



SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNSS
í máli E-4/05

Beiðni um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, frá Héraðsdómi Reykjavíkur í máli sem rekið er fyrir dómstólnum

HOB-vín ehf.

gegn

Íslenska ríkinu og Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins

varðandi reglur um frjálsa vöruflutninga og samkeppni á evrópska efnahagssvæðinu.

I Inngangur

1. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur, dagsettum 4. maí 2005, sem síðar var breytt með úrskurði Hæstaréttar Íslands, dagsettum 7. júní 2005, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur eftir ráðgefandi áliti í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli fyrirtækisins HOB-vín ehf. (stefnandi), og íslenska ríkisins og Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins (ÁTVR) (stefndu). Beiðnin var skráð í málaskrá dómstólsins 17. júní 2005.

II Málavextir og meðferð málsins

2. Mál þetta var höfðað vegna ágreinings milli stefnanda og stefnda, ÁTVR, um það skilyrði ÁTVR að öllum birgjum sé skylt að afhenda áfengi sem ætlað er til sölu í vínbúðum ÁTVR á svo kölluðum “EUR-vörubrettum” og að andvirði brettanna skuli innifalið í vöruverði.

3. Stefnandi flytur inn í heildsölu áfengi frá ríkjum sem eru aðilar að EES-samningnum ætlað til smásölu. Stefndi, ÁTVR annast innflutning og innkaup á vínanda, áfengi og tóbaki, dreifingu á þessum vörum og hefur einkarétt til smásölu áfengis. Fyrirtækið, sem er undir yfirstjórn fjármálaráðherra, er þar af

leiðandi eini viðskiptavinur fyrirtækja sem flytja inn áfengi ætlað til smásölu á innanlandsmarkaði.

4. Þann 9. desember 2004 þingfesti stefnandi stefnu máls þessa í Héraðsdómi Reykjavíkur. Í málinu fyrir innlenda dómstólnum er ágreiningslaust að í þeim samningum sem stefnandi hefur gert við ÁTVR er vísað til reglna nr. 351/2004 um innkaup og sölu áfengis og skilmála í viðskiptum við birgja (hér eftir reglur um innkaup og sölu áfengis), þar með talið ákvæði gr. 4.9.

5. Héraðsdómur Reykjavíkur telur að túlkun EES-reglna á því hvort í reglum um innkaup og sölu áfengis felist ráðstafanir sambærilegar magntakmörkunum, í skilningi 11. gr., 16. gr., (a)-liðar 54. gr. og 59. gr. EES, hafi raunverulega þýðingu fyrir dómkröfu stefnanda og þar með úrslit málsins.

III Álitafni

6. Eftirfarandi spurningar voru bornar undir EFTA-dómstólinn:

(1) Standa 11. gr. og 16. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið því í vegi að ríkisfyrirtæki, sem hefur einkaleyfi til smásölu á áfengi, krefjist þess af birgjum sínum, að þeir afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri gerð vörubretta (EUR-vörubrettum) og jafnframt að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði?

(2) Stendur 59. gr. samningsins í vegi skilyrðum af þessu tagi?

IV Löggjöf

Landsréttur

7. Eins og fram kemur í beiðni um ráðgefandi álit gilda um heild- og smásölu áfengis lög nr. 63/1969, um verslun með áfengi og tóbak, með síðari breytingum (hér eftir lög um verslun með áfengi og tóbak), og áfengislög nr. 75/1998, með síðari breytingum (hér eftir áfengislögin).

8. Í III. kafla áfengislaganna er fjallað um innflutning áfengis og samkvæmt kaflanum er innflutningur áfengis í atvinnuskyni háður leyfi ríkislögreglustjóra. Leyfið veitir innflytjanda heimild til að selja eða afhenda innflutt áfengi til þeirra sem hafa leyfi til að framleiða, selja eða veita áfengi í atvinnuskyni. Samkvæmt 2. gr. og 5. gr. laga um verslun með áfengi og tóbak annast ÁTVR innflutning og innkaup á vínanda, áfengi og tóbaki svo og dreifingu og sölu innanlands. Í 10. gr. áfengislaganna kemur fram að fyrirtækið hefur einkarétt til smásölu áfengis á

Íslandi. Í 2. gr. laga um verslun með áfengi og tóbak er kveðið á um að ÁTVR skuli gæta jafnræðis gagnvart öllum áfengis- og tóbaksbirgjum.

9. Samkvæmt ákvæðum 14. gr. laga um verslun með áfengi og tóbak er fjármálaráðherra heimilt að kveða nánar á um framkvæmd laganna með reglugerð. Á grundvelli þeirrar heimildar var sett reglugerð nr. 369/2003, um Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins (hér eftir reglugerðin). Í III. kafla reglugerðarinnar eru reglur um innkaup og sölu áfengis, þar með taldar reglur um hvernig standa skuli að vali á áfengi til sölu í vínbúðum til reynslu og til frambúðar. Í 10. gr. reglugerðarinnar kemur fram að stjórn ÁTVR skuli setja sérstakar reglur um val á vöru til sölu í vínbúðum og skulu reglurnar staðfestar af fjármálaráðherra og birtar í Stjórnartíðindum.

10. Á grundvelli þessarar heimildar hefur stjórn ÁTVR sett reglur nr. 351/2004 um innkaup og sölu áfengis og skilmála í viðskiptum við birgja. Í reglunum kemur fram að verð til birgja fer eftir samningi þeirra við ÁTVR hverju sinni. Í fjórða lið reglnanna er að finna ýmis ákvæði sem lúta að nánari skilmálum í viðskiptum við birgja. Ákvæði gr. 4.9 í reglunum er svohljóðandi:

Sé magn vöru í afhendingu meira en sem svarar einu lagi á bretti skal varan afhent á EUR-vörubretti. Andvirði vörubretta sé innifalið í vöruverði. Mesta þyngd vöru og brettis sé 900 kg og mesta hæð þess 150 cm. Sé hleðsla á bretti umfram 70 cm að hæð, skal vefja vörunar plastskæni.

...

Sé reglum þessum ekki fylgt, getur ÁTVR hafnað móttöku vara.

EES-réttur

11. Ákvæði 3. mgr. 8. gr. EES er svohljóðandi:

3. Ef annað er ekki tekið fram taka ákvæði samningsins einungis til:

(a) framleiðsluvara sem falla undir 25.–97. kafla í samræmdu vörulýsingar- og vörunúmeraskránni, að frátöldum þeim framleiðsluvörum sem skráðar eru í bókun 2;

(b) framleiðsluvara sem tilgreindar eru í bókun 3 í samræmi við það sérstaka fyrirkomulag sem þar er greint frá.

12. Ákvæði 11. gr. EES er svohljóðandi:

Magntakmarkanir á innflutningi, svo og allar ráðstafanir sem hafa samsvarandi áhrif, eru bannaðar milli samningsaðila.

13. Ákvæði 13. gr. EES er svohljóðandi:

Ákvæði 11. og 12. gr. koma ekki í veg fyrir að leggja megi á innflutning, útflutning eða umflutning vara bönn eða höft sem réttlætast af almennu siðferði, allsherjarreglu, almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna eða dýra eða gróðurvernd, vernd þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta. Slík bönn eða höft mega þó ekki leiða til gerræðislegrar mismununar eða til þess að duldar hömlur séu lagðar á viðskipti milli samningsaðila.

14. Ákvæði 16. gr. EES eru svohljóðandi:

1. Samningsaðilar skulu tryggja breytingar á ríkiseinkasölum í viðskiptum þannig að enginn greinarmunur sé gerður milli ríkisborgara aðildarríkja EB og EFTA-ríkja hvað snertir skilyrði til aðdráttá og markaðssetningar vara.

2. Ákvæði þessarar greinar gilda um allar stofnanir sem þar til bær yfirvöld samningsaðilanna nota samkvæmt lögum eða í reynd, beint eða óbeint, til að hafa eftirlit með, ráða eða hafa umtalsverð áhrif á inn- eða útflutning milli samningsaðila. Þessi ákvæði gilda einnig um einkasölur sem ríki hefur fengið öðrum í hendur.

15. Ákvæði 54. gr. EES eru svohljóðandi:

Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á yfirburðastöðu á svæðinu sem samningur þessi tekur til, eða verulegum hluta þess, er ósamrýmanleg framkvæmd samnings þessa og því bönnuð að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila. Slík misnotkun getur einkum falist í því að:

(a) beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir;

(b) settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns;

(c) öðrum viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt;

(d) sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.

16. Ákvæði 59. gr. EES eru svohljóðandi:

1. Eigi í hlut opinber fyrirtæki, og fyrirtæki sem aðildarríki EB eða EFTA-ríki veita sérstök réttindi eða einkarétt, skulu samningsaðilar tryggja að hvorki séu gerðar né viðhaldið nokkrum þeim ráðstöfunum sem fara í bága við reglur samnings þessa, einkum reglur sem kveðið er á um í 4. gr. og 53.–63. gr.

2. Reglur samnings þessa, einkum reglurnar um samkeppni, gilda um fyrirtæki sem falið er að veita þjónustu er hefur almenna efnahagslega þýðingu eða eru í

eðli sínu fjáröflunareinkasölur, að því marki sem beiting þeirra kemur ekki í veg fyrir að þau geti að lögum eða í raun leyst af hendi þau sérstöku verkefni sem þeim eru falin. Þróun viðskipta má ekki raska í þeim mæli að það stríði gegn hagsmunum samningsaðilanna.

3. Framkvæmdastjórn EB og eftirlitsstofnun EFTA skulu hvor innan síns valdsviðs tryggja að ákvæðum þessarar greinar sé beitt og gera, eftir því sem þörf krefur, viðeigandi ráðstafanir gagnvart þeim ríkjum sem eru á svæðum hvorrar um sig.

V Skriflegar greinargerðir

17. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. starfsreglna hans hafa greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefnanda, HOB-vínum ehf. Í fyrirsvári sem umboðsmaður er Stefán Geir Þórisson, hrl., Reykjavík;
- Stefndu, íslenska ríkinu og Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins. Í fyrirsvári sem umboðsmaður er Óskar Thorarensen, hrl., á skrifstofu ríkislögmanns, Reykjavík;
- Eftirlitsstofnun EFTA. Í fyrirsvári eru sem umboðsmenn Per Andreas Bjørgan og Arne Torsten Andersen, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði;
- Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna. Í fyrirsvári sem umboðsmaður er Xavier Lewis hjá lagadeildinni.

Stefnandi

18. Stefnandi heldur því fram að skilmálar um afhendingu vara til ÁTVR skuli skilgreindir sem „reglur um skilyrði sem vörur skulu uppfylla” eða „vörutengdir” fremur en sem „sölufyrirkomulag”, svo sem þau hugtök eru notuð í dómi dómstóls Evrópubandalaganna í máli *Keck and Mithouard*.¹ Skilmálar ÁTVR varða afhendingu vara, sem er hið sama eða að minnsta kosti nátengt umbúðum þeirra. Að auki bendi dómaframkvæmd dómstóls Evrópubandalaganna eftir *Keck*-málið til þess að leiki vafi á hvort fyrirkomulag sé „vörutengt” eða „sölufyrirkomulag” hafi dómstóll Evrópubandalaganna hallast að hinu fyrrnefnda. Af þessu leiði að skilmálar ÁTVR um áfengiskaup af stefnanda falli undir gildissvið 11. gr. EES og ekki sé nauðsynlegt að ákvarða hvort þeir feli einnig í sér mismunun. Þetta fyrirkomulag jafngildir magntakmörkunum í skilningi dómaframkvæmdar dómstólsins og dómstóls Evrópubandalaganna.

¹ Mál C-267/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097, mgr. 15.

19. Jafnvel þótt dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að skilmálarnir séu ekki “vörutengdir” feli þeir samt sem áður í sér mismunun. Krafan um að áfengi sé selt ásamt EUR-brettum leggi augljóslega auknar byrðar á seljendur eða birgja smærri vörusendinga þar sem í flestum slíkum tilvikum sé um að ræða innfluttar vörur sem verið er að markaðssetja.

20. Stefnandi heldur því auk þess fram að hann hafi orðið vitni að enn öðrum aðgerðum ÁTVR sem hafi mismunun í för með sér. Hann hafi séð, og honum verið sagt, að íslenskur bjór, framleiddur á Akureyri, hafi verið afhentur ÁTVR á Akureyri, á EUR-brettum og að á vöruflutningabílinn sem afhenti bjórinn hafi verið sett jafnmörg EUR-bretti og voru í upphaflegu sendingunni. Stefnandi telur þetta sýna að íslenski framleiðandinn hafi ekki þurft ekki að setja andvirði brettanna inn í vöruverðið.

21. Stefnandi heldur því fram að ákvæði 13. gr. EES eigi ekki við í máli þessu.

22. Stefnandi telur að það sem fram hefur komið varðandi 11. gr. EES eigi einnig við um ákvæði 16. gr. EES, að breyttu breytanda. Skilmálar ÁTVR brjóti því einnig gegn 16. gr. EES.

23. Að því er varðar seinni spurninguna í beiðninni telur stefnandi að skýra beri 59. gr. EES með hliðsjón af 54. gr. EES. Hann bendir enn fremur á að rök hans varðandi fyrri spurninguna sýni fram á að skilmálar ÁTVR um áfengiskaup af stefnanda feli í sér ósanngjarnt kaupverð og ósanngjarna viðskiptaskilmála í skilningi a-liðar 54. gr. EES.

24. Stefnandi leggur til að spurningunum verði svarað á eftirfarandi hátt:

(1) Ákvæði 11. og 16. gr. EES-samningsins standa því í vegi að ríkisfyrirtæki, sem hefur einkaleyfi til smásölu á áfengi, krefjist þess af birgjum sínum, að þeir afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri gerð vörubretta (EUR-vörubrettum) og jafnframt að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði.

(2) Ákvæði 59. gr. EES, sbr. a-liður 54. gr. EES, standa því í vegi að ríkisfyrirtæki, sem hefur einkaleyfi til smásölu á áfengi, krefjist þess af birgjum sínum, að þeir afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri gerð vörubretta (EUR-vörubrettum) og jafnframt að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði.

Stefndu

25. Stefndu halda því fram að ákvæði gr. 4.9 í reglum um innkaup og sölu áfengis gildi án mismununar gagnvart öllum birgjum. Því séu röksemdir stefnanda byggðar á misskilningi hvað staðreyndir varðar.

26. Krafan í ákvæði gr. 4.9 um að varan skuli afhent á EUR-vörubrettum sé byggð á hagkvæmniástæðum. Varan verði að vera á brettum þar sem hún sé geymd í vöruhúsi og flutt inn og út úr húsinu á brettum. Geymsla og meðferð

áfengis í vöruhúsi ÁTVR sé vel skipulögð og tæknivædd. Fullkomið tölvubókhald sé notað og allir starfsmenn séu með útstöðvar sem geri þeim kleift að skrá alla vöru jafnóðum við móttöku og afgreiðslu. Lyftarar sækja vörurnar inn í vöruflutningabíla og komi þeim fyrir í vöruvekkum, oft í mikilli hæð frá gólfi, þar sem þær séu geymdar þar til þeim er ráðstafað á nýjan leik. Með hámarksafköstum og lágmarkstjónatíðni er rýrnun nú aðeins um 0.035%. Ákvæði gr. 4.9 séu í samræmi við þær tæknilegu kröfur sem gerðar séu til vöruhúsa í dag. Vöruhús ÁTVR hafi verið hannað með EUR-vörubretti í huga.

27. Því er mótmælt af hálfu stefndu að erlendir birgjar verði að kaupa ný bretti. Birgir flytji inn vöru og geri samkomulag við framleiðanda um með hvaða hætti varan sé afhent (þ.e. varðandi umbúðir og bretti). ÁTVR sé ekki aðili slíks samkomulags sem sé alfarið milli innflytjanda og framleiðanda. Mikill meirihluti erlends áfengis sé fluttur í vöruhús ÁTVR á þeim brettum sem það var á í flutningi til landsins. Brettin séu þar af leiðandi í flestum tilfellum frá framleiðanda. Samkvæmt könnun sem gerð var árið 2004 hafi 5% bretta frá erlendum framleiðendum og 28% af brettum innlendra framleiðenda verið ný. Vöruhúsið taki við öðrum brettum en EUR-brettum að því tilskyldu að þau uppfylli sömu tæknistaðla og EUR-bretti, þ.e. séu 120 x 80 cm að stærð og henti til flutnings á vörunni. Hins vegar sé ekki tekið við EUR-brettum af stærðinni 60 x 80 cm (svo kölluðum ½ EUR-brettum) þar sem þau passi ekki inn í vöruhús ÁTVR.

28. Þegar um er að ræða smáar sendingar, þar sem magn vöru er minna en sem svarar einu lagi á bretti, geri ÁTVR ekki kröfu um að varan sé afhent á sérstöku bretti. Í slíkum tilvikum útvegi ÁTVR birgjum bretti þeim að kostnaðarlausu.

29. Stefndu halda því einnig fram að það fyrirkomulag að andvirði brettanna sé innifalið í vöruverðinu byggi á hagkvæmniástæðum og reynslu. Þessi tilhögun sé einföld í framkvæmd og dragi úr vinnustundum sem komi neytendum til góða. Litið sé á brettin sem óaðskiljanlegan hluta af umbúðum vörunnar. Í ljósi reynslunnar sé ekki æskilegt að verð bretta, eða annarra umbúða, sé utan vöruverðs því það hefði í för með sér að halda yrði skrá yfir eigendur sérhvers brettis. Ef endursenda þyrfti brettin til birgja myndi það leiða til mismununar milli erlendra og innlendra birgja þar sem kostnaður við slíka endursendingu yrði lagður á upphaflegan sendanda vörunnar.

30. Hvað löggjöfina varðar halda stefndu því fram að ákvæði gr. 4.9 í reglunum séu í fullu samræmi við ákvæði EES-samningsins. Reglurnar eigi sér fullnægjandi stoð í lögum um verslun með áfengi og tóbak þar sem fram kemur í 2. gr. að jafnræðis skuli gæta gagnvart öllum áfengsbirgjum. Þetta grundvallarsjónarmið sé haft að leiðarljósi í reglunum. Reglurnar gildi jafnt um alla áfengisbirgja, bæði innlenda og erlenda, og óháð því hvort um er að ræða innlenda vöru eða erlenda.

31. Stefnu halda því fram að einungis 16. gr. EES eigi við í þessu máli en ekki 11. gr. EES. Ljóst sé af dómaframkvæmd dómstólsins og dómstóls Evrópubandalaganna að reglur varðandi tilvist og rekstur einkasölu beri að skoða í ljósi 16. gr. EES (31. gr. EB). Í samanburði við aðrar greinar EES hafi 16. gr. EES að geyma sér reglu (*lex specialis*),² og gildi einkum og sér í lagi um innlendar einkasölur í viðskiptum sem nýti sér einkaréttinn. Ákvæði 11. gr. eigi hins vegar við þegar metin eru áhrif annarra innlendra lagaákvæða á viðskipti innan EES, og þau viðskipti aðskilin rekstri einkasölnnar.³ Kröfur ÁTVR um vöruafhendingu tengist einkasölu beint og falli þar með undir 16. gr. EES.

32. Samkvæmt 16. gr. EES ber við skipulag ríkiseinkasölu að fyrirbyggja að gerður sé greinarmunur milli ríkisborgara aðildarríkja EB og EFTA-ríkja.⁴ Stefnu halda því fram að sú krafa ÁTVR að allir birgjar afhendi fyrirtækinu á bretti, áfengi til smásölu sem fer umfram tiltekið magn, og að verð brettana sé innifalið í vöruverðinu, feli ekki í sér mismunun milli ríkisborgara aðildarríkjanna hvað varðar skilyrði til aðdráttá og sölu.

33. Komist dómstóllinn hins vegar að þeirri niðurstöðu að 11. gr. EES eigi við, benda stefnu á að reglurnar brjóti ekki gegn því ákvæði þar sem ekki sé um að ræða mismunun milli innlendra og erlendra birgja eða innlendra og erlendra framleiðenda. Reglurnar feli hvorki í sér viðskiptahindranir né séu þær óviðeigandi eða ósamngjarnar á nokkurn hátt.⁵ Að auki séu í reglunum ákvæði sem líta beri á sem „sölufyrirkomulag” og falli þau þar með utan gildissviðs 11. gr. EES.⁶ En hverju sem því líður, séu takmarkanirnar réttlætanlegar samkvæmt 13. gr. EES og óskráðum réttlætningaráæðum, þar sem þær séu mikilvægar í vöruflutningum og viðskiptum og gangi ekki lengra en nauðsynlegt sé samkvæmt meðalhófsreglunni.

34. Að því er varðar seinni spurninguna halda stefnu því fram að 16. gr. EES hafi að geyma sér reglu (*lex specialis*) um bann við mismunun af hálfu ríkiseinkasölufyrirtækja.⁷ Auk þess sé beiting samkeppnisreglna EES-samningsins háð mati á atvikum og efnahagslegum og lagalegum aðstæðum sem

² Mál E-1/97 *Gundersen* [1997] EFTA Court Report 110, mgr. 10 og mál 91/78 *Hansen GmbH & Co. v Hauptzollamt Flensburg* [1979] ECR 935.

³ Mál E-1/97 *Gundersen*, mgr. 17 og mál C-189/95 *Franzén* [1997] ECR-I 5909, mgr. 35 og 36.

⁴ Mál E-1/97 *Gundersen*, mgr. 21, E-1/94 *Restamark* [1994-95] EFTA Court Report 17, mgr. 63 et seq.; mál E-6/96 *Wilhelmsen* [1997] EFTA Court Report 56, mgr. 96 og 97 og mál C-189/95 *Franzén*, mgr. 40.

⁵ Sameinuð mál 51-54/71 *International Fruit Company* [1971] ECR 1107; mál 8/74 *Dassonville* [1974] ECR 837; mál 249/81 *Commission v Ireland* [1982] ECR 4005; mál 2/82 *Apple and Pear Development Council* [1983] ECR 4083, mál 113/80 *Commission v Ireland* [1981] ECR 1625; sameinuð mál C-267/91 og C-268/91 *Keck and Mithouard*, mgr. 16-17.

⁶ Mál 120/78 *Rewe v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649, mgr. 8; mál 69/88 *Krantz* [1990] ECR I-583; mál C-391/92 *Commission v Greece* [1995] ECR I-1621; sameinuð mál C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP v Comune di Bassano del Grappa and others* [1995] ECR I-3257; mál C-44/98 *BASF* [1999] ECR I-6269.

⁷ Mál E-1/97 *Gundersen*, mgr. 10.

við eigi í hverju máli fyrir sig og sé það hlutverk innlendra dómstóla að framkvæma slíkt mat. Þar sem slíkt mat liggur ekki fyrir geti stefndu ekki fjallað um hvort umræddar ráðstafanir samrýmist 53. – 63. gr. EES.

Eftirlitsstofnun EFTA

35. Hvað varðar fyrri spurninguna,⁸ telur Eftirlitsstofnun EFTA (hér eftir ESA) að líta beri á 16. gr. EES um ríkiseinkasölur sem sér reglu (lex specialis) gagnvart 11. og 13. gr. EES.⁹ Niðurstaðan er sú að ákvæði landslaga sem meta beri í ljósi 16. gr. EES falli ekki undir gildissvið 11. og 13. gr. EES. Þá kröfu einkasölnnar að birgjar afhendi vörur á sérstakri gerð bretta séu ráðstafanir sem tengist tilvist og rekstri einkasölnnar.¹⁰ Af því leiði að kröfuna skuli meta í ljósi 16. gr. EES.

36. ESA heldur því enn fremur fram að ákvæði 16. gr. EES nái ekki til annarra ráðstafana, sem hugsanlega hindra viðskipti milli aðildarríkjanna, en þeirra sem fela í sér mismunun, ólíkt því sem gildir við mat skv. ákvæðum um frjálsa vöruflutninga. Í þessu máli sé ekki um mismunun að ræða milli innlendar og erlendar framleiðslu.¹¹ Í 2. gr. laga um verslun með áfengi og tóbak sé kveðið á um að ÁTVR skuli gæta jafnræðis gagnvart öllum áfengisbirgjum og krafan um afhendingu á sérstökum brettum, sem hér um ræðir, gildi jafnt um alla birgja og vöru óháð því hvort afhent vara er innlend framleiðsla eða innflutt. Til viðbótar bendir ESA á að jafnvel þótt sannað þætti að auðveldara sé fyrir innlenda aðila að nálgast notuð EUR-bretti á lægra verði sé ástæðan sú að flutningsvegalengd innlendar vöru er styttri en innfluttrar vöru. Því sé hugsanlegt að gerðar séu minni gæðakröfur til bretta fyrir innlenda vöru en innflutta. Með hliðsjón af landfræðilegri legu Íslands megji segja að þetta sé eitt af mörgum atriðum sem valdi hærri flutningskostnaði hjá innflytjendum en hjá birgjum innlendar vöru. Þetta feli í sjálfu sér ekki í sér mismunun.¹² Hér sé því ekki um að ræða brot á 16. gr. EES nema viðbótarupplýsingar sem sanni hið gagnstæða liggja fyrir innlendum dómstól.

37. Hvað seinni spurninguna varðar, telur ESA að almennum skilyrðum fyrir beitingu 59. gr. EES sé fullnægt í máli þessu. Í fyrsta lagi, sé ÁTVR opinbert

⁸ Af máli E-4/01 *Karl K. Karlsson* [2002] EFTA Court Report 240 má ráða að íslenska ríkiseinkasalan með áfengi og tóbak sé ríkiseinkasala í viðskiptum samkvæmt 16. gr. EES.

⁹ Léger, lögsögumaður í máli C-438/02 *Hanner*, álit frá 25. maí 2004, hefur ekki verið birt, mgr. 25; mál 120/78 *Rewe*, mgr. 7; mál 119/78 *Peureux II* [1979] ECR 975, mgr. 27, og mál C-387/93 *Banchemo* [1995] ECR I-4663, mgr. 26. Varðandi reglur um ríkisaðstoð sjá mál 91/78 *Hansen* [1979] ECR 935, mgr. 10; mál E-1/94 *Restamark*; mál E-9/00 *EFTA Surveillance Authority v Norway* [2002] EFTA Court Report 72 og mál E-4/01 *Karl K. Karlsson*.

¹⁰ Mál C-189/95 *Franzén*.

¹¹ Mál C-189/95 *Franzén*, mgr. 39 *et seq.*; mál C-438/02 *Hanner*, mgr. 35 *et seq.*; mál E-4/01 *Karl K. Karlsson*, mgr. 20; mál 13/70 *Cinzano* [1970] ECR 1096, mgr. 9; og mál 45/75 *Rewe* [1976] ECR 197 mgr. 27.

¹² Mál C-189/95 *Franzén*, mgr. 49.

fyrirtæki sem íslenska ríkið hafi veitt einkaréttindi. Í öðru lagi, teljist ákvæði gr. 4.9 í reglum ÁTVR nr. 351/2004 vera ráðstöfun af hálfu ríkisins í tengslum við einkasölu og í því sambandi ber að hafa í huga að samkvæmt ákvæðum 10. gr. reglugerðarinnar skuli reglurnar hljóta staðfestingu fjármálaráðherra. Því séu orsakatengsl á milli lagalegrar eða stjórnsýslulegrar íhlutunar af hálfu ríkisins og hugsanlegrar misbeitingar fyrirtækisins.¹³ Samkvæmt dómaframkvæmd dómstóls Evrópubandalaganna varðandi tengsl 31. gr. og 86. gr EB (sem svara til 16. gr. og 59. gr. EES) sé ekki nauðsynlegt að meta ráðstafanir af hálfu ríkiseinkasölu í ljósi 59. gr. EES ef þær hafa þegar verið metnar skv. 16. gr. EES.¹⁴ Þar sem ljóst er að ekki sé um að ræða brot á 16. gr. EES þurfi ekki að fjölyrða frekar um hugsanlegar réttlætningarástæður skv. 2. mgr. 59. gr. EES.

38. ESA telur að þau ákvæði sem eigi við í þessu máli séu ákvæði 54. gr. EES en ekki 53. gr. EES. Viðskiptaskilmálar þeir sem um sé deilt séu settir af ÁTVR en leiði hvorki af samningi, ákvörðun né samstilltum aðgerðum í samráði við önnur fyrirtæki. Hið umdeilda ákvæði sé því einhliða sett af ÁTVR. Grundvallarspurningin sé því sú hvort íslenska ríkið brjóti gegn ákvæðum 1. mgr. 59. gr. EES, sbr. 54. gr. EES, með því að samþykkja viðskiptaskilmála ÁTVR þar sem í kjölfar þeirra hafi skapast aðstæður þar sem ÁTVR komist ekki hjá því að misnota yfirburðastöðu sína.¹⁵

39. ESA heldur því samt sem áður fram að krafa ÁTVR um að vörur skuli afhentar á EUR-brettum og að andvirði brettanna skuli innifalið í vöruverði, feli ekki í sér misnotkun á yfirburðastöðu einkasölnunar.¹⁶ Í 54. gr. EES séu upptaldar, en þó ekki með tæmandi hætti, þær aðstæður sem fela í sér misnotkun á yfirburðastöðu.¹⁷ Viðskiptaskilmálar þeir sem um er deilt hvorki hvetji ÁTVR til misnotkunar gagnvart birgjum sínum með því að mismuna hinum ýmsu viðskiptaaðilum,¹⁸ né teljist viðskiptaskilmálarnir vera fylgisölusamningur.¹⁹ Notkun staðlaðra bretta virðist tengjast efni samninganna þar sem hún tryggir skilvirka og örugga meðhöndlun og geymslu vöru sem afhent er ÁTVR. Hvort ÁTVR beiti viðskiptaskilmálunum í hagnaðarskygni, með því að heimila birgjum

¹³ Mál C-18/93 *Corsica Ferries Italia* [1994] ECR I-1783, mgr. 43. ÁTVR telst í öllu falli fyrirtæki í skilningi 54. gr. EES. Sjá Jacobs, lögsögumaður í máli C-67/96 *Albany International BV* [1999] ECR I-5751, mgr. 338.

¹⁴ Mál C-209/98 *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), acting for Sydhavnens Sten & Grus ApS* [2000] ECR I-3743, mgr. 31.

¹⁵ Mál C-387/93 *Banchero*, mgr. 51; mál C-179/90 *Porto di Genova* [1991] ECR I-5889, mgr. 17; mál C-323/93 *La Crespelle* [1994] ECR I-5077, mgr. 18; mál C-242/95 *GT-Link A/S* [1997] ECR I-4449, mgr. 33; mál C-203/96 *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV* [1998] ECR I-4075, mgr. 61; mál C-340/99 *TNT Traco* [2001] ECR I-4109, mgr. 44; og mál C-462/99 *Connect Austria* [2003] ECR I-5197, mgr. 80.

¹⁶ Mál 85/76 *Hoffmann-La Roche* [1979] ECR 461, mgr. 91.

¹⁷ Mál 6/72 *Continental Can* [1973] ECR 215, mgr. 26; mál C-395/96 P *Compagnie Belge Transports SA* [2000] ECR I-1365, mgr. 112.

¹⁸ Mál T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli de Stato* [2001] ECR II-3413, mgr. 51-54.

¹⁹ Mál C-333/94 P *Tetra Pak International* [1996] ECR I-5951.

að setja andvirði brettanna inn í vöruverðið, beri að skoða í ljósi 54. gr. EES einnar og sér. Ákvæði þeirrar greinar veita þann lagagrundvöll sem þarf til að meta hvort slíkar aðgerðir feli í sér misnotkun, þar sem slíka misnotkun leiði ekki beint af hinni opinberu reglu sem slíkri. Þessi hluti falli því utan sviðs spurningarinnar um 59. gr. EES.

40. ESA leggur að lokum áherslu á að ítarleg greining á atvikum málsins, skv. 54. gr. EES, krefjist víðtæks skilnings á staðhættum á viðkomandi markaði.²⁰ Þær takmörkuðu upplýsingar sem fram komi í beiðninni bendi ekki til þess að með beitingu ákvæðis gr. 4.9 í reglunum séu fyrirfram líkur á að ÁTVR misnoti yfirburðastöðu sína.

41. Eftirlitsstofnun EFTA leggur til að spurningunum verði svarað sem hér segir:

(1) Ákvæði 16. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið standa því ekki í vegi að ríkisfyriræki sem nýtur einkaréttar til smásölu á áfengi setji þau skilyrði að birgjar afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri tegund bretta (EUR-brettum) og að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði. Slík skilyrði eru einungis óheimil ef þau, að lögum eða í raun, leiða til þess að viðskipti með vöru frá öðrum EES-ríkjum séu óhagkvæmari en viðskipti með innlenda vöru.

(2) Ákvæði 59. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. og 54. gr. samningsins, standa því ekki í vegi að ríkisfyriræki sem nýtur einkaréttar til smásölu á áfengi setji þau skilyrði að birgjar afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri tegund bretta (EUR-brettum) og jafnframt að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði.

Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna

42. Það er álit framkvæmdastjórnar Evrópubandalaganna (hér eftir framkvæmdastjórnin), hvað varðar fyrri spurninguna, að enginn vafi leiki á því að ÁTVR sé ríkiseinkasala í viðskiptum, í skilningi 16. gr. EES.²¹ Auk þess sé ljóst af dómaframkvæmd að 16. gr. EES sé sér regla gagnvart almennum ákvæðum um frelsi til vöruflutninga í 11. og 13. gr. EES. Því beri að meta hið umdeilda skilyrði á grundvelli 16. gr. EES, einnar og sér.²²

43. Í dómaframkvæmd sé gerður greinarmunur á þeim innlendu lagaákvæðum sem meta beri á grundvelli 16. gr. EES (31. gr. EB) og þeim sem meta beri með

²⁰ Mál C-266/96 *Corsica Ferries France* [1998] ECR I-3949, mgr. 21-28; mál C-72/03 *Carbonati Apuani Srl*, dómur frá 9. september 2004, mgr. 9-14; mál C-134/03 *Viacom Outdoor*, dómur frá 17. febrúar 2005 og sameinuð mál C-438/03, C-439/03, C-509/03 og C-2/04 *Cannito* [2004] ECR I-1605, mgr. 7-13.

²¹ Mál E-4/01 *Karl K. Karlsson*, mgr. 23.

²² Mál C-387/93 *Banchero*, mgr. 26.

hliðsjón af 11. og 13. gr. EES (28. og 30. gr. EB). Leiðsögn sé að finna í málum *Restamark*²³ og *Franzén*²⁴ um hvernig beri að greina á milli ólíkra ákvæða varðandi ríkiseinkasölur.²⁵ Framkvæmdastjórnin er þeirrar skoðunar að skilmálar og skilyrði sett af ÁTVR um kaup á áfengi tengist rekstri einkasölnunnar jafnvel þótt þau tengist ekki tilvist hennar. Það sé vandkvæðum bundið að greina með skýrum hætti á milli þeirra aðferða sem einkasölufyrirtækið notar við val á vörum frá birgjum og þeim skilmálum sem það setur fyrir kaupum á vörum frá þeim birgjum sem það kys að eiga viðskipti við. Framkvæmdastjórnin telur því að hið umdeilda skilyrði, að áfengi sé afhent ÁTVR á stöðluðum brettum, sé regla sem varði birgja sem fyrirtækið á viðskipti við. Af þessu leiði að til þess að um mismunun sé að ræða þurfi að vera til staðar ólík meðferð á birgjum innlendrar vöru og birgjum sem flytja inn vörur frá öðrum ríkjum EES.²⁶ Dómstóll Evrópubandlaganna hafi komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé um mismunun að ræða, í skilningi 31. gr. EB, þegar sömu skilmálar ríkiseinkasölu gildi um innflutta og innlenda vöru.²⁷ Ljóst sé af beiðninni í máli þessu að krafan um bretti nái til allra birgja og allrar vöru, óháð því hvort varan sem afhent er sé framleidd á Íslandi eða innflutt. Í beiðninni komi einnig fram að skv. 2. gr. laga um verslun með áfengi og tóbak skuli gæta jafnræðis gagnvart öllum áfengisbirgjum. Af því leiði að ekki sé um neina mismunun að ræða milli innlendrar og erlendrar vöru.

44. Framkvæmdastjórnin bendir á að ekki sé fyrir hendi nein sönnun sem styðji þá fullyrðingu að krafan um bretti mismuni erlendri vöru með þeim hætti að það sé auðveldara fyrir birgja innlendrar vöru en innflytjendur að verða sér úti um notuð bretti á lægra verði. Framkvæmdastjórnin fær heldur ekki séð hvernig krafan um að andvirði bretta sé innifalið í vöruverði brjóti gegn 16. gr. EES. Þetta þýði að stefnandi geti velt kostnaði af brettum yfir á ÁTVR þótt ekki sé það sérliður á reikningi. Það sé aukaatriði hvernig andvirði brettanna sé innheimt af kaupanda, að því tilskildu að hægt sé, undir öllum kringumstæðum, að velta kostnaði yfir á kaupanda, svo sem virðist vera í máli þessu. Það komi meira að segja fram í beiðninni að krafan um að andvirði bretta sé innifalið í vöruverði eigi við um bæði innlenda og erlenda birgja og innlenda og erlenda vöru. Það bendi heldur ekkert til þess að íslenskir birgjar eða framleiðendur áfengis séu eftirbátar þeirra erlendu hvað varðar nýbreytni í vöruþróun og framleiðslu, einkum á vöru sem einungis er seld til ÁTVR í litlu magni. Framkvæmdastjórnin fær því ekki séð að slík fullyrðing leiði til þeirrar niðurstöðu að afhending vöru á stöðluðum brettum brjóti, af þeirri ástæðu, gegn 16. gr. EES.²⁸

²³ Mál E-1/94 *Restamark*.

²⁴ Mál C-189/95 *Franzén*.

²⁵ Mál C-189/95 *Franzen*, mgr. 35-77; mál E-4/01 *Karlsson*; og E-9/00 *EFTA Surveillance Authority v Norway*.

²⁶ Mál C-438/02 *Hanner*, mgr. 34-35 og 38.

²⁷ Mál 13/70 *Cinzano*, mgr. 9 og mál 45/75 *Rewe*, mgr. 27.

²⁸ Mál C-189/95 *Franzen*, mgr. 49.

45. Sé dómstóllinn hins vegar á þeirri skoðun að 11. gr. EES eigi við heldur framkvæmdastjórnin því fram að það breyti ekki niðurstöðu málsins í raun. Þar sem hið umdeilda skilyrði tengist beint skilmálum ÁTVR varðandi kaup á vörum frá birgjum geti það talist „sölufyrirkomulag”, eins og það hugtak sé skilgreint í máli *Keck and Mithouard*, og fellur þar með utan gildissviðs bannsins í 11. gr. EES.²⁹ Sú staðreynd ein að um sé að ræða pakkningar á brettum komi ekki í veg fyrir að skilmálar þeir sem um ræðir teljist „sölufyrirkomulag” því til að þeir falli utan skilgreiningarinnar á „sölufyrirkomulagi” verði að koma til breytingar á innfluttri vöru.³⁰ Framkvæmdastjórnin bendir loks á að hið umdeilda skilyrði gildi um alla vöru sem ÁTVR kaupir hvaðan sem hún er upprunnin.

46. Að því er varðar seinni spurninguna minnir framkvæmdastjórnin á að dómstóll Evrópubandalaganna hafi komist að þeirri niðurstöðu að þarflaust sé að meta ráðstöfun af hálfu ríkiseinkasölu í ljósi 86. gr. EB ef hún hefur þegar verið metin í ljósi 31. gr. EB.³¹ Því reyni ekki á það álitaefni hvort hugsanleg réttlætning skv. 2. mgr. 59. gr. EES sé til staðar.

47. Svo öllu sé til haga haldið telur Framkvæmdastjórnin eigi að síður rétt að láta í ljós álit á því hvort hið umdeilda skilyrði um notkun staðlaðra bretta brjóti mögulega gegn 1. mgr. 59. EES, sbr. ákvæði 53. og 54. gr. EES. Framkvæmdastjórnin fær ekki séð að 53. gr. EES um samninga, ákvarðanir og samstilltar aðgerðir sem hamla samkeppni, eigi við í máli þessu. Hið umdeilda skilyrði virðist vera staðlaður skilmáli sem ÁTVR leitist við að setja öllum sínum birgjum og þeir verði að setta sig við. Því beri að skoða málið út frá þeim sjónarhóli hvort hið umdeilda skilyrði feli í sér misnotkun ÁTVR á yfirburðastöðu.

48. Samkvæmt dómaframkvæmd dómstóls Evrópubandalaganna sé aðildarríki brotlegt við EB-sáttmálann ef það setur lög og stjórnsýslufyrirmæli sem skapa aðstæður þar sem opinber fyrirtæki, eða fyrirtæki sem ríkið hefur veitt einkarétt, komast ekki hjá að misnota yfirburðastöðu sína.³² Framkvæmdastjórnin álitur að ekki sé um að ræða slíka misnotkun á yfirburðastöðu í þessu máli og þar af leiðandi ekki brot gegn 59. gr. EES. Dómstóll Evrópubandalaganna hefur staðfastlega haldið því fram að misnotkun á yfirburðastöðu sé hlutlægt hugtak sem tengist atferli fyrirtækis sem hefur yfirburðastöðu. Tilvist fyrirtækisins hafi því áhrif á gerð markaðarins, veiki samkeppni, og hindri viðhald eðlilegrar samkeppni eða komi í veg fyrir aukna samkeppni, með því að nota aðferðir ólíkar þeim sem undir venjulegum kringumstæðum stjórna eðlilegri samkeppni á sviði framleiðslu og þjónustu viðskiptaaðila.³³ Notkun staðlaðra bretta sé samt sem áður tengd efni samninganna þar sem hún tryggi skilvirka og örugga meðhöndlun

²⁹ Sameinuð mál C-267/91 og C-268/91 *Keck and Mithouard*.

³⁰ Mál C-12/00 *Commission v Spain* [2003] ECR I-459, mgr. 76.

³¹ Mál C-209/98 *Sydhavnens Sten & Grus*, mgr. 31.

³² Mál C-462/99 *Connect Austria*, mgr. 80.

³³ Mál 85/76 *Hoffmann-La Roche*, mgr. 91.

og geymslu vöru sem ÁTVR fær afhenta. Framkvæmdastjórnin kemur ekki auga á neina mismunun milli viðskiptaaðila í máli þessu.³⁴ Hún fær heldur ekki séð, á grundvelli þeirra gagna sem fyrir liggja, að skilyrðið sem um er deilt leiði til ávinnings fyrir ÁTVR eða sé skaðlegt birgjum. Það sé ÁTVR sem virðist bera kostnað við stöðluðu brettin en ekki birgjarnir.

49. Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna leggur til að spurningunum verði svarað sem hér segir:

- (1) *Ákvæði 16. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið standa því ekki í vegi að ríkisfyrirtæki sem nýtur einkaréttar til smásölu á áfengi setji þau skilyrði að birgjar afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri tegund bretta (EUR-brettum) og að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði, nema að hægt sé að sýna fram á að slíkt skilyrði, , að lögum eða í raun, sé í óhag þeim sem stunda viðskipti með vöru frá öðrum EES-ríkjum, í samanburði við viðskipti með innlenda vöru .*
- (2) *Ákvæði 59. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið standa því ekki í vegi að ríkisfyrirtæki sem nýtur einkaréttar til smásölu á áfengi setji þau skilyrði að birgjar afhendi fyrirtækinu áfengi til smásölu á sérstakri tegund bretta (EUR-brettum) og að verð vörubrettis sé innifalið í vöruverði.*

Carl Baudenbacher
framsögumaður

³⁴

Sjá mál C-82/01 *Aéroports de Paris* [2002] I-9297, mgr. 60.