FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 18 december 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 3723

A — Gemenskapsrätten . . . . . I - 3723

B — Den nationella rätten . . . . . I - 3724

II — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan . . . . . I - 3727

A — Bakgrund . . . . . I - 3727

1. Systemet med fasta bokpriser i Österrike . . . . . I - 3727

2. Bakgrunden till målet vid den nationella domstolen . . . . . I - 3728

B — Målet vid den nationella domstolen . . . . . I - 3728

C — Tolkningsfrågorna . . . . . I - 3729

III — Förfarandet vid domstolen . . . . . I - 3730

IV — Besvarande av tolkningsfrågorna . . . . . I - 3730

A — Inledande kommentar . . . . . I - 3730

1. Är system med fasta bokpriser gemenskapsrättligt relevanta? . . . . . I - 3730

2. Föremålet för tolkningsfrågan . . . . . I - 3731

B — Den första tolkningsfrågan . . . . . I - 3732

1. Parternas argument . . . . . I - 3732

1 — Originalspråk: tyska.

2. Rättslig bedömning . . . . . I - 3734

a) Försäljningsform . . . . . I - 3735

b) Gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet . . . . . I - 3736

c) Påverkar avsättningen av österrikiska och tyska böcker på samma sätt? I - 3737

i) Tyska och österrikiska böcker behandlas olika i rättsligt hänseende I - 3737

— Beaktande av handelsfördelar . . . . . I - 3738

— Möjlighet att ge en rabatt på 5 procent i detaljhandelsledet . . . . I - 3739

— Slutsats . . . . . I - 3740

ii) Ägnad att negativt påverka avsättningen av tyska böcker . . . . . I - 3740

— Österrikiska slutliga försäljningspriser för tyska böcker anpassade efter tyska marknadsförhållanden . . . . . I - 3741

— Kompletterande övervägande . . . . . I - 3741

iii) Slutsats . . . . . I - 3743

d) Slutsats . . . . . I - 3743

C — Den andra tolkningsfrågan . . . . . I - 3743

1. Parternas argument . . . . . I - 3744

2. Rättslig bedömning . . . . . I - 3745

D — Den tredje tolkningsfrågan . . . . . I - 3747

1. Parternas argument . . . . . I - 3747

2. Rättslig bedömning . . . . . I - 3750

a) Att ålägga, främja eller förstärka verkningarna av konkurrensbegränsande avtal . . . . . I - 3752

i) Konkurrensbegränsande avtal? . . . . . I - 3752

ii) Att ålägga eller främja ingåendet av avtal eller förstärka dess verkningar . . . . . I - 3754

— Direkt koppling till Sammelrevers 1993? . . . . . I - 3754

— Koppling på grund av övergångsbestämmelsen i 10 § BPrBG? . . I - 3754

— Är en innehållsmässig koppling tillräcklig? . . . . . I - 3755

iii) Slutsats . . . . . I - 3757

b) Överlåtelse av ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer . . . . . I - 3757

i) Inget krav på accessorisk koppling . . . . . I - 3758

ii) Delegation till privata näringsidkare . . . . . I - 3760

iii) Beaktande av medlemsstaternas självständighet på kulturområdet . . I - 3762

— Rent nationella system med fasta bokpriser . . . . . I - 3764

— Att inte strida mot andra bestämmelser i EG-fördraget, särskilt inte mot bestämmelserna om fri rörlighet för varor . . . . . I - 3764

iv) Slutsats . . . . . I - 3765

V — Sammanfattning . . . . . I - 3766

VI — Förslag till avgörande . . . . . I - 3767

1. I denna begäran om förhandsavgörande har en tolkningsfråga ställts av Oberster Gerichtshof i Republiken Österrike (nedan kallad den hänskjutande domstolen eller den nationella domstolen). Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida bestämmelserna om fri rörlighet för varor enligt artikel 28 EG och artikel 30 EG utgör hinder för vissa inslag i ett system med fasta bokpriser så som det har införts av Österrike genom lagen om fasta bokpriser (Buchpreisbindungsgesetz, BGBl. nr 45/2000, nedan kallad BPrBG). Vidare vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida BPrBG är förenlig med vad som åligger medlemsstaterna enligt artikel 10 andra stycket EG jämförd med de konkurrensrättsliga bestämmelserna i artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG.

2. Detta är alltså ett mål som handlar om böckers dubbla funktion som vara och kulturbärare.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

3. Enligt artikel 3.1 g EG ska gemenskapens verksamhet innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

4. Enligt artikel 10 andra stycket EG ska medlemsstaterna avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

5. Enligt artikel 28 EG ska kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan vara förbjudna mellan medlemsstaterna.

6. Enligt artikel 30 EG ska bestämmelserna i artiklarna 28 och 29 EG inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

7. I artikel 81.1 EG föreskrivs följande:

”Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs, …”

8. Enligt artikel 81.3 EG får bestämmelserna i artikel 81.1 EG förklaras icke tillämpliga på avtal eller grupper av avtal mellan företag, beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar, samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden, som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

9. Enligt artikel 151.4 EG ska gemenskapen beakta de kulturella aspekterna då den handlar enligt andra bestämmelser i EG-fördraget, särskilt för att respektera och främja sin kulturella mångfald.

B — *Den nationella rätten*

10. Den österrikiska BPrBG har i utdrag följande lydelse:

”Tillämpningsområde

1 §

Denna förbundslag gäller för utgivning och import av tyskspråkiga böcker och musik samt handel därmed, dock med undantag för gränsöverskridande elektronisk handel. Lagen har till syfte att åstadkomma en prissättning som sker med beaktande av böckernas ställning som kulturbärare, konsumenternas intresse av rimliga bokpriser och näringsbetingelserna för bokhandlarna.

Definitioner

av honom utgivna eller till Österrikes förbundsterritorium importerade varor som avses i 1 § fastställa och offentliggöra ett slutligt försäljningspris.

2 §

I denna förbundslag avses med

1. förläggare, den som yrkesmässigt bedriver utgivning, framställning och spridning av sådana varor som avses i 1 §,

2. importör, den som yrkesmässigt till Österrike importerar sådana varor som avses i 1 § för försäljning...

Prissättning

3 §

1. Förläggaren eller importören av sådana varor som avses i 1 § är skyldig att för sådana

2. Importören får inte underskrida det slutliga försäljningspris, exklusive omsättningsskatt som ingår i priset, som en förläggare har fastställt eller rekommenderat för sin utgivningsstat eller det slutliga försäljningspris som rekommenderats för Österrikes förbundsterritorium av en förläggare med säte utanför de stater som är parter i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

3. En importör, som köper sådana varor som avses i 1 § i en stat som är part i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) till ett från gängse inköpspris avvikande lägre inköpspris, får oaktat vad som föreskrivs i andra stycket i proportion till den uppnådda handelsfördelen underskrida det pris som förläggaren har fastställt eller rekommenderat för sin utgivningsstat eller, när det är fråga om återimport, det pris som den inhemske förläggaren har fastställt.

4. Tredje stycket tillämpas inte på återimporterade varor av det slag som avses i 1 § om dessa har exporterats endast i syfte att återimporteras för att kringgå denna förbundslag.

5. Till det slutliga försäljningspris som har fastställts enligt första till fjärde styckena ska läggas den omsättningsskatt som gäller i Österrike för sådana varor som avses i 1 §.

…

Prisbindning

5 §

1. En slutförsäljare får vid avyttring av sådana varor som avses i 1 § till slutkonsumenter underskrida det enligt 3 § fastställda slutliga försäljningspriset med högst 5 procent.

2. En slutförsäljare får inte i sin affärsverksamhet tillkännage att han i konkurrenssyfte underskrider det slutliga försäljningspriset i den mening som avses i första stycket.

…

Överträdelser av bestämmelserna om prissättning och prisbindning

7 §

…

l. En överträdelse av en bestämmelse i 3 § första till fjärde styckena, 4 § första stycket eller 5 § första till tredje styckena ska anses utgöra en överträdelse i den mening som avses i 1 § förbundslagen om illojal konkurrens, BGBl. nr 448/1984, i dess vid varje tidpunkt gällande lydelse.

…

Övergångsbestämmelser

10 §

För varor som avses i 1 §, vilka vid tidpunkten för denna förbundslags ikraftträdande hade släppts på marknaden med ett fast detalj-

handelspris som tillkännagetts i utgåvan av den 20 juni år 2000 av förteckningen över leveransklara böcker, ska nämnda pris anses utgöra ett av förläggaren eller importören fastställt pris i den mening som avses i denna förbundslag."

II — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

A — *Bakgrund*

1. Systemet med fasta bokpriser i Österrike

11. Till och med den 30 juni 2000 tillämpades i Österrike, Tyskland och Schweiz ett av företagen inrättat gränsöverskridande system med fasta bokpriser, det så kallade Sammelrevers 1993. Det var ett standardavtal mellan förläggare, grossister och detaljister och gällde särskilt för tyskspråkiga böcker. Något horisontellt avtal mellan förläggarna fanns inte. Tillkomsten och kontrollen av de enskilda avtalen sköttes dock centralt genom förmedling av prisbindningsombud.

12. Den centrala punkten i Sammelrevers 1993 var en fast bindning av det slutliga försäljningspriset, det vill säga det pris som detaljisterna hade rätt att begära av konsumenterna. Genom Sammelrevers 1993 ålades detaljisterna att iaktta det av förläggaren fastställda slutliga försäljningspriset såsom ett fast pris.[2] Förläggarna hade frihet att fastställa det slutliga försäljningspriset. Efter det att det slutliga försäljningspriset hade fastställts var förläggaren emellertid skyldig att övervaka att det efterlevdes.

13. Efter Österrikes anslutning till Europeiska unionen krävde kommissionen den 8 februari 2000 att samtliga gränsöverskridande effekter av Sammelrevers 1993 skulle undanröjas senast den 30 juni 2000.[3] Med anledning därav presenterades för kommissionen en ändrad lydelse av Sammelrevers 1993 enligt vilken särskilt den vertikala prisbindningen mellan å ena sidan tyska förläggare och å andra sidan österrikiska grossister och detaljister, liksom mellan å ena sidan österrikiska förläggare och å andra sidan tyska grossister och detaljister, skulle upphöra. Kommissionen förutsatte att det under

2 — Den vertikala bindningen av de slutliga försäljningspriserna skulle göra det möjligt för förläggarna att göra en blandkalkyl. Syftet var att en förläggare skulle använda merintäkterna från titlar som säljer bra och till högre priser för att medfinansiera titlar som säljer mindre bra. Härigenom avsåg man framför allt att främja böckernas ställning som kulturbärare och mångfalden i det litterära utbudet, särskilt titlar med mindre upplaga och liten läsekrets. Ytterligare syften redovisas hos Fezer, K.-H., "Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, s. 141. Se även Heker, H., "Buchpreisbindung", i Schwarze, J., Becker, J., *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos, 1998, s. 116 och s. 117.

3 — Det föregicks av en ansökan hos kommissionen av de berörda förlagen om fastställande att Sammelrevers 1993 inte föll under artikel 81.1 EG (icke-ingripandebesked) eller i andra hand att undantag skulle beviljas för avtalet enligt artikel 81.3 EG. Kommissionen hade redan den 22 januari 1998 meddelat invändningar. En redogörelse för bakgrunden fram till dess BPrBG antogs finns hos Engelmann, M., *Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt*, dissertation.de, 2001, s. 125–165.

sådana förhållanden inte kunde antas uppkomma någon märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Den 30 juni 2000 utträdde de österrikiska förläggarna, grossisterna och detaljisterna ur Sammelrevers 1993. [4]

14. Den 30 juni 2000 antogs BPrBG i Österrike. Detta lagreglerade system med fasta bokpriser innehåller vertikal prisbindning men skiljer sig från Sammelrevers 1993 framför allt på följande sätt. De slutliga försäljningspriserna är numera minimipriser i stället för fasta priser. Handelsfördelar får enligt 3 § tredje stycket BPrBG beaktas när det slutliga försäljningspriset fastställs. Enligt 5 § BPrBG har detaljisterna möjlighet att underskrida det fastställda slutliga försäljningspriset med 5 procent.

2. Bakgrunden till målet vid den nationella domstolen

15. Fachverband für die Buch- und Medienwirtschaft (nationell företagsorganisation för bok- och medianäringen, nedan kallad Fachverband) offentliggör enligt 4 § andra stycket BPrBG de slutliga försäljningspriser som ska iakttas av detaljisterna enligt 3 § första stycket BPrBG vid försäljning av böcker i Österrike (nedan används begreppet ”österrikiska slutliga försäljningspriser” för slutliga försäljningspriser enligt den österrikiska BPrBG och begreppet ”tyska slutliga försäljningspriser” för slutliga försäljningspriser enligt den tyska lagen om fasta bokpriser). Fachverband övervakar att detaljisterna i sin marknadsföring av böcker som är föremål för prisbindning enligt 1 § BPrBG iakttar de fastställda slutliga försäljningspriserna.

16. LIBRO Handelsgesellschaft mbH (nedan kallat Libro) är verksamt i Österrike och saluför där i stor omfattning böcker som utges i Tyskland (nedan används beteckningen ”tyska böcker” för böcker som utges i Tyskland och beteckningen ”österrikiska böcker” för böcker som utges i Österrike, varvid man bör uppmärksamma skillnaden mot begreppsparet tyskspråkiga böcker och böcker på andra språk, vilket är relevant för BPrBG:s tillämpningsområde).

B — *Målet vid den nationella domstolen*

17. Från augusti 2006 marknadsförde Libro tyska böcker i Österrike till priser i samma nivå som det tyska slutliga försäljningspriset

4 — Om Sammelrevers och förfarandet hos kommissionen, se Bunte, H.-J., ”Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung zwischen Deutschland und Österreich”, i *Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner*, Orac Verlag, 2001, s. 307–310.

(19,90 euro), vilket var lägre än det österrikiska slutliga försäljningspriset (20,50 euro). Med anledning av detta yrkade Fachverband att Libro interimistiskt skulle åläggas att avstå från att i annonser tillkännage priser under det österrikiska slutliga försäljningspriset.

18. Domstolen i första instans biföll Fachverbands yrkande. Domstolen i andra instans fastställde det beslutet, och mot det avgörandet väckte Libro en talan som den hänskjutande domstolen har att ta ställning till som sista instans. Den hänskjutande domstolen hyser tvivel huruvida vissa delar av BPrBG är förenlig med gemenskapsrätten.

C — *Tolkningsfrågorna*

19. Den hänskjutande domstolen har ställt följande tolkningsfrågor till domstolen för förhandsavgörande:

”1. Ska artikel 28 EG tolkas så, att den *som sådan* utgör hinder för en tillämpning av nationella bestämmelser enligt vilka endast importörer av tyskspråkiga böcker är skyldiga att för böcker som importeras till landet fastställa och offentliggöra ett försäljningspris som är bindande för slutförsäljaren, varvid importören inte får underskrida det slutliga försäljningspris som förläggaren fastställt eller rekommenderat för sin utgivningsstat eller det slutliga försäljningspris som en förläggare med säte utanför de stater som är parter i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) rekommenderat inom landet, exklusive omsättningsskatt som ingår i priset, i vilka bestämmelser det emellertid föreskrivs ett undantag som innebär att en importör som i en stat som är part i EES-avtalet köper in böcker till ett från gängse inköpspris avvikande lägre inköpspris – när det är fråga om återimport till av den inhemske förläggaren fastställda priser – får underskrida det av förläggaren för utgivningsstaten fastställda eller rekommenderade priset i förhållande till den uppnådda handelsfördelen?

2. Om fråga 1 besvaras jakande:

Kan det i fråga 1 beskrivna systemet med enligt nationell lag fastställda fasta bokpriser – vilket strider mot artikel 28 EG *som sådan* och eventuellt även strider mot gemenskapsrätten på grund av en försäljningsmodell som inkräktar på den fria rörligheten för varor – vars syfte helt allmänt beskrivs som ett krav på hänsyn till ’böckernas ställning som kulturbärare, konsumenternas intresse av rimliga bokpriser och näringsbetingelserna för bokhandlarna’, motiveras enligt artikel 30 EG eller artikel 151 EG med hänvisning till exempelvis allmänintresset av att främja framställningen av böcker och åstadkomma ett stort urval av boktitlar till reglerade priser och en mångfald i detaljistledet, trots att det

saknas empiriska fakta som visar att medlet i form av lagreglerade fasta bokpriser är ägnat att leda till att det eftersträvade målet uppnås?

3. Om fråga 1 besvaras nekande:

Är det i nationell lag föreskrivna systemet med fasta bokpriser som beskrivits i fråga 1 förenligt med artikel 3.1 g EG, artikel 10 EG och artikel 81 EG, trots att det tidsmässigt och materiellt utan avbrott anslöt till samt ersatte den tidigare avtalsenliga bundenheten för detaljisterna till de av förläggarna fastställda priserna för förlagsprodukter (Sammelrevers 1993)?"

III — Förfarandet vid domstolen

20. Begäran om förhandsavgörande av den 13 november 2007 inkom till domstolen den 29 november 2007. I det skriftliga förfarandet har yttranden ingetts av Libro, Fachverband, de österrikiska, tyska, franska och spanska regeringarna samt kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet. Vid förhandlingen den 16 oktober 2008 har Libro, Fachverband, de österrikiska, tyska och spanska regeringarna samt kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet deltagit.

IV — Besvarande av tolkningsfrågorna

A — *Inledande kommentar*

1. Är system med fasta bokpriser gemenskapsrättligt relevanta?

21. Det här är inte första gången som domstolen har haft att ta ställning till frågan om huruvida ett system med fasta bokpriser är förenligt med gemenskapsrätten. [5] Det är inte förvånande. Systemen med fasta bokpriser, vilkas existens av förespråkarna motiveras framför allt med bokens ställning som kulturbärare samt intresset av ett stort urval boktitlar och att medborgarna har tillgång till böcker till rimliga priser, [6] innebär att de slutliga försäljningspriserna på böcker i detaljhandeln bestäms av förläggarna eller importörerna. System med fasta bokpriser innehåller alltså en prisbindning över olika marknadsnivåer (vertikal prisbindning).

22. Vertikal prisbindning är en åtgärd som typiskt väcker frågan om dess förenlighet med gemenskapsrätten. I det sammanhanget bör åtskillnad göras mellan sådana system med

5 — Se bland annat domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen (REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7, s. 19), av den 10 januari 1985 i mål 229/83, Leclerc (REG 1985, s. 1; svensk specialutgåva, volym 8, s. 1), av den 23 oktober 1986 i mål 355/85, Cognet (REG 1986, s. 3231), av den 14 juli 1988 i mål 254/87, Syndicat des libraires de Normandie (REG 1988, s. 4457), av den 17 januari 1995 i mål C-360/92 P, Publishers Association mot kommissionen (REG 1995, s. I-23), och av den 3 oktober 2000 i mål C-9/99, Échirolles Distribution (REG 2000, s. I-8207).

6 — Heker, H. (ovan fotnot 2), s. 116.

fasta bokpriser som inrättas genom avtal mellan företag och sådana som anordnas av medlemsstaterna. Om det är fråga om ett system med fasta bokpriser som inrättas genom avtal mellan företag väcks framför allt frågan om den vertikala prisbindningens förenlighet med artikel 81 EG. När det gäller system med fasta bokpriser som anordnas av en medlemsstat är det framför allt fråga om förenligheten med den fria rörligheten för varor enligt artikel 28 EG och följande artiklar.

23. I detta fall är det fråga om ett system med fasta bokpriser som grundas på en statlig åtgärd, nämligen BPrBG. Eftersom BPrBG föregicks av ett av företag inrättat system med fasta bokpriser uppkommer, vid sidan av frågan om förenligheten med artikel 28 EG och följande artiklar, frågan om huruvida den österrikiske lagstiftaren genom att anta BPrBG har åsidosatt den lojalitetsplikt som åligger medlemsstaterna enligt artikel 10 andra stycket EG jämfört med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG.

24. Europaparlamentet och rådet har gett uttryck för sin positiva grundinställning till nationella system med fasta bokpriser. [7]

7 — Se Europaparlamentets resolution av den 16 december 1999 (EGT C 296, 2000, s. 210) och rådets resolution av den 12 februari 2001 (EGT C 73, 2001, s. 5).

2. Föremålet för tolkningsfrågan

25. Domstolens uppgift i ett mål om förhandsavgörande är begränsad till att besvara de frågor som hänskjuts till den. Det ankommer på den nationella domstolen att efter eget skön avgöra vilka frågor som är relevanta för målet vid den nationella domstolen och hur dessa ska formuleras. Det som parterna anför kan därför i princip beaktas endast om det är relevant för att besvara tolkningsfrågan. [8] Jag kommer därför inte att gå in på de delar av parternas argument som går utöver tolkningsfrågan.

26. I förevarande fall rör sig huvudfrågan kring den nationella bestämmelsen i 3 § BPrBG. I den behandlas dels österrikiska böcker, dels böcker som ges ut i andra stater som är parter i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES). Eftersom målet vid den nationella domstolen rör tyska böcker ska jag i fortsättningen begränsa mig till att undersöka hur österrikiska och tyska böcker behandlas enligt 3 § BPrBG. [9]

8 — Domstolen får inte på grund av parternas argument gå in på ytterligare frågor som den nationella domstolen inte har hänskjutit, se domstolens domar av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, Alsatel (REG 1988, s. 5987), punkt 8, av den 10 juli 1997 i mål C-261/95, Palmisani (REG 1997, s. I-4025), punkt 31, av den 6 juli 2000 i mål C-402/98, ATB m.fl. (REG 2000, s. I-5501), punkt 29, och av den 12 februari 2004 i mål C-236/02, Slob (REG 2004, s. I-1861), punkterna 29–30. Se även Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, andra upplagan, punkt 2-020.

9 — Det sagda gäller även för tyskspråkiga böcker som ges ut i andra medlemsstater.

B — *Den första tolkningsfrågan*

27. Med sin första tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få veta huruvida artikel 28 EG ska tolkas så, att den nationella bestämmelsen i 3 § BPrBG utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion.

1. Parternas argument

28. Parternas argument kan sammanfattas i huvudsak enligt följande.

29. Enligt Libro, EFTA:s övervakningsmyndighet och kommissionen ska artikel 28 EG tolkas så, att en nationell bestämmelse som 3 § BPrBG utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion.

30. I 3 § BPrBG anges de olika förutsättningarna för fastställande av österrikiska slutliga försäljningspriser. För österrikiska böcker kan de österrikiska förläggarna bestämma priserna efter eget skön. När det gäller tyska böcker får importören däremot i princip inte underskrida de tyska slutliga försäljningspriserna.

31. Undantagsbestämmelserna i 3 § tredje stycket BPrBG, enligt vilken hänsyn kan tas till handelsfördelar, och 5 § BPrBG, enligt vilken en rabatt på 5 procent kan lämnas i detaljhandelsledet, är inte ägnade att kompensera denna särbehandling.

32. När det gäller 3 § tredje stycket BPrBG föreligger betydande tillämpningssvårigheter särskilt i fråga om begreppen ”gängse inköpspris ”och ”uppnådda handelsfördelar”. Uppgifter rörande gängse inköpspriser och uppnådda handelsfördelar finns inte offentligt tillgängliga utan utgör affärshemligheter och är därför i praktiken inte möjliga att utröna.

33. Att detaljisterna enligt 5 § BPrBG får lämna en rabatt med högst 5 procent på det österrikiska slutliga försäljningspriset är inte tillräckligt för att kompensera den nackdel som uppkommer för tyska böcker. Denna rabatt får inte annonseras.

34. Enligt kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet utgör 3 § BPrBG en försäljningsform som inte är tillämplig utan åtskillnad. Enligt Libro är det tveksamt huruvida det är fråga om en försäljningsform. Tyska böcker har normalt de tyska slutliga försäljningspriserna påtryckta eller påklistrade. På grund av skillnaden mellan de tyska (7 procent) och österrikiska (10 procent) mervärdesskattesatserna är en ometikettering nödvändig. Det är alltså fråga om en varurelaterad bestämmelse.

35. Libro anser vidare att begränsningen i BPrBG till tyskspråkiga böcker utgör en ytterligare diskriminering, en uppfattning som kommissionen däremot inte delar.

36. Enligt Fachverband och de deltagande regeringarna är en åtgärd som 3 § BPrBG inte en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion.

37. Fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna är en försäljningsform som rättsligt och faktiskt påverkar inhemska och utländska produkter på samma sätt.

38. Den nationella bestämmelsen i 3 § BPrBG är tillämplig på österrikiska och på tyska böcker. Att de österrikiska slutliga försäljningspriserna för österrikiska böcker måste fastställas av österrikiska förläggare men för tyska böcker däremot av importörerna av dessa böcker innebär ingen diskriminering.

39. De österrikiska och tyska marknaderna är mycket homogena. En tysk förläggare kan också driva en egen prispolitik för Österrike genom att ge importören handelsfördelar som importören sedan kan ta hänsyn till vid fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna enligt 3 § tredje stycket BPrBG.

40. I den mån de österrikiska slutliga försäljningspriserna på tyska böcker på grund av de olika mervärdesskattesatserna är högre än de tyska slutliga försäljningspriserna, kan detaljisterna enligt 5 § BPrBG kompensera detta genom att underskrida de österrikiska slutliga försäljningspriserna med högst 5 procent. Det ska även beaktas att frågan om de olika mervärdesskattesatserna faller under medlemsstaternas behörighet.

41. Den omständigheten att BPrBG är begränsad till tyskspråkiga böcker utgör ingen diskriminering. En utvidgning av

systemet med fasta bokpriser till att gälla även icke tyskspråkiga böcker skulle medföra en mer långtgående inskränkning av den fria rörligheten för varor. Begränsningen är också motiverad på objektiva grunder.

42. Den österrikiska regeringen har påpekat att 3 § BPrBG uppfyller de krav som ställs i rättspraxis enligt domen i målet Leclerc [10]. Den gör det möjligt för importörerna att vid fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna beakta handelsfördelar.

43. Enligt den tyska regeringen kan den ömsesidiga respekten för i respektive territorium fastställda priser i de österrikiska och tyska systemen med fasta bokpriser ses som en gemensam harmoniserad marknadsordning som utesluter att det är fråga om diskriminering.

2. Rättslig bedömning

44. Jag kan först konstatera att böcker faller under det materiella tillämpningsområdet för den fria rörligheten för varor. Böcker kan visserligen på en och samma gång ha såväl ekonomiskt som kulturellt värde. [11] Denna dubbla funktion innebär emellertid inte att böckerna undantas från den fria rörligheten för varor.

45. Den hänskjutande domstolen har frågat om artikel 28 EG ska tolkas så att en nationell bestämmelse som 3 § BPrBG utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion.

46. Enligt artikel 28 EG ska kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Med en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion i den mening som avses i artikel 28 EG förstås enligt domstolens fasta rättspraxis alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen (Dassonville-formeln). [12] Domstolen har emellertid klargjort att tillämpningen av nationella bestämmelser, som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer, inte är ägnad att hindra handeln mellan medlemsstaterna förutsatt att dessa bestämmelser gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet

10 — Ovan fotnot 5.

11 — Everling, U., ”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 av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Dassonville (REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343), punkt 5.

inom det nationella territoriet och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt (Keck-undantaget). [13]

47. Av Dassonville-formeln och Keck-undantaget framgår alltså, att även en försäljningsform (a) som gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet (b) utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion om den inte såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt (c).

a) Försäljningsform

48. Domstolen har regelmässigt ansett att prisregleringar utgör försäljningsformer, särskilt prisregleringar för försäljning till konsumenter. [14] Bestämmelsen i 3 § BPrBG rör storleken på de österrikiska slutliga försäljningspriserna, det vill säga de priser som detaljisterna i Österrike minst måste begära av konsumenterna. En sådan bestämmelse är alltså enligt såväl ordalydelse som rättspraxis att anse som en försäljningsform.

49. Libro har ifrågasatt detta.

50. Försåvitt Libro menar att Keck-undantaget endast omfattar *vissa* försäljningsformer men att 3 § BPrBG på grund av den gränsöverskridande dimensionen inte utgör en sådan *viss* försäljningsform i den mening som avses i Keck-undantaget, är Libros argumentering inte övertygande. För det första har begränsningen i Keck-undantaget till *vissa* försäljningsformer i domstolens rättspraxis hittills inte spelat någon väsentlig roll. [15] För det andra tror jag inte att tillägget *vissa* ska förstås på det sättet att Keck-undantaget inte ska tillämpas på sakförhållanden med gränsöverskridande anknytning. Eftersom förekomsten av en gränsöverskridande anknytning utgör en förutsättning för tillämpningen av artikel 28 EG skulle Keck-undantaget med en sådan betydelse i praktiken bli verkningslöst.

13 — Domstolens dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, Keck och Mithouard (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431), punkt 16. Jag anser att tillämpningen av Keck-undantaget inte får tillämpas schematiskt. Vid en tillämpning av Keck-undantaget bör man i stället beakta domstolens motivering i punkt 17 i domen, att tillämpningen av sådana bestämmelser på försäljningen av varor från en annan medlemsstat inte kan anses hindra varornas *tillträde till marknaden* eller försvåra deras tillträde jämfört med inhemska varor. Det avgörande är enligt min mening huruvida en medlemsstats åtgärd hindrar eller försvårar tillträdet till marknaden.

14 — Domen i de förenade målen Keck och Mithouard (ovan fotnot 13), punkterna 16–18, och dom av den 11 augusti 1995 i mål C-63/94, Belgapom (REG 1995, s. I-2467), punkt 13.

15 — Müller-Graf, P.-C., påpekar i von der Groeben/Schwarze, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Band 1, sjätte upplagan, 2003, artikel 28, punkterna 252 och 247, att detta begrepp saknar substantiellt innehåll avseende värderingar och avgränsningsförmåga.

51. Libro anför för det andra att 3 § BPrBG är en produktrelaterad åtgärd och alltså inte en försäljningsform. De österrikiska slutliga försäljningspriserna på tyska böcker får i princip inte understiga de tyska slutliga försäljningspriserna. Vid beräkningen av de österrikiska slutliga försäljningspriserna måste enligt 3 § andra stycket BPrBG den tyska mervärdesskatten på 7 procent dras av och enligt 3 § femte stycket BPrBG den österrikiska mervärdesskatten på 10 procent läggas till. Det medför att de österrikiska slutliga försäljningspriserna i princip blir högre än de tyska slutliga försäljningspriserna. På tyska böcker blir uppgifter om de tyska slutliga försäljningspriserna normalt tryckta eller fastklistrade. Bestämmelserna i 3 § BPrBG medför alltså att tyska böcker som ska säljas i Österrike måste ometiketteras.

52. I detta sammanhang räcker det med att konstatera att även produktrelaterade bestämmelser kan utgöra försäljningsformer. Jag kan inte någonstans av rättspraxis utläsa att försäljningsformer å ena sidan ställs mot produktrelaterade bestämmelser å andra sidan. I stället anses enligt rättspraxis produktrelaterade bestämmelser regelmässigt ha en faktisk diskriminerande effekt och därför till skillnad från andra försäljningsformer är ägnade att påverka avsättningen av inhemska och utländska varor på olika sätt. [16]

Om en bestämmelse som antagits av en medlemsstat ska anses vara produktrelaterad innebär detta alltså inte att det inte ska anses vara fråga om en försäljningsform, men det kan innebära att det är fråga om en försäljningsform som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska produkter och produkter från andra medlemsstater på samma sätt. [17]

53. En försäljningsform är alltså för handen. Det innebär dock inte nödvändigtvis att förutsättningarna för Keck-undantag är uppfyllda.

b) Gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet

54. Denna försäljningsform gäller för alla näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet. Bestämmelsen

16 — Dom av den 6 juli 1995 i mål C-470/93, Mars (REG 1995, s. I-1923), punkt 12, av den 12 oktober 2000 i mål C-3/99, Ruwet (REG 2000, s. I-8749), punkt 46 och följande punkter, av den 13 september 2001 i mål C-169/99, Schwarzkopf (REG 2001, s. I-5901), punkt 39, och av den 14 december 2004 i mål C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft och S. Spitz (REG 2004, s. I-11763), punkterna 72 och 73. Effekten ligger i att en produktrelaterad bestämmelse med åläggande om eller förbud mot viss etikettering normalt innebär att den berörde näringsidkaren måste ha olika förpackningar för varan i fråga allt efter var den saluförs, samt att detta leder till merkostnader för förpackningen. Detta är ägnat att försvåra tillträdet till marknaden.

17 — Angående faktisk diskriminering, se fotnot 30.

i 3 § BPrBG riktar sig till å ena sidan österrikiska förläggare, å andra sidan till importörer av tyska böcker. Importörer av tyska böcker behandlas därmed annorlunda än försäljare av österrikiska böcker i grossist- eller detaljistledet, vilka inte är skyldiga att fastställa slutliga försäljningspriser. Denna särbehandling är dock motiverad ifrån ett funktionellt betraktelsesätt. Importörerna är de näringsidkare som sätter tyska böcker i omlopp i Österrike. I det avseendet (saluföring) är de att likställa med förläggare av österrikiska böcker. [18]

i) Tyska och österrikiska böcker behandlas olika i rättsligt hänseende

56. I 3 § BPrBG finns olika bestämmelser för fastställandet av österrikiska slutliga försäljningspriser. En österrikisk förläggare kan enligt 3 § första stycket BPrBG bestämma de österrikiska slutliga försäljningspriserna för sina böcker efter eget skön. Enligt 3 § andra stycket BPrBG får en importör av tyska böcker vid fastställandet av österrikiska slutliga försäljningspriser däremot i princip inte underskrida de tyska slutliga försäljningspriser som de tyska förläggarna har fastställt för försäljning av dessa böcker i Tyskland.

c) Påverkar avsättningen av österrikiska och tyska böcker på samma sätt?

55. Avgörande är frågan om huruvida bestämmelsen i 3 § BPrBG rättsligt och faktiskt påverkar avsättningen av österrikiska och tyska böcker på samma sätt. Enligt min mening är det tämligen entydigt så att österrikiska och tyska böcker enligt 3 § BPrBG inte behandlas på samma sätt (i) och att detta kan inverka negativt på avsättningen av tyska böcker i Österrike (ii).

57. Frågan enligt Dassonville-formeln och Keck-undantaget är huruvida inhemska och utländska varor behandlas lika inom den berörda medlemsstaten. I detta fall är skillnaden att de österrikiska slutliga försäljningspriserna på tyska böcker, till skillnad mot vad som är fallet med österrikiska böcker, inte kan fastställas efter eget skön och alltså inte endast med hänsynstagande till marknadsförhållandena i Österrike. Bestämmelserna i 3 § första stycket och 3 § andra stycket BPrBG innehåller alltså en rättslig särbehandling som är relaterad till böckernas ursprung.

18 — Om den österrikiska staten vill säkerställa att de fasta bokpriserna gäller för alla tyskspråkiga böcker som saluförs på dess territorium ligger det nära till hands att lägga skyldigheten på det första ledet i försäljningskedjan i Österrike, alltså de österrikiska förläggarna och importörerna.

58. Huruvida de tyska och österrikiska slutliga försäljningspriserna kan fastställas till samma belopp framstår däremot inte som

relevant enligt Dassonville-formeln och enligt Keck-undantaget.

59. Enligt Fachverband och de deltagande regeringarna innebär emellertid undantagsbestämmelserna i 3 § tredje stycket BPrBG och 5 § BPrBG att någon särbehandling inte föreligger.

— Beaktande av handelsfördelar

60. Enligt 3 § tredje stycket BPrBG får en importör, som köper in tyska böcker till ett från gängse inköpspris avvikande lägre inköpspris, vid fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna underskrida de tyska slutliga försäljningspriserna i proportion till den uppnådda handelsfördelen. Enligt Fachverbands och regeringarnas uppfattning möjliggör detta för en tysk förläggare att genomföra en egen prispolitik för Österrike.

61. Den argumentationen övertygar inte mig.

62. För det första kan en tysk förläggare till skillnad mot en österrikisk förläggare bedriva en egen prispolitik för Österrike endast om han ger importören ett från gängse inköpspris avvikande lägre inköpspris. En tysk förläggare måste därmed i förekommande fall ge importörerna handelsfördelar som kan minska den berörde tyske förläggarens omsättning för att kunna genomföra sin prispolitik i Österrike. En österrikisk förläggare behöver däremot inte ge sina kunder motsvarande handelsfördelar.

63. För det andra tycks 3 § tredje stycket BPrBG i praktiken vara förenad med stora tillämpningssvårigheter. Det har med rätta påpekats att de inköpspriser som gäller för grossisterna eller detaljisterna när de gör inköp av de tyska förläggarna normalt sett utgör en affärshemlighet, och att det då knappast går att utröna vad som är ett gängse inköpspris i den mening som avses i 3 § tredje stycket BPrBG.

64. För det tredje är en tysk förläggare hänvisad till importörens samarbetsvilja för att kunna genomföra sin prispolitik. Importören är nämligen enligt 3 § tredje stycket BPrBG inte skyldig att underskrida de tyska slutliga försäljningspriserna i proportion till uppnådda handelsfördelar. En österrikisk förläggare däremot är inte hänvisad till sina kunders samarbetsvilja.

65. För det fjärde måste det beaktas att en tysk förläggare inte under alla omständigheter

har frihet att ge importörer handelsfördelar. Om det blir känt att den tyske förläggaren har gett prisfördelar till vissa importörer kan detta innebära nackdelar för honom vid förhandlingar med andra köpare. I sammanhanget ska det påpekas att beviljade handelsfördelar blir offentliga om en importör sätter det österrikiska slutliga försäljningspriset för en tysk bok lägre än vad som i princip är föreskrivet enligt 3 § andra stycket BPrBG.

66. Av ovan nämnda skäl kan det inte antas att hänsynstagandet till uppnådda handelsfördelar enligt 3 § tredje stycket BPrBG vid fastställandet av österrikiska slutliga försäljningspriser kompenserar den rättsliga särbehandlingen enligt 3 § första stycket och 3 § andra stycket BPrBG mellan tyska och österrikiska böcker.

67. Här vill jag också påpeka att det i 3 § tredje stycket BPrBG inte kan ses några tecken på att man har genomfört kraven enligt rättspraxis från domen i målet Leclerc [19]. Som domstolen tydligt redovisade i domen i målet Leclerc [20] rör kravet att handelsfördelar ska beaktas den i förevarande fall icke relevanta situationen att österrikiska böcker återimporteras till Österrike. [21]

— Möjlighet att ge en rabatt på 5 procent i detaljhandelsledet

68. Det har också åberopats att detaljisterna enligt 5 § första stycket BPrBG har möjlighet att vid försäljning av böcker till slutkonsumenter underskrida de österrikiska slutliga försäljningspriserna med högst 5 procent.

19 — Ovan fotnot 5.

20 — Se punkterna 25 och 26 i domen: ”Vad beträffar en lagstiftning … som tillämpas på böcker som ges ut i en annan medlemsstat … Däremot, i det fall en sådan lagstiftning tillämpas på böcker … som återimporteras.”

21 — Domstolen behandlade i den domen import till Frankrike av böcker som getts ut i andra medlemsstater och återimport av böcker som getts ut i Frankrike. I fråga om import av böcker som getts ut i andra medlemsstater tog domstolen i punkt 25 upp frågan att en importör ska ha möjlighet att för avsättning på den importerande medlemsstatens marknad tillämpa det försäljningspris han anser lämpligt i förhållande till självkostnadspriset i utgivningsstaten. En helt annan sak är domstolens uttalanden om äkta återimport i punkterna 26 och 27, enligt vilka en importör måste ha möjlighet att låta den fördel han uppnått genom ett förmånligare pris i den exporterande medlemsstaten återverka på detaljhandelspriset. Redan denna analys av domen visar att 3 § tredje stycket BPrBG inte innehåller något genomförande av denna dom såvitt rör import av böcker från andra medlemsstater. Detta framgår också av följande överväganden: Vid återimport har den inhemske förläggaren redan salufört boken på den inhemska marknaden. Om en importör då kan anskaffa boken i en annan medlemsstat till ett förmånligare pris än i det egna landet, så återspeglar denna handelsfördel som uppnås genom köp i en annan medlemsstat ganska väl fördelarna med EU:s inre marknad. Om dessa fördelar ska nå även konsumenterna måste importören kunna föra vidare den uppnådda handelsfördelen. Eftersom det i detta fall redan finns ett slutligt försäljningspris för boken i utgivningsstaten är det tillräckligt att importören kan beakta den uppnådda handelsfördelen vid fastställandet av det slutliga försäljningspriset. Däremot gäller det nu sagda inte utan vidare i fråga om import av böcker från utgivningsstaten till en annan medlemsstat. För det fallet gäller snarare förut nämnda regel att importören ska ha möjlighet att fastställa det pris han anser lämpligt inom landet.

69. Inte heller den argumentationen övertygar mig.

70. För det första är 5 § första stycket BPrBG tillämplig på såväl österrikiska som tyska böcker. Jag kan inte förstå hur den särbehandling som föreskrivs enligt 3 § första stycket BPrBG och 3 § andra stycket BPrBG kan kompenseras genom en bestämmelse enligt vilken en rabatt på 5 procent kan beviljas på såväl österrikiska som tyska böcker.

71. För det andra tycks argumentet syfta till att särskilt framhålla att de österrikiska och de tyska slutliga försäljningspriserna för en bok kan fastställas till samma belopp trots de olika mervärdesskattesatserna i Österrike och Tyskland. Denna omständighet är dock inte relevant i detta sammanhang. [22]

72. För det tredje är det enligt 5 § första stycket BPrBG inte det österrikiska slutliga försäljningspriset som kan rabatteras utan endast det pris som boken säljs för i detaljhandelsledet till slutkonsumenten. Denna skillnad kanske inte verkar relevant vid en första anblick om importören och detaljisten (som Libro) är ett och samma företag. Enligt 5 § andra stycket BPrBG får emellertid endast de österrikiska slutliga försäljningspriserna, men inte de med 5 procent rabatterade priserna marknadsföras gentemot konsumenterna.

73. Därmed är alltså inte heller 5 § BPrBG ägnad att kompensera den särbehandling mellan österrikiska och tyska böcker som föreskrivs enligt 3 § första stycket BPrBG och 3 § andra stycket BPrBG.

— Slutsats

74. Det kan därmed konstateras att det enligt 3 § första stycket BPrBG och 3 § andra stycket BPrBG gäller olika bestämmelser för tyska och österrikiska böcker, och att denna rättsliga skillnad inte kompenseras vare sig genom bestämmelsen i 3 § tredje stycket BPrBG eller genom bestämmelsen i 5 § BPrBG.

ii) Ägnad att negativt påverka avsättningen av tyska böcker

75. Denna rättsliga åtskillnad är enligt min mening även ägnad att påverka avsättningen av tyska böcker negativt i förhållande till österrikiska böcker.

22 — Se punkt 58 ovan.

— Österrikiska slutliga försäljningspriser för tyska böcker anpassade efter tyska marknadsförhållanden

76. De österrikiska slutliga försäljningspriserna utgör minimipriser som detaljisterna i princip inte får underskrida vid försäljning av böcker. Även om böcker har en dubbel funktion som kulturbärare och vara, och även om bokens författare och ämne spelar stor roll, förblir minimipriset för en bok liksom för andra varor en *väsentlig konkurrensfaktor* sett från ett konsumentperspektiv.

77. Som nämnts ovan kan de österrikiska slutliga försäljningspriserna för österrikiska böcker bestämmas med hänsyn till de österrikiska marknadsförhållandena. När det gäller tyska böcker bestäms de österrikiska slutliga försäljningspriserna däremot efter de tyska slutliga försäljningspriserna, eftersom dessa i princip inte får underskridas. En väsentlig konkurrensfaktor för försäljningen av tyska böcker bestäms alltså i princip inte med hänsyn till de österrikiska utan till de tyska marknadsförhållandena. [23] De slutliga försäljningspriser som fastställs med tanke på Tyskland kan heller inte i alla tänkbara fall anses rimliga för Österrike. Snarare är det så att skillnader mellan olika medlemsstater i fråga om rättsordning och samhällsekonomi liksom kulturella och sociala skillnader kan inverka på konsumenternas beteenden på ett sätt som gör det motiverat med olika prispolitik. [24]

78. En tysk förläggare som vill anpassa de österrikiska slutliga försäljningspriserna mer till de österrikiska marknadsförhållandena måste, om han måste underskrida de tyska slutliga försäljningspriserna (med avdrag för den tyska mervärdesskatten och med tillägg för den österrikiska mervärdesskatten), finna sig i de ovan nämnda nackdelarna [25]. Redan detta är enligt min mening ägnat att negativt påverka avsättningen av tyska böcker. Jag stannar därför här i bedömningen av den frågan.

— Kompletterande övervägande

79. Endast för fullständighetens skull vill jag också peka på följande. De österrikiska slutliga försäljningspriserna för tyska böcker är på grund av skillnaden mellan mervärdesskatte-

23 — Mot detta talar inte heller att en tysk förläggare vid fastställandet av det tyska slutliga försäljningspriset eventuellt tar hänsyn även till de österrikiska marknadsförhållandena. Även om så skulle vara fallet, vilket är tveksamt med hänsyn till att den österrikiska marknaden vid en jämförelse är tydligt mindre, skulle det tyska slutliga försäljningspriset fastställas *inte enbart* med hänsyn till den österrikiska marknaden.

24 — Ett exempel på detta utgörs av böcker vars författare är särskilt kända i en medlemsstat. Det är t.ex. möjligt att ta ut ett högre slutligt försäljningspris i Tyskland än i Österrike för en kokbok som skrivits av en kock som exponeras i media företrädesvis i Tyskland. Mot den bakgrunden övertygar inte argumentet att Tyskland och Österrike med BPrBG och den motsvarande tyska Buchpreisbindungsgesetz har inrättat en gemensam marknadsordning som *per se* utesluter särbehandling.

25 — Se ovan punkterna 62–65.

satserna i Tyskland (7 procent) och Österrike (10 procent) i princip högre än de tyska slutliga försäljningspriserna. [26] Om de tyska slutliga försäljningspriserna för tyska böcker däremot fastställs med hänsyn till förmodade psykologiska priströsklar [27], överskrider de österrikiska slutliga försäljningspriserna i princip dessa trösklar.

80. Även om försäljningspriset vid försäljning i detaljhandelsledet till slutkonsumenter enligt 5 § första stycket BPrBG sänks med 5 procent och skillnaden mellan de tyska och österrikiska slutliga försäljningspriserna därmed kan kompenseras, kan detta lägre pris inte annonseras.

81. En österrikisk förläggare kan däremot ta hänsyn till förmodade psykologiska priströsklar vid fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna och även annonsera dessa.

82. Exemplet visar enligt min mening mycket tydligt hur, när det österrikiska slutliga försäljningspriset i princip nettokopplas till det tyska (med avdrag för den tyska mervärdesskatten och med tillägg för den österrikiska mervärdesskatten) avsättningen av tyska böcker påverkas negativt.

83. Om man då invänder att medlemsstaterna kan bestämma mervärdesskattesatsens storlek efter eget skön och att denna rätt bör respekteras, då övertygas jag inte av den argumentationen.

84. Begränsningen som gäller för en importör vid fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna orsakas inte av de olika mervärdesskattesatserna i Tyskland och Österrike utan av att en importör i princip inte får underskrida de av förläggarna fastställda tyska slutliga försäljningspriserna [28]. Om denna bindning inte fanns skulle de österrikiska slutliga försäljningspriserna för tyska böcker kunna sättas lägre än de tyska slutliga försäljningspriserna [29] trots hänsyn till den högre österrikiska mervärdesskatten. I så fall skulle medlemsstaternas rätt att bestämma mervärdesskattesatsen efter eget skön tillvaratas samtidigt som det stod importören fritt att för tyska böcker bestämma ett lämpligt österrikiskt slutligt försäljningspris.

26 — Enligt de grundläggande reglerna ska från det slutliga försäljningspris som fastställts av tyska förläggare för Tyskland den tyska mervärdesskatten på 7 procent dras av, varefter den österrikiska mervärdesskatten på 10 procent ska läggas till.

27 — Därmed förstås den prisnivå som konsumenterna uppfattar som en prisbarriär och vid vars överskridande efterfrågan på den berörda produkten minskar märkbart. Psykologiska priser ligger strax under dessa trösklar, alltså exempelvis på 9,99 euro, 14,99 euro eller 19,99 euro.

28 — Med avdrag för den tyska mervärdesskatten och med tillägg för den österrikiska mervärdesskatten.

29 — Med avdrag för den tyska mervärdesskatten och med tillägg för den österrikiska mervärdesskatten.

iii) Slutsats

85. Min slutsats är alltså att tyska böcker rättsligt behandlas annorlunda än österrikiska böcker. Denna särbehandling är ägnad att påverka avsättningen av tyska böcker i Österrike.

86. Frågan om huruvida bestämmelsen i 3 § BPrBG dessutom innebär en faktisk diskriminering är därmed inte relevant. [30]

87. Vidare anser jag att begränsningen i BPrBG till tyskspråkiga böcker redan av logiska skäl inte kan utgöra någon självständig handelsbegränsning. En utvidgning av 3 § BPrBG till att gälla även icke tyskspråkiga böcker skulle för övrigt få till effekt en mer långtgående begränsning av varornas rörlighet. [31]

d) Slutsats

88. Eftersom en bestämmelse som 3 § BPrBG rättsligt inte påverkar avsättningen av österrikiska och tyska böcker på samma sätt, faller bestämmelsen inte under Keck-undantaget. En sådan bestämmelse utgör alltså en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion enligt artikel 28 EG.

C — *Den andra tolkningsfrågan*

89. Med sin andra fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida, för det fall en nationell bestämmelse som 3 § BPrBG utgör

30 — Det är alltså onödigt att pröva huruvida en faktisk diskriminering föreligger på grund av nödvändigheten att ometikettera. Jag är ändå tveksam till huruvida nödvändigheten att av affärsmässiga skäl ometikettera priset kan anses utgöra en självständig faktisk diskriminering vid sidan av den redan fastställda rättsliga diskrimineringen. För det första vill jag påpeka att ometiketteringen inte är direkt föreskriven i någon nationell bestämmelse. Redan därför är det tveksamt om det här föreligger en medlemsstatlig åtgärd i den mening som avses i artikel 28 EG. För det andra skulle jag även i detta fall vara tveksam till att en faktisk diskriminering föreligger. Bestämmelser om etikettering kan visserligen ha en diskriminerande effekt. Frågan om faktisk diskriminering är emellertid nära kopplad till principen om ursprungsland. Jag tror inte att det enligt principen om ursprungsland finns ett krav på att en vara ska kunna säljas för samma pris i alla medlemsstater. Om rätten till marknadstillträde enligt artikel 28 EG skulle ges en så vidsträckt tolkning skulle indirekt alla skillnader mellan medlemsstaterna i fråga om rättsordning och samhällsekonomi som motiverar prisskillnader anses utgöra åtgärder med motsvarande verkan som importrestriktioner.

31 — Det betyder inte att begränsningen till tyskspråkiga böcker saknar rättslig betydelse när det gäller varors rörlighet. Den kan vara en omständighet som ska beaktas i fråga om vad som är motiverat. Enligt rättspraxis är begränsningar av de grundläggande friheterna motiverade endast om de är sammanhängande och systematiska, dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), punkt 67. Den olika behandlingen av tyskspråkiga och icke tyskspråkiga böcker kan på så sätt i förekommande fall beaktas i detta sammanhang.

en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion, denna bestämmelse enligt artikel 30 EG eller artikel 151 EG är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintressen.

böcker ges möjlighet att fastställa österrikiska slutliga försäljningspriser utan nettokoppling till de tyska slutliga försäljningspriser som tyska förläggare fastställer. En annan möjlighet är att tyska förläggare ges möjlighet att fastställa österrikiska slutliga försäljningspriser. Förläggare i stater som inte är med i EES har den möjligheten.

1. Parternas argument

90. Parternas argument rörande denna tolkningsfråga kan sammanfattas på följande sätt.

91. Libro, EFTA:s övervakningsmyndighet och kommissionen anser att särbehandlingen mellan tyska och österrikiska böcker inte är motiverad.

94. Enligt Libro, EFTA:s övervakningsmyndighet och kommissionen kan särbehandlingen inte heller vara motiverad enligt artikel 151 EG. Denna bestämmelse utgör en rättslig grundval för gemenskapens verksamhet och inget undantag från tillämpningsområdet för artikel 28 EG. För övrigt är särbehandlingen mellan tyska och österrikiska böcker inte nödvändig för att förverkliga de mål som ligger till grund för artikel 151 EG.

92. De är eniga om att en sådan diskriminerade åtgärd endast kan vara motiverad enligt artikel 30 EG. Det med BPrBG eftersträvade målet att bevara böckernas mångfald omfattas emellertid inte av artikel 30 EG. Framför allt är det inte fråga om en åtgärd till skydd för nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde.

95. Vidare kan enligt Libro det österrikiska systemet med fasta bokpriser *som sådant* inte vara motiverat av tvingande hänsyn till allmänintressen. De allmänna kulturella intressen som åberopas är inte tillräckliga och de fasta bokpriserna är inte ett proportionerligt medel för att uppnå de eftersträvade målen. Kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet däremot anser att det i detta fall inte är frågan om huruvida de fasta bokpriserna *som sådana* är berättigade. Frågan är i stället huruvida särbehandlingen mellan tyska och österrikiska böcker är berättigad.

93. För övrigt är åtgärden inte proportionerlig. EFTA:s övervakningsmyndighet har påpekat att det eftersträvade målet kan uppnås även genom att importörer av tyska

96. Fachverband och de deltagande regeringarna anser att de fasta bokpriserna inte är diskriminerande och därför berättigade av tvingande hänsyn till allmänintressen.

97. Som tvingande hänsyn till allmänintressen nämner de särskilt skyddet för böcker som kulturbärare, konsumenternas intresse av rimliga bokpriser och intresset av att tillhandahålla medborgarna böcker genom ett brett och diversifierat detaljistnät. En sådan bestämmelse som 3 § BPrBG utgör ett proportionerligt medel för att uppnå dessa mål.

98. Fachverband och den franska regeringen har medgett att skydd för kreativitet och kulturell mångfald inom bokbranschen inte omfattas av artikel 30 EG.

99. Fachverband och de deltagande regeringarna har även gjort gällande att en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion kan vara motiverad enligt artikel 151 EG. Enligt den artikeln är medlemsstaterna ansvariga för kulturpolitiken. Gemenskapen är enligt artikel 151.4 EG skyldig att beakta de kulturella aspekterna då den handlar enligt andra bestämmelser i EG-fördraget. Därför måste gemenskapen även i samband med varuhandel ta hänsyn till medlemsstaternas behörighet på området.

2. Rättslig bedömning

100. Först vill jag än en gång påpeka att domstolens uppgift inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG är begränsad till att besvara de frågor som ställs av den nationella domstolen. [32] Tolkningsfrågan i detta fall tar som jag förstår den sikte på huruvida den särbehandling mellan österrikiska och tyska böcker som konstaterats vid prövningen av den första tolkningsfrågan kan vara motiverad av tvingande hänsyn till allmänintressen enligt artikel 30 EG eller artikel 151 EG. Den avgörande frågan här är alltså endast huruvida denna särbehandling är motiverad, däremot inte huruvida systemet med fasta bokpriser som sådant är motiverat.

101. När det gäller frågan om huruvida särbehandlingen är motiverad kan jag först konstatera att Fachverband och de deltagande regeringarna i huvudsak har begränsat sig till frågan om huruvida det österrikiska systemet med fasta bokpriser som sådant är motiverat.

32 — Se ovan punkt 25.

Jag har inte kunnat utläsa några skäl till varför särbehandlingen mellan österrikiska och tyska böcker skulle vara motiverad, av vad dessa parter har anfört.

102. Det förefaller också svårt att motivera en sådan åtgärd.

103. För det första brister det enligt min mening redan genom avsaknad av laglig grund för en sådan motivering.

104. Tvingande hänsyn av allmänt intresse i den mening som avses i domen i målet Cassis de Dijon [33] kan endast utgöra motivering för åtgärder som är tillämpliga utan åtskillnad. [34] Några sådana hänsyn kommer därför inte i fråga som grund för motivering i detta fall.

105. Någon motivering enligt artikel 30 EG kommer i detta fall inte i fråga. I domen i målet Leclerc har domstolen uttryckligen slagit fast att artikel 30 EG måste tolkas restriktivt och att den inte kan utsträckas till att gälla förhållanden som inte uttryckligen anges i denna. En utsträckning till att gälla skydd för kreativiteten och den kulturella mångfalden inom bokbranschen har av domstolen uttryckligen avvisats. [35]

106. Inte heller i artikel 151.4 EG kan jag se någon grund för motivering som går utöver den redan nämnda, tvingande hänsynen till allmänintressen. Artikel 151 EG är en bestämmelse om medlemsstaternas och gemenskapens behörighet. Visserligen framgår det av artikel 151.4 EG att gemenskapen ska beakta kulturella aspekter, särskilt för att respektera och främja sin kulturella mångfald. Artikel 151.4 EG är dock inget ”kulturförbehåll” i förhållande till andra fördragsbestämmelser. [36] Medlemsstaterna kan alltså inte på grund av artikel 151.4 EG åberopa någon behörighet att vidta åtgärder som har diskriminerande verkan på avsättningen av varor från andra medlemsstater. En särbehandling mellan tyska och österrikiska böcker är därför inte motiverad enligt artikel 151.4 EG.

107. För det andra skulle, även om särbehandlingen mellan österrikiska och tyska böcker kunde motiveras på ett godtagbart sätt, denna särbehandling inte kunna anses proportionerlig. Det måste finnas mildare medel för att uppnå de eftersträvade målen, särskilt skyddet för böcker som kulturbärare

33 — Domstolens dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Cassis de Dijon (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377), punkt 8.

34 — Domstolens dom av den 25 juli 1991 i de förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivía (REG 1991, s. I-4151; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-373), punkt 13, och av den 11 maj 1989 i mål 25/88, Wurmser och Norlaine (REG 1989, s. 1105), punkt 10. Se även Fezer, H.-J. (ovan fotnot 2), s. 144.

35 — Ovan fotnot 5, punkt 30.

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

och konsumenternas intresse av rimliga bokpriser. Framför allt finns möjligheten att ge importörerna utrymme för eget skön vid fastställandet av slutliga försäljningspriser för tyska böcker. [37]

108. Min slutsats är att särbehandlingen mellan tyska och österrikiska böcker inte är motiverad vare sig av tvingande hänsyn till allmänintressen eller enligt bestämmelserna i artikel 30 EG och artikel 151 EG. [38]

D — *Den tredje tolkningsfrågan*

109. Med sin tredje tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida medlemsstaternas lojalitetsplikt enligt artikel 10 andra stycket EG jämförd med de konkurrensrättsliga bestämmelserna i artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG ska tolkas så, att antagandet av BPrBG är förenlig med dessa bestämmelser, trots att BPrBG enligt den nationella domstolens uppfattning tidsmässigt och materiellt utan avbrott anslöt till samt ersatte Sammelrevers 1993, det vill säga det av företagen inrättade systemet med fasta bokpriser som gällde före BPrBG:s antagande.

1. Parternas argument

110. Parternas argument i samband med den tredje tolkningsfrågan är i huvudsak följande.

111. Libro anser att lagregleringen av de fasta bokpriserna i BPrBG strider mot principen om gemenskapslojalitet eftersom de gemenskapsrättsliga konkurrensreglernas ändamålsenliga verkan påverkas.

112. Artikel 81 EG är visserligen inte direkt tillämplig med avseende på medlemsstaternas åtgärder. En medlemsstat får emellertid inte främja eller förstärka effekterna av privata marknadsaktörers överträdelser av konkurrensreglerna. Så är fallet om det finns ett samband mellan en medlemsstats åtgärder och ett konkurrensbegränsande förfarande av privata företag. Libro ser ett sådant samband i att den österrikiske lagstiftaren med BPrBG

37 — Parterna har inte anfört några omständigheter som talar mot en sådan ordning. Man kan enligt min mening inte heller mot en sådan ordning invända att importörer till skillnad mot inhemska förläggare vid fastställandet av österrikiska slutliga försäljningspriser inte i tillräcklig omfattning skulle beakta de mål som eftersträvas med BPrBG. Om sådana farhågor finns är det tillräckligt att underkasta förläggares och importörers fastställande av österrikiska slutliga försäljningspriser en kontroll.

38 — Inte heller åberopandet av skydd för den grundläggande yttrandefriheten är övertygande. Till att börja med är det inte uppenbart hur yttrandefriheten i detta fall skulle vara berörd. Vidare är det svårt att förstå varför en särbehandling mellan österrikiska och tyska böcker skulle vara nödvändig för att skydda yttrandefriheten.

i allt väsentligt har övertagit bestämmelserna i det konkurrensbegränsande Sammelrevers 1993. Att sambandet finns framgår av lagförarbetena och omständigheterna kring lagens tillkomst.

113. Ett förstärkande genom lag av ett bestående avtal förutsätter inte att lagregleringen och avtalet helt motsvarar varandra. Det är tillräckligt att sådana delar övertas som inte är förenliga med konkurrensreglerna. Den österrikiska lagstiftaren har inte endast tidsmässigt och materiellt gjort en koppling till en konkurrensrättsligt otillåten prisbindning, utan har även övertagit en så väsentlig del som förläggarnas befogenhet att fastställa slutliga försäljningspriser. Sambandet framgår även av övergångsbestämmelsen i 10 § BPrBG och genom att BPrBG liksom Sammelrevers 1993 är begränsad till tyskspråkiga böcker.

114. Enligt Fachverband, de deltagande regeringarna, EFTA:s övervakningsmyndighet och kommissionen föreligger inget åsidosättande av medlemsstaternas lojalitetsplikt.

115. Medlemsstaterna är i princip oförhindrade att vidta åtgärder inom ramen för den ekonomiska politiken även om åtgärderna har samma konkurrensbegränsande effekt som avtal mellan företag. Denna frihet är visserligen begränsad genom att medlemsstaterna enligt artikel 10 andra stycket EG ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra den ändamålsenliga verkan av de konkurrensregler som gäller för företag. Så är emellertid endast fallet om en medlemsstat ålägger eller främjar ingåendet av avtal om konkurrensbegränsande samverkan som strider mot artikel 81 EG eller förstärker verkningarna av dem, eller om medlemsstaten berövar de egna bestämmelserna deras statliga karaktär genom att överlåta ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer.

116. I BPrBG åläggs eller främjas dock inte ingåendet av några konkurrensbegränsande avtal. Den vertikala prisbindningen är redan föreskriven i lag. Fastställandet av slutliga försäljningspriser utgör därför inget avtal.

117. Det är inte heller fråga om att verkningarna av ett konkurrensbegränsande avtal förstärks. Så är fallet om en medlemsstat begränsar sig till att överta ett konkurrensbegränsande avtal och samtidigt förpliktar eller uppmuntrar näringsidkarna att efterleva detta. Om medlemsstaten handlar oberoende av utgångspunkt och på grund av hänsyn till allmänintresset bryter den inte mot lojalitetsplikten.

118. Innehållsmässigt har BPrBG visserligen övertagit centrala delar av Sammelrevers 1993, nämligen detaljisternas principiella bundenhet till de fastställda slutliga försäljningspriserna. De nationella bestämmelserna är emellertid inte begränsade till att överta delar av Sammelrevers 1993. Det är snarare fråga om en grundläggande modifiering och om införande av ett nytt system med fasta bokpriser. Det framgår särskilt av att de slutliga försäljningspriserna har omvandlats från fasta priser till minimipriser som möjliggör att handelsfördelar kan beaktas och att rabatt med högst 5 procent kan lämnas. Fachverband har påpekat att 10 § BPrBG endast har varit en övergångsbestämmelse med vilken den österrikiske lagstiftaren ville befria förläggarna och importörerna från skyldigheten att omgående efter BPrBG:s ikraftträdande fastställa slutliga försäljningspriser för samtliga boktitlar.

119. Kommissionen har anfört att det, även om det kan antas att verkningarna av en pågående konkurrensbegränsning förstärks i den mening som avses i artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 81.1 EG, är nödvändigt att pröva huruvida en sådan konkurrensbegränsning är undantagen enligt artikel 81.3 EG. Beslutet om hänskjutande ger inte tillräcklig vägledning för att besvara den frågan.

120. EFTA:s övervakningsmyndighet har påpekat att en paradoxal situation skulle uppstå om man antar att lojalitetsplikten har åsidosatts. En åtgärd som vidtas av en medlemsstat skulle inte strida mot artikel 81 EG om det när åtgärden vidtogs inte existerade något motsvarande avtal mellan företag. Däremot skulle en åtgärd som vidtas av en annan medlemsstat där det redan fanns ett motsvarande avtal mellan företag vara otillåten.

121. Enligt Fachverband, de deltagande regeringarna, EFTA:s övervakningsmyndighet och kommissionen har den österrikiske lagstiftaren heller inte berövat några bestämmelser i BPrBG deras statliga karaktär genom att överlåta ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer.

122. Det är fråga om en ensidig åtgärd från förläggarnas sida och inte om något avtal. Skyldigheten att iaktta minimipriser är lagfäst. Förläggarnas fastställande av slutliga försäljningspriser påverkar konkurrensen endast därför att åtgärden är föreskriven i lag. Kommissionen har påpekat att fastställandet för övrigt utgör en prisrekommendation för slutförsäljarna som konkurrensrättsligt i princip är tillåten.

123. Slutligen har de deltagande regeringarna hänvisat till att gemenskapen inte har någon konkurrenspolitik i fråga om rent nationella system med fasta bokpriser. Enligt den öster-

rikiska regeringen föreligger ett rent nationellt system med fasta bokpriser om lagstiftningen i en medlemsstat föreskriver prisbindning för böcker som släpps ut på marknaden på den berörda medlemsstatens territorium. Även om detta system också gäller importerade eller återimporterade böcker är det fråga om ett nationellt system med fasta bokpriser.

124. Den tyska regeringen är tveksam till om artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG är tillämpliga. Om en åtgärd inte omfattas av Dassonville-formeln eller förutsättningarna för Keck-undantag inte är uppfyllda ska artikel 28 EG och artikel 30 EG anses utgöra särskilda föreskrifter som undanträngер tillämpningen av artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG.

2. Rättslig bedömning

125. Den hänskjutande domstolen har frågat huruvida medlemsstaternas lojalitetsplikt enligt artikel 10 andra stycket EG jämförd med konkurrensreglerna i artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG ska tolkas så att antagandet av BPrBG är förenligt med dessa bestämmelser.

126. Frågan har ställts endast för det fallet att 3 § BPrBG inte utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion i den mening som avses i artikel 28 EG. Enligt min åsikt behöver domstolen inte pröva denna fråga. Jag ska emellertid besvara frågan för det fall domstolen inte skulle dela min bedömning av de två första tolkningsfrågorna.

127. Artikel 81 EG är en regel som är tillämplig på företag och som för sin tillämpning förutsätter ett avtal eller samordnat förfarande mellan företag. Artikel 81 EG är därför i princip inte tillämplig på medlemsstaternas handlingar som utförts under utövandet av offentlig makt. I artikel 10 andra stycket EG föreskrivs emellertid att medlemsstaterna ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra att EG-fördragets mål uppnås. Enligt artikel 3.1 g EG ska gemenskapens verksamhet innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

Gemenskapens konkurrenspolitik har konkretiserats framför allt i artikel 81 EG. Medlemsstaterna ska alltså enligt artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG avstå från varje åtgärd som kan leda till att den ändamålsenliga verkan av artikel 81 EG minskas. [39] Detta gäller även beträffande en medlemsstats antagande av lagar och andra föreskrifter. [40]

128. Det står å andra sidan klart att inte varje åtgärd av en medlemsstat som har återverkningar på konkurrensen strider mot artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81.1 EG. [41] En så vidsträckt tillämpning av lojalitetsplikten skulle innebära att medlemsstaterna skulle vara underkastade en gemenskapsrättslig kontroll även på områden där enligt principen om tilldelad behörighet medlemsstaterna och inte gemenskapen är behöriga. [42]

129. Att avgränsningen här inte är lätt att göra framgår av att exempelvis åtgärder av medlemsstaterna inom den ekonomiska politikens eller kulturpolitikens områden, för vilka de enligt artikel 98 EG och följande artiklar och artikel 151 EG har behörighet, kan ha återverkningar på konkurrensen. Om alla åtgärder som medlemsstaterna vidtar på dessa områden på grund av lojalitetsplikten skulle undersökas med hänsyn till åtgärdernas återverkningar på konkurrensen, skulle medlemsstaterna även på dessa områden vara tvingad in i en ”konkurrensrättslig korsett”. Det skulle inte vara förenligt med principen om tilldelad behörighet.

130. Domstolens rättspraxis [43] på området är därmed präglad å ena sidan av nödvändigheten att tillvarata medlemsstaternas behörighet, å andra sidan av kravet att gemenskapens konkurrenspolitik inte kringgås genom åtgärder som medlemsstaterna vidtar.

131. Enligt numera fast rättspraxis åsidosätts artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG endast om en medlemsstat ålägger ingående av avtal om

39 — Se bland annat domstolens dom av den 16 november 1977 i mål 13/77, GB-Inno-BM (REG 1977, s. 2115; svensk specialutgåva, volym 3, s. 471), punkt 31, av den 21 september 1988 i mål 267/86, Van Eycke (REG 1988, s. 4769; svensk specialutgåva, volym 9, s. 587), punkt 16, av den 9 juni 1994 i mål C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (REG 1994, s. I-2517), punkt 14, av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 35, av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, Centro Servizi Spediporto (REG 1995, s. I-2883), punkt 20, och av den 17 november 1993 i mål C-185/91, Reiff (REG 1993, s. I-5801; svensk specialutgåva, volym 14, s. 419), punkt 14. Se angående denna rättspraxis Emmerich, W., i Dauses., M, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. I. § 1, supplement 9, punkt 11, och Wollmann, H., i Mayer, H., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Manz, 2006, artikel 81 EGV, 72:a häftet, punkt 3, i vilken särskilt hänvisas till problemen med den österrikiska BPrBG i detta avseende.

40 — Domarna i målen Van Eycke (ovan fotnot 39), punkt 16, och Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (ovan fotnot 39), punkt 14.

41 — Se förslag till avgörande av generaladvokaten Darmon av den 14 juli 1993 i målet Reiff (ovan fotnot 39), punkt 32.

42 — Emmerich, W. (ovan fotnot 39), punkt 12.

43 — För en omfattande analys av denna rättspraxis, se särskilt Henriksen, U. B., *Anti-Competitive State Measures in the European Community*, Handelshøjskolens Forlag, 1994, Schwarze, J., ”Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, sidan 613 och följande sidor och s. 616–622.

konkurrensbegränsande samverkan som strider mot artikel 81 EG (*första kategorin*), främjar ingåendet av sådana avtal (*andra kategorin*) eller förstärker verkningarna av dem (*tredje kategorin*), eller berövar de egna bestämmelserna deras statliga karaktär genom att överlåta ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer (*fjärde kategorin*). [44]

a) Att ålägga, främja eller förstärka verkningarna av konkurrensbegränsande avtal

132. En väsentlig förutsättning för de första tre kategorierna är att medlemsstatens åtgärd är kopplad till ett konkurrensbegränsande avtal. Såtillvida kan man tala om att det är en *accessorisk* åtgärd som vidtas av medlemsstaten. [45] När man i detta fall undersöker vilket konkurrensbegränsande avtal som kan vara kopplat till en medlemsstats åtgärd är det särskilt [46] Sammelrevers 1993 som kommer i fråga.

i) Konkurrensbegränsande avtal?

133. Enligt systemet i Sammelrevers 1993 var österrikiska detaljister bundna av de slutliga försäljningspriser som fastställdes av tyska förläggare. Dessa slutliga försäljningspriser utgjorde fasta priser. Eftersom den vertikala prisbindningen i form av fasta priser motsvarar exemplet i artikel 81.1 a EG känner jag ingen större tvekan om att detta var ett konkurrensbegränsande avtal. [47] Jag anser även att en märkbar effekt måste ha

44 — Fast rättspraxis sedan dom av den 21 september 1988 i målet Van Eycke (ovan fotnot 39), punkt 16. Se även dom av den 17 november 1993 i mål C-2/91, Meng (REG 1993, s. I-5751; svensk specialutgåva, volym 14, s. 407), punkt 14, domen i målet Reiff (ovan fotnot 39), punkt 14, och dom av den 17 november 1993 i mål C-245/91, Ohra Schadeverzekeringen (REG 1993, s. I-5851), punkt 10.

45 — Detta begrepp används av Schwarze, J. (ovan fotnot 43), s. 621.

46 — I Sammelrevers 1993 i dess ändrade lydelse som trädde i kraft den 30 juni 2000 föreskrivs inte någon medverkan av österrikiska förläggare, grossister eller detaljister. Kommissionen har därför i fråga om detta avtal fastställt att den ändrade lydelsen inte är ägnad att påverka handeln mellan medlemsstaterna. Såtillvida tycks det redan saknas ett *konkurrensbegränsande avtal*.
En (närmast teoretisk) möjlighet skulle vara att BPrBG själv utgör ett konkurrensbegränsande avtal. Enligt rättspraxis kan en åtgärd ha en dubbel karaktär som både staten och företag kan hållas ansvariga för (dom av den 30 januari 1985 i mål 123/83, Clair (REG 1985, s. 391), punkterna 19 och 20. Detta skulle emellertid förutsätta att BPrBG trots lagkaraktären är att anse som ett *avtal* mellan de berörda företagen. Jag anser att detta inte är fallet här. Att de berörda parterna själva initierat lagstiftningen och fått yttra sig under lagstiftningsförfarandet är inte tillräckligt för att anse att det föreligger ett avtal mellan privata parter i form av en lag.

47 — Uppfattningen som framförts att Sammelrevers 1993 inte medförde någon konkurrensbegränsning (exempelvis Vranes, E., *Buchpreisbindung und rule of reason*, Manz, 1999, s. 38–41) är enligt min mening inte övertygande. Som jag påpekade redan i mitt förslag till avgörande av den 4 september 2008 i mål C-209/07, Beef Industry Development Society och Barry Brothers (REG 2009, s. I-8637), punkterna 51–58), innebär inte varje tänkbar fördel för konsumenternas välfärd som kan följa av ett avtal att en konkurrensbegränsning inte ska anses föreligga. Om den konkurrensrättsliga bedömningen av gränsöverskridande system med fasta bokpriser inrättade av företag, se domen i målet VBVB och VVVB mot kommissionen (ovan fotnot 5), punkterna 44–46.

förelegat. [48] Eftersom det i detta fall är ostridigt att en övervägande del av de böcker som säljs i Österrike är tyska böcker måste det antas att handeln mellan medlemsstaterna påverkades. Systemet i Sammelrevers 1993 kan alltså sägas ha uppfyllt förutsättningarna i artikel 81.1 EG. [49]

134. Det måste emellertid beaktas att artikel 81 EG är uppbyggd i två led. Ett avtal strider mot artikel 81 EG endast om det inte är undantaget enligt artikel 81.3 EG. [50] En medlemsstat kan därmed inte klandras om den ålägger eller främjar ingåendet av eller förstärker verkningarna av ett avtal som är undantaget enligt artikel 81.3 EG. Det ankommer därför på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida förutsättningarna enligt artikel 81.3 EG är för handen, [51] det vill säga huruvida systemet i Sammelrevers 1993 har bidragit till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna har tillförsäkrats en skälig andel av den vinst som därigenom uppnåtts, utan att de berörda företagen har ålagts begränsningar som inte varit nödvändiga för att uppnå detta mål eller getts möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

135. En sådan prövning förutsätter en omfattande analys. [52] Jag finner det därför lämpligast att först behandla frågan om huruvida den österrikiske lagstiftaren har ålagt eller främjat ingåendet av Sammelrevers 1993 eller förstärkt verkningarna av det.

48 — I sammanhanget ska det beaktas att det i systemet enligt Sammelrevers 1993 visserligen inte fanns något horisontellt avtal mellan förläggarna, men att de avtal som följde ett standardavtal och förvaltades av ombud ska ses som en helhet och därmed som en serie avtal, dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-65), punkt 19 och följande punkter.

49 — Bejahend Hofmann, T., "Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2000, s. 561 och s. 562.

50 — Se dom av den 3 december 1987 i mål 136/86, BNIC mot Aubert (REG 1987, s. 4789), punkt 21, där domstolen behandlade artikel 81.3.

51 — Genom ikraftträdandet av rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1) har i stället för förbudssystemet med undantag införts ett system med självdeklaration (artikel 1.1 och 1.2 i förordning nr 1/2003). Sedan dess åligger det medlemsstaternas domstolar att pröva förutsättningarna enligt artikel 81.3 EG (se i det sammanhanget kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT C 101, 2004, s. 54).
Jag noterar att den hänskjutande domstolen i den andra tolkningsfrågan har fört fram att det saknas empiriska fakta som visar att medlet i form av lagreglerade fasta bokpriser är ägnat att leda till uppnåendet av det eftersträvade målet i form av allmänintresset att främja framställningen av böcker, åstadkomma ett stort urval av boktitlar till reglerade priser och en mångfald i detaljistledet. Jag tror dock inte att den hänskjutande domstolen med detta har velat säga att den har tagit upp bevisning om huruvida förutsättningarna enligt artikel 81.3 EG föreligger och därvid funnit att så inte är fallet.

52 — En översikt över avgöranden rörande Sammelrevers 1993 och dess förenlighet med artikel 81.3 EG finns hos Hofmann, T. (ovan fotnot 49), s. 562–567, och Engelmann, M. (ovan fotnot 3), s. 125–165.

ii) Att ålägga eller främja ingåendet av avtal eller förstärka dess verkningar

136. Ett förstärkande av verkningarna av ett konkurrensbegränsande avtal anses enligt rättspraxis vara åsyftad om en medlemsstat har begränsat sig till att helt eller delvis överta innehållet i ett konkurrensbegränsande avtal mellan företag. [53] Som främjande av ett konkurrensbegränsande avtal har domstolen ansett åtgärder som uppmuntrar företagen till konkurrensbegränsande beteende. [54]

137. Eftersom det av medlemsstaten genom BPrBG inrättade systemet med fasta bokpriser har trätt i stället för Sammelrevers 1993 är den statliga åtgärd som kommer i blickpunkten i detta fall ett förstärkande av verkningarna av Sammelrevers 1993.

138. Som jag redan har berört ovan [55] är det viktigaste kännetecknet för denna kategori att den statliga åtgärden är *accessorisk* till ett konkurrensbegränsande avtal mellan företag. Frågor som därmed uppkommer i detta fall är för det första huruvida BPrBG är direkt kopplad till Sammelrevers 1993, för det andra huruvida övergångsbestämmelsen i 10 § BPrBG kan ha innefattat en koppling och för det tredje huruvida det är tillräckligt med en innehållsmässig koppling.

— Direkt koppling till Sammelrevers 1993?

139. En direkt koppling mellan BPrBG och Sammelrevers 1993 kan inte sägas föreligga redan av det skälet att de österrikiska förläggarna, grossisterna och detaljisterna inte längre är avtalsparter i Sammelrevers 1993 sedan BPrBG trätt i kraft.

— Koppling på grund av övergångsbestämmelsen i 10 § BPrBG?

140. En koppling kan emellertid sägas ha åstadkommits genom att det i 10 § BPrBG övergångsvis föreskrivs en tillämpning av de priser som tillkännagavs i utgåvan av den 20 juni år 2000 av förteckningen över leveransklara böcker. I förteckningen upptas slutliga försäljningspriser som hade fastställts inom ramen för systemet enligt Sammelrevers 1993.

141. Här måste emellertid beaktas att 10 § BPrBG visserligen gör en koppling till de överenskomna priserna enligt systemet

53 — Domen i målet van Eycke (ovan fotnot 39), punkt 18, och i målet Meng (ovan fotnot 44), punkt 19.

54 — Dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed (REG 1989, s. 803; svensk specialutgåva, volym 10, s. 9), punkterna 49 och 52, och av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 51. Se även Schwarze, J. (ovan fotnot 43), s. 621.

55 — Punkt 132 ovan.

i Sammelrevers 1993, men att ingen koppling görs till övriga bestämmelser i Sammelrevers 1993. Regelverken i Sammelrevers 1993 och BPrBG skiljer sig åt särskilt därigenom att det enligt BPrBG i stället för fasta priser sätts minimipriser, att uppnådda handelsfördelar kan beaktas och att detaljisterna har möjlighet att underskrida de österrikiska slutliga försäljningspriserna med högst 5 procent. [56]

142. Såtillvida innebär inte 10 § BPrBG att BPrBG är accessorisk till Sammelrevers 1993.

— Är en innehållsmässig koppling tillräcklig?

143. Frågan är därmed huruvida verkningarna av Sammelrevers 1993 förstärks om det i BPrBG har gjorts en innehållsmässig koppling till Sammelrevers 1993.

144. I detta fall uppkommer frågan med särskild kraft därför att den österrikiske lagstiftaren inte har lämnat några tvivel om sin avsikt att den vertikala prisbindning som föreskrevs i Sammelrevers 1993 i princip skulle kvarstå, och därför att BPrBG tidsmässigt trädde i kraft i anslutning till att de österrikiska förläggarna, grossisterna och detaljisterna utträdde ur systemet enligt Sammelrevers 1993.

145. Trots dessa av den nationella domstolen berörda omständigheterna anser jag inte att verkningarna av Sammelrevers 1993 kan anses ha förstärkts genom att BPrBG innehållsmässigt har en koppling till delar av Sammelrevers 1993.

146. För det första talar *ordalydelsen* i rättspraxis mot detta. Enligt denna anses ett förstärkande av verkningarna av ett konkurrensbegränsande avtal vara åsyftad om en medlemsstat har *begränsat sig* till att *helt eller delvis överta* innehållet i ett konkurrensbegränsande avtal. [57]

147. Den österrikiske lagstiftaren har inte helt övertagit Sammelrevers 1993. Enligt min mening kan man inte heller tala om ett delvis övertagande i den mening som avses i rättspraxis. Jag uppfattar uttrycket ”delvis överta” så, att det förutsätter att det konkurrensbegränsande avtalet är materiellt delbart och att medlemsstaten har övertagit endast en materiell del av avtalet utan att ändra innehållet. För att återkomma till begreppet accessorisk menar jag att rättspraxis endast avser sådana

56 — För övrigt tycks inte de böcker som är aktuella i målet vid den nationella domstolen vara sådana böcker som upptogs i utgåvan av den 20 juni 2000 av förteckningen över leveransklara böcker. I det avseendet tycks 10 § BPrBG alltså sakna betydelse i detta mål.

57 — Domen i målet van Eycke (ovan fotnot 39), punkt 18, och i målet Meng (ovan fotnot 44), punkt 19.

åtgärder som vidtas av en medlemsstat som är *strikt accessoriska* till en del av ett gällande avtal mellan företag. [58] För detta talar även den omständigheten att medlemsstaten enligt rättspraxis måste *begränsa* sig till ett övertagande.

148. I detta fall har den österrikiske lagstiftaren visserligen inom ramen för lagstiftningsförfarandet gjort en koppling till Sammelrevers 1993. Systemet har dock som jag beskrivit ovan [59] ändrats till innehållet. Enligt min mening kan man därför inte anse att lagstiftaren har begränsat sig till att delvis överta Sammelrevers 1993.

149. Jag anser att endast ett så här restriktivt sätt att uppfatta rättspraxis är förenligt med principen om tilldelad behörighet. Som framgått ovan [60] måste inom ramen för lojalitetsplikten enligt artikel 10 EG beaktas att det i princip står en medlemsstat fritt att på de områden där den har behörighet vidta åtgärder med konkurrensbegränsande syfte eller verkan. Det är därför inget avgörande kriterium huruvida och i vilken omfattning en statlig åtgärd påverkar konkurrensen. [61]

150. Principen om tilldelad behörighet talar enligt min mening mot att en lagstiftningsåtgärd ska anses förstärka verkningarna av ett konkurrensbegränsande avtal endast därför att den är jämförbar i fråga om konkurrensbegränsande syfte eller verkan. När sådant syfte eller verkan föreligger skulle det, som framgår tydligt i detta mål, vara mycket svårt om inte omöjligt att i det enskilda fallet dra gränsen mellan en tillåten självständig åtgärd av en medlemsstat och ett otillåtet innehållsmässigt övertagande.

151. Med en restriktiv och strikt accessorisk tillämpning undviker man också den paradoxen att en åtgärd i en medlemsstat utgör en överträdelse av artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g och artikel 81 EG endast av det skälet att företagen dessförinnan

58 — Som exempelvis i dom av den 1 oktober 1987 i mål 311/85, Vlaamse Reisbureaus (REG 1987, s. 3801; svensk specialutgåva, volym 9, s. 187), punkt 23. Se i detta avseende även Weuster, A., *Die Neurelegung der Buchpreisbindung in Deutschland*, Boorberg, 2007, sidan 216 och följande sida.

59 — Se ovan punkt 141.

60 — Se ovan punkterna 128 och 129.

61 — Se även Joliet, R., "National anti-competitive Legislation and Community Law", *Fordham International Law Journal*, 1989, s. 174, och Henriksen, U. B. (ovan fotnot 43), s. 69. Rättspraxis har ställt sig avvisande till tanken att en statlig åtgärds innehåll eller inverkan på konkurrensen ska vara avgörande, se särskilt domarna i målet van Eycke (ovan fotnot 39), punkt 18, och i målet Meng (ovan fotnot 44), punkterna 14–22. Angående domen i målet van Eycke, se Henriksen, U. B. (ovan fotnot 43), s. 114. Emmerich, W., (ovan fotnot 39), punkt 15, som dock förordar att en statlig åtgärds innehåll eller inverkan på konkurrensen ska vara avgörande.

har ingått avtal med en jämförbar verkan, medan åtgärden är tillåten i en annan medlemsstat eftersom där tidigare inte funnits något avtal mellan företag med sådant innehåll.

152. Jag ser heller ingen motsättning i att det är tillåtet för en medlemsstat att på eget initiativ införa en lagstiftning med konkurrensbegränsande syfte eller verkan, men att medlemsstaten i enlighet med lojalitetsplikten inte får förstärka verkningarna av ett jämförbart avtal mellan företag. En motsättning skulle föreligga endast om det för lojalitetsplikten vore relevant huruvida lagstiftningen har konkurrensbegränsande syfte eller verkan, men det skulle inte vara förenligt med principen om tilldelad behörighet. [62] En medlemsstat kan inte fråntas möjligheten att vidta lagstiftningsåtgärder med ett innehåll som är jämförbart med avtal mellan företag så länge det sker på eget initiativ.

153. I den nu behandlade kategorin är lojalitetsprincipen alltså begränsad till ett förbud för medlemsstaterna att förstärka verkningarna av ett avtal mellan företag som strider mot artikel 81 EG genom att strikt accessoriskt helt eller delvis överta detta mellan företag ingångna avtal utan att ändra det eller vidta annan åtgärd med avseende på innehållet. Kommissionen har med rätta påpekat att ett sådant handlande av en medlemsstat utgör en signal om att den ändamålsenliga verkan (*effet utile*) av gemenskapens konkurrenspolitik kringgås.

154. Den innehållsmässiga kopplingen i BPrBG till Sammelrevers 1993 utgör alltså enligt min mening inget förstärkande av verkningarna av Sammelrevers 1993.

iii) Slutsats

155. Min slutsats är alltså – oberoende av hur Sammelrevers 1993 är att bedöma konkurrensrättsligt – att lagstiftaren med BPrBG inte har ålagt eller främjat ingåendet av något konkurrensbegränsande avtal eller förstärkt verkningarna av detsamma.

b) Överlåtelse av ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer

156. Enligt den ovan berörda fjärde kategorin [63] kan ett åsidosättande av lojalitetsplikten även bestå i att en medlemsstat

62 — Se ovan punkterna 128 och 129.

63 — Se ovan punkt 131.

berövar de egna bestämmelserna deras statliga karaktär genom att överlåta ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer. En analys av denna i fast rättspraxis berörda fjärde kategori visar att den går tillbaka framför allt till domen i målet Leclerc [64]. [65]

157. Delegering av statliga befogenheter till privata näringsidkare kan principiellt komma i fråga om privata näringsidkare i lag ges befogenhet att i förhållande till tredje man med bindande verkan bestämma priser utan att dessa är underkastade statlig kontroll. [66]

158. Mot tanken att denna kategori är tillämplig i förevarande fall har framför allt anförts att inget avtal mellan företag är för handen (i), att ingen delegering av beslutsbefogenheten till privata företag har skett (ii) och att gemenskapen inte har någon konkurrenspolitik på området för nationella system med fasta bokpriser (iii).

64 — Ovan fotnot 5, punkt 15.

65 — Jämför analys av Henriksen, U. B, (ovan fotnot 43), s. 114 och s. 115.

66 — Niemeyer, J., "Die Anwendbarkeit von Art. 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen," *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, sidan 721 och följande sidor.

i) Inget krav på accessorisk koppling

159. Det har av vissa gjorts gällande att det även för denna kategori gäller ett krav på strikt accessorisk koppling till ett avtal som strider mot artikel 81 EG. [67]

160. Den uppfattningen är inte övertygande.

161. För det första kan jag inte finna något stöd i rättspraxis för att det även i fråga om denna fjärde kategori ställs något krav på strikt accessorisk koppling till ett konkurrensbegränsande avtal mellan företag.

67 — Weuster, A. (ovan fotnot 58), s. 219, Niemeyer, J. (ovan fotnot 66), s. 730 och s. 731, och Schwarze, J. (ovan fotnot 43), s. 620–622.

162. I domen i målet Leclerc ställde domstolen i stället frågan om huruvida en nationell lagstiftning – som gör sådant enligt artikel 81.1 EG förbjudet beteende från företags sida *överflödigt*, genom att förläggare eller bokimportörer ges ansvaret att fritt fastställa bindande priser i detaljhandelsledet – skadar den ändamålsenliga verkan av artikel 81 EG och därför strider mot artikel 10 andra stycket EG. [68] I domen uttalade domstolen visserligen inte uttryckligen att ett nationellt system med fasta bokpriser faller inom tillämpningsområdet för den fjärde kategorin. [69] I det fallet, där det var ostridigt att det inte fanns något tidigare avtal mellan företag, gick domstolen ändå vidare i sin prövning av huruvida lojalitetsplikten hade åsidosatts och accepterade under vissa förutsättningar möjligheten av ett sådant åsidosättande. [70] Av det kan man enligt min mening utläsa att domstolen för den fjärde kategorin inte kräver någon strikt accessorisk koppling mellan en åtgärd som vidtas av en medlemsstat och ett befintligt konkurrensbegränsande avtal mellan företag. [71] Jag kan inte av senare domar utläsa att domstolen därvidlag har ändrat ståndpunkt. [72]

163. För det andra finner jag det inte rimligt att begränsa denna kategori till åtgärder som är accessoriska till konkurrensbegränsande avtal mellan företag. Som jag redovisat ovan [73] är frågan visserligen inte endast huruvida en statlig åtgärd har återverkningar på konkurrensen och vilka dessa återverkningar är. Detta är emellertid inte föremålet för denna kategori. Det klandervärda beteende från medlemsstaternas sida som avses i den fjärde kategorin ligger snarare i att en medlemsstat kringgår kravet enligt artikel 81 EG på ett *avtal mellan företag*. Där ska omfattas lagstiftningsåtgärder som endast

68 — Se punkt 15 i domen i målet Leclerc (ovan fotnot 5).

69 — Här ska beaktas att den fjärde kategorin ”konsoliderades” först genom domen i målet van Eycke (ovan fotnot 39), punkt 16, och alltså efter domen i målet Leclerc.

70 — Se punkt 20 och domslutet i målet Leclerc (ovan fotnot 5).

71 — Hoffman, A. B., ”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, förmodar att ett tidigare utkast till dom fanns där denna fråga undersöktes och bejakades. Enligt Joliet, R. (ovan fotnot 61), s. 172, har domstolen funnit att den statliga åtgärden i princip är oförenlig med artikel 10 andra stycket EG, artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG. Henriksen, U. B. (ovan fotnot 43), s. 59 och s. 140, menar att domstolen visserligen inte uttryckligen har besvarat frågan men att det av domen framgår att domstolen ville ge ett jakande svar. Enligt Schwarze, J. (ovan fotnot 43), s. 618, har domstolen väckt frågan men inte besvarat den.

72 — I domarna i målet Meng (ovan fotnot 44), Ohra Schadeverzekeringen (ovan fotnot 44), och i målet Reiff (ovan fotnot 39) kan jag inte urskilja någonting om detta. I dessa mål har domstolen gått in på frågan om huruvida den skulle utsträcka tillämpningen av lojalitetsplikten till ytterligare fall än vad som dittills hade skett (se i detta avseende Niemeyer, J. (ovan fotnot 66), s. 725). Då var frågan om huruvida en medlemsstats åtgärd strider mot artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g och artikel 81 EG redan därför att den har ett konkurrensbegränsande syfte eller verkan jämförbar med ett konkurrensbegränsande avtal mellan företag. I domen i målet Reiff (ovan fotnot 39), punkt 22, prövade domstolen den ovan berörda frågan och ansåg att ingen överträdelse förelåg därför att ingen delegering av beslutanderätten till privata näringsidkare hade skett.

73 — Punkterna 128 och 129 ovan.

utgör ett ”skal” av lagstiftning utan innehåll och som avskärmar privata näringsidkare från tillämpningen av artikel 81 EG. I sådana fall kan den ändamålsenliga verkan av artikel 81 EG påverkas. [74]

164. Vad som för det tredje talar mot att det även för denna kategori finns ett krav på strikt accessorisk koppling är att kategorin annars i stor utsträckning blir utan tillämpning, eftersom statliga åtgärder varigenom ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området överlåts på privata näringsidkare leder just till att avtal som strider mot artikel 81 EG är överflödiga.

165. Min slutsats är att det i fråga om denna kategori inte kan krävas någon strikt accessorisk koppling till ett sådant avtal mellan företag som strider mot artikel 81 EG.

74 — Övertygande är enligt min mening (dock endast för denna fjärde kategori) den mening som framförts av generaladvokaten Lenz i förslaget till avgörande av den 16 december 1986 till domen i målet Vlaamse Reisebureaus (ovan fotnot 58), punkt 42, som påpekar att den nationella bestämmelsen ersätter förutsättningen ”avtal, beslut och samordnade förfaranden” enligt artikel 81 EG och alltså gör den överflödig. Ett villkor är att en medlemsstat ger privata näringsidkare statliga befogenheter för ingripande i konkurrensförhållandena och gör det möjligt för den privata näringsidkaren att fatta beslut som ingriper i dessa ekonomiska förhållanden. Detta är kännetecknet för avgränsningen av ett enligt artikel 10 andra stycket EG tillåtet självständigt ingrepp från medlemsstaternas sida i konkurrensförhållandena. Schwarze, J. (ovan fotnot 43), s. 621, är kritisk till detta.

ii) Delegation till privata näringsidkare

166. Den avgörande frågan är därmed huruvida BPrBG överlåter ansvaret för att fastställa priser på privata näringsidkare. Därvid ska skiljas mellan österrikiska och tyska böcker.

167. Först ska undersökas huruvida befogenheten att fastställa priser i sista hand förbehålls statliga organ. I sådana fall kan man inte tala om en överlåtelse av ansvaret på privata näringsidkare. [75] Den tyska regeringen har påpekat att det enligt 7 § BPrBG jämförd med 1 § BPrBG föreskrivs en materiell domstolskontroll av fastställda slutliga försäljningspriser. Den österrikiska regeringen har vid den muntliga förhandlingen inte lämnat några substantiella uppgifter angående arten av denna domstolskontroll. Hur som helst tycks en domstol enligt dessa bestämmelser inte kunna vidta några åtgärder *ex officio* i fall där de slutliga försäljningspriserna inte är rimliga med hänsyn till BPrBG:s syften. [76] Under sådana förhållanden kan man enligt min mening inte anse att befogenheten att fastställa priser i sista hand förbehålls statliga organ.

75 — Se särskilt domarna i målen Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (ovan fotnot 39), punkterna 21 och 22, Centro Servizi Spediporto (ovan fotnot 39), punkt 27, Reiff (ovan fotnot 39), punkterna 20–23, och dom av den 29 januari 1985 i mål 231/83, Cullet (REG 1985, s. 305; svensk specialutgåva, volym 8, s. 17), punkt 17.

76 — Där ligger enligt min mening skillnaden mot de domar som anges i fotnot 75.

168. Vidare vill jag påpeka att det för prövningen av huruvida lojalitetsplikten åsidosatts saknar betydelse huruvida den privata näringsidkaren är ålagd eller endast tilldelad en befogenhet att fastställa priserna. [77]

169. Vad som ska prövas i detta fall är alltså huruvida BPrBG innebär att ansvaret att fastställa priser överlåts på privata företag.

170. För österrikiska böcker kan förläggarna fastställa de österrikiska slutliga försäljningspriserna efter eget fritt skön. I fråga om dessa böcker är det alltså fråga om att ansvaret för att fastställa priser har överlåtits på privata näringsidkare.

171. För tyska böcker har emellertid å ena sidan *beslutet i sak* om den principiella storleken på österrikiska slutliga försäljningspriser och å andra sidan *fastställandet* av dessa slutliga försäljningspriser överlåtits på två olika sorters företag på olika marknadsnivåer. Det är visserligen importören som fastställer ett österrikiskt slutligt försäljningspris för en tysk bok för försäljning i Österrike. Då importören dock i princip är bunden av storleken på det tyska slutliga försäljningspriset är det tyska förläggare som beslutar i sak om storleken på det österrikiska slutliga försäljningspriset. De privata näringsidkare på vilka befogenheten kan sägas bli överlåten är alltså de tyska förläggarna. [78]

172. Mot denna uppfattning om de tyska förläggarnas ansvar skulle kunna invändas att en tysk förläggare endast fastställer tyska slutliga försäljningspriser och att de österrikiska slutliga försäljningspriserna inriktas efter dessa. Då skulle man kunna påstå att fastställandet av de österrikiska slutliga försäljningspriserna inte är de tyska förläggarnas ansvar, och att de tyska slutliga försäljningspriserna endast är en av de faktorer som har betydelse för de österrikiska slutliga försäljningspriserna enligt bestämmelserna i BPrBG. [79]

173. Emellertid bör först beaktas att en tysk förläggare i fråga om en bok som säljs i både Tyskland och Österrike kan inkludera försäljningen i Österrike i sina överväganden, varvid betydelsen av försäljningen i Österrike kan variera allt efter förläggare och bok. Beaktas bör också att en tysk förläggare genom att ge handelsfördelar, även om detta också kan vara förenat med nackdelar för honom själv [80], kan påverka de slutliga försäljningspriserna för Österrike.

77 — Domen i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 54), punkt 55. Se Weuster, A. (ovan fotnot 58), s. 218.

78 — I regel blir i importfallen även beslutet huruvida importören får ett från gängse inköpspris avvikande lägre inköpspris beroende av förläggarna.

79 — Jämför domen i målet Cullet (ovan fotnot 75), punkt 17.

80 — Se punkterna 62–65 ovan.

174. Den avgörande frågan i sammanhanget är för mig inte hur fri den tyske förläggaren är vid sina beslut utan huruvida befogenheten att fastställa de österrikiska slutliga försäljningspriserna i sista hand förbehålls statliga organ eller om den är tilldelad privata näringsidkare. Eftersom ansvaret för att fastställa österrikiska slutliga försäljningspriser för tyska böcker i sista hand förbehålls tyska förläggare utgår jag från att BPrBG innebär att ansvaret för att fastställa priser åtminstone delvis överlåts även på de tyska förläggarna.

175. Min slutsats är alltså att en lagstiftning som BPrBG innebär att ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området överlåts på privata näringsidkare. Detta blir bekräftat av domstolens resonemang i domen i målet Leclerc, som jag redan har redovisat ovan. [81]

iii) Beaktande av medlemsstaternas självständighet på kulturområdet

176. I domen i målet Leclerc slog domstolen fast, efter att implicit ha sagt ja till möjligheten att en överträdelse i princip kan föreligga på grund av att ett konkurrensbegränsande avtal gjorts överflödigt, att det inte finns någon konkurrenspolitik inom gemenskapen som rör rent nationella system med fasta bokpriser. Härav följer enligt domstolen att på gemenskapsrättens nuvarande stadium är medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG inte tillräckligt preciserade för att medlemsstaterna ska kunna förbjudas att utfärda lagregler angående priskonkurrens avseende slutliga försäljningspriser för böcker, dock på det villkoret att EG-fördragets övriga särskilda bestämmelser iakttas i dessa regler, särskilt bestämmelserna om fri rörlighet för varor. [82]

177. Jag anser att dessa domstolens formuleringar innehåller allt väsentligt som behövs för att pröva förevarande fall, dock att det finns behov av vissa kommentarer.

178. För det första bör hänvisningen till att det saknas konkurrenspolitik på området för nationella system med fasta bokpriser uppfattas så, att det skulle ha varit nödvändigt att beakta särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser för detta område om det hade funnits sådana. Hittills har dock inga särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser utfärdats för området.

81 — Se punkt 162 ovan.

82 — Domen i målet Leclerc (ovan fotnot 5), punkt 20.

179. För det andra ska hänvisningen givetvis inte uppfattas så att avsaknaden av särskilda bestämmelser innebär att det inte finns någon gemenskapspolitik på området. Tvärtom utgör det principiella förbudet mot vertikal prisbindning enligt artikel 81 EG en del av den sektorövergripande gemenskapspolitik från vilken boksektorn i princip inte är undantagen. [83] Av rättspraxis framgår tydligt att domstolen prövar den fjärde kategorin på andra områden även om det saknas särskilda regler för området. [84]

180. För det tredje skulle hänvisningen till rent nationella system med fasta bokpriser kunna uppfattas så, att tillämpningsområdet för artikel 81 EG inte berördes i fallet Leclerc då handeln mellan medlemsstaterna inte påverkades. Inte heller en sådan tolkning är dock övertygande eftersom målet Leclerc rörde import till Frankrike av böcker som getts ut i andra medlemsstater och återimport av böcker som getts ut i Frankrike. Med hänsyn till den betydande importen från Tyskland är det inte heller i förevarande fall möjligt att utgå från att gränsöverskridande inslag saknas. [85]

181. Domstolens hänvisning till att det inte finns någon konkurrenspolitik inom gemenskapen som rör rent nationella system med fasta bokpriser kan därför enligt min mening endast uppfattas på det sättet, att domstolen inom ramen för tillämpningen av artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG tar hänsyn till nationella system med fasta bokpriser som uttryck för medlemsstaternas behörighet på kulturområdet. [86]

182. Detta hänsynstagande kan rättsteoretiskt förklaras på följande sätt. I förevarande fall är det inte fråga om en direkt tillämpning av artikel 81 EG. Såvida det på grund av medlemsstaternas lojalitetsplikt enligt artikel 10 andra stycket EG indirekt uppkommer förpliktelser ur artikel 81 EG, måste hänsyn tas inte endast till syftena med artikel 81 EG utan även till medlemsstaternas behörighet inom kulturområdet. [87]

183. I denna del kan jag konstatera, att enligt rättspraxis och det nyss berörda nödvändiga hänsynstagandet till medlemsstaternas bestämmanderätt på kulturområdet är den nu

83 — Ett undantag måste uttryckligen föreskrivas i EG-fördraget, se dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209/84–213/84, Asjes m.fl. (REG 1986, s. 1425; svensk specialutgåva, volym 8, s. 549), punkt 40.

84 — Se exempelvis ovan i fotnot 75 angiven rättspraxis.

85 — Om det däremot endast vore fråga om fastställande av priser för österrikiska böcker skulle det få göras en noggrann prövning av huruvida prissättningen har en märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Ett gränsöverskridande inslag kan inte heller då uteslutas (gränsarbetares inköp), men det är tveksamt om påverkan skulle vara märkbar.

86 — Se även Weuster (ovan fotnot 58), s. 211–224.

87 — Se i detta sammanhang även punkterna 19 och 22 i generaladvokaten Darmons förslag till avgörande av den 3 oktober 1984 i målet Leclerc (ovan fotnot 5), där nödvändigheten att beakta behörigheten på kulturområdet understryks upprepade gånger. Se i detta avseende även Fezer, H.-J. (ovan fotnot 2), s. 143, och Hofmann, T. (ovan fotnot 49), s. 559.

behandlade fjärde kategorin i princip inte tillämplig på system med fasta bokpriser.

184. Därvid måste emellertid beaktas att två villkor för detta hänsynstagande gäller enligt rättspraxis. Det måste vara fråga om ett rent nationellt system med fasta bokpriser och de nationella bestämmelserna får inte strida mot andra bestämmelser i EG-fördraget, särskilt inte mot bestämmelserna om fri rörlighet för varor.

— Rent nationella system med fasta bokpriser

185. För det första måste det vara fråga om ett rent nationellt system med fasta bokpriser. Av domen i målet Leclerc [88] framgår att ett nationellt system med fasta bokpriser föreligger också om det omfattar böcker som importeras från andra medlemsstater. För frågan om huruvida en medlemsstat har åsidosatt lojalitetsplikten anser jag att det inte kan göra någon skillnad huruvida det är en importör inom landet som beslutar i sak om det slutliga försäljningspriset för en importerad bok eller om det är en förläggare i en annan medlemsstat.

186. I detta fall är det dock tveksamt huruvida BPrBG ska kvalificeras som ett rent nationellt system eftersom de österrikiska slutliga försäljningspriserna för tyska böcker i princip inriktas efter de tyska slutliga försäljningspriserna. Det betyder att de österrikiska slutliga försäljningspriserna för dessa böcker inte nödvändigtvis inriktas efter kriterier som kan motiveras mot bakgrund av den österrikiska marknaden. [89] Jag är mycket tveksam till huruvida BPrBG därför kan betecknas som ett rent nationellt system med fasta bokpriser i den mening som avses i domen i målet Leclerc.

— Att inte strida mot andra bestämmelser i EG-fördraget, särskilt inte mot bestämmelserna om fri rörlighet för varor

187. För det andra har domstolen i domen i målet Leclerc slagit fast att lojalitetsplikten inte har åsidosatts förutsatt att EG-fördragets övriga bestämmelser iakttas i de nationella bestämmelserna om fasta bokpriser, särskilt bestämmelserna om fri rörlighet för varor. [90] Omformulerat till en positiv sats innebär det

88 — Ovan fotnot 5.

89 — Se punkt 173 ovan.

90 — Ovan fotnot 5, punkt 20.

att lojalitetsplikten har åsidosatts om det nationella systemet med fasta bokpriser strider mot bestämmelserna om fri rörlighet för varor eller mot andra bestämmelser i EG-fördraget. [91]

188. I domen i målet Leclerc var det alltså inte så att domstolen först prövade huruvida lojalitetsplikten hade åsidosatts, fann att så ej var fallet och därefter prövade bestämmelserna om fri rörlighet för varor. I stället har domstolen uteslutit ett åsidosättande av lojalitetsplikten i den fjärde kategorin endast om det nationella systemet med fasta bokpriser är förenligt även med övriga bestämmelser i EG-fördraget.

189. Grunden för detta villkor är enligt min mening följande överväganden. Som jag redovisat ovan överlåts i ett statligt inrättat system med fasta bokpriser ansvaret att fatta beslut på det ekonomiska området på privata aktörer. Ett åsidosättande av den fjärde kategorin av lojalitetsprincipen kan i princip inte uteslutas. Det tas emellertid hänsyn till ett nationellt system med fasta bokpriser som ett uttryck för medlemsstaternas behörighet på kulturområdet. Hänsynstagandet är dock berättigat endast om medlemsstaterna vid utformningen av systemet med fasta bokpriser i övrigt förhåller sig lojala mot gemenskapen.

91 — Ovan fotnot 5, punkt 20.

190. Eftersom en bestämmelse som 3 § BPrBG strider mot artikel 28 EG ska enligt rättspraxis ingen hänsyn tas till det österrikiska systemet med fasta bokpriser som ett uttryck för medlemsstaternas behörighet på kulturområdet.

iv) Slutsats

191. Min slutsats är att den befogenhet som förläggare och importörer ges att fastställa slutliga försäljningspriser för böcker i ett statligt system med fasta bokpriser i princip inte innebär ett åsidosättande av vad som åligger medlemsstaterna enligt artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG, men att det i förevarande fall föreligger särskilda omständigheter som innebär att ett åsidosättande föreligger. [92]

192. Åsidosättandet överensstämmer i detta fall i stor utsträckning med en överträdelse av artikel 28 EG. Mot den tyska regeringens

92 — Man kan visserligen även göra en motsvarande prövning angående tillämpningen av artikel 81.3 EG. En sådan prövning i förevarande kategori måste enligt min mening avse huruvida alla tänkbara beslut som överlåts på den private näringsidkaren skulle uppfylla villkoren enligt artikel 81.3 EG. Utvidgningen till alla tänkbara beslut är lämplig just därför att medlemsstaten enligt förevarande kategori överlåter ansvaret på privata näringsidkare. Jag har redan uttryckt min tveksamhet till huruvida en lagstiftning som diskriminerar tyskspråkiga böcker från andra medlemsstater är absolut nödvändig för att uppnå de mål som eftersträvas med fasta bokpriser.

uppfattning kan jag ändå inte se att det finns ett förhållande med karaktär av speciallag mellan å ena sidan artikel 28 EG och å andra sidan artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG eftersom bestämmelserna har olika målsättningar.

V — Sammanfattning

193. Sammanfattningsvis är min slutsats att en lagstiftning som BPrBG inte är förenlig med bestämmelserna om fri rörlighet för varor. Jag föreslår därför att den första tolkningsfrågan ska besvaras med ja och den andra med nej.

194. En lagstiftning om ett av staten inrättat system med fasta bokpriser utgör i princip inget åsidosättande av lojalitetsplikten enligt artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG i den kategori som gör ett konkurrensbegränsande avtal överflödigt. Förutsättningar för det är emellertid att det är fråga om ett rent nationellt system med fasta bokpriser och att bestämmelserna i systemet med fasta bokpriser inte strider mot gemenskapsrätten, särskilt inte mot bestämmelserna om fri rörlighet för varor. I detta fall är åtminstone inte den andra förutsättningen uppfylld.

195. Eftersom den tredje tolkningsfrågan emellertid ställs endast för det fall att den första tolkningsfrågan besvaras nekande föreslår jag att domstolen inte besvarar den.

196. Om den tredje tolkningsfrågan ändå skulle erfordra ett svar, skulle jag föreslå att domstolen i enlighet med sin hittillsvarande rättspraxis svarar att på gemenskapsrättens nuvarande stadium är medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 10 andra stycket jämförd med artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG inte tillräckligt preciserade för att medlemsstaterna ska kunna förbjudas att utfärda lagregler enligt vilka slutliga försäljningspriser på böcker måste fastställas av förläggaren eller importören av en bok, dock under förutsättning att det är frågan om ett rent nationellt system med fasta bokpriser och att EG-fördragets övriga särskilda bestämmelser iakttas i dessa regler, särskilt bestämmelserna om fri rörlighet för varor.

VI — Förslag till avgörande

197. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av den nationella domstolen på följande sätt:

1. Begreppet åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion enligt artikel 28 EG ska tolkas så, att det omfattar en medlemsstats lagstiftning enligt vilken inhemska förläggare och importörer av böcker måste fastställa och offentliggöra ett minimipris vid försäljning av böcker som är bindande för slutförsäljare, varvid importören av en bok som har getts ut i en annan medlemsstat inte får underskrida det slutliga försäljningspris (med avdrag för den andra medlemsstatens mervärdesskatt och med tillägg av det egna landets mervärdesskatt) som förläggaren har fastställt eller rekommenderat för denna andra medlemsstat.

   Detta gäller även om importören av en sådan bok får, i proportion till de handelsfördelar han uppnår genom att anskaffa boken till ett från gängse inköpspris avvikande lägre inköpspris, underskrida det slutliga försäljningspris som förläggaren har fastställt eller rekommenderat för denna andra medlemsstat.

2. Artikel 28 EG, artikel 30 EG och artikel 151 EG ska tolkas så, att en sådan lagstiftningsåtgärd inte kan motiveras med hänsyn till vare sig böckernas ställning som kulturbärare, konsumenternas intresse av rimliga bokpriser eller näringsbetingelserna för bokhandlarna.