



BA-ritgerð í lögfræði

Samningar andstæðir lögum

Gildi samnings þegar hann er dæmdur ógildur með hliðsjón af lögum
nr. 75/1998

Yngvi Sigurjónsson

Leiðbeinandi: Eggert Páll Ólason

Apríl 2015



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

**BA ritgerð
í lögfræði**

Samningar andstæðir lögum

Gildi samnings þegar hann er dæmdur ógildur með hliðsjón af lögum nr.

75/1998

Yngvi Sigurjónsson

Leiðbeinandi: Eggert Páll Ólason

Apríl 2015

EFNISYFIRLIT

1.	Inngangur	3
2.	Samningaréttur	3
3.	Áfengislöggjöfin.....	4
3.1.	Lög nr. 75/1998.....	4
3.2.	Athugasemdir með frumvarpi til áfengisлага	6
3.3.	Reglugerð nr. 62/1989 um bann við áfengisauglýsingum	6
4.	Dómar Hæstaréttar.....	7
4.1.	Inngangur	7
4.2.	Hrd. 1999, bls. 781 (415/1998).....	7
4.3.	Hrd. 6. apríl 2006 (220/2005)	9
4.4.	Hrd. 6. apríl 2006 (462/2005)	10
4.5.	Hrd. 8. febrúar 2007 (165/2006)	10
4.6.	Hrd. 14. júní 2007 (599/2006)	11
4.7.	Hrd. 14. júní 2007 (648/2006)	11
4.8.	Hrd. 23. október 2008 (491/2007).....	12
4.9.	Niðurstaða.....	13
5.	Samningur um áfengisauglýsingar	14
5.1.	Aðilar samningsins	14
5.1.1.	Áfengisframleiðandinn	14
5.1.2.	Auglýsingastofan.....	14
5.1.3.	Fjölmiðillinn	14
5.1.4.	Ábyrgðin.....	15
5.2.	Efnisannmarkar	17
5.3.	Ógilding samninga og ógildingarástæður.....	17
5.3.1.	Almennt um ógildingu samninga	17

5.3.2. Ógildingarástæður	18
5.4. Úrræði aðila	19
5.4.1. Almenn	19
5.4.2. Efndir in natura	20
5.4.3. Efndabætur.....	21
5.4.4. Vangildisbætur	21
6. Lokaorð.....	22
HEIMILDASKRÁ.....	24
DÓMASKRÁ.....	25

1. Inngangur

Auglýsingar í sjónvarpi og öðrum miðlum eru okkur vel kunnugar. Þær eru til þess gerðar að hafa áhrif á það sem við kaupum og eiga að vekja hjá okkur löngun í einhvern ákveðinn varning eða vöru. Þetta er hlutverk áfengisauglýsinga, eða heldur þeirra auglýsinga sem auglýsa léttöl. Þessar auglýsingar eru ekki alltaf nægilega skýrar, þær innihalda myndir og texta sem vísa til einhvers ákveðins vökva sem ætti að vera léttöl en það er ekki alltaf alveg skýrt. Stundum er ekki tekið fram í þeim að um léttöl sé að ræða, eða að smáaetrið sem inniheldur tilkynninguna um að verið er að auglýsa léttöld er svo smátt.

Markmið þessarar ritgerðar er að varpa ljósi á þann vanda þegar aðilar komast framhjá fyrirmælum laga með því að bæta nokkrum orðum við enda auglýsingarinnar. Einnig er markmiðið með þessari ritgerð að vekja lesandann til umhugsunar um efni sem hann skilur og hefur tekið eftir sjálfur. Margir hafa sennilega spurt sig hvers vegna þessar auglýsingar eru í umferð og einnig af hverju þær fá að vera það alveg óáreittar þrátt fyrir að mörgum finnist eitthvað athugavert við þær.

Í þessari ritgerð verður farið almennt yfir það lagaumhverfi sem við búum við varðandi áfengisauglýsingar, skoða dómaframkvæmdina og hvernig þessum reglum hefur verið beitt. Helsta viðfangsefni ritgerðarinnar verður að kanna hver áhrif þess eru á samninga ef þeir eru taldir andstæðir lögum, með áherslu á þá samninga sem eru gerðir í kringum áfengisauglýsingar sem falla undir 20. gr. áfengislaganna.

Þetta ætti því að verða ákveðin gagnrýni á þann veruleika sem við lifum við í dag með ákveðnu samningaréttarlegu sjónarhorni á áfengisauglýsingar. Aðallega verða skoðaðar auglýsingar með bjór en ekki sterkt áfengi því minna er af þeim auglýsingum.

2. Samningaréttur

Samningar á sviði fjármunaréttar eru grundvöllur og aflvaki alls viðskiptalífs og samningar skipta miklu máli um samskipti manna og réttarstöðu einstaklinga og hópa í öllum þjóðfélögum.¹ Meginregla samningaréttar er að samningar eru skuldbindandi og að samninga ber að halda (*pacta sunt servanda*).² Er þetta hinn rauði þráður eða kjarni samningaréttarins sem allar aðrar reglur hans eru byggðar á, beint eða óbeint.³ Önnur mjög mikilvæg meginregla samningaréttarins er reglan um samningsfrelsi borgaranna.⁴ Í reglunni felst að mönnum er

¹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 23

² Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 23-24

³ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 24

⁴ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 25

heimilt að velja sér gagnaðila við samningsgerð, frelsi um efni löggjörninga og frjálsræði til að ákvarða hvort samningur skuli gerður eða hvort látið skuli hjá líða að gera samning eða annan löggjörning.⁵ Þrátt fyrir að þetta séu grundvallarstoðir í samningarétti þá eru þær ekki án undantekninga. Má þar nefna lögræðislög, ákvæði viðskiptalöggjafar⁶, gjaldeyrishöftin sem enn eru í gildi og svo umfjöllunarefni þessarar ritgerðar, samningar sem eru andstæðir lögum. Verða menn því að þola ákveðnar takmarkanir á rétti sínum til þess að gera samninga sín á milli.

Ýmsar reglur fjármunaréttar eru hvergi almennt orðaðar, þótt tilvist þeirra sé óumdeild. Reglan um samningsfrelsið er ein þeirra. Hið sama á við um hina fornu meginreglu íslensks réttar, að gerða samninga beri að halda. Sú regla er forsenda þess, að eignir, þ.m.t. kröfuréttindi, geti gengið manna á milli, og á þeim grunni hvíla samningalögin og fleiri lög á sviði kröfuréttar.⁷

3. Áfengislöggjöfin

3.1. Lög nr. 75/1998

Hér verða lög nr. 75/1998 helst til skoðunar, hér eftir nefnd áfengislög. Í áfengislögum kemur fram í 1. mgr. 2. gr. að áfengi telst hver sá neysluhæfur vökvi sem í er að rúmmáli meira en 2,25% af hreinum vínanda. Þetta ákvæði laganna er mjög skýrt, enginn vefengir þetta né að þetta ákvæði sé opið fyrir einhverri túlkun.

Það ákvæði sem er hér til umfjöllunar er 20. gr. laganna. 1. mgr. 20. gr. áfengislaganna hljóðar svo: „*Hvers konar auglýsingar á áfengi og einstökum áfengistegundum eru bannaðar. Enn fremur er bannað að sýna neyslu eða hvers konar aðra meðferð í auglýsingum eða upplýsingum um annars konar vöru eða þjónustu.*“ Út frá þessu má gera sér í hugarlund hvað er bannað og hvað er leyfilegt. Áfengi er eins og kemur fram hér að framan sá vökvi sem er með 2,25% vínanda að styrkleika. Þar með er því slegið föstu að allt það sem er fyrir ofan þessa ákveðnu prósentu er áfengi og því ekki leyfilegt í auglýsingum.

Í 2. mgr. 20. gr. áfengislaganna er auglýsing skilgreind. Þar segir: „*Með auglýsingu er átt við hvers konar tilkynningar til almennings vegna markaðssetningar þar sem sýndar eru í máli eða myndum áfengistegundir eða atriði tengd áfengisneyslu, svo sem áfengisvöruheiti eða auðkenni, eftirlíkingar af áfengisvarningi, spjöld eða annar svipaður búnaður, útstillingar, dreifing prentaðs máls og vörusýnishorna og þess háttar.*“ Er þetta nokkuð

⁵ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 25-26

⁶ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 27

⁷ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I*, bls. 129

ýtarleg útlistun á því hvað auglýsing getur talist vera, þetta er mjög rúmt sbr. orðin „hvers konar tilkynning til almennings vegna markaðssetningar.“ Er tekið fram að þetta eigi við um tilkynningar í máli og myndum, sjónvarp, útvarp og þess háttar, spjöld sem ætti við um veggspjöld, hreyfimyndir á auglýsingakössum við vegi landsins. Einnig á ákvæðið við um auglýsingar sem eru birtar á internetinu í hliðargluggum á þeim vefsíðum sem verið er að vafra á. Á þetta ákvæði því við um hvers konar auglýsingar á hvaða formi sem þær eru, hvort sem þær eru í hljóði eða myndum og hvers konar fjölmiðli sem þær eru birtar með.

Í 2. mgr. 20. gr. áfengislaganna er tekið fram að bannið tekur með sama hætti til auglýsinga sem eingöngu fela í sér firmanafn og/eða firmamerki áfengisframleiðanda. Í 2. másl. 3. mgr. 20. gr. áfengislaganna kemur fram undantekningarregla sem kveður á um að framleiðanda sem framleiðir aðra drykkjarvöru sé heimilt að nota firmanafn eða merki í tengslum við auglýsingu þeirra drykkja, enda megi augljóst vera að um óáfenga drykki sé að ræða í skilningi laganna og ekki vísað til hinnar áfengu framleiðslu. Er áfengisframleiðanda þannig heimilt að auglýsa aðra vöru sína undir sama merki ef hún er óáfeng eða með áfengismagn 2,25% eða minna, „léttöl“. Er tekið fram í ákvæðinu að þetta sé leyfilegt enda er augljóst að um óáfengan drykk sé að ræða. Vakna þá nokkrar spurningar. Léttöl er oft mjög líkt bjór að lit, léttölið er gullið og myndar álíka froðu og í bjór. Þessi líkindi geta því verið villandi þegar verið er að horfa á auglýsingu þar sem verið er að hella gullnum vökva í sömu umbúðum og bjór. Samkvæmt ákvæðinu þarf að vera augljóst að auglýsingin eigi ekki við um áfengan drykk og því eru skilaboðin „léttöl“ sett í enda þessara auglýsinga.

Í 3. mgr. 20. gr. eru önnur undantekningartilvik tekin fyrir í þremur töluliðum. Í 1. tölul. 3. mgr. 20. gr. laganna er tekið fram að auglýsingar á erlendum tungumálum í prentitum sem flutt eru inn til landsins eru undanþegnar banninu nema megintilgangur ritsins eða innflutningsins sé að auglýsa áfengi. Í 2. tölul. 3. mgr. 20. gr. laganna er undanþegið banninu auðkenni með firmanafni og/eða firmamerki á venjulegum búnaði til áfengisveitinga á veitingastað þar sem áfengisveitingar eru heimilaðar. Og í 3. tölul. 3. mgr. 20. gr. laganna eru auðkenni með firmanafni og/eða firmamerki undanþegin banninu á flutningstækjum áfengisframleiðanda, vöruumbúðum, bréfsefni eða öðru sem beinlínis tengist starfsemi hans. Verður að telja að þetta sé í samræmi við ofangreindar reglur um bann við auglýsingum á áfengi. Verður að telja að bannið ætti að ná yfir flutningatæki einnig þar sem oft sjást þessi farartæki á götum úti í umferðinni vel merkt myndum af drykkjum og ekki er neinsstaðar tekið fram að um léttöl sé að ræða. Fer þetta nokkuð á skjön við 2. mgr. 20. gr. um að auglýsing sé hvers kyns tilkynning til almennings.

3.2. Athugasemdir með frumvarpi til áfengislaga

Í athugasemdum að frumvarpi því sem varð að áfengislögum nr. 75/1998 er hægt að finna sögulegt yfirlit. Þar kemur fram að ákvæði um takmarkanir á meðferð áfengra drykkja hafa verið í íslenskri löggjöf frá alda öðli. Í Jónsbók eru ákvæði sem kveða á um að ekki megi bera ölföng í Lögréttu, hvorki til sölu né veitinga.⁸ Einnig er á það minnst að þær reglur sem gilda um áfengi hafi þó ekki farið að mótast fyrr en eftir gildistöku bannlaga þann 1. janúar 1915, en með þeim var komið á áfengisbanni í landinu.⁹

Er hægt að sjá af þessu sögulega yfirliti og lestri á lögunum að alveg frá því í upphafi 20. aldarinnar þá hefur það verið mikið kappsmál fyrir þjóðina að losna undan oki áfengra drykkja. Þó að það hafi ekki alveg tekist án erfiðleika, sbr. hótanir Spánverja árið 1922 um að setja toll á íslenskan saltfisk ef Íslendingar keyptu ekki af þeim vín.¹⁰ Er það því vel við hæfi að í 1. gr. áfengislaganna kemur fram tilgangurinn með setningu laganna en hann er að vinna gegn misnotkun áfengis. Liður í því er að takmarka rétt manna til að hafa atvinnu af innflutningi áfengis eins og kemur fram í 3. gr. laganna. Einnig þarf leyfi til þess að framleiða áfengi sbr. 1. mgr. 4. gr. laganna. Einnig sú grein sem er til umfjöllunar í þessari ritgerð, 20. gr. áfengislaganna. Enda verður að telja að ef áfengi er ekki sýnilegt þá ætti það að hafa áhrif á neyslu þess og koma þannig í veg fyrir misnotkun á því. Ekki kemur nánari skýring á því í athugasemdunum af hverju þetta stranga bann er við auglýsingum í 20. gr. laganna. Eina skýringin er að „greinin er samhljóða 16. gr. a. gildandi áfengislaga.“¹¹ Er því ekki verið að gera neinar breytingar í þeim efnunum með setningu nýju laganna, laga nr. 75/1998.

Rauði þráðurinn í áfengislögunum verður að teljast vera hin mikla barátta gegn misnotkun áfengis. Með því er verið að sporna við alkahólisma og þeim kostnaði sem honum fylgir bæði fyrir áfengissjúklingana sjálfa og samfélagið í heild. Eru þetta lög sem eiga að tryggja heilsu manna og velferð. Einn þátturinn í því er eins og komið hefur fram að takmarka aðgengi að áfengi og takmarka hve sýnilegt það er í samfélaginu.

3.3. Reglugerð nr. 62/1989 um bann við áfengisauglýsingum

Reglugerð um bann við áfengisauglýsingum var sett af ráðherra árið 1989. Var hún sett samkvæmt heimild í 5. mgr. 16. gr. áfengislaga nr. 82/1969. Skv. 1. másl. 1. gr. reglugerðarinnar eru hvers konar auglýsingar á áfengi og einstökum áfengistegundum bannaðar. Í 2. másl. 1. gr. reglugerðarinnar segir að enn fremur er bannað að sýna neyslu eða

⁸ Alþt. 1997-98, A-deild, bls. 3290

⁹ Alþt. 1997-98, A-deild, bls. 3290

¹⁰ Alþt. 1997-98, A-deild, bls. 3290

¹¹ Alþt. 1997-98, A-deild, bls. 3290

hvers konar aðra meðferð áfengis í auglýsingum eða upplýsingar um annars konar vöru eða þjónustu. Er þessi grein reglugerðarinnar samhljóða 1. mgr. 20. gr. áfengislaganna. Er þar með verið að ítreka það bann sem er í gildi á áfengisauglýsingum. Er 2. gr. reglugerðarinnar svo samhljóða 2. og 3. mgr. 20. gr. áfengislaganna. Það sem skiptir máli hér er að þarna eru skýrar reglur sem gilda um áfengisauglýsingar.

Árið 1991 var gerð breyting á reglugerð nr. 62/1989 um bann við áfengisauglýsingum með reglugerð nr. 317/1991. Þar var sett inn 2. mgr. 2. gr. og hljóðar hún svo: „Ákvæðið tekur með sama hætti til auglýsinga sem eingöngu fela í sér firmanafn og/eða firmamerki áfengisframleiðanda. Þó er framleiðanda, sem auk áfengis framleiðir aðrar drykkjarvörur heimilt að nota firmanafn eða merki í tengslum við auglýsingu þeirra drykkja enda skal tekið fram með áberandi hætti að um óáfenga drykki sé að ræða í skilningi áfengisлага og ekki sé vísað til hinnar áfengu framleiðslu. Skal letur sem vísar til hins óáfenga drykkjar ekki vera minna áberandi en letur firmanafnsins og/eða firmamerkisins.“ Vísar þessi grein til ákvæða áfengislaganna að ef fyrirtæki er að nota sama firmanafn í auglýsingum sínum á óáfengum drykkjum þarf að gera það með áberandi hætti. Það sem er mjög áhugavert er að letur sem vísar til hins óáfenga drykkjar má ekki vera minna áberandi en letur firmanafnsins. Þá er spurning hvað telst felast í orðunum „minna áberandi“ varðandi leturstærð skilaboðanna að um óáfengan drykk sé að ræða.

4. Dómar Hæstaréttar

4.1. Inngangur

Í þessum kafla verður litið yfir dómaframkvæmd Hæstaréttar þegar kemur að túlkun 20. gr. áfengislaganna. Verður hér skoðað hvaða atriði skipta máli við túlkun ákvæðisins, hvort það standist stjórnarskrá og mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki eru dómarnir margir en þeir eru fordæmisgefandi og gefa góða mynd af réttarumhverfinu.

4.2. Hrd. 1999, bls. 781 (415/1998)

Þar var J, framkvæmdastjóri bjórframleiðanda, ákærður fyrir að hafa birt bjórauglýsingar á flettiskilti, í dagblaði og í útvarpi. Talið var að J bæri ábyrgð á birtingu auglýsinganna og að þær brytu í bága við ákvæði 20. gr. áfengisлага um bann við áfengisauglýsingum. Var hvorki fallist á að bann gegn auglýsingum sem þessum fæli í sér brot á 73. gr. stjórnarskrárinnar né 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

Þessar auglýsingar birtust með þrennum hætti. Í fyrsta lagi á flettiskilti við Vesturlandsveg, auglýsing kom tvisvar í Ríkisútvarpi – sjónvarpinu og loks birtist auglýsing sex sinnum í Morgunblaðinu. Texti auglýsinganna, sem birtust, var „6,2% ... nú er Egill Sterkur“. Komu þau skilaboð einnig fram í sjónvarpinu og Morgunblaðinu „í Ríkinu þínu og öllum landshlutum“. Birtust auglýsingarnar ætíð á rauðum fleti með gylltum, lóðréttum röndum. Styrkleiki þessa bjórs er 6,2% líkt og getið er í auglýsingunum. Dósir bjórsins eru rauðar að lit með gylltum, lóðréttum röndum líkt og í auglýsingunum.

Í dómnum er farið yfir ákvæði 20. gr. áfengislaga og er komist svo að orði:

„Samkvæmt 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998, sem er samhljóða 16. gr. a. áfengislaga nr. 82/1969, sbr. 8. gr. laga nr. 94/1995, eru hvers konar auglýsingar á áfengi og einstökum áfengistegundum bannaðar. Í 2. mgr. greinarinnar er auglýsing meðal annars skilgreind svo að átt sé við hvers konar tilkynningar til almennings vegna markaðssetningar þar sem sýndar séu í máli eða myndum áfengistegundir eða atriði tengd áfengisneyslu, svo sem áfengisvöruheiti eða auðkenni.“

Segir svo að þegar litið er til auglýsinganna og umbúða bjórtegundarinnar að telja verði að þær falli ótvírætt undir skilgreiningu 2. mgr. 20. gr. áfengislaga og að birting þeirra hafi verið tengd markaðssetningu bjórsins.

Er þetta einnig grundvallardómur sem sló því föstu að auglýsingar njóti verndar 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Er farið yfir í hverju tjáningarfrelsi felist, að ritskoðun sé óheimil og að í 3. mgr. er heimildarákvæði til að takmarka með lögum tjáningarfrelsi í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljast þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum. Taldi Hæstiréttur eins og segir hér að framan að auglýsingar njóti vafalaust vendar ofangreindra ákvæða, enda væri um að ræða tjáningarform, sem hefur mikla þýðingu í nútímaþjóðfélagi við upplýsingamiðlun til almennings. Þær skipta máli fyrir fjárhag fjölmiðla og hafa áhrif á hvernig þeir sinna hlutverki sínu.

Vísar Hæstiréttur til þess sem hefur komið fram hér í ritgerðinni að ekki er að finna í lögskýringargögnum sérstaka skírskotun til tilgangs löggjafans með banni við auglýsingum á áfengi. Verður að líta til 1. gr. áfengislaganna þar sem segir að tilgangur laganna sé að vinna gegn misnotkun á áfengi. Telur Hæstiréttur að ofneyslu áfengis fylgi vandamál af ýmsum toga, meðal annars sem varða allsherjarreglu, siðgæði og heilsu. Vísar rétturinn enn frekar til þess að ríkissaksóknari hafi vísað til stefnumótunar Evrópuæildar Alþjóðaheilbrigðisstofnunarinnar (WHO) í heilbrigðismálum. En þar er sett stefnumið í áfengismálum þar sem m.a. er lögð áhersla á takmarkanir á beinum og óbeinum auglýsingum áfengis og viðurkenningu á slíkum takmörkunum og bönnum í þeim löndum.

Tekur Hæstiréttur þannig til orða:

„Þau rök, sem þannig búa að baki 20. gr. áfengislaga, eiga sér efnislega stoð í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Löggjafinn hefur metið auglýsingabann áfengis nauðsynlegt og ítrekað það mat eftir að núgildandi tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar var sett. Svo sem fyrir segir falla auglýsingar þær, sem ákært er fyrir í máli þessu, undir skilgreiningu 20. gr. áfengislaga og verður að telja þær þannig fram settar að þær feli í sér hvatningu til kaupa á áfengi. Er ekki á það fallist að beiting lagagreinarinnar gagnvart slíkum auglýsingum feli í sér brot gegn ofangreindum ákvæðum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu.“

Er niðurstaða Hæstaréttar því sú að ákvæði 20. gr. áfengislaga standist kröfur 73. gr. stjórnarskrárinnar og að bann við auglýsingum á áfengi brjóti ekki gegn tjáningarfrelsi borgaranna í landinu. Sakfelldi Hæstiréttur fyrir alla ákæruliðina þrjá, flettiskiltið, sjónvarpsauglýsingarnar og auglýsingarnar í Morgunblaðinu.

4.3. Hrd. 6. apríl 2006 (220/2005)

Með lögum nr. 95/2001 var breytt lögum nr. 74/1984 um tóbaksvarnir og tóku breytingarnar meðal annars til II. kafla laganna sem fjallar um sölu og auglýsingar á tóbaki. Er 1. másl. 1. mgr. 7. gr. tóbaksvarnarlaganna áþekk 1. mgr. 20. gr. áfengislaganna. Þar er lagt blátt bann við hvers konar auglýsingum á tóbaki og reykfærum hér á landi. Er skilgreining tóbaksvarnarlaganna á auglýsingu einnig mjög áþekk því sem er að finna í áfengislögnum. Kröfðust áfrýjendurnir sem voru tvö alþjóðleg tóbaksfyrirtæki og ein íslensk tóbakssérverslun þess að versluninni væri heimilt að hafa tóbaksvörur þessara fyrirtækja sýnilegar viðskiptavinum verslunarinnar þrátt fyrir bann 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 um tóbaksvarnir. Ennfremur að fyrirtækjunum væri heimilt að birta í fjölmiðlum texta, sem fjallaði um breytingar á heitum tóbaksvara fyrirtækjanna í tilefni af þessum nýju reglum og að þeim væri heimilt að miðla tilteknum upplýsingum um vörurnar til S þrátt fyrir bann 3. mgr. 7. gr. sömu laga.

Varðandi kröfu áfrýjenda um að fá að miðla upplýsingum til verslunarinnar taldi Hæstiréttur að engin sjáanleg þörf væri á því, en tilgangurinn væri augljóslega sá að koma upplýsingum að endingu til almennings þrátt fyrir auglýsingabannið. Á það var fallist að miðlun upplýsinga um vörurnar til verslunarinnar stangaðist ekki á við lögina, sem miðuðu að því að stöðva hverskonar auglýsingar á tóbaksvörum til almennings.

Var staðfest niðurstaða héraðsdóms um að ákvæði laganna, sem bönnuðu birtingu textans, stönguðust ekki á við 72. gr., 73. gr., og 75. gr. stjórnarskrárinnar eða ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu. En Hæstiréttur komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að með algjöru banni 6. mgr. 7. gr. laganna við að sýna tóbak á sölustöðum hefði löggjafinn farið út

fyrir mörk, sem 73. gr. og 75. gr. stjórnarskrár settu, enda hefði ekki verið sýnt fram á nauðsyn þess að láta bannið ná til verslana eins og sérverslana með tóbak. Verslun S taldist sérverslun fyrir tóbaksvörru og var því fallist á að heimilt væri að hafa vörur tóbaksfyrirtækjanna sýnilegar viðskiptavinum verslunarinnar.

4.4. Hrd. 6. apríl 2006 (462/2005)

Er þetta sambærilegur dómur dómi Hæstaréttar nr. 220/2005. Hér voru tvö alþjóðleg tóbaksfyrirtæki sem fóru í mál við ríkið vegna nýju laganna nr. 6/2002 um tóbaksvarnir. Vildu fyrirtækin fá viðurkenningu á því að þeim væri heimilt að birta í fjölmiðlum texta, sem fjallaði um breytingar á útliti vara sinna. Einnig að heimilt væri að hafa tóbak eða vörumerki tóbaks frá þeim sýnilegt viðskiptavinum á útsölustöðum. Fjallaði Hæstiréttur sem fyrr um ákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar og taldi að bann á birtingu umrædds texta stangaðist ekki á við 73. gr. stjórnarskrárinnar. Hins vegar komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að með algjöru banni 6. mgr. 7. gr. laganna við að sýna tóbak á sölustöðum hefði löggjafinn farið út fyrir þau mörk sem 73. og 75. gr. stjórnarskrárinnar settu enda hefði ekki verið sýnt fram á nauðsyn þess að láta bannið ná til sérverslana með tóbak. En þar sem kröfugerð fyrirtækjanna miðaði að því að fá viðurkennt að heimilt væri að hafa tóbaksvörur sýnilegar án þess að sá réttur væri nánar afmarkaður með tilliti til þess hvar eða hvernig það yrði gert var ekki fallist á hana. Þeim lið kröfugerðar fyrirtækjanna var því vísað frá héraðsdómi.

Af þessum dómum verður að telja að auglýsingar njóta verndar 73. gr. stjórnarskrár varðandi tjáningarfrelsi og að Hæstiréttur hefur talið að bann gegn áfengis- og tóbaksauglýsingum sé gott og gilt.

4.5. Hrd. 8. febrúar 2007 (165/2006)

X var hér ákærður fyrir áfengislagabrot með því að hafa sem framkvæmdastjóri H ehf. látið birta auglýsingar á áfengum bjór í tveimur dagblöðum. Voru auglýsingarnar eins. Þær tóku yfir heila opnu og sýndu ungt fáklætt par í faðmlögum en dvergvoxinn mann í víkingaklæðum klifra upp á bak stúlkunnar til að losa um festingar á brjóstahaldara hennar. Á neðri, vinstri hluta myndarinnar er mynd af efri hluta hvítrar dósar með grænu, rauðu og gylltu merki sem á er andlitsmynd af manni með víkingahjál og áletrunina „FAXE Premium“ og mátti greina orðin „Faxe Brewery“ og „beer“. Að auki stóð neðst hægra megin á myndinni „Besti vinurinn“ og með mun smærra letri „Léttur öllari“.

Hæstiréttur skilgreinir áfengi sbr. 2. gr. áfengisлага og hvað væru auglýsingar í samræmi við 1. mgr. 20. gr. laganna. Hæstiréttur kannar hvaða vörur með vörumerkinu FAXE eru til á

landinu. Þær voru þrjár tegundir af áfengum bjór sem seldur var í ÁTVR og ein tegund af óáfengum bjór sem var til sölu í tiltekinni verslun í Reykjavík. Ljóst var að aðeins ein þessara drykkjartegunda bar heitið FAXE Premium og var sá 4,6% að styrkleika. Útlit dósar þessa bjórs var sú sama og kom fram í auglýsingunni. Óáfengi drykkurinn bar heitið FAXE Free og var 0,05% að vínanda. Sú dós var silfrud með vörumerki í bláum og gylltum litum. Þannig var ljóst að framleiðsluvaran, sem var í auglýsingunni, var áfengi í merkingu 2. gr. áfengislaga og heimild 3. mgr. 20. gr. áfengislaga um heimild til að nota firmanafn áfengisframleiðanda ætti ekki við um þessar auglýsingar. Engu breytti þótt orðin „léttur öllari“ hafi birst neðst í auglýsingunni þar sem þau hafa ekki skýra merkingu í málinu og viðurkenndi ákærði að þetta hafi verið „skemmtiyrði“. Var því talið að auglýsingin bryti í bága við bann 20. gr. áfengislaga við áfengisauglýsingum.

4.6. Hrd. 14. júní 2007 (599/2006)

Á var ákærður fyrir áfengislagabrot með því að hafa sem framkvæmdastjóri R ehf. látið birta fimm auglýsingar á áfengum bjór í tilteknu dagblaði og tímariti. Var fallist á að þessar auglýsingar brytu í bága við 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998 en þar sem engin auðkenni vísuðu til ákærða eða fyrirtækis sem hann var í forsvari fyrir krafðist ákærvaldið ekki lengur sakfellingar. Kom þessi auglýsing í 161. tölublaði Fréttablaðsins 16. júní 2005 og er auglýsingin auðkennd heimasíðunni www.heineken.is. Ber hún með sér að hún er á vegum Rolf Johansen & CO. ehf., en þar er ákærði framkvæmdastjóri og því var auglýsingin nægilega tengd R ehf. svo Á yrði talinn bera ábyrgð á henni. Vísaði Hæstiréttur til fyrri dóms síns Hrd. 1999 bls. 781 sem staðfesti að heimilt væri að takmarka tjáningarfrelsi samkvæmt 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Og einnig að ákvæði 20. gr. áfengislaga fari ekki í bága við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum.

4.7. Hrd. 14. júní 2007 (648/2006)

X var ákærður fyrir áfengislagabrot með því að hafa sem starfandi stjórnarformaður A hf. látið birta auglýsingu á léttvíni í tímariti. Var þetta sambærilegt Hrd. 14. júní 2007 (599/2006) en þar var fallist á að auglýsingin sé áfengisauglýsing sem bryti í bága við bann 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998. Hins vegar voru engin auðkenni sem beint eða óbeint vísuðu til ákærða eða þess félags sem hann var stjórnarformaður fyrir sbr. 15. gr. laga nr. 57/1956 um prentrétt, var hann því sýknaður.

Það sem er áhugavert í dómnum er að um var að ræða auglýsingu, heilsíðmynd sem bar yfirskriftina „DRINK PINK“, sem ritað var með stórum stöfum. Einnig kom fram á myndinni orðin „Mateus-meiriháttar!“ og „Vínbúðir 990 kr.“.

Ein af vörnum ákærða fyrir héraðsdómi var að þetta hafi ekki verið auglýsing. Tímaritið Gestgjafinn hafi verið með umfjöllun um atriði fyrir áhugafólk um mat og vín. Kemur fram í niðurstöðu héraðsdóms að samkvæmt 1. mgr. 20. gr. áfengislaga er hvers konar auglýsing á áfengi bönnuð. Tekur héraðsdómur fram í niðurstöðu sinni að Mateus Rosé vín er ekki selt hér á landi óáfengt eða með áfengisinnihald undir 2,25% af hreinum vínanda. Þar af leiðandi er á myndinni sýnd flaska af tiltekinni áfengistegund sem almenningur er hvattur til að kaupa. Felur þannig myndin ótvírætt í sér auglýsingu í skilningi 2. mgr. 20. gr. laga nr. 75/1998.

4.8. Hrd. 23. október 2008 (491/2007)

K var sakfelldur fyrir að hafa sem ritstjóri B á árinu 2005 birt í blaðinu fjórar auglýsingar á áfengi og með því brotið gegn 20. gr. áfengislaga. Ekki var talið að 20. gr. áfengislaga bryti í bága við 73. gr. stjórnarskrárinnar um tjáningarfrelsi. Ein ný varnarástæða kom upp í málinu en hún var sú að undantekning frá banni við áfengisauklýsingum í 20. gr. áfengislaganna, er lýtur að auglýsingum í erlendum prentritum sem flutt eru til landsins, bryti í bága við 65. gr. stjórnarskrárinnar. Við þessu segir Hæstiréttur að þessi undantekning líti að auglýsingum á erlendum tungumálum í erlendum prentritum, sem flutt eru til landsins. Hæstiréttur segir að með auglýsingabanninu er leitast við að sporna gegn misnotkun áfengis og hindra að börn komist í kynni við áfengi með almennum tilkynningum til almennings. Þessi undantekning felur í sér takmarkað frávik. Það sé eðlilegt og það raski ekki meginmarkmiði bannsins, en ætla megi að rit á erlendum tungum eigi ekki jafn greiða leið að börnum og ungmennum eins og efni sem er á íslensku.¹² Bannregla 1. mgr. 20. gr. áfengislaganna er almenn og tekur til allra og með sama hætti taki undanþágan til allra sem uppfylli skilyrði samkvæmt 1. tölulið 4. mgr. sömu greinar. Einnig vísar dómurinn til þess að úr því hafi verið skorið í eldri dómi réttarins nr. 220/2005 sem fjallar um bann við tóbaksauklýsingum. Þar er einnig að finna undantekningu í 1. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002. Var í þeim dómi hafnað að undantekningin brjóti gegn jafnræði aðila á markaði. Og að auki segir Hæstiréttur:

„Sú staðhæfing ákærða að aðrir hafi komist upp með háttsemi, sem feli í sér brot gegn banni við auglýsingum á áfengi, getur ekki leitt til þess nú frekar en endranær að lögbrot annarra geri sambærilega háttsemi þess sem sæti ákæru refsilausa að þeim sökum“.

¹² Hæstiréttur tekur svona til orða í II. hluta 4. efnisgreinar dómsins

Einn dómenda Hæstaréttar skilaði sératkvæði í þessu máli og nú verða rakin rök hans fyrir niðurstöðu sinni. Fer dómariinn yfir skilyrði og gildissvið 65. gr. stjórnarskrárinnar. Vísar hann til þeirra gagna sem ákærði notaði í vörn sinni, en það voru fjórar möppur sem höfðu að geyma samantekt Fjölmíðlavaktarinnar ehf. á áætluðum áfengisauglýsingum í innlendum blöðum og tímaritum. Var samantektin gerð á tímabilinu 1. maí 2005 til 2. júní 2006. Voru tilvikin 999 talsins. Voru þetta allt sambærilegar auglýsingar og ákært hafði verið fyrir í málinu. Einnig lagði ákærði fyrir Hæstarétt eintak af „Vínblaðinu“, sem gefið var út af Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins. Er þar að finna vöruskrá verslunarinnar með vörulýsingum og upplýsingum um verð. Telur hann að þarna sé gott dæmi um brot á jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og að auki sé bann á áfengisauglýsingum marklaust þar sem svo margir brjóti gegn því án þess að ákærvaldið bregðist við. Meðal þeirra sem brjóta af sér sé sjálft íslenska ríkið, ÁTVR. Var niðurstaða hans því að sýkna ætti ákærða vegna þess að refsheimild 20. gr. áfengislaganna bryti gegn jafnræðisreglu sem nýtur verndar samkvæmt 73. gr. og 65. gr. stjórnarskrárinnar.

4.9. Niðurstaða

Af þessum dómum má sjá að í gildi er skýrt bann við áfengisauglýsingum. Ákvæði 20. gr. áfengislaganna eru víðtæk og bannið nær yfir hvers konar auglýsingar á áfengi. Ekki eru margir dómar sem taka á þessu banni og í ljósi þeirra gagna sem komu fram í Hrd. 491/2007 sést að mögulega þarf ákærvaldið að fylgjast betur með þessum auglýsingum því svo virðist vera að margar auglýsingar komist óhindraðar í umferð. Í núverandi réttarskipan er það ríkisvaldið, ákærvaldið, sem höfðar sakamál. Það hlutverk er samkvæmt lögum nr. 88/2008 í höndum ríkissaksóknara og annarra ákæranda, sbr. 1. mgr. 18. gr. laga nr. 88/2008.¹³ Ákæranda ber almennt að gefa út ákæru ef honum virðist, það sem komið hefur fram í rannsókn lögreglu, nægilegt til sakfellis, sbr. 145. og 152. gr. laga nr. 88/2008.¹⁴ Verður ekki komist að niðurstöðu í þessari ritgerð hver sé ástæða þess að svo mörg tilvik eru ekki ákærð af ákærvaldinu, er það rannsóknarefni í aðra ritgerð.

¹³ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 6

¹⁴ Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars*, bls. 6

5. Samningur um áfengisauglýsingar

5.1. Aðilar samningsins

5.1.1. Áfengisframleiðandinn

Í fyrsta lagi er að nefna áfengisframleiðandann. Hann er eins og gefur að skilja aðilinn sem býr til vöruna sem verið er að auglýsa og hefur frumkvæðið við annað hvort auglýsingastofu eða fjölmiðil til að hanna eða þá að miðla auglýsingunni um vöruna. Hann hefur mikla hagsmuni af því að auglýsingar sem þessar séu góðar og gildar. Með þeim kemur hann vöru sinni á framfæri til almennings, við það ætti sala á vörunum að aukast og þar með eykst hagnaður hans af vörunni. Hann hefur því nokkuð mikla fjárhagslega hagsmuni af því að samningur aðilanna sé góður og gildur og þá einnig að auglýsingin sem slík sé lögleg og innan marka laganna.

5.1.2. Auglýsingastofan

Í öðru lagi er hægt að nefna auglýsingastofuna eða hönnuð auglýsingarinnar. Eins og sést í allmörgum þessara dóma sem nefndir hafa verið hér að framan er það oft áfengisframleiðandinn sjálfur sem sér um hönnun og kemur jafnvel með þann texta sem settur er í auglýsinguna. Auglýsingastofan er ekki mikið í sviðsljósi þessarar umræðu um áfengisauglýsingar því hún er oftast bara hönnuðurinn eða milliliður að því að koma auglýsingunni í sýningu. Þessar stofur hafa augljóslega fjárhagslega hagsmuni af því að auglýsingar sem þær hanna séu innan marka laganna t.d. svo að viðskiptavinir þeirra komi aftur og þær fái borgað fyrir þá vinnu sem þær hafa lagt í við gerð þessara auglýsinga.

5.1.3. Fjölmiðillinn

Í þriðja lagi er það fjölmiðillinn sem er samningsaðili að þessum auglýsingasamningi. Þetta er lykilaðili í samningnum. Fjölmiðill er skilgreindur í lögum nr. 38/2011 um fjölmiðla. Í 13. tl. 1. mgr. 2. gr. laganna er fjölmiðill skilgreindur sem hvers konar miðill sem með reglubundnum hætti miðlar til almennings efni er lýtur ritstjórn. Til fjölmiðla teljast m.a. dagblöð og tímarit, ásamt fylgiritum þeirra, netmiðlar, hljóð- og myndmiðlar og aðrir sambærilegir miðlar. Fjölmiðillinn, hvort sem um ræðir sjónvarpsstöð, útvarpsrás eða tímarit eða blað, er sá aðili sem kemur auglýsingunni út í samfélagið. Ekki má gleyma internetinu, verður að telja að þetta eigi einnig við heimasíður blaðanna og tímaritanna á netinu og jafnvel venjulegar heimasíður þar sem upp koma auglýsingar. Fjölmiðillinn er sá sem fullkomnar þetta samband aðila í samningnum. Án hans væri ekki hægt að gera auglýsinguna og

komahenni í umferð. Fjölmiðillinn hefur þar af leiðandi mikið vægi innan samningssambandsins. Hefur fjölmiðillinn mikla hagsmuni af því að auglýsingin sé gerð innan marka laganna ef hún er gerð af áfengisframleiðandanum sjálfum eða hönnuð af auglýsingastofu. Fjölmiðillinn hefur fjárhagslegahagsmuni af auglýsingunni þar sem hann fær greitt fyrir að auglýsa og einnig meira áhorf, ef auglýsingin er myndin og skemmtileg. Einnig getur fjölmiðillinn haft puttana í hönnun auglýsingarinnar og þá eru hagsmunir hans nokkurn veginn þeir sömu og auglýsingastofunnar.

5.1.4. Ábyrgðin

Má af framansögðu sjá að aðilar auglýsingasamnings af þessu tagi eru ólíkir á mörgum sviðum og hafa marga mismunandi hagsmuni af slíkum samningi, aðallega fjárhagslega. Samningsaðilarnir eru þó einnig líkir og hafa stundum sömu hlutverkum að gegna. Nú skal litið til þess hvort einhver beri ábyrgð ef samningurinn verður talinn ógildur og þá ef hann þyrfti að taka út refsíábyrgð og hvernig þessir aðilar gætu gætt hagsmuna sinna.

Dæmi um að áfengisframleiðandi væri talinn ábyrgur fyrir broti á banni við áfengisauglýsingum sbr. 20. gr. áfengislaganna er grundvallardómurinn frá 1998, bls 781. Þar var framkvæmdastjóri bjórframleiðanda sakfelldur fyrir að hafa birt bjórauglýsingar á flettiskilti, í dagblaði og í útvarpi eins og kom fram hér að framan. Var hann sakfelldur fyrir að hafa leigt flettiskilti og sett upp þessa tilteknu auglýsingu. Segir að auglýsingin var samin og sett upp af starfsmönnum fyrirtækisins er lutu stjórn ákærða. Er tekið á því að eignarhald á umræddu flettiskilti skipti ekki máli varðandi refsíábyrgð hans. Má þannig leiða líkur að því að hönnuður auglýsingarinnar er ábyrgur og ekki skipti máli þó að flettiskilti sé leigt eða einhver annar flötur þá ber eigandi þess eða leigjandinn enga refsíábyrgð aðeins hönnuður auglýsingarinnar. Hvað varðar útvarpsauglýsinguna telur Hæstiréttur óumdeilt að auglýsingin var birt á ábyrgð ákærða. Ekkert er talað um ábyrgð útvarpsstöðvarinnar. Varðandi greinina sem var birt í Morgunblaðinu sagði Hæstiréttur að enginn einn væri höfndur hennar. Skv. 15. gr. laga nr. 57/1956 um prentrétt ber höfundur refsí- og fébótaábyrgð á efni ritsins, ef hann hefur nafngreint sig og er auk þess annaðhvort heimilisfastur hér á landi, þegar ritið kemur út, eða undir íslenskri lögsögu þegar mál er höfðað. Þá segir að hafi enginn slíkur höfundur nafngreint sig, beri útgefandi eða ritstjóri ábyrgðina, því næst sá er hefur ritið til sölu eða dreifingar, og loks sá, sem annast hefur prentun þess eða letrun. Taldi Hæstiréttur að ákærði bæri ábyrgð á birtingu auglýsingarinnar í Morgunblaðinu.

Er þetta mjög góður dómur til að varpa ljósi á ábyrgð samningsaðilanna sem eru til skoðunar í þessari ritgerð. Af þessum dómi mætti túlka það svo að ábyrgðin væri á hönnuði

auglýsingarinnar sbr. að ákærði var talinn ábyrgur fyrir flettiskiltinu þar sem hann hafði yfirumsjón með þeim starfsmönnum sem hönnuðu auglýsinguna og tók Hæstiréttur skýrt fram að þetta væri ekki á ábyrgð eiganda flettiskiltisins. Þar með mætti segja að ef fjölmiðillinn væri leigjandi þess konar flettiskiltis eða spjalds þá væri auglýsingin ekki á ábyrgð hans heldur þess sem hannaði auglýsinguna, áfengisframleiðandans eða auglýsingastofunnar.

Einnig koma til álita lög nr. 57/1956 um prentrétt þegar skorið er úr þessu álitaefni eins og kemur fram í umfjöllun Hæstaréttar um ákærulið 3 og 4 varðandi birtinguna í Morgunblaðinu. Nú hefur 15. gr. laga um prentrétt verið breytt með lögum nr. 38/2011 um fjölmiðla. Um ábyrgð á hljóð- og myndefni kemur fram í 50. gr. laganna sem er svohljóðandi: Ef hljóð- eða myndmiðlunarefni brýtur í bága við lög fer um ...¹⁾ refs- og fébótaábyrgð svo sem hér segir: a. Einstaklingur sem tjáir sig í eigin nafni, flytur eða miðlar efni sem hann hefur sjálfur samið eða flytur efni samið af öðrum samkvæmt eigin ákvörðun ber á því ábyrgð sé hann heimilisfastur hér á landi eða lúti íslenskri lögsögu á öðrum grundvelli. b. Kaupandi hljóð- og myndsendingar í viðskiptaskyni, hvort heldur sem um einstakling eða lögaðila er að ræða, ber ábyrgð á efni hennar sé hann heimilisfastur hér á landi eða lúti íslenskri lögsögu á öðrum grundvelli c. [Í öðrum tilvikum ber ábyrgðarmaður fjölmiðils ábyrgð á efni sem miðlað er.]¹ Er ljóst af b. lið 1. mgr. 50. gr. fjölmiðlaloganna að kaupandi hljóð- eða myndsendingar í viðskiptaskyni, hvort sem um einstakling eða lögaðila sé að ræða ber ábyrgð á efni hennar sé hann heimilisfastur hér á landi eða lúti íslenskri lögsögu á öðrum grundvelli. Þannig skiptir máli hver það er sem er að kaupa auglýsingu í sjónvarpi eða útvarpi því hann ber ábyrgð á auglýsingunni. Þannig er líkt og í Hæstaréttardómnum ekki á ábyrgð þess sem er að leigja eða selja tíma eða flettiskilti hvort auglýsing brýtur í bága við lög. Þannig er fjölmiðillinn laus allra mála en áfengisframleiðandinn sem kaupir auglýsinguna ábyrgur.

Kemur fram í 51. gr. laganna hver ber ábyrgð á ritefni. Kemur þar fram í b. lið 1. mgr. 51. gr. laganna að kaupandi viðskiptaboða, hvort heldur sem um einstakling eða lögaðila er að ræða, ber ábyrgð á efni þeirra sé hann heimilisfastur hér á landi eða lúti íslenskri lögsögu á öðrum grundvelli. Þannig er það kaupandinn aftur sem ber ábyrgðina líkt og í lögum nr. 57/1956 um prentrétt. Af því verður að telja sem meginreglu að það er ofast áfengisframleiðandinn sem kaupir þessar auglýsingar í blöðum, útvarpi og sjónvarpi og þar með er ábyrgðin oftast nær, ef ekki alltaf, hjá honum. Hefur hann þar með mikla hagsmuni af því að auglýsingar sem þessar séu löglegar svo hann verði ekki fyrir tjóni vegna fésektar eða refsingar. Er þetta líka næst honum þar sem hann er að auglýsa sínar vörur til að auka söluna.

5.2. Efnisannmarkar

Í norsku og dönsku lögbókum Kristjáns V. frá síðari hluta 17. aldar var kveðið á um að alla samninga, sem ekki væru andstæðir lögum eða velsæmi, skyldi halda eftir efni þeirra, svo fremi sem aðilar væru lögráða og hefðu gert samninginn af frjálsum vilja.¹⁵ Þrátt fyrir að mörg ákvæði Norsku laga væru lögleidd héraendis á 18. öld, var framangreint ákvæði ekki meðal þeirra, og hefur íslenskur réttur aldrei haft hliðstætt ákvæði.¹⁶ En þrátt fyrir að enga slíka lagareglu sé að finna í íslenskum lögum hefur verið talið að í íslenskri lögfræði sé rótgróin regla, að ákvæði í löggerningum, sem eigi að samrýmast landslögum eða viðurkenndum siðferðisskoðunum, skuli eftir atvikum teljast ógild.¹⁷ Þó skal haft í huga, að löggerningur, sem er andstæður lögum, getur verið gildur í einkaréttarlegri merkingu enda þótt til löggernings var stofnað með ólögsmætum hætti, geti t.d. haft einhver viðurlög í för með sér.¹⁸

Þeir samningar sem Páll Sigurðsson telur helst geta verið ógilda samkvæmt þessu eru þeir sem eru beinlínis bannaðir með lögum, eða sem refsivert er að gera, en þó þarf það ekki að vera.¹⁹ Síðan kann að koma í ljós, að bann laganna við tilgreindum viðskiptum taki fyrst og fremst til almennra varnaðaráhrifa og til réttaráhrifa, sem eru opinberréttarlegs eðlis, en beinist hins vegar ekki að hinni einkaréttarlegu hlið viðskiptanna.²⁰ Tekur hann dæmi um löggerninga sem telja ætti gilda, t.d. er í lögum nr. 17/1936 um samþykktir um lokunartíma sölubúða kveðið á um ákvörðun lokunartíma í kaupstöðum og kaupúnum og að sala megi ekki fara fram eftir þann tíma. Telur hann að kaupsamningur sem gerður er eftir lokunartíma sé þó bindandi fyrir aðila þess samnings.²¹ Er þetta gott og gilt dæmi en verður að telja að það eigi ekki við um þá samninga sem eru til skoðunar í þessari ritgerð.

5.3. Ógilding samninga og ógildingarástæður

5.3.1. Almenn um ógildingu samninga

Talið hefur verið að megintilgangur allra löggerninga sé að stofna rétt, breyta rétti eða fella rétt niður.²² Þeir löggerningar teljast ógildir, sem hvorki skapa þau réttaráhrif, sem efni þeirra vísar til, né heldur geta orðið grundvöllur að efndabótum.²³ Ef löggerningur hefur þegar verið

¹⁵ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 257

¹⁶ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 257

¹⁷ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 257

¹⁸ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 263

¹⁹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 263-264

²⁰ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 264

²¹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 264

²² Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 222

²³ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 222

efndur áður en það hefur reynt á ógildingu myndi ógilding að jafnaði skapa grundvöll að endurkröfu eða endurkröfum.²⁴

Þrátt fyrir framangreinda meginreglu er ekki þar með sagt, að ekki geti verið einhver réttaráhrif við hann tengd.²⁵ Löggerningur getur verið ógildur að hluta, eins og það er kallað. T.d. ef samningur er margþættur, þannig að hann geymir nokkra sjálfstæða þætti, kann að vera, að einn samningsþáttur verði metinn ógildur en hinir þættirnir verði þá taldir gildir og samningurinn verður ekki ógildur í heild.²⁶ Verður að telja að samningur aðilanna sem er til skoðunar gæti fallið hér undir. Aðilarnir gætu farið fyrir dóm og fengið viðurkenningu á því að þrátt fyrir að samningur þeirra sé ógildur vegna brota á lögum þá væri hægt að halda honum í gildi að hluta, mögulega með því að breyta þessum auglýsingum með því að fjarlægja eða jafnvel stækka smáaletrið og þar með væri samningurinn löglegur.

5.3.2. Ógildingarástæður

Í lögum nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga er að finna nokkrar ógildingarástæður. Dæmi um þær er nauðung, svik, misneyting.

Ákvæði um fölsun er ekki að finna í lögum nr. 7/1936 hér eftir nefnd samningalögin, en það er sjálfsögð meginregla að maður, er ekki bundinn við löggerning, sem annar maður, gerir í hans nafni nema sá maður hafi til þess fullnægjandi heimild, t.d. sem lögráðamaður eða umboðsmaður.²⁷ Verður að fara fram könnun á tilurð samnings aðilanna til að fá einhverja niðurstöðu um þetta mál, hvort einhver hafi falsað undirskrift aðila til þess að gera samninginn um auglýsinguna sem var svo talin brjóta gegn 20. gr. áfengislaganna.

Hið sama á við um svik, misneytingu og viljaskort. Koma til álita ólík sjónarmið hvort aðilarnir geti beitt fyrir sig reglunni um brostnar forsendur. Talið hefur verið að til grundvallar hverjum löggerningi liggja einhverjar ástæður eða hvatir löggerningsgjafa, enda þótt þær séu honum misjafnlega ljósar.²⁸ Stundum eru þessar ástæður svo mikilvægar að þær eru settar inn í samninginn sem skilyrði við löggerningsgerðina. Þessar ástæður kallast á lagamáli forsendur.²⁹ Fer eftir atvikum hvort eða að hve miklu leyti löggerningsmóttakandi gerir sér grein fyrir þeim ástæðum sem gagnaðili hans hefur til löggerningsgerðar.³⁰ Forsendur geta

²⁴ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 222

²⁵ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 227

²⁶ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 227

²⁷ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 271

²⁸ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 299

²⁹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 299

³⁰ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 299

brostið vegna atvika sem verða síðar kunn, eða koma fyrir eftir að samningur var gerður.³¹ Álitafni er hvort aðili geti gert það að forsendu fyrir samningsgerðinni að samningurinn sé löglegur og því ekki andstæður lögum. Verður að telja að úrslit máls um að samningur þeirra væri andstæður lögum kæmi þeim í opna skjöldu.

Meginregla samningaréttarins er að samninga verði að halda og hefur verið talið réttast að telja þessa reglu til undantekninga á meginreglunni og menn verða að bera áhættuna af því að forsenda þeirra fyrir samningsgerðinni brestur.³²

Talið hefur verið að til þess að aðili geti borið fyrir sig brostnar forsendur þá verður forsendan að hafa haft úrslitaáhrif um það þegar löggerningur var gerður, það er að hún hafi verið ákvörðunarástæða fyrir löggerningsgjafa.³³ Þannig hefði samningurinn ekki orðið ef samningsaðilinn vissi hvað myndi gerast. Sé þetta heimfært yfir á álitafnið sem er til skoðunar verður að telja að þetta eigi nokkuð vel við. Verður að telja að aðilar samningsgangi til samningagerðar á þeirri forsendu að þeir séu að gera löglegan samning sem þeir geta byggt rétt sinn á. Ætti ólögleg samningsgerð eða gerð samninga sem eru andstæðir lögum betur heima á sviði skipulagðrar glæpastarfsemi eða þess háttar en ekki í því álitafni sem hér umræðir.

Einnig er það gert að skilyrði að löggerningsmóttakanda hafi verið ljóst eða mátt vera ljóst að forsendan var ákvörðunarástæða fyrir löggerningsgjafann.³⁴ Verður að telja að öllum samningsaðilunum þremur hafi verið það ljóst að þetta væri grundvallarástæða, að samningurinn væri gildur. Þetta hefur verið forsenda þeirra allra og þeir hafa gert sér grein fyrir því að þetta væri forsenda hinna aðilanna.

5.4. Úrræði aðila

5.4.1. Almenn

Aðili gagnkvæms samnings, sem telur viðsemjanda sinn hafa vanefnt skyldur sínar samkvæmt samningnum, getur gripið til ýmissa úrræða, það er vanefndaúrræða, til þess að vernda hagsmuni sína.³⁵ Kröfuhafi getur beitt vanefndaúrræðum sem miða að því að losa hann undan efnudum samningsins í heild eða að hluta.³⁶ Þessi úrræði taka mið af því að í gagnkvæmum

³¹ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 299

³² Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 301

³³ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 302

³⁴ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 303

³⁵ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 17

³⁶ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 17

samningum er greiðsluskylda annars samningsaðila háð því að gagnaðili inni einnig sína greiðslu af hendi. Eru þessi úrræði oft nefnd gagnkvæmnisheimildir.³⁷

5.4.2. *Efndir in natura*

Það er meginregla í íslenskum rétti að kröfuhafi á rétt á því að fá efndir kröfu sinnar í samræmi við aðalefni samnings, efndir in natura.³⁸ Skiptir þá ekki máli hvort þetta sé krafa upp á greiðslu peninga, afhendingu hlutar eða skuldari láti eitthvað ógert.³⁹ Reglan gildir að meginstefnu í öllum samningssamböndum. Frá henni eru þó ákveðnar undantekningar sem ýmist styðjast við ákvæði í lögum, réttarframkvæmd eða eðli máls.⁴⁰ Sérstakar aðstæður við gerð samnings eða aðstæður sem verða síðar geta valdið því að loforð sé ógilt. Í því tilviki getur loforðsmóttakandi hvorki krafist efnda in natura né skaðabóta vegna fjárhagslegra hagsmuna sinna af samningnum, efndabóta.⁴¹ Sá löggerningur er gildur sem veitir loforðsmóttakanda rétt til efnda in natura eða til efndabóta. Ógildur samningur veitir hvorugan rétt.

Þar með verður að telja að aðilar auglýsingasamningsins ættu ekki rétt á því að krefjast efnda in natura ef dómstólar kæmust að því að auglýsingin bryti gegn ákvæði 20. gr. áfengislaganna. Þar sem samningur þeirra er ógildur þá hefur hann ekki lagalegt gildi og verður því ekki efndur. Þrátt fyrir þetta er álitaefni ef staðan er þannig að auglýsingastofan hefur hannað auglýsinguna og lagt þannig tíma og vinnu sína í gerð hennar. Væri þá möguleiki að hún gæti krafið áfengisframleiðandann um það endurgjald sem um var samið sem kæmi fyrir þá vinnu? Mögulega væri þetta hægt ef Hæstiréttur ógilti samninginn að hluta, jafnvel þannig að ef gerðar yrðu ákveðnar breytingar á auglýsingunni sem væru innan ramma 20. gr. áfengislaganna. Þá gæti auglýsingastofan mögulega krafist endurgjaldsins því að við ógildingu samningsins að hluta og breytinganna á auglýsingunni þá væri hluti samningsins enn í gildi og því væri hægt að að krefjast efnda in natura. Þetta er þó álitaefni sem ekki hefur enn verið svarað.

³⁷ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 17

³⁸ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 26

³⁹ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 26

⁴⁰ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 27

⁴¹ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 31

5.4.3. Efndabætur

Unnt er að ákvarða skaðabætur vegna vanefnda á samningi sem efndabætur, en markmið þeirra er að gera samningsaðila eins settan fjárhagslega og réttar efndir hefðu farið fram.⁴² Fyrir kröfuhafa á þá í raun hin sama fjárhagslega niðurstaða að nást hvort sem viðurkenndur er réttur hans til efnda in natura eða honum dæmdar efndabætur.⁴³

Þegar tjón verður á fjárhagslegum hagsmunum aðila (tjónþola) er tvennt í stöðu hans. Annars vegar að tjónþoli beri tjón sitt sjálfur, eða hitt að hann geti komið ábyrgð á tjóninu yfir á tjónvald og krafist þess að sá bæti tjónið með fjárgreiðslu.⁴⁴ Þegar krafa byggist á samningi á skaðabótakrafa vegna vanefnda á samningnum einnig rót sína að rekja til samningsins og er í því tilviki ekki um sjálfstæða stofnun kröfuréttarsambands að ræða.⁴⁵ Skaðabótakrafan stofnast þá um leið og kröfuréttarsambandið verður til, þrátt fyrir að hún verði ekki virk fyrir en síðar.⁴⁶

Gildur löggerningur veitir loforðsmóttakanda rétt til efnda in natura eða til efndabóta en eins og kom fram hér að framan veitir ógildur samningur þeim hvorugan þennan rétt. Verður því niðurstaðan sú sama og varðandi efndir in natura, aðilarnir eiga ekki rétt á að beita þessu úrræði þar sem samningur þeirra er ógildur en mögulega eiga aðilarnir rétt á efndabótum ef samningurinn er ógildur að hluta.

5.4.4. Vangildisbætur

Kröfuhafi kann þó að hafa orðið fyrir tjóni við að gera samning eða fyrir að treysta gildi hans og verður honum í slíkum tilvikum að nægja að gera kröfu til skaðabóta í formi vangildisbóta.⁴⁷ Dæmi um þetta er maður sem gerir samning í grandleysi við ólögráða mann og hefur kostnað af aðstoð lögfræðings við samningsgerðina.⁴⁸

Markmið vangildisbóta er að gera kröfuhafa eins settan fjárhagslega og samningur hefði aldrei verið gerður. Hinum fjárhaglsegu áhrifum samnings er með öðrum orðum eytt.⁴⁹ Vangildisbóta getur kröfuhafi almennt krafist þegar skuldari ber sök á tjóni hans og verður þeirra því ekki krafist á hlutlægum grundvelli, nema til þess standi heimild að lögum.⁵⁰

⁴² Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 188

⁴³ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 188

⁴⁴ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 289

⁴⁵ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 290

⁴⁶ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 290

⁴⁷ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 188-189

⁴⁸ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 189

⁴⁹ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 291

⁵⁰ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 291

Unnt er að krefjast vangildisbóta þegar samningur er ógildur. Þegar um ógildan samning er að ræða getur loforðsmóttakandi hvorki krafist efnda í samræmi við aðalefni samnings (efnda in natura) né ígildis þeirra (efndabóta).⁵¹ Þó getur hann orðið fyrir fjártjóni við að gera samning eða fyrir að treysta gildi hans og verður hann í slíkum tilvikum að láta sér nægja að gera kröfu til skaðabóta í formi vangildisbóta, ef skilyrði bótaskyldu eru að öðru leyti til staðar.⁵²

Dæmigerður kostnaður sem fellur undir vangildisbætur er eins og áður sagði kostnaður við samningsgerð. Á það helst við kostnað vegna lögfræðiaðstoðar við samningsslit.⁵³

Verður því að ganga út frá því að aðilar auglýsingasamningsins sem hér um ræðir gætu hver um sig borið fyrir sig þessu úrræði. En þá þyrfti að vera uppi sök einhvers samningsaðila því að skilyrði vangildisbóta er að jafnaði sök samningsaðila, því að vart er heimilt að dæma vangildisbætur á algerlega hlutlægum grundvelli nema eftir ótvíræðum lagabókstaf.⁵⁴ Yrði því að vera um sök einhvers samningsaðila að ræða til þess að bera fyrir sig þessu úrræði. Verður að telja að vangildisbætur sé besti kostur þessara samningsaðila til að vernda hagsmuni sína.

6. Lokaorð

Helsta viðfangsefni ritgerðarinnar var að kanna hver áhrif þess eru á samninga ef þeir eru taldir andstæðir lögum, með áherslu á þá samninga sem eru gerðir í kringum áfengisauglýsingar sem falla undir 20. gr. áfengislaganna.

Út frá þeirri umfjöllun sem hefur farið á undan, verður að telja að ákvæði laga nr. 75/1998 um áfengisauglýsingar sé skýrt, bannið er algjört og ekki er hægt að komast framhjá því með smáu letri í lok auglýsingar eða hvísli í enda útvarpsauglýsingar. Er bannákvæði 20. gr. áfengislaganna það víðtækt að það nær yfir hvers konar tilkynningar til almennings.

Af lestri athugasemda sem er að finna í greinargerð frumvarps er varð að áfengislögnum og lagaákvæðinu verður að telja að það sé skýrt hvers konar auglýsingar á áfengi eru bannaðar. Í athugasemdum greinargerðar sem urðu að áfengislögnum er ekki tekið fram hvers vegna þetta víðtæka bann er við líði, ber að túlka það í samræmi við 1. gr. laganna sem kveður á um að tilgangur laganna er að vinna gegn misnotkun áfengis. Við það að takmarka auglýsingar á áfengi veldur það því að áfengi er ekki jafn sýnilegt sem leiðir til minni neyslu.

Af dómum Hæstaréttar hefur því verið slegið föstu að auglýsingar og þá áfengisauglýsingar eru verndaðar af 73. gr. stjórnarskrárinnar um tjáningarfrelsi og að 20. gr.

⁵¹ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 305

⁵² Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 305

⁵³ Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II*, bls. 305

⁵⁴ Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 334

áfengislaganna brjóti ekki á því frelsi, sbr. Hrd. 1998, bls. 781. Hefur Hæstiréttur, þegar mál ná til hans varðandi áfengisauglýsingar, oftast nær talið þær falla undir bannákvæði 20. gr. áfengislaganna og sakfellt í þeim málum. Sést þó af sératkvæði Hrd. 23. október 2008 (491/2007) að mikið er af þessum auglýsingum og virðist svo vera að ekki allar fái meðferð hjá dómstólum sem mögulega veldur því að um misrétti aðila á þessum markaði sé að ræða.

Aðilar samningsins geta verið mismunandi og voru tekin þrjú dæmi um aðila, bjórframleiðandann, auglýsingastofuna og fjölmiðilinn. Var komist að þeirri niðurstöðu að oftast nær er það áfengisframleiðandinn sem ber ábyrgð á þessum auglýsingum, sbr. Hrd. 1998, bls. 781. Er ljóst af b. lið 1. mgr. 50. gr. fjölmiðlalaganna að kaupandi hljóð- eða myndsendingar í viðskiptaskyni, hvort sem um einstakling eða lögaðila sé að ræða ber ábyrgð á efni hennar sé hann heimilisfastur hér á landi eða lúti íslenskri lögsögu á öðrum grundvelli. Þannig skiptir máli hver það er sem er að kaupa auglýsingu í sjónvarpi eða útvarpi því hann ber ábyrgðina á auglýsingunni.

Páll Sigurðsson telur að þegar samningar eru andstæðir lögum eru það þeir samningar sem eru beinlínis bannaðir í lögum. Verður þó að telja að þeir samningar sem eru til skoðunar hér falli undir þetta af þeim dómum sem nefndir hafa verið þar sem auglýsingin var dæmd ólögleg og þar með hefði það áhrif á gildi samningsins. Tekur Hæstiréttur þó ekki á þessu álitaefni.

Var komist að þeirri niðurstöðu að ógildingarreglur samningaréttarins ættu almennt ekki við um viðfangsefni ritgerðar þessarar. Þó væri hugsanlegt að aðilarnir gætu beitt fyrir sig reglum um brostnar forsendur þar sem talið verður að augljós forsenda þess að samningurinn var gerður er að aðilarnir töldu að hann væri löglegur. Einnig væri hugsanlegt að samningur héldi gildi sínu ef hann væri ógildur að hluta þannig að auglýsingunni yrði breytt þannig að hún rúmaðist innan 20. gr. áfengislaganna. Við það gætu aðilarnir átt rétt á efndum in natura eða efndabótum t.d. auglýsingastofan ætti rétt á að fá þá fjárhæð sem um var samið ef hún lagfærði auglýsinguna. Vangildisbætur er annað úrræði sem aðilarnir geta beitt fyrir sig í því tilviki ef ekki er fallist á efndabætur eða efndir in natura. Þegar krafist er vangildisbóta þarf að vera um sök samningsaðila að ræða. Yrði því að vera til staðar sök einhvers samningsaðila, er ekki hægt að kanna það í þessu tilviki.

Af framansögðu verður talið að um flókið álitaefni er að ræða og væri hægt að færa rök fyrir mörgum niðurstöðum varðandi samning aðilanna. Verður að draga af þessu þann lærdóm að mikið er af áfengisauglýsingum sem eru á gráu svæði og af fjölda dóma á þessu sviði verður að telja að lítill hluti þeirra fari fyrir dómstóla. Ákærvaldið þyrfti að taka sig á og yrði spennandi að sjá hver niðurstaða dómstóla yrði í fleiri slíkum málum.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I. Efndir kröfu.* Önnur prentun. Reykjavík 2009.

Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur II. Vanefndaúrræði.* Reykjavík 2011.

Eiríkur Tómasson: *Meginreglur sakamálaréttarfars.* 2. útgáfa. Reykjavík 2008

Páll Sigurðsson: *Samningaréttur.* Sjötta prentun. Reykjavík 2004

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1999, bls. 781 (415/1998)

Hrd. 6. apríl 2006 (220/2005)

Hrd. 6. apríl 2006 (462/2005)

Hrd. 8. febrúar 2007 (165/2006)

Hrd. 14. júní 2007 (599/2006)

Hrd. 14. júní 2007 (648/2006)

Hrd. 23. október 2008 (491/2007)