

Efnahags- og viðskiptanefnd Alþingis
B.t. Benedikts S. Benediktssonar
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 2. desember 2013

Efni: Umsögn FA um frumvarp til breytingar á lögum um verslun með áfengi og tóbak

I. Almennt

Vísað er til erindis háttvirtrar efnahags- og viðskiptanefndar þar sem óskað er umsagnar Félags atvinnurekenda um frumvarp til laga um breytingu á lögum nr. 86/2011, um verslun með áfengi og tóbak, með síðari breytingum (heimildir ÁTVR til að hafna áfengi) (mál nr. 156).

Félag atvinnurekenda telur að umrætt frumvarp hafi sína kosti og galla. Félagið telur hins vegar mikilvægt að ákveðinn hluti frumvarpsins verði ekki samþykktur í núverandi mynd enda sé sá þáttur frumvarpsins með öllu ótækur.

II. Ábendingar um frumvarpið í heild og samhengi við aðra þætti

1. Í upphafi skal þess getið að skýringar með frumvarpinu m.a. um dóm EFTA dómstólsins í máli nr. E-2/12 eru mjög ónákvæmar. Þá eru ályktanir þær sem dregnar eru af umræddum dómi ekki mjög ábyggilegar. Frumvarpið í núverandi mynd, það er ákvæði þess um “keimlíkindi”, er í andstöðu við skuldbindingar Íslands samkvæmt EES samningnum.
2. Ákvæði frumvarpsins um keimlíkindi er, óháð öllu öðru, of víðtækt og óskýrt til að það geti myndað fullnægjandi takmörkun á atvinnu- og tjáningarfrelsi þeirra sem eiga viðskipti með hlutaðeigandi vörur. Ákvæðið nær engum lögmætum markmiðum og er í andstöðu við almennar kröfur um meðalhóf.
3. Félag atvinnurekenda bendir sérstaklega á að ÁTVR er ekki hluti af íslenska refsivörslukerfinu. Hlutverk ÁTVR er smásala á áfengi. Það er því óeðlilegt og í raun rangt að nota ÁTVR til að refsa fyrirtækjum fyrir að viðhafa óskylda og lögmæta háttsemi sem er stjórnvöldum, í víðu samhengi, ekki þóknanleg.

III. Um keimlíkindi

Tillaga frumvarpsins

Í 3. mgr. 1. gr. frumvarpsins er lagt til að ÁTVR fái heimild til að hafna því að hafa áfengi til sölu ef umbúðir þess líkjast í helstu meginatriðum öðrum vörum sem boðnar eru til sölu eða auglýstar á almennum markaði hér á landi, svo sem með notkun sama forms, umbúðaefnis, vörumerkis, myndmáls, texta, litavals eða leturgerðar.

Samkvæmt því sem fram kemur í skýringartexta frumvarpsins er ákvæðinu ætlað tvíþætt hlutverk. Í fyrsta lagi er því ætlað að stemma stigu við því að hægt sé að sniðganga áfengisauglýsingabann skv. 20. gr. áfengislaga. Í öðru lagi er ákvæðinu ætlað að tryggja að fólk villist ekki á áfengri vöru og óáfengri og þá neyti hinnar áfengu fyrir misgáning, sem getur auk áhrifa á skynjun og heilsu viðkomandi skapað slysaættu. Samkvæmt frumvarpshöfundi hefur ákvæðið ennfremur það almenna markmið að *tryggja almannaheilbrigði*. Að mati frumvarpshöfundar þá er takmörkun þessi talin samræmast 18. gr. tilskipunar **2000/13/EB**.

Lagarammi EES

Almennt skal það tekið fram að með aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu undirgekkst íslenska ríkið reglur sem lúta að hinum sameiginlega innri markaði efnahagssvæðisins. Til að ná markmiðum samningsins um einsleitni skuldbatt íslenska ríkið sig til þess að gera ekki strangari kröfur til vara en gerðar eru almennt innan efnahagssvæðisins.

Meginmál EES-samningsins hefur lagagildi hér á landi, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Markmið samningsins er að mynda einsleitt efnahagssvæði sem grundvallast á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, jafnrétti og gagnkvæmni. Í 15. lið aðfaraorða EES-samningsins kemur skýrt fram að samningsaðilar stefni að því að ná fram og halda sig við samræmda túlkun og beitingu samningsins og þeirra ákvæða í löggjöf bandalagsins sem tekin eru efnislega upp í samninginn, svo og að koma sér saman um jafnræði gagnvart einstaklingnum og aðilum í atvinnurekstri, að því er varðar fjórþætta frelsið. Meginreglan um einsleitni endurspeglast í þeirri grunnhugmynd að sömu reglur skuli gilda á öllu Evrópska efnahagssvæðinu á þeim sviðum sem EES-samningurinn tekur til.¹ Til að ná markmiðum samningsins um einsleitni er íslenska ríkið skuldbundið til að gera ekki strangari kröfur til vara en gerðar eru almennt innan Evrópska efnahagssvæðisins, nema almannahagsmunir krefjist þess.

Samkvæmt 3. gr. laganna skal skýra lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Samningsaðilum ber því að gera allar viðeigandi ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við skuldbindingar samningsins. Við lögskýringu í íslenskum rétti á það almenna sjónarmið auk þess við að skýra beri lög til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar.

¹ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur*, bls. 229-234.

Frjáls vöruviðskipti eru ein af grundvallarreglum EES-samningsins. Reglan er lögfest í 1. mgr. 8. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið, en samkvæmt henni eru ríki skuldbundin til að koma á frjálsum vöruflutningum milli samningsaðila. Reglan endurspeglast m.a. í 11. gr. laganna þar sem bann er lagt við magntakmörkunum á innflutningi, svo og öllum ráðstöfunum sem hafa samsvarandi áhrif.

Áhrif keimlíkindarákvæðisins

Verði fyrirhugað keimlíkindarákvæði að lögum má ljóst vera að framleiðendur áfengra og óáfengra drykkja munu þurfa að velja á milli þess að markaðssetja áfenga vöru eða óáfenga á Íslandi. Önnur hvor varan verður því í raun útilokuð frá íslenskum markaði. Það liggur því fyrir að hið fyrirhugaða ákvæði takmarkar sölu á vörum sem eru löglega markaðssettar á innri markaði evrópska efnahagssvæðisins. Samkvæmt því er ákvæðið ólöglegt.

Í því samhengi er vert að geta niðurstöðu EFTA dómstólsins í máli E-2/12. Þar kemur m.a. fram þessi afdráttarlausni niðurstaða:

“Ákvæði 18. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2000/13/EB frá 20. mars 2000, um samræmingu laga aðildarríkjanna um merkingu, kynningu og auglýsingu matvæla, útilokar reglu á borð við grein 5.10 í vöruvalsreglunum sem veitir ÁTVR heimild til að synja að taka í sölu áfenga drykki sem eru löglega framleiddir og markaðssettir í öðru EES-ríki á grundvelli þess að merkingar varanna innihaldi gildishlaðnar eða ómálefnalegar upplýsingar.”

Í ljósi þeirra ákvæða og sérreglna sem EFTA dómstóllinn hefur þegar hafnað má ljóst vera að hið íslenska keimlíkindarákvæði er í andstöðu við framangreinda tilskipun.

Þá kemur jafnframt fram mjög strangt skilyrði varðandi framkvæmd og innleiðingu innlendra sérreglna eins og þeirrar sem lögð er til í frumvarpinu:

“Innlent ákvæði, líkt og 8. gr. reglugerðar 828/2005 um framleiðslu, innflutning og heilðsölu áfengis í atvinnuskyni, sem gerir kröfu umfram þá að upplýst sé um raunverulegan alkóhólstyrkleika miðað við magn á umbúðum áfengra drykkja sem innihalda meira en 1,2% alkóhól miðað við rúmmál, að einnig komi þar fram að innihald þeirra sé áfengt, getur ekki talist gild takmörkun að EES-rétti og getur ekki lagt skyldur á herðar einstaklingum og rekstraraðilum, ef það hefur verið lögtekið án þess að málsmeðferð þeirri sem mælt er fyrir um í 19. gr. tilskipunar 2000/13 /EB hafi verið fylgt.”

Ekki verður séð að íslenska ríkið hafi uppfyllt þau formskilyrði sem að framan eru rakin. Ákvæðið yrði því aðeins að ólögum næði það fram að ganga enda hefði það engin réttaráhrif samkvæmt framangreindri afdráttarlausni niðurstöðu EFTA dómstólsins.

Það er því ekkert annað að gera fyrir háttvirta þingnefnd en að fella út ákvæðið.

Tjáningarfrelsi

Umrætt keimlíkindarákvæði heimilar ÁTVR að hafna öllum vörum á þeirri forsendu einni, að þær vörur eða vörur sem eru keimlíkar þeim, séu *auglýstar*. Þessi heimild er fortakslaus samkvæmt texta ákvæðisins og er t.d. ekki bundin við að auglýsingin sé á vegum tiltekins innlends aðila. Þvert á móti má ráða af texta ákvæðisins að heimilt sé að hafna öllum vörum sem eru auglýstar. Það á líklega við um allar erlendar tegundir af áfengi sem eru með einum eða öðrum hætti auglýstar með löglegum hætti utan Íslands. Eru margar þessara auglýsinga þess eðlis að þær ná til Íslands með óbeinum hætti, t.d. af íþróttaviðburðum, á erlendum vefsíðum, í blöðum og tímaritum o.s.frv. Væri ÁTVR heimilt samkvæmt ákvæðinu að hafna öllum slíkum vörum fyrir það eitt að þær, eða vörur þeim líkar, séu auglýstar, þrátt fyrir að sú auglýsing sé með öllu lögleg.

Tjáningarfrelsi nýtur verndar skv. 73. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands l. 33/1944 (hér eftir „Stjórnarskrá“). Samkvæmt 3. mgr. þeirrar greinar má aðeins skerða tjáningarfrelsið að það sé gert með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum.

Það er ekki aðeins ritað eða mælt mál, sem nýtur verndar Stjórnarskrárinnar heldur einnig tjáning án orða. Því hefur verið slegið föstu, m.a. með dómi Hæstaréttar í máli nr. 415/1998, að auglýsingar njóti þessarar verndar enda er þar um að ræða tjáningarform, sem hefur mikla þýðingu við upplýsingamiðlun til almennings. Í 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu er einnig kveðið á um tjáningarfrelsið, þar sem segir í 1. mgr. að sérhver maður eigi rétt til þess og skuli sá réttur einnig ná yfir frelsi til að hafa skoðanir, taka við og skila áfram upplýsingum og hugmyndum heima og erlendis án afskipta stjórnvalda.² Mannréttindadómstóll Evrópu hefur jafnframt staðfest að umrædd 10. gr. taki til auglýsinga og njóta þær þar með verndar ákvæðisins.³

Samkvæmt framangreindu mega takmarkanir á auglýsingum einungis grundvallast á allsherjarreglu, öryggi ríkisins, vernd heilsu og siðgæðis manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra. Þá þurfa allar slíkar takmarkanir að vera nauðsynlegar og samrýmast lýðræðishefðum.

Vegna þeirra ríku verndar sem tjáningarfrelsið veitir og þess meðalhófsmats sem löggjafinn þarf að framkvæma áður en slíkt frelsi er takmarkað er mikilvægt að fara varlega í setningu beinna og óbeinna takmarka á auglýsingum. Löggjafinn verður að gæta þess til hins ýtrasta að þau lögmætu sjónarmið sem Stjórnarskráin gerir kröfu um liggi takmörkuninni til grundvallar. Það þurfa því að vera miklir og almennir hagsmunir sem til stendur að vernda með slíkum aðgerðum auk þess sem ríkar kröfur verður að gera um að raunveruleg hætta steðji að þeim. Ekki verður séð að slíkir hagsmunir séu til staðar hvað þetta ákvæði varðar. ÁTVR selur aðeins áfengar vörur og því ekki hætta á því að neytendur rugli þeim saman við óáfengar vörur.

² Sjá dóm Hæstaréttar í máli nr. 462/2005

³ Sjá t.d. dóm Mannréttindadómstólsins frá 30. júní 2009 í máli 32772/02, Verein Gegen Tierfabriken gegn Sviss

Meðalhóf

Meginreglan um meðalhóf í stjórnskipunarrétti er innbyggð í 73. gr. stjórnarnarskrár.⁴ Í reglunni felst meðal annars að hóf verður að vera í beitingu úrræða miðað við þá hagsmuni, sem í húfi eru hverju sinni. Þegar unnt er að velja á milli úrræða þá ber að beita því vægasta, sem kemur að gagni, og gildir það jafnt um ákvarðanir í stjórnsýslunni sem og löggjafans. Því tilfinnanlegri sem skerðing er, þeim mun strangari kröfur verður að gera um sönnun á nauðsyn ákvörðunarinnar.

Meðalhófsmatið endurspeglast enn fremur í Mannréttindasáttmála Evrópu þar sem ávallt þarf að finna sanngjarnt jafnvægi á milli krafna í þágu hagsmuna samfélagsins og krafna sem lúta að vernd mannréttinda. Auk þeirrar kröfu að takmarkanir séu ekki úr hófi þarf að sýna fram á nauðsyn þess að beita þeim enda þarf ríka samfélagsleg þörf að svo unnt sé að réttlæta takmörkun mannréttinda.⁵

Þegar auglýsingar, og þar með tjáningarfrelsið, er annars vegar þá leiðir þetta af sér þrennt. Í fyrsta lagi er nauðsynlegt að takmörkun á tjáningarfrelsi komi ekki til nema til að ná lögmætu markmiði. Í öðru lagi að sú takmörkun nái markmiði sínu og í þriðja lagi að ekki sé tæk önnur og vægari takmörkun sem nái sama markmiði.

Markmið um almannaheilbrigði

Fallast má á að markmið um almannaheilbrigði sé almennt lögmætt markmið. Það verður hins vegar til þess að líta að umrætt ákvæði um keimlíkindi virðist með engu móti stefna í raun að slíku markmiði né er til þess fallið að ná slíku markmiði. Er yfirlýsing þess efnis, að því er virðist, orðin tóm. ÁTVR selur, eins og áður sagði, aðeins áfenga drykki. Það er því óhugsandi að vörum sem seldar eru innan ÁTVR sé ruglað saman við óáfengar vörur. Eigi umrædd ruglingshætta að vera til staðar utan veggja ÁTVR er mikilvægt að hafa tvennt í huga. Annars vegar þá eru engar löglíkur fyrir því að börn muni frekar drekka, af misgáningi, áfengi sem er í umbúðum sem eru keimlíkar annarri vöru en áfengi sem er það ekki. Í öðru lagi þá ber að hafa í huga að það áfengi sem keypt er af fólki sem hefur aldur til er á forræði þeirra sem það kaupa. Það eru því þeir aðilar sem bera ábyrgð á því að geyma áfengi þar sem að börn ná ekki til þess. Á það jafnt við um áfengi sem er keimlíkt annarri vöru og annað áfengi. Það er því ljóst að umrætt ákvæði nær engu markmiði er varðar almannaheilbrigði. Getur það því ekki talist lögmæt takmörkun á atvinnu- eða tjáningarfrelsi enda keyrir það fram úr öllu meðalhófi.

Rétt er einnig að geta þess að EFTA dómstóllinn tók á þessu álitamáli í máli E-2/12. Þar var deilt um merkingarkröfu ÁTVR þess efnis að merkja vöru sérstaklega sem áfengi umfram þær merkingar sem fjallað er um í tilskipun 2000/13/EB. Rökstuðningur íslenska ríkisins var á þann veg að tilgangur þessara sérmerkinga væri sá að koma í veg fyrir rugling á milli áfengra og óáfengra vara. Dómstóllinn átaldi þessa sérmerkingu og taldi meinta *ruglingshættu* ekki vera málefnaleg rök fyrir slíku sérákvæði. Um þetta sagði dómstóllinn:

⁴ Auk þess sem regluna er m.a. að finna í stjórnsýslulögum nr. 37/1993

⁵ Sjá t.d. Hrd. 220/2005

94. *“Af þessu má ráða að meginreglan að baki tilskipuninni er sú að neytendur skulu fa nákvæmar upplýsingar um mismunandi sérkenni matvæla. Í samræmi við það inniheldur 3. gr. tilskipunarinnar lista yfir upplýsingar sem skylt er að birta á matvælaumbúðum. Í 10. tl. 1. mgr. 3. gr. segir að á umbúðum drykkjarvara sem innihalda meira en 1,2 % alkóhól miðað við rúmmál, skuli upplýst um raunverulegan alkóhólstyrkleika miðað við magn.*
98. *Skilyrðin fyrir birtingu þeirra sérkenna sem talin eru upp í 3. gr. tilskipunarinnar er að finna í 4.-17. gr. hennar, en í þeim greinum eru einnig tilgreindar undantekningar frá skilyrðum 3. gr.”*

Þar sem sameiginlegar reglur innri markaðsins hafa verið settar um merkingar á matvælum sem innihalda alkahól er ljóst að einstaka ríkjum er óheimilt að setja sér sjálfstæðar og strangari reglur um sama efni. Þar við situr.

Markmið um að sporna gegn áfengisauglýsingum

Hvað varðar hið yfirlýsta markmið frumvarpsins um að vinna gegn áfengisauglýsingum er það eitt að segja að það markmið er ekki lögmætt. Það er í fullkominni andstöðu við allar meginreglur um meðalhóf að hafna vöru vegna þess eins að hún eða vara sem er henni kemilík er auglýst með löglegum hætti. Það að skerða atvinnufrelsi borgaranna án þess að þeir hafi nokkuð til þess unnið er því með öllu ótækt.

Málefnaleg takmörkun

Því er við þetta að bæta að hlutverk ÁTVR er að selja áfengi í smásölu á Íslandi. ÁTVR er hins vegar ekki hluti af íslensku refsivörslukerfi. Það er því ekki hlutverk ÁTVR að vera refsivöndur fyrir tiltekna háttsemi. Sér í lagi er það ekki hlutverk ÁTVR að refsa fyrirtækjum vegna háttsemi sem er fullkomlega lögleg.

Sú ákvörðun að refsa fyrirtæki fyrir löglega markaðssetningu á einni vöru með því að heimila óskyldum aðila sölu á annarri vöru er gerræðisleg. Af þeirri ástæðu verður hún aldrei málefnaleg og uppfyllir því ekki framangreint skilyrði fyrir takmörkun á atvinnufrelsi.

Það er því ótækt að umrædd keimlíkindarregla sé sett með þann tilgang að vinna gegn markaðssetningu sem er í samræmi við lög. Sé það afstaða löggjafans að bann við auglýsingum á áfengi sé ekki að ná markmiðum sínum væri eðlilegt og rétt að unnið yrði að umbótum á því banni. FA hefur lagt fram hugmyndir þess efnis og er boðið og búið að aðstoða við þá vinnu.

IV. Annað

Félag atvinnurekenda leggur því til að ákvæði frumvarpsins um *keimlíkindi* verði felld úr frumvarpinu.

Að lokum áskilur Félag atvinnurekenda sér rétt til að koma frekari athugasemdum á framfæri á síðari stigum.

Félagið lýsir sig jafnframt reiðubúið til að funda um efnið sé þess óskað.

Virðingarfyllst,



Almar Guðmundsson
Framkvæmdastjóri Félags atvinnurekenda