

EØS-rettslig vurdering av om salg av alkohol fra nisjeprodusenter kan tillates uten å svekke dagens monopolordning

1. Hovedtrekk
2. Bakgrunn og mandat
3. Generelt om de rettslige rammene
4. Alkohol – EØS-avtalens dekningsområde
5. Nisjesalg av alkohol som ikke er omfattet av EØS-avtalen
6. Nisjesalg av alkohol som er omfattet av EØS-avtalen
7. Nærmere om utformingen av en eventuell modell for nisjesalg
8. Avsluttende merknader

Vedlegg – mandatet

1. Hovedtrekk

Helse- og omsorgsdepartementet har anmodet om en EØS-rettslig utredning av om det er mulig å åpne for salg fra nisjeprodusenter (ofte kalt «gårdssalg») av drikkevarer med over 4,7 prosent alkohol, uten at det vil endre eller svekke dagens monopolordning. Salg fra nisjeprodusenter er definert som salg av egenproduserte varer på eget produksjonssted, som del av stedets helhetlige karakter og salgstilbud.

Norske produsenter kan i dag søke bevilling for slikt salg av egne produkter til og med 4,7 prosent alkohol. Spørsmålet er om ordningen kan utvides til også å gjelde sterkere drikkevarer, som i dag bare kan selges gjennom Vinmonopolet, uten at dette dermed undergraver den EØS-rettslige begrunnelsen for monopolordningen.

Problemstillingen er spesiell. Det har gjennom årene vært en rekke saker der norske restriksjoner på salg av alkohol er vurdert opp mot EØS-rettens krav til fri flyt av varer og tjenester. Det særegne med denne saken er at det ikke er tale om å innføre noen ny begrensning, men tvert imot om en delvis *liberalisering*, for en nærmere bestemt gruppe nasjonale produsenter. Spørsmålet er hvilken betydning dette kan få for den EØS-rettslige vurderingen av de *gjenværende* nasjonale restriksjonene, i første rekke det alminnelige salgsmonopolet (Vinmonopolet).

Hovedkonklusjonen i utredningen er at dette avhenger av hvilke alkoholholdige drikkevarer det er tale om. I motsetning til EU-retten, dekker nemlig ikke EØS-avtalen alle typer alkohol. I grove trekk er øl og brennevin omfattet av avtalen. Vin laget på druer er i utgangspunktet ikke omfattet, men skal telle med ved vurderingen av om Vinmonopolet er forenlig med EØS-retten. Hva gjelder «andre gjærede drikkevarer» faller de derimot *utenfor* EØS-avtalens dekningsområde. Det omfatter typisk eplevin (sider), vin laget ved gjæring av andre typer frukt og bær, og mjød.

Etter vår vurdering innebærer dette at det ikke vil ha EØS-rettslige konsekvenser om lovgiver åpner opp for gårdssalg av alkoholholdige drikkevarer som er omfattet av kategorien «andre gjærede drikkevarer», herunder eplesider. Her kan man etter vårt syn tillate direktesalg uten at dette i prinsippet svekker konsistensen i begrunnelsen for salgsmonopolet eller på annen måte reiser EØS-rettslige problemer. Det kan imidlertid ikke helt utelukkes at EFTA-domstolen eller andre vil kunne se det annerledes, slik at en ny ordning vil kunne bli ansett relevant (som ett av mange momenter) ved en fremtidig generell vurdering av salgsmonopolet. Sannsynligheten for dette reduseres jo mer avgrenset en eventuell ordning gjøres.

For alkoholholdige drikkevarer som omfattes av EØS-avtalen, slik som sterkøl og brennevin, er situasjonen en annen. Dersom man åpner for nisjesalg av slike produkter, vil norske produsenter få en salgskanal som utenlandske ikke har, og norske produkter vil få et fortrinn fremfor utenlandske. EØS-rettslig sett vil dette måtte anses som en forskjellsbehandling, og reise spørsmål både etter EØS artikkel 11 om fri flyt av varer og EØS artikkel 16 om krav til nasjonale handelsmonopoler. Etter vår vurdering er det vanskelig å se hvordan en slik forskjellsbehandling vil kunne forsvares EØS-rettslig.

Sagt med andre ord er det en betydelig prosessrisiko for at domstolene vil komme til at nisjesalg av slike produkter er i strid med EØS-avtalen, på en slik måte at dette vil

svekke begrunnelsen for å opprettholde et generelt salgsmonopol. Det gjelder i prinsippet uansett hvordan en ordning for nisjesalg nærmere utformes, siden det er selve forskjellsbehandlingen som er problemet. I tillegg kommer at en åpning for utvidet nisjesalg også vil kunne hevdes å svekke formålet bak, og konsistensen i, den restriktive norske alkoholpolitikken, som EØS-rettslig er en forutsetning for at monopolordningen kan opprettholdes ved siden av nisjesalgsordningen.

Dette er nærmere utdypet og begrunnet i det følgende. Det må presiseres at dette er en rent rettslig vurdering av hvilket *handlingsrom* norsk lovgiver har etter EØS-retten. Hvorvidt dette handlingsrommet skal brukes eller ikke er et alkoholpolitisk og næringspolitisk spørsmål som vi ikke skal ha noen uttalt oppfatning om.

2. Bakgrunn og mandat

I de senere år har det vært en ganske omfattende debatt om hvorvidt det bør åpnes for å tillate såkalt «gårdssalg», som gjerne defineres som salg av lokalprodusert alkohol direkte fra produsent til forbruker. Inntil nylig hadde lokale produsenter adgang til å søke om skjenkebevilling, men ikke om bevilling for salg. Ved en lovendring i 2011 ble det imidlertid åpnet for å gi bevilling til salg av produkter med inntil 4,7 prosent alkohol. Et vilkår for å få slik bevilling er at det dreier seg om egenproduksjon, og at salget bare kan skje ved tilvirkningsstedet og som «en del av stedets helhetlige karakter og salgstilbud», jf. alkoholloven § 1-7a.

Under debattene om «gårdssalg» har det fra flere hold vært ønske om å tillate dette også for produkter med mer enn 4,7 prosent alkohol. I forbindelse med lovendringen i 2011 ble dette avvist av regjeringen, dels på alkoholpolitisk grunnlag og dels under henvisning til at det ville kunne undergrave den EØS-rettslige begrunnelsen for Vinmonopolet.¹ Diskusjonen har imidlertid fortsatt, og som påpekt i en stortingsmelding om Landbruks- og matpolitikken fra 2011 har både interessen for å satse på småskala alkoholproduksjon og etterspørselen blant forbrukerne etter slike produkter vært økende i den senere tid.²

Under debattene har det vært vist til at det eksisterer en begrenset ordning for gårdssalg av alkohol i Finland, samt at spørsmålet nylig har vært utredet i Sverige. Den svenske utredningen kom til at en innføring av gårdssalg av alkohol ville reise EU-rettslige problemer, men at det kan være mulig å gjøre dette dersom produsentene også har plikt til å selge andre produkter enn sine egne.³

I den politiske plattformen for regjeringen Solberg fra oktober 2013 ble det nedfelt at regjeringen vil «Åpne for produktprøver og begrenset alkoholsalg direkte fra nisjeprodusenter og om nødvendig jobbe for å endre EU-lovgivningen på feltet».⁴

¹ Se Prop. 48 L (2010-2011), Innst. 267 L (2010-2011) og debatten på Stortinget den 14.4.2011. Se også tidligere Dokument 8-forslag fra Venstre om å tillate gårdssalg, jf. Innst. 66 S (2010-2011).

² Meld. St. 9 (2011-2012), *Landbruks- og matpolitikken*, avsnitt 8.8.2.

³ Se SOU 2010:98 *Gårdsförsäljning*.

⁴ Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet, Sundvollen 7. oktober 2013, side 29.

Vi forstår dette som bakgrunnen for departementets anmodning om en juridisk utredning av de EØS-rettslige spørsmål som saken kan reise.

Hovedspørsmålet etter mandatet er om det etter EØS-retten kan åpnes for salg av alkoholholdig drikk med mer enn 4,7 prosent alkohol direkte fra nisjeprodusenter, samtidig som Vinmonopolordningen opprettholdes for salg av alle øvrige alkoholdrikker over 4,7 prosent som i dag.

Videre er det en rekke utfyllende spørsmål i mandatet, som går på den nærmere utformingen av en eventuell ordning for nisjesalg, og i hvilken grad det vil kunne påvirke den EØS-rettslige vurderingen. Det gjelder både definisjonen av hvem som skal regnes som nisjeprodusenter, og de nærmere vilkårene og kriteriene som kan tenkes oppstilt for å tillate slikt salg.

Mandatet ber om en EØS-rettslig vurdering av en mulig fremtidig ordning. I dette ligger at det ikke er vår oppgave å gå inn på eventuelle tolkingsspørsmål som gjeldende norsk rett måtte reise. Dersom det skal åpnes for nisjesalg over 4,7 prosent alkohol vil uansett alkoholloven måtte endres. Utredningen gjelder med andre ord Stortingets handlingsrom som lovgiver innenfor rammene av EØS-avtalen. Vårt oppdrag er å avklare disse rammene.

I hvilken grad et eventuelt handlingsrom skal benyttes eller ikke vil være opp til stortingsflertallet å avgjøre etter en vurdering der både alkoholpolitiske, distriktpolitiske, næringspolitiske og andre hensyn kan være relevante. Dette er ikke opp til oss å vurdere, og utredningen må ikke leses slik at den tar noe standpunkt med hensyn til hvorvidt utvidet gårdssalg bør innføres eller ikke.

Det tas forbehold om at vi bare har begrenset oversikt over det relevante faktum i saken – herunder hvilke produkter det vil være aktuelt å tilby, hvilke og hvor mange aktører dette aktuelt og potensielt vil kunne gjelde, hvor store volum det vil kunne være tale om, osv. Dette synes heller ikke klart på det nåværende tidspunkt, da en eventuell ordning for utvidet gårdssalg vil kunne utformes på en rekke forskjellige måter, med stor betydning for omfang og karakter. Vi har ikke fått oss forelagt noen konkrete forslag til slike ordninger, og slike vil vel eventuelt først bli utformet etter at de EØS-rettslige rammene er avklart.

I denne sammenheng skal likevel bemerkes at begrepet «gårdssalg», som ofte brukes i den offentlige debatt (men ikke i mandatet) bare delvis er treffende. Riktignok vil en stor andel av de aktuelle nisjeprodusentene så vidt vi forstår være knyttet til gårder (landbruksproduksjon). Men for den gjeldende ordningen med salg inntil 4,7 prosent alkohol er det ikke noe krav om tilknytning til en «gård». Det avgjørende er om salget er knyttet til produksjonsstedet, og at det skjer «som del av stedets helhetlige karakter og salgstilbud» etter alkoholloven § 1-7a. Dette kan være en gård, men det kan også tenkes andre typer anlegg, for eksempel mikrobryggerier.

Endelig må det understrekes at flere av de EØS-rettslige spørsmålene som saken reiser er til dels kompliserte, diskutabile og avhengig av skønsmessige vurderinger, der det ikke alltid er mulig på forhånd å angi sikkert hvordan en eventuell rettssak vil ende. Etter forholdene kan en ordning med utvidet gårdssalg både bli gransket av EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) og utfordret av private aktører ved søksmål.

Avhengig av prosessformen vil saken kunne komme opp enten for norske domstoler, for EFTA-domstolen, eller begge deler. Inntil en slik sak er autoritativt avgjort enten i EFTA-domstolen eller Høyesterett er det ikke mulig sikkert å vite hvor de EØS-rettslige grensene går. Der det er grunnlag for slik tvil, vil vårt perspektiv være å søke å angi grad av prosessrisiko, snarere enn sikre og bastante svar.

Det videre opplegget er at vi først skal skissere de generelle rettslige rammene som saken må vurderes innenfor (3). Deretter redegjør vi nærmere for hvilke alkoholprodukter som er omfattet av EØS-avtalen og hvilke som ikke er det (4). Basert på denne sonderingen drøftes først innføring av gårdssalg for produkter som ikke er omfattet av EØS-avtalen (5), og deretter for produkter som er det (6). Endelig har vi noen korte merknader til den nærmere utformingen av en eventuell modell for gårdssalg (7), samt noen avsluttende kommentarer (8).

3. EØS-avtalens rammer for norsk alkohollovgivning

3.1. Kort om gjeldende norsk rett om omsetning av alkohol

Alkoholloven skiller mellom salg og skjenking av alkoholholdig drikk. Med salg forstås overdragelse av alkoholholdig drikk til forbruker mot vederlag for drikking et annet sted enn salgsstedet, mens det med skjenking forstås salg for drikking på stedet, jf. alkoholloven § 1-4. Denne terminologien benyttes også i det følgende.

Verken salg, skjenking eller tilvirkning av alkoholholdig drikk til annet enn eget bruk kan skje uten bevilling gitt med hjemmel i alkoholloven.⁵

Alkohollovens bevillingssystem opererer med fire kategorier alkoholholdig drikk; alkoholsvak drikk (drikk som inneholder fra og med 0,7 til og med 2,5 volumprosent alkohol), alkoholholdig drikk gruppe 1 (drikk som inneholder over 2,5 og høyst 4,7 volumprosent alkohol), alkoholholdig drikk gruppe 2 (drikk som inneholder over 4,7 og mindre enn 22 volumprosent alkohol), og alkoholholdig drikk gruppe 3 (drikk som inneholder fra og med 22 til og med 60 volumprosent alkohol). Inndelingen er, som vi ser, basert på volumprosent alkohol, ikke produksjonsmåter eller ingredienser. Dette er av betydning fordi de EØS-rettslige konsekvensene av å åpne for nisjeprodusenters salg av alkoholholdig drikk i gruppe 2 og 3 som nevnt vil kunne variere beroende nettopp på produksjonsmåte og ingredienser.

Det følger av alkoholloven § 3-1 første ledd at salg av alkoholholdig drikk med mer enn 4,7 volumprosent alkohol, det vil si alkoholholdig drikk gruppe 2 og 3, er forbeholdt AS Vinmonopolet. Av bestemmelsens tredje ledd fremgår det at bevilling til å selge alkoholholdig drikk som inneholder høyst 4,7 volumprosent alkohol kan utvides til å omfatte tilvirkning av slik alkoholholdig drikk for salg i egen virksomhet.

Alkoholloven § 4-2 bestemmer at en skjenkebevilling kan utvides til å omfatte tilvirkning av alkoholholdig drikk som ikke er brennevin, for skjenking i egen virksomhet.

⁵ Jf. alkoholloven § 1-4a, sammenholdt med § 6-1.

Vi ser dermed at dagens regelverk åpner for at produsenter av alkoholholdig drikk kan tillates å selge egentilvirkete alkoholholdige drikkevarer dersom disse inneholder høyst 4,7 volumprosent alkohol, og at de kan tillates å skjenke egentilvirkete alkoholholdige drikkevarer så lenge det ikke er tale om brennevin.

3.2. Kort om EØS-avtalens regler om fri flyt av varer og statlige monopoler

Slik vi ser det, er det i første rekke EØS-avtalens regler om fri bevegelse av varer og om statlige handelsmonopoler som er av interesse ved vurderingen av de EØS-rettslige konsekvenser en oppmykning av dagens omsetningsordning vil medføre. Det kan muligens også tenkes reist enkelte spørsmål om forholdet til reglene om etablering og tjenester, men dette er etter vårt syn ikke avgjørende for vurderingen av saken, og de vil ikke bli behandlet i det følgende.

EØS-avtalen art. 11 bestemmer at kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner skal være forbudt mellom partene i EØS-avtalen. Fra dette forbudet er det to unntak; EØS-avtalen art. 13 og et utviklet gjennom EU-domstolens praksis.

EØS-avtalen art. 11 speiler Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) art. 34. Innholdet i, og rekkevidden av, forbudet i disse bestemmelsene har vært gjenstand for en rekke avgjørelser fra så vel EU- som EFTA-domstolen. Det er ikke grunn til å gå inn i enkelthetene i denne rettspraksisen her. Det er tilstrekkelig å påpeke at rettspraksis viser at forbudet har en dobbelt funksjon. Det skal for det første sikre at varer som er lovlig produsert og markedsført i én EØS-stat har uhindret tilgang til markedene i de øvrige EØS-statene.⁶ For det annet skal det sikre at reguleringen av omsetningen av varene når de først er på markedet, ikke er slik at den påvirker omsetningen av importerte varer på en annen måte – rettslig eller faktisk – enn omsetningen av tilsvarende innenlandske varer.⁷ Forbudet er dermed blant annet til hinder for at visse omsetningskanaler forbeholdes nasjonalt produserte varer.

Unntaket i EØS-avtalen art. 13, som speiler TEUV art. 36, tillater importrestriksjoner som er nødvendige for å ivareta de hensyn som er angitt i bestemmelsen. Blant disse hensynene finner vi hensynet til menneskers liv og helse. Unntaket i EØS-avtalen art. 13 suppleres av det domstolskapte, som åpner for ivaretagelse av andre ikke-økonomiske hensyn enn dem som er nevnt i art. 13. Også her er det et krav at importhindringen er nødvendig for beskytte det aktuelle hensynet. I tillegg kreves det at den aktuelle importhindringen er slik utformet at den ikke sonderer mellom importerte og innenlandske varer. Det sies gjerne at importhindringen må være opprinnelsesnøytral.

Et første fellestrekk ved det unntaket som følger av EØS-avtalen art. 13 og det som er utviklet i rettspraksis, er at det importhindrende tiltaket må være forholdsmessig

⁶ Den grunnleggende avgjørelsen her er EU-domstolens avgjørelse i sak 8/74, Dassonville.

⁷ Den grunnleggende avgjørelsen her er EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard.

(proporsjonalt). I dette vilkåret ligger det to elementer. For det første må det importhindrende tiltaket være egnet til å ivareta det eller de påberopte hensynene. For det annet må ikke tiltaket være slik utformet at det innebærer en større importhindring enn det som er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene. EØS-statene står likevel temmelig fritt til å bestemme hvilket beskyttelsesnivå de vil legge seg på.

Et neste fellestrekk er at det kreves at det eller de importhindrende tiltakene inngår i en helhetlig og konsistent politikk til ivaretagelse av de påberopte hensynene. Dette kalles gjerne konsistenskravet.⁸ Konsistenskravet innebærer i korthet at realiseringen av de hensyn som begrunner det handelshindrende tiltaket ikke motvirkes av andre, eller manglende, tiltak. Konsistenskravet spiller sin viktigste rolle der det kan settes spørsmålstegn ved realiteten i begrunnelsen for tiltaket. Skoleeksempelet er EU-domstolens avgjørelse i sak 178/84, Reinheitsgebot, som blant annet gjaldt et tysk forbud mot tilsetningsstoffer i øl. Tyskland gjorde gjeldende at forbudet var begrunnet i folkehelsehensyn. EU-domstolen lot seg ikke overbevise av dette, siden tilsetningsstoffer var tillatt i andre matvarer. Kravet fremsto mer som en kamuflert form for proteksjonisme, og det er først og fremst denne funksjonen kravet har i rettspraksis. Det virker som en «sikkerhetsventil».⁹

EØS-avtalen art. 16, som speiler TEUV art. 37, krever at statlige handelsmonopoler tilpasses slik at det ikke finner sted noen forskjellsbehandling av statsborgere fra EUs medlemsstater og EFTA-statene for så vidt gjelder vilkårene for forsyning og avsetning. EØS-avtalen art. 16 kan ses som et konkret utslag av det andre elementet i forbudet etter EØS-avtalen art. 11; reguleringen av omsetningen av varene i markedet – les varene omfattet av monopolet – må ikke være slik at den påvirker omsetningen av innenlandske og importerte produkter forskjellig, rettslig eller faktisk.¹⁰ Det er grunn til å understreke at EØS-retten ikke krever at statlige handelsmonopoler avskaffes. Det som kreves er at monopolet er utformet og driftes slik at omsetningen av de varer som er omfattet av monopolet påvirkes på samme måte uavhengig av om de er importerte eller ikke.

EU-domstolen har, i sak C-438/02, Hanner, formulert dette slik:

... it is clear from settled case-law that, although it does not require total abolition of State monopolies of a commercial character, Article 31(1) EC [art. 37 TEUV] requires them to be adjusted in such a way as to ensure that no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed exists between nationals of Member States (...).¹¹

⁸ For en inngående behandling av EØS-avtalen artikkel 11 og 13, se Rognstad i Sejersted m.fl., EØS-rett, 3. utg., Oslo 2011, avsnitt 17.3.

⁹ Se nærmere Gjermund Mathsen, Consistency and coherence as conditions for justification of Member State measures restricting free movement, Common Market Law Review 2010 side 1021 til 1048. I EFTA-domstolens rettspraksis er det særlig i sakene om restriksjoner på pengespill at konsistenskravet har vært problematisert, se sak E-1/06 (spilleautomater) avsnitt 42-46.

¹⁰ Se til illustrasjon sak C-438/02, Hanner, avsnittene 34 til 36.

¹¹ Sak C-438/02, Hanner, avsnitt 34.

Hvorvidt EØS-retten krever at statlige handelsmonopoler er opprettet for å ivareta ikke-økonomiske hensyn, kan være mer usikkert. EU-domstolen kan nok forstås slik at handelsmonopolet må ha en slik begrunnelse, noe som kan illustreres med følgende uttalelse fra samme sak:

In fact, the purpose of Article 31(1) EC [art. 37 TEUV] is to reconcile the possibility for Member States to maintain certain monopolies of a commercial character as instruments for the pursuit of public interest aims with the requirements of the establishment and functioning of the common market. It aims at the elimination of obstacles to the free movement of goods, save, however, for restrictions on trade which are inherent in the existence of the monopolies in question (*Franzén*, paragraph 39).¹²

Domstolen kan imidlertid også forstås slik at det først er der handelsmonopolet innebærer en handelshindring at det må være forankret i ikke-økonomiske hensyn. Problemstillingen er særlig aktuell der handelsmonopolet, som Vinmonopolet, er et detaljsalgsmonopol. Dette fordi regler som gjelder selve omsetningen av en vare ikke er å anse som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner dersom de påvirker omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk.¹³ Det virker da umiddelbart inkonsistent om et detaljsalgsmonopol som påvirker omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk, må være nødvendig for å ivareta ikke-økonomiske hensyn for å være forenlig med EØS-avtalen art. 16, mens en ordning som har de samme virkningene for samhandelen, uten at det gjøres bruk av et statlig handelsmonopol, ikke behøver det. Spørsmålet må anses som uavklart, men etter vår oppfatning er det først der elementer ved det statlige handelsmonopolet også innebærer en handelshindring som rammes av EØS art. 11 eller en forskjellsbehandling av varer omfattet av monopolets enerett, at monopolet må tilfredsstille EØS-rettslige begrunnelseskraav. Etter vår oppfatning er ikke Vinmonopolets detaljsalgsmonopol i seg selv noe som krever en EØS-rettslig begrunnelse.

EØS-avtalen art. 13 hjemler ikke unntak fra påbudet i art. 16. De hensynene bestemmelsen nevner, og andre ikke-økonomiske hensyn, vil imidlertid være relevante ved vurderingen av om det foreligger en forskjellsbehandling art. 16 rammer. Der det foreligger brudd på art. 16, har EU-domstolen vurdert om handelsmonopolet likevel kan hjemles i TEUV art. 106 nr. 2, en bestemmelse som har sin parallell i EØS-avtalen art. 59 nr. 2.¹⁴

Forholdet mellom art. 11 og art. 16 reiser særlige spørsmål. Det følger av EFTA-domstolens praksis, som her speiler EU-domstolens, at det må skilles mellom regler som gjelder monopolet som sådant, og regler som har innvirkning på monopolet. I sak E-4/05, *Hob-Vin*, formulerte EFTA-domstolen dette slik:

¹² Sak C-438/02, *Hanner*, avsnitt 35.

¹³ Dette følger av EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-267/91 og C-268/91, *Keck og Mithouard*.

¹⁴ Se nærmere Rognstad i *Sejersted m.fl.*, EØS-rett, på side 345.

According to the case law of the Court of Justice of the European Communities, Articles 28 and 31 EC, the provisions on which Articles 11 and 16 EEA have been modelled, are to be understood as applying exclusively rather than cumulatively. Following this approach, each provision covers different aspects of State monopolies of a commercial character. Whereas Article 31 EC applies to rules relating to the existence and operation of the monopoly and, more specifically, to the exercise by a domestic commercial monopoly of its exclusive rights, the effect on intra-Community trade of the other provisions of domestic legislation, which are separable from the operation of the monopoly although they have a bearing upon it, fall to be examined under Article 28 EC (Case C-189/95 *Franzén* [1997] ECR I-5909, paragraphs 35-36). The Court has followed this line of argument when defining the relationship between Articles 11 and 16 EEA in Cases E-1/97 *Gundersen v Oslo commune* [1997] EFTA Court Report 108, paragraph 17-18, and E-4/01 *Karlsson v Iceland* [2002] EFTA Court Report 240, paragraphs 15 and 22.¹⁵

Det følger av dette at regler om avgrensningen av monopolet – det vil si hvilke varer som er omfattet – nok skal vurderes mot art. 11. Det ligger i dette at dersom det er et konkurranseforhold mellom varer, og noen av disse må omsettes gjennom Vinmonopolet mens andre kan omsettes (også) gjennom andre kanaler, må sontringen kunne forankres i enten EØS-avtalen art. 13 eller det domstolskapte unntaket. Begrunnelsen for at enkelte av dem bare kan omsettes gjennom handelsmonopolet må med andre ord tilfredsstille EØS-rettslige krav. EFTA-domstolens konkrete anvendelse av de retningslinjene som beskrives i sak E-4/05, *Hob-Vin* gir likevel grunnlag for en viss usikkerhet..¹⁶

3.3. *EØS-rettens anvendelse på nasjonale restriksjoner på salg av alkohol*

Går man gjennom rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, ser man at en uforholdsmessig stor andel av sakene om fri flyt av varer og statlige monopoler dreier seg nettopp om nasjonale restriksjoner på salg og omsetning av *alkohol*. Ved nærmere ettertanke er dette ikke så rart. Alkohol er en spesiell type vare, som i de fleste EU/EØS-stater reguleres mer restriktivt enn andre varer. Det gjelder særlig i de nordiske landene, som med unntak av Danmark har Europa strengeste alkohollovgivning. Dermed oppstår det spørsmål i forhold til EU/EØS-rettens generelle regler om fri flyt. Videre er det på dette feltet er en rekke private aktører med interesse i å få kartlagt de rettslige grensene. Derfor har det blitt mange rettssaker, både for nasjonale domstoler og for EU- og EFTA-domstolen.

Blant de mange alkoholsakene for EU-domstolen er det fra et norsk perspektiv særlig grunn til å fremheve sak C-189/95, *Franzén*, som ble avsagt i 1997. Her ble det slått fast at det svenske salgsmonopolet var forenlig med EU-retten. Denne dommen

¹⁵ Sak E-4/05, avsnitt 24.

¹⁶ Dette illustreres godt av EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-6/96, *Wilhelmsen*, om grensedragningen mellom øl som kan selges i dagligvareforretninger og øl som bare kan selges gjennom Vinmonopolet, avsnittene 41 til 63. I sak E-9/00, *Rusbrus*, vurderer imidlertid EFTA-domstolen ordningen med at rusbrus var omfattet av Vinmonopolets detaljsalgsmonopol mens øl med samme alkoholinnhold ikke var det, mot EØS-avtalen art. 16.

sikret i praksis også det norske Vinmonopolets salgsmonopol. En annen viktig dom var dommen i sak C-405/98, Gourmet, fra 2001 om det svenske forbudet mot alkoholreklame. Denne dommen presiserte rammene for å tillate et slikt forbud på en måte som gjorde at det norske forbudet kunne videreføres.

Siden den startet i 1994, har også EFTA-domstolen behandlet en lang rekke saker om nasjonale restriksjoner på salg av alkohol, både i Norge og i de andre EFTA-statene. I den første av disse (sak E-1/94, Restamark) slo den fast at det finske monopolet på import og eksport av alkohol ikke var forenlig med EØS-avtalen, og dermed måtte også det tilsvarende norske monopolet oppheves. Senere har EFTA-domstolen behandlet norske saker om blant annet sterkøl på polet, Vinmonopolets enerett til salg, rusbrus og alkoholreklameforbudet. Den har også hatt flere islandske alkoholsaker.

En nærmere redegjørelse for denne rettspraksisen faller utenfor rammene av denne utredningen. Det er imidlertid to poenger som er viktige. For det første er nasjonal alkohollovgivning et saksfelt der både EFTAs Overvåkningsorgan og private aktører følger nøye med, og der det skal lite til før nasjonale regler blir underlagt gransking eller bragt inn for domstolene. For det andre viser praksis at hovedprinsippene i den restriktive norske lovgivningen som oftest er godtatt av domstolene. Men betingelsen for dette er at restriksjonene er genuint begrunnet i legitime hensyn, egnete og nødvendige for å ivareta disse hensynene, og inngår i en konsistent politikk som tar sikte på å beskytte folkehelsen. Og dette etterprøves grundig av domstolene.

3.4. Vurderinger av gårdssalg i Finland og Sverige

Ordninger med gårdssalg av egenprodusert alkohol er vanlig i en lang rekke EU-stater. I land som ikke har salgsmonopol er dette ikke overraskende. Mer interessant fra et norsk perspektiv er at problemstillingen også er aktualisert i Finland og Sverige – som i likhet med Norge har statlige salgsmonopoler.

I Finland har man lenge hatt en ordning med gårdssalg av gårdsvin, som vil si vin fremstilt ved gjæring av frukt og bær, samt et særfinsk produkt kalt sahti (et tradisjonelt rugøl) ved siden av detaljsalgsmonopolet (Alko). Ordningen trådte i kraft 1. januar 1995, samtidig med at Finland gikk inn i EU.¹⁷

Den finske ordningen kjennetegnes blant annet ved at det stilles krav om at alkoholproduksjonen har sammenheng med regionens jordbruksvirksomhet, den enkelte bevillingshaver kan bare ha ett utsalgssted, det skal være i tilknytning til produksjonsstedet, og det skal bare selges egenproduserte varer. I tillegg var det krav om bruk av lokale bær, frukter og aromaemner. Europakommisjonen satte i 2007 spørsmålstegn ved om kravet om bruk av lokale råvarer var i tråd med nåværende TEUV art. 34 (EØS-avtalen art. 11). Kravet ble endret, slik at det nå stilles krav om bruk av bær, frukt og aromaemner som kommer fra en vekstsone i EØS, «vars karakteristiska drag genereras norr om den sextionde norrlige breddgraden».

¹⁷ Den finske ordningen er utførlig beskrevet i SOU 2010:98, *Gårdsförsäljning*, kapittel 5.

Kommisjonen påpekte også at det forhold at finske produsenter kunne selge direkte til forbrukerne, mens utenlandske produsenter av tilsvarende varer bare kunne selge gjennom Alko, var i strid med TEUV art. 34, motstykket til EØS-avtalen art. 11. Det ble imidlertid besluttet ikke å innlede traktatbruddsak mot Finland, dels fordi kravene til gårdssalg var så vidt strenge, dels fordi de kvanta det dreide seg om var temmelig små, og dels fordi virksomheten hadde en viss betydning for utviklingen av den finske landsbygda.

Da det i 2009 ble foreslått at ordningen skulle utvides til også å omfatte produksjon og salg av likører, fant Kommisjonen grunn til å gjøre Finland oppmerksom på at etter Kommisjonens vurdering ville en slik utvidelse være i strid med TEUV art. 34 (EØS art. 11) fordi den bare omfatter lokalt produserte likører, ikke likører fra andre medlemstater. Utvidelsen har ikke skjedd. Det kan være grunn til å påpeke at berettigelsen av Alkos detaljalgsmonopol ikke ble gjort til noe tema i korrespondansen med Finland om de spørsmål gårdsalgsordningen reiste.¹⁸

Selv om den finske ordningen har betydelig interesse også for en norsk vurdering, må det understrekes at det forhold at Kommisjonen ikke har innledet traktatbruddsak mot Finland ikke betyr at ordningen nødvendigvis er forenlig med EU-retten fra et rettslig perspektiv. Det kan også være andre grunner til at dette ikke har skjedd, herunder at man ikke har ønsket konflikt med Finland om en sak som har såpass begrenset praktisk betydning. Det kan også tenkes at innføring av en ny ordning i Norge vil bli noe annerledes vurdert i praksis enn videreføring av en gammel i Finland, selv om denne sontringen i prinsippet ikke skal ha rettslig betydning.

I Sverige er det ennå ikke åpnet for gårdssalg, men dette har vært diskutert og vurdert i flere runder, senest gjennom en omfattende utredning i 2010.¹⁹

Konklusjonene i denne utredningen var at en ordning der produsenter tillates å selge egne alkoholholdige produkter, og bare slike, vil være et hinder for frie varebevegelser som vanskelig lar seg forene med EU-retten dersom det dreier seg om produkter som ellers bare kan omsettes gjennom Systembolaget. Dersom gårdssalgsordningen innrettes slik at produsentene kan selge også andre alkoholprodukter enn selvproduserte, er vurderingen at forholdet til EU-reglene blir mindre problematisk. Dette fordi ordningen da er å betrakte som en regulering av bestemte former salg som påvirker omsetningen av importerte og svenske produkter på samme måte, rettslig og faktisk,²⁰ og som under enhver omstendighet kan begrunnes i ikke-økonomiske hensyn.²¹ En slik ordning vil, hevdes det, heller ikke være i strid med EU-rettens etableringsregler eller – gitt at utredningens anbefalinger med hensyn til de nærmere detaljer i ordningen følges – true Systembolagets monopolstilling.²²

Den svenske utredningen åpner på denne måten for gårdssalg, men i en form som gjør at produsentene også må selge andre sammenlignbare produkter, og ikke bare

¹⁸ Se SOU 2010:98 side 49 til 53.

¹⁹ Se SOU 2010:98, *Gårdsförsäljning*. Se også tidligere SOU 2009:22, *En ny alkohollag*.

²⁰ Se SOU 2010:98 avsnitt 7.2.3.

²¹ Se SOU 2010:98 avsnitt 7.2.5 og 7.2.6.

²² Se SOU 2010:98 avsnitt 7.5.

sine egne. Slik sett er dette en løsning som prinsipielt avviker fra selve formålet med gårdssalg av egenproduserte varer, og som vil kunne åpne for en omfattende liberalisering av alkoholsalg. Så langt vi kan bedømme vil en slik ordning også være vanskelig å utforme og praktisere. Dette kan muligens også være en grunn til at ordningen så langt vi kjenner til ennå ikke er realisert. Den svenske utredningen presiserer også at selv om den mener at en slik ordning vil stå seg EU-rettslig, så er det en viss prosessrisiko for at EU-domstolen vil kunne vurdere saken annerledes.

Sammenligner man svenske og norske forhold, så er de aktuelle EU-reglene om fri flyt av varer og krav til statlige monopoler fullt ut de samme som etter EØS-retten. Videre tilsvare Systembolagets monopolordning i all hovedsak Vinmonopolets, selv om det er noen mindre forskjeller. Så langt har den svenske utredningen direkte interesse også for de norske vurderingene, selv om det må presiseres at det kun er tale om en nasjonal utredning (foretatt av en såkalt særskilt utreder med bistand fra sakkyndige), og ikke noen rettslig autoritativ tolking. Selv om utredningen er god og grundig, er det ikke gitt at vi følger den fullt ut på alle punkter.

Den viktigste grunnen til at den svenske utredningen ikke uten videre er relevant for norske forhold, er imidlertid at dekningsområdet for hvilke produkter som er omfattet av EØS-avtalen er annerledes enn for EU-statene, som vi nå skal se.

4. Alkohol – EØS-avtalens dekningsområde

En viktig forskjell mellom EØS-avtalen og EU-medlemskap er at EØS som hovedregel ikke dekker handel med landbruksvarer. Av dette følger at bearbejdede landbruksprodukter (slik som alkoholholdige drikkevarer) i utgangspunktet heller ikke er omfattet av EØS-avtalen, med mindre dette er særskilt angitt. For dem er dette forhandlet slik at noen produkter er dekket og andre ikke.

Dette er nærmere regulert i EØS art. 8 nr. 3 bokstav b, der det heter at avtalen kommer til anvendelse på varer oppført i EØS-avtalens protokoll 3, i samsvar med særlige bestemmelser som fastsatt i protokollen. Går man til protokoll 3 er dette så regulert ved henvisninger til det såkalte HS-systemet. Som alkoholholdige produkter som er omfattet av avtalen finner vi her for det første øl fremstilt av malt (HS 22.03), for det andre vermut og annen smaksatt vin av friske druer (HS 22.05), og for det tredje udenaturet alkohol, likør og brennevin (HS 22.08).

Dette betyr at øl, vermut og brennevin er omfattet av EØS-avtalens dekningsområde. For slike produkter gjelder EØS-avtalens regler (herunder om fri flyt av varer etter artikkel 11 og monopoler etter artikkel 16) på samme måte som etter EU-retten.

Derimot er handel med vin produsert av druer (HS 22.04) og såkalte «Andre gjærede drikkevarer» (HS 22.06) ikke omfattet av EØS-avtalen.

I protokoll 8 (2) til EØS-avtalen er det gjort en delvis modifikasjon fra dette, der det heter at «Artikkel 16 i avtalen får anvendelse også for vin (HS posisjon 22.04)». Artikkel 16 er regelen om statlige handelsmonopoler. Det betyr at salgsmonopolet

for vin må tilfredsstille kravene i artikkel 16 til likebehandling m.m., selv om vin som vare ikke er omfattet av EØS-avtalen. Men det gjelder bare artikkel 16 – vin er ellers ikke omfattet av reglene om fri flyt av varer etter artikkel 11. Og protokoll 8 (2) gjelder bare for vin av druer (HS 22.04).

Alkoholholdige produkter i kategorien «Andre gjærede drikkevarer» (HS 22.05) faller etter dette helt utenfor EØS-avtalens dekningsområde, og er verken omfattet av artikkel 11 eller artikkel 16. Blant de drikkevarene som nevnes som eksempler på slike varer, er eplevin (sider), pærevin og mjød, men kategorien omfatter også alkoholholdige drikkevarer basert på annen frukt eller bær, så lenge de er fremstilt ved gjæring.

Av dette følger at det etter EØS-avtalen rettslig sett er tre ulike kategorier av alkoholholdige drikkevarer:

- (i) Øl, vermut og brennevin er omfattet av avtalen.
- (ii) Vin laget av druer er som hovedregel ikke omfattet av avtalen, men artikkel 16 får likevel anvendelse.
- (iii) Sider, pærevin, mjød og alle andre former for alkohol fremstilt ved gjæring er ikke omfattet av avtalen.

Dette får etter vårt syn avgjørende betydning for de spørsmål som utredningen omhandler. Alle de tre kategoriene kan i utgangspunktet tenkes produsert av norske «nisjeprodusenter» i en styrke som overstiger 4,7 prosent alkohol. Men den EØS-rettslige vurderingen vil være forskjellig avhengig av hvilken kategori det gjelder.

Dette er drøftet i det følgende. Vi skal først behandle produkter som faller helt utenfor EØS-avtalen (avsnitt 5), og dernest produkter som helt eller delvis faller innenfor (avsnitt 6).

For helhetens skyld skal det også påpekes at de råvarene (innsatsfaktorene) som alkohol i hovedsak lages av også faller utenfor avtalens dekningsområde så langt det er tale om landbruksprodukter (potet, korn, frukt, bær, grønnsaker, urter m.m.). Det betyr at krav om lokale eller nasjonale innsatsfaktorer i produksjonen av alkohol i Norge etter vår vurdering antagelig heller ikke kan angripes EØS-rettslig, selv om det dreier seg om endelige produkter som er omfattet av avtalen (øl og brennevin). Men dette er ikke nærmere vurdert, da det faller utenfor rammene av mandatet.

5. Nisjesalg av alkohol som *ikke* er omfattet av EØS-avtalen

For alkoholholdige drikkevarer som faller utenfor EØS-avtalens dekningsområde er spørsmålet om adgang til å tillate nisjesalg (gårdssalg) etter vårt syn ganske enkelt. Her må norsk lovgiver som hovedregel fritt kunne regulere dette på den måten man finner hensiktsmessig, uten at det reiser EØS-rettslige problemer.

I dette ligger at forskjellig regulering av norske og utenlandske alkoholholdige produkter ikke vil utgjøre noen forskjellsbehandling i EØS-rettslig forstand, siden poenget med å holde produktene utenfor nettopp er at de skal kunne behandles ulikt.

En tillatelse for produsentene til å selge slike produkter direkte til forbruker kan derfor heller ikke ha noen betydning for vurderingen av salgsmonopolet for varer som er omfattet av avtalen.

Dette standpunktet har støtte i EFTA-domstolens rettspraksis, senest i avgjørelsen i sak E-19/11, *Vin Trio*, som gjaldt spørsmålet om det islandske detaljsalgsmonopolet hadde adgang til å nekte å selge alkoholholdige drikkevarer som inneholder koffein. Om de aktuelle drikkevarene sa EFTA-domstolen følgende:

It is not clear from the request what the specific ingredients of the two alcoholic beverages “Mokai Cider” and “Cult Shaker” are. This is a factual issue to be assessed by the national court. However, based on the information made available to the Court in the present proceedings, it appears as if the two beverages are mixtures of fermented apple wine (cider) and non-alcoholic beverages, with an alcohol content of 4.5%. If the national court finds that this is correct, they are to be classified under heading 22.06 of the HS (cider, perry, mead). Since heading 22.06 is not mentioned in Protocol 3 to the EEA Agreement, products falling under that category are not covered by the EEA Agreement, unless otherwise provided.²³

Videre kan det vises til sak E-4/04, *Pedicel*, som gjaldt forholdet mellom alkohollovens forbud mot alkoholreklame og EØS-avtalens regler om fri bevegelse for varer og for tjenester. Reklamen det var tale om gjaldt vin, og et spørsmål var om reklameforbudet ble rammet av EØS-avtalen art. 11. Etter å ha påpekt at vin har HS posisjon 22.04, og dermed verken er omfattet av angivelsen av relevante varer i EØS-avtalen art. 8 nr. 3 bokstav a, eller omfattet av protokoll 3 til EØS-avtalen, uttalte EFTA-domstolen:

EFTA-domstolen bemerker at EØS-avtalens anvendelsesområde avviker fra EF-traktatens når det gjelder deknningen av landbruks- og fiskeriprodukter. EØS-avtalen holder de fleste landbruksprodukter utenfor sin produktdekning. For så vidt angår ulikheter i anvendelsesområdet for EØS-avtalen og EF-traktaten, vises det til EFTA-domstolens tidligere avgjørelse i sak E-2/97, *Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen*, [1997] EFTA Ct. Rep. 127, avsnitt 25.

En viktig gruppe varer i kapittel 1 til 24 i det harmoniserte system er landbruksprodukter (herunder vin). Begrunnelsen for at disse produktene er holdt utenfor EØS-avtalens generelle anvendelsesområde må være at avtalepartene ønsket å beholde friheten til selv å fastsette sine ordninger, uten å være bundet av reglene i EØS-avtalen, med mindre noe annet uttrykkelig er bestemt.²⁴

På denne bakgrunn kan det neppe være særlig tvil om at EØS-avtalen skal tas på ordet – faller et produkt utenfor avtalens nedslagsfelt, legger EØS-avtalen ingen føringer på EØS-statenes frihet til å etablere ordninger for dette produktet. Dette understrekes ytterligere når EFTA-domstolen i samme avgjørelse uttaler at

EØS-statene tilstreber å skape et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde. Denne grunnleggende målsettingen, som blant annet er nedfelt i det fjerde og femte punkt i EØS-avtalens forale, kan gjøre det nødvendig å tolke EØS-retten dynamisk. Dette gjelder imidlertid ikke artikkel 8(3) EØS. EFTA-domstolen finner

²³ Sak E-19/11, *Vin Trio*, avsnitt 25.

²⁴ Sak E-4/04, *Pedicel*, avsnittene 24 og 25.

at artikkel 11 EØS ikke kan være anvendelig på handel med vin, ettersom dette ville medføre en utvidelse av avtalens anvendelsesområde.²⁵

Vareavgrensningen i EØS art. 8 nr. 3 har et forbehold for at annet kan være særskilt angitt annet steds i avtalen. I sak E-4/04, *Pedicel*, ble det anført at vin som landbruksprodukt var beskyttet mot tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Synspunktet var at dette var omfattet av de «andre tekniske handelshindringer» i EØS art. 18. Dette ble avvist av EFTA-domstolen, som fant at uttrykket «andre tekniske handelshindringer» måtte forstås som krav av samme type som det som er angitt i vedlegget til protokoll 47 til EØS-avtalen. Hensikten med bestemmelsen «er verken direkte eller indirekte å gjøre artikkel 11 EØS anvendelig på vin, og på den måten omgå EØS-avtalens regler om produktdekning».²⁶ Protokoll 47 er derfor uten betydning for de spørsmål som behandles i denne utredningen.

Anvendelsesområdet for tjenestereglene er ikke avgrenset særskilt. I sak E-4/04, *Pedicel*, var det derfor også reist spørsmål om alkoholreklameforbudet var en restriksjon på adgangen til å yte tjenester over landegrensene, siden det innebærer at det aktuelle bladet – det norske *Vinforum* – ikke kunne stille reklameplass til rådighet for vinprodusenter i andre EØS-land. EFTA-domstolen fant at den

... aktuelle problemstillingen forutsetter en bredere anlagt tolkning der alle momenter av betydning tas i betraktning, særlig bestemmelsens [dvs EØS-avtalen art. 8 nr. 3] formål.

Dette formålet, som er nevnt ovenfor, innebærer i denne saken at det overlates til EØS-statene selv å avgjøre hvordan handel med vin skal reguleres, uten at de i prinsippet er bundet av reglene om det frie varebytte. EFTA-domstolen slutter på denne bakgrunn at en tjenesteytelse som den i nærværende sak, som er uatskillelig knyttet til salg av vin, må anses å falle utenfor anvendelsesområdet for artikkel 36 EØS.

Klageren i den foreliggende sak er utgiver av et vintidsskrift hvis interesse ikke er å selgevin, men å selge annonsetjenester. Slike annonsetjenester har imidlertid til formål å fremme salg av vin, og er uløselig knyttet til vinhandelen. Slike tjenester faller derfor, i tråd med konklusjonen i avsnitt 34, utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.²⁷

Det sentrale poenget her er at hvis en vare som sådan faller utenfor EØS-avtalens dekningsområde, så vil også tjenester som har til eneste formål å fremme denne varen falle utenfor.

Endelig kan det minnes om den finske ordningen med gårdssalg ble utformet mens Finland fortsatt var medlem av EØS (selv om den trådte i kraft samtidig med at landet ble EU-medlem). Det kan således tenkes at den er bevisst utformet nettopp ut fra en tankegang om at disse produktene ikke var dekket av EØS-avtalen.

Konklusjonen blir etter dette at nisjeprodusenter kan tillates å selge alkoholholdige drikkevarer som faller utenfor EØS-avtalens nedslagsfelt uten at dette svekker den EØS-rettslige vurderingen av Vinmonopolets detaljssalgsmopol.

Etter vår vurdering er dette en ganske klar konklusjon, som norske myndigheter nokså trygt må kunne legge til grunn for utformingen av en fremtidig ordning for

²⁵ Sak E-4/04, *Pedicel*, avsnitt 28.

²⁶ Sak E-4/04, *Pedicel*, avsnitt 27.

²⁷ Sak E-4/04, *Pedicel*, avsnittene 33 til 35.

utvidet gårdssalg av produkter over 4,7 prosent alkohol. Men den gjelder altså bare for eplesider, mjød og andre produkter fremstilt ved gjæring.

I den grad en utvidet ordning for gårdssalg av slike produkter i det hele tatt kan anføres å utgjøre noen EØS-rettslig utfordring, må det være ut fra et argument om at dette generelt vil kunne svekke konsistensen i den restriktive norske alkoholpolitikken. Etter vår vurdering er det ikke grunnlag for å hevde dette. Dersom en vare først faller utenfor EØS-avtalen, kan ikke reguleringen av den påvirke den EØS-rettslige konsistensvurderingen av restriksjoner på de varene som er omfattet. Dette synet har støtte i EFTA-domstolens rettspraksis, der den som vist klart har avvist forsøk på å utvide avtalens saklige virkeområde. Videre må konsistenskravet som vist først og fremst anses som en sikkerhetsventil, som er ment å fange opp proteksjonistiske tiltak, der myndighetene viser til hensyn som de i realiteten ikke forfølger. Situasjonen blir helt annerledes når det som her dreier seg om ulik regulering av produkter som faller utenfor avtalens dekningsområde. Dette er per definisjon ikke proteksjonistisk, og det kan ikke sees som noen mangel ved «konsistensen» i EØS-rettslig forstand at det reguleres annerledes.

Etter vårt syn er dette en ganske klar konklusjon. En adgang til nisjesalg av produkter som faller utenfor EØS-avtalens dekningsområde kan derfor ikke i seg selv brukes som argument for at Vinmonopolets salgsmonopol ikke lenger er konsistent i EØS-rettslig forstand. Når det er sagt, kan man ikke helt utelukke at utvidet nisjesalg ved en eventuell fremtidig rettssak om salgsmonopolet kan bli trukket frem som et av flere utviklingstrekk som til sammen svekker konsistensen i den i prinsippet restriktive norske alkoholpolitikken (sammen med f.eks. flere polutsalg, økt tax free omsetning, tillatelse til økt markedsføring og andre forhold). Selv om reguleringen av produkter som faller utenfor avtalen i prinsippet ikke skal telle med ved en slik vurdering, kan det ikke helt utelukkes at EFTA-domstolen vil kunne se det annerledes. Dersom man skal ta høyde for dette, taler det i så fall for at en ordning med gårdssalg av slike produkter gjøres begrenset med hensyn til tillatt omfang, både hva gjelder tilknytning til produksjonssted, antall liter som kan selges og annet. Jo mer begrenset ordningen er, desto mindre innvirkning vil den ha på den generelle konsistensen i den generelle alkoholpolitikken.

6. Nisjesalg av alkohol som er omfattet av EØS-avtalen

6.1. Generelt

Spørsmålet om å åpne for nisjeprodusenters salg av alkoholholdige drikkevarer som etter protokoll 3 er omfattet av EØS-avtalen vil måtte vurderes etter de generelle EØS-reglene, i likhet med hva som er gjort i Sverige og Finland. For protokoll 3-varenes vedkommende er det ingen forskjell mellom EU-retten og EØS-retten. I praksis vil det dreie seg om salg av sterkøl (over 4,7 volumprosent alkoholinhold), samt alle former for brennevin, hva enten det er fruktbrennevin eller brennevin laget

på basis av potet eller korn (akevitt, vodka, etc.). Nisjesalg av vin fra ferske druer vil bare måtte vurderes mot EØS art. 16.

En ordning der produsenter av sterkøl, vin og brennevin gis anledning til å selge varene sine direkte til forbruker, er en liberalisering som klart nok ikke i seg selv er i strid med EØS-retten. De EØS-rettslige problemene knytter seg dels til avgrensningen av hvilke produsenter som skal gis adgang til slikt salg, og dels til hvor egnet og konsistent detaljsalgsmonopolet er som alkoholpolitisk virkemiddel når det åpnes for salg utenom monopolet.

Problemstillingen blir dermed spesiell og uvant. Som regel er det slik at vurderingstemaet er om nasjonale regler om omsetning av alkohol er tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, og om de i så fall er legitimt begrunnet og forholdsmessige. I vårt tilfelle er det imidlertid ikke tale om å innføre noen ny restriksjon, men tvert i mot en viss liberalisering for noen nærmere utvalgte aktører. Spørsmålet er da hvilken betydning denne begrensede liberaliseringen kan få for de gjenværende nasjonale restriksjonene, i første rekke Vinmonopolets salgsmonopol. Dette spørsmålet lar seg ikke så lett løse etter det mønsteret som er vanlig ved vurderinger av nasjonale restriksjoner mot EU/EØS-retten.

De spørsmål en slik liberalisering reiser kan tenkes angrepet etter så vel de alminnelige reglene om fri flyt av varer etter art. 11 som etter spesialbestemmelsen om statlige handelsmonopoler i art 16. Der det dreier seg om salg av vin laget på druer er det imidlertid kun art. 16 som kommer til anvendelse.

Det rettslige forholdet mellom EØS art. 11 og art. 16 er ikke helt enkelt. Utgangspunktet er at både EU- og EFTA-domstolen har understreket at de to bestemmelsene har hvert sitt anvendelsesområde, men den nærmere grensegangen er komplisert. Forhold knyttet til handelsmonopolets innretning, funksjon og utøvelse av sin enerett skal vurderes etter art. 16, mens andre forhold, som nok kan ha en innvirkning på monopolet, men ikke omhandler dets kjernefunksjoner, skal vurderes etter EØS art. 11.²⁸ I sak E-6/96, Wilhelmsen vurderte således EFTA-domstolen en henvisning av sterkøl til detaljsalgsmonopolet mot EØS art. 11 og unntakene fra forbudet i denne bestemmelsen, mens den i sak E-9/00, Rusbrus, vurderte en henvisning av rusbrus til detaljsalgsmonopolet mens øl med samme alkoholinnhold kunne selges i dagligvareforretninger mot EØS-avtalens art. 16 alene.

I vår sammenheng er det ikke nødvendig å ta stilling til hva som er den riktige, eller beste, tilnærminingsmåten. Poenget her er at det nok kan bero på den nærmere utformingen av nisjesalgsordningen hvorvidt et angrep langs de linjer de alminnelige reglene om fri bevegelse etter art. 11 m.m. gir anvisning på eller et angrep med grunnlag i art. 16 fremstår som det mest hensiktsmessige sett fra saksøkers ståsted.

En ordning som innebærer at det bare er produsenter som gis anledning til salg direkte til forbruker, og da bare av egne produkter, medfører at produsenter etablert i Norge gis en distribusjonskanal i Norge som ikke står åpen for produsenter av tilsvarende varer etablert i andre EØS-land, med mindre de også etablerer seg i

²⁸ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/05, avsnitt 24.

Norge. Dersom det også stilles krav om at utsalgsstedet skal ligge i tilknytning til produksjonsstedet, vil det helt utelukke muligheten for at alkoholholdige drikkevarer produsert i utlandet kan selges direkte fra produsent til forbruker i Norge.

En slik ordning kan tenkes angrepet fra flere vinkler. Én anførsel vil kunne være at en slik omsetningsordning forskjellsbehandler varer som står i et konkurranseforhold til hverandre, og derfor kan sies å utgjøre en restriksjon etter EØS art. 11. Dette ville i så fall være i tråd med EFTA-domstolens tilnærming i sak E-6/96, *Wilhelmsen*, og den som beskrives i sak E-4/05, *Hob-Vin*. En annen anførsel vil kunne være at ordningen innebærer en forskjellsbehandling av produsentene som er direkte i strid med vilkårene etter EØS art. 16 for å opprettholde et handelsmonopol. Dette ville i så fall være mer i tråd med EFTA-domstolens angrepsvinkel i sak E-9/00, *Rusbrus*, men vanskeligere å harmonere med de generelle uttalelsene i sak E-4/05, *Hob-Vin*. Avhengig av hvordan angrepet vinkles, vil det oppstå litt ulike, og til dels vanskelige spørsmål om i hvilken grad ordningen kan sies å være legitimt begrunnet, og om den egnet, nødvendig og konsistent.

Slik vi ser det, reiser en ordning som gir produsenter mulighet til å selge egenproduserte alkoholholdige drikkevarer direkte til forbruker fra lokaler som ligger i tilknytning til produksjonsstedet to hovedspørsmål, hva enten ordningen vurderes etter EØS art. 11 eller 16.

For det første må det vurderes om ordningen innebærer en *forskjellsbehandling* i EØS-rettslig forstand – enten av varer, produsenter eller begge deler.

For det annet må det vurderes om en slik forskjellsbehandling vil kunne *begrunnes* i samsvar med de krav EØS-retten stiller, det vil si at ordningen er egnet og nødvendig for å ivareta legitime hensyn.

I de følgende avsnittene drøfter vi dette nærmere. Vi har lagt vekt på å synliggjøre mulige anførsler og argumenter, heller enn å formulere bastante konklusjoner. Dette gjenspeiler at vi har å gjøre med kompliserte regler der stillingtaken i noen utstrekning vil skje på grunnlag av skjønnspregete vurderinger. Etter vår oppfatning er det derfor ikke helt enkelt å forutsi hva en domstol til slutt vil lande på, og etter hvilke vurderinger. Det kan heller ikke utelukkes at norske domstoler vil kunne se annerledes på enkelte spørsmål enn EFTA-domstolen. Slik vi forstår mandatet, spørres det først og fremst om en ordning med nisjesalg vil kunne svekke dagens monopolordning, ikke hva en domstol vil ende på. Det ligger i dette at prosessrisikobetraktninger vil stå sentralt.

6.2. Vil en nisjesalgordning innebære forskjellsbehandling i EØS-rettslig forstand?

Med «salg fra nisjeprodusent» menes etter mandatet «salg ved eget produksjonssted av egenprodusert alkohol som en del av stedets helhetlige karakter og salgstilbud», jf. for så vidt også alkoholloven § 1-7a annet ledd. Med denne definisjonen av salg fra nisjeprodusent, ser vi at muligheten for salg direkte til forbruker bare står åpen for produsenter som er etablert i Norge og har alkoholproduksjon her. Så vel utenlandske

produsenter av tilsvarende varer som norske produsenter av tilsvarende varer i utlandet er henvist til å gå via Vinmonopolet.

Dersom man velger å angripe ordningen gjennom EØS art. 16, og dette er den eneste angrepsvinkelen som er aktuell der det dreier seg om nisjeprodusenters salg av vin, blir spørsmålet om ordningen er en slik forskjellsbehandling av «statsborgere» fra EU/EØS-statene «når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning» bestemmelsen forbyr. Artikkel 16 forbyr enhver forskjellsbehandling, både den som er forankret i nasjonalitet eller opprinnelse, og den som reelt sett leder til samme resultat som slik forskjellsbehandling.

Det kan tenkes anført at den omstendighet at produkter fra noen produsenter faller utenfor Vinmonopolets dekningsområde mens tilsvarende produkter fra andre produsenter faller innenfor, er en konsekvens av avgrensningen av Vinmonopolets eneretter, ikke forskjellsbehandling som er et resultat av Vinmonopolets detaljsalgsmonopol eller Vinmonopolets utøvelse av sine enerettigheter. Dette er tilnærmingen i SOU 2010:98, Gårdsförsäljning, avsnitt 7.4, og konsekvensen av en slik tilnærming er at ordningen utelukkende skal vurderes mot EØS art. 11. Dette har i sin tur som konsekvens at vinimportører og utenlandske vinprodusenter ikke vil kunne vinne frem med et krav om å bli omfattet av ordningen med nisjesalg, siden vin ikke er dekket av EØS art. 11. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/00, Rusbrus, bygger imidlertid på en tilnærmingsmåte basert på EØS art. 16 der det dreier seg om produkter med omtrent samme alkoholinnhold som står i et konkurranseforhold til hverandre. Som nevnt fant EFTA-domstolen her at det å la rusbrus være omfattet av Vinmonopolets detaljsalgsmonopol mens øl med samme alkoholinnhold kunne selges i dagligvareforretningene, var i strid med EØS art. 16.

Der vurderingen skjer mot EØS art. 16, kan det tenkes anført at den omstendighet at det dreier seg om produkter som selges fra produksjonsstedet og som et ledd i en opplevelse knyttet til dette, ikke salg som har mer til felles med innkjøp av forbruksvarer i sin alminnelighet, utgjør en saklig grunn til forskjellsbehandling. Det er ikke noe ukjent fenomen at det kan gjelde andre regler for omsetning som inngår i en reiselivs- eller turistkontekst enn annen omsetning. Som eksempel kan nevnes helligdagsfredslovens bestemmelser om salg fra faste utsalgssteder, som gjør unntak fra påbudet om helligdagsstengning for så vidt gjelder utsalgssteder som i det vesentlige selger lokale husflids- og suvenirvarer, og åpner for unntak for utsalgssteder som ligger på steder som regnes som typiske turiststeder.²⁹

Det er likevel ikke til å komme utenom at en nisjesalgsordning som den beskrevne er en ordning som utenlandske produsenter ikke kan nyte godt av. Etter vår oppfatning er det derfor en ikke ubetydelig prosessrisiko for at en domstol, det være seg en norsk eller EFTA-domstolen, i tråd med angrepsvinkelen i sak E-9/00, Rusbrus, vil komme til at EØS art. 16 rammer en nisjesalgsordning som den beskrevne.

Selv om man ikke kan utelukke et angrep basert på EØS art. 16, og som nevnt er dette den eneste veien å gå for en utenlandsk vinprodusent som ønsker å bli omfattet av nisjesalgsordningen, vil etter vår oppfatning den mest nærliggende

²⁹ Lov 24. februar 1995 nr. 12 om helligdager og helligdagsfred, § 5.

tilnærmingsmåten være å vurdere om nisjesalgsordningen er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, og dermed i strid med EØS art. 11.

Det følger av EU-domstolens praksis at enhver av medlemsstatenes bestemmelser for handelen som direkte eller indirekte, øyeblikkelig eller potensielt kan påvirke samhandelen mellom medlemsstatene, er å anse som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.³⁰ EFTA-domstolen har lagt tilsvarende til grunn ved tolkningen av EØS art. 11. Det kan ikke være noen tvil om at en nisjesalgsordning der produsenter gis mulighet til å selge egenprodusert alkohol fra utsalgssted i tilknytning til produksjonsstedet direkte til forbruker, treffes av denne karakteristikken. Verken EU- eller EFTA-domstolen har tolket noe merkbarhetsforbehold inn i forbudet mot importrestriksjoner, slik at vi vil ha å gjøre med en importrestriksjon selv om de kvanta som omsettes ved nisjesalg er små.

Det kan tenkes anført at en ordning med nisjesalg er en regulering av bestemte former for salg, slik at den såkalte Keckdoktrinen medfører at nisjesalgsordningen likevel ikke er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Et første vilkår for at Keckdoktrinen i det hele tatt skal være anvendelig, er at det ikke dreier seg om krav til varenes sammensetning, innpakning eller lignende, men utelukkende om regler knyttet til selve omsetningen. Allerede den omstendighet at nisjesalgsordningen bare er tenkt å stå åpen for varer produsert på salgsstedet, kan derfor anføres til støtte for at doktrinen ikke kommer til anvendelse. Hvorvidt en slik anførsel vil føre frem, er det likevel ikke nødvendig å ta stilling til. Dette fordi vurderingstemaet etter Keckdoktrinen er om reguleringen av omsetningen av de aktuelle varene påvirker omsetningen av importerte og innenlandske varer på samme måte, rettslig og faktisk. Dette vilkåret er klart nok ikke tilfredsstilt, siden omsetningskanalen jo rent faktisk bare står åpen for alkoholholdige drikkevarer fremstilt i Norge.

Selv om kravet om at varen må være produsert på stedet der den selges oppgis, vil neppe omsetningsordningen tilfredsstille Keckdoktrinens krav. Dette fordi det fremdeles er et krav at det er produsenten selv som står for salget. Kravet medfører at utenlandske produsenter må etablere seg i Norge for at produktene deres skal kunne bli omfattet av nisjesalgsordningen. Kravet om at omsetningsordningen skal påvirke omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk, vil dermed fremdeles ikke være tilfredsstilt.

Etter vårt syn vil det ikke hjelpe om man pålegger norske produsenter som vil benytte seg av adgangen til nisjesalg å ha et utvalg tilsvarende varer som de egenproduserte i salgssortimentet. Produsenten vil ha en helt annen oppfordring til å fremme salget av egenproduserte varer enn importerte, slik at kravet om at salgsordningen må påvirke omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk, heller blir oppfylt ved et slikt krav. (Dertil kommer at en slik ordning vel neppe vil være alkoholpolitisk ønskelig eller realistisk, siden den i praksis vil føre til en vesentlig liberalisering, der hver eneste nisjeprodusent vil måtte føre et bredt sortiment av innenlandske og utenlandske drikkevarer).

³⁰ Dette refereres gjerne til som Dassonvilleformelen.

Heller ikke vil det etter vår oppfatning hjelpe om man tillater utenlandske produsenter å selge gjennom andre, kanskje bortsett fra dersom man også oppgir kravet om det enkelte salgssted bare skal føre én produsents varer. En slik tilpasning fremstår imidlertid som så urealistisk at vi avstår fra en videre drøftelse av den.

For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at man i SOU 2010:98, *Gårdsförsäljning*, synes å legge til grunn at en nisjesalgsordning der man oppgir kravet om at varene skal være fremstilt på stedet, tilfredsstiller Keckdoktrinen krav.³¹ Vi er som det har fremgått ikke overbevist om at dette nødvendigvis er rettslig korrekt.

Vår konklusjon blir etter dette at en nisjesalgsordning som kjennetegnes ved at adgangen til å selge alkoholholdige drikkevarer direkte til forbruker er betinget av at det dreier seg om salg av egenproduserte varer fra et utsalgssted i umiddelbar tilknytning til produksjonsstedet, vil kunne tenkes bli funnet å være en forskjellsbehandling EØS art. 16 i utgangspunktet forbyr, og temmelig sikkert være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, og dermed i utgangspunktet forbudt etter EØS art. 11.

6.3. *Mulige EØS-rettslige begrunnelser av en ordning med nisjesalg*

Forbudet i EØS art. 11 mot kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning som slike, suppleres av to unntak. Etter EØS art. 13 er tiltak som er nødvendige for å ivareta de hensyn som er nevnt i bestemmelsen tillatt, og rettspraksis gir i tillegg grunnlag for et ulovfestet unntak der også andre ikke-økonomiske hensyn enn dem som er nevnt i art. 13 etter omstendighetene kan begrunne unntak fra forbudet i art. 11. Dette refereres ofte til som Cassisdoktrinen. Cassisdoktrinen er bare anvendelig der vi har å gjøre med tiltak som ikke sonderer etter hvor varen er produsert, gjerne kalt opprinnelsesnøytrale tiltak.

Felles for unntakene EØS art. 13 og Cassisdoktrinen, er at de bare kommer til anvendelse der det ikke foreligger relevant sekundærlovgivning. Slik foreligger etter det vi kan se ikke på vårt område.

EØS art. 13 nevner hensynet til ivaretagelse av menneskers liv og helse som et hensyn som kan begrunne importrestriksjoner. En åpning for nisjesalg er resultat av en avveining mellom næringspolitiske hensyn på den ene side, og folkehelsehensyn på den andre. Spørsmålet blir derfor om hensynet til menneskers liv og helse kan begrunne at nisjesalg bare er mulig der varen selges av produsenten, i tilknytning til produksjonsstedet. Synspunktet må da være at man av hensyn til menneskers liv og helse ønsker å holde salget av alkoholholdige drikkevarer utenom Vinmonopolets distribusjonsnett så lavt som mulig. Spørsmålet blir da om det å begrense nisjesalgsordningen til bare å omfatte salg av egenprodusert alkohol der salgsstedet er i tilknytning til produksjonsstedet er nødvendig, i betydningen egnet og forholdsmessig, for å ivareta folkehelsehensynet. Dette må uten videre kunne besvares benektende. De helsemessige risikoene ved alkohol er knyttet til konsum, ikke hvor alkoholen er laget. Det følger av dette at det ikke er nødvendig for å

³¹ SOU 2010:98, *Gårdsförsäljning*, side 68 til 71.

beskytte folkehelsen å stille krav om at alkoholen er produsert på stedet. På samme måte er det ikke nødvendig for å ivareta helsehensyn å kreve at det er produsenten som selger alkoholen.

De andre hensynene EØS art. 13 nevner, er åpenbart ikke relevante.

Cassisdoktrinen kommer bare til anvendelse på opprinnelsesnøytrale tiltak. Når det kreves at det dreier seg alkoholholdige drikkevarer selger har produsert selv, og at salgsstedet ligger i tilknytning til produksjonsstedet, ligger det svært nær å karakterisere avgrensningen av hvilke produkter som kan omsettes gjennom nisjesalgssystemet opprinnelsesbasert. Legges dette til grunn, noe vi mener det er stor sannsynlighet for at en domstol vil gjøre, er Cassisdoktrinen ikke anvendelig. Lemper man på kravene, slik at det ikke kreves at alkoholen er produsert i tilknytning til salgsstedet, vil Cassisdoktrinen være anvendelig. Liberaliseringen kan tenkes begrunnet i hensynet til å legge til rette for verdiskaping og bosetting på landsbygda. Det kan nok diskuteres om dette er et relevant hensyn i denne sammenheng. Dette spiller likevel mindre rolle siden det er vanskelig å se at det å kreve at det er produsenten som står for salget til forbruker er nødvendig for sikre disse hensynene.

EØS art. 13 hjemler ikke unntak fra EØS art. 16. Det er likevel slik at ivaretagelsen av de hensyn som er nevnt i bestemmelsen, og andre ikke-økonomiske hensyn, kan være saklig grunnlag for å skille mellom situasjoner som ellers fremstår som temmelig like.³² Hensynet til folkehelsen kan for eksempel begrunne at Vinmonopolet ikke tar varer fra produsenter i særlig forurensete områder inn i sortimentet.

EU-domstolen har i et par saker der det har vært brudd det EU-rettslige motstykket til EØS art. 16, vurdert om det unntaket vi nå finner i TEUV art. 106 nr. 2, som svarer til EØS art. 59 nr. 2 kommer til anvendelse. Det følger av denne bestemmelsen at foretak som er tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning er underlagt bestemmelsene i EØS-avtalen med mindre dette hindrer dem i å utføre de oppgaver foretaket er pålagt. Bestemmelsen har ikke vært trukket inn i saker som har angått alkoholmonopoler, og det kan nok hevdes at den ikke passer så godt på disse.

Konklusjonen er at det etter vår vurdering vil være vanskelig å oppstille en EØS-rettslig legitim og tilstrekkelig begrunnelse for å forsvare en slik forskjellsbehandling som det her typisk vil være tale om. Etter vårt syn er det også her en betydelig prosessrisiko for at domstolene vil komme til at begrunnelsen ikke holder.

Dersom domstolene kommer til at en ordning med nisjesalg av produkter som er omfattet av EØS-avtalen utgjør en uberettiget forskjellsbehandling i strid med art. 11 eller art. 16, vil dette i prinsippet kunne løses enten ved at ordningen avskaffes, eller ved at det generelle salgsmonopolet avskaffes eller tilpasses. Det er med andre ord ikke gitt at et brudd på EØS-avtalen her vil føre til at salgsmonopolet uten videre ryker. Det vil antagelig være nok å reversere reformen. Samtidig vil det kunne være en viss fare for at forsøket på å innføre en nisjesalgssystem vil kunne svekke både

³² Se Rognstad i Sejersted m.fl., EØS-rett, 3. utg., (Oslo 2011) side 346.

begrunnelsen bak og konsistensen i monopolordningen som sådan, slik at den vil stå svakere dersom den igjen skulle bli utfordret rettslig. Anførselen vil i så fall blant annet kunne være at norske myndigheter ikke er tilstrekkelig oppriktige i sitt ønske om å ivareta folkehelsehensyn når man er villig til å gjøre unntak fra monopolen ut fra nasjonale næringspolitiske hensyn. Hvor langt et slikt argument vil rekke er vanskelig å vurdere, men at det i noen grad vil svekke robustheten i den EØS-rettslige begrunnelsen for å opprettholde et salgsmonopol på alkohol synes klart.

7. Nærmere utforming av en eventuell modell for nisjesalg

Spørsmålet etter mandatet er om man EØS-rettslig kan åpne for utvidet direkte salg av alkohol til forbruker fra «nisjeprodusenter», forstått som «salg ved eget produksjonssted av egenprodusert alkohol som del av stedets helhetlige karakter og salgstilbud», slik alkoholloven § 1-7a i dag avgrenser adgangen til salg av produkter med høyst 4,7 prosent. Samtidig spør mandatet om det kan tenkes andre alternative avgrensninger eller definisjoner som kan gjøre den EØS-rettslige vurderingen enklere. Videre ber mandatet også om en utredning av hvilke andre vilkår som kan få betydning for den EØS-rettslige vurderingen – herunder kvantitative begrensninger på salget, om det kun skal være adgang til å bruke egenproduserte innsatsvarer, om omfanget på tillatt produksjonsvolum kan ha betydning, om det kan ha betydning om salget er del av en totalopplevelse knyttet til reiseliv og kultur, osv.

Dette illustrerer at det ennå ikke er tale om noen klar modell, og at den kan tenkes utformet på ulike måter, av stor betydning for omfang og karakter.

På den ene siden kan man lage en meget begrenset ordning, som kun gjelder for gårdsdrift i snever forstand, kun tillater salg av noen ganske få flasker, kun tillater egenproduserte innsatsvarer, og som har strenge krav til totalopplevelse. En slik ordning vil vel i praksis bare være interessant for et lite knippe gårdbrukere.

På den annen side kan man se for seg en langt mer liberal ordning, med adgang til kjøp av ubegrensede kvanta, uten begrensninger i produksjonsvolum, basert på innkjøpte innsatsvarer fra innland og utland, og uten noe krav om «opplevelse» knyttet til kjøp og konsum. En slik ordning vil i praksis antagelig kunne være interessant for et ganske stort antall aktører, både knyttet til landbruk og annen næringsvirksomhet. Eller man kan tenke seg ulike mellomløsninger, langs en skala.

Uansett hvilke kvantitative og kvalitative begrensninger som vil måtte gjelde for en eventuelt utvidet adgang til nisjesalg, må man måtte regne med at de vil reise spørsmål om tolking og praktisering, og vil kunne føre til rettstvister. Men det vil være tvister om forståelsen av norsk rett, som faller utenfor vårt mandat.

Etter en EØS-rettslig vurdering er de nærmere vilkårene og kriteriene for utforming av en eventuell ordning etter vårt syn av underordnet betydning. Det avgjørende er sontringen mellom hvilke alkoholholdige produkter som faller utenfor og innenfor avtalens dekningsområde.

Hva gjelder alkohol *utenfor* EØS-avtalens dekningsområde (sider, mjød og andre gjærede drikkevarer) må hovedregelen være at norsk lovgiver står EØS-rettslig fritt

til å bestemme hvordan man nærmere vil regulere salget av dette. Hvorvidt det gjøres strengt begrenset eller mer liberalt er i første rekke et internt alkoholpolitisk spørsmål. Når det er sagt, kan det som nevnt ovenfor i avsnitt 5 anføres at jo mer begrenset ordningen er, desto vanskeligere vil det være å anføre at den svekker den generelle konsistensen i norsk alkoholpolitikk, og det kan ha en viss EØS-rettslig betydning.

Hva gjelder alkohol *innenfor* EØS-avtalens dekningsområde er vår vurdering, som angitt ovenfor i avsnitt 6, at det EØS-rettslig er betydelig prosessrisiko, nærmest uansett hvordan ordningen nærmere utformes. Problemet er forskjellsbehandlingen i seg selv. Det vil gjelde enten ordningen er begrenset eller omfattende.

Når dette er sagt, vil nok risikoen generelt øke jo mer omfattende ordningen gjøres. Det kan tenkes at grunnen til at Kommisjonen ikke har utfordret den finske ordningen er at den faktisk og rettslig er relativt begrenset. Og det kan hevdes at jo klarere det er at ordningen kun vil omfatte lokale småprodusenter, knyttet til tradisjonell gårdsdrift, med bruk bare av egenproduserte varer, knyttet til lokale opplevelser, etc. – desto enklere vil det være å argumentere for at dette er et legitimt og forholdsmessig regionalpolitisk virkemiddel. Men om dette EØS-rettslig er nok til å forsvare forskjellsbehandling av nasjonale (lokale) produsenter og produkter er fortsatt et åpent spørsmål, der det etter vårt syn er betydelig prosessrisiko.

Mandatet reiser også spørsmål om en alternativ ordning «hvor Vinmonopolet på produksjonsstedet står ansvarlig for salget av nisjeprodusentenes alkoholholdige drikker» vil være lettere å forene med EØS-rettens krav. Etter vårt syn vil den ikke det. Tvert i mot vil dette være en EØS-rettslig mer problematisk modell, siden det da blir Vinmonopolet som sådant som forskjellsbehandler, i direkte strid med kravene til likebehandling av produsenter etter artikkel 16. Annerledes blir det bare derom Vinmonopolet i tillegg til nisjeprodusentens varer også tilbyr andre sammenlignbare varer, med alminnelig adgang for andre produsenter fra hele EU/EØS-området til å få inn sine produkter. Men da taler man i praksis om lokale mini-polutsalg spreddt ut over på norske gårder, og det er vel neppe et realistisk scenario.

8. Avsluttende merknader

Hovedkonklusjonen i utredningen er som det vil ha fremgått todelt, og for så vidt ganske enkel.

For alkoholholdige drikkevarer som *ikke* er omfattet av EØS-avtalen, kan norsk lovgiver etter vårt syn fritt innføre en utvidet adgang til nisjesalg også over 4,7 prosent alkohol. Det omfatter i praksis særlig eplebøndernes produksjon av sider (men ikke eplebrennevin), samt alle andre gjærede produkter, basert på frukt eller annet (med unntak av vin laget på druer). Det omfatter også mjød.

Dette anser vi for å være en ganske klar konklusjon. Dersom den utfordres rettslig, anser vi det som overveiende sannsynlig at den vil stå seg EØS-rettslig. Det er opp til norsk lovgiver å regulere salg og omsetning av produkter som ikke er omfattet av EØS-avtalen, og dette kan ikke hevdes å utfordre den EØS-rettslige begrunnelsen for

Vinmonopolets enerett. En slik ordning kan tenkes utformet på ulike måter, mer eller mindre omfattende. Dersom det skal gjøres, vil vi likevel anbefale at ordningen utformes på en relativt begrenset måte, slik at den ikke kan hevdes å svekke den generelle konsistensen i den norske restriktive alkoholpolitikken, som er sentral for den EØS-rettslige begrunnelsen for Vinmonopolet.

For alkoholholdige drikkevarer som er omfattet av EØS-avtalen, er vår vurdering den motsatte. Det gjelder i praksis alle typer sterkøl og brennevin. Dersom det åpnes for nisjesalg av slike produkter i Norge, vil det reise betydelige EØS-rettslige problemer. De nærmere EØS-rettslige vurderingene er til dels kompliserte, og faller i grenseland mellom artikkel 11 om fri flyt av varer og artikkel 16 om statlige monopoler. Men kjernen er likevel ganske klar. En slik ordning vil innebære at norske produsenter får en salgskanal som utenlandske ikke har, og at norske produkter får et fortrinn fremfor utenlandske. Dette er en form for forskjellsbehandling som det EØS-rettelig vil være vanskelig å forsvare som legitimt begrunnet og forholdsmessig. Det gjelder i prinsippet uansett hvordan ordningen nærmere utformes i detalj, men med økt prosessrisiko jo mer omfattende den gjøres.

Dersom en slik ordning innføres vil den med stor sannsynlighet bli angrepet rettslig, enten av ESA eller av private aktører – og mest sannsynlig vil staten da tape. I beste fall vil det føre til at ordningen må avvikles, i verste fall til at hele den EØS-rettslige begrunnelsen for Vinmonopolet svekkes.

Dette er det handlingsrom som Stortinget og regjeringen etter vår vurdering har etter EØS-retten. Hvordan det eventuelt skal benyttes eller ikke benyttes, er et politisk spørsmål som vi her ikke skal ha noen uttalt oppfatning om.

Oslo 30. september 2014

Finn Arnesen
Professor dr juris

Fredrik Sejersted
Professor dr juris

Vedlegg – mandatet

Bilag 1 Oppdragsgivers beskrivelse av Oppdraget

Lokale produsenter av alkohol (for eksempel sider eller øl) har i dag mulighet til å søke om bevilling for salg av egenproduserte drikker til og med 4,7 volumprosent alkohol. Etter alkoholloven § 3-1 har Vinmonopolet enerett til salg til forbruker av all drikk som inneholder mer enn 4,7 volumprosent alkohol. Vinmonopolet har plikt til å likebehandle leverandører og produkter, uavhengig av nasjonalitet eller opprinnelsesland. Det nasjonale monopolet på salg av alkohol er forenlig med EØS-retten så lenge det rettslig og faktisk ikke forskjellsbehandler nasjonale varer og varer fra de andre medlemslandene, dvs. favoriserer nasjonale produkter.

I Sverige er det foretatt flere utredninger av muligheten til å selge egenprodusert alkoholholdig drikk, såkalt gårdssalg, bl.a. SOU 2009: 22 og 2010: 98. Utredningene viste at en ren gårdssalgsordning kan utfordre monopolordningen EU-rettslig.

På denne bakgrunn bestilles en utredning med følgende mandat:

- Formålet med utredningen er å få en EØS-rettslig vurdering av hvordan det kan åpnes for salg av alkoholholdig drikk som inneholder over 4,7 volumprosent alkohol direkte fra nisjeprodusenter, samtidig som Vinmonopolordningen kan opprettholdes for salg av øvrige alkoholdrikker over 4,7 volumprosent som i dag.
- Det skal utredes hvordan det etter EØS-avtalens art. 16 og evt. andre relevante bestemmelser, er mulig å tillate salg av alkoholholdig drikk som inneholder over 4,7 volumprosent alkohol direkte fra nisjeprodusenter til forbrukere (en parallell salgskanal for utvalgte produkter), uten at dette for øvrig vil kreve endringer i eller svekke dagens monopolordning.
- Med ”salg fra nisjeprodusent” forstås i utgangspunktet ”salg ved eget produksjonssted av egenprodusert alkohol som del av stedets helhetlige karakter og salgstilbud”, jf. også alkoholloven § 1-7a som regulerer slik salg av produkter med høyst 4,7 volumprosent alkohol. Utreder skal synliggjøre om det er andre avgrensinger/definisjoner av produsent/produkt som er av betydning for om slikt salg kan skje, se også neste kulepunkt.
- Det skal utredes om det kan fastsettes vilkår knyttet til salg fra nisjeprodusenter som medfører at alkoholdrikkene kan selges utenfor monopolet, og i så fall hvilke vilkår. Det skal vurderes om bl.a. følgende momenter er relevante i vurderingen:
 - Kvantitative begrensninger på salget
 - Egenproduserte innsatsvarer brukes i produksjonen av den alkoholholdige drikken

- Produksjonsvolum
 - Produksjonsstedet selger alkoholholdig drikk som en del av en totalopplevelse for eksempel reiseliv, kultur, opplevelsesbasert turisme eller annen lignende opplevelsestjeneste
 - Produksjonssted knyttet til gårdsdrift/landbruksproduksjon
- Dersom utrederen ser andre momenter av betydning for problemstillingen ber vi om at disse også utredes.
 - I tillegg bes det utredet om en ordning hvor Vinmonopolet på produksjonsstedet står ansvarlig for salget av nisleprodusentenes alkoholholdige drikker vil være i tråd med EØS-regelverkets krav til monopoler. Hvilke krav vil i så fall gjelde for slike utsalg?
 - Dersom det oppstår uklarheter knyttet til mandatet underveis i utredningen, skal Helse- og omsorgsdepartementet kontaktes for nærmere avklaring.
 - Utredningen skal være ferdig og levert Helse- og omsorgsdepartementet innen 1. oktober 2014 kl. 12.00.