að meta hvort einhver mismunun sé fyrir hendi í reynd. Hún bendir þó á að ákveðinn munur sé fyrir hendi á áfengum orkudrykkjum og öðrum áfengum drykkjum sem innihalda sama áfengismagn þar sem þeir hafi í för með sér mismunandi áhættu fyrir heilsu manna. Evrópudómstóllinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að val á vörum með tilliti til þess að þær hafi misskaðleg áhrif á heilsu manna sé í samræmi við ESB-rétt. Ákveðnar tegundir drykkja, einkum áfengir gosdrykkir, séu í reynd ólíkar öðrum drykkjartegundum. Veita verði ríki ákveðið svigrúm, einkum á grundvelli varúðarreglunnar, til að meta hvort vörur sem hafi slæm áhrif á lýðheilsu skuli sæta annarri meðferð. Að lokum styðji sú staðreynd

að engir áfengir orkudrykkir séu framleiddir á Íslandi þá niðurstöðu að mismunun á grundvelli 16. gr. EES-samningsins sé ekki fyrir hendi.

45 ESA bendir á vöruvalsreglur einkasölu verði að fela í sér viðunandi ráðstafanir til að tryggja að engin mismunun eigi sér stað við beitingu þeirra. Þær verði að byggjast á gagnsæjum viðmiðum sem séu óháð uppruna varanna. Einnig verði að vera fyrir hendi skylda til að veita rökstuðning, auk þess sem sjálfstætt eftirlitskerfi þurfi að vera til staðar.

46 Það sé landsdómstóls að meta hvort umræddar vöruvalsreglur uppfylli þessi viðmið. ESA bendir hins vegar á að reglan, 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. Engu að síður veiti ákvæðið ÁTVR matskennda heimild um hvort synjun er beitt eða ekki, sem og að ákveða á hverju slík synjun sé byggð. Þegar hið almenna skilyrði um að „gæta jafnræðis í samskiptum sínum við birgja áfengra drykkja“ er frá talið verði ekki séð að nokkuð komi í veg fyrir að þessum matskenndu heimildum sé beitt þannig að það feli í sér dulda mismunun.

47 ESA bendir á að þar sem engir áfengir drykkir sem innihaldi koffín séu framleiddir á Íslandi, sé synjun um sölu áfengra drykkja sem innihaldi koffín í reynd aðeins hindrun fyrir innfluttar vörur. Innlendar vörur kunni að vera í samkeppni við þær erlendu, þrátt fyrir að vera ekki fyllilega sambærilegar áfengu drykkjunum sem innihalda koffín og ÁTVR hefur neitað að taka í sölu, eins og áfengir drykkir sem innihalda önnur örvandi efni en koffín eða gosdrykkir sem innihalda koffín og er almennt blandað við áfengi. Þetta sé atriði sem heyri undir héraðsdóm að skera úr um. ESA heldur því fram að ráðstafanir sem komi í veg fyrir að áfengir drykkir, sem innihalda koffín og eru framleiddir erlendis, fari á íslenskan smásölumarkað veiti innlendum vörum ákveðið forskot, ef gert er ráð fyrir að framleiddar séu vörur innanlands sem eru í beinni samkeppni við þær erlendu.

48 Framkvæmdastjórnin heldur því fram að 16. gr. EES-samningsins áskilji að ríkiseinkasölur hafi almannahagsmuni að leiðarljósi og að tryggt sé að engin mismunun eigi sér stað á milli þegna aðildarríkjanna þegar kemur að vöruvali og markaðssetningu. Auk þess verði skipulag og starfsemi einkasölunnar að vera með þeim hætti að ekki komi upp mismunun á milli þegna aðildarríkjanna hvað varði þjónustu og söluleiðir, svo að vöruviðskipti við önnur aðildarríki standi ekki verr að vígi, að lögum eða í reynd, gagnvart viðskiptum með vörur framleiddar innanlands, og að samkeppni á milli hagkerfa aðildarríkjanna sé ekki raskað.

49 Að mati framkvæmdastjórnarinnar er vernd heilsu manna án nokkurs vafa atriði er varðar almannahagsmuni og réttlætt getur einkasölu. Ungt fólk sé markhópur fyrir áfenga drykki sem innihaldi koffín en það sé almennt síður hrifið af hefðbundnum áfengum drykkjum á borð við bjór og léttvín. Því kunni sú ákvörðun að samþykkja þessa drykki ekki til sölu að byggjast á mikilvægum sjónarmiðum í þágu almannahagsmuna.

50 Auk þess tekur framkvæmdastjórnin fram að ekkert í beiðni héraðsdóms bendi til þess að um sé að ræða mismunun á milli þegna aðildarríkjanna varðandi vöruval og markaðssetningu.

Álit dómstólsins

51 Markmið 16. gr. EES-samningsins er að halda opnum þeim möguleika EES-ríkja að viðhalda ákveðnum einkasölum sem eru viðskiptalegs eðlis þannig að þær nýtist í þágu almannahagsmuna í samræmi við kröfur innri markaðar EES. Með ákvæðinu er leitast við að útrýma hindrunum á frjálsu vöruflæði nema þegar um er að ræða viðskiptahindranir sem óhjákvæmilega fylgja einkasölu af því tagi og hér um ræðir (sjá mál E-4/01 *Karlsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 240, 17. málsgrein og þá dóma sem þar er vísað til).

52 Af þeim sökum er gerð sú krafa í 16. gr. EES-samningsins að tryggt sé að framkvæmd einkasölu í viðskiptum sé þannig háttað að engin mismunun eigi sér stað á milli þegna aðildarríkja samningsins þegar kemur að vöruvali og markaðssetningu. Þar af leiðandi er EES-ríki skylt að tryggja vöruviðskipti frá öðrum EES-ríkjum og þeir sem þau stunda njóti ekki lakari stöðu, að lögum eða í reynd, í samanburði við innlenda aðila og viðskipti með innlendar vörur, og að samkeppni á milli hagkerfa aðildarríkja EES-samningsins sé ekki raskað (sjá *HOB*-vín, sem vitnað er til hér að framan, 33. málsgrein og þá dóma sem þar er vísað til).

53 Til að tryggja að slík mismunun sé ekki fyrir hendi, kveða grundvallarreglur EES-réttar á um að vöruvalskerfi einkasölu sem fellur undir 16. gr. EES-samningsins skuli uppfylla nauðsynleg skilyrði um gagnsæi, með því að gera kröfu meðal annars um að ástæður ákvarðana um vöruval séu rökstuddar.

54 Ekki er ágreiningur um það í málinu að markmið ÁTVR um að draga úr misnotkun áfengis og vernda heilsu manna gegn skaðlegum áhrifum þess hefur hagsmuni almennings að leiðarljósi.

55 Því er nauðsynlegt að meta hvort sú regla að ÁTVR sé heimilt að banna sölu áfengra drykkja sem innihaldi örvandi efni á borð við koffín í verslunum sínum hafi tilætluð áhrif (sjá *HOB-vín*, sem vitnað er til hér að framan, 34. málsgr., og til samanburðar, mál, C-438/02 *Hanner* [2005] ECR I-4551, 38. málsgrein).

56 Dómstóllinn bendir á að vöruvalsreglurnar og skilmálar í viðskiptum ÁTVR við birgja leggi þá kröfu á ÁTVR að stuðla að fjölbreytni og gæðum í vöruvali sínu. Einkasalan verður að ákveða vöruvalið í verslunum sínum með hliðsjón af kröfum og væntingum neytenda. Auk þess ber ÁTVR að gæta jafnræðis í samskiptum sínum og áfengisbirgja við vöruval og við ákvarðanir um sölu og dreifingu. Enn fremur ber ÁTVR að stuðla að ábyrgri áfengisneyslu og ábyrgri umgengni við áfengi með vöruvali sínu.

57 Ekki verður annað séð en að þessar reglur, þ.m.t. grein 5.11 sem kveður á um að ÁTVR hafi rétt til að hafna sölu á vöru sem innihaldi koffín eða önnur örvandi efni, byggist á hlutlausum viðmiðum óháð uppruna vöru.

58 Hvað varðar spurninguna hvort grein 5.11 feli í sér mismunun eða geti leitt til þess að innfluttir áfengir drykkir standi verr að vígi, bendir dómstóllinn á að samkvæmt beiðninni séu engir áfengir orkudrykkir sem innihaldi koffín framleiddir innanlands. Innlend framleiðsla á öðrum áfengum drykkjum sem innihalda annars konar örvandi efni virðist enn fremur ekki vera til staðar. Því er synjun ÁTVR um að selja slíkar vörur í reynd einungis hindrun fyrir innfluttar vörur. Hvað sem því líður, getur sú staðreynd að ekki er fyrir hendi innlend framleiðsla, ekki ein og sér leitt til þess að aðgerð feli í sér mismunun. Ef svo væri, myndi það hafa þær ósanngjörnu afleiðingar í för með sér að sams konar aðgerð fæli í sér mismunun í sumum EES-ríkjum en ekki öðrum (sjá mál E-16/10 *Philip Morris* [2011] EFTA Ct. Rep. 330, 48. málsgrein og til samanburðar, mál C-391/92 *Framkvæmdastjórnin* gegn *Grikklandi* [1995] ECR I-1621, 17. málsgrein).

59 Ef engin innlend framleiðsla á umræddum vörum er fyrir hendi, getur í reynd ekki verið um að ræða mismunun á milli vara sem framleiddar eru innanlands og innfluttra vara. Undantekningu verður að gera í tilvikum þar sem framleiðslu umræddrar vöru innanlands er nýhætt og aðgerðirnar hafa mun meiri áhrif á markaðssetningu vara frá öðrum aðildarríkjum EES-samningsins en markaðsetningu annarra vara sem þar til nýlega voru framleiddar innanlands (sjá áður tilvitnað mál *Philip Morris*, 48. og 49. málsgrein). Ekki verður þó séð að þannig hátti til í því máli sem hér liggur fyrir.

60 Auk þess getur aðgerð engu að síður falið í sér mismunun, þótt umræddar vörur séu ekki framleiddar innanlands, ef augljóst er að hún verndar innlendar vörur sem eru svipaðar þeim vörum sem umræddar reglur taka til eða eru í samkeppni við þær (sjá til samanburðar áður tilvitnað mál *Framkvæmdastjórnin* gegn *Grikklandi*, 18. málsgrein).

61 Stefnandi og ESA hafa í þessu sambandi haldið fram að bjór og aðrir áfengir gosdrykkir sem innihalda ekki örvandi efni, og gosdrykkir sem innihalda koffín og er venjulega blandað við áfengi, séu allir í reynd í samkeppni við áfenga drykki sem innihalda örvandi efni.

62 Til að samkeppni geti átt sér stað, a.m.k. að nokkru leyti, nægir að tvær vörur uppfylli að ákveðnu marki sömu þarfir neytenda (sjá mál E-1/97 *Gundersen* [1997] EFTA Ct. Rep. 108, 26. málsgrein og mál E-9/00 *ESA* gegn *Noregi* [2002] EFTA Ct. Rep. 72, 38. málsgrein).

63 Hvað varðar þá staðhæfingu að bjór og gosdrykkir sem innihalda ekki örvandi efni séu í samkeppni við áfenga drykki eins og þá sem um ræðir í málinu sem er rekið fyrir héraðsdómi, ber að taka fram að síðarnefndu vörurnar höfða til annars neytendahóps. Staðreyndin er sú að vörur sem innihalda koffín höfða til annars markhóps, þ.e. neytenda sem sækjast eftir viðbótaráhrifum með neyslu umræddra

drykkja. Þar af leiðandi mæta bjór og áfengir gosdrykkir, sem innihalda ekki örvandi efni, ekki þörfum sama neytendahóps og umræddar vörur, og því ber að hafna ofangreindum rökum.

64 Auk þess höfða gosdrykkir sem innihalda koffín til ólíks og breiðari hóps en áfengir drykkir sem innihalda koffín. Þar að auki eru gosdrykkir ekki í samkeppni við áfenga drykki, einkum þar sem sala áfengra drykkja fer fram í ríkiseinkasölum eins og ÁTVR. Af þeim sökum leiðir ekki af 16. gr. EES-samningsins að þessar vörur skuli sæta sambærilegri meðferð.

65 Samkvæmt þessu virðist regla eins og grein 5.11 vöruvalsreglna ÁTVR hvorki fela í sér mismunun né að hún vera líkleg til að hafa í för með sér að innfluttar vörur standi verr að vígi.

66 Fyrstu spurningunni verður því að svara á eftirfarandi leið: Það fer ekki í bága við 1. mgr. 16. gr. EES-samningsins ef EES-ríki 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. Hins vegar verður slík regla um vöruval að eiga jafnt við um innlenda sem innflutta áfenga drykki sem innihalda örvandi efni. Ef, eins og í máli þessu, engar innlendar vörur eru á markaðnum, og vöruvalsreglan miðar ekki að því að vernda samsvarandi innlendar framleiðsluvörur, er ekki unnt að líta svo á að hún hafi í för með sér að vörur eða aðilar sem stunda viðskipti frá öðrum EES-ríkjum njóti lakari stöðu.

V Önnur og þriðja spurningin

67 Í ljósi svars dómstólsins við fyrstu spurningunni, er óþarft að svara annarri og þriðju spurningu.

VI Málskostnaður

68 Ríkisstjórn Belgíu og ríkisstjórn Noregs, ESA og framkvæmdastjórnin, sem skilað hafa greinargerðum til EFTA-dómstólsins, skulu hver bera sinn málskostnað. Þar sem um er að ræða mál sem er hluti af málarekstri fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um kostnað málsaðila.

Með vísan til framangreindra forsenda lætur,

DÓMSTÓLLINN

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur beindi til dómstólsins:

> **Það fer ekki í bága við 1. mgr. 16. gr. EES-samningsins 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.

Hins vegar verður slík regla um vöruval að eiga jafnt við um innlenda sem innflutta áfenga drykki sem innihalda örvandi efni. Ef, eins og í máli þessu, engar innlendar vörur eru á markaðnum, og vöruvalsreglan miðar ekki að því að vernda samsvarandi innlendar framleiðsluvörur, er ekki unnt að líta svo á að vörur eða aðilar sem stunda viðskipti frá öðrum EES-ríkjum njóti lakari stöðu.

Carl Baudenbacher Per Christiansen Páll Hreinsson

Kveðið upp í heyranda hljóði í Lúxemborg 30. nóvember, 2012.

Gunnar Selvik
Dómritari

Carl Baudenbacher
Forseti