FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 18. december 2008 [1]

Indhold

I — Retsforskrifter . . . . . I - 3723

A — Fællesskabsret . . . . . I - 3723

B — National ret . . . . . I - 3724

II — Sagens faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål I - 3727

A — Sagens faktiske omstændigheder . . . . . I - 3727

1. Den gældende fastprisordning for bøger i Østrig . . . . . I - 3727

2. Baggrunden for tvisten i hovedsagen . . . . . I - 3728

B — Tvisten i hovedsagen . . . . . I - 3728

C — De præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 3729

III — Sagens behandling for Domstolen . . . . . I - 3730

IV — Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 3730

A — Indledende bemærkninger . . . . . I - 3730

1. Den fællesskabsretlige relevans af fastprisordninger for bøger . . . . . I - 3730

2. Genstanden for de præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 3731

B — Det første præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 3732

1. Parternes argumentation . . . . . I - 3732

1 — Originalsprog: tysk.

2. Retlig stillingtagen . . . . . I - 3734

a) Former for salg . . . . . I - 3735

b) Anvendelse i forhold til alle erhvervsdrivende, der driver indenlandsk virksomhed . . . . . I - 3736

c) Afsætning af østrigske og tyske bøger påvirkes på samme måde . . . . . I - 3737

i) Forskelle i den retlige behandling af tyske og østrigske bøger . . . . . I - 3737

— Hensyntagen til indkøbsfordele . . . . . I - 3738

— Mulighed for en rabat på 5% i detailleddet . . . . . I - 3739

— Konklusion . . . . . I - 3740

ii) Formodning for en negativ påvirkning af salget af tyske bøger . . . . I - 3740

— Østrigske detailpriser for tyske bøger er tilpasset tyske markedsforhold . . . . . I - 3741

— Supplerende betragtninger . . . . . I - 3741

iii) Konklusion . . . . . I - 3743

d) Konklusion . . . . . I - 3743

C — Det andet præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 3743

1. Parternes argumentation . . . . . I - 3744

2. Retlig stillingtagen . . . . . I - 3745

D — Det tredje præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 3747

1. Parternes argumentation . . . . . I - 3747

2. Retlig stillingtagen . . . . . I - 3750

a) Virkningerne af en konkurrencestridig aftale foreskrives, fremmes eller forstærkes . . . . . I - 3752

i) Konkurrencestridig aftale? . . . . . I - 3752

ii) Foreskrivelse, lettelse eller forstærkning af virkningerne . . . . . I - 3754

— Direkte tilknytning til Sammelrevers 1993? . . . . . I - 3754

— Tilknytning som følge af overgangsbestemmelsen i § 10 i BPrBG? I - 3754

— Er en indholdsmæssig tilknytning tilstrækkelig? . . . . . I - 3755

iii) Konklusion . . . . . I - 3757

b) Delegation af ansvar til private erhvervsdrivende med hensyn til beslutninger om økonomisk intervention . . . . . I - 3757

i) Intet krav om accessorisk tilknytning . . . . . I - 3758

ii) Uddelegering til private erhvervsdrivende . . . . . I - 3760

iii) Hensyntagen til medlemsstaternes kompetence på det kulturelle område . . . . . I - 3762

— Rent national fastprisordning for bøger . . . . . I - 3764

— Ikke tilsidesættelse af andre bestemmelser i EF-traktaten, navnlig ikke af bestemmelserne om frie varebevægelser . . . . . I - 3764

iv) Konklusion . . . . . I - 3765

V — Sammenfatning . . . . . I - 3766

VI — Forslag til afgørelse . . . . . I - 3767

1. Genstanden for den foreliggende præjudicielle sag er en anmodning om en præjudiciel afgørelse forelagt af Oberster Gerichtshof, Østrig (herefter »den forelæggende ret«). Den forelæggende ret ønsker oplyst, om bestemmelser vedrørende frie varebevægelser i artikel 28 EF og artikel 30 EF er til hinder for visse elementer i en fastprisordning for bøger som den, Østrig har indført ved Buchpreisbindungsgesetz (østrigsk lov om faste bogpriser, BGBl. 45/2000, herefter »BPrBG«). Retten ønsker endvidere oplyst, om BPrBG er forenelig med medlemsstaternes pligt ifølge artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med de konkurrenceretlige bestemmelser i artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF.

2. Sagen vedrører således bøgers dobbelte funktion som vare og som kulturgode.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsret*

3. I henhold til artikel 3, stk. 1, litra g), EF indebærer Fællesskabets virke gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes.

4. I henhold til artikel 10, stk. 2, EF afholder medlemsstaterne sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare.

5. Ifølge artikel 28 EF er kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt mellem medlemsstaterne.

6. I overensstemmelse med artikel 30 EF er bestemmelserne i artikel 28 EF ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, som er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed, beskyttelse af planter, beskyttelse af nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi eller beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Disse forbud eller restriktioner må dog hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

7. Artikel 81, stk. 1, EF bestemmer:

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser […]«

8. Ifølge artikel 81, stk. 3, EF kan bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF dog erklæres uanvendelige på enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder, enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og enhver samordnet praksis eller kategori deraf, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

9. Ifølge artikel 151, stk. 4, EF tager Fællesskabet hensyn til de kulturelle aspekter i sin indsats i henhold til andre bestemmelser i denne traktat, navnlig med henblik på at respektere og fremme sine kulturers mangfoldighed.

B — *National ret*

10. Den østrigske BPrBG lyder i uddrag således:

»Anvendelsesområde

§ 1.

Nærværende forbundslov finder anvendelse på udgivelse, import og handel med tysksprogede bøger og musikværker, med undtagelse af elektronisk handel på tværs af grænserne. Dens formål er en prisdannelse, der tager hensyn til bøger som kulturgode, forbrugernes interesse i rimelige bogpriser og driftsøkonomiske forhold for bogbranchen.

Definitioner

§ 2.

I denne forbundslov forstås ved

1. forlægger: den, der erhvervsmæssigt udgiver, fremstiller og distribuerer en vare af den i § 1 omhandlede art

2. importør: den, der erhvervsmæssigt indfører en vare af den i § 1 omhandlede art til Østrig […]

Prisfastsættelse

§ 3.

(1) Forlæggeren eller importøren af en af de i § 1 omhandlede varer skal fastsætte og offentliggøre en detailpris for varer af den i § 1 omhandlede art, som denne udgiver eller importerer.

(2) Importøren må ikke anvende en detailpris, der er lavere end den, som et forlag har fastsat eller anbefalet i forlagets hjemstat, eller den detailpris, som et forlag med hjemsted i en stat, der ikke er kontraherende part i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«), har anbefalet i hjemstaten med fradrag af den deri indeholdte moms.

(3) En importør, der køber varer af den i § 1 omhandlede art i en EØS-medlemsstat til en lavere pris end den sædvanlige indkøbspris, kan som en undtagelse fra stk. 2 anvende en lavere pris end den, forlaget har fastsat eller anbefalet i udgivelsesstaten, og, i tilfælde af reimport, den pris, som den indenlandske forlægger har fastsat, afhængigt af den opnåede indkøbsfordel.

(4) Stk. 3 finder ikke anvendelse på de i § 1 omhandlede varer, der reimporteres, såfremt disse alene er blevet eksporteret med henblik på reimport til omgåelse af nærværende lov.

(5) Den detailpris, der er fastsat i henhold til stk. 1-4 for de i § 1 omhandlede varer, skal tillægges østrigsk moms.

[…]

Bindende priser

§ 5

(1) Detailhandlende må ved salg af de i § 1 omhandlede varer til endelige forbrugere ikke anvende priser, der er mere end 5% lavere end de detailpriser, der er fastsat i henhold til § 3.

(2) Det er ikke tilladt detailhandlende erhvervsmæssigt af konkurrencehensyn at reklamere med en lavere detailpris som omhandlet i stk. 1.

[…]

Overtrædelse af reglerne om prisfastsættelse og fastprisordning

§ 7

(1) Tilsidesættelse af § 3, stk. 1-4, § 4, stk. 1, samt § 5, stk. 1-3, betragtes som overtrædelser som omhandlet i § 1 i den til enhver tid gældende Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. nr. 448/1984.

[…]

Overgangsbestemmelser

§ 10

For de i § 1 omhandlede varer, som var bragt i handelen til en fast bogladepris, der var offentliggjort i fortegnelse over bøger i

handelen af 20. juni 2000, inden nærværende forbundslov trådte i kraft, anses denne pris for den pris, forlaget eller importøren har fastsat i overensstemmelse med nærværende forbundslov.«

II — Sagens faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

A — *Sagens faktiske omstændigheder*

1. Den gældende fastprisordning for bøger i Østrig

11. Indtil den 30. juni 2000 anvendtes der i Østrig, Tyskland og Schweiz en fastprisordning for bøger, som håndhævedes af virksomhederne, den såkaldte Sammelrevers 1993. Sammelrevers 1993 var en såkaldt standardkontrakt, der var indgået mellem de pågældende forlag, grossister og detailhandlere, og som navnlig omfattede tysksprogede bøger. Der fandtes ikke horisontale aftaler mellem forlagene. Indgåelsen af og kontrollen med de enkelte aftaler blev imidlertid sikret centralt gennem formidling af prisbindingsagenter.

12. Hovedformålet med Sammelrevers 1993 var faste detailpriser, dvs. de priser, som detailhandlerne kunne kræve af de endelige forbrugere. Ved Sammelrevers 1993 forpligtedes detailhandlerne til at overholde de detailpriser, som forlagene havde fastsat, som faste priser [2]. Forlaget kunne frit fastsætte detailprisen. Når detailprisen var fastsat, var forlaget imidlertid forpligtet til at føre kontrol med, at den blev overholdt.

13. Efter Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union krævede Kommissionen den 8. februar 2000, at de grænseoverskridende virkninger af Sammelrevers 1993 blev bragt til ophør senest den 30. juni 2000 [3]. Kommissionen fik herefter forelagt en ændret udgave af Sammelrevers 1993, hvorefter navnlig den vertikale fastprisordning mellem på den ene side tyske forlag og på den anden side østrigske engros- og detailhandlende samt mellem på den ene side østrigske forlag og på den anden side tyske engros- og detailhandlende skulle ophæves. Kommissionen lagde til grund, at der under disse omstændigheder

2 — Den vertikale detailprisbinding skulle give forlagene mulighed for krydssubsidiering. Idéen var, at de pågældende forlag skulle anvende de yderligere indtægter, som de opnåede fra salg af let salgbare titler til en højere pris, til medfinansiering af mindre salgbare titler. Dette skulle navnlig fremme bogens stilling som kulturgode og den litterære mangfoldighed, navnlig ved værker, som udgives i mindre oplag, og som kun er henvendt til en begrænset læserkreds. Fezer, K.-H., »Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt«, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, s. 141, nævner yderligere formål. Jf. endvidere H. Heker, »Buchpreisbindung«, i: J. Schwarze, J. Becker, *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos, 1998, s. 116 og 117.

3 — Forinden havde de pågældende forlag indgivet en begæring til Kommissionen om, at det fastslås, at Sammelrevers 1993 ikke opfyldte betingelsen i artikel 81, stk. 1, EF (negativattest), eller subsidiært, at aftalen blev fritaget i medfør af artikel 81, stk. 3, EF (fritagelse). Kommissionen havde allerede den 22.1.1998 fremsendt klagepunkter. En gengivelse af udviklingen indtil vedtagelsen af BPrBG findes hos M. Engelmann, *Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt*, dissertation.de, 2001, s. 125-165.

ikke kunne antages at være tale om mærkbare virkninger på handelen mellem medlemsstater. Den 30. juni 2000 udtrådte de østrigske forlag, engros- og detailhandlere af Sammelrevers 1993 [4].

14. BPrBG blev vedtaget i Østrig den 30. juni 2000. Denne lovbestemte ordning med faste bogpriser omfatter en vertikal prisbinding, men har følgende forskelle i forhold til Sammelrevers 1993: Detailpriserne er i henhold til BPrBG mindstepriser, ikke faste priser. Ifølge § 3, stk. 3, i BPrBG kan der ved fastsættelse af detailpriser tages hensyn til indkøbsfordele. Ifølge § 5 i BPrBG kan detailhandlende anvende priser, der er 5% lavere end de detailpriser, der er fastsat.

2. Baggrunden for tvisten i hovedsagen

15. Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (herefter »sagsøgeren« eller »sammenslutningen«) offentliggør i henhold til § 4, stk. 2, i BPrBG de detailpriser, som boghandlerne i henhold til § 3, stk. 1, i BPrBG skal overholde ved salg af bøger i Østrig (i det følgende anvendes begrebet »østrigske detailpriser« for de detailpriser, der gælder ifølge den østrigske BPrBG, mens begrebet »tyske detailpriser« dækker de detailpriser, der finder anvendelse ifølge den tyske lov om faste bogpriser). Sagsøgeren fører tilsyn med, om detailhandlere respekterer de fastsatte detailpriser ved annoncering for bøger, der er omfattet af fastprisordningen ifølge § 1 BPrBG.

16. Libro Handelsgesellschaft mbH (herefter »Libro«) driver virksomhed i Østrig og sælger i vidt omfang dér bøger, der er udgivet i Tyskland (i det følgende anvendes betegnelsen »tyske bøger« for bøger, der er udgivet i Tyskland, og betegnelsen »østrigske bøger« for bøger, der er udgivet i Østrig; der skal i denne forbindelse endvidere sondres mellem bøger på tysk og bøger på andre sprog, som henhører under anvendelsesområdet for BPrBG).

B — *Tvisten i hovedsagen*

17. Siden august 2006 har Libro solgt tyske bøger i Østrig til priser, der ligger på samme niveau som de tyske detailpriser (19,90 EUR), og således lavere end de østrigske detailpriser (20,50 EUR). Sagsøgeren fremsatte herefter begæring om, at det pålægges Libro at ophøre med over for endelige forbrugere at offentlig-

4 — Jf. vedrørende Sammelrevers og sagen for Kommission navnlig H.-J. Bunte, »Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung zwischen Deutschland und Österreich«, i: *Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner*, Orac Verlag, 2001, s. 307-310.

gøre priser, der er lavere end de mindstepriser, der er fastsat i Østrig.

18. Førsteinstansen imødekom sagsøgerens begæring. Appelinstansen stadfæstede afgørelsen. Libro iværksatte en appel til prøvelse af sidstnævnte afgørelse, for hvilken Gerichtshof er øverste instans. Den forelæggende ret nærer tvivl om, hvorvidt visse elementer i BPrBG er forenelig med fællesskabsretten.

C — *De præjudicielle spørgsmål*

19. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal artikel 28 EF fortolkes således, at den som sådan er til hinder for anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvorefter importører af tysksprogede bøger er forpligtede til for de i indlandet importerede bøger at fastsætte en bindende salgspris til den endelige forbruger og offentliggøre denne pris, i hvilken forbindelse importøren ikke må anvende en detailpris, der er lavere end den, som et forlag har fastsat eller anbefalet i forlagets hjemstat, eller den detailpris, som et forlag med hjemsted i en stat, der ikke er kontraherende part i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«), har anbefalet i hjemstaten med fradrag af den deri indeholdte moms, men at der består en undtagelse for det tilfælde, at en importør, der i en EØS-medlemsstat indkøber til en lavere pris end den sædvanlige, kan anvende en lavere pris end den, som forlaget har fastsat eller anbefalet i forlagets hjemstat — i tilfælde af reimport, den af det indenlandske forlag fastsatte pris — i forhold til den opnåede indkøbsfordel?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

Skal den nationale lovbestemte fastprisordning for bøger som anført i spørgsmål 1, der — under alle omstændigheder også, da der er tale om en form for salg, der gør indgreb i retten til frie varebevægelser — og som sådan er i strid med artikel 28 EF, og hvis formål generelt beskrives som et nødvendigt hensyn »til bogens stilling som kulturgode, forbrugernes interesse i rimelige bogpriser og driftsøkonomiske forhold for bogbranchen«, anses for begrundet i henhold til artikel 30 EF eller artikel 151 EF, eventuelt ud fra en almen interesse i fremme af produktion af bøger, en mangfoldighed af titler til regulerede priser og en mangfoldighed af boghandlere — til trods for, at der mangler empiriske oplysninger, der godtgør, at den lovbestemte fastprisordning for bøger er et egnet middel til opfyldelse af de tilstræbte formål?

3) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende:

Er den nationale lovbestemte fastprisordning for bøger som beskrevet i spørgsmål 1 forenelig med artikel 3, stk. 1, litra g), EF, artikel 10 EF og artikel 81 EF, uanset at den tidsmæssigt og materielt udgør en uafbrudt fortsættelse af boghandlernes tidligere kontraktmæssige binding til de priser, som forlagene havde fastsat for forlagsprodukter (Sammelreverssystem 1993), og trådte i stedet for denne kontraktmæssige ordning?«

III — Sagens behandling for Domstolen

20. Den præjudicielle anmodning af 13. november 2007 indgik til Domstolen den 29. november 2007. Under den skriftlige forhandling blev der indgivet indlæg af Libro, sagsøgeren, den østrigske, den tyske, den franske og den spanske regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden. I retsmødet den 16. oktober 2008 blev der afgivet indlæg af Libro, sagsøgeren, den østrigske, den tyske og den spanske regering, af Kommissionen samt af EFTA-Tilsynsmyndigheden.

IV — Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger*

1. Den fællesskabsretlige relevans af fastprisordninger for bøger

21. Det er ikke første gang, Domstolen skal træffe afgørelse om, hvorvidt en fastprisordning for bøger er forenelig med fællesskabsretten [5]. Dette er ikke overraskende. Under fastprisordninger for bøger, der ifølge deres fortalere navnlig er begrundede i hensynet til bøger som kulturgode, en mangfoldighed af titler og forsyning af befolkningen med bøger til rimelige priser [6], fastsættes detailpriserne for bøger af forlagene eller importørerne. Fastprisordninger for bøger omfatter således (vertikale) prisbindinger i forskellige omsætningsled.

22. Vertikale prisbindinger er foranstaltninger, der typisk rejser spørgsmål om, hvorvidt de er forenelige med fællesskabsretten. I denne forbindelse skal der sondres mellem

5 — Jf. navnlig Domstolens dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc, Sml. s. 1, af 23.10.1986, sag 355/85, Cognet, Sml. s. 3231, af 14.7.1988, sag 254/87, Syndicat des libraires de Normandie, Sml. s. 4457, af 17.1.1995, sag C-360/92 P, Publishers Association mod Kommission, Sml. I, s. 23, og af 3.10.2000, sag C-9/99, Échirolles Distribution, Sml. I, s. 8207.

6 — H. Heker, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 116.

prisbindingsordninger for bøger, der bygger på aftaler mellem virksomheder, og ordninger, der fastsættes af medlemsstaterne. Såfremt der er tale om en prisbindingsordning for bøger, som bygger på aftaler mellem virksomheder, rejser den vertikale prisbinding navnlig spørgsmål om forenelighed med artikel 81 EF. Såfremt der er tale om en prisbindingsordning for bøger, der er fastsat af en medlemsstat, opstår der navnlig spørgsmål om, hvorvidt den er forenelig med varernes frie bevægelighed ifølge artikel 28 EF ff.

23. Den foreliggende sag angår en prisbindingsordning for bøger, der beror på en statslig foranstaltning, nemlig BPrBG. Forud for BPrBG fandtes der en prisbindingsordning for bøger, der byggede på aftaler mellem virksomheder, hvorfor der foruden forenelighed med artikel 28 EF ff. opstår spørgsmål om, hvorvidt den østrigske lovgiver med vedtagelsen af BPrBG har tilsidesat medlemsstaternes loyalitetspligt ifølge artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF.

24. Europa-Parlamentet og Rådet har givet udtryk for en principielt positiv holdning over for nationale fastprisordninger for bøger [7].

7 — Jf. Europa-Parlamentets beslutning af 16.12.1999, EFT 2000 C 296, s. 210, samt Rådets resolution af 12.2.2001, EFT C 73, s. 5.

2. Genstanden for de præjudicielle spørgsmål

25. Domstolens opgave under en præjudiciel procedure er begrænset til besvarelse af de spørgsmål, den har fået forelagt. Afgrænsning og forelæggelse af de spørgsmål, der er relevante for tvisten i hovedsagen, er omfattet af de nationale retters skøn. Henset hertil kan der følgelig kun tillægges indlæg fra sagens parter betydning i det omfang, disse er relevante for besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål [8]. Jeg vil derfor ikke komme ind på de af parternes argumenter, der går ud over de præjudicielle spørgsmål.

26. Relevant for den foreliggende sag er en national retsforskrift som § 3 i BPrBG. Denne benytter som kriterium på den ene side østrigske bøger, og på den anden side bøger, der udgives i andre stater, der er parter i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«). Tvisten i hovedsagen vedrører tyske bøger, hvorfor jeg i det følgende vil begrænse mig til at undersøge behandlingen af østrigske og tyske bøger ifølge § 3 i BPrBG [9].

8 — Domstolen må ikke benytte parternes indlæg som anledning til at rejse yderligere spørgsmål, som ikke er blevet forelagt af den nationale ret, jf. Domstolens dom af 5.10.1988, sag 247/86, Alsatel, Sml. s. 5987, præmis 8, af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 31, af 6.7.2000, sag C-402/98, ATB m.fl., Sml. I, s. 5501, præmis 29, og af 12.2.2004, sag C-236/02, Slob, Sml. I, s. 1861, præmis 29 og 30, samt K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 2. udg., nr. 2-020.

9 — Disse betragtninger gælder imidlertid også tysksprogede bøger, der udgives i andre medlemsstater.

B — *Det første præjudicielle spørgsmål*

27. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 28 EF skal fortolkes således, at en national retsforskrift som § 3 i BPrBG udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion.

1. Parternes argumentation

28. Parternes argumentation kan i det væsentlige sammenfattes således.

29. *Libro*, *EFTA-Tilsynsmyndigheden* og *Kommissionen* finder, at artikel 28 EF skal fortolkes således, at en national retsforskrift som § 3 i BPrBG udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion.

30. BPrBG's § 3 indeholder forskellige kriterier for fastsættelse af østrigske detailpriser. Østrigske forlag kan for østrigske bøger fastsætte priserne efter eget skøn. For så vidt angår tyske bøger må importøren imidlertid principielt ikke fastsætte en pris, der er lavere end den tyske detailpris.

31. Undtagelsen i henhold til BPrBG's § 3, stk. 3, hvorefter der kan tages hensyn til indkøbsfordele, og BPrBG's § 5, hvorefter der i detailleddet kan indrømmes indtil 5% rabat, kan ikke udligne denne forskelsbehandling.

32. Anvendelsen af § 3, stk. 3, i BPrBG volder betragtelige vanskeligheder, navnlig i relation til begreberne »den sædvanlige indkøbspris« og »særlige indkøbsfordele«. Oplysninger om sædvanlige indkøbspriser og særlige indkøbsfordele er ikke offentligt tilgængelige, men udgør forretningshemmeligheder og er derfor i praksis ikke tilgængelige.

33. Den omstændighed, at detailhandlende ifølge § 5 i BPrBG kan indrømme østrigske forbrugere en rabat på indtil 5%, er ikke tilstrækkeligt til at opveje den mindre fordelagtige behandling af tyske bøger. Der må ikke reklameres med denne rabat.

34. Ifølge Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden udgør BPrBG's § 3 en form for salg, der ikke finder anvendelse uden forskel. Ifølge Libro er det tvivlsomt, hvorvidt der er tale om en form for salg. Tyske bøger sælges hyppigt med den tyske detailpris påtrykt eller påklæbet. Som følge af de forskellige momssatser i Tyskland (7%) og Østrig (10%) er det nødvendigt at ometikettere dem. Der er følgelig tale om en produktrelateret bestemmelse.

35. Libro finder endelig — til forskel fra Kommissionen — at BPrBG's begrænsning til tysksprogede bøger udgør en yderligere forskelsbehandling.

36. Ifølge *sagsøgeren* og *regeringerne for de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen*, udgør en foranstaltning som BPrBG's § 3 ikke en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion.

37. Ved fastsættelse af de østrigske detailpriser er der tale om en form for salg, der retligt og faktisk behandler indenlandske og udenlandske produkter på samme måde.

38. En national ordning som BPrBG's § 3 finder anvendelse på østrigske og på tyske bøger. Den omstændighed, at den østrigske detailpris for østrigske bøger skal fastsættes af østrigske forlag, men for tyske bøger derimod af importøren af disse, udgør ikke forskelsbehandling.

39. Det østrigske og det tyske marked er endvidere i vidt omfang homogent. Et tysk forlag kan endvidere anvende en selvstændig prispolitik i Østrig, idet det kan indrømme importøren indkøbsfordele, som denne kan tage i betragtning ved fastsættelsen af den østrigske detailpris i overensstemmelse med § 3, stk. 3, i BPrBG.

40. I det omfang den østrigske detailpris for tyske bøger er højere end den tyske detailpris som følge af de forskellige momssatser, kan dette udlignes af den detailhandlende ifølge § 5 i BPrBG, idet den østrigske detailpris nedsættes med indtil 5%. Det skal endvidere tages i betragtning, at fastsættelse af forskellige momssatser er omfattet af medlemsstaternes kompetence.

41. Den omstændighed, at BPrBG er begrænset til at finde anvendelse på tysksprogede bøger, udgør ikke forskelsbehand-

ling. En udvidelse af prisbindingen for bøger til tillige at omfatte ikke-tysksprogede bøger ville medføre en mere omfattende begrænsning af den frie bevægelighed for varer. En begrænsning er tillige objektivt begrundet.

42. Den østrigske regering har henvist til, at § 3 i BPrBG opfylder de betingelser, som retspraksis formulerede i Leclerc-dommen [10]. De giver importører mulighed for ved fastsættelsen af den østrigske detailpris at tage hensyn til indkøbsfordele.

43. Den tyske regering finder, at den østrigske og den tyske prisbindingsordning for bøger gensidigt respekterer de priser, der er fastsat for den anden medlemsstats område, og skal fortolkes som en fælles, harmoniseret markedsordning, der udelukker forskelsbehandling.

2. Retlig stillingtagen

44. Indledningsvis bemærkes, at bøger er omfattet af det materielle anvendelsesområde for retten til frie varebevægelser. Bøger kan ganske vist på samme tid være økonomiske og kulturelle goder [11]. Denne dobbelte funktion medfører imidlertid ikke, at de ikke er omfattet af retten til fri bevægelighed for varer.

45. Den forelæggende ret rejser spørgsmål om, hvorvidt artikel 28 EF skal fortolkes således, at en national retsforskrift som § 3 i BPrBG udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion.

46. Ifølge artikel 28 EF er kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt mellem medlemsstaterne. Ved en foranstaltning med tilsvarende virkning som indførselsrestriktioner i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 28 EF, forstås ifølge Domstolens faste retspraksis enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet (Dassonville-formlen) [12]. Domstolen har imidlertid understreget, at det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse, ikke antages at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne, forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet,

10 — Fodnote 5.

11 — U. Everling, »Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und europäisches Gemeinschaftsrecht«, i: *Die Buchpreisbindung aus europarechtlicher, ökonomischer und kulturhistorischer Sicht*, Verlag der Einzelhändler-Vereinigung, 1997, s. 7.

12 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5.

og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde (Keck-undtagelsen) [13].

47. Det følger således af Dassonville-formlen og Keck-undtagelsen, at tillige former for salg (a), der finder anvendelse på samtlige indenlandske erhvervsdrivende (b), udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion, når den ikke faktisk og retligt påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde (c).

a) Former for salg

48. Domstolen har hyppigt betragtet prisordninger, navnlig ordninger vedrørende salg til endelige forbrugere, som former for salg [14]. En bestemmelse som § 3 i BPrBG vedrører niveauet for den østrigske detailpris, dvs. den pris, som detailhandlende i Østrig mindst skal kræve hos de endelige forbrugere. En sådan ordning udgør således såvel efter sin ordlyd som ifølge retspraksis en form for salg.

49. Libro betvivler dette.

50. For så vidt som Libro har gjort gældende, at Keck-undtagelsen alene vedrører *bestemte* former for salg, mens § 3 i BPrBG som følge af den grænseoverskridende dimension ikke kan betragtes som en sådan *bestemt* form for salg i Keck-undtagelsens forstand, er dette ikke overbevisende. For det første har Keck-undtagelsens begrænsning ifølge Domstolens retspraksis til at omfatte *visse* former for salg ikke hidtil haft væsentlig betydning [15]. For det andet finder jeg ikke, at tilføjelsen »*visse*« skal forstås således, at Keck-undtagelsen ikke skal finde anvendelse, når sagens omstændigheder omfatter grænseoverskridende elementer. Da det er en betingelse for anvendelsen af artikel 28 EF, at der er tale om et grænseoverskridende element, ville en sådan betragtning i vidt omfang tømme Keck-undtagelsen for indhold.

13 — Domstolens dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097, præmis 16. Efter min opfattelse må anvendelsen af Keck-undtagelsen ikke føre til, at artikel 28 EF anvendes skematisk. Ved anvendelse af Keck-undtagelsen skal der derimod tages hensyn til Domstolens begrundelse i dommens præmis 17, hvorefter en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat ikke kan antages at forhindre, at varerne *får adgang til markedet* eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer. Efter min opfattelse er det afgørende, om en foranstaltning truffet af en medlemsstat må antages at forhindre eller medføre ulemper for adgangen til markedet.

14 — Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 16-18, og dom af 11.10.1995, sag C-63/94, Belgapom, Sml. I, s. 2457, præmis 13.

15 — P.-C. Müller-Graf henviser i von der Groeben, Schwarze, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, bind 1, 6. udg., 2003, artikel 28, punkt 252 og 247, til, at dette sondringskriterium ikke indeholder væsentlige vurderings- eller afgrænsningsaspekter.

51. Libro har *for det andet* gjort gældende, at § 3 i BPrBG er en produktrelateret foranstaltning og følgelig ikke en form for salg. Den østrigske detailpris for tyske bøger må principielt ikke være lavere end den tyske detailpris. Ved beregningen af den østrigske detailpris skal den tyske moms på 7% fratrækkes ifølge § 3, stk. 2, i BPrBG, og den østrigske moms på 10% skal tillægges ifølge § 3, stk. 5, i BPrBG. Dette bevirker, at den østrigske detailpris principielt bliver højere end den tyske detailpris. Den tyske detailpris er typisk trykt eller klæbet på tyske bøger. § 3 i BPrBG fører således til, at tyske bøger skal ometiketteres med henblik på salg i Østrig.

52. I denne forbindelse er det alene fornødent at konstatere, at produktrelaterede ordninger ligeledes kan udgøre former for salg. Jeg kan ikke udlede af retspraksis, at former for salg på den ene side står i modsætning til produktrelaterede ordninger på den anden side. Retspraksis lægger derimod til grund, at produktrelaterede ordninger hyppigt har en faktisk diskriminerende virkning, og derfor til forskel fra andre former for salg må antages at påvirke afsætningen af indenlandsk og udenlandsk fremstillede varer forskelligt [16]. Såfremt en statslig ordning er produktrelateret, bevirker det således ikke, at der ikke er tale om en salgsform, men det kan bevirke, at der er tale om en salgsform, der ikke påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer, der hidrører fra andre medlemsstater, på samme måde [17].

53. Der er følgelig tale om en form for salg. Dette medfører imidlertid ikke, at betingelserne for Keck-undtagelsen er opfyldt.

b) Anvendelse i forhold til alle erhvervsdrivende, der driver indenlandsk virksomhed

54. Denne form for salg finder ligeledes anvendelse i forhold til samtlige erhvervsdrivende, der driver indenlandsk virksomhed.

16 — Dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Mars, Sml. I, s. 1923, præmis 12, af 12.10.2000, sag C-3/99, Ruwet, Sml. I, s. 8749, præmis 46, af 13.9.2001, sag C-169/99, Schwarzkopf, Sml. I, s. 5901, præmis 39, og af 14.12.2004, sag C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft og S. Spitz, Sml. I, s. 11763, præmis 72. Dette skyldes, at en produktrelateret ordning, der foreskriver eller forbyder en bestemt etikettering af en vare, hyppigt tvinger den berørte erhvervsdrivende til at emballere den pågældende vare forskelligt, afhængigt af stedet for markedsføringen, og at dette medfører yderligere emballageomkostninger. Dette må antages at vanskeliggøre adgangen til markedet.

17 — For så vidt angår faktisk forskelsbehandling, jf. nedenfor, fodnote 30.

Ganske vist er en bestemmelse som § 3 i BPrBG dels adresseret til østrigske forlag, dels til importører af tyske bøger. Importører af tyske bøger behandles følgelig forskelligt fra grossister eller detailhandlende af østrigske bøger, som ikke skal fastsætte detailpriser. Denne forskelsbehandling er imidlertid begrundet i en funktionel betragtning. Importører er erhvervsdrivende, der markedsfører tyske bøger i Østrig. I denne henseende (markedsføring) skal de sidestilles med forlag, der udgiver østrigske bøger [18].

i) Forskelle i den retlige behandling af tyske og østrigske bøger

56. § 3 i BPrBG indeholder forskellige regler om fastsættelse af østrigske detailpriser. Et østrigsk forlag kan frit fastsætte detailprisen for dets bøger, jf. § 3, stk. 1, i BPrBG. En importør af tyske bøger må derimod principielt ikke ved fastsættelsen af den østrigske detailpris fastsætte en pris, der er lavere end den tyske detailpris, som er fastsat af det tyske forlag ved salg af bogen i Tyskland, jf. § 3, stk. 2, i BPrBG.

c) Afsætning af østrigske og tyske bøger påvirkes på samme måde

55. Det afgørende spørgsmål er, om en ordning som § 3 i BPrBG retligt og faktisk påvirker afsætningen af østrigske og tyske bøger på samme måde. Efter min opfattelse er det temmelig klart, at østrigske og tyske bøger ikke behandles på samme måde ifølge § 3 BPrBG (i), og at dette kan påvirke afsætningen af tyske bøger i Østrig negativt (ii).

57. Ifølge Dassonville-formlen og Keck-undtagelsen er det afgørende, om indenlandske og udenlandske varer behandles lige i den pågældende medlemsstat. I den foreliggende sag ligger forskellen i, at den østrigske detailpris for tyske bøger, til forskel fra for østrigske bøger, ikke frit kan fastsættes, og således ikke alene kan fastsættes under hensyn til markedsvilkårene i Østrig. § 3, stk. 1, og § 3, stk. 2, i BPrBG indebærer således en retlig forskelsbehandling, der er knyttet til bøgernes oprindelse.

18 — Såfremt den østrigske stat vil sikre, at fastprisordningen for bøger gælder for alle tysksprogede bøger, der markedsføres inden for dens geografiske område, er det nærliggende at lade forpligtelsen påhvile det første led i distributionskæden i Østrig, dvs. østrigske forlag og importører.

58. Henset til Dassonville-formlen og Keck-undtagelsen forekommer det mig derimod

ikke relevant, om tyske og østrigske detailpriser kan fastsættes til samme beløb.

59. Sagsøgeren og regeringerne for de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen, har imidlertid gjort gældende, at undtagelsen i § 3, stk. 3, og § 5 i BPrBG udelukker forskelsbehandling.

— Hensyntagen til indkøbsfordele

60. Ifølge § 3, stk. 3, i BPrBG kan en importør, der køber tyske bøger til en lavere pris end den sædvanlige indkøbspris ved fastsættelsen af den østrigske detailpris anvende en lavere pris end den tyske detailpris, afhængigt af den opnåede indkøbsfordel. Dette skal ifølge sagsøgeren og de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen, give et tysk forlag mulighed for at gennemføre en selvstændig prispolitik i Østrig.

61. Denne argumentation overbeviser mig ikke.

62. *For det første* kan et tysk forlag, til forskel fra et østrigsk forlag, alene føre en selvstændig prispolitik i Østrig, såfremt det indrømmer importøren en lavere indkøbspris end den sædvanlige. For at kunne gennemføre sin prispolitik i Østrig må et tysk forlag således i givet fald acceptere at indrømme importørerne indkøbsfordele, der bevirker en mindre omsætning for det pågældende tyske forlag; et østrigsk forlag skal derimod ikke indrømme sine aftagere tilsvarende indkøbsfordele.

63. *For det andet* forekommer anvendelsen af § 3, stk. 3, i BPrBG i praksis at være forbundet med betydelige vanskeligheder. Der henvises med rette til, at de indkøbspriser, som grossisterne eller detailhandlerne køber til hos de tyske forlag, hyppigt er forretningshemmeligheder, og at det følgelig næppe er muligt at finde frem til den sædvanlige indkøbspris i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i § 3, stk. 3, i BPrBG.

64. *For det tredje* er et tysk forlag afhængig af importørens samarbejdsvilje for at kunne gennemføre sin prispolitik. Importøren er i henhold til § 3, stk. 3, i BPrBG nemlig ikke forpligtet til at anvende en pris, der er lavere end den tyske detailpris inklusive den opnåede indkøbsfordel. Et østrigsk forlag er derimod ikke afhængig af sine kunders samarbejdsvilje.

65. *For det fjerde* må det indgå i betragtningerne, at et tysk forlag ikke under alle omstændigheder frit kan indrømme en importør indkøbsfordele. Såfremt det bliver

bekendt, at det tyske forlag indrømmer en bestemt importør fordelagtige priser, kan dette føre til vanskeligheder ved forhandlinger med andre aftagere. I denne forbindelse bemærkes, at indrømmelse af indkøbsfordele bliver offentligt kendt, såfremt en importør fastsætter en lavere østrigsk detailpris for en tysk bog end den, der principielt følger af § 3, stk. 2, i BPrBG.

66. Henset hertil kan det ikke antages, at hensyntagen til opnåede indkøbsfordele ifølge § 3, stk. 3, i BPrBG ved fastsættelsen af den østrigske detailpris udligner den retlige forskelsbehandling mellem tyske og østrigske bøger, der følger af § 3, stk. 1, og § 3, stk. 2, i BPrBG.

67. I denne forbindelse bemærkes, at § 3, stk. 3, i BPrBG heller ikke kan ses som udtryk for gennemførelsen af de krav, der blev opstillet i retspraksis i Leclerc-dommen [19]. Som Domstolen meget klart understregede i Leclerc-dommen [20], vedrører betingelsen om, at der skal tages hensyn til indkøbsfordele, den situation — som ikke er relevant i den foreliggende sag — at der er tale om reimport af østrigske bøger til Østrig [21].

— Mulighed for en rabat på 5% i detailleddet

68. Det bemærkes endvidere, at detailhandlende ifølge § 5, stk. 1, i BPrBG har mulighed for at anvende en pris, der er indtil 5% lavere end den østrigske detailpris, ved salg af bøger til endelige forbrugere.

19 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

20 — Jf. dommens præmis 25 og 26: »For så vidt en lovgivning […] gælder for bøger, som udgives i en anden medlemsstat […] For så vidt en sådan lovgivning gælder for bøger, som […] reimporteres.«

21 — Domstolen behandlede i den pågældende dom spørgsmålet om indførsel til Frankrig af bøger, der var udgivet i andre medlemsstater, og reimport af bøger, der var udgivet i Frankrig. For så vidt angik *indførsel* af bøger, udgivet i andre medlemsstater, tog Domstolen i dommens præmis 25 hensyn til, om en importør var i stand til, med henblik på afsætning på importstatens marked, at anvende den salgspris, som importøren måtte finde passende i forhold til kostprisen i den stat, hvor bogen er udgivet. Der skal således sondres i forhold til Domstolens betragtninger vedrørende ægte *reimport* i præmis 26 og 27, hvorefter importøren skal være i stand til at lade den fordel, som han har opnået på grund af den i eksportmedlemsstaten gældende lavere pris, slå igennem i detailsalgsprisen. Det fremgår allerede af denne analyse af dommen, at reglen i § 3, stk. 3, i BPrBG ikke kan betragtes som en gennemførelse af den pågældende dom, idet der er tale om *import* af bøger fra andre medlemsstater.
Dette fremgår ligeledes af følgende betragtning: I tilfælde af *reimport* har det indenlandske forlag allerede markedsført bogen på det indenlandske marked. Såfremt en importør i så tilfælde kan erhverve bogen til en lavere pris i en anden medlemsstat, er de indkøbsfordele, som er blevet opnået ved erhvervelse i en anden medlemsstat, et forholdsvist klart udtryk for fordelene ved Fællesskabets indre marked. For at disse fordele også skal medføre virkninger for forbrugeren, skal importøren kunne videregive den opnåede indkøbsfordel. Da der allerede findes en detailpris for bogen i udgivelsesstaten, er det i denne forbindelse tilstrækkeligt, at importøren kan tage hensyn til den opnåede indkøbsfordel ved fastsættelsen af detailprisen. Denne betragtning kan derimod ikke uden videre anvendes analogt på *import* af en bog fra udgivelsesstaten til en anden medlemsstat. Her gælder derimod de tidligere nævnte regler, hvorefter importøren skal være i stand til at fastsætte en pris, der er rimelig i denne stat.

69. Jeg finder heller ikke denne argumentation overbevisende.

70. *For det første* finder § 5, stk. 1, i BPrBG anvendelse på såvel østrigske som på tyske bøger. Jeg forstår ikke, hvorledes en forskelsbehandling ifølge § 3, stk. 1, og § 3, stk. 2, i BPrBG kan kompenseres af en ordning, hvorefter der kan indrømmes en rabat på 5% på såvel østrigske som på tyske bøger.

71. *For det andet* synes dette argument navnlig at tage udgangspunkt i, at den østrigske og den tyske detailpris for en bog kan fastsættes til samme beløb til trods for forskellige momssatser i Østrig og Tyskland. Dette er imidlertid ikke relevant for den foreliggende sag [22].

72. *For det tredje* kan der ifølge § 5, stk. 1, i BPrBG ikke foretages en reduktion af den østrigske detailpris, men alene af den pris, til hvilken bogen sælges til de endelige forbrugere i detailleddet. Denne sondring kan ganske vist ikke umiddelbart synes relevant, når importøren af bøgerne og den detailhandlende (som Libro) er én og samme virksomhed. I henhold til § 5, stk. 2, i BPrBG må der imidlertid alene reklameres med den østrigske detailpris i forhold til de endelige forbrugere, men ikke med den indtil 5% lavere pris.

73. § 5 i BPrBG kan således heller ikke antages at opveje den forskelsbehandling mellem østrigske og tyske bøger, der følger af § 3, stk. 1, og § 3, stk. 2, i BPrBG.

— Konklusion

74. Det må således konstateres, at der ifølge § 3, stk. 1, og § 3, stk. 2, i BPrBG gælder forskellige regler for tyske og østrigske bøger, og at denne retlige sondring hverken udlignes af bestemmelsen i § 3, stk. 3, i BPrBG eller af bestemmelsen i § 5 i BPrBG.

ii) Formodning for en negativ påvirkning af salget af tyske bøger

75. Denne retlige sondring må efter min opfattelse ligeledes antages at indebære en negativ virkning for salget af tyske bøger i forhold til østrigske bøger.

22 — Jf. ovenfor, punkt 58.

— Østrigske detailpriser for tyske bøger er tilpasset tyske markedsforhold

76. De østrigske detailpriser er mindstepriser; detailhandleren må ved salg af en bog principielt ikke fastsætte en lavere pris end denne mindstepris. Uanset at bøger har en dobbelt funktion som kulturgode og som vare, og at forfatteren og emnet for en bog kan være af væsentlig betydning, er mindsteprisen for en bog, som for andre varer, også ud fra den endelige forbrugers synspunkt *et væsentlig konkurrencemoment.*

77. Som tidligere nævnt kan den østrigske detailpris for østrigske bøger fastsættes under hensyn til østrigske markedsforhold; for så vidt angår tyske bøger fastsættes den østrigske detailpris derimod med udgangspunkt i den tyske detailpris, idet der principielt ikke må anvendes en lavere pris end denne. Et væsentligt konkurrencemoment ved salg af tyske bøger afgøres således ikke på grundlag af østrigske, men tyske markedsforhold [23]. Det kan ikke antages, at den detailpris, der fastsættes med henblik på det tyske marked, under alle omstændigheder også er rimelig med henblik på det østrigske marked. Retlige og økonomiske forskelle mellem de enkelte medlemsstater kan, i lighed med kulturelle og samfundsmæssige forskelle, påvirke de endelige forbrugeres adfærd og således begrunde en forskellig prispolitik [24].

78. Et tysk forlag, der nærer ønske om i højere grad at tilpasse den østrigske detailpris efter østrigske markedsforhold, er nødt til — i det omfang det er muligt, at fastsætte en pris, der er lavere end den tyske detailpris (med fradrag af tysk moms, og med tillæg af østrigsk moms) — at acceptere de tidligere nævnte ulemper [25]. Efter min opfattelse følger det allerede heraf, at der må antages at være tale om en negativ påvirkning af salget af tyske bøger, således at en yderligere efterprøvelse er ufornøden.

— Supplerende betragtninger

79. Blot for fuldstændighedens skyld bemærkes følgende. De østrigske detailpriser for tyske bøger er som følge af de forskellige

23 — Den omstændighed, at et tysk forlag ved fastsættelsen af den tyske detailpris eventuelt også tager hensyn til østrigske markedsforhold, taler ikke herimod. Selv om dette skulle være tilfældet, hvilket turde være tvivlsomt i betragtning af, at det østrigske marked er klart mindre, fastsættes de tyske detailpriser *ikke udelukkende* under hensyn til det østrigske marked.

24 — Et eksempel herpå er bøger, hvis forfattere er særligt kendte i en medlemsstat. Således kan f.eks. detailprisen for en kogebog, skrevet af en kok, der især optræder i de tyske medier, forekomme at være mere rimelig i Tyskland end i Østrig. Henset hertil er argumentet om, at BPrBG og den tilsvarende tyske lov om faste bogpriser har medført en fælles markedsordning i Tyskland og Østrig, der *per se* udelukker forskelsbehandling, ikke overbevisende.

25 — Jf. ovenfor, punkt 62-65.

momssatser i Tyskland (7%) og Østrig (10%) principielt højere end de tyske detailpriser [26]. Såfremt den tyske detailpris for tyske bøger fastsættes under hensyn til den formodede psykologiske prisgrænse [27], overstiger den østrigske detailpris principielt denne prisgrænse.

80. Selv om salgsprisen ved salg til endelige forbrugere i detailleddet ifølge § 5, stk. 1, i BPrBG kan nedsættes med 5%, og forskellen mellem den tyske og den østrigske detailpris følgelig kan udlignes, må der ikke annonceres med denne pris.

81. Et østrigsk forlag kan derimod tage formodede psykologiske prisgrænser med i betragtning ved fastsættelsen af den østrigske detailpris og kan ligeledes reklamere med denne detailpris.

82. Jeg finder, at dette eksempel klart viser, hvorledes den principielle mindsteprisklausul for tyske bøger, hvorefter den østrigske detailpris er bundet til den tyske detailpris (med fradrag af tysk moms og tillæg af østrigsk moms), kan indebære en negativ påvirkning af afsætningen af tyske bøger.

83. Modargumentet om, at medlemsstaterne råder over et skøn med hensyn til momsens størrelse, og at dette skøn skal respekteres, overbeviser mig ikke.

84. De begrænsninger, en importør er undergivet ved fastsættelsen af den østrigske detailpris, skyldes ikke de forskellige momssatser i Tyskland og Østrig, men den omstændighed, at en importør principielt ikke må fastsætte en pris, der er lavere end den detailpris, det tyske forlag har fastsat [28]. Såfremt denne binding ikke fandtes, kunne den østrigske detailpris for tyske bøger fastsættes lavere end den tyske detailpris [29], selv om der tages hensyn til den højere østrigske moms. Dette respekterer medlemsstaternes skøn ved fastsættelsen af momssatsen, men importøren ville have frihed til at fastsætte en rimelig østrigsk detailpris for tyske bøger.

26 — Ifølge de grundlæggende principper skal der fra den pris, som det tyske forlag har fastsat for Tyskland, fratrækkes tysk moms på 7%, hvorefter der skal tillægges 10% østrigsk moms.

27 — Hermed forstås de priser, som de endelige forbrugere betragter som prishindringer. Såfremt de overskrides, er der et klart fald i efterspørgslen efter den pågældende vare. Psykologiske priser ligger en anelse lavere end denne grænse, f.eks. 9,99 EUR, 14,99 EUR eller 19,99 EUR.

28 — Efter fradrag af tysk moms og tillæg af østrigsk moms.

29 — Efter fradrag af tysk moms og tillæg af østrigsk moms.

iii) Konklusion

85. Konklusionen er, at tyske bøger retligt set behandles forskelligt fra østrigske bøger. Denne forskelsbehandling må antages at skade salget af tyske bøger i Østrig.

86. Spørgsmålet, om § 3 i BPrBG tillige medfører en faktisk forskelsbehandling, er følgelig ikke relevant [30].

87. Endelig forekommer BPrBG's begrænsning til tysksprogede bøger allerede ud fra en logisk betragtning ikke at kunne udgøre en selvstændig handelsrestriktion. En udvidelse af en bestemmelse som § 3 i BPrBG til tillige at omfatte ikke-tysksprogede bøger ville endelig medføre en mere vidtgående restriktion af de frie varebevægelser [31].

d) Konklusion

88. Da en bestemmelse som § 3 i BPrBG ikke retligt betragtet berører afsætningen af østrigske og tyske bøger på samme måde, er bestemmelsen ikke omfattet af Keck-undtagelsen. En sådan bestemmelse udgør følgelig en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion ifølge artikel 28 EF.

C — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

89. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt en national bestemmelse som § 3 i BPrBG, såfremt den antages at udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion, kan være begrundet i tvingende almene hensyn ifølge artikel 30 EF eller 151 EF.

30 — Det er således ufornødent at efterprøve, om der er tale om en faktisk forskelsbehandling som følge af nødvendigheden af ometikettering. Jeg finder det i øvrigt tvivlsomt, om den økonomisk begrundede nødvendighed af en prisometikettering, foruden den allerede konstaterede retlige forskelsbehandling, kan udgøre en selvstændig faktisk forskelsbehandling. Det bemærkes *for det første*, at en ometikettering ikke følger direkte af national lov. Det er således allerede tvivlsomt, om der herved er tale om en statslig foranstaltning som omhandlet i artikel 28 EF. *For det andet* er jeg også i dette tilfælde skeptisk over for, om der kan antages at foreligge en faktisk forskelsbehandling. Bestemmelser om etikettering kan ganske vist medføre faktisk forskelsbehandling. Det bemærkes imidlertid, at en formodning om faktisk forskelsbehandling er nært forbundet med princippet om oprindelsesland. Efter min opfattelse sikrer princippet om oprindelsesland ikke et krav på, at en vare skal kunne sælges til samme pris i samtlige medlemsstater. Såfremt der anlægges en så vid fortolkning af retten til markedsadgang ifølge artikel 28 EF, medfører dette indirekte, at alle forskelle i medlemsstaternes retlige og økonomiske ordninger, der kan begrunde forskellige priser, skal betragtes som foranstaltninger med tilsvarende virkning som indførselsrestriktioner.

31 — Dette betyder ikke, at begrænsningen til tysksprogede bøger ikke er af retlig betydning i henseende til frie varebevægelser. Der skal eventuelt tages hensyn hertil for så vidt angår begrundelsen. Ifølge retspraksis er begrænsninger af de grundlæggende friheder alene begrundet, såfremt de er sammenhængende og systematiske, jf. dom af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 67. I denne forbindelse skal der således eventuelt tillægges den forskellige behandling af tysksprogede og ikke-tysksprogede bøger betydning.

1. Parternes argumentation

90. Parternes argumentation vedrørende dette spørgsmål kan sammenfattes som følger.

91. *Libro*, *EFTA-Tilsynsmyndigheden* og *Kommissionen* finder, at forskelsbehandlingen mellem tyske og østrigske bøger ikke kan anses for begrundet.

92. De er enige om, at en sådan diskriminerende foranstaltning alene ville kunne være begrundet i artikel 30 EF. Formålet med BPrBG om at bevare en mangfoldighed af titler er imidlertid ikke omfattet af artikel 30 EF. Der er navnlig ikke tale om en foranstaltning til beskyttelse af nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi.

93. Foranstaltningen er endvidere ikke forholdsmæssig. I denne forbindelse henviser EFTA-Tilsynsmyndigheden til, at de formål, der er anført som begrundelse, tillige kan tilgodeses, såfremt det tillades importøren af tyske bøger at fastsætte de østrigske detailpriser lavere end de priser, som det tyske forlag har fastsat som tysk detailpris. En anden mulighed består i at give de tyske forlag mulighed for at fastsætte den østrigske detailpris. Forlag fra stater, der ikke deltager i EØS-aftalen, har denne mulighed.

94. Hverken Libro, EFTA-Tilsynsmyndigheden eller Kommissionen finder, at bestemmelsen kan være begrundet i artikel 151 EF. Denne bestemmelse danner retsgrundlag for Fællesskabets indsats; den er ikke en undtagelse fra anvendelsesområdet for artikel 28 EF. I øvrigt er forskelsbehandling mellem tyske og østrigske bøger ikke nødvendig for gennemførelsen af de formål, som artikel 151 EF bygger på.

95. Libro antager følgelig, at den østrigske fastprisordning for bøger ikke *som sådan* kan anses for begrundet i tvingende almene hensyn. Argumentet om almene kulturelle hensyn er ikke tilstrækkeligt, og faste bogpriser er ikke et forholdsmæssigt middel til at sikre opfyldelsen af de tilsigtede mål. Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden henviser derimod til, at den foreliggende sag ikke vedrører begrundelsen for fastprisordningen for bøger *som sådan*. Den vedrører derimod blot spørgsmålet om, hvorvidt forskelsbehandlingen mellem tyske og østrigske bøger er begrundet.

96. *Sagsøgeren* og *regeringerne for de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen*, har gjort gældende, at fastprisordningen for bøger ikke er diskriminerende og derfor er begrundet i tvingende almene hensyn.

97. De har navnlig anført hensynet om beskyttelse af bøger som kulturgode, forbrugernes interesse i rimelige bogpriser og en passende forsyning af befolkningen med bøger gennem et omfattende og diversificeret net af detailhandlere som tvingende almene hensyn. En bestemmelse som § 3 i BPrBG er et forholdsmæssigt middel til at opnå disse formål.

98. Sagsøgeren og den franske regering vedgår, at beskyttelse af nyskabende værker og kulturel mangfoldighed inden for bogsektoren ikke er omfattet af artikel 30 EF.

99. Sagsøgeren og regeringerne for de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen, har endvidere henvist til, at en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion kan være begrundet i artikel 151 EF. Ifølge denne er kulturpolitikken omfattet af medlemsstaternes kompetence. Fællesskabet er i henhold til artikel 151, stk. 4, EF forpligtet til at tage hensyn til de kulturelle aspekter i sin indsats i henhold til andre bestemmelser i traktaten. Fællesskabet skal følgelig også i relation til frie varebevægelser tage hensyn til medlemsstaternes konstitutive beføjelser.

2. Retlig stillingtagen

100. Indledningsvis skal jeg på ny erindre om, at Domstolen under en præjudiciel procedure i henhold til artikel 234 EF alene skal besvare de spørgsmål, den har fået forelagt af den nationale ret [32]. Det her rejste spørgsmål er efter min opfattelse alene, om den forskelsbehandling, der er konstateret ved gennemgangen af det første spørgsmål, mellem østrigske og tyske bøger kan være begrundet i tvingende almene hensyn ifølge artikel 30 EF eller artikel 151 EF. Begrundelsen for denne forskelsbehandling er således alene afgørende, ikke begrundelsen for fastprisordningen for bøger som sådan.

101. For så vidt angår begrundelsen for denne forskelsbehandling bemærkes for det første, at sagsøgerens og medlemsstaternes argumen-

32 — Jf. ovenfor, punkt 25.

tation i det væsentlige alene vedrører begrundelsen for den østrigske fastprisordning for bøger som sådan. Det er mig ikke muligt af parternes argumentation at udlede en begrundelse for den forskellige behandling af østrigske og tyske bøger.

102. En sådan foranstaltning forekommer mig også at være vanskelig at begrunde.

103. *For det første* savnes der efter min opfattelse en retmæssig begrundelse.

104. Tvingende hensyn til almenhedens interesse i Cassis de Dijon-dommens [33] forstand kan alene begrunde foranstaltninger, der finder anvendelse uden forskel [34]. Det er følgelig udelukket, at de kan tjene som begrundelse i den foreliggende sag.

105. En begrundelse ifølge artikel 30 EF kommer ikke på tale i den foreliggende sag. I Leclerc-dommen fastslog Domstolen udtrykkeligt, at artikel 30 EF skal fortolkes restriktivt og derfor ikke kan udvides til at omfatte andre formål end dem, der udtrykkeligt nævnes. Domstolen afviste udtrykkeligt at udvide beskyttelsen til tillige at omfatte nyskabende værker og kulturel mangesidighed inden for bogsektoren [35].

106. Heller ikke artikel 151, stk. 4, EF ses at indeholde en begrundelse, der er mere omfattende end de allerede nævnte tvingende almene hensyn. Artikel 151 EF er en bestemmelse, der vedrører medlemsstaternes og Fællesskabets kompetencer. Det fremgår ganske vist af artikel 151, stk. 4, EF, at Fællesskabet tager hensyn til kulturelle aspekter, navnlig med henblik på at respektere og fremme sine kulturers mangfoldighed. Artikel 151, stk. 4, EF indfører imidlertid ikke et »kulturforbehold« i forhold til andre bestemmelser i traktaten [36]. Medlemsstaterne kan således ikke af artikel 151, stk. 4, EF udlede kompetence til fastsættelse af foranstaltninger, der indebærer forskelsbehandling ved afsætning af varer fra andre medlemsstater. En forskellig behandling af tyske og østrigske bøger kan følgelig ikke være begrundet ifølge artikel 151, stk. 4, EF.

107. *For det andet* kan forskelsbehandling af østrigske og tyske bøger heller ikke anses for forholdsmæssig, selv om det antages, at der foreligger en retmæssig begrundelse. Der må findes mere moderate midler til opnåelse af de nævnte formål, navnlig beskyttelse af bøger

33 — Domstolens dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, »Cassis de Dijon«, Sml. s. 649, præmis 8.

34 — Domstolens dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivía, Sml. I, s. 4151, præmis 13, og af 11.5.1989, sag 25/88, Wurmser, Sml. s. 1105, præmis 10, samt J.-J. Fezer, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 144.

35 — Nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 30.

36 — Jf. herom U. Everling, *Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos, 1997, s. 34.

som kulturgode og forbrugernes interesse i rimelige bogpriser. Dette kan navnlig være, at importøren ved fastsættelsen af østrigske detailpriser for tyske bøger principielt indrømmes et skøn [37].

108. På denne baggrund kan forskelsbehandling af tyske og østrigske bøger efter min opfattelse hverken være begrundet i tvingende almene hensyn, artikel 30 EF eller artikel 151 EF [38].

D — *Det tredje præjudicielle spørgsmål*

109. Den forelæggende ret ønsker med sit tredje præjudicielle spørgsmål oplyst, hvorvidt medlemsstaternes loyalitetspligt i henhold til artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med de konkurrenceretlige bestemmelser i artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, skal fortolkes således, at indførelsen af BPrBG er forenelig med denne, uanset at BPrBG efter rettens opfattelse udgør en tidsmæssig og materiel uafbrudt fortsættelse af Sammelrevers 1993, dvs. den fastprisordning, som var gældende, inden BPrBG blev indført, og som blev håndhævet af virksomhederne.

1. Parternes argumentation

110. Parternes har i det væsentlige gjort følgende argumenter gældende i forbindelse med det tredje præjudicielle spørgsmål.

111. *Libro* finder, at den lovbestemte fastprisordning for bøger i BPrBG strider mod princippet om loyalitet over for Fællesskabet, idet den forringer den effektive virkning af de fællesskabsretlige konkurrencebestemmelser.

112. Artikel 81 EF er ganske vist ikke umiddelbart anvendelig på foranstaltninger truffet af medlemsstaterne. En medlemsstat må imidlertid ikke lette, fremme eller forstærke virkningerne af private erhvervsdrivendes overtrædelser af konkurrenceretten. Det er en forudsætning for en sådan overtrædelse, at der er en forbindelse mellem medlemsstaternes foranstaltninger og en privat virksomheds kartelretlige adfærd. Libro finder, at denne forbindelse fremgår af, at den østrigske

37 — Procesdeltagerne har ikke henvist til omstændigheder, der taler imod en sådan fremgangsmåde. Jeg finder heller ikke, at det kan gøres gældende over denne fremgangsmåde, at en importør, til forskel fra et indenlandsk forlag, ikke ville tage tilstrækkeligt hensyn til formålene med BPrBG ved fastsættelsen af østrigske detailpriser. Såfremt dette befrygtes, ville det være tilstrækkeligt at føre en passende kontrol med forlagenes og importørernes fastsættelse af østrigske detailpriser.

38 — Heller ikke henvisningen til den grundlæggende ret til ytringsfrihed er overbevisende. For det første ses det ikke, hvorledes retten til ytringsfrihed berøres af den foreliggende sag. Endvidere forstår jeg ikke, hvorfor forskelsbehandling mellem østrigske og tyske bøger skulle være nødvendig for at sikre den grundlæggende ret til ytringsfrihed.

lovgiver med BPrBG i det væsentlige har overtaget den konkurrencestridige ordning i Sammelrevers 1993. Dette fremgår allerede direkte af omstændighederne og lovforarbejderne.

113. En forstærkelse af en eksisterende aftale forudsætter ikke, at der er fuldstændig overensstemmelse mellem lovbestemmelsen og aftalen. Det er tilstrækkeligt, at konkurrencetruende elementer videreføres. Den østrigske lovgiver har ikke alene bevaret en tidsmæssig og materiel prisbinding, som er i strid med konkurrenceretten, men har endvidere overtaget væsentlige elementer, såsom forlagenes fastsættelse af detailpriser. Forbindelsen godtgøres ligeledes af overgangsbestemmelsen i § 10 i BPrBG samt af, at BPrBG i lighed med Sammelrevers 1993 alene vedrører tysksprogede bøger.

114. Ifølge *sagsøgeren*, *medlemsstaternes regeringer*, *EFTA-Tilsynsmyndigheden* og *Kommissionen* er der ikke tale om tilsidesættelse af medlemsstaternes loyalitetspligt.

115. Medlemsstaterne har principielt frihed til at træffe økonomisk-politiske foranstaltninger, uanset at disse foranstaltninger har samme konkurrencestridige virkninger som aftaler mellem virksomheder. Denne frihed begrænses ganske vist af, at medlemsstaterne i henhold til artikel 10, stk. 2, EF ikke må træffe foranstaltninger, der udelukker den effektive virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler. Dette er imidlertid alene tilfældet, når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 EF, forstærker sådanne aftalers virkninger eller berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.

116. BPrBG har imidlertid ikke til formål at foreskrive eller fremme indgåelsen af konkurrencestridige aftaler. Den vertikale prisbinding følger allerede af lov. Fastsættelse af detailpriser udgør derfor ikke en aftale.

117. Der er heller ikke tale om forstærkelse af en konkurrencestridig aftale. Dette kan alene antages, såfremt en medlemsstat blot viderefører en konkurrencestridig aftale og forpligter eller tilskynder de erhvervsdrivende til at overholde ordningen. Såfremt staten handler uafhængigt og ud fra almene hensyn, er loyalitetspligten ikke tilsidesat.

118. Indholdsmæssigt viderefører BPrBG ganske vist et centralt element i Sammelrevers 1993, nemlig den detailhandlendes principielle binding af den fastsatte detailpris. De nationale retsforskrifter nøjes imidlertid ikke med at videreføre elementer fra Sammelrevers 1993. Der er derimod tale om en grundlæggende ændring samt om indførelse af en ny fastprisordning for bøger. Dette fremgår navnlig af, at detailprisen er ændret fra at være en fast pris til en mindstepris, muligheden for at tage hensyn til indkøbsfordele og for at indrømme en rabat på indtil 5%. Sagsøgeren har henvist til, at § 10 i BPrBG blot er en overgangsbestemmelse, hvorved den østrigske lovgiver har villet fritage forlag og importører for straks fra BPrBG's ikrafttræden at skulle fastsætte detailpriser for samtlige titler.

119. Selv om det må antages, at der foreligger en forstærkelse af en eksisterende konkurrencemæssig aftale som omhandlet i artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 81, stk. 1, EF, skal det ifølge Kommissionen undersøges, om den kan fritages i medfør af artikel 81, stk. 3. Forelæggelseskendelsen indeholder ikke tilstrækkeligt grundlag for besvarelse af dette spørgsmål.

120. EFTA-Tilsynsmyndigheden har henvist til, at der ville være tale om en paradoks situation, såfremt det antages, at der er sket tilsidesættelse af loyalitetspligten. En foranstaltning truffet af en medlemsstat, hvor der ikke fandtes tilsvarende aftaler mellem virksomheder, da den statslige foranstaltning blev truffet, ville ikke være i strid med artikel 81 EF; en foranstaltning truffet af en anden medlemsstat, hvor der fandtes en tilsvarende aftale mellem virksomheder, da den statslige foranstaltning blev truffet, ville derimod være retsstridig.

121. Sagsøgeren, regeringerne for de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den østrigske lovgiver heller ikke har berøvet BPrBG dens statslige karakter ved at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende.

122. Der er tale om en ensidig handling fra forlagenes side og ikke om en aftale. Forpligtelsen til at overholde mindstepriserne er fastsat ved lov. Forlagenes fastsættelse af detailpriser påvirker følgelig kun konkurrencen, fordi dette er foreskrevet ved lov. Kommissionen har henvist til, at der ellers ville være tale om en vejledende salgspris for detailhandlende, hvilket principielt er i overensstemmelse med konkurrenceretten.

123. Regeringerne for de medlemsstater, der er procesdeltagere i sagen, har endelig henvist til, at der ikke findes en fællesskabsretlig konkurrencepolitik inden for området for rent nationale fastprisordninger for bøger. Den

østrigske regering har anført, at det må antages, at der er tale om rent nationale fastprisordninger for bøger, såfremt bøger, der markedsføres i den pågældende medlemsstat, ifølge dennes lovgivning er omfattet af en prisbinding. Selv om denne ordning rammer importerede eller reimporterede bøger, må det som udgangspunkt antages, at der er tale om en national fastprisordning for bøger.

124. Den tyske regering tvivler på, hvorvidt artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, finder anvendelse. Såfremt foranstaltningen ikke er omfattet af Dassonville-formlen eller opfylder betingelserne for Keck-undtagelsen, udgør artikel 28 EF og artikel 30 EF lex specialis-bestemmelser og fortrænger følgelig anvendelsen af artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF.

2. Retlig stillingtagen

125. Den forelæggende ret spørger Domstolen, hvorvidt medlemsstaternes loyalitetspligt ifølge artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med de konkurrenceretlige bestemmelser i artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, skal fortolkes således, at vedtagelsen af BPrBG er forenelig med disse.

126. Dette spørgsmål rejses alene for det tilfælde, at en national bestemmelse som § 3 i BPrBG ikke udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion som omhandlet af artikel 28 EF. Efter min opfattelse behøver Domstolen derfor ikke at gennemgå dette spørgsmål. Jeg skal dog subsidiært besvare det for det tilfældes skyld, at Domstolen ikke skulle tilslutte sig mine forslag med hensyn til det første og det andet præjudicielle spørgsmål.

127. Artikel 81 EF er en norm, som er rettet til virksomheder, og hvis anvendelse forudsætter en aftale eller samordnet praksis mellem virksomheder. Principielt finder artikel 81 EF derfor ikke anvendelse på medlemsstaternes myndighedsakter. Artikel 10, stk. 2, EF bestemmer imidlertid, at medlemsstaterne skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af EF-traktatens målsætning i fare. Ifølge artikel 3, stk. 1, litra g), EF omfatter Fællesskabet en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes. Fællesskabets konkurrencepolitik er navnlig

konkretiseret i artikel 81 EF. Medlemsstaterne skal således ifølge artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at ophæve den effektive virkning af artikel 81 EF [39]. Dette gælder ligeledes foranstaltninger truffet af medlemsstaterne i form af love eller administrative bestemmelser [40].

128. På den anden side anerkendes det, at ikke enhver foranstaltning, som er truffet af en medlemsstat og har indvirkning på konkurrencen, udgør en tilsidesættelse af artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81, stk. 1, EF [41]. En så omfattende anvendelse af loyalitetspligten ville føre til, at medlemsstaterne ville blive underkastet en fællesskabsretlig kontrol, også inden for de områder, hvor medlemsstaterne, og ikke Fællesskabet, er tillagt kompetence i medfør af princippet om tildelte beføjelser [42].

129. Denne afgrænsning er ikke enkel, hvilket eksempelvis fremgår af, at foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer inden for områderne økonomisk politik eller kulturpolitik, hvor de ifølge henholdsvis artikel 98 EF ff. og artikel 151 EF er tillagt kompetence, kan påvirke konkurrencen. Såfremt samtlige de foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer inden for disse områder, efterprøvedes på grundlag loyalitetspligten for så vidt angår deres indvirkning på konkurrencen, ville medlemsstaterne også ved foranstaltninger inden for disse områder blive tvunget ned i et »konkurrenceretligt korset«. Dette er ikke foreneligt med princippet om tildelte beføjelser.

130. Domstolens retspraksis [43] inden for dette område er således på den ene side præget af nødvendigheden af at sikre medlemsstaternes kompetencer, og på den anden side af kravet om, at Fællesskabets konkurrencepolitik ikke modvirkes af nationale foranstaltninger.

131. Ifølge nu fast retspraksis kan det alene antages, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, når en medlemsstat enten foreskriver (*første eksempel*) eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 EF (*andet eksempel*),

39 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-Inno-BM, Sml. s. 2115, præmis 31, af 21.9.1988. sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, af 9.6.1994, sag C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Sml. I, s. 2517, præmis 14, af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 35, af 5.10, 1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. I, s. 2883, præmis 20, og af 17.11.1993, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801, præmis 14, samt W. Emmerich i M. Dauses, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H.I. § 1, 9. tillægsbind, punkt 11; H. Wollmann i: H. Mayer, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Manz, 2006, Art. 81 EGV, 72. hæfte, punkt 3, henviser til problematikken med den østrigske BPrBG i denne henseende.

40 — Van Eycke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 16, og dommen i sagen Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 14.

41 — Jf. generaladvokat Darmons forslag til afgørelse af 14.7.1993 i Reiff-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 39, punkt 32.

42 — W. Emmerich, nævnt ovenfor i fodnote 39, punkt 12.

43 — En udførlig gennemgang af denne retspraksis findes navnlig i U.B. Henriksen, *Anti-Competitive State Measures in the European Community*, Handelshøjskolens Forlag, 1994; J. Schwarze, »Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrecht«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, s. 613 ff., på s. 616-622.

forstærker sådanne aftalers virkninger (*tredje eksempel*) eller berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention (*fjerde eksempel*) [44].

a) Virkningerne af en konkurrencestridig aftale foreskrives, fremmes eller forstærkes

132. Det er en væsentlig forudsætning for de tre første eksempler, at den nationale foranstaltning har tilknytning til en konkurrencestridig aftale. Medlemsstatens adfærd kan således betegnes som *accessorisk* [45]. I den foreliggende sag omfatter de konkurrencestridige aftaler, som en statslig foranstaltning kunne være knyttet til, navnlig Sammelrevers 1993 [46].

i) Konkurrencestridig aftale?

133. Ifølge Sammelrevers 1993 var de østrigske detailhandlende bundet af de detailpriser, som tyske forlag havde fastsat. Disse detailpriser var faste priser. Da vertikalt fastsatte faste priser opfylder eksemplet i artikel 81, stk. 1, litra a), EF, nærer jeg ikke alvorlig tvivl om, at der herved er tale om en konkurrencebegrænsende aftale [47]. Det må

44 — Fast retspraksis siden Domstolens dom af 21.9.1988 i Van Eycke-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 16. Jf. endvidere dom af 17.11.1993, sag C-2/91, Meng, Sml. I, s. 5751, præmis 14, Reiff-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 14, og dom af 17.11.1993, sag C-245/91, Ohra Schadeverzekeringen, Sml. I, s. 5851, præmis 10.

45 — Dette begreb anvendes af J. Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 621.

46 — Den ændrede version af Sammelrevers 1993, der trådte ikraft den 30.6.2000, forudsætter ikke deltagelse af østrigske forlag, grossister eller detailhandlende. Kommissionen konstaterede derfor med hensyn til denne aftale, at den ændrede version ikke kan antages at påvirke handelen mellem medlemsstater. Allerede af denne grund forekommer betingelsen en *konkurrencestridig* aftale ikke at være opfyldt.
En (mere teoretisk) mulighed består i, at BPrBG i sig selv anses for en konkurrencestridig aftale. I henhold til retspraksis kan foranstaltninger have en dobbelt karakter, dvs. at den pågældende foranstaltning både kan tilregnes staten og virksomheder (jf. Domstolens dom af 30.1.1985, sag 123/85, Clair, Sml. s. 391, præmis 19 og 20). Dette forudsætter imidlertid, at BPrBG til trods for sin karakter af lov udgør en *aftale* mellem de berørte virksomheder. Dette kan efter min opfattelse ikke antages i den foreliggende sag. Den omstændighed, at de berørte parter i givet fald har støttet lovgivningsproceduren og er blevet hørt under denne, kan ikke i sig selv begrunde, at der er tale om en aftale mellem private parter, der har form af en lov.

47 — Efter min opfattelse er det ikke overbevisende, at Sammelrevers 1993 ikke bevirkede en begrænsning af konkurrencen (jf. i denne retning E. Vranes, *Buchpreisbindung und rule of reason*, Manz, 1999, s. 38-41). Som nævnt allerede i mit forslag til afgørelse af 4.9.2008 i sag C-209/07, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, punkt 51-58, bevirker enhver fordel for forbrugernes velfærd som følge af en aftale ikke, at en konkurrencebegrænsning er udelukket. Jf. vedrørende den konkurrenceretlige bedømmelse af grænseoverskridende prisbindingsordninger for bøger, som håndhæves af virksomhederne, navnlig dommen i sagen VBVB og VVVB mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 44-46.

endvidere antages, at den er mærkbar [48]. Da det ikke bestrides i den foreliggende sag, at en stor del af de bøger, der sælges i Østrig, er tyske, må det endvidere lægges til grund, at den var egnet til at påvirke handelen mellem medlemsstater. Ordningen i Sammelrevers 1993 må følgelig antages at opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 1, EF [49].

134. Det bemærkes imidlertid, at artikel 81 EF omfatter to led. Der kan alene antages at foreligge en aftale i strid med artikel 81 EF, såfremt aftalen ikke havde opnået fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF [50]. Det kan følgelig ikke bebrejdes en medlemsstat, at den har foreskrevet, fremmet eller forstærket virkningerne af en aftale, der er fritaget i medfør af artikel 81, stk. 3, EF. Det påhviler følgelig den forelæggende ret at efterprøve, om betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt [51], dvs. om bestemmelserne i Sammelrevers 1993 har bidraget til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrede forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, uden at de pågældende virksomheder blev pålagt begrænsninger, som ikke var nødvendige for at nå disse mål, eller der blev åbnet mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

135. En sådan undersøgelse forudsætter en udførlig oplysning af sagens faktiske omstændigheder [52]. Jeg anser det derfor for formålstjenligt først at behandle spørgsmålet, om den østrigske lovgiver har foreskrevet, fremmet eller forstærket virkningerne af Sammelrevers 1993.

48 — Det bemærkes i denne forbindelse, at Sammelrevers 1993 ikke foreskrev horisontale aftaler mellem forlag; aftalerne følger derimod en standardkontrakt, og forvaltes alle af en administrator, hvorfor de skal anses for et sammenhængende aftalekompleks, jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 19 ff.

49 — Dette bekræftes af T. Hofmann, »Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2000, s. 561 og 562.

50 — Jf. Domstolens dom af 3.12.1987, sag 136/86, BNIC, s. 4789, præmis 21, hvori Domstolen behandlede artikel 81, stk. 3.

51 — Med ikrafttrædelsen af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1, s. 1, er der i stedet for et forbudssystem, hvorfra der kunne gøres undtagelser, blevet indført en ordning med egenkontrol, jf. artikel 1, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1/2003. Det påhviler herefter medlemsstaternes domstole at efterprøve betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF (jf. i denne forbindelse Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og domstolene i EU's medlemsstater om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004 C 100, s. 54).
Jeg konstaterer, at den forelæggende ret i det andet spørgsmål ganske vist forudsætter, at der mangler empiriske oplysninger, der godtgør, at den lovbestemte fastprisordning for bøger er et egnet middel til opfyldelse af lovens formål om fremme af produktion af bøger, en mangfoldighed af titler til regulerede priser og en mangfoldighed af boghandlere. Jeg antager imidlertid, at den forelæggende ret ikke hermed har villet give udtryk for, at den har samlet beviser for, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt i den foreliggende sag, og at disse betingelser efter rettens overbevisning ikke er opfyldt.

52 — En oversigt over vurderinger af, hvorvidt Sammelrevers 1993 er forenelig med artikel 81, stk. 3, EF, findes i T. Hofmann, nævnt ovenfor i fodnote 49, s. 562-567; M. Engelmann, nævnt ovenfor i fodnote 3, s. 125-165.

ii) Foreskrivelse, lettelse eller forstærkning af virkningerne

136. Ifølge retspraksis antages det, at virkningerne af en konkurrencestridig aftale forstærkes, såfremt en medlemsstat begrænser sig til helt eller delvis at gentage indholdet af en konkurrencestridig aftale, der er indgået mellem virksomheder [53]. Domstolen sammenfatter under lettelse eller fremme af en konkurrencestridig aftale foranstaltninger, der tilskynder virksomheder til at udvise en sådan adfærd [54].

137. Da den prisbindingsordning for bøger, som staten foreskrev ved BPrBG, afløste Sammelrevers 1993, kan en forstærkning af virkningerne af Sammelrevers 1993 i den foreliggende sag komme i betragtning som statslig foranstaltning.

138. Som allerede nævnt [55] er det væsentligste kendetegn i denne sammenhæng, at den statslige foranstaltning er *accessorisk* i forhold til en konkurrencestridig aftale mellem virksomheder. Konkret opstår der således for det første spørgsmål om, hvorvidt BPrBG direkte har tilknytning til Sammelrevers 1993, for det andet, om overgangsbestemmelsen i § 10 i BPrBG har bevirket en tilknytning, og for det tredje, om en indholdsmæssig tilknytning er tilstrækkelig.

— Direkte tilknytning til Sammelrevers 1993?

139. I den foreliggende sag kan det ikke antages, at BPrBG har direkte tilknytning til Sammelrevers 1993, allerede fordi østrigske forlag, grossister og detailhandlende ikke længere var parter i Sammelrevers 1993, da BPrBG trådte i kraft.

— Tilknytning som følge af overgangsbestemmelsen i § 10 i BPrBG?

140. En tilknytning kan imidlertid følge af § 10 i BPrBG, idet det heri bestemmes, at de priser, der fremgik af fortegnelse af 20. juni 2000 over bøger i handelen, skulle anvendes i en overgangsperiode. Jeg finder, at denne fortegnelse indeholder detailpriser, der var blevet fastsat i henhold til Sammelrevers 1993.

141. Det bør imidlertid indgå i betragtningerne, at § 10 i BPrBG ganske vist lægger de priser til grund, der var aftalt under Sammel-

53 — Van Eycke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 18, og Meng-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 19.

54 — Domstolens dom af 11.4.1989, sag 66/86 Ahmed Saeed, Sml. s. 803, præmis 49 og 52, og af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s, 3851, præmis 51. Jf. i denne forbindelse J. Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 621.

55 — Jf. ovenfor, punkt 132.

revers 1993, men ikke de øvrige bestemmelser i Sammelrevers 1993. Bestemmelserne i Sammelrevers 1993 og BPrBG adskiller sig indbyrdes, navnlig idet der ifølge BPrBG anvendes mindstepriser i stedet for faste priser, at der kan tages hensyn til opnåede indkøbsfordele, og at detailhandlende har mulighed for at anvende priser, der er indtil 5% lavere end de østrigske detailpriser [56].

142. For så vidt fører § 10 i BPrBG således heller ikke til, at BPrBG er accessorisk i forhold til Sammelrevers 1993.

— Er en indholdsmæssig tilknytning tilstrækkelig?

143. Der er følgelig spørgsmålet, hvorvidt det kan antages, at virkningerne af Sammelrevers 1993 forstærkes, såfremt BPrBG indholdsmæssigt er knyttet til Sammelrevers 1993.

144. Dette spørgsmål får særlig vægt i den foreliggende sag, da den østrigske lovgiver ikke har efterladt tvivl om, at man i princippet ville opretholde den vertikale prisbinding fra Sammelrevers 1993, og da BPrBG's ikrafttræden var nært tidsmæssigt forbundet med, at de østrigske forlag, grossister og detailhandlere udtrådte af Sammelrevers 1993.

145. Til trods for de omstændigheder, som den nationale ret har henvist til, finder jeg ikke, at det forhold, at BPrBG indholdsmæssigt har tilknytning til dele af Sammelrevers 1993, kan ses som udtryk for en forstærkelse af virkningerne af Sammelrevers 1993.

146. For det første taler *ordlyden* af retspraksis herimod. Herefter forstærkes virkningerne af en konkurrencestridig aftale, såfremt en medlemsstat *begrænser* sig til, *helt eller delvis at gentage* indholdet af en konkurrencestridig aftale, der er indgået mellem virksomheder [57].

147. Den østrigske lovgiver har ikke fuldt ud gentaget indholdet af Sammelrevers 1993. Jeg finder heller ikke, at der kan antages at være tale om en delvis gentagelse som forstået i retspraksis. Jeg opfatter udtrykket »delvis at gentage« således, at det kun er tilfældet, såfremt genstanden for den konkurrencestridige aftale er delelig, og medlemsstaten alene har gentaget en del af aftalens genstand uden at ændre denne indholdsmæssigt. I fortsættelse af idéen om accessorisk forbindelse finder jeg, at retspraksis alene anser foran-

56 — I øvrigt synes de bøger, der er genstand for tvisten i hovedsagen, ikke at være optaget i fortegnelsen af 20.6.2000 over bøger i handelen. § 10 i BPrBG synes således allerede af den grund ikke at være af betydning for den foreliggende sag.

57 — Van Eycke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 18, Meng-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 19.

staltninger truffet af medlemsstaterne, som er af rent accessorisk karakter i forhold til en del af en eksisterende aftale mellem virksomheder, for omfattet [58]. Dette støttes tillige af, at medlemsstaten ifølge retspraksis skal *begrænse* sig til en gentagelse.

148. I den foreliggende sag har den østrigske lovgiver ganske vist skabt en relation til Sammelrevers 1993 gennem lovgivningsproceduren. Lovgiver har imidlertid som tidligere anført [59] ændret ordningen indholdsmæssigt. Det kan følgelig ikke antages, at lovgiver har begrænset sig til delvis at gentage Sammelrevers 1993.

149. Jeg finder endvidere, at alene denne restriktive fortolkning af retspraksis er forenelig med princippet om tildelte beføjelser. Som tidligere nævnt [60] følger det af loyalitetspligten i artikel 10 EF, at en medlemsstat inden for sine kompetenceområder principielt frit kan vedtage foranstaltninger, der har et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning. Det er følgelig ikke et relevant kriterium, om og i hvilken grad en statslig foranstaltning hindrer konkurrencen [61].

150. Dette princip taler efter min opfattelse imod at anse en lovbestemt foranstaltning for en forstærkning af virkningerne af en konkurrencestridig aftale, alene fordi den har et lignende konkurrencebegrænsende formål eller en lignende konkurrencebegrænsende virkning. Som den foreliggende sag temmelig klart viser, ville afgrænsningen mellem en lovlig, selvstændig statslig foranstaltning og en retsstridig, indholdsmæssig gentagelse konkret være forbundet med væsentlige vanskeligheder, om ikke umulig.

151. Såfremt der anlægges en restriktiv, rent accessorisk betragtning, undgår man tillige den paradoksale situation, at en statslig foranstaltning i en medlemsstat udgør en tilsidesættelse af artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, alene fordi en aftale med tilsvarende virkning tidligere har været indgået mellem virksomheder, hvorimod

58 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 1.10.1987, sag 311/85, VVR, Sml. s. 3801, præmis 23. Jf. tillige A. Weuster, *Die Neurelegung der Buchpreisbindung in Deutschland*, Boorberg, 2007, s. 216f.

59 — Jf. ovenfor, i punkt 141.

60 — Jf. ovenfor, punkt 128 og 129.

61 — Jf. R. Joliet, National anti-competitive Legislation and Community Law, *Fordham International Law Journal*, 1989, s. 174; U.B. Henriksen, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 69. Retspraksis er afvisende over for en betragtning, hvorefter en statslig foranstaltnings konkurrencemæssige indhold eller virkning tillægges betydning, jf. navnlig Van Eycke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 18, samt Meng-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 14-22. Jf. med hensyn til van Eycke-dommen U.B. Henriksen, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 114. W. Emmerich, nævnt ovenfor i fodnote 39, punkt 15, foreslår derimod en sådan betragtningsmåde.

denne foranstaltning lovligt kan træffes i en anden medlemsstat, idet der i denne ikke tidligere var blevet indgået en aftale med tilsvarende indhold mellem virksomheder.

152. Jeg finder heller ikke, at der er tale om et modsætningsforhold, såfremt en medlemsstat på eget initiativ lovligt kan vedtage en lov, hvis formål eller virkning er konkurrencebegrænsende, hvorimod loyalitetspligten forbyder den at forstærke virkningerne af en tilsvarende aftale mellem virksomheder. Der ville alene være tale om et modsætningsforhold, såfremt det ifølge loyalitetspligten er relevant, om loven har et konkurrencebegrænsende formål eller virkning. En sådan forståelse kan imidlertid ikke lægges til grund ifølge princippet om tildelte beføjelser [62]. En medlemsstat kan derimod ikke forhindres i at vedtage en lovmæssig foranstaltning af tilsvarende indhold som en aftale mellem virksomheder, såfremt dette sker på dens eget initiativ.

153. I det foreliggende eksempel indebærer loyalitetsprincippet følgelig alene et forbud mod, at medlemsstaterne forstærker virkningerne af en aftale mellem virksomheder i strid med artikel 81 EF, idet de helt eller delvis gentager en sådan virksomhedsaftale i en rent accessorisk form uden at ændre den eller tage stilling til den indholdsmæssigt. Kommissionen har med rette påpeget, at en sådan adfærd fra medlemsstaterne udsender signaler, der kan underminere den *effektive virkning* af Fællesskabets konkurrencepolitik.

154. Den indholdsmæssige tilknytning mellem BPrBG og Sammelrevers 1993 kan således ikke efter min opfattelse betragtes som en forstærkning af virkningerne af Sammelrevers 1993.

iii) Konklusion

155. Henset til det således anførte kan vedtagelsen af BPrBG følgelig ikke betragtes som at foreskrive, lette eller forstærke virkningerne af en konkurrencestridig aftale, uanset hvilken konkurrencemæssig vurdering der anlægges af Sammelrevers 1993.

b) Delegation af ansvar til private erhvervsdrivende med hensyn til beslutninger om økonomisk intervention

156. I det tidligere nævnte fjerde eksempel [63] kan en tilsidesættelse af loyalitetspligten bestå i, at en medlemsstat berøver sine egne

62 — Jf. ovenfor, punkt 128 og 129.

63 — Jf. ovenfor, punkt 131.

bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention. En gennemgang af fast retspraksis vedrørende dette fjerde eksempel viser, at denne navnlig bygger på Leclerc-dommen [64] [65].

157. Delegation af statslige beføjelser til private erhvervsdrivende foreligger principielt navnlig, hvor private erhvervsdrivende i henhold til statslig lovgivning tillægges beføjelse til at fastsætte priser med bindende virkning for tredjemand, uden at dette er undergivet en statslig kontrol [66].

158. At dette eksempel ikke kan finde anvendelse i den foreliggende sag, skyldes navnlig, at der ikke foreligger en aftale mellem virksomheder (i), ikke er sket en uddelegering af ansvar for beslutningstagning til private erhvervsdrivende (ii), samt at der ikke findes en fællesskabsretlig konkurrencepolitik inden for området for nationale prisbindingsordninger for bøger (iii).

64 — Nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 15.

65 — Jf. U.B. Henriksen, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 114 og 115.

66 — Jf. endvidere J. Niemeyer »Die Anwendbarkeit von Art. 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen«, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, s. 721 ff., på s. 723.

i) Intet krav om accessorisk tilknytning

159. Dette eksempel kræver til dels også en nær accessorisk tilknytning til en aftale mellem virksomheder i strid med artikel 81 EF [67].

160. Jeg deler ikke denne opfattelse.

161. *For det første* finder jeg ikke, at det fremgår af retspraksis, at tillige fjerde eksempel kræver en nær accessorisk tilknytning til en konkurrencestridig aftale mellem virksomheder.

67 — Jf. A. Weuster, nævnt ovenfor i fodnote 58, s. 219, J. Niemeyer, nævnt ovenfor i fodnote 66, s. 710 og 731, samt J. Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 620-622.

162. Domstolen lagde derimod til grund i Leclerc-dommen, at en national lovgivning, hvorefter virksomheders adfærd af den ifølge artikel 81, stk. 1, EF forbudte art *gøres overflødig* ved at gøre forlæggere eller importører af bøger ansvarlige for frit at fastsætte bindende detailsalgspriser, skader den effektive virkning af artikel 81 EF og således er i strid med traktatens artikel 10, stk. 2, EF [68]. Domstolen bekræftede ganske vist ikke udtrykkeligt i denne dom, at en national fastprisordning for bøger er omfattet af anvendelsesområdet for det fjerde eksempel [69]. I den pågældende sag, hvor det var ubestridt, at der ikke forelå en forudgående aftale mellem virksomheder, efterprøvede den imidlertid derefter, hvorvidt der var sket tilsidesættelse af loyalitetspligten, og fandt, at der under bestemte forudsætninger kunne foreligge en sådan tilsidesættelse [70]. Jeg finder, at det på grundlag heraf kan sluttes, at Domstolen ikke stiller krav om en nær accessorisk tilknytning mellem en statslig foranstaltning og en eksisterende konkurrencestridig aftale mellem virksomheder for så vidt angår det fjerde eksempel [71]. Det fremgår efter min opfattelse ikke af senere praksis, at Domstolen skulle have opgivet denne betragtning [72].

163. *For det andet* finder jeg det heller ikke rimeligt at begrænse denne situation til foranstaltninger, der har en accessorisk tilknytning til konkurrencestridige aftaler mellem virksomheder. Som allerede nævnt [73] kan det ganske vist ikke alene være afgørende, om — og i givet fald hvilke — virkninger en statslig foranstaltning har for konkurrencen. Dette er imidlertid heller ikke relevant for det foreliggende eksempel. Når medlemsstaterne udviser retsstridig adfærd, som omhandlet i det fjerde eksempel, består denne snarere i, at en medlemsstat modarbejder betingelsen i artikel 81 EF vedrørende *en aftale mellem virksomheder*. Den omfatter lovmæssige foranstaltninger, der blot udgør en lovgiv-

68 — Jf. præmis 15 i Leclerc-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5.

69 — Det bemærkes i denne forbindelse, at de fire eksempler først blev »konsolideret« ved Van Eycke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 16, og således efter, at der var afsagt dom i Leclerc-sagen.

70 — Jf. præmis 20 og konklusionen i Leclerc-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5.

71 — A.B. Hoffman, »Anti-competitive State Legislation Condemned under Article 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eykce?«. *European Court Law Review*, 1990, s. 17 antager, at et tidligere domsudkast behandler og bekræfter dette spørgsmål. Ifølge R. Joliet, nævnt ovenfor i fodnote 16, s. 172, antog Domstolen, at den statslige foranstaltning principielt var uforenelig med artikel 10, stk. 2, EF, artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF. U.B. Henriksen, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 59 og 140, gør gældende, at Domstolen ganske vist ikke udtrykkeligt tog stilling til dette spørgsmål, men at det kan udledes af dommen, at den ville have besvaret spørgsmålet bekræftende. Ifølge J. Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 618, rejste Domstolen spørgsmålet, men besvarede det ikke.

72 — Jeg finder navnlig ikke, at denne betragtning skulle være blevet opgivet i Meng-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, Ohra Schadeverzekeringen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, og Reiff-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39. I disse sager behandlede Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt den, foruden i de eksempler, der hidtil var omfattet, tillige skulle anvende loyalitetspligten i yderligere situationer (jf. herom J. Niemeyer, nævnt ovenfor i fodnote 66, s. 725). Spørgsmålet var, om foranstaltninger truffet af medlemsstaterne var i strid med artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, allerede fordi de havde et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning svarende til en konkurrencestridig aftale mellem virksomheder. I Reiff-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 22, anvendte Domstolen ovennævnte kriterier, men afviste, at der var tale om en tilsidesættelse, idet der efter dens opfattelse ikke var sket en uddelegering af ansvar for beslutningstagning til private erhvervsdrivende.

73 — Jf. ovenfor, punkt 128 og 129.

ningsmæssig »skal« uden indhold, som beskytter private erhvervsdrivende i forhold til artikel 81 EF. I så tilfælde kan den effektive virkning af artikel 81 EF blive undermineret [74].

164. Imod betingelsen om en nærmere accessorisk tilknytning taler i dette tilfælde *for det tredje*, at den i vidt omfang ikke ville finde anvendelse, da den statslige foranstaltning, der uddelegerer ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende, netop bevirker, at en aftale i strid med artikel 81 EF bliver overflødig.

165. Jeg antager følgelig, at der ikke i det foreliggende eksempel kan kræves en nærmere accessorisk tilknytning til en aftale mellem virksomheder i strid med artikel 81 EF.

74 — Jeg finder (omend kun med hensyn til dette fjerde tilfælde), at generaladvokat Lenz' betragtning i forslag til afgørelse af 16.12.1986 i Vlaamse Reisebureaus-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 58, punkt 42, er overbevisende; han bemærker her, at den nationale norm erstatter, og følgelig overflødiggør, betingelserne »aftaler, vedtagelser og samordnet praksis« i artikel 81 EF. Det er en forudsætning, at en medlemsstat indrømmer private erhvervsdrivende en statslig beføjelse til at gøre indgreb i konkurrenceforholdene, samt at de private erhvervsdrivende skal have adgang til gennem dette indgreb at træffe beslutning om økonomisk intervention. Dette er kriteriet for en afgrænsning i forhold til et lovligt, selvstændigt indgreb i konkurrenceforholdene i henhold til artikel 10, stk. 2, EF, som besluttes af medlemsstaterne. J. Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 43, s. 621, stiller sig kritisk over for denne betragtning.

ii) Uddelegering til private erhvervsdrivende

166. Det afgørende spørgsmål er således, om BPrBG uddelegerer ansvaret for fastsættelse af priser til private erhvervsdrivende. I denne henseende skal der sondres mellem østrigske og tyske bøger.

167. *For det første* skal det undersøges, om beføjelsen til at fastsætte priser i sidste instans fortsat er forbeholdt statslige organer. I så tilfælde kan det ikke antages, at ansvaret er blevet uddelegeret til private erhvervsdrivende [75]. Den tyske regering har i denne forbindelse henvist til en indholdsmæssig domstolskontrol med de fastsatte detailpriser i medfør af § 7 i BPrBG, sammenholdt med § 1 i BPrBG. Den østrigske regering har ikke under den mundtlige forhandling fremsat begrundede oplysninger vedrørende denne form for indholdsmæssig domstolskontrol. Ifølge disse bestemmelser kan en dommer imidlertid tilsyneladende ikke handle *ex officio*, såfremt detailpriserne ikke er rimelige, henset til de formål, som BPrBG skal tilgodese [76]. Under disse forudsætninger kan det efter min opfattelse ikke antages, at beføjelsen til fastsættelse af priser i sidste instans fortsat er forbeholdt statslige organer.

75 — Jf. navnlig Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 21 og 22, Centro Servizi Spediporto-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 27, og Reiff-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 20-23, samt dom af 29.1.1985, sag 231/85, Cullet, Sml. s. 305, præmis 17.

76 — Dette udgør efter min opfattelse forskellen i forhold til de domme, der er nævnt ovenfor i fodnote 75.

168. *Endvidere* bemærkes, at det er irrelevant for en tilsidesættelse af loyalitetspligten, om de private erhvervsdrivende har pligt til eller alene har beføjelse til at fastsætte priser [77].

169. Det skal i den foreliggende sag følgelig undersøges, om BPrBG uddelegerer ansvaret for fastsættelse af priser til private erhvervsdrivende.

170. Forlagene råder over et frit skøn ved fastsættelse af østrigske detailpriser for østrigske bøger. For så vidt angår disse bøger er der følgelig sket en uddelegering af ansvaret for fastsættelse af priser til private erhvervsdrivende.

171. For så vidt angår tyske bøger uddelegeres den *indholdsmæssige beslutning* om den principielle størrelse af den østrigske detailpris på den ene side og *fastsættelsen* af denne detailpris på den anden side til to forskellige virksomheder i forskellige omsætningsled. Fastsættelse af den østrigske detailpris for en tysk bog med henblik på salg i Østrig foretages ganske vist af importøren. Da denne imidlertid principielt er bundet af den tyske detailpris, træffes den indholdsmæssige beslutning om størrelsen af den østrigske detailpris af det tyske forlag. Den private erhvervsdrivende, til hvem denne beføjelse kan være blevet delegeret, er følgelig det tyske forlag [78].

172. Imod antagelsen af, at ansvaret er tillagt et tysk forlag, kan anføres, at et tysk forlag alene fastsætter de tyske detailpriser, og at de østrigske detailpriser tilpasses efter disse. Det kan heraf sluttes, at fastsættelsen af østrigske detailpriser ikke er det tyske forlags ansvar, men at den tyske detailpris alene udgør ét af de elementer, på grundlag af hvilke den østrigske detailpris fastsættes i overensstemmelse med reglerne i BPrBG [79].

173. Det bemærkes imidlertid for det første, at et tysk forlag tillige kan tage hensyn til markedsføring i Østrig under dets overvejelser for så vidt angår en bog, der markedsføres i Tyskland og i Østrig, således at betydningen af markedsføring i Østrig kan variere afhængig af forlag og bog. Det bemærkes endvidere, at et tysk forlag kan påvirke detailpriserne i Østrig ved at indrømme indkøbsfordele, uanset at det kan medføre vanskeligheder, som det må tåle [80].

77 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 54, præmis 55, og A. Weuster, nævnt ovenfor i fodnote 58, s. 218.

78 — Ved import vil beslutningen om, hvorvidt importøren indrømmer en lavere pris end den sædvanlige købspris, normalt også afhænge af forlaget.

79 — Jf. Cullet-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 75, præmis 17.

80 — Jf. ovenfor, i punkt 62-65.

174. I øvrigt finder jeg ikke, at det afgørende spørgsmål i denne forbindelse er, hvor frit det tyske forlag kan træffe sine beslutninger, men snarere, om fastsættelsen af østrigske detailpriser i sidste instans fortsat er forbeholdt statslige organer eller foretages af private erhvervsdrivende. Henset til, at fastsættelsen af den østrigske detailpris for tyske bøger i den foreliggende sag i den sidste ende fortsat foretages af det tyske forlag, antager jeg, at BPrBG i det mindste delvis også har uddelegeret ansvaret for fastsættelse af priser til det tyske forlag.

175. I betragtning af det anførte finder jeg, at det skal lægges til grund, at en ordning som BPrBG uddelegerer ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende. Dette bekræftes af den metode, som Domstolen benyttede i Leclerc-dommen, og som jeg har beskrevet ovenfor [81].

iii) Hensyntagen til medlemsstaternes kompetence på det kulturelle område

176. I Leclerc-dommen fastslog Domstolen, efter at den implicit havde bekræftet, at muligheden for en tilsidesættelse principielt fandtes som følge af, at en konkurrencestridig aftale var blevet overflødiggjort, at der ikke hidtil var indført en fællesskabsretlig konkurrencepolitik vedrørende rent nationale fastprisordninger for bøger. Domstolen konkluderede på grundlag heraf, at medlemsstaternes forpligtelser efter 10, stk. 2, EF, jf. artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, på fællesskabsrettens daværende udviklingstrin ikke var så restriktive, at medlemsstaterne ikke kunne vedtage en konkurrencelov om detailpriser for bøger, såfremt loven respekterede EF-traktatens øvrige udtrykkelige bestemmelser, herunder navnlig bestemmelserne vedrørende de frie varebevægelser [82].

177. Jeg finder, at Domstolens formulering indeholder samtlige væsentlige elementer for bedømmelsen af den foreliggende sag, men at dommen imidlertid kræver visse kommentarer.

178. *For det første* kan henvisningen til, at der ikke findes en konkurrencepolitik vedrørende rent nationale fastprisordninger for bøger, forstås således, at såfremt der fandtes særlige fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende dette område, skulle de respekteres. Hidtil er der imidlertid ikke blevet vedtaget særlige fællesskabsretlige bestemmelser inden for dette område.

81 — Jf. ovenfor,i punkt 162.

82 — Leclerc-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 20.

179. *For det andet* kan henvisningen imidlertid ikke forstås således, at der i mangel af særlige regler ikke findes en fællesskabspolitik inden for dette område. Det principielle forbud mod vertikale prisbindinger i artikel 81 EF indgår derimod som et element i den tværsektorielle fællesskabspolitik, som bøger principielt ikke er undtaget fra [83]. Som det fremgår af retspraksis, vurderer Domstolen tillige det fjerde eksempel inden for andre områder, uanset at der ikke findes særlige regler vedrørende en sektor [84].

180. *For det tredje* kan henvisningen til rent nationale fastprisordninger for bøger fortolkes således, at Leclerc-sagen ikke var berørt af anvendelsesområdet for artikel 81 EF, idet betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater ikke var opfyldt. Denne fortolkning er efter min opfattelse heller ikke overbevisende, idet Leclerc-dommen vedrørte import til Frankrig af bøger, der var udgivet i andre medlemsstater, og reimport af bøger, der var udgivet i Frankrig. Som følge af omfattende importer fra Tyskland kan det heller ikke antages, at de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag er af rent national karakter [85].

181. På baggrund heraf kan Domstolens henvisning til, at der ikke findes en fællesskabsretlig konkurrencepolitik vedrørende rent nationale fastprisordninger for bøger, efter min opfattelse alene forstås således, at Domstolen ved anvendelsen af artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, tager hensyn til nationale fastprisordninger for bøger som udtryk for medlemsstaternes kompetence inden for kulturområdet [86].

182. Denne hensyntagen kan teoretisk begrundes på følgende måde. Den konkrete sag angår ikke en direkte anvendelse af artikel 81 EF. I det omfang loyalitetspligten i henhold til artikel 10, stk. 2, EF bevirker, at der af artikel 81 EF afledes indirekte forpligtelser for medlemsstaterne, skal der således ikke alene tages hensyn til formålene med artikel 81 EF, men tillige til medlemsstaternes kompetence inden for kulturområdet [87].

183. Min foreløbige konklusion er således, at det følger af retspraksis og den netop anførte obligatoriske hensyntagen til medlemsstaternes kompetence på kulturområdet, at det

83 — En sådan undtagelse skal udtrykkeligt fremgå af EF-traktaten, jf. dom af 30.4.1986, forenede sager 209/84-213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425, præmis 40.

84 — Jf. f.eks. den i fodnote 75 anførte retspraksis.

85 — Såfremt sagen derimod alene angik prisfastsættelse af østrigske bøger, skulle det nærmere undersøges, om dette mærkbart kunne påvirke handelen mellem medlemsstater. I så tilfælde kan grænseoverskridende handel ganske vist ikke fuldstændig udelukkes (indkøb foretaget af grænsegængere), men det er imidlertid tvivlsomt, hvorvidt påvirkningen er mærkbar.

86 — I samme retning Weuster, nævnt ovenfor i fodnote 58, s. 211-224.

87 — Jf. i denne forbindelse tillige punkt 19 og 22 i generaladvokat Darmons forslag til afgørelse af 3.10.1984 i Leclerc-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 5, hvori nødvendigheden af en hensyntagen til kompetencen på kulturområdet er nævnt flere gange. Jf. tillige H.-J. Fezer, nævnt ovenfor i fodnote 2, s. 143, og T. Hofmann, nævnt ovenfor i fodnote 49, s. 559.

fjerde eksempel principielt ikke finder anvendelse på fastprisordninger for bøger.

184. Det bemærkes imidlertid, at retspraksis har opstillet to forudsætninger for denne hensyntagen. Der skal være tale om en rent national fastprisordning for bøger, og de nationale bestemmelser må ikke være i strid med andre bestemmelser i EF-traktaten, navnlig bestemmelserne om frie varebevægelser.

— Rent national fastprisordning for bøger

185. For det første skal der være tale om en rent national fastprisordning for bøger. Det fremgår af Leclerc-dommen [88], at der tillige er tale om en rent national fastprisordning for bøger, når denne omfatter bøger, der importeres fra andre medlemsstater. Jeg finder endvidere, at det ikke kan gøre nogen forskel i relation til en medlemsstats tilsidesættelse af loyalitetspligten, om den indholdsmæssige fastsættelse af detailprisen for en importeret bog foretages af importøren i indlandet eller af forlaget i en anden medlemsstat.

186. Den omstændighed, at de østrigske detailpriser for tyske bøger principielt afhænger af de tyske detailpriser, rejser i det foreliggende tilfælde tvivl om kvalificeringen af BPrBG som en rent national bogordning. Dette betyder, at de østrigske detailpriser for disse bøger ikke nødvendigvis følger kriterier, der er begrundet med henblik på det østrigske marked [89]. Jeg nærer alvorlig tvivl om, hvorvidt BPrBG følgelig kan kvalificeres som en rent national fastprisordning for bøger i Leclerc-dommens forstand.

— Ikke tilsidesættelse af andre bestemmelser i EF-traktaten, navnlig ikke af bestemmelserne om frie varebevægelser

187. For det andet fastslog Domstolen i Leclerc-dommen, at der ikke kan antages at foreligge en tilsidesættelse af loyalitetspligten, forudsat at de nationale bestemmelser i fastprisordningen for bøger er i overensstemmelse med de øvrige relevante bestemmelser i EF-traktaten, herunder navnlig med bestemmelserne om frie varebevægelser [90]. Såfremt denne negative betingelse omformuleres positivt, betyder dette, at det må antages, at der

88 — Nævnt ovenfor, fodnote 5.

89 — Jf. ovenfor, punkt 173.

90 — Nævnt ovenfor, fodnote 5, præmis 20.

foreligger en tilsidesættelse af loyalitetspligten, når den nationale fastprisordning for bøger er i strid med bestemmelserne om frie varebevægelser eller andre bestemmelser i EF-traktaten [91].

188. I Leclerc-dommen undersøgte Domstolen således ikke først, om der forelå en tilsidesættelse af loyalitetspligten, for derefter at afvise dette og gennemgå bestemmelserne om frie varebevægelser. Domstolen udelukker derimod blot, at der foreligger en tilsidesættelse af loyalitetspligten i det fjerde eksempel, såfremt den nationale fastprisordning for bøger i øvrigt er forenelig med EF-traktatens bestemmelser.

189. Denne forudsætning er efter min opfattelse begrundet i følgende overvejelse. Som allerede nævnt uddelegerer en statslig anordnet fastprisordning for bøger ansvaret for beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende. Det kan følgelig principielt ikke udelukkes, at der sker en tilsidesættelse af det fjerde eksempel med hensyn til loyalitetsprincippet. Der tages imidlertid hensyn til nationale fastprisordninger for bøger som udtryk for medlemsstaternes kompetence på det kulturelle område. Dette hensyn er imidlertid kun begrundet, såfremt medlemsstaterne handler i overensstemmelse med fællesskabsretten ved udformningen af fastprisordningen i øvrigt.

91 — Nævnt ovenfor, fodnote 5, præmis 20.

190. Da en bestemmelse som § 3 i BPrBG strider mod artikel 28 EF, skal der ifølge retspraksis således ikke tages hensyn til den østrigske fastprisordning for bøger som udtryk for medlemsstatens kompetence på det kulturelle område.

iv) Konklusion

191. I betragtning af det anførte finder jeg, at den beføjelse, som forlag og importører har fået tillagt til at fastsætte detailpriser for bøger, i medfør af statslige fastprisordninger for bøger, principielt ikke er i strid med medlemsstaternes forpligtelse ifølge artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, men at der i den konkrete sag foreligger særlige omstændigheder, som bevirker, at der foreligger en tilsidesættelse af denne art [92].

192. Tilsidesættelsen er i den foreliggende sag i vidt omfang sammenfaldende med tilsidesættelsen af artikel 28 EF. I modsætning

92 — Supplerende kunne der foretages en prøvelse af en tilsvarende anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF. Efter min opfattelse skulle en sådan i den foreliggende situation omfatte en undersøgelse af, hvorvidt alle tænkelige beslutninger, som uddelegeres til private erhvervsdrivende, opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF. Udvidelsen til tillige at omfatte alle tænkelige beslutninger er relevant, når medlemsstaten i denne situation uddelegerer ansvar til private erhvervsdrivende. Jeg nærer allerede tvivl om, hvorvidt en ordning, der indebærer forskelsbehandling af tysksprogede bøger fra andre medlemsstater, er nødvendig for opfyldelsen af formålene med fastprisordningen.

til den tyske regerings opfattelse kan der imidlertid ikke antages at foreligge et lex specialis-forhold mellem på den ene side artikel 28 EF og på den anden side artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, da målsætningerne for disse normer er forskellige.

Dette forudsætter imidlertid, at der er tale om en rent national fastprisordning for bøger, og at reglerne i fastprisordningen ikke er i strid med fællesskabsretten, herunder navnlig bestemmelserne om frie varebevægelser. I den foreliggende sag er i hvert fald den anden betingelse ikke opfyldt.

V — Sammenfatning

193. Sammenfattende er det herefter min opfattelse, at en ordning som BPrBG ikke er forenelig med bestemmelserne om frie varebevægelser. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, og det andet besvares benægtende.

194. Endvidere indebærer fastsættelsen af en fastprisordning for bøger efter statens anordning principielt ikke en tilsidesættelse af loyalitetspligten i artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, som i eksemplet, hvor en konkurrencestridig aftale bliver overflødig.

195. Da det tredje præjudicielle spørgsmål alene blev stillet for det tilfælde, at det første spørgsmål blev besvaret benægtende, foreslår jeg, at Domstolen undlader at besvare dette spørgsmål.

196. Såfremt Domstolen finder, at det tredje spørgsmål bør besvares, foreslår jeg, at den besvarer det i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, nemlig at artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF, ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin forbyder medlemsstaterne at indføre retsforskrifter, hvorefter detailprisen for bøger skal fastsættes af den, der udgiver eller importerer en bog, dog under den forudsætning, at der er tale om en rent nationalt fastprisordning for bøger, og retsforskrifterne er i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i EF-traktaten, herunder navnlig med bestemmelserne om frie varebevægelser.

VI — Forslag til afgørelse

197. På baggrund af disse betragtninger finder jeg, at de spørgsmål, som den nationale ret har forelagt, skal besvares således:

»1) Begrebet en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion i artikel 28 EF skal fortolkes således, at det omfatter en national retsforskrift, hvorefter indenlandske forlag og importører skal fastsætte en bindende salgspris til den endelige forbruger og offentliggøre denne pris, i hvilken forbindelse importøren ikke må anvende en detailpris, der er lavere end den, som et forlag har fastsat eller anbefalet for bøger, der er udgivet i en anden medlemsstat (med fradrag af den i den anden medlemsstat gældende moms, og med tillæg af den i indlandet gældende moms).

Dette gælder tilsvarende, såfremt importøren af en sådan bog kan anvende en lavere pris end den, som forlaget har fastsat eller anbefalet i den anden medlemsstat, svarende til den indkøbsfordel, importøren har opnået ved køb af bogen til en pris, der er lavere end den sædvanlige handelspris.

2) Artikel 28 EF, 30 EF og 151 EF skal fortolkes således, at en sådan foranstaltning hverken kan være begrundet i hensyn til bogens stilling som kulturgode, forbrugernes interesse i rimelige bogpriser eller driftsøkonomiske forhold for bogbranchen.«