

# Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 23. júní 2023

Mál nr. E-3024/2022:

## Dista ehf.

(Jónas Friðrik Jónsson lögmaður)

## gegn

Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins

(Bjarki Már Baxter lögmaður)

## Dómur

### Málsmeðferð, aðild og dómkröfur aðila

- Mál þetta var höfðað 21. júní 2022 og dómtekið að lokinni aðalmeðferð 28. apríl 2023. Gætt var að ákvæðum 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.
- Stefnandi er Dista ehf., Ásbúð 9 í Garðabæ. Stefndi er Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins, Stuðlahálsi 2 í Reykjavík.
- Stefnandi krefst þess að ógilt verði ákvörðun stefnda, sem tilkynnt var 21. janúar 2022, um höfnun umsóknar um sölu á vörunni *Shaker Original Alcohol & Caffeine* í 330 ml áldós (vnr. 26613) í söluflokknum reynsluflokki. Þá krefst stefnandi málskostnaðar úr hendi stefnda samkvæmt mati dómsins eða framlögðum málskostnaðarreikningi.
- Stefndi krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda í málinu. Þá krefst stefndi þess að stefnanda verði gert að greiða stefnda málskostnað að skaðlausu að mati dómsins.

### Helstu málsatvik

*Samantekt um ágreiningsefni málsins og forsögu þess*

- Í málinu er deilt um þá ákvörðun stefnda sem tilkynnt var stefnanda 21. janúar 2022 að hafna umsókn stefnanda um að stefndi tæki til sölu í söluflokknum reynsluflokki vöruna *Shaker Original Alcohol & Caffeine* (hér eftir: *Shaker*) í 330 ml áldós. Forsaga málsins er í meginatriðum sú að stefnandi sótti 15. október 2020 um að varan yrði tekin til sölu og dreifingar hjá stefnda. Stefndi hafnaði þeirri umsókn 19. febrúar 2021 en hafði áður, með tölvupósti 21. desember 2020, upplýst stefnanda um að fyrirhugað væri að hafna umsókninni og gefið stefnanda kost á að gera athugasemdir við það. Stefnandi kom athugasemdum við hina fyrirhuguðu höfnun á framfæri við stefnda með bréfi, dags. 12. febrúar 2021. Stefndi tilkynnti stefnanda um synjun umsóknarinnar með tölvupósti 19. febrúar 2021. Stefnandi óskaði í framhaldinu eftir rökstuðningi fyrir ákvörðuninni, sbr. 21. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, og stefndi lét hann í té með bréfi, dags. 19. mars 2021.

Stefnandi kærði ákvörðunina til fjármála- og efnahagsráðuneytis 18. maí 2021 og ráðuneytið felldi hana úr gildi með úrskurði 30. september 2021. Sú niðurstaða ráðuneytisins byggðist á því að rökstuðningur stefnda hefði verið ófullnægjandi, sbr. 22. gr. stjórnsýslulaga, m.a. hvað varðaði afstöðu til andmæla sem stefnandi hafði sett fram, þar á meðal um aðrar vörur sem innihéldu koffein og væru seldar hjá stefndu.

6. Stefndi tilkynnti stefnanda um það með tölvupósti 6. október 2021 að málið yrði tekið til afgreiðslu að nýju og veitti stefnanda frest til að koma að frekari gögnum og athugasemdum. Stefnandi kom á framfæri athugasemdum með tölvupóstum 7. sama mánaðar og 5. nóvember 2021. Með bréfi, dags. 24. nóvember 2021, tilkynnti stefndi stefnanda að fyrirhugað væri að synja umsókninni að nýju og rökstuddi þau áform. Fram kom að fyrirhugað væri að hafna umsókninni á grundvelli 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak og 30. gr. reglugerðar nr. 1106/2015 um vöruval, innkaup og dreifingu ÁTVR á áfengi. Stefnandi kom athugasemdum á framfæri við stefnda með bréfi, dags. 15. desember 2021. Með bréfi, dags. 21. janúar 2022, tilkynnti stefndi stefnanda að umsókninni væri hafnað og brást jafnframt við þeim athugasemdum sem fram höfðu komið af hálfu stefnanda.
7. Eins og nánar verður rakið hér á eftir telur stefnandi að ákvörðun stefnda frá 21. janúar 2022 byggist ekki á viðhlítandi lagaheimild og sé að auki háð ýmsum annmörkum, bæði hvað varðar málsmeðferð og efnislegt inntak, og það eigi að leiða til ógildingar hennar.

#### *Grundvöllur hinnar umdeildu ákvörðunar stefnda*

8. Þar sem deilt er um grundvöll hinnar umdeildu ákvörðunar verða þær röksemdir sem stefndi færði fram í tengslum við töku hennar raktar hér. Þær koma einkum fram í bréfi stefnda til stefnanda, dags. 21. janúar 2022, og tilkynningu stefnda til stefnanda, dags. 24. nóvember 2022, um fyrirhugaða höfnun á sölu *Shaker*.
9. Í bréfi stefnda frá 21. janúar 2022 kemur fram að varan *Shaker* sé kolsýrður drykkur í 330 ml áldós með áföstum flipa, þ.e. í hefðbundnum neysluumbúðum sem ómögulegt sé að loka eftir að þær hafi verið rofnar. Fyrirhugað útsöluverð sé 299 krónur (lítraverð 906 krónur). Styrkleiki vínanda vörunnar sé 4,5% miðað við rúmmál og hún innihaldi 68 hitaeiningar (kcal). Varan samanstandi af eplavíni/-síder blönduðu við vatn, sykur, eplasafa og fleiri efni, þar á meðal koffein. Magn koffeins í vörunni sé 150 mg/l. Rík áhersla sé lögð á að varan innihaldi áfengi blandað við koffein, sbr. svohljóðandi ítrekaðar og áberandi áletranir á umbúðunum: „ALCOHOL & CAFFEINE“.
10. Að lokinni venjubundinni skoðun ÁTVR, sem innifeli m.a. smökkun sérfræðinga, hafi vörunni verið lýst með svohljóðandi hætti: „*Ljósgullinn. Sætur, léttur, sýruríkur, kolsýrður, Epli [svo], krydd.*“ Samkvæmt flokkunarkerfi ÁTVR sé varan heimfærð á vöruhópin *síder og síderblöndur* eða *blandaðir drykkir undir 6,5%*. Koffeininnihald

vörunnar sé ekki tilkomið vegna innihaldsefnis sem sé ætlað að skapa vörunni málefnalega sérstöðu vegna bragðeinkenna. Með vísan til magns hins viðbætta koffeins í vörunni og tilvitnaðra áletrana að framan megi ætla að hinu viðbætta koffeini sé gagngert blandað í vöruna til að ná fram þekktum örvandi áhrifum þess.

11. Í rökstuðningnum í bréfi stefnda til stefnanda, dags 21. janúar 2022, kemur til viðbótar fram um þetta atriði að eins og venjubundið sé byggist framangreind lýsing á heildstæðu mati ÁTVR á framlögðum gögnum með umsókn, þ.e. á smökkun sérfræðinga ÁTVR á framlögðu sýnishorni, skoðun á umbúðum hins framlagða sýnishorns, efni vöruvottunar o.fl. ÁTVR standi við fyrrgreinda lýsingu á vörunni þrátt fyrir að framlögð vöruvottun og fylgiskjöl, sem stefnandi lagði fram með andmælum sínum 15. desember 2021, beri með sér að framleiðandi hafi blandað koffeini í vöruna sem bragðefni. Innihaldsefnið koffein skapi vörunni ekki sérstöðu vegna bragðeinkenna. Að framangreindu virtu og með vísan til magns hins viðbætta koffeins í vörunni auk áberandi ítrekaðra áletrana á umbúðum, um að varan innihaldi koffein, megi ætla að hinu viðbætta koffeini sé gagngert blandað í vöruna til að ná fram þekktum örvandi áhrifum þess.
12. Í bréfi stefnda frá 24. nóvember 2021 segir að regla 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 geymi engin töluleg viðmið um heimilt magn koffeins eða annarra örvandi efna. Ákvæðið sé því matskennt og hafi löggjafinn falið ÁTVR að skilgreina nánar þau sjónarmið og forsendur sem leggja skuli til grundvallar við framkvæmd þess. Við framkvæmdina sé ÁTVR bundin við lög og hafi því ekki óheft ákvörðunarvald til að takmarka réttindi aðila til að selja áfengi. Auk þess að byggja á orðalagi ákvæðisins sjálfs þurfi sjónarmiðin að byggjast á markmiðum laga nr. 86/2011 og áfengislaga nr. 75/1998, ákvæðum laga nr. 86/2011 um hlutverk og starfshætti ÁTVR, stefnu stjórnvalda í áfengismálum, stuðla að jafnræði o.fl. Þá sé ÁTVR óheimilt, t.d. með setningu verklagsreglu, að afnema það skyldubundna mat sem löggjafinn hafi falið stofnuninni.
13. Framangreind heimild, sem og aðrar heimildir ÁTVR til að hafna vörum samkvæmt 11. gr. laga nr. 86/2011, grundvallist á sjónarmiðum um almannaheilbrigði með hliðsjón af þekktum staðreyndum um skaðsemi óhóflegrar neyslu áfengis. Með þessum takmörkunum sé leitast við að tryggja heilsu og öryggi fólks og forða slysum af völdum áfengisneyslu. Vísað er til þeirra atriða sem fram koma varðandi 4. mgr. 11. gr. í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 86/2011 og sú ályktun dregin að ummæli þar beri með sér skýran vilja löggjafans til að sporna gegn þróun tiltekinna neysluvenja sem þyki sérstaklega skaðlegar fyrir einstaklinginn og samfélagið samkvæmt niðurstöðum rannsókna. Neysluvenjurnar sem um ræði felist í því að blanda saman áfengi og koffeini og séu orkudrykkir tilteknir sérstaklega í því samhengi. Aftur á móti séu ónefndir aðrir vöruhópar áfengis sem stundum innihaldi koffein og höfðu þá þegar, við umrædda lagasetningu, haslað sér völl á markaði. ÁTVR beri að líta til þessara

sjónarmiða við beitingu heimildar 4. mgr. 11. gr. laganna. Enn fremur vísar stefndi í rökstuðningi fyrir ákvörðuninni til markmiðsákvæða 2. gr. laganna, ákvæðis 1. mgr. 13. gr. um samfélagslega ábyrgð ÁTVR og 2. mgr. 4. gr. þess efnis að ÁTVR skuli haga starfsemi sinni í samræmi við áfengislög, tóbaksvarnalög og stefnu stjórnvalda á hverjum tíma.

14. Hvað varðar koffeinblandaða drykki getur stefndi þess í rökstuðningi sínum fyrir hinni fyrirhuguðu ákvörðun, í bréfinu frá 24. nóvember 2021, að hugtakið orkudrykkur sé ekki skilgreint í lögum en í samræmi við lögfest verksvið sín hafi Matvælastofnun og embætti landlæknis fjallað um og leitast við að skilgreina hugtakið. Hafa megi hliðsjón af þeirri umfjöllun í málinu. Með samantekt á umfjöllun þeirra megi segja að orkudrykkur sé samheiti drykkja sem innihaldi koffein, stundum til viðbótar við önnur örvandi efni, og markmiðið með neyslu þeirra sé að ná örvandi áhrifum. Viðmið um lágmarksmagn koffeins séu ekki sett fram en engu að síður megi greina að neðri mörk séu lægri en 150 mg/l. Drykkirnir séu gjarnan sætir, hitaeningasnauðir og innihaldi oft vatnsleysanleg vítamín og amínósýrur auk táríns, ínósítóls og glúkúrónólaktóns. Þá séu orkudrykkir gjarnan kolsýrðir (gosblandaðir drykkir) í óendurlokanlegum umbúðum (áldós eða plastflösku). Markaðssetning orkudrykkja beinist yfirleitt að ungu fólki sem sé aðaláhættuhópurinn hvað varðar ofneyslu samkvæmt rannsóknum. Af framangreindu sé ljóst að skörun á milli flokkanna síder og orkudrykkur sé ekki útilokuð, þ.e. ein og sama varan geti heyrt til beggja flokka. Bæði Matvælastofnun og landlæknir hafi séð ástæðu til að víkja sérstaklega að óæskilegum áhrifum samblöndunar áfengis og orkudrykkja. Í bréfi stefnda frá 21. janúar 2022 kemur til viðbótar þessu fram sú afstaða stefnda að *Shaker* hafi helstu einkenni orkudrykkja en stefndi byggji þó ekki á því að varan hafi öll einkenni þeirra.
15. Hvað varðar samanburð við aðra vöruhópa kemur fram í rökstuðningnum fyrir ákvörðun stefnda að vörur sem sé að finna í vöruvali ÁTVR og innihaldi koffein tilheyri að meginstefnu tveimur vöruhópum, þ.e. annars vegar *líkjörum* og hins vegar *öli – stát og porter*. Þrátt fyrir að vera vissulega undirflokkur bjórs njóti síðarnefndi vöruhópurinn umtalsverðrar sérstöðu varðandi umfang, eðli og kauphegðun. Í vörusafni ÁTVR sé aftur á móti engin vara sem innihaldi koffein og tilheyri vöruhópunum *síder og síderblöndur* eða *blandaðir drykkir undir 6,5%*.
16. Vöruhópurinn *líkjör* sé ekki stór í vörusafni ÁTVR; alls séu vörutegundirnar 189 eða um 4% allra vörutegunda. Sem hlutfall af heildarlíttra- og einingasölu ÁTVR sé hlutdeildin þó einungis um 0,5% og 0,4%. Í rúmlega 93% tilvika hafi viðskiptavinur keypt eina sölueiningu af viðkomandi vörutegund.
17. Almenn einkenni líkjöra séu m.a. hár styrkleiki vínanda miðað við rúmmál, þ.e. 23,5% að meðaltali, og hátt söluverð eða 8.300 krónur að meðaltali miðað við lítra.

Umbúðagerðin sé „endurlokanleg“ flaska sem varðveiti vel gæði vörunnar við geymslu, gjarnan glerflaska sem sé 500 ml eða stærri. Umbúðir beri ósjaldan upplýsingar um hentugleika vörunnar til íblöndunar, þ.e. til gerðar kokteila. Einkenni líkjöra séu að þeir séu að jafnaði mjög sætir, alkóhólríkir og með afgerandi bragði. Innihald koffeins í líkjörum sé almennt afleiðing af því að kaffi sé meðal innihaldsefna vörunnar. Nánar tiltekið sé koffeini sem innihaldsefni ætlað að skapa karaktereinkenni hennar, þ.e. kaffibragð, enda sé iðulega vísað til kaffibragðs vörunnar á umbúðum. Þá sé tilvísun til „kaffilíkjörs“, sem sérstaks undirflokks líkjöra, vel þekkt. Aftur á móti sé óþekkt að líkjör innihaldi koffein af öðrum sökum, þar með talið viðbætt koffein til að ná fram örvandi áhrifum. Jafnframt séu áherslumerkingar um að slík vara innihaldi koffein óþekktar.

18. Umfang vöruflokksins *bjórs* í vörusafni ÁTVR sé mikið; vörutegundir séu tæplega 1.000 eða 22% allra vörutegunda. Sem hlutfall af heildarlíttra- og einingasölu ÁTVR sé umfangið þó enn meira eða um 85% og 74% enda sé bjór „magnsöluvara“, þ.e. í tæplega 85% tilvika hafi viðskiptavinur keypt fleiri en eina sölueiningu af viðkomandi vörutegund.
19. Vöruhópurinn *öl – stát og porter* sé umfangslítill undirflokkur bjórs, tæplega 90 vörutegundir eða um 9%. Umfangið sé þó enn minna ef tekið er mið af hlutfalli heildarlíttra- og einingasölu bjórs hjá ÁTVR eða um 0,7% og 0,6%. Vöruhópurinn sé enda mun minni „magnsöluvara“ en bjór almennt, þ.e. í 45% tilvika hafi viðskiptavinur aðeins keypt eina sölueiningu af viðkomandi vörutegund.
20. Almenn umbúðagerð sé hefðbundnar neysluumbúðir sem ómögulegt sé að loka eftir að þær hafi verið rofnar, þ.e. áldósir og glerflöskur til neyslu „á staðnum“. Að öðru leyti njóti þessi vöruhópur mikillar sérstöðu sem bjór. Styrkleiki vínanda sé um 9% og meðalsöluverð á lítra sé 2.849 krónur, samanborið við 6% og 1.096 krónur fyrir allan bjór. Að sama skapi séu almenn bragðeinkenni bjórs mild og „litt krefjandi“. Vörunum sé gjarnan lýst með eftirfarandi orðum: *gullinn, ósætur, meðalfylltur, korn* o.fl.. Bragðeinkenni *öls – stát og porter* séu aftur á móti almennt mikil, þung og „krefjandi“. Vörunum sé gjarnan lýst með orðunum: *svar- eða dökkbrúnn, beiskja, ristað malt* o.fl. Innihald koffeins í vöru í vöruhópnum *öl – stát og porterar* sé, þegar við á, afleiðing af innihaldsefnum vörunnar sem skapi framangreind karaktereinkenni og sérstöðu hennar gagnvart öðrum vöruhópum bjórs. Óþekkt sé að vörur innan hópsins innihaldi koffein af öðrum sökum, þar með talið viðbætt koffein til að ná fram örvandi áhrifum. Jafnframt séu áherslumerkingar um að vara innihaldi koffein óþekktar.
21. Til samanburðar séu vöruhóparnir *síder og síderblöndur* og *blandaðir drykkir undir* 6,5% um 2% af vörusafni ÁTVR, þ.e. 95 vörutegundir. Hlutdeild þeirra í heildarlíttra- og einingasölu ÁTVR sé þó mun meiri eða u.þ.b. 5% enda um „magnsöluvörur“ að ræða, sbr. þá staðreynd að í rúmlega 67% tilvika hafi viðskiptavinur keypt fleiri en eina

sölueiningu af viðkomandi vörutegund. Innan vöruhópanna sé meðalstyrkleiki vínanda miðað við rúmmál 4,7% og meðalsöluverð hvers lítra sé 1.284 krónur. Umbúðargerðir séu hefðbundnar neysluumbúðir sem ómögulegt sé að loka eftir að þær hafa verið rofnar, þ.e. vörurnar séu til neyslu „á staðnum“. Bragðeinkenni séu almennt mild og lítt „krefjandi“ og vörunum sé gjarnan lýst með tilvísun til ávaxta og með orðunum: *sæt, fersk, kolsýrð* o.fl.

22. Þrátt fyrir að vörusafn ÁTVR geymi ekki vöru með koffeini sem tilheyri síðastnefndum vöruhópum sé umfjöllun um slíka drykki ekki óþekkt í vöruvalsframkvæmd ÁTVR. Árið 2009 hafi ÁTVR hafnað umsókn um sölu á vörunni *Mokai cider* í 275 ml flösku sem hafi innihaldið 100 mg af koffeini í lítra. Sama ár hafi ÁTVR hafnað frekari sölu á vörunni *Cult Shaker* í 275 ml flösku sem hafi innihaldið 150 mg af koffeini í lítra. Lengst af á sölutíma vörunnar, sem hafi hafist árið 2006, hafi styrkleiki vínanda verið 5,4% en til skamms tíma 4,5%. Ákvarðanir ÁTVR hafi grundvallast á ákvæði í grein 5.11 í þágildandi vöruvalsreglum nr. 631/2009 sem sé efnislega samhljóða ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011. Árið 2015 hafi ÁTVR hafnað umsókn um sölu á vörunni *Smirnoff Ice Double Black* í 250 ml áldós. Styrkleiki vínanda vörunnar miðað við rúmmál hafi verið 4,7% og hún innihaldið 12 mg af koffeini í lítra. Sú ákvörðun ÁTVR hafi grundvallast á þágildandi 6. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 sem sé samhljóða núgildandi ákvæði 4. mgr. 11. gr. laganna.
23. Megineinkenni vörunnar *Shaker* falli vel að einkennum vöruhópanna *síder og síderblöndur* og *blandaðir drykkir undir 6,5%*. Vegna þess megi ætla að „kauphegðun vörunnar“ verði sambærileg og gildi almennt um vörur innan hópanna. Um þetta atriði kemur til viðbótar fram í bréfi stefnda frá 21. janúar 2022 að það að horfa til umfangs, neyslu- og kauphegðunar einstakra vörutegunda og -hópa falli vel að þeim sjónarmiðum og forsendum sem ÁTVR leggi til grundvallar við framkvæmd ákvæðis 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011. ÁTVR álykti um umfang, neyslu- og kauphegðun í þessu sambandi m.a. á grundvelli upplýsinga úr vöruskráningar- og sölukerfi sínu yfir tilgreind tímabil, nánar tiltekið upplýsinga um hlutfall af heildarsölu í verslunum og upplýsinga um fjölda seldra eininga í hverri afgreiðslu. Tilvitnuð tölfræði um kauphegðun grundvallist á sölutölum undanfarna 12 mánuði, þ.e. frá 1. nóvember 2020 til 31. október 2021, nema upplýsingar um hlutfall tilvika þar sem viðskiptavinur kaupir fleiri en eina sölueiningu af viðkomandi vöru sem byggist á sölutölum síðastliðinna tveggja ára.
24. Fram kemur að með vísan til framangreindra sjónarmiða tilheyri varan *Shaker* öðrum af vöruhópunum *síder og síderblöndur* eða *blandaðir drykkir undir 6,5%* en ekki vöruhópunum *líkjörar* eða *öl – stát og porter*. Um sé að ræða ólíka vöruhópa hvað varðar umfang, neyslu- og kauphegðun, sem og vegna ólíks eðlis, svo sem bragð- og karaktereinkenna, umbúða, tilgangs koffeins sem innihaldsefnis og fleiri atriða. Auk þess

sé ástæða til að ætla að gosdrykkir sem innihaldi koffein auk áfengis (áfengisblandaðir orkudrykkir) höfði sterklega til yngri aldurshópa hér á landi, ólíkt því sem gildi um vöruhópana líkjörar og öl – stát og porter. Rétt sé að árétta að hvorki í vöruflokknum síder og síderblöndur né blandaðir drykkir undir 6,5% sé að finna vörutegund sem innihaldi viðbætt koffein. Slíkum vörum hafi hingað til verið hafnað af hálfu ÁTVR með vísan til framangreindra málefnaþega sjónarmiða sem samræmist lagaumhverfinu og hlutverki ÁTVR, sbr. og 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011.

25. Hvað varðar meðalhóf kemur fram í bréfi stefndu, dags. 24. nóvember 2021, og er áréttað í bréfi, dags. 21. janúar 2022, að mögulegar leiðir til úrbóta séu vandséðar, þ.e. án breyttrar samsetningar innihaldsefna áfenga vökvans og samsvarandi breytinga á merkingum umbúða. Tillaga þess efnis væri því í reynd tillaga um framlagningu annarrar umsóknar, þ.e. umsóknar um sölu á annarri vöru, fremur en úrbótatillaga um þá vöru sem umsóknin laut að. Af þeim sökum setji ÁTVR ekki fram leiðbeiningar um mögulegar leiðir til úrbóta á umsókninni eins og almennt sé mögulegt og venja standi til. Framangreint grundvallist því á eðli ágallans en sé ekki til marks um fyrir fram mótaða afstöðu ÁTVR til vörunnar.
26. Loks er þess getið í bréfinu frá 24. nóvember 2021 að ÁTVR sé stofnun sem lúti stjórn forstjóra samkvæmt 2. mgr. 5. gr. laga nr. 86/2011. Forstjórinn sé bær til að fara með stjórnarsýsluvaldið sem stofnuninni sé falið og beri ábyrgð á meðferð þess í allri starfsemi stofnunarinnar. Vegna málafjölda hafi forstjóri, í samræmi við almennar reglur og venjur um innra valdframsal, falið undirmönnum sínum að annast undirbúning og úrlausn allra mála á grundvelli stöðumboðs. Birtist það t.d. í því að umsjón með vörusafni ÁTVR hafi um árabíl verið á verksviði starfsfólks vörusviðs. Til þess heyri m.a. undirbúningur og taka ákvarðana um afgreiðslu umsókna um sölu á vörum. Á vörusviði ÁTVR starfi saman reynslumiklir sérfræðingar um áfengismál með fjölbreytilega menntun sem reynst hafi valda sínum verkefnum ágætlega. Forstjóri stefnda skrifaði undir bréfið.

#### *Framlögð gögn um vöruna Shaker*

27. Í upplýsingum sem stefnandi lét stefnda í té í tengslum við umsókn sína til stefnda 15. október 2020 kemur fram að heimild sé til markaðssetningar vörunnar samkvæmt lögum nr. 93/1995 um matvæli og reglugerð nr. 327/2010, sbr. reglugerð nr. 453/2014, í kjölfar umsóknar til Matvælastofnunar (MAST). Stofnunin geri ekki athugasemdir við markaðssetningu vörunnar á Íslandi og hafi staðfest að ekki sé þörf á viðbótarupplýsingum um koffeininnihald þar sem það fari ekki yfir 150 mg/l.
28. Í vöruvottun frá framleiðanda vörunnar, *Royal Unibrew A/S*, sem mun hafa verið móttækin af stefnda 15. október 2020 kemur fram að *Shaker* sé áfengur drykkur (síder) gerður úr eplavíni blönduðu öðrum innihaldsefnum. Innihaldsefnin séu vatn, eplavín, sykur, eplasafapykkni, koltvísýringur, sýra (E330), sýrustillir (E331), náttúrulegt

uppleyst salt, bragðefni (þar á meðal koffein 0,01%), karamellusíróp og andoxunarefni (E300). Fjöldi hitaeininga sé 68 kcal eða 287 kJ í 100 ml. Þessar upplýsingar eru í fullu samræmi við tilgreiningu innihaldsefna á umbúðum vörunnar, sbr. framlagða mynd af þeim.

29. Í bréfi útflutningsstjóra *Royal Unibrew A/S*, dags. 30. nóvember 2021, segir að eins og fram komi í vörulýsingunni á *Shaker* sé koffeini bætt við sem bragðefni. Þá segir í bréfi hans, dags. 15. desember 2021, að drykkurinn hafi ekki að geyma eftirfarandi innihaldsefni: vatnsleysanleg vítamín, amínósýrur, tárín, ínósítól og glúkúrónólaktón.

*Aðrar vörur sem stefndi selur og innihalda koffein og höfnun umsókna um sölu slíkra drykkja*

30. Samkvæmt gögnum málsins selur stefndi a.m.k. 24 drykki sem innihalda koffein. Getið er um suma þeirra í málsástæðum aðila sem raktar eru síðar. Þá liggja fyrir í málinu gögn um að stefnda hefur nokkrum sinnum áður hafnað sölu drykkja með því innihaldsefni.

*Umboð til ákvarðanatöku af hálfu stefnda*

31. Í tölvupósti starfsmann stefnda til lögmanns stefnanda 1. mars 2022 kemur fram að ÁTVR hafi ekki sett almennar skráðar reglur um umboð til ákvarðanatöku. Forstjóri ÁTVR hafi m.a. falið starfsfólki vörusviðs, á grundvelli stöðumboðs, að taka ákvarðanir um afgreiðslu umsókna um sölu á vörum.

*Heimild til markaðssetningar samkvæmt matvælastofnun*

32. Í tölvupósti starfsmanns stefnanda til Matvælastofnunar 8. september 2020 kemur fram að 3. febrúar sama ár hafi stefnandi sent umsókn til stofnunarinnar vegna fyrirhugaðs innflutnings og markaðssetningar á *Shaker*. Þar sem liðnir séu meira en sex mánuðir frá því að umsóknin barst stofnuninni telji stefnandi að félaginu sé heimilt að hefja markaðssetningu og dreifingu á vörunni, sbr. 4. gr. reglugerðar nr. 327/2010, sbr. 1. gr. reglugerðar nr. 453/2014. Í framlögðum upplýsingum úr rafrænu kerfi Matvælastofnunar koma umræddar dagsetningar einnig fram í tengslum við umsókn stefnanda.

*Framlögð gögn um eiginleika koffeins í áfengum drykkjarvörum o.fl. því tengt*

33. Í ódagsettum útskýringum matvælastofnunar Evrópu á áhættumati vegna koffeins kemur m.a. fram að koffein sé lífrænt efnasamband sem finna megi í efnisþáttum plantna á borð við kaffi- og kakóbaunir, telaufr, guaranaber og kólahnetur. Þegar mannfólk neyti koffeins örvist miðtaugakerfið og í hæfilegum skömmtum auki það árvekni og dragi úr syfju. Neikvæð skammtímaáhrif á fullorðna og börn geti m.a. tengst truflunum á miðtaugakerfi, svo sem svefntruflunum, kvíða og atferlisbreytingum. Til lengri tíma litið hafi óhófleg koffeinneysla verið tengd hjarta- og æðasjúkdómum og á meðgöngu þroskakerðingu fósturs. Fram kemur að ástæða þess að stofnunin gerði áhættumatið hafi verið sú að nokkur ESB-ríki hafi lýst áhyggjum af aukinni neyslu koffeins meðal

almennings og tiltekinna hópa á borð við fullorðna sem stundi líkamlega áreynslu og þá sem neyti koffeins ásamt áfengi eða innihaldsefnum í orkudrykkjum. Þess vegna hafi framkvæmdastjórn Evrópusambandsins brugðist við með því að óska eftir því við stofnunina að hún mæti öryggi koffeins.

34. Fram kemur að áhættumatið taki m.a. til mögulegra neikvæðra heilbrigðisáhrifa koffeinneyslu samfara hvers kyns fæðugjöfum, þar á meðal fæðubótarefnum, samfara öðrum efnispáttum í „orkudrykkjum“ (glúkúrónólaktóni og táríni), áfengi eða p-sínefríni. Það taki þó ekki til mögulegra neikvæðra áhrifa koffeins samfara áfengisneyslu sem ein út af fyrir sig stofni heilbrigðinu í hættu (t.d. á meðgöngu, ofdrykkja).
35. Í niðurstöðum áhættumatsins kemur fram hvað varðar fullorðna að stakir skammtar af koffeini, allt að 200 mg, úr hvaða fæðugjafa sem er, gefi ekki ástæðu til að hafa áhyggjur af öryggi heilbrigðs fólks. Inntaka allt að 400 mg á dag, ef neyslan dreifist yfir daginn, gefi ekki heldur ástæðu til að hafa áhyggjur af öryggi heilbrigðs fullorðins fólks nema þegar um sé að ræða barnshafandi konur. Stakir skammtar koffeins sem ekki séu taldir áhyggjuefni fyrir fullorðna teljist heldur ekki vera áhyggjuefni fyrir börn því líkamar barna og ungmenna vinni a.m.k. jafnhrott úr koffeini og líkamar fullorðinna. Öryggismörk sem miðist við 3 mg á hvert kíló líkamspýngdar eigi við jafnt um fullorðna sem börn.
36. Hvað sérstaklega varðar neyslu koffeins með öðrum efnispáttum orkudrykkja eða áfengi segir í niðurstöðunum að neysla annarra efnispátta í „orkudrykkjum“ í þeim styrk sem að jafnaði sé í slíkum drykkjum myndi ekki hafa áhrif á öryggi einstakra skammta af koffeini allt að 200 mg. Áfengisneysla allt að 0,65 g/kg líkamspýngdar, sem leiði til þess að áfengismagn í blóði verði um 0,08% og samsvari því sem teljist gera menn óhæfa til aksturs í mörgum löndum, hefði ekki áhrif á öryggi einstakra skammta af koffeini allt að 200 mg. Ólíklegt sé að neysla koffeins í þessum skömmtum breiði yfir huglæga skynjun ölvunaráhrifa.
37. Fyrir liggur bréf landlæknis til stefnda, dags. 25. september 2009, sem var ritað í kjölfar þess að stefndi óskaði eftir álitum hans á sölu áfengra drykkja sem innihéldu örvandi efni eins og koffein og tárín. Fram kemur að embættið hafi skoðað ýmsar rannsóknir og efni frá Matvælastofnun og *Livsmedelvækeret* í Svíþjóð. Þar komi m.a. fram, eins og vitað sé, að alkóhól hafi slævandi áhrif en koffein, tárín og guarana hafi örvandi áhrif. Blanda þessara efna í áfengum drykkjum geti valdið því að áfengis sé neytt í meiri mæli en ef eingöngu áfengis er neytt.
38. Fram kemur í tilvitnuðu bréfi landlæknis að rannsóknir bendi til að ungmenni sem neyti slíkra drykkja reglulega drekki sig frekar ofurölvi eða ölvuð en þau sem neyti þeirra ekki. Þá virðist alvarlegar afleiðingar af misnotkun áfengis algengari meðal þeirra. Nefna megi

sem dæmi kynferðislega misnotkun, ölvunarakstur, slys og önnur heilsufarsleg áhrif. Vísað er til heimilda þessum fullyrðingum til stuðnings. Þá megi nefna að ef koffeins er neytt í of miklu magni geti það haft ýmis óæskileg áhrif á heilsu og líðan fólks og valdið höfuðverk, svima, skjálfta, svefnleysi, hjartsláttartruflunum og kvíðatilfinningu. Ljóst sé að auglýsingum þessara drykkja sé einkum beint að ungmennum. Þá skírskoti auglýsingar til þess að hreysti, kynlíf og önnur félagsleg áhrif muni batna við neyslu þeirra. Landlæknisembættið telji að þessir drykkir séu ekki æskileg viðbót við þá áfengu drykki sem fyrir séu hér á landi. Ýmis rök leiði að því líkum að þeir gætu aukið áfengisvanda ungs fólks og því haft bæði heilsufarsleg og fjárhagsleg áhrif á samfélagið.

39. Á vefsíðu embættis landlæknis voru 13. janúar 2010 birtar upplýsingar undir yfirskriftinni: „Mikilvægt er að fylgjast vel með koffinneyslu barna og unglunga“. Þar segir að koffein sé vanabindandi efni og börn og unglingar séu sérstaklega viðkvæm fyrir áhrifum þess. Á undanförunum árum hafi úrval drykkja sem innihaldi koffein aukist umtalsvert í matvöruverslunum. Aðallega sé um að ræða orkudrykki og svokölluð orkuskot, sem innihaldi mikið magn koffeins (> 150 mg/l), auk annarra örvandi efna, svo sem ginsengs og guarana. Flestir orkudrykkir innihaldi að auki jafnmikið eða meira af viðbættum sykri og gosdrykkir og það geti valdið ofþyngd og offitu. Koffein sé vanabindandi efni og börn og unglingar séu sérstaklega viðkvæm fyrir áhrifum þess. Koffein valdi útvíkkun æða, örari hjartslætti og auknu blóðflæði til allra líffæra. Einnig hafi koffein áhrif á öndun, meltingu og þvagmyndun. Mikil neysla á koffeini geti valdið höfuðverk, svima, skjálfta, svefnleysi, hjartsláttartruflunum og kvíða. Einstaklingsbundið sé hvenær of mikið magn koffeins fari að valda neikvæðum áhrifum. Miðað sé við að hámarksneysla fullorðinna á dag sé 400 mg, barnshafandi kvenna 200 mg og barna og unglunga 2,5 mg fyrir hvert kíló líkamsþyngdar. Mikilvægt sé að foreldrar og forráðamenn barna og unglunga fylgist vel með því að þau séu ekki að neyta orkuskota og koffeinríkra orkudrykkja og börn yfirhöfuð ekki orkudrykkja. Drykkirnir henti þeim ekki. Loks segir: „*Blandið ekki orkudrykk saman við áfengi þar sem dæmi eru um að einstaklingar hafi fengið miklar hjartsláttartruflanir við slíkar aðstæður*“.
40. Í upplýsingum um orkudrykki sem birtar voru á vefsíðu embættis landlæknis 29. nóvember 2019 segir að orkudrykkir séu drykkir með háu innihaldi koffeins auk þess sem algengt sé að þeir innihaldi vatnsleysanleg vítamín, stundum í miklu magni, og einnig tárín, glúkúronalaktón, amínósýrur o.fl. Orkudrykkir innihaldi ekki meiri orku (hitaeiningar) en margir aðrir drykkir og í dag sé í raun algengt að þeir séu hitaeingasnauðir. Þessara drykkja sé neytt með það að markmiði að ná fram örvandi áhrifum. Þá er áhrifum af neyslu koffeins lýst með sambærilegum hætti og í áður tilvitnuðum upplýsingum sem birtust á sömu vefsíðu 13. janúar 2010 og sömu viðmið eru tilgreind varðandi hámarksneyslu. Þá segir að tegundum orkudrykkja á markaði hér

á landi hafi fjölgað mikið síðustu ár auk þess sem orkudrykkir með mjög háu innihaldi koffeins séu komnir á markað. Hér á landi gildi þær reglur um orkudrykki sem innihaldi 150 mg/l af koffeini eða meira að merkja skuli vörurnar með orðunum „Inniheldur mikið af koffíni. Ekki æskilegt fyrir börn eða barnshafandi konur eða konur með barn á brjósti.“

41. Í tilvitnuðum upplýsingum á vefsíðu landlæknisembættisins er vísað til niðurstaðna kannana sem leiddu í ljós mikla aukningu á neyslu orkudrykkja bæði hjá nemendum í 8.–10. bekk og hjá nemendum í framhaldsskólum frá árinu 2016 til 2018. Enn fremur kemur fram að ef orkudrykkja er neytt með áfengi geri koffeinið það að verkum að menn séu síður meðvitaðir um hversu drukknir þeir séu og innbyrði þá oft meira áfengi. Niðurstöður rannsókna hafi tengt neyslu orkudrykkja við áhættuhegðun, sérstaklega þegar þeirra sé neytt með áfengi.
42. Í framlögðum upplýsingum um orkudrykki af vefsíðu Matvælastofnunar segir að svokallaðir orkudrykkir séu drykkir sem neytt sé með það að markmiði að ná fram örvandi áhrifum. Svokallaðir orkudrykkir innihaldi allir koffein og flestir innihaldi þar að auki önnur virk efni, svo sem ginseng eða útdrætti úr öðrum plöntum. Auk þess sé algengt að þessir drykkir innihaldi vatnsleysanleg vítamín og amínósýrur auk táríns ínósítóls og glúkúronalaktóns. Engin almenn skilgreining sé til fyrir svokallaða orkudrykki og innan Evrópu séu hvorki samræmdar reglur um hvaða efni þessir drykkir megi innihalda né í hvaða magni. Það sem sé sameiginlegt með öllum orkudrykkjum sé koffein. Heiti vöru gefi oft ekki til kynna að um orkudrykki sé að ræða og því þurfi að lesa vel innihaldslýsingu vöru. Flestir svokallaðir orkudrykkir á markaði á Íslandi innihaldi engan sykurlögmál og í dag séu til á markaði orkudrykkir sem innihaldi mjög mikið magn koffeins eða meira en almennt sé leyfilegt (320 mg/l).
43. Í framlögðum upplýsingum af vefsíðu Matvælastofnunar kemur fram að talað sé um íblöndun þegar næringarefnum, þ.e. vítamínum og steinefnum, er aukalega bætt í matvæli við framleiðslu þeirra. Meðal dæma sem nefnd eru um íblöndun er þegar koffeini er bætt í „svokallaða orkudrykki“. Algengt sé að koffeini sé blandað í drykkjarvörur og stundum í önnur matvæli vegna þeirra lífeðlisfræðilegu áhrifa sem það hafi. Það sé þá ýmist notað í formi hreins íblandaðs koffeins eða sem jurttir eða útdrættur úr jurttum sem innihaldi koffein, svo sem kaffibaunum, grænu tei, guarana, yerba maté og kakóbaunum.
44. Í upplýsingum um bragðefni, sem birtar voru á vefsíðu Matvælastofnunar, segir að gjarnan sé talað um að bragðskynjun í munnholi mannsins byggist aðeins á fjórum bragðefnum, sem séu sætt, salt, súrt og beiskt. Sem dæmi í tengslum við beiskt bragð eru nefnd efnin koffein, tannín og nikótín. Þá segir að bragðefni séu afurðir sem ekki séu ætlaðar til neyslu í óbreyttri mynd en sé bætt í matvæli til að gefa ilm og/eða bragð. Orðið

bragðefni sé yfirheiti yfir tiltekna flokka eða blöndur. Í því sambandi er m.a. nefndur undirflokkurinn *bragðgefandi efni* og koffein nefnt sem dæmi um slík efni.

45. Áhættumatsnefnd á sviði matvæla, fóðurs, áburðar og sáðvöru gaf árið 2021 út skýrslu sem ber heitið *Skýrsla um heilsufarslega áhættu vegna neyslu íslenskra ungmenna í framhaldsskólum á koffíni í drykkjarvörum*. Skýrslan var unnin í framhaldi af beiðni Matvælastofnunar. Í niðurstöðum skýrslunnar kemur fram að orkudrykkir vegi mjög þungt í heildarneyslu koffeins hjá íslenskum framhaldsskólanemum og neysla þeirra geti útskýrt að stórum hluta ástæður þess að mörg ungmenni fari yfir þau mörk sem geti haft neikvæð áhrif á svefn og þau öryggismörk sem sett hafi verið fyrir hjarta og æðakerfi. Hvað varðar skýringu á hugtakinu *orkudrykkur* kemur fram að orkudrykkir innihaldi „*koffín af mismunandi styrk ásamt öðrum efnum eins og taurine, D-glucurono-γ-lactone*“.
46. Í fjórum erlendum fræðigreinum sem stefndi hefur lagt fram, að hluta til í íslenskum þýðingum, er fjallað um áhrif áfengra orkudrykkja. Í grein frá ágúst 2014 sem ber heitið „*The Effect of Energy Drinks on the Urge to Drink Alcohol in Young Adults*“ eða í íslenski þýðingu „*Áhrif orkudrykkja á löngun ungmenna til að drekka áfengi*“, sem *Research Society on Alcoholism* gaf út (höfundar: Rebecca McKetin og Alice Coen), kemur fram að sýnt hafi verið fram á að orkudrykkir í bland við áfengi auki löngun einstaklingsins til að drekka meira áfengi, miðað við að drekka áfengi einvörðungu.
47. Í grein frá október 2014 sem *Frontiers* gaf út og ber heitið: „*Energy drink consumption in Europe: a review of the risks adverse health effects and policy options to respond*“, eða í íslenskri þýðingu: „*Neysla orkudrykkja í Evrópu: yfirferð á áhættum, skaðlegum heilsuáhrifum og stefnumöguleikum til að bregðast við*“ (höfundar: João Joaquim Breda, Stefhend Hugh Whiting, Ricardo Encarnação, Stina Norberg, Rebecca Jones, Marge Reinap og Jo Jewell) segir að heilsufarsleg áhætta vegna neyslu orkudrykkja tengist aðallega koffeininnihaldi þeirra en þörf sé á frekari rannsóknum sem meti langtímaáhrif neyslu algengra orkudrykkja. Þótt engin stöðluð skilgreining á „orkudrykk“ sé notuð í fræðiritum sé almennt litið svo á að það sé óáfengur drykkur sem innihaldi koffein (venjulega helsta innihaldsefnið), tárín, vítamín og stundum blöndu af öðrum innihaldsefnum (á borð við guarana og ginseng, á meðal annarra) og markaðssetningin geri út á skynjaðan eða raunverulegan ávinning hans sem örvandi drykkjar, til að bæta frammistöðu og auka orku.
48. Þrátt fyrir að orkudrykkir séu tiltölulega ný tegund drykkja hafi þeir fljótt orðið mikilvægur þáttur í djammmenningunni, sérstaklega meðal ungs fólks sem venjulega blandi orkudrykkjum saman við áfengi. Sífellt fleiri rannsóknir tengi orkudrykkjaneyslu við áhættusama hegðun, sérstaklega þegar þeirra sé neytt í bland við áfengi. Rannsókn á bandarískum háskólanemum hafi leitt í ljós að þeir sem sögðust sameina orkudrykki með áfengi væru líklegri til að upplifa slæmar afleiðingar eigin drykkju samanborið við þá

sem eingöngu drukku áfengi. Skaðlegar afleiðingar hafi m.a. falist í því að vera notfærð/ur eða notfæra sér einhvern kynferðislega, akstur með ölvuðum ökumanni og að verða fyrir meiðslum og slasast.

49. Neysla þess mikla magns af koffeini sem sé í orkudrykkjum dragi úr syfju án þess að draga úr áhrifum áfengis og það leiði til ástands „vökudrykkju“ sem haldi einstaklingnum vakandi lengur og geri honum kleift að halda áfram að drekka. Rannsóknir hafi sýnt að þótt neysla orkudrykkja með áfengi dragi verulega úr huglægri skynjun á sumum einkennum áfengiseitrunar, þar með talið skerðingu á hreyfisamhæfingu, sé engin raunveruleg minnkun á áhrifum áfengis á skerta hreyfisamhæfingu, viðbrögð, tíma eða styrk alkóhóls í útöndunarlofti. Jákvæð viðhorf og hugmyndir um áfengisblandaða orkudrykki bendi einnig til meiri neyslu. Að blanda saman orkudrykkjum og áfengi hafi einnig verið tengt við aukna ofdrykkju og vikuleg fyllerí.
50. Í grein frá nóvember 2014 sem *Elsevier* gaf út og ber heitið: „*A comprehensive review of the effects of mixing caffeinated energy drinks with alcohol*“ (höfundar: Rebecca KcKetin, Alice Coen og Sharlene Kaye) er lýst þeirri meginniðurstöðu að sífellt fleiri vísbendingar séu um að það að neyta orkudrykkja sem innihalda koffein í bland við áfengi geti aukið líkur á drykkjutengdum vandamálum, vegna áhrifa þeirra á ölvunarástand, en staðfesta þurfi orsakatengsl.
51. Í grein frá 2014 sem *American society for Nutrition* gaf út og ber heitið: „*Can Energy Drinks Increase the Desire for More Alcohol*“ eða í íslenskri þýðingu: „*Geta orkudrykkir aukið löngun í meira áfengi?*“ (höfundur: Cecile A. Marczinski) er því lýst að nýjar rannsóknir bendi til þess að blanda orkudrykkja sem innihalda koffein og áfengis geti verið áhættusamari en notkun áfengis eingöngu. Faraldsfræðilegar rannsóknir sýni að neysla áfengisblandaðra orkudrykkja sé algeng meðal ungra og ólögráða einstaklinga en það séu lýðfræðilegir hópar sem séu líklegri til að upplifa þann skaða og þær hættur sem fylgi áfengisneyslu. Að auki hafi hækkuð tíðni óhóflegrar drykkju og hætta á áfengisfíkn verið tengd notkun áfengisblandaðra orkudrykkja þegar hún sé borin saman við áfengi eitt og sér hjá öllum neytendum. Þegar orkudrykk (eða koffeini) sé blandað við áfengi verði löngunin (eða hvötin) til að drekka meira áfengi meira áberandi hjá bæði mönnum og dýrum en með sama skammti af áfengi einu saman.
52. Í grein frá 21. mars 2016 sem *Swiss School of Public Health* gaf út og ber heitið: „*Young adolescents who combine alcohol and energy drinks have a higher risk of reporting negative behavioural outcomes*“ eða í íslenskri þýðingu: „*Yngri unglingar sem blanda saman áfengi og orkudrykkjum eru í meiri hættu á að vera með neikvæðar hegðunarútkomur*“ (höfundar: Jana Houbcikova, Peter Kolarcik, Andrea Madarasova Geckovea, Eva Joppova, Jitse P. van Dijk og Sijmen A. Reijneveld) er lýst niðurstöðum rannsóknar á slóvenskum ungmennum sem leiddi í ljós að unglingar sem neyttu bæði

áfengis og orkudrykkja væru í meiri hættu á neikvæðri hegðun en jafnaldrar þeirra sem drukku eingöngu áfengi eða orkudrykki eða neyttu hvorugs. Neytendur áfengis og orkudrykkja hafi verið mjög líklegir til að taka þátt í slagsmálum.

#### *Gögn um markaðssetningu Shaker*

53. Í málinu liggja fyrir ýmis gögn um markaðssetningu *Cult Shaker* sem stefndi lagði fram. Í upplýsingum á vefsíðu framleiðandans, *Royal Unibrew*, segir að saga drykkjarins hafi hafist árið 1998 þegar upphafsmaður hans, Brian Sørensen, hafi verið mikið í mun að gestir næturklúbbs hans gætu dvalið þar aðeins lengur. Bragði drykkjarins hafi verið breytt í áranna rás og nú sé hann meðal þeirra orkudrykkja á dönskum markaði sem bragðist hvað best.
54. Í viðtali við Brian Sørensen, sem birt var á vefmiðli dagsblaðsins *Information* 21. apríl 2012 er haft eftir honum að skemmtistaðir hans hafi haft leyfi til að hafa opið til kl. 5 að morgni en gestir staðarins hafi þó almennt haldið heim um kl. 4 sem hafi leitt til þess að hann hafi orðið af tekjum. Þá hafi hann fengið þá hugmynd að hefja framleiðslu orkudrykkjar sem hann gæti blandað við áfengi. Sams konar upplýsingar eru hafðar eftir honum í viðtali sem birtist á vefmiðli dagblaðsins *Berlinske* 22. október 2009 og á vefmiðlinum *Bizz Up* 16. október 2017, sem og í grein um forsögu drykkjarins sem birtist í vef tímaritinu *Medium* 17. febrúar 2018.
55. Í frétt sem birtist á vefmiðlinum *Avisen.dk* 23. desember 2009 og ber yfirskriftina „*Alcohol advertising invites rape*“ er fjallað um markaðssetningu *Cult Shaker*. Þar kemur m.a. fram gagnrýni talskonu miðstöðvar fyrir þolendur nauðgana á auglýsingu á drykknum. Fréttinni fylgdi mynd af slíkri auglýsingu á vefsíðu *Cult* þar sem yfirskriftin var „*Party now. Apologize later!*“ Stefndi hefur lagt fram í málinu myndir af sambærilegum auglýsingum sem að sögn stefnda eru „af heimasíðu *Cult Shaker*“. Jafnframt var af hálfu stefnda lögð fram ákvörðun umboðsmanns neytenda í Danmörku, frá 1. janúar 2004, þar sem er að finna aðfinnslur vegna auglýsinga á drykknum. Enn fremur lagði stefnda fram þrjár ákvarðanir nefndar um áfengisauglýsingar í Danmörku, frá 9. febrúar 2006, 22. desember 2009 og 29. júní 2011, þar sem einnig er að finna aðfinnslur vegna auglýsinga á drykknum.
56. Í auglýsingu á *Cult Shaker* af vefsíðu netverslunarinnar *Allspirits*, sem stefndi lagði fram, kemur fram að drykkurinn hafi verið með fyrstu drykkjum sem samanstóðu af orkudrykk og áfengi til að koma á markað. Þá kemur fram í auglýsingu af vefsíðu netverslunarinnar *Viinikauppa* að um sé að ræða orkudrykk. Enn fremur er drykknum lýst sem blöndu af koffeini og áfengi í auglýsingu á vefsíðu netverslunarinnar *Netpris*. Þá er drykkurinn kynntur sem orkudrykkur með koffeini í auglýsingu á vefsíðu netverslunarinnar *Calle*. Sömuleiðis er drykknum lýst sem blöndu af koffeini og áfengi í netverslun *1001Spirits*.

*Tengsl Shaker Original og Cult Shaker*

57. Undir rekstri málsins lagði stefnandi fram yfirlýsingu frá Royal Unibrew um drykkina *Shaker Original*, *Cult Energy Activator* og *Cult Shaker*. Þar kemur fram að félagið framleiði *Shaker Original* en ekki *Cult Shaker*. Drykkur með síðarnefnda nafninu hafi verið settur á markað fyrir nokkrum árum af hálfu félagsins *Cult A/S* (alfarið í eigu einkahlutafélagsins *Ben.Con*) sem *Royal Unibrew* hafi eignast síðar. *Royal Unibrew* hafi ekki haldið áfram framleiðslu á *Cult Shaker*. Jafnframt liggur fyrir í málinu tilkynning *Royal Unibrew* um yfirtöku á *Bev.Con ApS*, framleiðanda *Cult Energy*, *Shaker* og *Mokai*, dags. 29. júní 2018. Þá liggur fyrir yfirlit af heimasíðu auglýsingastofunnar *ONAD* um þróun útlits umbúða *Cult Shaker* og *Shaker Original*. Þar sést að flöskur drykkjarins voru merktar *Cult Shaker* á árunum 2003–2011 en *Shaker Original* á árunum 2011–2018.

*Stefna stjórnvalda í áfengismálum*

58. Velferðarráðuneytið gaf í desember 2013 út skjal sem bar yfirskriftina *Stefna í áfengis- og vímuefnum til ársins 2020* og hefur verið lagt fram í málinu. Þar segir að í stefnuyfirlýsingum ríkisstjórna síðasta áratuginn hafi ítrekað komið fram áherslur er varði mikilvægi forvarna með sérstaka áherslu á vímuefnavandann. Auk þess sé víða í skýrslum og greinargerðum að finna tillögur og ábendingar til stjórnvalda um að móta sér skýra og markvissa áfengisstefnu. Með stefnunni og aðgerðaáætlun sem muni fylgja henni séu gefin skýr skilaboð til samfélagsins um hvert eigi að stefna og hvernig unnt sé með markvissum aðgerðum að draga úr andlegum, félagslegum og líkamlegum skaða og kostnaði einstaklinga, fjölskyldna, fyrirtækja og samfélagsins alls vegna neyslu vímuefna.
59. Í stefnunni segir að skaðleg neysla áfengis og annarra vímuefna hafi alvarleg áhrif á lýðheilsu og sé einn af helstu áhættuþáttum fyrir slæmri heilsu, ótímabærum dauðsföllum í aldurshópnum 25–29 ára og þróun langvinnra sjúkdóma eins og ákveðinna tegunda krabbameina og hjarta- og æðasjúkdóma, á alþjóðavísu. Skaðleg áhrif áfengisneyslu á aðra en neytandann sjálfan, stundum nefnd óbein áfengisneysla eða áhrif á aðra aðila, sé töluverð og hafi athyglin beinst meira að þessum þætti á undanförunum misserum. Meðal yfirmarkmiða sem skilgreind eru í stefnunni er að koma í veg fyrir að ungmenni byrji að nota áfengi eða aðra vímuefna. Gagnreyndar aðgerðir sem falli undir þetta yfirmarkmið séu meðal annars að sporna gegn markaðssetningu á áfengi til ungmenna. Þá segir í lokaorðum stefnunnar að mikilvægt sé við alla ákvarðanatöku stjórnvalda er varðar áfengi, ólögleg vímuefni og misnotkun ávana- og fíknilyfja og vefaukandi stera að lýðheilsusjónarmið séu höfð að leiðarljósi ásamt bestu þekkingu á virkum og árangursríkum aðgerðum.

## Helstu málsástæður og lagarök stefnanda

### *Einkaleyfi stefnda*

60. Stefnandi bendir á að samkvæmt lögum um verslun með áfengi og tóbak nr. 86/2011 hafi stefndi einkaleyfi til smásölu áfengis á Íslandi. Stefnandi sé því í yfirburðastöðu í samskiptum við birgja og reglur um aðgang að verslunum stefnda feli í sér úthlutun takmarkaðra gæða. Vegna stöðu stefnda sé ljóst að áfengi, svo sem *Shaker*, verði ekki selt í smásölu á Íslandi nema í verslunum stefnda. Ákvörðun stefnda um að synja sölu á *Shaker* sé sértæk og þungbær fyrir stefnanda. Gera verði ríkar kröfur til stefnda um að ákvarðanir og málsmeðferð séu í samræmi við lög og vandaða stjórnsýsluhætti.

### *Varan Shaker*

61. Varan *Shaker* sé síder (e. *cider*) sem sé gerjaður eplasafi, eplavín – með koffeini sem innihaldsbragðefni (e. *flavouring ingredient*) (d. *aroma*). Í vörunni sé hins vegar ekki að finna innihaldsefni á borð við vatnsleysanleg vítamín, amínósýrur, tárín, ínósítól eða glúkúrónólaktón. Þá séu í vörunni 68 hitaeningar (kílókalóríur) í hverjum 100 ml og koffeininnihald sé 150 mg/l eða 50 mg í sölueiningu. Innihald koffeins sé undir þeim mörkum sem kalli á varúðarmerkingar samkvæmt reglugerð nr. 1294/2014. Varan sé framleidd í Danmörku og uppfylli kröfur samnings um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins) um mat- og drykkjarvörur. Hún sé seld á EES-svæðinu sem síder, m.a. í almennum verslunum í Noregi. Þá sé varan seld sem síder í áfengiseinkasölu Færeyja.

### *Drykkir sem innihaldi koffein og matvælalöggjöf*

62. Lögum um matvæli nr. 93/1995 sé m.a. ætlað að tryggja gæði, öryggi og hollustu matvæla og að merkingar og aðrar upplýsingar séu réttar og fullnægjandi. Drykkjarvörur teljist til matvæla, þ.m.t. áfengir drykkir. Stefnandi beri skylda til að haga starfsemi sinni í samræmi við matvælalöggjöf.
63. Samkvæmt 4. gr. reglugerðar nr. 327/2010 um gildistöku reglugerðar ESB nr. 1925/2006 um íblöndun vítamína og steinefna og tiltekinna annarra efna í matvæli, sbr. reglugerð nr. 453/2014, þurfi að sækja um leyfi til Matvælastofnunar (MAST) fyrir framleiðslu, dreifingu eða innflutningi áfengis þar sem íblandað koffein sé hærra en 0 mg/l. Heimilt sé að hefja framleiðslu, markaðssetja eða flytja inn áfengi þegar leyfi MAST liggi fyrir eða ef afgreiðslu leyfis er ólokið eftir sex mánuði.
64. Ef drykkjavörur, þ.m.t. áfengi, innihalda koffein umfram 150 mg/l skuli setja varúðarmerkingu um koffeininnihald á vöru, sbr. 4. lið III. viðauka reglugerðar ESB nr. 1169/2011, sem lögtekin hafi verið með reglugerð nr. 1294/2014 um miðlun upplýsinga um matvæli til neytenda.
65. Evrópska matvælastofnunin (e. *European Food Safety Authority (EFSA)*) hafi sérstaklega fjallað um koffein og áhættu af neyslu þess. Þar komi fram sú afstaða að

einstök inntaka koffeins upp að 200 mg veki ekki áhyggjur um heilbrigði venjulegs einstaklings. Þá eigi dagleg neysla koffeins upp að 400 mg ekki heldur að vekja áhyggjur um heilbrigði hjá venjulegum einstaklingi, að undanskildum óléttum konum.

66. Stefnandi hafi sótt um leyfi MAST til markaðssetningar vörunnar 3. febrúar 2020. Umsóknin hafi ekki verið afgreidd innan sex mánaða og stefnandi hafi því verið heimilt að markaðssetja vöruna, en ekki sé deilt um það atriði.

*Ákvörðun stefnda verði ekki byggð á ákvæðum 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011*

67. Stefnandi telur að ákvörðun stefnda verði ekki byggð á ákvæðum 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 og hana beri að ógilda. Þannig telur stefnandi að ákvæðið stangist á við stjórnarskrá en einnig að ekki séu fyrir hendi skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins varðandi *Shaker*. Umrætt ákvæði veiti stefnda opna og óhefta heimild til að takmarka atvinnufrelsi og eignarrétt. Slíkt óheft framsal valds til framkvæmdavaldshafa sé í andstöðu við lagaáskilnaðarkröfur 75. gr. og 72. gr. stjórnarskrár og lögmætisreglu íslensks réttar, auk þrígreiningar ríkisvaldsins, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar. Ákvarðanir stefnda þurfi að samræmast lögum, þ.m.t. kröfum stjórnarskrár.

68. Við mat á beitingu heimildarákvæðis 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 beri að taka tillit til þess að stefndi sé einkasala og beri að gæta jafnræðis við val á vörum til sölu, sbr. 1. mgr. sömu lagagreinar. Þá skuli reglur um vöruval horfa til eftirspurnar neytenda og þess að tryggja birgjum möguleika á að koma vörum í sölu í áfengisverslunum, sbr. 5. mgr. Þannig gildi þær meginreglur við vöruval að áfengir drykkir og birgjar þeirra eigi að njóta jafnræðis við val á vörum þar sem horft skuli til eftirspurnar neytenda. Að mati stefnanda verði að túlka þröngt allar undantekningar frá meginreglum um vöruval samkvæmt 1. og 5. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011, enda feli þær í sér íþyngjandi ákvarðanir sem takmarki stjórnarskrárvarin réttindi. Þá telur stefnandi að íþyngjandi ákvörðun um sölusynjun verði ekki byggð á almennum sjónarmiðum sem eigi við um allar vörur sem stefndi selji.

69. Stefnandi byggir á því að 4. mgr. 11. gr. leggi ekki bann við því að selja áfenga drykki sem innihalda koffein. Þá sé óumdeilt að stefndi selji í verslun sinni fjölda drykkja sem innihaldi koffein. Þannig sé ljóst að áfengir drykkir sem innihaldi koffein séu almennt löglegir og til sölu og dreifingar í verslunum stefnda.

70. Stefnandi telur að hyggist stefndi víkja með íþyngjandi hætti frá meginreglum um vöruval og synja sölu lögmætrar vöru þurfi slík ákvörðun að byggjast á sérstökum, mikilvægum og sterkum rökum um viðkomandi vöru. Þá verði slík sölusynjun að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum og jafnræði, auk þess sem gæta þurfi meðalhófs. Stefnandi telur að ekki séu skilyrði til að hafna sölu á *Shaker* samkvæmt 4. mgr. 11. gr. og ákvörðun stefnda byggist á geðþótta.

71. Stefnandi telur að ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 geri ekki greinarmun á áfengum drykkjum sem innihalda koffein. Af því leiði að aðgreining stefnda á vörum eftir því hvort þeir teljist síder, öl eða líkjör hafi ekki lagastoð.
72. Af lögskýringargögnum verði ráðið að helst komi til greina að hafna sölu drykkja þar sem sterku áfengi er blandað saman við drykki sem innihaldi koffein. Þetta eigi ekki við um *Shaker* sem sé eplavín og einungis með 4,5% áfengisstyrkleika. Hins vegar eigi þetta frekar við um ýmsa líkjöra með koffeininnihaldi sem stefndi selji og hafi töluverðan áfengisstyrkleika.
73. Varan *Shaker* sé löglega markaðssett innan EES-svæðisins. Heimilt sé að selja vöruna í almennum verslunum í Noregi og hún sé einnig seld í ríkiseinkasölu Færeyja. Í ljósi þessa telji stefnandi að rökstyðja þurfi sérstaklega af hverju varan sé talin hættulegri á Íslandi en í ríkjum EES-svæðisins og Færeyjum þannig að réttlæta megi sölusynjun. Þau rök hafi ekki komið fram af hálfu stefnda.
74. Að mati stefnanda stangist það á við réttmætisreglu stjórnisýsluréttar að líta fram hjá lögmæti vöru og markaðssetningu í öðrum löndum við ákvörðun um sölusynjun samkvæmt 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011.
75. Varan *Shaker* hafi heimild til markaðssetningar samkvæmt matvælalöggjöf. Þá sé koffeininnihald vörunnar það lítið að ekki sé þörf á sérstökum varúðarmerkingum. Að mati stefnanda sé það staðfesting þess að varan sé markaðshæf og ekki hættuleg. Að mati stefnanda fari það gegn réttmætisreglu stjórnisýsluréttar að við ákvörðun um sölusynjun sé litið fram hjá niðurstöðu lögbundins umsóknarferlis MAST og því að varan þurfi ekki varúðarmerkingar samkvæmt matvælalöggjöf.
76. Stefnandi telur að ákvörðun stefnda um sölusynjun hafi ekki uppfyllt kröfur um málefnaleg sjónarmið og jafnræði með hliðsjón af þeim fjölda drykkja sem stefndi hafi samþykkt til sölu í verslunum sínum og innihaldi koffein. Í fyrsta lagi liggja fyrir að stefndi geti ekki sýnt fram á að söluvörur stefnda sem innihalda koffein hafi heimild til markaðssetningar samkvæmt matvælalöggjöf. Stefnandi telji að stefndi geti ekki hafnað vörunni *Shaker*, sem uppfylli kröfur matvælalöggjafar, á meðan hann selji vörur sem óvíst sé að uppfylli þær kröfur.
77. Í öðru lagi liggja ljóst fyrir að stefndi selji áfenga drykki með koffeini sem innihaldi meira áfengi og/eða koffein en *Shaker*. Í því sambandi bendir stefnandi sérstaklega á líkjörinn *Rökkva* (20% áfengisstyrkleiki) sem innihaldi um 195 mg/100 ml (1950 mg/l) af koffeini eða þrettánfalt magn koffeins í *Shaker* (15 mg/100 ml, 150 mg/l). Ef drukinn er einn kaffibolli af *Rökkva* (200 ml) fari neyslumagn koffeins vel yfir þau mörk sem matvælaöryggisstofnun Evrópu telji áhyggjuefni m.t.t. heilsusjónarmiða. Þessu til viðbótar selji stefndi einnig vörur sem innihaldi lakkrís í það miklum mæli að slíkt kalli

á sérstakar varúðarmerkingar. Þá selji stefndi drykki sem byggist á vinsælu sælgæti, eins og *Opal Vodkaskot*, *Tópas Vodkaskot* og *Ga-Jol-líkjör*, sem hætt sé við að höfði sérstaklega til ungs fólks. Loks hafi stefndi selt um 450.000 lítra af björnum *Tuborg Julebryg*, sem innihaldi lakkrís, á árinu 2021.

78. Í þriðja lagi sé ljóst að á heimasíðu stefnda sé beinlínis mælt með og haldið að öllum almenningi, þ.m.t. ungmennum, samblöndun kaffis og sterks áfengis. Þetta séu t.d. kokteilar eins og *Maxim's kaffi*, *Hot Shot*, *Espresso Martini* og *Irish coffee*.

*Fullyrðingar um að Shaker sé orkudrykkur*

79. Stefnandi telur að ákvörðun stefnda sé byggð á fyrir fram mótuðum skoðunum á *Shaker* sem styðjist ekki við staðreyndir, forsvaranlega rannsókn eða meðalhóf. Þannig byggist sölusynjun stefnda á þeim megingrundvelli að varan sé orkudrykkur og það eitt réttlæti sölusynjun. Stefnandi byggir á því að framangreind fullyrðing sé röng, auk þess sem hún byggist ekki á forsvaranlegri rannsókn. Þá verði ekki séð að 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 banni sérstaklega orkudrykki, a.m.k. ef ekki er um að ræða blöndun við sterkt áfengi. Í fyrsta lagi sé *Shaker* síder og markaðssettur sem slíkur á EES-svæðinu og í Færeyjum. Síðerar séu gerðir úr eplum og mismunandi tegundir seldar um allan heim. Áfengisstyrkleiki *Shaker* sé 4,5%. Í öðru lagi sé því ranglega haldið fram af stefnda að koffein innihald vörunnar sé ekki tilkomið vegna innihaldsefnis sem er ætlað að skapa vörunni málefnalega sérstöðu vegna bragðeinkenna og að ætla megi að hinu viðbætta koffeini sé gagngert blandað í vöruna til að ná fram þekktum örvandi áhrifum þess.
80. Framangreindar fullyrðingar stefnda séu ekki studdar neinum gögnum og stangist á við upplýsingar frá framleiðanda vörunnar um að koffeini sé blandað í *Shaker* sem bragðbætandi innihaldsefni. Þá komi sömu upplýsingar – um að koffein sé bragðbætandi innihaldsefni – fram á vörunni sjálfri á þýsku, ensku og dönsku, sbr. framlögð gögn þar að lútandi. Að mati stefnanda sýni umrædd gögn að koffein sé innihaldsefni í *Shaker* til þess að skapa vörunni bragð og karakter. Þannig sé íblöndun koffeins í *Shaker* undir sömu formerkjum og íblöndun í líkjöra eða öl sem flokkist sem stát og porter. Þá bendir stefnandi á að innihald koffeins í *Shaker* sé það lítið að ekki sé þörf á sérstökum varúðarmerkingum samkvæmt matvælalöggjöf.
81. Þessu til viðbótar telur stefnandi að engu breyti þótt fram komi á umbúðum vörunnar með áberandi hætti að hún innihaldi koffein. Það sama eigi við um ýmsar vörur sem stefndi selji, t.d. *Kaffibollu* og *Patron XO Cafe*, auk þess sem á umbúðum fleiri vara sé tilgreint skilmerkilega að þær innihaldi koffein. Þá geti glöggar innihaldsupplýsingar til neytenda, sem að auki séu yfir 20 ára gamlir, vart verið neikvæðar.
82. Þá byggji stefndi skilgreiningu sína á orkudrykkjum einkum á umfjöllun MAST um að orkudrykkir innihaldi koffein, séu gjarnan sætir, hitaeningasnauðir og innihaldi oft

vatnsleysanleg vítamín og amínósýrur auk táríns, ínósítóls og glúkúrónólaktóns, en drykkir sem innihaldi tárín og glúkúrónólaktón séu einkum varhugaverðir. Að mati stefnanda sýni gögn málsins að framangreint verði ekki heimfært á *Shaker*. Þannig innihaldi varan ekki vatnsleysanleg vítamín, amínósýrur, tárín, *ínósítól* og *glúkúrónólaktón*, sbr. upplýsingar í vöruvottun og sýnishorn sem bárust stefnda sama dag og umsókn og bréf frá framleiðanda vörunnar, dags. 15. desember 2021. Þessu til viðbótar geti *Shaker* ekki talist hitaeiningasnauður, enda sé orkuinnihald drykkjarins 287 kJ eða 68 kcal í hverjum 100 ml, sem sé meira en í sykrudu *Coca Cola* (180 kJ/42 kcal í hverjum 100 ml). Þannig standist framangreind fullyrðing stefnda enga skoðun. Enn fremur innihaldi *Shaker* mun minna koffeinmagn en drykkir sem sérstaklega séu markaðssettir á almennum markaði sem orkudrykkir og hafi fengið samþykki MAST, svo sem *Nooco* og *AminoPro* (báðir 55 mg/100 ml) og *Celsius* (56 mg/100 ml).

#### *Sjónarmið um neyslu- og kauphegðun*

83. Stefnandi byggir á því að sjónarmið í tilkynningu stefnda, dags. 24. nóvember 2021, um neyslu- og kauphegðun séu ómálefnaleg og skorti lagastoð, auk þess að vera ósönnuð. Stefndi geti ekki byggt ákvörðun um sölusynjun á almennt umfjöllun um neyslu íslenskra ungmenna á orkudrykkjum og vangaveltum um mögulega neysluhegðun þegar áfengiskaupaaldri verði náð í óráðinni framtíð. Stefndi hafi á engan hátt sýnt fram á að slíkar vangaveltur séu málefnaleg eða lögmæt sjónarmið. Þá séu engin gögn sem tengi *Shaker* við þessar vangaveltur. Enn fremur telur stefnandi að sjónarmiðum stefnda um markaðssetningu orkudrykkja gagnvart ungmennum verði ekki beint gegn *Shaker*. Fyrir utan það að ekki sé um orkudrykk að ræða sé 20 ára aldurstakmark í verslunum stefnda og óheimilt sé að auglýsa áfengi.
84. Stefndi hafi ekki sýnt fram á hvernig umbúðir eða fjöldi sölueininga síders, líkjörs eða öls geti verið málefnalegur eða lögmætur grundvöllur til að hafna sölu á *Shaker*. Það sama eigi við um almennar fullyrðingar um kauphegðun eða neyslu mismunandi hópa viðskiptavina stefnda. Þessu til viðbótar séu engin gögn lögð fram um meinta neyslu- og kauphegðun eftir óljósum hópum viðskiptavina eða hvernig sú skipting sé þá ákveðin eða hvaða þýðingu hún hafi að lögum fyrir vöru stefnanda. Enn fremur telur stefnandi að stefndi hafi enga lagaheimild til sölusynjunar vöru með vísan til neyslu- eða kauphegðunar samkvæmt óljósri hópaskiptingu, hvort sem er eftir aldri, tekjum, starfsstétt, búsetu, áfengistegundum, magnkaupum eða mögulega öðru.

#### *Sjónarmið um að hafna vörum sem innihalda koffein og eru með undir 6,5% áfengisstyrkleika*

85. Stefnandi telur að það sjónarmið stefnda að hann hafi hingað til hafnað áfengum drykkjum undir 6,5% styrkleika sem innihalda viðbætt koffein skorti lagastoð og sé ómálefnalegt, auk þess sem framangreind fullyrðing sé röng. Þá breyti fyrri ákvarðanir

stefnda engu um lögmæti umþrættar ákvörðunar, enda þurfi málsatvik, málsástæður og lagarök ekki að vera hin sömu.

86. Stefnandi bendir á að ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 geri ekki greinarmun á áfengistegundum með koffeininnihaldi undir og yfir 6,5% áfengisstyrkleika. Þannig hafi stefndi með framangreindu viðmiði sett sérstaka takmörkun sem ekki sé að finna í lögum, andstætt lögmætisreglu íslensks réttar. Það sé gert þótt af lögskýringargögnum megi álykta að sterkara áfengi eigi frekar heima undir áðurnefndu ákvæði. Þá sé framangreind fullyrðing röng enda hafi stefndi selt vöruna *Cult Shaker*, með áfengisinnihald 4,5–5,4% á árabílinu 2006–2009 og hafi einnig selt vöruna *Smirnoff Ice Double Black*, með áfengisinnihaldi 4,7%, samkvæmt eigin upplýsingum.

#### *Valdþurrð*

87. Stefnandi byggir á því, að það hafi ekki verið valdbær aðili hjá stefnda sem tók hina umþrættu ákvörðun. Að mati stefnanda hvíli á forstjóra stefnda að taka þær ákvarðanir sem varða starfsemina, einkum íþyngjandi ákvarðanir sem beinast að borgurunum. Þótt svokallað innra valdframsal kunni að vera heimilt í einhverjum mæli innan stofnunar telji stefnandi að um slíkt framsal gildi lágmarkskröfur samkvæmt meginreglum stjórnarsýsluréttar. Það sé lágmarkskrafa að valdframsal sé skráð til að uppfylla kröfur um réttaröryggi og vandaða stjórnarsýsluhætti. Einnig þurfi sá starfsmaður sem vald er framselt til að hafa menntun og reynslu til að geta tekið ákvörðun á forsvaranlegum grunni. Fyrir liggir að tiltekinn lögfræðingur hjá stefnda hafi tekið hina umþrættu ákvörðun um sölusynjun. Af gögnum málsins sé ljóst að ekki er að finna almennar skráðar reglur um valdframsal hjá stefnda og telja verði að umræddur lögfræðingur hafi ekki fengið sérstakt umboð til töku hinnar umþrættu ákvörðunar. Þannig liggir ekki fyrir skráð valdframsal, auk þess sem stefnandi telji að viðkomandi starfsmaður hafi ekki þá fagþekkingu sem þurfi um efnisinnihald og eðli vörunnar til töku hinnar umþrættu ákvörðunar.

#### *Rannsóknarskylda stefnda*

88. Stefnandi byggir á því að við meðferð málsins hafi stefndi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttarins. Þannig sé synjun stefnda einkum byggð á almennum sjónarmiðum eða fullyrðingum stefnda um vöruna eða önnur atriði. Verulega skorti á að stefndi hafi aflað fullnægjandi gagna m.t.t. málsatvika og réttarheimilda til að taka efnislega rétta ákvörðun. Þannig byggist ákvörðun stefnda á því að *Shaker* sé orkudrykkur og koffein sé ekki innihaldsefni til þess að gefa bragðeinkenni heldur til að ná fram örvandi áhrifum. Að mati stefnanda styðjist sú niðurstaða stefnda ekki við nein haldbær gögn heldur einungis geðþóttamat.
89. Þá byggir stefnandi á því að stefndi hafi ekki sýnt fram á að upplýsingar frá framleiðanda vörunnar og á umbúðum hennar um að koffein sé bragðbætandi innihaldsefni séu rangar.

Jafnframt telur stefnandi að stefndi hafi ekki sýnt fram á að neysla á *Shaker* sé hættulegri en neysla annarra vara sem hann selur og innihaldi koffein eða önnur örvandi efni, svo sem lakkrís. Stefndi hafi ekki heldur sýnt fram á að varan, sem sé á markaði í öðrum löndum EES og Færeyjum, hafi sérstaka hættueiginleika fyrir íslenska neytendur.

90. Stefnandi byggir einnig á því að stefnda skorti sérþekkingu til að meta flókin atriði varðandi innihald matvæla, enda hafi hann upplýst það sjálfur í samskiptum við fjármála- og efnahagsráðuneytið.
91. Þá telur stefnandi að stefndi setji fram ýmsar fullyrðingar sem ekki verði séð að hafi þýðingu að lögum eða styðjist við gögn, t.d. um neyslu- og kauphegðun.
92. Að síðustu bendir stefnandi í þessu sambandi á að stefndi hafi sett fram þær röngu og ósönnuðu fullyrðingar að draga megi þá ályktun af „smökkun sérfræðinga“ hans að koffein sé ekki bragðbætandi innihaldsefni. Engin gögn hafi verið lögð fram um að slík smökkun hafi átt sér stað, hverjir hafi staðið að henni eða hver hafi verið niðurstaðan – þrátt fyrir áskorun þess efnis. Liggi slík gögn fyrir telur stefnandi – óháð efnislegri afstöðu til þeirra – að andmælaregla hafi verið brotin.

#### *Andmælaregla*

93. Stefnandi byggir á því að hann hafi ekki notið raunverulegs andmælaréttar heldur hafi sá réttur einungis verið til málamynda. Þannig hafi málsmeðferð stefnda frá upphafi byggst á þeirri fyrir fram mótuðu afstöðu að synja ætti um sölu á *Shaker*. Þetta megi t.d. sjá af tilkynningum um fyrirhugaða höfnun, þar sem fullyrt sé að ekki verði séð að andmæli muni hafa áhrif, og þeirri staðreynd að stefndi hafi ekki aflað neinna gagna um eiginleika vörunnar.
94. Stefnandi telur að stefndi hafi einnig torvelað nýtingu andmælaréttar með takmarkaðri og ónákvæmri upplýsingagjöf. Þannig virðist stefndi ekki hafa yfirsýn yfir þá koffeindrykki sem hann selji og veittar upplýsingar um koffeindrykki hafi verið takmarkaðar. Þær hafi a.m.k. ekki innihaldið átta tegundir sem stefndi selji, svo sem *Ugly Duck*, *Imperial Porter*, *Tia Maria* og *Kahlua*. Þá hafi stefndi byggt ákvörðun sína á tilvísun til fullyrðinga án þess að leggja fram gögn þeim til staðfestingar.

#### *Meðalhófsregla*

95. Stefnandi telur að ákvörðun stefnda samræmist ekki meðalhófi. Stjórnvöldum beri að gæta varfærni og ganga ekki lengra en nauðsyn krefji í hverju tilviki. Þá geti almennar fullyrðingar stefnda um vöruna ekki myndað fullnægjandi grunn undir íþyngjandi aðgerðir eins og sölusynjun. Stefndi hafi ekki sýnt fram á að rök standi til þess að gera strangari kröfur til markaðssetningar *Shaker* en leiði af matvælalöggjöf. Þá hafi stefndi ekki sýnt fram á rök fyrir því að varan sé hættuleg á Íslandi en ekki í öðrum ríkjum EES-svæðisins og Færeyjum.

96. Stefnandi byggir á því að hafi stefndi áhyggjur af koffeininnihaldi í *Shaker* og telji þörf á sérstökum merkingum (umfram reglur MAST) hefði hann getað sett fram kröfur um slíkt. Ef stefndi taldi merkingar um koffein of áberandi á umbúðum hefði hann einnig getað farið fram á breytingu á umbúðum. Stefnandi taki þó enga afstöðu hér til þess hvort slíkar kröfur hefðu verið málefnalegar eða lögmætar.

### **Helstu málsástæður og lagarök stefnda**

#### *Ákvörðunin byggist á skýrri lagaheimild*

97. Stefnandi byggir á því að ákvörðunin sem málið snýst um byggist á skýrri og ótvíræðri lagaheimild í 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak. Samkvæmt ákvæðinu sé stefnda heimilt að hafna áfengi sem innihaldi koffein og önnur örvandi efni. Sambærilegt ákvæði sé að finna í 30. gr. reglugerðar nr. 1106/2015 um vöruval, innkaup og dreifingu ÁTVR á áfengi.
98. Stefnandi hafnar því alfarið að lagaheimildin standist ekki lagaáskilnaðarkröfur stjórnarskrárinnar. Heimildin sé lögbundin og skýr og hafi beiting hennar í því tilviki sem mál þetta snýr að byggst á málefnalegum sjónarmiðum. Ákvörðun stefnda hafi verið í samræmi við fyrri ákvarðanir vegna sambærilegra vara sem innihaldi koffein. Því sé alfarið hafnað að ákvörðunina skorti lagastoð, hún sé ómálefnaleg eða sé byggð á geðþótta eins og haldið sé fram í stefnu málsins.
99. Ágreiningslaust sé í máli þessu að varan *Shaker* sé gosblandaður áfengur drykkur sem innihaldi koffein. Áfengi sé skilgreint í 2. gr. áfengislaga nr. 75/1998 sem hver sá neysluhæfur vökvi sem í sé að rúmmáli meira 2,25% af hreinum vínanda. Þá telur stefndi óumdeilanlegt með vísan til gagna málsins að varan hafi verið markaðssett af framleiðanda hennar sem áfengisblandaður orkudrykkur (e. *energy drink*) og að tilgangur koffeins sem viðbættis innihaldsefnis sé þekkt örvandi áhrif efnisins.

#### *Lagaumhverfi áfengismála og vöruval ÁTVR*

100. Um langan aldur hafi gilt hér á landi strangar reglur í áfengismálum með ýmsum takmörkunum á aðgengi almennings að áfengi. Það lagaumhverfi sem við búum við nú á dögum hafi tekið að mótast eftir gildistöku bannlaganna svokölluðu sem sett voru árið 1915. Með bannlögunum hafi innflutningur og sala áfengis verið bönnuð með öllu hér á landi. Með lögum nr. 62/1921 um einkasölu á áfengi hafi verið veitt undanþága frá bannlögunum vegna viðskiptalegra hagsmuna Íslendinga sem falið hafi í sér að ríkið tók að sér einkasölu á spænsku víni. Áfengisverslun ríkisins hafi verið stofnuð á grundvelli laganna árið 1922. Hún hafi verið starfrækt síðan og haft einkasöluleyfi á áfengi í smásölu.
101. Þá sé rétt að taka fram að Evrópuþómsráðið hafi í máli C-189/95 (*Franzén gegn sænska ríkinu*) staðfest að ríkiseinkasala með áfengi rúmist innan marka Evrópuréttar, að því

gefnu að hún samræmist þeim lýðheilsuáhrifum sem hvert ríki setji sér og að markmiðunum verði að mati ríkisins ekki náð með vægum móti. Þessar áherslur endurspeglast í yfirlýsingu ríkisstjórna Finnlands, Íslands, Noregs og Svíþjóðar um áfengiseinkasölur í tengslum við EES-samninginn, sem hér hafi verið fullgiltur með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Yfirlýsingin sé svohljóðandi: „*Með fyrirvara um skuldbindingar sem leiðir af samningnum áréttar Finnland, Ísland, Noregur og Svíþjóð að áfengiseinkasölur ríkjanna eru grundvallar á mikilvægum sjónarmiðum er varða stefnu þeirra í heilbrigðis- og félagsmálum.*“

102. Núgildandi lög um verslun með áfengi og tóbak nr. 86/2011 hafi tekið gildi 30. júní 2011. Í athugasemdum við frumvarp til laganna sé rakið að með lögnum sé lögfest áfengisstefna íslenskra stjórnvalda en í henni felist áframhaldandi aðhald í áfengismálum. Í 2. gr. laganna segi að markmið þeirra sé að skilgreina umgjörð um smásölu áfengis sem byggist á bættri lýðheilsu og samfélagslegri ábyrgð, að takmarka og stýra aðgengi að áfengi og draga þannig úr skaðlegum áhrifum áfengisneyslu ásamt því að vernda ungt fólk gegn neyslu áfengis og takmarka framboð á óæskilegum vörum.
103. Aðhaldssöm áfengisstefna stjórnvalda hér á landi grundvallast á því markmiði að tryggja almannahailbrigði og vinna gegn misnotkun áfengis, sbr. einnig 1. gr. áfengis laga nr. 75/1998. Byggist framangreint á þeirri staðreynd að áfengi sé ekki eins og hver önnur neysluvara. Skaðsemi áfengisneyslu fyrir heilsu fólks, félagslega stöðu þess og efnahag sé þekkt.
104. Meginstoðir áfengisstefnunnar felist í því að takmarka aðgengi að áfengi, banna auglýsingar með það og hefta markaðssetningu þess að öðru leyti. Aðgengi almennings að áfengi sé meðal annars takmarkað með þeim hætti í lögum að háar aldurstakmarkanir séu við áfengiskaup og takmarkanir séu á opnunartímum vínbúða og söludögum. Einnig sé fjöldi vínbúða takmarkaður og sú leið hafi verið farin hér á landi að hafa verð á áfengi hátt. Þá sé innflutningur, framleiðsla og heildsala áfengis leyfisbundin starfsemi.
105. Þessi afskipti ríkisvaldsins helgist af því að áfengi sé ekki hefðbundin neysluvara enda sé áfengi vímuefni og það sé alkunna að óhófleg neysla þess geti haft skaðleg áhrif á neytandann og umhverfi hans. Íslensk stjórnvöld séu ekki ein á báti þegar komi að markmiðssetningu og strangri og aðhaldssamri stefnumótun í áfengismálum. Alþjóðaheilbrigðisstofnunin (WHO) hafi gefið út stefnu sína í áfengismálum. WHO, sem sé ein af stofnunum Sameinuðu þjóðanna, hafi lagt áherslu að það í stefnumótun sinni að draga eigi úr neyslu áfengis, sérstaklega hjá ungu fólki. Í því skyni hafi WHO lagt til ýmsar aðgerðir sem miði að því að vernda börn og unglunga gegn kynningum og auglýsingum (e. *promotion*) á áfengi ásamt því að beina þeirri áskorun til framleiðenda áfengis að beina (e. *target*) ekki vörum sínum að börnum og unglungum.

106. Í athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 86/2011 segi að ÁTVR gegni mikilvægu hlutverki í því hvernig stjórnvöldum takist til við að ná markmiðum laganna og að eitt öflugasta tækið til þess sé ríkisrekin áfengisverslun með einkaleyfi til smásölu áfengis, sbr. 7. gr. laga nr. 86/2011 og 10. gr. áfengislaga nr. 75/1998. Í athugasemdunum segi einnig að lögð sé áhersla á að styrkja stöðu ÁTVR sem einkasölu og veita stofnuninni tæki til að framfylgja áfengisstefnunni með virkari hætti. Þá hafi verið lögfest ákvæði um samfélagslega ábyrgð ÁTVR, sbr. 13. gr. laganna.
107. Alþjóðheilbrigðisstofnunin hafi ályktað á sama veg, þ.e. að ríkiseinkasala sé öflugasta tækið í áfengisforvörnum og hafi hvatt ríki, þar sem ríkiseinkasala er, til þess að halda því fyrirkomulagi við.
108. Eins og framangreint beri með sér gegni ÁTVR lykilhlutverki í framkvæmd áfengisstefnunnar hér á landi. Með einkasöluleyfinu sé tryggt að stjórnvöld geti haft eftirlit með og stjórn á sölu áfengis í smásölu og þannig tryggt að áfengisstefnan sé virt í framkvæmd. Í því felist meðal annars að ÁTVR velji þær vörur sem fari í sölu í vínbúðum fyrirtækisins.
109. Stór þáttur í framkvæmd áfengisstefnunnar sé því framkvæmd reglna um vöruval ÁTVR og beiting heimilda ÁTVR til að hafna vörum sem löggjafinn hafi metið óæskilegar. Stefndi taki í þessu samhengi fram að EFTA-dómstóllinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að vöruvalskerfi ÁTVR teljist „*naudsynlegur liður í starfsemi einkasölnunnar og þar með óaðgreinanlegur þáttur frá þeirri starfsemi*“, sbr. ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli E-19/11 (*Vín-Trío gegn íslenska ríkinu*).
110. Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. laga nr. 86/2011 skuli stefndi haga starfsemi sinni í samræmi við áfengislög, tóbaksvarnalög og stefnu stjórnvalda á hverjum tíma. Með heimild í 11. gr. laga nr. 86/2011 hafi fjármálaráðherra sett reglugerð nr. 1106/2015 um vöruval, innkaup og dreifingu ÁTVR á áfengi. Samkvæmt 3. gr. reglugerðarinnar skuli ÁTVR fara með framkvæmd reglugerðarinnar og haga framkvæmdinni „*í samræmi við ákvæði laga nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak og reglugerðar nr. 756/2011 um Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins, ákvæði áfengislaga nr. 75/1998 og stefnu íslenskra stjórnvalda í áfengismálum á hverjum tíma.*“
111. Með vísan til alls framangreinds sé ljóst að stefndi hafi ekki „opna og óhefta“ heimild við töku ákvarðana um að hafna áfengi heldur byggist allar ákvarðanir stefnda á lögum, stjórnvaldsfyrirmælum og stefnu íslenskra stjórnvalda í áfengismálum. ÁTVR hafi lögbundnu hlutverki að gegna við framkvæmd áfengisstefnunnar sem byggist á sjónarmiðum um almannahagsmuni, heilbrigði og lýðheilsu.

*Heimildir stefnda til að hafna óæskilegum vörum, svo sem vörum sem innihalda koffein*

112. Í athugasemdum við frumvarp til laga nr. 86/2011 segi um heimild ÁTVR til þess að hafna áfengi sem innihaldi koffein og önnur örvandi efni að nú þegar sé á markaði framboð vöru þar sem sterku áfengi sé blandað saman við orkudrykki. Rannsóknir hafi sýnt fram á að neysla slíkra vara sé mjög skaðleg bæði fyrir einstaklinginn og samfélagið. Slíkir drykkir leiði til þess að neytandinn finni síður fyrir ölvun en sé þó undir áhrifum. Neytendur í því ástandi séu líklegri til að setjast undir stýri þar sem þeir telji sig ekki ölvaða. Ásamt þessu geti mikið heilsufarslegt tjón hlotist af neyslu þessara drykkja.
113. Með framangreindum ummælum í frumvarpinu sé vísað til þekktra áhrifa af samblöndun áfengis, sem hafi sljóvgandi áhrif, og orkudrykkja sem innihaldi koffein, sem hafi örvandi áhrif. Lagaheimildin og athugasemdir um hana í frumvarpi til laganna beri með sér skýran vilja löggjafans til þess að sporna við þróun tiltekinna neysluvenja sem þyki sérstaklega skaðlegar. Mat löggjafans í þeim efnum byggist á rannsóknum og reynslu af skaðsemi blöndunar áfengis og örvandi efna eins og koffeins.
114. Stefndi telji þá staðreynd að hugtakið orkudrykkur sé ekki skilgreint í íslenskum lögum ekki hafa neina efnislega þýðingu fyrir úrlausn málsins þar sem lagaheimild stefnda til að hafna áfengi vísi til áfengis „*sem inniheldur koffein*“ en ekki hugtaksins orkudrykkur. Stefndi hafi hins vegar vísað til þess að drykkurinn *Shaker* beri einkenni þess að flokkast sem orkudrykkur eins og hugtakið hafi verið skilgreint.
115. Af umfjölluninni verði ráðið að orkudrykkur sé samheiti drykkja sem innihaldi koffein, stundum til viðbótar við önnur örvandi efni og vítamín, og markmið með neyslu þeirra sé að ná fram örvandi áhrifum. Orkudrykkir séu gjarnan sætir, með ávaxtabragði, hitaeningasnauðir, gjarnan kolsýrðir (gosblandaðir) og í óendurlokanlegum umbúðum (glerflösku eða áldós). Markaðssetning orkudrykkja beinist yfirleitt að ungu fólki sem sé jafnframt aðaláhættuhópurinn hvað varðar ofneyslu orkudrykkja.
116. Koffein sé ávanabindandi efni sem valdi m.a. örari hjartslætti, útvíkkun æða og auknu blóðflæði. Ef koffeins er neytt í miklu magni geti það haft ýmis óæskileg áhrif á heilsu og líðan fólks. Það geti t.a.m. valdið hjartsláttartruflunum, kvíða, hækkuðum blóðþrýstingi, svima og ógleði.
117. Eins og framlagðar vísindagreinar sýni bendi rannsóknir til þess að neysla á áfengi blönduðu með örvandi efnum geti leitt til aukinnar ölvunar, einkum meðal ungs fólks, þar sem efnin hafi þau áhrif að neytandinn verði síður var við ölvun sína og verði líklegri til að neyta meira magns áfengis með aukinni hættu á alvarlegum afleiðingum, svo sem slysum, ölvunarakstri og almennt neikvæðum heilsufarslegum afleiðingum. Rannsóknir hafi sýnt fram á að neysla áfengis og orkudrykkja sé skaðleg bæði fyrir einstaklinginn og samfélagið. Þá bendi rannsóknir til þess að alvarlegar afleiðingar af misnotkun áfengis séu algengari meðal þeirra sem neyta áfengisblandaðra orkudrykkja, t.d. ofdrykkja,

áfengiseitranir, hjartsláttartruflanir, slys, ofbeldi og árásgirni. Þá hafi verið bent á að vegna þess að orkudrykkir séu gjarnan sætir og bragðgóðir sé hætta á því að fólk drekki marga drykki í hvert sinn.

118. Stjórnvöld hér á landi, landlæknir og Matvælastofnun, sem og stjórnvöld og fræðimenn víðsvegar um heim, hafi séð ástæðu til að vara sérstaklega við óaskilegum áhrifum af neyslu orkudrykkja og sérstaklega blöndun orkudrykkja og áfengis. Landlæknisembættið hafi gefið almenningi skýr skilaboð um að blanda ekki orkudrykkjum saman við áfengi þar sem dæmi séu um að einstaklingar hafi fengið miklar hjartsláttartruflanir við slíkar aðstæður. Landlæknisembættið hafi einnig bent á að niðurstöður rannsókna hafi tengt neyslu orkudrykkja við áhættuhegðun, sérstaklega þegar þeirra sé neytt með áfengi. Rannsóknir hafi sýnt að neysla íslenskra ungmenna á orkudrykkjum sé með því mesta sem þekktist í Evrópu, sbr. framlögð gögn.

*Nánar um ákvörðun stefnda – samanburður við aðrar vörur sem innihalda koffein*

119. Stefndi telur ákvörðun um að hafna vörunni *Shaker* að öllu leyti málefnalega og hafa skýra stoð í 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011. Þá telur stefndi að ákvörðunin sé í samræmi við markmið lagaumhverfis áfengismála hér á landi og áfengisstefnuna sem ÁTVR ber að leggja til grundvallar í allri starfsemi sinni eins og áður er rakið. Óumdeilt sé að varan *Shaker* innihaldi koffein. Það er mat stefndu að það sé ekki tilkomið vegna innihaldsefnis sem sé ætlað að skapa vörunni málefnalega sérstöðu vegna bragðeinkenna. Með vísan til magns koffeins í vörunni og áletrana á umbúðum hennar verði ekki annað ráðið en að hinu viðbætta koffeini sé gagngert bætt í vöruna til að ná fram þekktum áhrifum þess sem örvandi efnis og styðjist sú ályktun við markaðssetningu framleiðanda drykkjarins.
120. Í smökkun sérfræðinga ÁTVR hafi vörunni verið lýst svo: „*Ljósullinn. Sætur, léttur, sýruríkur, kolsýrður. Epli, krydd.*“ Koffein, sem hafi beiskt bragð, hafi ekki greinst við smökkun. Stefndi taki fram að hreint koffein hafi engan ilm heldur sé það hvítt lyktarlaust duft. Fáí framlögð yfirlýsing núverandi framleiðanda drykkjarins um að koffeini sé blandað í drykkinn „*as a flavouring ingredient*“ því varla staðist, enda er enska orðið *flavour* samheiti yfir bragð og lykt. Koffein eitt og sér hafi ekki þau einkenni sem það hugtak vísi til.
121. Hreint koffein sé notað í þjálfun smakkara hjá stefnda og sé reynslan sú að beiskt bragð koffeins hafi fyrst greinst þegar magn þess, blandað við vatn, hafi verið á bilinu 40–80 mg. Enn meira magn af koffeini þurfi í sæta drykki eins og *Shaker* til þess að beiskt bragð þess greinist enda vegi sæta upp á móti beisku bragði.
122. Eins og framlagðar ljósmyndir beri með sér sé varan *Shaker* í 330 ml áldós og með áberandi áletrun sem segir „*ALCOHOL & CAFFEINE*“. Samkvæmt flokkunarkerfi

ÁTVR flokkist varan í annaðhvort vöruhópin *síder* og *síderblöndur* eða *blandaðir drykkir undir 6,5%*.

123. Stefndi hafnar þeim sjónarmiðum stefnanda sem byggð eru á jafnfræði enda séu aðrar vörur sem stefndi selji og innihaldi koffein ósambærilegar í öllu tilliti. Eins og skýrt sé í bréfi stefnda til stefnanda, dags. 24. nóvember 2021, séu þær vörur sem innihaldi koffein og séu í sölu í vínbúðum stefnda að meginstefnu til í tveimur vöruhópum, annars vegar *líkjörar* og hins vegar *öl – stát og porter*. Innihald koffeins í þessum drykkjum sé yfirleitt afleiðing þess að kaffi sé blandað í vörurnar vegna bragðeinkenna kaffis, en kaffi hafi bæði bragð og einkennandi lykt. Umræddir vöruhópar innihaldi ekki sídera eða síderblöndur eða vörur sem flokkist sem orkudrykkir eða hafi einkenni orkudrykkja.
124. Vöruhópurinn *líkjör* sé ekki stór í vörusafni stefnda eða um 0,4–0,5% af heildarsölu miðað við heildarlíttra- og einingasölu. Samkvæmt sölutölum stefnda hafi viðskiptavinir í 93% tilvika keypt eina sölueiningu af viðkomandi vörutegund. Almenn einkenni líkjöra séu nokkuð hár styrkleiki vínanda og hátt söluverð. Umbúðir séu endurlokanlegar og geymsluþol vörunnar almennt gott. Umbúðir séu gjarnan glerflaska, 500 ml eða stærri. Merkingar á umbúðum vísi gjarnan til þess að varan henti til kokteílagerðar. Einkenni líkjöra séu að þeir eru að jafnaði mjög sætir, alkóhólríkir og með afgerandi bragði. Koffeininnihald líkjöra sé afleiðing þess að kaffi sé meðal innihaldsefna vörunnar. Kaffi sé blandað í vöruna vegna bragðeinkenna og iðulega vísað til kaffibragðs á umbúðum. Óþekkt sé að koffeini sé blandað í líkjöra til að ná fram örvandi áhrifum. Áherslumerkingar um að líkjörar innihaldi koffein séu óþekktar í vörusafni stefnda. Drykkir eins og *Tia Maria* og *Kahlua*, sem stefnandi vísi til, innihaldi kaffi vegna bragðeinkenna og hafi umbúðir drykkjanna að geyma skírskotun til þess, ólíkt því sem stefnandi haldi fram.
125. *Öl – stát og porter* sé undirflokkur bjórs og njóti töluverðrar sérstöðu. Af tæplega 1.000 bjórtegundum hafi tæplega 90 vörutegundir verið í undirflokknum *öl – stát og porter*. Hlutfall undirflokksins af heildarlíttra- og einingasölu bjórs sé 0,7% og 0,6%. *Öl – stát og porter* sé mun minni magnsöluvara en bjór almennt. Samkvæmt sölutölum stefnda hafi viðskiptavinir í 45% tilvika keypt eina sölueiningu af viðkomandi vörutegund í þessum flokki. Meðalstyrkleiki vínanda sé um 9%. Meðalsöluverð sé umtalsvert hærra en ef litið er til alls bjórs. Bragðeinkennum sé almennt lýst sem kröftugu ristudu bragði, malti. Óþekkt sé að koffeini sé blandað í *öl – stát og porter* til að ná fram örvandi áhrifum og séu áherslumerkingar um að slíkar vörur innihaldi koffein óþekktar í vörusafni stefnda.
126. Eins og framangreint beri með sér tilheyri varan *Shaker* hvorki vöruhópnum *líkjörar* né *öl – stát og porter*. Um ólíka vöruhópa sé að ræða hvað varðar umfang, neyslu- og kauphegðun, sem og vegna ólíks eðlis, svo sem bragð- og karaktereinkenna, umbúða og

síðast en ekki síst tilgangs koffeins sem innihaldsefnis. Auk þess liggi fyrir að áfengisblandaðir gosdrykkir (orkudrykkir) höfði sterklega til yngri aldurshópa, ólíkt hinum vöruhópunum tveimur. Engar vörur í vörusafni ÁTVR séu sambærilegar *Shaker*, þ.e. áfengisblandaðir síderar eða síderblöndur sem innihaldi koffein.

127. Sú ákvörðun stefnda sem mál þetta varðar hafi verið málefnaleg og í samræmi við fyrri ákvarðanir stefnda um sambærilegar vörur, eins og nánar sé rakið í bréfi stefnda, dags. 24. nóvember 2021. Stefndi árétti að reglur stjórnsluréttarins um málefnaleg sjónarmið feli í sér að líta beri til þeirra hagsmuna sem lög eigi að tryggja en ekki einhverra annarra hagsmuna eða markmiða. Við töku matskenndra stjórnvaldsákvarðana þurfi stjórnvöld, eðli málsins samkvæmt, að horfa til ákveðinna sjónarmiða sem gjarnan séu kölluð skyldubundin sjónarmið. Þannig sé stjórnvöldum skylt að byggja mat sitt á þeim sjónarmiðum sem glögglega komi fram í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum og ætlunin sé að dregin séu inn í matið. Beri þá stjórnvöldum almennt að byggja ákvarðanir sínar á sjónarmiðum sem augljóslega séu til þess fallin að ná fram markmiðum þeirra laga sem ákvörðunin sé byggð á. Stefndi hafi gætt fyllilega að framangreindu þegar sú ákvörðun var tekin að hafna reynslusölu á *Shaker*.
128. Til viðbótar við framangreint byggir stefndi á því að jafnvel þótt varan innihéldi koffein vegna bragðeinkenna þess væri stefnda samt sem áður heimilt að hafna vörunni á grundvelli 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 og fæli sú ákvörðun ekki í sér brot á jafnræðisreglu eða öðrum reglum. *Shaker* sé áfengisblandaður síder, og að mati stefnda áfengisblandaður orkudrykkur, og engin slík vara sé í vörusafni stefnda sem innihaldi koffein (eða kaffi).
129. Þar fyrir utan sé málatilbúnaður stefnanda, um að varan innihaldi koffein vegna bragðeinkenna, í beinni andstöðu við markaðssetningu vörunnar í framleiðslulandi hennar, Danmörku, og ýmsar yfirlýsingar sem gefnar hafi verið út um vöruna af hálfu framleiðanda. Drykkurinn sé ekki kynntur á vefsíðu framleiðandans sem drykkur með koffeinbragði heldur sem áfengur drykkur með orkubragði (d. *energismag*). Nauðsynlegt er að rekja framangreint nánar í ljósi málatilbúnaðar stefnanda.

#### *Nánar um vöruna Shaker og markaðssetningu hennar*

130. Stefndi bendir á að saga *Cult*-orkudrykkjanna hafi hafist árið 1998 þegar félag í eigu danska skemmtistaðaeigandans Brians Sørensen kynnti óáfenga orkudrykkinn *Cult* á markað. Drykkurinn hafi innihaldið koffein og verið markaðssettur sem orkudrykkur, sbr. t.d. hjáheitin *Cult Raw Energy* og *Engery Activator*. Brian hafi lýst því í viðtölum að markmið hans hafi verið að koma með drykk á markað sem hægt væri að blanda við áfengi á skemmtistöðum í því skyni að fólk entist sem lengst á næturlífinu en forsaga drykkjarins sé einnig rakin á vefsíðu núverandi framleiðanda *Cult*. Í viðtali frá árinu 2012 hafi Brian lýst því að skemmtistaðir hans hefðu haft leyfi til að hafa opið til kl. 5 að

morgni en gestir staðarins hefðu yfirleitt farið heim um kl. 4 sem leiddi til þess að hann hefði orðið af tekjum. Þá hafi hann fengið þá hugmynd að hefja framleiðslu orkudrykkjar sem hann gæti blandað við áfengi. Gestir staðarins fengju þá orku til að taka lengur þátt í partístandi.

131. Þegar Brian Sørensen hafi séð vinsældir þess að blanda orkudrykkjum við áfengi hafi hann þróað og markaðssett *Cult*-orkudrykkinn íblandaðan áfengi undir heitinu *Cult Shaker* sem hafi fyrst komið á markað árið 2003. Heiti drykkjarins hafi síðar verið breytt í *Cult Shaker Original Alcohol & Caffeine*. Drykknum sé gjarnan lýst sem einum af fyrstu áfengisblönduðu orkudrykkjunum á markaði. Frá upphafi hafi *Shaker* verið skilgreindur sem áfengur orkudrykkur og hafi markaðssetning drykkjarins verið byggð á þeim grunni. Slagorð og markaðssetning drykkjarins vísi með beinum hætti til þess að um áfengisblandaðan orkudrykk er að ræða, sbr. framlögð gögn. Þá hafi því verið lýst yfir af hálfu framleiðanda að markaðssetningu vörunnar sé einkum beint að ungu fólki á aldrinum 18–35 ára.
132. Fljótlega eftir að drykkurinn kom á markað hafi hann verið tengdur við mikla drykkju og óábyrga hegðun. Kynntar hafi verið svokallaðar fáklæddar „Cult-stelpur“ (e. *Cult girls*) en tilgangur þeirra hafi verið sá að „halda partíinu gangandi“ (e. *keep the party going*). Þær hafi fengið leiðbeiningar frá fyrirtækinu um það hvernig ætti að fá menn til að kaupa meira af drykknum. Markaðssetning á *Shaker* hafi miðað að því að gera vöruna aðlaðandi í augum ungs fólks og tengja hana við ákveðinn lífsstíl sem gerður sé eftirsóknarverður með umdeildum markaðsherferðum.
133. Auglýsingar fyrir *Shaker* sýni aðallega ungt fólk, nekt, kynlíf og partístand. Myndir í markaðsherferðum drykkjarins hafi sætt mikilli gagnrýni, einna helst fyrir það að þykja vanvirðandi í garð kvenna. Markaðsherferðirnar miði að því að senda þau skilaboð til ungmenna að með drykknum sé hægt að endast lengi á næturlífinu, sem er gert eftirsóknarvert markmið. Dönsk stjórnvöld hafi ítrekað gert athugasemdir við markaðssetningu drykkjarins og gefið tilmæli um að fjarlægja auglýsingar.
134. Danski framleiðandinn *Royal Unibrew* hafi keypt félag Brians Sørensen árið 2019 en markaðssetning drykkjarins hafi lítið sem ekkert breyst síðan félagið var keypt. Drykkurinn sé enn þá markaðssettur sem áfengisblandaður orkudrykkur. Í fjölmörgum netverslunum sé *Cult Shaker* lýst svona: „*Cult Shaker is the one and only „Party Maker!“*. *With the delicious taste of CULT Raw Energy and alcohol, the CULT SHAKER will surely make the night long and wild! The perfect blend of caffeine and tasty alcohol ensures that you do not miss a single moment [...]*. Í öðrum netverslunum er honum lýst svona: „*SHAKER Original er en koffeinholdig drik og er kendt som „Klassens frække dreng“*. *SHAKER Original er den klassiske energi der holder dig kørende indtil den lyse morgen.*“

135. Með vísan til alls framangreinds telur stefndi óumdeilanlegt að varan *Shaker* sé áfengisblandaðar orkudrykkur. Markaðssetning drykkjarins hampi því að drykkurinn innihaldi viðbætt koffein vegna örvandi áhrifa, sbr. einnig merkingar vörunnar „ALCOHOL AND CAFFEINE“. Augljóst sé að koffeini sé blandað við vöruna gagnert í þeim tilgangi að ná fram þekktum örvandi áhrifum. Stefnda sé heimilt að hafna slíkum vörum og sú ákvörðun byggist á málefnalegum sjónarmiðum og sé í samræmi við fyrri úrlausnir stefnda varðandi sambærilegar vörur eins og áður er rakið.

*Leyfi Matvælastofnunar (MAST) til markaðssetningar hér á landi leiði ekki til þess að varan uppfylli sjálfkrafa skilyrði laga um verslun með áfengi og tóbak*

136. Vegna tilvísana í stefnu málsins til þess að varan hafi hlotið leyfi MAST til markaðssetningar hér á landi vísar stefndi til þess að stjórnvöldin hér á landi sé lögbundin. Í því felist að verkefni stjórnvalda séu skilgreind í lögum og stjórnvöldum sé almennt óheimilt að taka að sér önnur verkefni er þeim sé beinlínis falið samkvæmt lögum. MAST fari með stjórnvöldum matvælamála samkvæmt lögum um Matvælastofnun nr. 30/2018 og öðrum lögum sem stofnunin starfi eftir. Það sé því á valdsviði MAST að fara með eftirlit með matvælum en það leiði af almennum reglum um valdmörk stjórnvalda að stefndi fari þar af leiðandi ekki með það sama eftirlit.

137. Reglugerð nr. 327/2010 hafi verið sett til að innleiða í íslenskan rétt reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 1925/2006 um íblöndun vítamína og steinefna og tiltekinna annarra efna í matvæli. Íblöndun sé það þegar „*næringarefnum, þ.e. vítamínum og steinefnum (þ.m.t. snefílefni), er aukalega bætt í matvæli við framleiðslu þeirra*“. Stefndi byggir á því að reglugerðin taki ekki til vara sem innihaldi kaffi heldur aðeins þess þegar koffeini er blandað í matvæli, sbr. einnig breytingareglugerð nr. 453/2014. Fáa framangreint einnig stoð í umfjöllun MAST um íblöndun koffeins í matvæli, sbr. framlagt dómskjal þar að lútandi.

138. Samkvæmt reglugerð nr. 327/2010 með síðari breytingum beri að sækja um leyfi til MAST fyrir framleiðslu, markaðssetningu eða sölu tiltekinna vara. Reglugerð nr. 327/2010 hafi verið sett með lagastoð í 16., 17. og 31. gr. a í lögum nr. 93/1995 um matvæli. Í 4. gr. reglugerðarinnar segi að Matvælastofnun og heilbrigðisnefndir sveitarfélaga undir yfirumsjón Matvælastofnunar fari með eftirlit með því að ákvæðum reglugerðarinnar sé framfylgt í samræmi við 6. og 22. gr. laga nr. 93/1995 um matvæli. Stefndi fari því ekki með eftirlit með því hvort lagaskilyrðum matvælalaga sé fullnægt. Stefndi fari ekki heldur með eftirlit með birgjum, þ.e. handhöfum innflutnings-, heildsölu- eða framleiðsluleyfis áfengis. Það eftirlit sé í höndum annarra stjórnvalda.

139. Eins og að framan sé rakið sé stefnda með 11. gr. laga nr. 86/2011 falið hlutverk við vöruval. Við framkvæmd þess sé stefndi óbundinn af ákvörðunum MAST eða annarra stjórnvalda hér á landi. Ákvörðun MAST um að leyfa markaðssetningu vöru, eða eins og

í þessu tilviki að stofnunin ljúki ekki mati sínu á vöru innan sex mánaða frá umsókn, geti ekki leitt til þess að ÁTVR megi ekki eða geti ekki sinnt lögbundnu hlutverki sínu við mat á áfengri vöru, sbr. 11. gr. laga nr. 86/2011.

140. Þá tekur stefndi fram að íslenskt regluverk um matvæli, þ.m.t. um áfengi, eigi að umtalsverðum hluta rætur að rekja til EES-réttar. Öðru máli gegni þó um ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak sem sé ekki tilkomið í íslenskan rétt vegna innleiðingar á Evrópureglum.
141. Í ljósi framangreinds beri stefnda ekki að sýna fram á heimilt sé samkvæmt matvælalöggjöf að markaðssetja söluvörur sem innihaldi koffein. Það sé á ábyrgð innflytjanda eða framleiðanda að sækja um slík leyfi og fari MAST með eftirlitsskylduna.
142. Í hverri söluveiningu af *Shaker* sé að finna 50 mg af koffeini. Málsástæður stefnanda um að heimila eigi smásölu vörunnar þar sem koffeininnihald hennar sé undir þeim mörkum sem kalli á sérstakar varúðarmerkingar standist ekki skoðun þegar um sé að ræða áfengan drykk eins og deilt sé um í málinu og háðan lögbundnu mati ÁTVR.
143. Enn fremur beri að líta til þess að ákvæði laga nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak eru sérlög gagnvart lögum nr. 93/1995 um matvæli og auk þess yngri. Með vísan til almennra reglna um lögskýringar gangi því fyrrnefndu lögin framur lögum nr. 93/1995 og reglugerðum settum með stoð í þeim.

*Engin valdþurrð sé fyrir hendi*

144. Stefndi tekur fram að ákvörðun um að hafna vörunni *Shaker* hafi verið tekin af stefnda en ekki þeim lögfræðingi stofnunarinnar sem stefnandi vísar til, þótt umræddum lögfræðingi hafi verið falið að tilkynna stefnanda um ákvörðunina, sbr. undirskriftina „*Virðingarfyllst f.h. ÁTVR*“, sem sé að finna undir bréfinu þar sem ákvörðunin var kynnt stefnanda.
145. Stefndi sé ríkisstofnum undir stjórn forstjóra samkvæmt 2. mgr. 5. gr. laga nr. 86/2011. Í samræmi við almennar reglur stjórnarsýsluréttarins um innra valdframsal hafi forstjóri falið undirmönnum sínum að annast undirbúning og úrlausn verkefna og mála sem undir stefnda heyri á grundvelli stöðumboðs. Ljóst sé að forstjóra ríkisstofanna sé nauðsynlegt að geta falið undirmönnum sínum undirbúning og eftir atvikum úrlausn mála. Hjá stefnda starfi yfir 200 fastráðnir starfsmenn og umfang rekstrarins sé umtalsvert.
146. Heimild til innra valdframsals byggist á réttarvenju og styðjist við stjórnunarheimildir yfirmanns og reglur stjórnarsýsluréttarins, sbr. einnig lög nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Birtist það m.a. í því að umsjón með vörusafni ÁTVR hefur um árabil verið á verksviði starfsfólks vörusviðs, svo sem undirbúningur og ákvarðanir um afgreiðslu umsókna um sölu á vörum. Á vörusviði ÁTVR starfi reyndir sérfræðingar

í áfengismálum, þ.m.t. sérfræðingar í smökkun. Allar ákvarðanir starfsfólks ÁTVR í vöruvalsmálum séu teknar í umboði forstjóra og á hans ábyrgð.

#### *Rannsóknarregla, jafnræði og réttmætisregla*

147. Stefndi hafnar því að rannsóknarregla hafi verið brotin. Ákvörðun stefnda hafi byggst á framlögðum gögnum, skoðun á vörunni og smökkun. Við meðferð málsins hafi einnig verið höfð hliðsjón af fyrri afgreiðslum ÁTVR á sambærilegum vörum. Stefndi hafi leyst með sambærilegum hætti úr málum varðandi sambærilegar vörur eins og áður sé rakið. Kjarni málsins sé sá að engir sambærilegir drykkir eru seldir í vínbúðum ÁTVR. Allir áfengisframleiðendur og -innflytjendur séu undir sama regluverk settir og sitji við sama borð. Umsókn stefnanda hafi verið meðhöndluð og afgreidd eins og aðrar umsóknir um töku vöru í sölu hjá stefnda.

148. Þá sé því hafnað að það stangist á við réttmætisreglu stjórnisýsluréttar að líta fram hjá því hvort vara hafi verið tekin til sölu í Noregi og Færeyjum. Það hafi enga þýðingu fyrir mál þetta hvort varan hafi verið tekin til sölu í öðrum EES-ríkjum og þaðan af síður hvort hún hafi verið tekin í sölu í ríkjum utan EES. Áréttað sé að EFTA-dómstóllinn hafi staðfest að EES-ríkjum sé heimilt að setja vöruvali skorður með vísan til almannahagsmuna og lýðheilsusjónarmiða ef framleiðendum innan EES-svæðisins er ekki mismunað. Engin mismunun milli innlendra eða erlendra framleiðanda felist í þeirri ákvörðun ÁTVR sem mál þetta snýst um.

149. Þá hafnar stefndi því með vísan til alls framangreinds að vörunni *Shaker* verði jafnað við vörur sem innihaldi lakkrís eða vörur sem byggist á sælgætistegundum. Mál þetta snúist um vöru sem innihaldi koffein og beitingu stefnda á heimildarákvæði í lögum sem vísar til koffeins – ekki lakkríss eða sælgætis.

#### *Andmælaréttur*

150. Stefndi hafnar því að brotið hafi verið gegn reglum stjórnisýsluréttarins um andmælarétt við meðferð umsóknar stefnanda. Eins og gögn málsins beri með sér hafi stefnandi fengið að njóta andmælaréttar, sbr. bréf stefnda, dags. 24. nóvember 2021, og stefnandi hafi skilað andmælum við fyrirhugaða ákvörðun með bréfi, dags. 15. desember 2021.

#### *Meðalhóf*

151. Stefndi hafnar því einnig að meðalhófs hafi ekki verið gætt. Ekki verði séð hvernig ÁTVR hefði getað náð þeim markmiðum sem að var stefnt með öðru eða vægara móti, enda hafi stefndi einungis tvo kosti þegar óskað sé eftir því að taka tiltekna vöru í sölu, þ.e. umsóknin sé annað hvort tekin til greina eða henni synjað.

#### *Úrbótaréttur*

152. Stefndi áréttar að samkvæmt 3. tl. 4. gr. reglugerðar nr. 1106/2015 um vöruval, innkaup og dreifingu ÁTVR á áfengi sé hugtakið *vara* skilgreint sem áfengi og smásöluumbúðir

þess. Eins og skýrt hafi verið í bréfi til stefnanda, dags. 24. nóvember 2021, hafi úrbætur á umsókn stefnanda verið vandséðar eða raunar útilokaðar án breyttrar samsetningar innihaldsefna vörunnar og samsvarandi breytinga á umbúðum. Með hliðsjón af vöruvalsreglum ÁTVR hefðu slíkar „úrbætur“ því í reynd falið í sér tillögu eða umsókn um sölu á annarri vöru eins og hugtakið *vara* sé skilgreint í vöruvalsreglum ÁTVR. Stefndi hafnar því að hafa brotið á stefnanda að þessu leyti.

#### *Atvinnufrelsi og eignarréttur*

153. Stefndi hafnar því að ákvörðun stefnda brjóti gegn atvinnufrelsisákvæði stjórnarskrárinnar. Atvinnufrelsi manna séu reistar margvíslegar skorður með lögum. Í áfengismálum eigi slíkar hömlur sér aldarlanga sögu hér á landi með vísan til almannahagsmuna, eins og áður sé rakið. Í rekstri ríkiseinkasölu með áfengi felist ákveðin takmörkun á atvinnufrelsi á sviði áfengismála sem styðjist við almannahagsmuni og rúmist innan stjórnarskrárinnar, sbr. dómaframkvæmd.
154. Ákvörðun stefnda feli ekki í sér bann við innflutningi á viðkomandi drykk heldur einungis ákvörðun um að hafa ekki drykkinn til sölu í vínbúðum stefnda. Stefnanda, sem handhafa leyfis til innflutnings áfengis í atvinnuskyni, sé frjálst að flytja drykkinn inn og selja þeim sem hafi leyfi til að veita áfengi í atvinnuskyni, svo sem börum og veitingastöðum. Stefnandi sé heildsali fjölmargra drykkjartegunda. Sú ákvörðun að synja stefnanda um smásölu á einni drykkjartegund geti ekki talist ólögmet takmörkun á atvinnufrelsi þegar ákvörðunin byggist á skýrri lagaheimild og sé tekin á grundvelli málefnalegra sjónarmiða eins og að framan sé rakið.
155. Loks hafnar stefndi því að ákvörðun stefnda hafi brotið gegn 72. gr. stjórnarskrárinnar um vernd eignarréttinda og telur málsástæðu stefnanda þar að lútandi vera með öllu vanreifaða.

#### **Forsendur og niðurstöður**

##### *Staða stefnda og afmörkun ágreinings málsins*

156. Stefndi, Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins (ÁTVR), er starfræktur á grundvelli laga nr. 86/2011 um verslun með áfengi og tóbak. Í 1. mgr. 4. gr. laganna kemur fram að hann skuli starfræktur sem sérstök stofnun og hún sinni smásölu áfengis og heildsölu tóbaks undir stjórn ráðherra. Af þessu og þeirri stöðu sem stefnda er mörkuð með lögum nr. 86/2011 að öðru leyti er ljóst að stefndi telst til stjórnarsýslu ríkisins. Reglur stjórnarsýsluréttar taka því til starfsemi stefnda, þar á meðal ákvæði stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 1. mgr. 1. gr. laganna. Þá er ljóst að sú ákvörðun stefnda sem deilt er um í málinu varðaði rétt stefnanda í skilningi 2. mgr. sömu lagagreinar og giltu löggin því um umrædda ákvarðanatöku.

157. Í málinu er deilt um hvort ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 veiti fullnægjandi lagastoð fyrir hinni umdeildu ákvörðun stefnda. Jafnframt er deilt um hvort ákvörðunin hafi verið haldin annmörkum, hvað varðar form eða efni, sem leiði til þess að ógilda beri hana. Hér á eftir er tekin afstaða til þessara atriða að því leyti sem með þarf til úrlausnar málsins.

*Stjórnskipulegt gildi 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011*

158. Áfengi telst samkvæmt 1. mgr. 2. gr. áfengislaga nr. 75/1998 vera hver sá neysluhæfur vökvi sem í er að rúmmáli meira en 2,25% af hreinum vínanda. Í 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 segir að ÁTVR sé heimilt að hafna áfengi sem innihaldi koffein eða önnur örvandi efni. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi til laganna segir að nú þegar sé á markaði framboð af slíkum vörum þar sem sterku áfengi sé blandað saman við orkudrykki. Rannsóknir hafi sýnt fram á að slík neysla sé mjög skaðleg bæði fyrir einstaklinga og samfélagið. Sambland slíkra drykkja leiði til þess að neytandi finni síður fyrir ölvun en sé þó undir áhrifum. Sömu rannsóknir hafi sýnt að neytendur í þessu ástandi séu líklegri til að setjast undir stýri þar sem þeir telji sig ekki ölvaða. Ásamt þessu geti mikið heilsufarslegt tjón hlotist af neyslu þessara drykkja, svo sem hjartatrufnanir.

159. Stefnandi stundar sölu drykkja í atvinnuskyni og hin umdeilda ákvörðun stefnda takmarkaði möguleika hans á að selja drykkinn *Shaker*. Stefnandi byggir á því að tilvitnað ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 stangist á við lagaáskilnaðarkröfur 75. og 72. gr. stjórnarskrárinnar, auk þrígreiningar ríkisvaldsins, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar. Vísar stefnandi í því sambandi m.a. til þess að ákvæðið veiti stefnda opna og óhefta heimild til að takmarka atvinnufrelsi og eignarrétt og slíkt óheft framsal valds til framkvæmdarvaldshafa sé í andstöðu við stjórnarskrána.

160. Í 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 segir að öllum sé frjálst að stunda þá atvinnu sem þeir kjósi. Þessu frelsi megi þó setja skorður með lögum, enda krefjist almannahagsmunir þess. Ákvæðið felur þannig bæði í sér áskilnað um að lagaheimild þurfi til að setja slíkar skorður og það skilyrði að almannahagsmunir krefjist þess. Í réttarframkvæmd síðari ára hefur verið gengið út frá því að atvinnuréttindi falli einnig undir gildissvið eignarréttarákvæðis 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem fram kemur að eignarrétturinn sé friðhelgur og engan megi skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji. Þurfi til þess lagaheimild og fullt verð komi fyrir. Við mat á því hvort slíkar takmarkanir standist ákvæði 72. og 75. gr. stjórnarskrárinnar þarf að meta eðli, umfang og markmið þeirra og jafnframt hvort jafnræðis og meðalhófs hafi verið gætt.

161. Áskilnaður 1. mgr. 72. gr. og 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar um lagaheimild var uppfylltur með setningu reglu 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011. Þau sjónarmið sem lágu, samkvæmt áður tilvitnuðum athugasemdum við 4. mgr. 11. gr. frumvarpsins sem varð

að lögum nr. 86/2011, að baki því að reglan var sett varða heilsu fólks og öryggi og til stuðnings þeim var vísað til rannsókna sem þóttu sýna fram á hættueiginleika þess að neyta áfengra drykkja sem innihalda koffein. Þá hefur stefndi lagt fram í málinu ýmis gögn sem benda til mögulegrar skaðsemi þess. Að mati dómsins leikur enginn vafi á um að þessi sjónarmið teljast varða almannahagsmuni í skilningi 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar og almenningsþörf í skilningi 1. mgr. 72. gr. hennar.

162. Við mat á því hvort löggjafinn hafi gætt meðalhófs eða hvort unnt hefði verið að ná því markmiði sem að var stefnt með vægari úrræðum er til þess að líta að með setningu umrædds ákvæðis 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 var ekki lagt bann við sölu áfengra drykkja sem innihéldu koffein heldur var farin sú leið að heimila stefnda að synja um sölu þeirra. Með því var stefnda eftirlátið að meta hverju sinni hvort rétt væri að samþykkja sölu slíkra drykkja eða hafna henni. Stefnandi hefur að mati dómsins ekki sýnt fram á að ná hefði mátt því markmiði sem að var stefnt án þess að veita stefndu slíka heimild. Þá verður ekki séð að setning reglunnar hafi gengið gegn stjórnskipulegri jafnræðisreglu, sbr. 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar, enda tekur reglan með sama hætti til þeirra sem eru í sömu stöðu. Síðar verður fjallað um hvort stefndi hafi gætt meðalhófs og jafnræðis við beitingu reglunnar við töku hinnar umdeildu ákvörðunar og hvort ákvörðunin hafi verið haldin annmörkum að öðru leyti.
163. Gengið hefur verið út frá því í dómaframkvæmd, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 1996, bls. 2956 í dómasafni (*synjun útflutningsleyfis*), að fyrirmæli 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar um að atvinnufrelsi verði ekki skert nema með lagaboði verði ekki túlkuð öðruvísi en svo að hinum almenna löggjafa sé óheimilt að fela framkvæmdarvaldshöfum óhefta ákvörðun um þessi efni. Löggjöfin verði að mæla fyrir um meginreglur þar sem komi fram takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar sem talin sé nauðsynleg. Heimild sú sem stefnda er veitt með 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011, til að hafna vörum, lýtur að áfengi sem inniheldur koffein og önnur örvandi efni. Með því að heimildin takmarkast þannig við áfengi sem inniheldur það tiltekna innihaldsefni sem hér kemur við sögu, þ.e. koffein, og önnur efni sem teljast „örvandi“ uppfyllir hún að mati dómsins þessi skilyrði, a.m.k. hvað varðar innihaldsefnið koffein. Því er ekki unnt að fallast á það með stefnanda að löggjafinn hafi með setningu ákvæðisins veitt stefnda opna og óhefta heimild til að takmarka atvinnufrelsi og eignarrétt. Með því að þessi skilyrði eru uppfyllt er jafnframt hafnað sjónarmiðum stefnanda um að ákvæðið fari gegn 2. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem mælt er fyrir um þriggreiningu ríkisvaldsins.
164. Að öllu framangreindu virtu er hafnað sjónarmiðum stefnanda um að regla 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 gangi gegn ákvæðum stjórnarskrárinnar.

*Valdbærni stefnda eða valdburrð*

165. Stefnandi byggir á því að það hafi ekki verið valdbær aðili hjá stefnda sem tók hina umdeildu ákvörðun. Í 2. mgr. 5. gr. laga nr. 86/2011 segir að forstjóri fari með stjórn stofnunarinnar og hann beri m.a. ábyrgð á daglegum rekstri. Ljóst er að forstjóri er forstöðumaður stefnda í skilningi laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Samkvæmt 2. mgr. 38. gr. þeirra ber forstöðumaður ábyrgð á að stofnun sem hann stýrir starfi í samræmi við lög, stjórnvaldsfyrirmæli og erindisbréf sem ráðherra setur honum. Forstöðumaður getur þó samkvæmt 1. mgr. 50. gr. laganna framselt vald sem honum er veitt í sömu lögum til annarra stjórnenda í stofnun, enda sé það gert skriflega og tilkynnt starfsmönnum stofnunarinnar.
166. Þótt forstjóri fari þannig með stjórn stefnda og beri ábyrgð á daglegum rekstri og því að stefndi starfi í samræmi við lög er ekki mælt fyrir um það í lögum að honum beri sjálfum að annast töku einstakra ákvarðana sem lögum samkvæmt er á valdsviði stefnda að taka, svo sem um vöruval samkvæmt 11. gr. laga nr. 86/2011. Að mati dómsins verður því ekki litið svo á að áskilnaður 1. mgr. 50. gr. laga nr. 70/1996, um að valdframsal sé skriflegt og tilkynnt starfsmönnum stofnunarinnar, eigi við um vald til slíkrar ákvarðanatöku. Þá er í þessu sambandi til þess að líta að almennt er innra valdframsal innan stofnunar talið heimilt þótt ekki standi til þess sérstök lagaheimild. Enn fremur liggur fyrir að forstjóri stefnda skrifaði undir bréf stefnda til stefndanda, dags. 24. nóvember 2021, þar sem tilkynnt var um áform stefnda um að hafna umsókninni og sú afstaða var rökstudd. Verður því að ætla að ákvörðunin hafi verið tekin með vitund og vilja forstjóra stefnda.
167. Að framangreindu virtu er hafnað sjónarmiðum stefnanda um að ákvörðun stefnda hafi ekki verið tekin af þar til bærum aðila.

*Andmælaregla*

168. Stefnandi telur sig ekki hafa notið raunverulegs andmælaréttar, heldur einungis til málamynda, þar sem málsmeðferð stefnda hafi frá upphafi byggst á þeirri fyrir fram mótuðu afstöðu að synja ætti um sölu á *Shaker*. Þá hafi stefndi torveldað stefnanda nýtingu andmælaréttar síns með takmarkaðri og ónákvæmri upplýsingagjöf.
169. Andmælaregla stjórnarsýsluréttar er lögfest með 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Þar kemur fram að aðili máls skuli eiga þess kost að tjá sig um efni máls áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, enda liggi ekki fyrir í gögnum málsins afstaða hans og rök fyrir henni eða slíkt sé augljóslega óþarft. Þá segir í 9. gr. reglugerðar nr. 1106/2015 um vöruval, innkaup og dreifingu ÁTVR á áfengi (vöruvalsreglugerð) að uppfylli vara og/eða umsókn um sölu ekki þau skilyrði sem sett eru í ákvæðum reglugerðarinnar skuli ÁTVR gera umsækjanda grein fyrir því og veita honum frest til úrbóta og/eða til að andmæla áður en ákvörðun er tekin um afgreiðslu umsóknarinnar.

170. Með bréfi, dags. 24. nóvember 2021, upplýsti stefndi stefnanda um að hann hygðist hafna umsókn stefnanda um sölu á *Shaker* á grundvelli 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 og 30. gr. vöruvalsreglugerðar nr. 1106/2015. Umrætt ákvæði reglugerðarinnar er í meginatriðum sama efnis og 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011, en þar segir að ÁTVR sé heimilt að hafna vöru sem inniheldur koffein og/eða önnur örvandi efni. Í bréfinu kom fram að fyrirhuguð ákvörðun stefnda grundvallaðist á gögnum fyrrgreinds stjórnisýslumáls, sem varðaði fyrri ákvörðun stefnda um vöruna frá 19. febrúar 2021 og úrskurð fjármála- og efnahagsráðuneytis frá 30. september 2021 þar sem sú ákvörðun var felld úr gildi, framlögðum gögnum í kærufarli málsins, þ.e. stjórnisýslukæru, dags. 18. maí 2021, og athugasemdum við umsögn stefnda, dags. 6. ágúst 2021. Í bréfinu, sem var alls sjö blaðsíður, var að finna ítarlegan rökstuðning fyrir áformum stefnda um að synja um sölu vörunnar. Með vísan til 9. gr. vöruvalsreglugerðarinnar var stefnanda veittur tveggja vikna frestur frá dagsetningu bréfsins til að koma að athugasemdum eða úrbótum.

171. Með bréfi, dags. 14. desember 2021, kom stefnandi á framfæri við stefnda ítarlegum andmælum við hina fyrirhuguðu höfnun stefnda á sölu á drykknum. Ákvörðun stefnda um að synja um sölu drykkjarins var svo kynnt stefnanda með bréfi stefnda, dags. 21. janúar 2022. Þar er m.a. tekin rökstudd afstaða til þeirra atriða sem fram komu af hálfu stefnanda í bréfinu frá 14. desember 2021.

172. Að framangreindu virtu verður ekki séð að nokkurt hald sé í málsástæðum stefnanda þess efnis að hann hafi ekki notið raunverulegs andmælaréttar við meðferð málsins.

*Samspil við löggjöf um matvæli og framkvæmd hennar*

173. Í 4. gr. reglugerðar nr. 327/2010 um gildistöku reglugerðar Evrópusambandsins nr. 1925/2006 um íblöndun vítamína og steinefna og tiltekinna annarra efna í matvæli, eins og henni var breytt með reglugerð nr. 453/2014, kemur fram að sækja þurfi um leyfi Matvælastofnunar fyrir framleiðslu, dreifingu eða innflutningi áfengis þar sem íblandað koffein sé meira en 0 mg/l. Þá leiðir af 4. lið III. viðauka reglugerðar ESB nr. 1169/2011, sem innleidd var í íslenskan rétt með reglugerð nr. 1294/2014 um miðlun upplýsinga um matvæli til neytenda, að drykkjarvörur sem innihalda koffein umfram 150 mg/l skulu merktar sérstaklega. Framangreindar reglugerðir voru settar með stoð í lögum nr. 93/1995 um matvæli. Stefnandi hefur byggt á því að þar sem hann hafi hlotið leyfi Matvælastofnunar til markaðssetningar *Shaker* héraðs og varan sé einnig leyfð í öðrum ríkjum EES-svæðisins og Færeyjum standist það ekki að stefndi hafni sölu hennar hér á landi.

174. Ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 felur í sér sérreglu sem heimilar stefnda að hafna sölu á áfengi sem inniheldur koffein og önnur örvandi efni. Sú heimild er á engan hátt bundin skilyrðum um það hvort Matvælastofnun hafi heimilað eða synjað

markaðssetningu viðkomandi vöru á grundvelli laga nr. 93/1995 um matvæli og reglugerða settra með stoð í þeim, og ekki er áskilið að stefndi líti til þess við mat á umsóknnum um sölu á slíkum vörum. Þá er heimildin ekki á neinn hátt háð afstöðu annarra ríkja til markaðssetningar viðkomandi vöru, enda ekki tilkomin í íslenskan rétt vegna innleiðingar á gerðum Evrópusambandsins á grundvelli EES-réttar. Því verður að hafna sjónarmiðum stefnanda um að ákvörðun stefnda sé haldin annmörkum af þessum ástæðum.

*Hinn matskenndi grundvöllur ákvörðunar stefnda*

175. Ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 áskilur að til að stefnda sé heimilt að hafna sölu á vöru á grundvelli þess þurfi varan að vera áfengi sem inniheldur koffein eða önnur örvandi efni. Ekki er nánar mælt fyrir um skilyrði þess að vöru sé hafnað og er stefnda þannig eftirlátið að meta í hverju tilviki hvort það skuli gert, séu hin lögbundnu skilyrði þess uppfyllt. Við þá ákvarðanatöku stefnda gilda reglur stjórnvæðisráðs, þar á meðal um rannsóknarskyldu, meðalhóf og jafnræði, auk þeirrar meginreglu að stjórnvaldsákvarðanir verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum. Þá gildir, sem endranær þegar um matskenndar stjórnvaldsákvarðanir er að ræða, að mat stjórnvaldsins þarf að vera forsvaranlegt.
176. Í efnisgreinum nr. 8–24 hér að framan voru rakin þau sjónarmið að baki ákvörðun stefnda sem birtust í bréfum hans til stefnanda, dags. 24. nóvember 2022 og 21. janúar 2022. Af því sem þar kemur fram verður ráðið að ákvörðunin hafi einkum byggst á því að um væri að ræða áfengan orkudrykk með koffeini og litið hafi verið til mögulegrar skaðsemi af neyslu slíkra drykkja. Ályktun stefnda um þá ætluðu skaðsemi er studd ýmsum gögnum sem lögð hafa verið fram í málinu, þar á meðal rannsóknnum fræðafólks á sviði heilbrigðisvísinda, sbr. sérstaklega umfjöllun um það í efnisgreinum nr. 33–52. Slík sjónarmið sem snúa að heilsu og öryggi neytenda teljast málefnaleg og eiga sér að auki stoð í lögum nr. 86/2011, sbr. sérstaklega b-lið 2. gr. og 2. mgr. 4. gr. þeirra, sem og þeim röksemdum sem lágu að baki setningu ákvæða 11. gr. laganna og birtast m.a. í athugasemdum við 4. mgr. 11. gr. við frumvarpið sem varð að lögunum. Ekki skiptir höfuðmáli í því sambandi þótt í athugasemdunum sé sérstaklega vísað til blöndunar *sterks* áfengis við orkudrykki og *Shaker* teljist ekki til sterks áfengis, enda benda framangreind gögn allt að einu til þess að neysla áfengra drykkja sem blandaðir eru koffeini kunni að vera skaðlegri en neysla áfengis eins og sér. Ekki skiptir heldur meginmáli hvaða skilgreining á hugtakinu *orkudrykk* er lögð til grundvallar, enda er það ekki skilyrði samkvæmt tilvitnuðu lagaákvæði að þeir áfengu drykkir sem það tekur til innihaldi fleiri örvandi efni en koffein og framangreind gögn málsins benda til þess að umrædd sjónarmið geti átt við hvort sem svo er eða ekki.

177. Að þessu virtu er hafnað sjónarmiðum stefnanda um að hin umdeilda ákvörðun stefnda gangi gegn hinni svonefndu réttmætisreglu stjórnisýsluréttar, þ.e. þeirri reglu að stjórnvaldsákvarðanir verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum.

#### *Jafnræðisregla*

178. Stefnandi hefur borið því við að ákvörðun stefnda gangi gegn jafnræðisreglu, sbr. 11. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og 1. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011, og vísar í þeim efnunum til þess að stefndi selji aðrar vörur sem innihaldi koffein. Einnig vísar stefnandi í þessu sambandi til þess að stefndi selji vörur sem innihaldi önnur skaðleg efni, svo sem lakkrís. Hvað síðarnefnda atriðið varðar er til þess að líta að ákvæði 4. mgr. 11. gr. laga nr. 86/2011 varðar heimild til að hafna sölu áfengis sem inniheldur koffein og önnur örvandi efni. Þótt stefnandi hafi lagt fram gögn um ætlaða skaðsemi lakkríss hefur hann ekki sýnt fram á að hann hafi sambærilega skaðsemiseiginleika og koffein þegar honum er blandað við áfengi. Því verður að hafna sjónarmiðum stefnanda um að í ljósi sölu stefnda á drykkjum sem innihalda lakkrís gangi hin umdeilda ákvörðun stefnda gegn jafnræðisreglu.

179. Hvað varðar aðra drykki sem innihalda koffein og stefndi selur hefur stefndi bent á að enginn þeirra tilheyri sama vöruflokki og *Shaker*, sem sé annaðhvort *síder* og *síderblöndur eða blandaðir drykkir undir 6,5%*. Þær vörur sem innihaldi koffein og stefndi selji séu að meginstefnu til í tveimur vöruhópum, annars vegar *líkjörar* og hins vegar *öl – stát og porter*. Innihald koffeins í þessum drykkjum sé almennt afleiðing þess að kaffi sé blandað í vörurnar vegna bragðeinkenna kaffis. Þá sé kauphegðun vegna þeirra drykkja með öðrum hætti og áfengisblandaðir orkudrykkir höfði almennt meira til yngri aldurshópa en drykkir sem teljast til *líkjöra* eða *öls – státs og porters*. Þessar staðhæfingar stefndu eru a.m.k. að nokkru leyti studdar gögnum og hafa ekki verið hraktar af stefnanda. Þá má í þessu sambandi nefna til hliðsjónar að í dómi EFTA-dómstólsins frá 30. nóvember 2012 í máli nr. E-19/11 (*Vín-Trío gegn íslenska ríkinu*) var lagt til grundvallar að vörur sem innihéldu koffein höfðuðu til annars markhóps en aðrar nánar tilgreindar vörur sem innihéldu ekki örvandi efni, þ.e. neytenda sem sæktust eftir viðbótaráhrifum með neyslu umræddra drykkja.

180. Að framangreindu virtu er því hafnað að stefnanda hafi tekist að sýna fram á að hin umdeilda ákvörðun stefnda hafi farið gegn jafnræðisreglu stjórnisýsluréttar.

#### *Meðalhófsregla og úrbótaréttur*

181. Hvað meðalhóf varðar hefur stefndi byggt á að ekki hafi verið val á vægara úrræði en því sem gripið var til með hinni umdeildu ákvörðun, þ.e. að hafna sölu á drykknum. Þá er ljóst að ákvæði 11. gr. laga nr. 86/2011 miðast að meginstefnu við að umsóknir um sölu drykkja séu annaðhvort samþykktar eða þeim hafnað. Höfnun stefnda byggðist samkvæmt gögnum málsins og málatilbúnaði stefnda fyrst og fremst á samsetningu

innihaldsefna vörunnar. Fallast verður á með stefnda að ekki hafi verið raunhæft að bjóða stefnanda upp á úrbætur á umsókninni, enda ekki við því að búast að innihaldi vörunnar yrði breytt í tilefni af henni. Jafnframt verður ekki séð að áskilnaður um sérstakar varúðarmerkingar á vörunni hefðu nægt til að ná því lögmæta markmiði sem að var stefnt. Því er hafnað sjónarmiðum stefnanda um að meðalhófsregla stjórnisýsluréttar hafi verið brotin í tengslum við hina umdeildu ákvörðun.

#### *Rannsóknarskylda stefnda*

182. Að framan er rakið efni ýmissa gagna sem lágu til grundvallar ákvörðun stefnda þegar hún var tekin, auk gagna sem lögð hafa verið fram af hálfu stefnda og styðja þau sjónarmið sem ákvörðunin byggðist á, sbr. einkum efnisgreinar nr. 8–24 og framangreinda ályktun í efnisgreinum 176–177 um að þau sjónarmið hafi verið málefnaleg. Fyrirliggjandi gögn styðja þá staðhæfingu stefnda að *Shaker* sé orkudrykkur og ljóst er að innihald koffeins í drykknum eykur áhrif hans sem slíks, hvort sem því er bætt í drykkinn í þeim tilgangi að ná þeim áhrifum fram eða til að ná fram tilteknum bragðeinkennum. Að mati dómsins bendir ekkert til þess að rannsókn stefnda í aðdraganda þeirrar ákvörðunar sem hér er deilt um hafi verið áfátt.

#### *Niðurstaða*

183. Að öllu framangreindu virtu verður stefndi sýknaður af kröfum stefnanda. Eftir þeim málsúrslitum og með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 verður stefnanda gert að greiða stefnda málskostnað sem þykir að virtu umfangi málsins hæfilega ákveðinn eins og greinir í dómsorði.
184. Þorsteinn Magnússon héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

#### **Dómsorð:**

Stefndi, Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins, skal vera sýkn af kröfum stefnanda, Distu ehf.

Stefnandi greiði stefnda 1.700.000 krónur í málskostnað.

Þorsteinn Magnússon