

## Álitsgerð

**Til:** Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins, Ólafs Friðrikssonar og Eggerts Ólafssonar

**Frá:** BBA, Ólafi Jóhannesi Einarssyni, hdl.

**Dags.:** 9. janúar 2018

**Efni:** Dómur EFTA-dómstólsins í máli E-2-3/17, afleiðingar og möguleg viðbrögð

---

### Inngangur og samantekt

Á fundi með atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytinu hinn 11. desember sl. var óskað eftir því að undirritaður tæki saman álitsgerð um dóm EFTA-dómstólsins í máli 2-3/17 *ESA gegn Íslandi* og réttarlegar afleiðingar hans. Var óskað eftir því að álitsgerðin innihéldi m.a. greiningu á dóminum, hverjir væru möguleikar íslenska ríkisins á því að halda í núverandi reglur um varnir gegn kampýlóbakter og salmonellu og hverjar gætu orðið réttarlegar afleiðingar þess að verða ekki við dómi EFTA-dómstólsins. Rétt er að taka fram að matvælalöggjöf EES er mjög umfangsmikil og erfitt að gera skil öllum þeim atriðum sem hugsanlega geta komið til skoðunar. Ef óskað er eftir frekari skýringum á því sem segir í álitsgerðar þessari eða að undirritaður taki frekari atriði til athugunar er það vitaskuld sjálfsagt.

Helstu niðurstöður álitsgerðarinnar eru eftirfarandi:

- Af dómi EFTA-dómstólsins leiðir núgildandi leyfiskerfi um kjöt og fleiri landbúnaðarafurðir er ekki í samræmi við tilskipun 89/662 og þarf því að afnema þetta kerfi til að uppfylla skuldbindingar Íslands á grundvelli EES-samningsins. Ekki er unnt að viðhalda frystiskyldu og sambærilegum kröfum þannig að samrýmist þeim skuldbindingum.
- Reglur um matvælalöggjafar EES um salmonellu fela í sér algera samræmingu þannig að ekki er heimilt að gera aðrar kröfur en þær sem leiða af þeim EES-reglum sem um málið gilda. Unnt er að sækja um svonefndar viðbótartryggingar að tilteknum skilyrðum uppfylltum, t.d. því að fyrir hendi sé sambærileg varnaráætlun og í Finnlandi og Svíþjóð. Það er fjarri því sjálfgefið að Ísland uppfylli lagaskilyrði þess að fá umrædda undanþágu.
- Reglur um kampýlóbakter á sviði EES eru umfangsminni og er því væntanlega fyrir hendi eitthvað svigrúm til að setja reglur að landsrétti um það efni. Slíkar reglur geta hvorki vera þannig úr garði gerðar að þær hindri allan innflutning né teljast til tæknilegra viðskiptahindrana. Þær verða einnig að vera í samræmi við þær meginreglur sem mælt er fyrir um í hinni almennu matvælaeðlugerð 178/2002. Ein reglugerð er varðar kampýlóbakter bíður upptöku í EES-samninginn og verður að telja að ólíklegt sé að unnt sé að fá fram efnislegum aðlögunum á efni hennar.

- Ríkisaðstoð veitt vegna landbúnaðarafurða fellur að meginstefnu til utan gildissviðs EES-samningsins og er því unnt að veita styrki til innlendra framleiðenda án þess að slíkt komi til skoðunar á grundvelli ríkisaðstoðarreglna EES-samningsins.
- Hægt er að færa góð rök fyrir því að heimilt sé samkvæmt matvælalöggjöf EES-samningsins að hafa í gildi strangari reglur um innlenda framleiðslu. Þannig væri hægt að halda í gildi núverandi reglum íslensks réttar um viðbrögð við salmonellu- og kampýlóbactersýkingum.
- EFTA-dómstóllinn vísaði frá dómi á grundvelli réttarfarslegra ástæðna kröfu ESA er laut að markaðsetningu á mjólkurafurðum. Dómstóllinn tók enga efnislega afstöðu til málsins og telur undirritaður líklegt að endanleg niðurstaða yrði sú, að íslenskar reglur séu ekki í samræmi við reglugerð 853/2004. Til standa við skuldbindingar samkvæmt framangreindum dómi er ekki lagaleg nauðsyn að ráðast í þessar breytingar þegar í stað.
- Reglur EES-réttar heimila að kveðið sé á um hlutlæga ábyrgð matvælafyrirtækja þegar kemur að því að þau tryggi að þau matvæli sem eru á boðstólum séu í samræmi við ákvæði matvælalöggjafar EES-samningsins. Af meginreglu EES-réttar um jafnræði leiðir að sambærileg viðurlög þurfa að vera vegna brota er varða innfluttar og innlendar vörur.
- Sinni Ísland ekki þeirri skyldu sinni að bregðast við nefndum dómi EFTA-dómstólsins koma þrenn úrræði til greina: nýtt samningsbrotamál af hálfu ESA; skaðabótamál af hálfu innflytjenda og gagnaðgerðir af hálfu annarra samningsaðila. Samningsbrotamál ESA myndi ekki gefa færi á að koma vörnum að á nýjan leik heldur einungis snúast um hvort Ísland hefði brugðist tímanlega við dómi EFTA-dómstólsins. Að mati undirritaðs er líklegt að ESA muni senda áminningarbréf áður en stofnun fer í sumarhlé um miðjan júlí. Skilyrði EES-réttar fyrir greiðslu skaðabóta eru væntanlega uppfyllt og því hugsanlegt að innflytjendur muni setja í gang fjölda mála telji þeir að breytingar á löggjöf gangi ekki nægjanlega hratt fyrir sig.

## 1. Dómur EFTA-dómstólsins frá 14. nóvember 2017

### 1.1. Almenn

Með dómi kveðnum upp 14. nóvember 2017 í sameinuðum málum E-2-3/17 komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu, að 10. gr. laga nr. 25/1993, um dýrasjúkdóma og varnir gegn þeim, og tiltekin ákvæði í reglugerð nr. 448/2012, um varnir gegn því að dýrasjúkdómar og sýktar afurðir berist til landsins, brytu gegn 5. gr. tilskipunar 89/662 um dýraheilbrigðiseftirlit í viðskiptum innan bandalagsins til að stuðla að því að hinum innri markaði verði komið á. Í 10. gr. laganna er kveðið á um bann við innfluting, en ákvæði reglugerðarinnar heimila Matvælastofnun (MAST) að leyfa innflutning að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Í álitsgerð þessari verður vísað til þessara reglna sem leyfiskerfis.

Í þessum fyrsta kafla álitsgerðinnar verður gerð grein fyrir röksemdum dómsins og sérstaklega hvaða þýðingu þær hafa með mat á möguleikum Íslands til að bregðast við dóminum. Áður en lengra er haldið er rétt að taka fram, að mál þessi voru höfðuð af Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) á grundvelli 31. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól (SED) og að dómur EFTA-dómstólsins er bindandi fyrir íslenska ríkið. Eins og rakið verður í kafla 5.1 hér að neðan er Íslandi skylt samkvæmt 33. gr. SED að grípa skjótt til viðeigandi ráðstafana. Hinn 1. febrúar 2016 hafði EFTA-dómstóllinn kveðið upp dóm í máli E-17/15 *Ferskar kjötvörur gegn íslenska ríkinu* en þar hafði héraðsdómur Reykjavíkur óskað eftir ráðgefandi álit. Þessir dómur EFTA-dómstólsins eru fyllilega samstíga, þó hnykk sé enn frekar á einstaka atriðum í síðari dómnum, eins og vikið verður að hér að neðan.

Samkvæmt tilskipun 89/662 á dýraheilbrigðiseftirlit að meginstefnu til að fara fram í upprunaríki vöru og takmarkanir eru á því hvaða aðgerðir eru heimilar af hálfu móttökuríkis (Íslands í þessu tilviki). Innflutningsleyfiskerfi eins og kveðið er á um í áðurgreindum ákvæðum íslenskra laga og sambærileg formsatriði falla undir skilgreiningu tilskipunarinnar á því hvað telst vera dýraheilbrigðiseftirlit í skilningi hennar. Meginefni tilskipunarinnar og þeim skyldum sem hún leggur á EES-ríkin er vel lýst af EFTA-dómstólnum í máli *Ferskra kjötvara*:

*Eins og fram kemur í formálsorðunum er með tilskipuninni lögð áhersla á að tryggja að dýraheilbrigðiseftirlit fari einungis fram á sendingarstað. Þetta er birtingarmynd meginreglunnar um upprunaland. 1. gr. tilskipunarinnar kveður á um að dýraheilbrigðiseftirlitið með dýraafurðum skuli ekki lengur fara fram við landamæri, heldur samkvæmt tilskipuninni. Þess er sérstaklega krafist af EES/EFTA-ríkjum skv. 3. gr. tilskipunarinnar, eins og hún hefur verið löguð að EES-samningnum, að þau tryggi að dýraafurðir hafi verið fengnar, skoðaðar og merktar í samræmi við reglur EES-réttar, sem gilda um viðtökustaðinn, og að heilbrigðisvottorð, dýraheilbrigðisvottorð eða eitthvert annað skjal sem kveðið er á um í dýraheilbrigðisreglum EES fylgi þeim. Samkvæmt 5. gr. má einnig sinna dýraheilbrigðiseftirliti á viðtökustað, í formi dýraheilbrigðisskyndikannana, eða, ef uppi er rökstuddur grun um brot, við flutning varanna á yfirráðasvæði ríkis.*

*Tilskipunin miðar að samhæfingu grundvallarkrafna um verndun heilbrigðis manna og dýra. Samræmt dýraheilbrigðiseftirlit byggist á ítarlegri skoðun varanna í*

*sendingarríkinu. Kerfinu er ætlað að koma í stað reglulegs eftirlits á viðtökustað. Ekki er unnt að réttlæta sérstakar viðbótartakmarkanir EES-ríkis, þegar farið er yfir landamæri, með vísan til lýðheilsusjónarmiða eða dýraheilbrigðis.<sup>1</sup>*

Á þessum grundvelli komst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu, að tilgangi og virkni tilskipunar 89/662 yrði ekki náð ef EES-ríkin hefðu heimild til kveða á um viðbótarráðstafanir sem væri ekki að finna í ákvæðum tilskipunarinnar sjálfar. Í málflutningi Íslands hafði verið mikil áhersla lögð á það, að leyfiskerfið hefði það markmið að vernda lýðheilsu og dýraheilbrigði og væri því réttlætanlegt á grundvelli 13. gr. EES-samningsins. Sú grein samningsins heimilar EES-ríkjum að réttlæta takmarkanir á frjálsum vöruflutningum, ef þær byggja á lögmætu markmiði og eru í samræmi við meðalhófsreglu. EFTA-dómstóllinn hafnaði því afdráttarlaust, að þessi grein gæti átt við í málinu þar sem tilskipunin sjálf hefði að geyma tæmandi reglur um þetta efni. Tilvísanir til varúðarreglu (*precautionary principle*) og 18. gr. EES taldi dómstóllinn engu breyta í þessu samhengi. Er þessi afstaða EFTA-dómstólsins fyllilega í samræmi við margra áratuga dómaframkvæmd frá Evrópu dómstólnum, sem og EFTA-dómstólnum að 13. gr. EES-samningsins og sambærileg ákvæði komi ekki til skoðunar, þegar afleidd löggjöf nær til sakarefnisins.<sup>2</sup>

Bæði í máli *Ferskra kjötvora* sem og í samningsbrotamálinu hafði því verið haldið fram, að unnt væri að gera greinarmun á stjórnsýslulegum formsatriðum og efnislegum kröfum til viðkomandi vara. Í máli *Ferskra kjötvora* hafði dómstóllinn hafnað því að þessi greinarmunur hefði nokkra réttarlega þýðingu með þeim ummælum að samkvæmt tilskipuninni þjóni formsatriðin þeim tilgangi að sannreyna hvort efnislegt eftirlit hafi farið fram til að vernda heilsu manna og dýra. Í síðari dóminum fer EFTA-dómstóllinn ítarlegar í þetta atriði og er afdráttarlausari í afstöðu sinni. Er rétt að vísa til þess sem hann segir:

*Iceland has argued that the authorisation systems at issue do not constitute veterinary checks, but rather seek to ensure that the imported goods satisfy substantive requirements, namely that the imported products are not raw. The premise for this argument appears to be that Iceland may lawfully ban the import of raw products since agricultural products do not enjoy free movement under Article 8(3) EEA.*

*However, following the incorporation of the Directive and the Hygiene Package in the EEA Agreement, Iceland has committed itself to not impose technical barriers to the import of agricultural products when they satisfy the relevant EEA legislation, regardless of whether they are raw or not. The sole exception applies to live animals, other than fish and aquaculture animals, and animal products such as ova, embryo and semen, as stated in the first subparagraph of paragraph 2 in the introductory part of Chapter I of Annex I to the EEA Agreement.<sup>3</sup> (leturbreyting undirritaðs)*

<sup>1</sup> Mál E-17/15 *Ferskar kjötvörur gegn íslenska ríkinu*, mgr. 64-65. Sambærileg ummæli er einnig að finna í sameinuðum málum E-2-3/17 *ESA gegn Íslandi*, mgr. 64-65.

<sup>2</sup> Í grein undirritaðs „Á rökum reistar – dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. E-17/15 (*Ferskar kjötvörur gegn íslenska ríkinu*) er gerð ítarleg grein fyrir þessum dómi og því haldið fram að sú gagnrýni sem sett var fram á hann sé ekki á rökum reist.

<sup>3</sup> Sameinuð mál E-2-3/17 *ESA gegn Íslandi*, mgr. 69-70.

Með tilvitnuðum orðum kemur fram mjög beinskeytt afstaða af hálfu EFTA-dómstólsins. Hann telur að með upptöku matvælalöggjafarinnar hafi Ísland skuldbundið sig til þess að leiða ekki í lög neinar tæknilegar innflutningstakmarkanir. Er athyglisvert í þessu sambandi, að dómstóllinn vísar ekki einungis til tilskipunarinnar heldur einnig almennt til matvælalöggjafarinnar. Samkvæmt tilvitnuðum ummælum er ekki greint á milli þess, hvort umræddur kröfur að EES-rétti stafa af löggjöf sem telst fela í sér algera eða takmarkaða samræmingu. Er það athyglisvert, þar sem skilja má 18. gr. EES-samningsins, sem felur í bann við því að setja aðrar tæknilegar hindranir til að hinda að því fyrirkomulagi sem mælt er fyrir um í I. og II. viðauka, sem varnagla sem gildi þegar ekki um að löggjöf sem hefur í för með sér algera samræmingu. Eins er ítrekuð sú niðurstaða, að greining á milli stjórnsýslulegra formsatriða annars vegar og efnislegra krafna hins vegar hefur enga þýðingu. Því má velja upp hvort EFTA-dómstóllinn sé með þessum ummælum að gefa til kynna að hann myndi telja innflutningsbann vera tæknilega hindrun, sem Ísland hafi skuldbundið sig til að innleiða ekki, hvað sem líður ákvæði 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins. Af þeirri grein leiðir að ákvæði 11. gr. samningsins um frjálsa vöruflutninga gildir að meginstefnu til ekki um landbúnaðarafurðir og á þeim grundvelli var því haldið fram af Íslands hálfu að heimilt væri að banna innflutning. Þar sem undirritaður gerir ráð fyrir því, að slíkar hugmyndir séu ekki á borði ráðuneytisins er engin ástæða til að skoða þetta atriði frekar. Sé þess hins vegar óskað er undirritaður vitaskuld reiðubúinn til að athuga þetta álitafni nánar.

Af þessu er hins vegar alveg ljóst, að hugmyndir á borð við að afnema leyfiskerfið en viðhalda efnislegum kröfum s.s. frystiskyldu eru ekki í samræmi við EES-rétt að mati EFTA-dómstólsins. Eins verður ekki séð að svigrúm sé til að koma í veg fyrir innflutning með kröfum, sem eru ekki í samræmi við matvælalöggjöf EES-samningsins. Slíkar reglur verða hið minnsta að byggja á heimild í EES-rétti líkt og viðbótartakmarkanirnar vegna salmonellu, eða vera á sviði þar sem full samræming hefur ekki átt sér stað og þá settar á grundvelli þeirra meginreglna sem kveðið er á um í almennu matvælaeðlugerðinni 178/2002. Verður vikið nánar að þessum atriðum hér síðar.

Áður en skilið verður við þennan þátt, er rétt að nefna að ekki verður séð að EFTA-dómstóllinn hafi sérstaklega vikið að því, sem haldið var fram af hálfu Íslands um þýðingu þess að Ísland stæði utan þeirra sjóða sem starfræktir eru á grundvelli sameiginlegrar landbúnaðarstefnu ESB. Ástæða þess er væntanlega sú, að dómstóllinn hafi ekki talið neina þörf á því að víkja að þessu. Þessi stefna er ekki hluti af EES-samningnum og því augljóst að EFTA-ríkin hvorki greiða í né eiga rétt á greiðslum úr þessum sjóðum. Eins og vikið verður að hér síðar í kafla 3.2, er hins vegar ríkisaðstoð sem EFTA-ríkin veita til landbúnaðarafurða, að meginstefnu til utan gildissviðs EES-samningsins þannig að hún er ekki háð þeim takmörkunum, sem mælt er fyrir um í ríkisaðstoðarreglum EES-samningsins.

Að síðustu er rétt að geta þess, að það sem segir hér að framan á einungis við um þær vörur sem eru upprunar innan EES-ríkjanna. Má um það vitna til 2. mgr. 8. gr. samningsins, þar sem segir að ákvæði 10.–15., 19., 20. og 25.–27. gr. taki einungis til framleiðsluvara sem upprunnar eru í ríkjum samningsaðila nema annað sé tekið fram.<sup>4</sup> Birtist þetta einnig á nokkrum stöðum í

---

<sup>4</sup> Rétt er að taka fram, að af 23. gr. samningsins leiðir að gerðir í II. viðauka gilda um allar vörur án tilits til uppruna þeirra. Slíkt kann í ákveðnum tilvikum að hafa áhrif á reglur um matvæli, en undirritaður fær ekki séð þau atriði sem eru til umfjöllunar í þessari álitargerð varði á nokkurn hátt vörur sem eru upprunnar utan EES.

dómum EFTA-dómtólsins, sbr. t.d. eftirfarandi ummæli í máli *Ferskra kjötværa*: “Ísland fullyrta að það beri fullt traust til dýraheilbrigðiseftirlits sem fram fer í öðrum aðildarríkjum í samræmi við sameiginlegar EES-reglur.”<sup>5</sup> Af þessu leiðir að samkvæmt EES-rétti er ekkert því til fyrirstöðu að hafa aðrar og strangari reglur um vörur sem eiga uppruna sinn utan EES.

## 1.2. Sérstakarið um mjólkurvörur

Samkvæmt 8. mgr. 10. gr. reglugerðar 853/2004, um sérstakar reglur um hollustuhætti sem varða matvæli úr dýraríkinu, er EES-ríkjum heimilt, að viðhalda eða setja landsbundnar reglur:

a) um bann eða takmörkun á setningu hrámjólkur eða hrárjóma, sem fara á beint til manneldis, á markað á yfirráðasvæði sínu

eða

b) um leyfi, með heimild lögbærra yfirvalda, til að nota hrámjólk, sem uppfyllir ekki viðmiðanirnar sem mælt er fyrir um í IX. þætti III. viðauka að því er varðar líftölu (plate count) og frumutölu (somatic cell count) til að framleiða osta með minnst 60 daga geymslu- eða þroskunartíma og mjólkurafurðir, framleiddar í tengslum við framleiðslu þessara osta, svo fremi það komi ekki í veg fyrir að markmiðum þessarar reglugerðar verði náð.

Ísland hefur beitt þessari heimild og á þeim grundvelli sett 7. gr.a. reglugerðar nr. 104/2010, sbr. reglugerð nr. 850/2012. En þar segir, að mjólk sem dreift sé til neytenda, skuli vera gerilsneydd og pakkað í neytendaumbúðir sem og að mjólkurvörur skuli unnar úr gerilsneyddri mjólk. Við meðferð samningsbrotamálsins hjá ESA, hafði af hálfu Íslands verið byggt á tilvitnuðu ákvæði reglugerðar 853/2004 til að réttlæta margnefnt leyfiskerfi vegna mjólkurafurða. Eins og rakið hér að framan taldi EFTA-dómstóllinn, að kerfið bryti einnig gagnvart 5. gr. tilskipunar 89/662 að því er varðar mjólkurafurðir og að því leyti gilda alveg sömu sjónarmið og t.d. um kjötvörur. Framangreint ákvæði reglugerðar 853/2004 haggar því í engu að leyfiskerfið brýtur gegn tilskipun 89/662.

Hins vegar eru eftirfarandi málsgreinar úr dómi EFTA-dómstólsins, sem fjalla um mjólkurafurðir athyglisverðar og þess virði að gaumgæfa nánar:

*Finally, Article 7a of Icelandic Regulation No 104/2010 provides that milk that is distributed to consumers must be pasteurised and that dairy products shall be produced from pasteurised milk. ESA has submitted that the Icelandic authorisation system goes beyond what is permitted under Article 10(8)(a) of Regulation (EC) No 853/2004. **However, ESA has not sought a declaration that Iceland has breached that regulation. It follows that this argument falls outside the scope of the present proceedings.***

*In its application, ESA seeks a declaration that by maintaining in force a prohibition of the marketing of imported dairy products processed from unpasteurised milk, such as*

<sup>5</sup> Mál E-17/15 *Ferskar kjötvörur gegn íslenska ríkinu*, mgr. 73.

*laid down in Article 7a of Icelandic Regulation No 104/2010, Iceland has failed to fulfil its obligations arising from the Directive, in particular its Article 5. As the Court has already concluded, the Directive exhaustively harmonises the veterinary checks available to the EEA State of destination. **However, a marketing prohibition cannot be characterised as a veterinary check since that concept is defined in Article 2(1) of the Directive as any physical check and/or administrative formality intended for the protection of public or animal health. This part of the application must therefore be dismissed.***<sup>6</sup> (leturbreyting undirritaðs)

Af þessum málsgreinum dómsins leiðir, að EFTA-dómstóllinn komst ekki að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði reglugerðar nr. 104/2010 bryti gegn EES-reglum. Áður en unnt er að álykta af þessu, þarf að skoða nánar rökstuðning dómstólsins. Í fyrsta lagi er þarna vísað frá dómi þeirri kröfu ESA, að dómstóllinn mæli fyrir um að 7. gr.a. samrýmist ekki því undanþáguákvæði reglugerðar 853/2004 sem hún byggir á. Í þessari frávisun felst ekkert efnislegt mat á þessu atriði heldur lágu réttarfarslegar ástæður að baki hennar. Í kröfugerð ESA fyrir dómstólnum hafði stofnunin ekki gert kröfu þessa efnis og í samningsbrotamálum samkvæmt 31. gr. SED er EFTA-dómstóllinn bundinn af kröfugerð ESA. Reyndar má nefna, að allt sem ESA ætlar sér að hafa með í kröfugerð fyrir dómstólnum þarf að hafa verið nefnt í áminningarbréfi stofnunarinnar þar sem að öðrum kosti yrði ekki talið að andmælaréttur ríkisins hefði verið virtur. Í öðru lagi hafnaði EFTA-dómstóllinn því réttilega, að ákvæði 7. gr.a. geti verið brot á tilskipun 89/662. Röksemdir dómstólsins er í sjálfu sér ekki ýkja flóknar, markaðssetningarbannið féll ekki undir skilgreiningu tilskipunar 89/662 á því hvað telst vera dýraheilbrigðiseftirlit og þar af leiðandi var ekki um að ræða brot á 5. gr. tilskipunarinnar.

Það er mikilvægt að hafa í huga, að af þessari niðurstöðu EFTA-dómstólsins leiðir ekki, að hann hafi kveðið upp úr um að bann við markaðssetningu á mjólk sé í samræmi við reglugerð 853/2004. Eins og vikið verður að hér að neðan, verður að telja mjög líklegt að margnefnd 7. gr. a. gangi lengra en heimilað er samkvæmt 8. mgr. 10. gr. reglugerðar 853/2004. Hins vegar er einnig rétt að leggja áherslu á, að til að bregðast við dómi EFTA-dómstólsins frá 14. nóvember sl. er engin lagaleg nauðsyn til að breyta þessu reglugerðarákvæði.

ESA hafði fjallað um hvort ákvæði 7. gr.a. væri innan heimildarákvæðisins í 8. mgr. 10. gr. reglugerðar 853/2004 í rökstuddu áliti stofnunarinnar í málinu, dags. 14. september 2016, en þar segir:

*In this regard, the Authority considers that the Icelandic measure does not find a legal basis, as a matter of EEA law, in Article 10.8 (a) of Regulation (EC) No 853/2004, as it goes beyond what is permitted under this provision, which only allows restrictive measures on raw milk or raw cream for direct human consumption. In this respect, the Authority disagrees with the argument of the Icelandic Government that Article 10.8 (a) of Regulation (EC) No 853/2004 would extend to dairy products processed from raw milk. Indeed, this provision allows EEA States to maintain or establish national rules prohibiting or restricting the placing on the market of solely two specific products, i.e.*

---

<sup>6</sup> Sameinuð mál E-2-3/17 ESA gegn Íslandi, mgr. 101-102.

*raw milk and raw cream, and solely for a specific use, i.e. the marketing for direct human consumption. This interpretation appears to be further confirmed by Recital 23 of the said regulation, which states that:*

*“This Regulation should establish criteria for raw milk pending the adoption of new requirements for its placing on the market. These criteria should be trigger values, implying that, in the event of any overshooting, food business operators are to take corrective action and to notify the competent authority. The criteria should not be maximum figures beyond which raw milk cannot be placed on the market. This implies that, in certain circumstances, raw milk not fully meeting the criteria can safely be used for human consumption, if appropriate measures are taken. **As regards raw milk and raw cream intended for direct human consumption, it is appropriate to enable each Member State to maintain or establish appropriate health measures to ensure the achievement of the objectives of this Regulation on its territory.**” (emphasis added)*

Að mati undirritaðs er líklegt, að kæmi til þess myndi EFTA-dómstóllinn staðfesta þann lagaskilning sem birtist í tilvitnuðum ummælum í rökstuddu álitni ESA fremur en fallast á þau sjónarmið sem haldið hefur verið fram af hálfu Íslands, að ákvæði 8. mgr. 10. gr. taki einnig til afurða sem framleiddar eru úr hrárrri mjólk og rjóma. Kemur þar fyrst og fremst til að ákvæðið tekur samkvæmt orðanna hljóðan einungis til hrárrar mjólkur og rjóma og verður að telja fremur ósennilegt að slíkt undanþáguákvæði verði skýrt rýmkandi lögskýringu þannig að það nái til fleiri vara en eru beinlínis taldar upp þar. Á endanum verður því að telja sennilegt, að ákvæði 7. gr. a. þurfi að breyta verði bornar brigður á samrýmanleika þess við EES-rétt. En líkt og að framan segir er ekki skylt að gera það til að bregðast við dómi EFTA-dómstólsins sem hér er til athugunar.

## **2. Matvælalöggjöf EES-samningsins og reglur um kampýlóbakter og salmonellu**

### *2.1. Inngangur og almenna matvælaeignun*

Eins og nefnt var í inngangi var sérstaklega óskað eftir því að skoðaðar yrðu reglur um kampýlóbakter og salmonellu. Í þessum þætti álitssgerðarinnar verður fyrst stuttlega grein fyrir þeim ströngu reglum sem Ísland hefur sett til að leitast við að koma í veg fyrir smit af þessum völdum. Síðan verður matvælalöggjöf EES skoðuð til að kanna hvaða reglur hún hafi að geyma reglur á þessu sviði og hvaða þýðingu þær hafa fyrir íslensku reglurnar.

Í 7. mgr. 7. gr. 260/1980, um útbúnað alifuglasláturhúsa, slátrun alifugla, verkun þeirra og heilbrigðissskoðun, sbr. 1. gr. reglugerðar nr. 562/2012, segir:

*Jafnframt skulu sláturafurðir alifugla sem boðnar eru óhitameðhöndlaðar eða ófrystar til sölu vera af sláturfuglum þar sem staðfest hefur verið með sýnatöku á eldistímanum, að ekki hafi greinst kampýlóbakter í fuglunum. Sýni sem notað er til grundvallar má ekki vera eldra en fimm daga gamalt. Ef kampýlóbakter greinist á eldistímanum þá skulu sláturafurðir viðkomandi eldishóps allar frystar eða hitameðhöndlaðar, áður en afurðunum er dreift. Að auki skal taka slátursýni úr hverjum sláturhópi á tímabilinu 1. apríl til 31. október, ef ætlunin er að dreifa afurðum alifuglahópsins ófrystum eða*



*óhitameðhöndluðum. Í þeim tilvikum þar sem niðurstöður rannsókna úr eldissýni liggja ekki fyrir eða niðurstöður eru ógildar við slátrun er heimilt að bíða með frystingu eða hitameðhöndlun þar til niðurstöður úr slátursýni liggja fyrir, en **heimilt er að dreifa afurðum ófrystum og óhitameðhöndluðum ef slátursýnið er neikvætt. Ef kampýlóbakter greinist í sláturhópi skal frysta eða hitameðhöndla allar afurðir sláturhópsins sem ekki hefur verið dreift frá sláturhúsinu. Með frystingu er átt við að afurðir hafi verið frystar í a.m.k. tvær vikur og með hitameðhöndlun er átt við að ekki finnist kampýlóbakter í 25 g eftir meðhöndlunina.** (leturbreyting undirritaðs)*

Ákvæði 6. mgr. sömu greinar reglugerðarinnar, sbr. 1. gr. reglugerðar 783/2011, fjallar um salmonellu og segir þar:

*Sláturafurðir alifugla sem boðnar eru til sölu, skulu vera af sláturfuglum þar sem staðfest hefur verið með sýnatöku á eldistímanum að ekki hafi greinst salmonella í fuglunum. **Finnist salmonella í sýnum sem tekin eru við slátrun, skal innkalla afurðirnar, þeim fargað eða þær hitameðhöndlaðar, þannig að kjarnhiti nái 72°C, áður en afurðunum er dreift, samkvæmt fyrirmælum Matvælastofnunar.** Greinist salmonella í eldishópi getur Matvælastofnun heimilað slátrun hópsins og markaðssetningu á afurðum hans. Skilyrði fyrir að Matvælastofnun veiti slíka heimild eru að tvö viðbótarsýni framleiðanda og sýni stofnunarinnar, sem tekið skal a.m.k. fimm til sjö dögum fyrir slátrun, séu öll neikvæð. Ekki er heimilt að markaðssetja þessar afurðir nema fyrir liggja niðurstöður úr sýnatöku við slátrun. Slátrun eldishópa og markaðssetning afurða þeirra skal framkvæmd í samræmi við fyrirmæli stofnunarinnar. (leturbreyting undirritaðs)*

Rétt er að nefna, að í þessum reglum er ekki að finna sérstakar örveirufræðilegar viðmiðanir, eða ítarlegar varnaráætlanir, sbr. til hliðsjónar reglugerð 2160/2003, sem vikið verður að hér að neðan. Heldur kveða þessar reglur á um strangar aðgerðir, ef í ljós kemur við sýnatöku að kampýlóbakter eða salmonella er til staðar.

Áður en efni sértækari reglna verður rakið, er rétt er að byrja á því að skoða nokkur ákvæði hinnar almennu matvæla­reglugerðar 178/2002, sem kunna að hafa þýðingu fyrir það álitaefni, sem hér er til meðferðar. Markmið og tilgangur matvæla­lög­gjafar EES kemur vel fram í 1. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar en þar segir að með henni sé lagður grunnur að því að tryggja heilbrigði manna og hagsmunum neytenda víðtæka vernd með tilliti til matvæla og sjá til þess að fjölbreytt framboð matvæla sé í boði um leið og skilvirk starfsemi innri markaðarins sé tryggð. Í stuttu máli má segja, að tilgangurinn sé tvíþættur að tryggja lýðheilsu og um leið hagsmuni neytenda sem og virkni hins innri markaðar. Birtist þetta einnig skýrlega í 1. gr. aðfararorða reglugerðarinnar þar sem kveðið er á um að frjálsir flutningar öruggra og heilnæmra matvæla séu ein af grunnstoðum innri markaðarins og stór þáttur í því að vernda heilsu og velsæld þjóðfélagsþegnanna og félagslega og efnahagslega hagsmuni þeirra.

Í 5. -10. gr. reglugerðarinnar er að finna almennar meginreglur EES-réttar um matvæli og hefst sá kafli reglugerðarinnar á því að endurtekin eru þau meginsjónarmið sem rakin voru hér að ofan. Í 6. gr. er fjallað um áhættugreiningu og segir þar að til að ná því almenna markmiði að tryggja lífi og heilsu manna víðtæka vernd skulu lög um matvæli byggjast á áhættugreiningu

nema það sé ekki heppilegt vegna aðstæðna eða vegna eðlis ráðstöfunarinnar. Hin þekktu varúðarregla (*precautionary principle*) var lögfest í 7. gr. reglugerðarinnar og segir að í sérstökum tilvikum, þar sem mat á fyrirliggjandi upplýsingum leiðir í ljós möguleika á heilsuspillandi áhrifum en vísindaleg óvissa ríkir áfram, er heimilt að samþykkja nauðsynlegar bráðabirgðaráðstafanir í áhættustjórnun til að tryggja þá víðtæku heilsuvernd sem EES-ríkin hafa kosið sér uns fengist hafi frekari vísindalegar upplýsingar fyrir umfangsmeira áhættumat.<sup>7</sup> Eins og rakið verður í kafla 3.3 hér að neðan, gilda þessar reglur um allar athafnir stjórnvalda á sviði matvæla án tillits til þess hvort að þær hafi einhver áhrif á innfluttar vörur

Í 14. gr. hinnar almennu matvæla­reglugerðar er mælt fyrir um um öryggi matvæla og er þar kveðið á um að ekki skuli markaðssetja matvæli séu þau ekki örugg. Samkvæmt 2. mgr. teljast þau ekki örugg ef þau eru álitin: a) heilsuspillandi, og/eða b) óhæf til neyslu. Í 7. mgr. er mælt fyrir um að séu matvæli í samræmi við tiltekin Bandalagsákvæði (matvæla­löggjöf EES-samningsins) um öryggi matvæla skuli þau teljast örugg að því er varði þá þætti sem þessi tilteknu Bandalagsákvæði taka til. Í 9. mgr. þessarar greinar er að finna athyglisvert ákvæði sem er svohljóðandi:

*Ef ekki eru til sérstök Bandalagsákvæði teljast matvælin örugg ef þau eru í samræmi við sérákvæði í landslögum aðildarríkis þar sem matvælin eru á markaði enda hafi þau ákvæði verið samin og þeim beitt með fyrirvara um sáttmálann, einkum 28. og 30. gr.*

Áhugavert við þetta ákvæði er, að samkvæmt því er gert ráð fyrir því að á einhverjum sviðum sé ekki fyrir hendi samræmd löggjöf og því svigrúm til að setja sérákvæði sem þurfa þá að vera í samræmi við hinar almennu reglur um frjálsa vöru­flutninga sem er nú að finna í 34. og 36. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.<sup>8</sup> Eins og rakið verður nánar í kafla 3.2 leiðir af 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins að sambærileg regla í 11. gr. samningsins gildir að megin­stefnu til ekki um landbúnaðarvörur. Eftir stendur þá ákvæði 18. gr. samningsins, sem mælir fyrir því fyrir­komulagi, sem komið er á með I. og II. viðauka EES verði ekki stofnað í hættu með öðrum tæknilegum viðskiptahindrunum og í því sambandi ber að hafa í huga þau ummæli EFTA-dómstólsins, sem gerð voru að umtalsefni hér að framan í kafla 1.1.

## 2.2. Reglur er varða salmonellu og kampýlóbakter

### 2.2.1. Salmonella

Ef litið er þess hvaða reglur gilda um salmonellu og kampýlóbakter á sviði matvæla­löggjafar EES-samningsins, má fyrst nefna reglugerð 2160/2003 um varnir gegn salmonellu og öðrum tilteknum smitvöldum mannsmitanlegra dýrasjúkdóma sem berast með matvælum. Samkvæmt 1. gr. þeirrar reglugerðar er markmið hennar að tryggja að gripið sé til rétttra og skilvirkra ráðstafana til að greina og verjast salmonellu og öðrum smitvöldum mannsmitanlegra dýrasjúkdóma á öllum við­eigandi stigum framleiðslu, vinnslu og dreifingar, einkum á

<sup>7</sup> Eins og áður segir, hafði Ísland m.a. vísað til varúðarreglunnar í málflutningi sínum fyrir EFTA-dómstólnum, leyfiskerfinu til stuðnins. Dómstóllinn hafnaði því hins vegar alfarið að reglan gæti verið grundvöllur þess að takmarka innflutning, þegar samræmd löggjöf væri til staðar, sbr. mál E-2-3/17 *ESA gegn Íslandi*, mgr. 67.

<sup>8</sup> Má hér vísa til máls C-282/15 *Queisser*, mgr. 45-46.

frumframleiðslustiginu, þ.m.t. í fóðri, í því skyni að draga úr algengi þeirra og þeirri hættu sem þeir geta stofnað lýðheilsu í. Í 4. gr. mælt fyrir um að setja skuli markmið til að draga úr algengi mannsmitanlegra dýrasjúkdóma og smitvalda þeirra. Skal í samræmi við 5. reglugerðarinnar setja innlendar varnaráætlanir fyrir alla mannsmitanlega dýrasjúkdóma og smitvalda þeirra sem tilgreindir eru í I. viðauka. Segir að í þeim skuli tekið tillit til landfræðilegrar dreifingar mannsmitanlegra dýrasjúkdóma innan hvers aðildarríkis og til fjárhagslegra afleiðinga fyrir frumframleiðendur og stjórnendur fóður- og matvælafyrirtækja við að koma á skilvirkum vörnum. Í 2. og 3. mgr. þessarar greinar er mælt fyrir um af töluverðri nákvæmni hvað skuli tilgreina í þessum varnaráætlunum og einnig til hvaða stigs framleiðslu þær skuli ná.

Einnig er athyglisvert að líta til reglugerðar 2073/2005 um örveirufræðilegar viðmiðanir fyrir matvæli sem sett er á grundvelli reglugerðar 852/2004. Í 1. mgr. 1. gr. reglugerðar 2073/2005 segir að þar sé mælt fyrir um örverufræðilegar viðmiðanir fyrir tilteknar örverur og framkvæmdarreglur sem stjórnendur matvælafyrirtækja verði að uppfylla þegar þeir hrinda almennum og sértækum ráðstöfunum um hollustuhætti, sem um getur í 4. gr. reglugerðar (EB) nr. 852/2004, í framkvæmd. Lögbært stjórnvald skuli sannreyna að farið sé að þeim reglum og viðmiðunum sem mælt er fyrir um í þessari reglugerð í samræmi við reglugerð (EB) nr. 882/2004. Ákvæði reglugerðar 2073/2005 eru einnig athyglisverð í tengslum við álitafni tengd því hve langt megi ganga að mæla fyrir um ábyrgð matvælafyrirtækja á því að matvæli uppfylli kröfur matvælalöggjafarinnar en vikið verður að því sérstaklega í kafla 4 hér síðar.

Í 8. gr. reglugerðar 853/2004 er mælt fyrir um svokallaðar viðbótartryggingar (*additional guarantees*) sem gilda varðandi salmonellu þegar markaðssetja á matvæli á markað í Svíþjóð eða Finnlandi. Segir í 1. mgr. þessarar greinar:

*„Stjórnendur matvælafyrirtækja skulu hlíta reglunum í 2. mgr., að því er varðar salmonellu, hyggist þeir setja eftirfarandi matvæli úr dýraríkinu á markað í Svíþjóð eða Finnlandi:*

*a) kjöt af nautgripum og svínunum, þ.m.t. hakkað kjöt en þó ekki unnar kjötvörur og vélúrbeinað kjöt,*

*b) kjöt af alifuglum af eftirfarandi tegundum: alihænsnum, kalkúnum, perluhænsnum, öndum og gæsnum, þ.m.t. hakkað kjöt en þó ekki unnar kjötvörur og vélúrbeinað kjöt*

*og*

*c) egg.“*

Nánari reglur um meðferð og prófanir á þessum matvælum er að finna í 2. mgr. ákvæðisins. Samkvæmt b-lið 3. mgr. er heimilt að rýmka reglurnar, sem mælt er fyrir um í 2. mgr., að því er varðar matvæli sem um getur í 1. mgr., þannig að þær nái, í heild eða að hluta, til allra aðildarríkja eða svæða aðildarríkis þar sem í gildi er varnaráætlun (*control programme*) sem hefur verið viðurkennd sem jafngild þeirri varnaráætlun, sem var samþykkt fyrir Svíþjóð og Finnland, að því er varðar viðkomandi matvæli úr dýraríkinu. Strax í árdaga EES-samningsins voru Noregi veittar slíkar viðbótartryggingar, sbr. ákvörðun ESA nr. 69/95. Eins er ferli til að veita Danmörku heimild til að nýta sér þetta ákvæði langt komið og mun reglugerð þessa efnis væntanlega verða sett á

fyrri hluta þessa árs, sbr. nánari umfjöllun hér að neðan. Sá möguleiki er vissulega fyrir hendi fyrir Ísland að óska eftir því við ESA, að stofnunin heimili Íslandi að nýta sér þetta ákvæði um viðbótartryggingar.<sup>9</sup> Rétt er að taka fram, málsmeðferðin í EFTA-stoðinni er sú að áður en ESA tekur ákvörðun um veita Íslandi viðbótartryggingar ber stofnuninni að leggja tillögu fyrir nefnd EFTA-ríkjanna (Ísland og Noregur), sem þarf að samþykkja tillögu stofnunarinnar. Mat ESA á því hvort Ísland uppfyllti skilyrði til að fá umrædda undanþágu myndi að öllum líkindum fara fram í ákveðinni samvinnu við Framkvæmdastjórnina og er mjög nærtækt að gera ráð fyrir því að Íslandi þurfi að uppfylla sömu kröfur og gerðar hafa verið til Danmerkur í því ferli sem í gangi hefur verið.

Að því er varðar umfjöllunarefni þessarar álitsgerðar er það mikilverðast við þetta ákvæði reglugerðar 853/2004, að frá því er mjög nærtækt að gagnálykta, þannig að séu skilyrði þess ekki uppfyllt sé viðkomandi ríki óheimilt að gera sambærilegar kröfur til þeirra sem hyggjast flytja inn þær vörur sem nefndar eru í 1. mgr. þess. Er niðurstaða undirritaðs því sú, að engin heimild standi til þess að gera frekari kröfur um salmonellu, önnur en sú að óska eftir viðbótartryggingum. Sömu niðurstöðu myndi væntanlega einnig leiða af þeim ítarlegu sem gilda um salmonellu og varnir gagnvart henni á grundvelli reglugerða 2160/2003 og 2073/2005 og raktar hafa verið stuttlega hér að framan.

Í lok þessarar umfjöllunar um salmonellu er athyglisvert að skoða ferli dönsku undanþágubeiðinnar en hún var lögð fram síðla árs 2007 og eins og áður sagði er líklegt að hún verði endanlega afgreidd á fyrri hluta þessa árs.<sup>10</sup> Samkvæmt því sem fram kemur í drögum að reglugerð um að veita Danmörku viðbótartryggingar var talið að varnaráætlun sú sem í gildi var þar væri jafngild þeim sem voru til staðar í Svíþjóð og Finnlandi. Hins vegar var hlutfall sýkinga í Danmörku yfir þeim viðmiðum sem kveðið var á um í leiðbeiningum Framkvæmdastjórnarinnar og því virðist sem ekki hafi komið til greina að undanþágan yrði veitt fyrr en hlutfallið væri komið undir þau viðmiðunarmörk. Án þess að hér sé lagt nokkurt mat á það, hvort og að hvaða leyti aðstæður á Íslandi og í Danmörku sé sambærilegar, virðist nokkuð ljóst að ferlið til að fá þessa undanþágu getur reynst langt og strangt.

Í álitsgerð þessari er engin afstaða tekin til þess hvort Ísland uppfyllir lagaskilyrði fyrir því að fá margnefnda undanþágu. En rétt er að minna á, að meginskilyrði þess er að fyrir hendi sé varnaráætlun í skilningi reglugerðar 2160/2003, sem er jafngild þeim sem eru í Svíþjóð og Finnlandi. Er því fjarri því hægt að ganga út frá því, að nægjanlegt sé að sýna fram á lágt hlutfall salmonellusýkinga. Eins er rétt að nefna, að það er athugunarefni hvort og þá hvaða þýðingu þær íslensku reglur sem gilda um salmonellu og nefndar voru hér að framan kunna að hafa við mat á því hvort Ísland uppfyllir skilyrði reglugerðar 853/2004 til að fá þessar viðbótartryggingar. Má benda á, að þetta er atriði sem rétt er að skoða nánar áður en ráðist er í kostnaðarsaman undirbúning við að senda inn undanþágubeiðni. Sé óskað eftir því er undirritaður reiðubúinn til

<sup>9</sup> EFTA-dómstólinn vék að því í dómi sínum að Ísland hefði ekki verið veitt þessi undanþága og gæti því ekki gert þær kröfur sem reglugerðin heimilar þeim ríkjum sem hennar njóta: sameinuð mál E-2-3/17 *ESA gegn Íslandi*, mgr. 85.

<sup>10</sup> Samkvæmt fundargerð frá nefndarfundi (*Standing Committee on Plants, Animals, Food and Feed*) 4. júlí 2017, er gert ráð fyrir að nefndin afgreiði málið endanlega í janúar/febrúar 2018.

kanna það frekar hvort skilyrði séu fyrir hendi til að halda því fram að Ísland uppfylli margnefnd skilyrði.

## 2.2.2 Kampýlóbakter

Næst er að þá að athuga hvort niðurstaðan sé sú sama að því er varðar kampýlóbakter. Í því sambandi er rétt að nefna fyrst nýlega skýrslu Framkvæmdastjórnar ESB (*DG Sante*) um mótvægisáðgerðir gegn kampýlóbakter í alifuglum (*Mitigation Measures in Place for Campylobacter spp. in Poultry*). Skýrsla þessi er afrakstur af vettvangskönnunum Framkvæmdastjórnarinnar í þremur aðildarríkjum þar sem lögð hefur verið áhersla á baráttu gegn kampýlóbakter sýkingum og eins til Íslands og Noregs, þar sem ESA var í för með Framkvæmdastjórninni.<sup>11</sup> Inngangur þessarar skýrslu er athyglisverður og þar segir:

***Currently there is no specific EU legislation for official controls on Campylobacter spp. A specific microbiological criterion (process hygiene criterion at slaughterhouse level) was adopted into EU law in August 2017 amending Regulation (EC) No 2073/2005. General requirements on the monitoring of zoonoses and zoonotic agents, including Campylobacter spp., are described in the zoonosis Directive 2003/99/EC of the European Parliament and of the Council on the monitoring of zoonoses and zoonotic agents, amending Council Decision 90/424/EEC and repealing Council Directive 92/117/EEC1.***  
(leturbreyting undirritaðs)

Samkvæmt tilvitnuðum ummælum er ljóst að Framkvæmdastjórnin lítur svo á, að engar ESB reglur sé fyrir hendi að því er varðar opinbert eftirlit með kampýlóbakter. Reglugerð sú sem er nefnd, nr. 2017/1495 var nýlega á dagskrá sameiginlegu EES-nefndarinnar þar til hún var dregin til baka af hálfu Íslands. Liggur því fyrir að til stendur að þessi reglugerð verði hluti af EES-samningnum og eins, sem má reyndar telja liggja í augum uppi, að unnt er að setja reglur um kampýlóbakter á grundvelli 2073/2005. Til að fyrirbyggja allan misskilning ber að geta þess, að áður en reglugerðin hefur verið tekinn upp í EES-samninginn og gengið í gildi í samræmi við ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar hefur hún ekkert lagagildi innan EES.<sup>12</sup>

Áhugavert er að líta til aðfararorða reglugerðarinnar, en þar kemur m.a. fram að á grundvelli álitu frá Matvælaöryggisstofnuninni (European Food Safety Authority, EFSA) hafi Framkvæmdastjórnin óskað eftir mati á kostum og göllum ýmissa aðgerða til að draga úr kampýlóbakter sýkingum. Var talið að mæla fyrir um tiltekna viðmiðanir í kjúklinga skrokkum færi bil beggja að því er varðaði fækkun smita og aukin kostnað. Viðmiðið sem mælt er fyrir um hefur það markmið að koma í veg fyrir að skrokkar spillist í slátrunarferlinu. Til viðbótar gætu einnig komið til aðgerðir hjá framleiðendum líkt og fram kemur í álitu EFSA. Einnig segir að þar sem að barátta gegn kampýlóbakter sé krefjandi verkefni komi til greina að smám saman verði hert á viðmiðinu. Athyglisvert er að fram kemur að þau aðildarríki þar sem hærra stigi verndar hafi verið náð hafi nægjanlegt svigrúm á grundvelli 5. mgr. 5. gr. reglugerðar 2073/2005 til að

<sup>11</sup> Skýrslan er aðgengileg á eftirfarandi vefslóð: [www.ec.europa.eu/food/audits-analysis/overview\\_reports/act\\_getPDF.cfm?PDF\\_ID](http://www.ec.europa.eu/food/audits-analysis/overview_reports/act_getPDF.cfm?PDF_ID). Skýrslan er áhugaverð, t.d. með tilliti til þeirra regna sem gilda í aðildarríkjunum. Hins vegar er rétt að taka fram, að hæpið væri að halda því fram að í skýrslunni hafi verið metið hvort allar þær ráðstafanir séu í fullu samræmi við matvælalöggjöfina.

<sup>12</sup> Sjá t.d. nýlega staðfestingu á þessu í máli E-5/17 *Merck Sharp*, mgr. 49.

beita strangara viðmiði, sem þarf vissulega að uppfylla það skilyrði að teljast a.m.k. jafngilt.<sup>13</sup> Af þessu má a.m.k. sjá að álitæfni tengd kampýlóbakter hafa verið til skoðunar hjá Framkvæmdastjórninni og EFSA og að reglugerð þessi sé málamiðlun til að sætta mismunandi sjónarmið. Tilvísun til strangari mælikvarða og 5. mgr. 5. gr. reglugerðar 2073/2005 er áhugaverð og rennur hið minnsta óbeint stoðum undir þá niðurstöðu, sem rakin verður í kafla 3.2. hér að neðan að heimilt sé hafa í gildi strangari reglur um innlenda framleiðslu.

Þegar nefnd reglugerð 2017/1495 verður kominn inn í EES-samninginn verður hún vitaskuld bindandi innan gildissviðs hennar, sbr. þær reglur sem er að finna í viðauka við reglugerðina. Undirritaður telur ólíklegt að unnt sé að ná fram einhverri aðlögun á þeim efnislegu kröfum sem er að finna í reglugerðinni í ljósi þess sem að framan segir um tilurð þeirra. Þessu til viðbótar má nefna, að gerðin var komin mjög langt í ferlinu án þess að nokkrum athugasemdum hafði verið hreyft af Íslands hálfu, sem gerir enn erfiðara en ella að ætla sér að ná fram efnislegum breytingum. Að mati undirritaðs mætti þó e.t.v. hugsa sér að óska eftir áréttingu á því í formi yfirlýsingar að Íslandi væri heimilt að halda í gildi þeim reglum, sem nú gilda um innlenda framleiðslu, sbr. kafla 3 hér að neðan og það sem að framan segir um 5. mgr. 5. gr. reglugerðar 2073/2005. Ef Framkvæmdastjórnin væri ekki tilbúin á því að ljá máls á sameiginlegri yfirlýsingu mætti allt að einu gefa út einhliða yfirlýsingu þó svo að lögfræðileg þýðing slíkra yfirlýsinga sé mjög takmörkuð.<sup>14</sup>

Líkt og rakið var að framan, gerir 9. mgr. 14. gr. almennu matvæla­reglugerðarinnar ráð fyrir því að landsreglur séu fyrir hendi, þegar samræmdir löggjafar nýtur ekki við. Að undanskilinni títtnefndri reglugerð 2017/1495 virðist sem samræmd löggjöf sé ekki fyrir hendi og því eitthvert svigrúm til að setja reglur að landsrétti um kampýlóbakter. Hins vegar er mikilvægt að leggja áherslu á, að Ísland hefur fjarri því frjálsar hendur við slíka reglusetningu. Eins og rakið verður nánar í kafla 3.3 þurfa allar athafnir stjórnvalda á sviði matvæla­löggjafar að virða þær meginreglur, sem mælt er fyrir um í 5.-10. gr. almennu matvæla­reglugerðarinnar.

Í þessu samhengi er dómur Evrópudómstólsins í máli *Danske Slagterier* athyglisverður. Mál þetta var skaðabótamál sem danskir svínabændur höfðu á hendur þýska ríkinu vegna ólög­mætra krafna, sem gerðar höfðu verið til ógeldra svína en Framkvæmdastjórnin hafði stefnt Þýskalandi fyrir Evrópudómstólinn vegna þessara reglna.<sup>15</sup> Var talið að reglurnar brytu gegn margnefndri tilskipun 89/662 og tilskipun 64/433, með síðari breytingum, sem var afnumin með tilskiptun 2004/41. Í dóminum sagði Evrópudómstóllinn:

*Regarding the content of Directives 64/433 and 89/662, it should be noted that they govern, amongst other matters, health controls for, and certification of, fresh meat produced in one Member State and delivered to another. As is apparent in particular from Article 7(1)(b) of Directive 89/662, the Member States can prevent imports of fresh meat only where the goods do not meet the conditions laid down by Community*

<sup>13</sup> Í 5. mgr. 5. gr. reglugerðar 2073/2005 segir m.a.: „Stjórnendum matvæla­fyrirtækja er heimilt að nota aðrar aðferðir við sýnatökur og prófanir ef þeir geta á fullnægjandi hátt sýnt lögbæru yfirvaldi fram á það að þessar aðferðir veiti a.m.k. jafngilda tryggingu. Þessar aðferðir mega fela í sér að notaðir séu aðrir sýnatökustaðir en venja er til og að leitnigreiningum sé beitt.“

<sup>14</sup> Sjá til hliðsjónar mál E-2/06 ESA gegn Noregi. mgr. 59.

<sup>15</sup> Mál C-102/96 Framkvæmdastjórnin gegn Þýskalandi.

**directives or in certain very specific circumstances such as in the event of epidemics.**  
*The prohibition on the Member States' preventing importation gives individuals the right to market in another Member State fresh meat that complies with the Community requirements.*

*It is, moreover, apparent from Directive 64/433 in conjunction with Directive 89/662 that measures for the detection of a pronounced sexual odour from uncastrated male pigs have been harmonised at Community level (Case C-102/96 Commission v Germany, paragraph 29). **This harmonisation consequently prevents the Member States, in the field harmonised exhaustively, from justifying an obstacle to the free movement of goods on grounds other than those envisaged by Directives 64/433 and 89/662.***<sup>16</sup>  
(leturbreyting undirritaðs)

Hér ber einnig að minna á ummæli EFTA-dómstólsins sem rakin voru hér að framan þess efnis, að með upptöku matvælaöggjafarinnar hafi Ísland skuldbundið sig til að setja engar tæknilegar hindranir til að útiloka innflutning á vörum sem uppfylla kröfur EES-löggjafar. Eins ber að hafa í huga að EFTA-dómstóllinn hafnaði því algerlega að gera greinarmun á efnisatriðum og stjórnsýslulegum formsatriðum. Af þessu er ljóst, að mati undirritaðs að setning reglna um kampýlóbakter sem fælu í sér sambærileg áhrif og leyfiskerfi það sem EFTA-dómstóllinn hefur þegar talið stangast á við tilskipun 89/662 er nær útilokað að talið verði í samræmi við EES-samninginn. Á þessum grundvelli má fullyrða, að afar ólíklegt að unnt væri að gera sambærilegar kröfur til allra innfluttra aðfurða og gerðar eru í reglugerð nr. 260/1980, með síðari breytingum, um viðbrögð þarlendrar yfirvalda við hugsanlegri sýkingu, enda ljóst að slíkt myndi, a.m.k. að mestu leyti, útiloka allan innflutning.

Hins vegar virðist svo sem mögulegt væri að setja örveirufræðilegar viðmiðanir innan þeirra takmarka, sem leiðir af nefndum ákvæðum almennu matvælaeðlugerðarinnar. Yrði slík reglusetning að byggja á þeirri sérfræðilegu vinnu sem unnin hefur verið af Matvælaöryggisstofnuninni. Við slíka reglusetningu yrði einnig að hafa í huga meginmarkmið matvælaöggjafar EES: að tryggja lýðheilsu og frjálsa för heilnæmra matvæla.

Að síðustu er rétt að geta þess, að í ódagsettu minnisblaði ráðuneytisins er undirrituðum var afhent er vísað til þess að leita þurfi eftir lausn fyrir kampýlóbakter, sambærilegri við viðbótartryggingar vegna salmonellu, í viðræðum við Framkvæmdastjórnina. Í ljósi þess sem hér hefur verið rakið sem og umfjöllunar í næsta kafla þessarar álitsgerðar hefur undirritaður efasemdir um hverju slíkar viðræður eru líklegar til að skila. Hafi menn hug á að fara í slíkt er hið minnsta nauðsynlegt að skilgreina vel hverju þær eigi að skila umfram það svigrúm sem er fyrir hendi innan mætvælaöggjafar EES-samningsins.

Svo dregin sé saman umfjöllun þessi um salmonellu og kampýlóbakter, þá er niðurstaða undirritaðs sú, að því er varðar salmonella að þá hafi örveirufræðilegar viðmiðanir o.fl. verið samræmdar þannig að enga heimild sé að finna til gera aðrar kröfur en þær sem leiða af nefndri löggjöf til innfluttrar framleiðslu. Frá þessu er sú mikilvæga undantekning, að unnt er að sækja um svonefndar viðbótartryggingar á grundvelli 8. gr. reglugerðar 853/2004. Hvað kampýlóbakter

<sup>16</sup> Mál C-445/06 *Danske Slagterier*, mgr. 24-25.

varðar þá er ekki að finna jafnumfangsmikla samræmingu á sviði matvælalöggjafar EES. Reglugerð 2017/1495 bíður upptöku í EES-samninginn og þegar hún hefur tekið gildi innan EES mun hún hafa að geyma bindandi örveirufraeðilegar viðmiðanir. Að gildissviði hennar slepptu, er svigrúm til að setja reglur að landsrétti. Allar slíkar reglur verða að byggjast á meginreglum matvælaeðlugerðarinnar og mega ekki vera þannig úr garði gerðar að þær teljist tæknilegar viðskiptahindranir.

### 3. Er heimilt að hafa í gildi sérreglur um innlenda framleiðslu ?

#### 3.1. Inngangur

Í þessum þætti álitsgerðarinnar verður fjallað um hvort það fari í bága við matvælalöggjöf EES-samningsins ef viðhaldið verður séríslenskum kröfum til innlendra framleiðenda að því er varðar kampýlólbakter og salmonellu. Er rétt að taka fram, að er þá gengið út frá því að leyfiskerfið verði afnumið og heimilt verði að flytja inn vörur frá öðrum EES-ríkjum sem uppfylla kröfur matvælalöggjafarinnar. Fyrst verða stuttlega skoðað hvort ríkisaðstoðarreglur EES-samningsins gildi um landbúnaðarafurðir og þar með hvort unnt væri að styrkja innlenda framleiðendur án þess að slíkt kæmi til mats á grundvelli EES-samningsins.

#### 3.2. Ríkisaðstoð og landbúnaðar

Sú spurning hvort og þá að hvaða marki ríkisaðstoðarreglur EES-samningsins gilda um landbúnaðarafurðir var til skoðunar í frekar nýlegum dómi EFTA-dómstólsins í máli *Synnøve Finden*. Áður en sá dómur og niðurstaða hans verður reifuð er rétt að rifja upp að samkvæmt 3. mgr. 8. gr. EES-samningsins þá tekur hann einungis til þeirra framleiðsluvara sem falla undir 25.–97. kafla í samræmdu vörulýsingar- og vörunúmeraskránni (að frátöldum þeim framleiðsluvörum sem skráðar eru í bókun 2) og þeirra vara sem tilgreindar eru í bókun 3 við samninginn í samræmi við það sérstaka fyrirkomulag sem þar er greint frá. Af þessu leiðir að landbúnaðarvörur eru utan við gildissviðs samningsins, nema þeirra sé sérstaklega getið í viðauka 3. Eins og áður segir þýðir þetta t.d. að 11. gr. EES, hið almenna ákvæði um frjálsa vöruflutninga, gildir einungis að mjög takmörkuðu leyti um landbúnaðarvörur.

Í áður nefndum dómi í *Synnøve Finden* sagði EFTA-dómstóllinn:

*Article 8(3) EEA provides that products that are not covered by points (a) or (b) fall outside the scope of application of “the provisions of this Agreement”. This indicates that the Contracting Parties intended, unless otherwise specified, for those products to be outside the scope of the EEA Agreement and not only outside the scope of the rules on free movement of goods. Accordingly, for any EEA rule to apply to such products, a specific legal basis in EEA law is required.<sup>17</sup>*

Rétt er að taka fram, að EFTA-dómstóllinn telur matvælalöggjöfina vera þá lagastoð sem þörf er á til að samningurinn gildi um landbúnaðarafurðir og önnur matvæli. sbr. t.d. dóm hans í máli *Ferskra kjötvara*. Dómstóllinn hélt áfram og sagði:

<sup>17</sup> Mál E-1/16 *Synnøve Finden*, mgr. 57. Þessi afstaða var staðfest í nýuppkveðnum dómi EFTA-dómstólsins í máli E-12/16 *Marine Harvest gegen ESA*, mgr. 45.



*Any national measure which is “inseparably linked” to the trade in products that fall outside the scope of the EEA Agreement, falls in itself outside that scope (see Pedicel, cited above, paragraph 34). It must therefore be determined whether the subsidy in question is inseparably linked to the trade in products that fall outside the scope of the EEA Agreement.*<sup>18</sup> (leturbreyting undirritaðs)

EFTA-dómstóllinn taldi að sá dreifingarstyrkur fyrir mjólkurvörur, sem um ræddi í málinu, væri órjúfanlega tengdur viðskiptum með vörur sem féllu utan gildissviðs EES-samningsins. Af þessu má álykta, að framleiðslustyrkir til bænda og annarra framleiðanda falla utan ríkisstyrkjareglna EES. Hins vegar að ýmsu að huga, þegar slíkt ríkisstyrkjakerfi er hannað. Þarf það að vera bundið við stuðning við framleiðslu viðkomandi vara. Séu þau fyrirtæki sem hagnast af því að styrkur sé veittur tilteknum vörum, einnig með starfsemi sem er innan gildissviðs samningsins gæti vel þurft að hafa aðskilið bókhald svo unnt væri að sýna fram á að sú starfsemi nyti ekki ríkisstyrkja.

Eins og fram kom að ofan, þegar ákvæði 3. mgr. 8. gr. EES var rakið, eru þær landbúnaðarafurðir sem taldar upp í bókun 3 við EES-samninginn innan gildissviðs hans. Því þarf að huga að því, þegar ákveðið er að veita ríkisstyrki til landbúnaðarvara hvort einhverjar þeirra falla innan gildissviðs samningsins því slíkt hefur réttarlegar afleiðingar. Þetta atriði var einnig til athugunar í *Synnøve Finden* og var niðurstaða EFTA-dómstólsins eftirfarandi:

*All products covered by the distribution subsidy at issue are, although distinguishable by their nature, distributed together. The measure at issue is, thus, to the benefit of products both inside and outside the scope of the Agreement.*

*In those circumstances, the proper functioning of EEA State aid law requires that an aid scheme, such as that provided for in the third paragraph of Section 8 of the PE Regulation must, as a whole, be notified to ESA in accordance with Article 1(3) of Part I of Protocol 3 SCA...*<sup>19</sup>

Af þessu leiðir, að æskilegt er að gæta þess að ríkisstyrkir séu ekki veittar til vara, sem falla innan EES-samningsins þar sem slíkt hefur í för með að allt ríkisstyrkjakerfið er tilkynningarskylt til ESA í samræmi við þær reglur sem gilda samkvæmt bókun 3 við SED. Að síðustu er rétt að taka fram, að sömu sjónarmið og framan eru rakin um ríkisstyrkjareglur gilda einnig um samkeppnisreglur EES-samningsins, sbr. 53. og 54. gr. hans. Þannig væri skaðleg undirverðlagning á mjólk t.d. aldrei brot á 54. gr. samningsins þó hún kunni að brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 þar sem landbúnaðarvörur eru ekki undanþegnar gildissviði þeirra.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Mál E-1/16 *Synnøve Finden*, mgr. 59.

<sup>19</sup> Mál E-1/16 *Synnøve Finden*, mgr. 62-63.

<sup>20</sup> Má hér til hliðsjónar má vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 um misnotkun Haga á markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaði, sem fjallaði um skaðlega undirverðlagningu á mjólk og rjóma. Landfræðilegur markaður var talin vera Ísland og má því leiða líkur að því að hefði verið um að ræða vöru, sem hefði verið innan gildissviðs EES-samningsins hefði Samkeppniseftirlitinu borið að sekta einnig fyrir brot gegn 54. gr. EES-samningsins.

### 3.3. Strangari reglur um innlenda framleiðslu

Í þessum þætti verður tekið til skoðunar það athugunarefni hvort unnt sé að gera strangari kröfur til innlendar framleiðslu án þess að brjóta í bága við matvælalöggjöf EES. eru hér sérstaklega hafðar í huga þær reglur sem áður er raktar um kampýlóbakter og salmonellu.

Ef athuguð er dómaframkvæmd Evrópudómstólsins eru vissulega ekki mörg dæmi sem unnt er að finna þar sem reynir á heimildir aðildarríkja til að mæla fyrir um strangari reglur fyrir innlendar framleiðsluvörur, enda almennt ekki vilji til þess að gera slíkt. Þó eru fyrir hendi fáeinir dómar og verða þrjár þeirra raktir hér.

Í *Gallagher* reyndi á túlkun á tilskipun 89/622 en þar hafði Bretland gert kröfu um að á innlendum sígarettupökkum þektu viðvaranir a.m.k. 6% af pakkanum en í tilskipunin var sagt að þær ættu að vera hið minnsta 4%. Evrópudómstóllinn taldi, að það leiddi af túlkun á tilskipuninni að þær væru gerðar lágmarkskröfur og að aðildarríkjum væri heimilt að kveða á um strangari kröfur til viðvörunarmerkinga þó þannig að ekki væri unnt að hamla gegn því að pakkningar, sem uppfylltu kröfur tilskipunarinnar væru settar á markað í viðkomandi ríki. Að endingu sagði Evrópudómstóllinn:

*Admittedly, as the applicants in the main proceedings have pointed out, this interpretation of the provisions may imply less favourable treatment for national products in comparison with imported products and leaves in existence some inequalities of competition. However, those consequences are attributable to the degree of harmonisation sought by the provisions in question, which lay down minimum requirements.*<sup>21</sup>

Annað sambærilegt dæmi er að finna í *Hönig* en þar hélt stefnandi því fram að þýskar kröfur til hænsabúa gengju of langt og væru ekki í samræmi við tilskipun 88/361. Nánar tiltekið mælti tilskipunin fyrir um að varphænur skyldu hafa 450 cm<sup>2</sup> svæði en að þýskum lögum var svæðið 550 cm<sup>2</sup> Evrópudómstóllinn taldi að þýsku reglurnar væru í samræmi við tilskipunina og sagði m.a.:

*Admittedly, that interpretation of the directive's provisions may lead, as the plaintiff in the main action has pointed out, to battery hen farmers in one Member State receiving less favourable treatment than those in other Member States, thus allowing some inequalities in competition to persist. However, those are the consequences of the level of harmonization sought by those provisions, which lay down minimum standards.*<sup>22</sup>

Að síðustu er að finna áhugavert sakarefni í *Compassion for World Farming* en þar var deilt um hvort Bretland gæti á grundvelli 36. gr. Rómarsáttmálans (samsvarar til 13. gr. EES-samningsins) bannað útflutning á kálfum til ríkja þar sem ekki væru gerðar jafn strangar kröfur til dýravelferðar. Í gildi var tilskipun 91/629 en samkvæmt 2. mgr. 11. gr. hennar var aðildarríkjum heimilt að setja strangari reglur um velferð kálfa innan eigin yfirráðasvæðis, að því tilskildu að

<sup>21</sup> Mál C-11/92 *The Queen and ex parte Gallagher and others*, mgr. 22.

<sup>22</sup> Mál C-128/94 *Hans Hönig*, mgr. 17.

slíkar reglur væru í samræmi við Rómarsáttmálann. Í dómi Evrópudómstólsins sagði um þetta ákvæði:

*It is indeed clear from the wording of Article 11(2) of the Directive, first, that the measures permitted on that basis, which are limited to strictly territorial boundaries, may relate only to cattle-farms falling within the jurisdiction of the Member State in question and, second, that such measures may be adopted only in compliance with the general rules of the Treaty.*

*As the United Kingdom Government has correctly observed, it follows from the express terms of that provision that the Member States are not entitled to adopt stricter measures for the protection of calves other than provisions applying within their own territory.*<sup>23</sup>

Samkvæmt þessu mátti Bretland nýta heimild tilskipunarinnar til að setja strangari reglur innan eigin yfirráðasvæðisins en það var ekki í samræmi við tilskipunina ef reynt yrði að flytja út, ef svo má að orði komast, þær strangari kröfur sem settar höfðu verið. Hvaða ályktun verður svo dregin af þessum dómum? Í fyrsta lagi sú, að meginstefnu til er ekkert sem bannar EES-ríkjum að setja reglur af þessu tagi. Í öðru lagi hvort slíkt sé heimilt í einstökum tilvikum veltur á túlkun á þeirri afleiddu löggjöf sem um ræðir, þ.e. hvort hún kveður á fulla (algera) samræmingu.

Spurningin er því hvort matvælalöggjöfin feli í sér slíka samræmingu að hún komi i veg fyrir að settar verði strangari kröfur um innlenda framleiðslu. Þetta er flókið úrlausnarefni, sem ekki verður séð að hafi verið fjallað um í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Rétt er að ítreka, að halda ber þessu aðgreindu frá því sem að framan er rakið um hvort hægt sé að gera kröfu um að innfluttar vörur séu í samræmi við íslenskar reglur.

Í *Queisser* var staðfest að meginreglur hinnar almennu matvælaeðlugerðar, sbr. sérstaklega ákvæði 6. gr. um áhættugreiningu og varúðarreglan í 7. gr., gilda án tillits til þess hvort uppfyllt séu skilyrði fyrir beitingu almennra reglna Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins um frjálsa vöruflutninga. Í málinu taldi dómstóllinn að skilyrði fyrir beitingu þeirra væru ekki uppfyllt, þar sem öll atvik málsins vörðuðu Þýskaland. Það haggði því hins vegar ekki, að sú þýska löggjöf sem um ræddi þurfti að standast þær kröfur sem leiddi af ákvæðum 6. og 7. gr. matvælaeðlugerðarinnar.<sup>24</sup> Þessi niðurstaða er þýðingarmikil og hefur vissulega áhrif á hvernig haga beri setningu reglna að landsrétti þegar fyrir hendi er svigrúm til slíks samkvæmt matvælalöggjöf EES. Hins vegar verður ekki séð, að hún standi í vegi fyrir því að strangari kröfur séu gerðar til innlendrar framleiðslu.

Í 3. mgr. 10. gr. eðlugerðar 853/2004<sup>25</sup> segir að EES-ríkjum sé heimilt, án þess þó að draga úr líkum á að markmiðum eðlugerðarinnar verði náð, að samþykkja, í samræmi við 4.-8. mgr.

<sup>23</sup> Mál C-1/96 *Compassion in World Farming*, mgr. 59-60.

<sup>24</sup> Mál C-282/15 *Queisser*, mgr. 47.

<sup>25</sup> Rétt er að taka fram, að sambærileg ákvæði er einnig að finna í 13. gr. eðlugerðar 852/2004 og 17. gr. eðlugerðar 854/2004 og er gengið út frá því að sambærileg sjónarmið eigi við um skýringu þeirra.

greinarinnar, landsbundnar ráðstafanir um aðlögun á kröfunum sem mælt er fyrir um í III. viðauka. Í 4. mgr. segir:

*a) Markmiðið með landsbundnu ráðstöfununum, sem um getur í 3. mgr., er að:*

*i) gera kleift að nota áfram hefðbundnar aðferðir á öllum stigum framleiðslu, vinnslu eða dreifingu matvæla*

*eða*

*ii) koma til móts við þarfir matvæla fyrirtækja sem eru á svæðum sem líða fyrir sérstakar, landfræðilegar takmarkanir.*

*b) Í öðrum tilvikum gilda þær eingöngu um byggingu, skipulag og búnað starfsstöðva.*

Ef ríki nýta sér þessa heimild ber þeim svo að tilkynna það til Framkvæmdastjórnarinnar eða ESA. Er hægt að túlka þetta ákvæði þannig að sérákvæði séu útilokuð nema þau falli að þeim markmiðum sem tiltekin eru hér að framan? Vissulega er slíkt ekki útilokað en að mati undirritaðs virðist rökréttara að túlka þetta ákvæði þannig að það gildi einungis ef ríkin ætli á grundvelli þessara sjónarmiða að gera aðrar kröfur en almennt gilda. Hefur sú málsmeðferð sem mælt er fyrir um, þann tilgang að tryggja að slíkar kröfur hafi það ekki í för með sér að markmiðum um vernd lýðheilsu sé stefnt í voða. Samkvæmt þeirri túlkun myndi ákvæðið ekki útiloka að strangari kröfur séu gerðar til innlendra framleiðslu, enda ættu slík ákvæði ekki að geta ógnað þessu markmiði. Er þá rétt að ítreka að ákvæði matvælalöggjafar EES myndu gilda fullum fetum um innlendu framleiðslu og að auki hinar strangari innlendu reglur. Vísun í tilvitnuðum ákvæðunum til þess að gera kleift að halda áfram að nota hefðbundnar aðferðir og að koma til móts við þarfir fyrirtækja á svæðum sem líða fyrir sérstakar landfræðilegar takmarkanir bendir einnig til þess að ákvæðinu sé einungis ætlað að taka á þessum afmörkuðu álitafnum. Leiðbeiningar frá Framkvæmdastjórninni renna einnig stuðningi undir þennan skilning á ákvæðinu. Má þar nefna að dæmin sem eru rakin af beitingu um landfræðilegar takmarkanir varða hvernig staðið var að aðgangi að vatni á bæjum í fjallahéruðum er framleiddu ost.<sup>26</sup> Að síðustu er rétt að ítreka að undirritaður fær ekki séð að reynt hafi á þessi álitafni í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.

Samkvæmt framansögðu, telur undirritaður að unnt sé færa nokkuð sterk rök fyrir því að hægt sé að viðhalda þeim sérreglum sem gilda um varnar gegn kampýlóbakter og salmonellu þannig að þeim sé einungis beitt gagnvart innlendri framleiðslu. Byggir þetta á því tryggt sé að þessar kröfur hafi engin áhrif á innflutning á vörum frá öðrum EES-ríkjum og að unnt sé að sýna fram á hér sé um að strangari reglur, sem hafi að markmiði sínu tryggja vernd lýðheilsu, sem eins og margoft hefur verið nefnt er eitt aðalmarkmið matvælalöggjafar. Með því að reglurnar hindri ekki innflutning er einnig hægt að halda því fram að hinu aðalmarkmiði hennar sé einnig framfylgt þar sem virkni innri markaðarins er tryggð. Ef ákveðið væri að halda í strangri kröfur til innlendra framleiðenda, væri samkvæmt því sem greinir í kafla 3.2 hægt að veita t.d.

---

<sup>26</sup> Commission Staff Working Document on the Understanding of certain provisions on Flexibility provided in the Hygiene Package SEC(2010) 986 final.

framleiðslustyrki án þess að slíkt kæmi til skoðunar á grundvelli ríkisstyrkjareglna EES-samningsins.

#### 4. Ábyrgð matvælafyrirtækja

Eitt af þeim úrræðum sem gæti komið til skoðunar í kjölfar þess að leyfiskerfið væri afnumið er hvort ástæða sé til að skerpa á ábyrgð matvælafyrirtækja. Verður því skoðað hvort reglur EES-réttar gætu verið slíku til fyrirstöðu. Í 2. mgr. 3. gr. hinnar almennu matvælaeðlugerðar er að finna eftirfarandi skilgreiningu á hvað telst vera matvælafyrirtæki, en það er fyrirtæki sem rekur starfsemi í tengslum við framleiðslu, vinnslu eða dreifingu matvæla á einhverju stigi, hvort sem það starfar í ágóðaskyni eður ei og hvort sem það er einkarekið eða opinbert fyrirtæki. Samkvæmt þessu teljast t.d. innflytjendur, framleiðendur og verslanir til matvælafyrirtækja í skilningi matvælaöggjafarinnar. Nefna má, að þessa skilgreiningu er einnig að finna í 4. gr. laga nr. 93/1995, um matvæli, með síðari breytingum.

Mælt er fyrir um ábyrgð stjórnenda matvælafyrirtækja (og fóðurfyrirtækja) í 1. mgr. 17. gr. eðlugerðarinnar þar sem segir að þeir skulu tryggja að kröfum í lögum um matvæli, sem varða starfsemi þeirra, sé fullnægt fyrir matvæli og fóður á öllum stigum framleiðslu, vinnslu og dreifingar í fyrirtækjum undir stjórn þeirra og sannprófa að þessum kröfum sé fullnægt. Í lok þessarar greinar er svo kveðið á um skyldu EES-ríkjana til að setja reglur um ráðstafanir og viðurlög vegna brota á lögum um matvæli og fóður. Skulu þær vera skilvirkar, í réttu hlutfalli við brotið og hafa letjandi áhrif.

Innleiðingu á þessum ákvæðum í íslenskan rétt er að finna í lögum nr. 93/1995, um matvæli, með síðari breytingum. Í 8. gr. b. segir, að stjórnandi matvælafyrirtækis beri ábyrgð á að uppfylltar séu kröfur laga og stjórnvaldsreglna sem gildi um starfsemi þess á hverjum tíma. Stjórnandi beri ábyrgð á öllum stigum framleiðslu og dreifingar í fyrirtækjum undir hans stjórn og skuli sannprófa að þessum kröfum sé fullnægt. Viðurlagaákvæði laganna er að finna í 31. gr. og segir þar:

*Brot gegn ákvæðum þessara laga og stjórnvaldsreglum settum samkvæmt þeim varða sektum hvort sem þau eru framin af ásetningi eða stórfelldu gáleysi. Sé um stórfelld eða itrekuð ásetningsbrot að ræða skulu þau að auki varða fangelsi allt að fjórum árum.*

*Sektir má ákvarða lögaðila þó að sök verði ekki sönnuð á stjórnanda eða starfsmenn hans eða aðra þá einstaklinga sem í þágu hans starfa, enda hafi brotið orðið eða getað orðið til hagsbóta fyrir lögaðilann. Þó skal lögaðili ekki sæta refsingu ef um óhapp er að ræða. Einnig má, með sömu skilyrðum, gera lögaðila sekt ef stjórnandi eða starfsmenn hans eða aðrir einstaklingar sem í þágu hans starfa gerast sekir um brot.*

Ákvæði þessu var breytt með lögum nr. 143/2009, sem innleiddu matvælaöggjöf EES inn í íslenskan rétt. Sagði í athugasemdum við frumvarp það sem varð að lögum nr. 143/2009, að brot gegn ákvæðum laganna geti haft í för með sér mikla hættu og valdið heilsutjóni á mönnum og

dýrum, svo og skaðað ýmsa aðra hagsmuni. Væri því talið nauðsynlegt að efla varnaðaráhrif laganna með því að leggja til þyngri viðurlög við brotum á þeim.<sup>27</sup>

Á álitaefni tengd ábyrgð matvælafyrirtækja reyndi í *Reindl* en Reindl þessi var forsvarsmaður verslunar í Austurríki og hafði hún verið sektuð fyrir brot á matvælalöggjöfinni þar sem kjúklingur hafði verið seldur, sem innihélt salmonellu í meira mæli en kveðið var á um í viðauka við áðurnefnda reglugerð 2073/2005. Fyrsta spurningin sem var beint til Evrópudómstólsins leit að því á hvaða stigi öruveirufræðilegar viðmiðanir í síðastnefndri reglugerð giltu. Svar dómstólsins var afdráttarlaust:

*Moreover, if there was no requirement for fresh poultry meat, such as that at issue in the main proceedings, to comply with the microbiological criterion defined in Annex I, Chapter 1, Row I.28, to Regulation No 2073/2005 at all stages of distribution, including retail sale, one of the fundamental objectives of food law, which is to attain a high level of protection of public health, to which recital 1 in the preamble to Regulation No 2073/2005 refers, would be undermined if foodstuffs, containing micro-organisms in quantities which present an unacceptable risk to human health were placed on the market.*

*It follows that, both from the wording of Annex I, Chapter 1, Row I.28, to Regulation No 2073/5 and the objective pursued by food law that the micro-biological criterion is applicable to a fresh poultry meat product such as the product at issue in the main proceedings at the distribution stage.<sup>28</sup>*

Þær viðmiðanir sem mælt er fyrir um í viðaukunum við reglugerð 2073/2005 um t.d. salmonella og kampýlóbakter gilda sem sé á öllum stigum dreifingar. Næstu spurningarnar til Evrópudómstólsins lutu að því hvort heimilt væri að kveða á um refsíabýrgð matvælafyrirtækja líkt og gert var að austurrískum lögum. Í stuttu máli er niðurstaða dómstólsins að slíkt sé heimilt eins og fram kemur í eftirfarandi ummælum:

*It follows that EU law and, in particular, Regulations No 178/2002 and No 2073/2005 must be interpreted as meaning that, in principle, they do not preclude national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which penalises food business operators active only at the distribution stage for placing on the market foodstuffs which fail to comply with the microbiological criteria mentioned in Annex I, Chapter 1, Row I.28, to Regulation No 2073/2005.*

*However, by laying down rules on the sanctions applicable in the event of failure to comply with the microbiological criterion, the Member States are bound to observe conditions and limits laid down by EU law, including that laid down, in the present case, by Article 17(2) of Regulation No 178/2002, which requires penalties to be effective, proportionate and dissuasive.*

<sup>27</sup> <http://www.althingi.is/altext/138/s/0017.html>

<sup>28</sup> Mál C-443/13 *Reindl*, mgr. 28-29.

....

*Legislation, such as that at issue in the main proceedings, providing for a fine if food stuffs unfit for human consumption are placed on the market, may help to attain the fundamental objective of food law, that is, a high level of protection of human health, as set out in paragraph 28 of the present judgment.*

*Even if the system of penalties in the case in the main proceedings is a system of strict liability, it must be recalled that, according to the case-law of the Court, such a system is not, in itself, disproportionate to the objectives pursued, if that system is such as to encourage the persons concerned to comply with the provisions of a regulation and where the objective pursued is a matter of public interest which may justify the introduction of such a system (...).<sup>29</sup> (leturbreyting undirritaðs)*

Samkvæmt tilvitnuðum ummælum telur Evrópudómstóllinn, að ströng refsíabyrgð fyrir brot gegn matvælalöggjöfinni sé til þess fallin að markmiðum hennar um vernd lýðheilsu sé náð. Eins er ljóst, að samkvæmt dóminum heimila reglur EES-réttar að mælt sé fyrir um hlutlæga refsíabyrgð vegna brot á matvælalöggjöfinni. Af þessu leiðir, að samkvæmt EES-rétti er sá möguleiki fyrir hendi að skerpa á ábyrgð matvælafyrirtækja með því að herða refsíákvæði matvælalaga. Rétt er að nefna að samkvæmt reglum íslensks refsiréttar eru gerðar strangar kröfur til skýrleika refsíákvæði af þessu tagi, sbr. **H 442/1999**. Á hinn bóginn er ljóst, að refsíabyrgð af því tagi er fyllilega heimil að íslenskum rétti.<sup>30</sup> Að síðustu er rétt að geta þess, að af reglum EES-réttar leiðir, að refsíákvæði þurfa að uppfylla kröfuna um jafnræði (*principle of equivalence*). Þannig að ekki væri unnt að herða á refsíabyrgð innflytjenda og þeirra sem sýsla með innfluttar vörur án þess að sambærilegar kröfur væru gerðar til innlendra framleiðanda. Eins yrði ábyrgð dreifingaraðila að vera sambærileg annars vegar að því er varðar innfluttar vörur og hins vegar innlendra framleiðslu.

## 5. Úrræði ef Ísland bregst ekki við dómi EFTA-dómstólsins

Í þessum kafla álitserðarinnar verður vikið að því hvaða réttarleg úrræði standa til boða, sinni Ísland ekki þeirri skyldu sinni að bregðast við dómi EFTA-dómstólsins innan hæfilegs tíma. Má greina þau í þrennt: hvaða valdheimildir ESA hefur til að fylgja því eftir að dóminum verði framfylgt; hvaða einkaréttarlegu úrræði standa innflytjendum og öðrum til boða; og að síðustu hvaða aðgerða aðrir samningsaðilar, þ.e. ESB, gætu gripið til á grundvelli EES-samningsins.

<sup>29</sup> Mál C-443/13 *Reindl*, mgr. 36-37 og 41-42.

<sup>30</sup> Í nefndum dómi Hæstaréttar segir: „Framangreindar reglur verða skýrðar svo, að undantekningar frá þeirri meginreglu refsiréttar að refsíabyrgð verði aðeins byggð á sök brotamanns, verði að vera skýrt orðaáðar í lögum, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar í dómasafni 1995, bls. 3149. Krafa um skýrleika refsheimilda, sé henni fullnægt, útiloki þó ekki hlutlæga refsíabyrgð einstaklinga.“ Sjá nánar Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi*, bls. 207-208.

### 5.1. Valdheimildir ESA

Samkvæmt 33. gr. SED eru dómur EFTA-dómstólsins í samningsbrotamálum á grundvelli 31. gr. samningsins bindandi fyrir viðkomandi ríki. Ef ríkið sinnir ekki þeirri skyldu sinni að bregðast við dómi dómstólsins getur ESA hafið nýtt samningsbrotamál með því að senda ríkinu áminningarbréf. Slíkt samningsbrotamál snerist ekki lengur um þau ákvæði sem reyndi á í fyrri máli, heldur einvörðungu um hvort fullnægt hafi verið skyldunni samkvæmt 33. gr. SED og er unnt að fullyrða að lítið sé um varnir í slíkum málum. Um skuldbindingar ríkjanna á grundvelli þessarar greinar SED, hefur EFTA-dómstóllinn sagt:

*Although Article 33 SCA does not specify the period within which measures necessary to comply with a judgment must be taken, the interest in the immediate and uniform application of EEA law requires that **the process of compliance with a judgment must be commenced immediately and completed as soon as possible** (see Case E-19/14 ESA v Norway, cited above, paragraph 42 and case law cited).*

*The **effective enforcement of EEA law requires** timely implementation in the EFTA States. This requirement applies not only to new EEA legislation, but also to **the proper implementation of a judgment of the Court.**<sup>31</sup> (leturbreyting undirritaðs)*

Eins er rétt að leggja áherslu á, að sú staðreynd að mál kunni að vera flókið eða pólitískt viðkvæmt hefur enga þýðingu í þessu sambandi, sbr. eftirfarandi ummæli EFTA-dómstólsins:

*Norway has alleged circumstances concerning provisions, practices or situations prevailing in its domestic legal order. **Such circumstances are the responsibility of the EFTA State and cannot justify failure to observe obligations arising under EEA law.**<sup>32</sup> (leturbreyting undirritaðs)*

Í þeim málum gegn Noregi sem hefur verið vitnað til hér að ofan, liðu annars vegar rúm 2 ár og hins vegar tæp 2,5 ár frá því að fyrri dómur var kveðinn upp þar til málinu var stefnt á nýjan leik fyrir EFTA-dómstóllinn. Að mati undirritaðs verður að telja fremur ósennilegt, að ESA muni sýna jafn mikla þolinmæði í þessu máli. Kemur þar bæði til að þetta er þetta af mikilverðustu samningsbrotamálum er varða Ísland, sem hefur verið til meðferðar hjá stofnuninni í sögu EES-samningsins og eins að málið hefur þegar verið mjög lengi til meðferðar hjá henni en kvörtun SVÞ var lögð fram í byrjun desember 2011. Undirritaður telur að ekki þyrfti að koma á óvart ef stofnunin sendi áminningarbréf áður en hún fer í sumarhlé hafi þá ekki verið gripið til lagasetningar til að bregðast við dómi EFTA-dómstólsins. Einnig er í þessu samhengi rétt að minna á brýningu EFTA-dómstólsins í lokamálsgreinum dómsins en þar tók hann fram að nær tvö ár væru liðin frá því að dómur í máli *Ferskra kjötvara* var kveðinn upp án þess að gripið hafi verið til nokkurra aðgerða af hálfu íslenska ríkisins. Væntanlega munu slík sjónarmið einnig hafa áhrif á hversu þolinmóð ESA er reiðubúin að vera í málinu. Ef það kemur á daginn, að mjög muni dragast að grípa til viðeigandi lagabreytinga gæti vel farið svo að stofnunin teldi ástæðu til að hraða því að vísa málinu á nýjan leik til EFTA-dómstólsins. Verður t.d. að gera ráð fyrir að stofnunin telji ekki ástæða til frekari vísindalegra rannsókna, þar sem þegar hafa verið lagðar

<sup>31</sup> Mál E-4/16 ESA gegn Noregi, mgr. 27-28.

<sup>32</sup> Mál E-19/14 ESA gegn Noregi, mgr. 48



fram ítarlegar rannsóknir, sem EFTA-dómstóllinn taldi ekki hafa þýðingu við úrlausn málsins á grundvelli tilskipunar 89/662. Eins má draga í efa, að ESA myndi sýna því mikinn skilning að vegna viðræða við Framkvæmdastjórnina t.d. um kampýlóbakter í alifuglum væri ekki hægt að gera nauðsynlegar breytingar er varðar aðrar afurðir.

## 5.2. Einkaréttarleg úrræði - skaðabótaskylda

Ein af meginreglum EES-réttar er sú að einstaklingar og lögaðilar geta öðlast skaðabótarétt á hendur EES-ríkjunum standi þau ekki við skuldbindingar sínar á grundvelli EES-samningsins. Þessari meginreglu var slegið fastri í hinum fræga dómi EFTA-dómstólsins í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur.<sup>33</sup> Eru skilyrði bótaábyrgðar eftirfarandi: í fyrsta lagi verður að felast í reglunni sem brotin er að einstaklingar og rekstraraðilar öðlist tiltekin réttindi; í öðru lagi verður að vera um nægilega alvarlega vanrækslu á skuldbindingum ríkisins að ræða, og í þriðja lagi verður að vera orsakasamband milli vanrækslu ríkisins á skuldbindingum sínum og þess tjóns sem tjónþoli verður fyrir.<sup>34</sup>

Mál Ferskra kjötvara gegn íslenska ríkinu, sem vísað var til EFTA-dómstólsins og bíður nú málflytningu fyrir Hæstarétti er skaðabótamál, þar sem krafist er bóta fyrir það nautakjöt sem var gert upptækt. Að mati undirritaðs er afar ólíklegt að Hæstiréttur komist að annarri niðurstöðu en þeirri að staðfesta að leyfiskerfið sé ekki í samræmi við títtnefnda tilskipun 89/662. Má í því sambandi einnig vísa til eftirfarandi ummæla Hæstaréttar í **H 220/2015** þegar hann ákvað að leita eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins: „er ljóst að ekki er fullt samræmi milli tilskipunarinnar og þeirra ákvæða íslenskra laga og reglugerða sem leiða efni hennar í íslenskan rétt.”

Það er e.t.v. ekki alveg hægt að útiloka að Hæstiréttur geti komist að þeirri niðurstöðu að Ferskar kjötvörur eigi ekki rétt á skaðabótum í þessu máli þannig að samrýmist EES-rétti. Rétt er þó að nefna, að í síðustu málsgreinum dóms EFTA-dómstólsins er að finna ummæli sem er erfitt að túlka öðru vísi en sem brýningu til Hæstaréttar og sýnist nokkuð ljóst að EFTA-dómstóllinn telur skilyrði skaðabóta vera uppfyllt.<sup>35</sup>

Hvað sem öðru líður, er hins vegar enginn vafi á því að hver svo sem niðurstaða Hæstaréttar um skaðabætur verður, að þetta dómsmál hefur litla þýðingu við mat á því hvort þeir sem núna myndu reyna innflutning eigi rétt til skaðabóta á grundvelli EES-réttar. Staðan í dag er sú, að EFTA-dómstóllinn hefur kveðið upp tvo dóma þar sem því er slegið föstu að leyfiskerfið sé ekki í samræmi við EES-samninginn. Má í þessu sambandi vísa til niðurstöðu EFTA-dómstólsins í máli *Karls K. Karlssonar* en þar taldi dómstóllinn skilyrðið um alvarleika brotsins vera uppfyllt. Hafði Ísland hafði ekki afnumið einkarétt á innflutningi á áfengi þrátt fyrir að samkvæmt dómi Evrópudómstólsins í *Manghera*, sem varðaði einkarétt á innflutningi á tóbaki að ítölskum lögum væri slíkt ekki samrýmanlegt 16. gr. EES-samningsins.<sup>36</sup> Eins og sjá má taldi EFTA-dómstóllinn nægjanlegt að leyst hefði verið úr sambærilegu sakarefni hjá Evrópudómstólnum til að skilyrðið

<sup>33</sup> Mál E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir*.

<sup>34</sup> Sjá t.d. mál E-2/12 HOB-Vín gegn ÁTVR mgr. 121.

<sup>35</sup> Sameinuð mál E-2-3/17 *ESA gegn Íslandi*, mgr. 112-113.

<sup>36</sup> Mál E-4/01 *Karl K. Karlsson*, mgr. 42.

um alvarleika brots væri uppfyllt. Er því ekki nokkur vafi á því að hér teldist það vera uppfyllt, enda liggja fyrir tveir dómur EFTA-dómstólsins um margnefnt leyfiskerfi. Rétt er að nefna, að í áðurnefndu máli *Karls K. Karlssonar* sagði EFTA-dómstóllinn, að almennt þegar dómur EFTA-dómstólsins eða dómstóla Evrópubandalaganna hafi orðið til að skýra réttarstöðu á grundvelli EES-samningsins sem áður var talinn óljós, verði að ætla EES-ríki hæfilegan tíma til að aðlaga löggjöf sína án þess að til skaðabótaskyldu stofnist.<sup>37</sup> Verður að telja ljóst í ljósi þeirra viðmiða, sem nefnt voru hér að framan, um tími til að framfylgja dómi, sem ætla má að eigi einnig við að breyttu breytanda í tilvikum sem þessum, að sá tími hljóti að vera liðinn eins og staðan er núna.

Svo litið sé til fyrsta skilyrðisins um það að viðkomandi ákvæði EES-réttar feli í sér réttindi til handa einstaklinga eða lögaðila, þá kom það til kasta Evrópudómstólsins í máli *Danske Slagterier* en þar sagði dómstóllinn:

*Danske Slagterier also relies on the provisions of Directives 64/433 and 89/662. As is apparent from the wording of the title of Directive 89/662 and of the first recital in its preamble, that directive was adopted with a view to the completion of the internal market, and so was Directive 91/497 amending Directive 64/433, as made clear by the third recital in the preamble to Directive 91/497. The free movement of goods is thus one of the objectives of those directives, which, through the elimination of the differences existing between the Member States with regard to health requirements for fresh meat, are designed to encourage intra-Community trade. The right conferred by Article 28 EC is thus defined and given concrete expression by those directives.*<sup>38</sup>

Í ljósi þessara ummæla er að mati undirritaðs, ekki unnt að draga aðra ályktun en þá að þetta skilyrði skaðabótaskyldu sé uppfyllt þegar brotið er gegn 5. gr. tilskipunar 89/662. Þar sem tilskipun hefur verið tekin upp í EES-samninginn virðist ljóst samkvæmt dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins, að sú staðreynd að 11. gr. EES um frjálsa vöruflutninga gildi ekki hafi enga réttarlega þýðingu.<sup>39</sup> Að því er varðar skilyrðið er um orsakatengsl ræðst það fyrst og fremst af reglum landsréttar. Varla leikur vafi á því, að orsakasamband sé fyrir hendi ef innflutningur á vörum eins og t.d. fersku kjöti er hindraður á grundvelli leyfiskerfisins.

Svo dregin sé saman niðurstaða af framangreindu, þá virðist ljóst að þeir sem myndu fá synjun á innflutningi á grunni leyfiskerfisins eins og staðan er í dag eiga rétt til greiðslu skaðabóta samkvæmt meginreglum EES-réttar. Því er vel hugsanlegt að að innflytjendur og hagsmunasamtök þeirra gætu stofnað til fjölda mála telji þeir að breytingar á löggjöfinni gangi ekki nægjanlega hratt fyrir sig.

### 5.3 Gagnaðgerðir annarra samningsaðila

Í 111. gr. EES-samningsins er mælt fyrir um hvernig fari skuli með lausn deilumála. Samkvæmt 1. mgr. greinarinnar getur ESB eða EFTA-ríki lagt deilumál er varða túlkun og beitingu samningsins fyrir sameiginlegu EES-nefndina. Að mati undirritaðs er ljóst, að telji ESB að Ísland hafi ekki eða ekki réttilega brugðist við margnefndum dómi EFTA-dómstólsins, getur það vísað málinu til

<sup>37</sup> Mál E-4/01 *Karl K. Karlsson*, mgr. 45.

<sup>38</sup> Mál C-445/06 *Danske Slagterier*, mgr. 23.

<sup>39</sup> Mál E-2/12 *HOB-Vin gegn ÁTVR*, mgr. 108-113.

sameiginlegu EES-nefndarinnar, þar sem slíkt myndi teljast til deilna um túlkun og beitingu samningsins í skilningi tilvitnaðs ákvæðis 1. mgr. 111. gr. EES.

Sé mál lagt fyrir sameiginlegu nefndina er henni heimilt að leysa deilumálið svo vitnað sé til 2. mgr. 111. gr. EES. Rétt er að nefna strax í upphafi, að ákvæði þessu hefur einungis tvisvar verið beitt og er því ekki um auðugan garð að gresja við að lýsa beitingu þessa ákvæðis í framkvæmd. Segir svo í nefndu ákvæði, að henni skulu gefnar allar upplýsingar sem hún kunni að þarfnast til þess að framkvæma nákvæma rannsókn á málinu, með það fyrir augum að finna lausn sem aðilar geti sætt sig við. Í þessum tilgangi skuli nefndin rannsaka alla möguleika til að viðhalda góðri framkvæmd samningsins. Í 3. mgr. er heimilað að leita til Evrópudómstólsins varði deilan ákvæði sem er efnislega samhljóða í EES-rétti og ESB-rétti. Þar sem þegar liggja fyrir tveir dómar EFTA-dómstólsins, sem virðast ótvírætt vera í fullu samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins á þessu sviði hefur þetta ákvæði enga rauhæfa þýðingu fyrir það álitaefni, sem er hér til athugunar. Í síðari hluta 3. mgr. 111. gr. segir að hafi sameiginlega EES-nefndin ekki náð samkomulagi um lausn á deilumáli innan sex mánaða frá þeim degi er þessi málsmeðferð hófst, eða hafi þeir aðilar, sem eiga aðild að deilumálinu, ekki ákveðið að fara fram á úrskurð Evrópudómstólsins, geti samningsaðili, til að draga úr hugsanlegu ójafnvægi:

— *annaðhvort gripið til öryggisráðstafana í samræmi við 2. mgr. 112. gr. og fylgt þá málsmeðferð 113. gr.;*

— *eða beitt 102. gr. að breyttu breytanda.*

Þarf þá að skoða í hverju þessar aðgerðir geta falist. Í 112. gr. er fjallað um öryggisráðstafanir sem samningsaðilar mega einhliða grípa til ef um er að ræða t.d. alvarlega þjóðfélagslega eða efnahagslega erfiðleika sem eru líklegir til að vera viðvarandi. Segir í 2. mgr. þeirrar greinar, sem 111. gr. vitnar til, að slíkar öryggisráðstafanir skuli vera takmarkaðar, að því er varðar umfang og gildistíma, við það sem teljist bráðnauðsynlegt til þess að ráða bót á ástandinu. Þær ráðstafanir skuli helst gerðar sem raska minnst framkvæmd samningsins. Einn möguleiki, sem 3. mgr. 111. gr. heimilar s.s., er að grípa til aðgerða samkvæmt ákvæði 112. gr. um öryggisráðstafanir án þess að til þess þurfi að koma að efnisskilyrði 1. mgr. þeirrar greinar um t.d. alvarlega efnahagslega erfiðleika séu uppfyllt.

Í 102. gr. EES-samningsins, sem einnig er vitnað til í 3. mgr. 11. gr., er fjallað um það hvernig skuli standa að upptöku nýrrar löggjafar í EES-samninginn. Í 5. mgr. þeirrar greinar er kveðið á um, hvernig skuli fara með verði samningsaðilar ekki ásáttir um hvort taka skuli nýja löggjöf inn í samninginn og segir þar:

*Hafi sameiginlega EES-nefndin ekki tekið ákvörðun um breytingu á viðauka við þennan samning við lok frests sem settur er í 4. mgr. skal litið svo á að framkvæmd viðkomandi hluta viðaukans, sem ákveðinn er samkvæmt 2. mgr., sé frestað til bráðabirgða nema sameiginlega EES-nefndin ákveði annað. Frestun af þessu tagi gengur í gildi sex mánuðum eftir lok tímabilsins sem um getur í 4. mgr., þó ekki fyrir þann dag er samsvarandi gerð EB kemur til framkvæmda í bandalaginu. Sameiginlega EES-nefndin skal áfram leitast við að koma á samkomulagi um lausn sem aðilar geta sætt sig við svo að draga megi frestunina til baka við fyrsta tækifæri.*

Ákvæði þetta er nokkuð flókið en því hefur aldrei verið beitt í framkvæmd og einungis eru tvö dæmi þess að ESB hafi sett í gang þá málsmeðferð, sem mælt er fyrir um í 4. mgr. greinarinnar. En samkvæmt 3. mgr. 111. gr. er ótvírætt, að ákvæði 102. gr. eiga ekki einungis við þegar ekki tekst að finna lausn á því hvernig standa skuli að upptöku nýrrar löggjafar í samninginn heldur einnig þegar um er að ræða önnur óleyst deilumál í skilningi 1. mgr. 111. gr. EES-samningsins. Spurning er hvað fellur undir viðkomandi hluta viðaukans, sbr. tilvitnuð ummæli að ofan. Í ljósi þeirrar áherslu, sem lögð er á að takmarka röskun á góðri framkvæmd samningsins verður að telja líklegra en ekki, að ekki yrði um að ræða allan I. viðauka EES kæmi til þess að beiting þessarar heimildar kæmi til greina í því máli sem hér er til skoðunar. Jafnvel þó svo að ekki verði um að ræða allan viðaukann, heldur einungis þann hluta er lítur að eftirliti, þar sem tilskipun 89/662 er að finna, er ljóst að slíkt gæti haft veruleg áhrif t.d. á íslenska útflutingshagsmuni. Væri þessari heimild beitt, væri þannig lögmætt að beita tæknilegum hindrunum í formi t.d. skoðana eða annarra formsatriða við útflutning á íslenskum sjávar- og landbúnaðarafurða til aðildarríkja ESB.