OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
VERICY TRSTENJAK
przedstawiona w dniu 18 grudnia 2008 r. [1]

Spis treści

I — Ramy prawne . . . . . I - 3723

A — Prawo wspólnotowe . . . . . I - 3723

B — Prawo krajowe . . . . . I - 3724

II — Okoliczności faktyczne, postępowanie przez sądem krajowym i pytania prejudycjalne I - 3727

A — Okoliczności faktyczne . . . . . I - 3727

1. System regulowanej ceny książek obowiązujący w Austrii . . . . . I - 3727

2. Okoliczności powstania sporu przed sądem krajowym . . . . . I - 3728

B — Postępowanie przed sądem krajowym . . . . . I - 3728

C — Pytania prejudycjalne . . . . . I - 3729

III — Postępowanie przed Trybunałem . . . . . I - 3730

IV — Odpowiedzi na pytania prejudycjalne . . . . . I - 3730

A — Uwagi wstępne . . . . . I - 3730

1. Znaczenie systemów regulowanej ceny książek na gruncie prawa wspólnotowego . . . . . I - 3730

2. W przedmiocie pytań prejudycjalnych . . . . . I - 3731

B — W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego . . . . . I - 3732

1. Argumenty stron . . . . . I - 3732

1 — Język oryginału: niemiecki.

2. Ocena prawna . . . . . I - 3734

a) Sposób sprzedaży . . . . . I - 3735

b) Sposób sprzedaży mający zastosowanie do wszystkich podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na terytorium krajowym . . . . I - 3736

c) Wywieranie wpływu w ten sam sposób na sprzedaż książek austriackich i niemieckich . . . . . I - 3737

i) Różne traktowanie pod względem prawnym książek niemieckich i austriackich . . . . . I - 3737

— Uwzględnienie przewagi handlowej . . . . . I - 3738

— Możliwość rabatu w wysokości 5% na etapie sprzedaży detalicznej I - 3739

— Wniosek . . . . . I - 3740

ii) Zdolność do wywarcia negatywnego wpływu na sprzedaż książek niemieckich . . . . . I - 3740

— Austriackie ceny detaliczne książek niemieckich są ustalane na podstawie stosunków panujących na rynku niemieckim . . . . . I - 3741

— Przemyślenia uzupełniające . . . . . I - 3741

iii) Wniosek . . . . . I - 3743

d) Wniosek . . . . . I - 3743

C — W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego . . . . . I - 3743

1. Argumenty stron . . . . . I - 3744

2. Ocena prawna . . . . . I - 3745

D — W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego . . . . . I - 3747

1. Argumenty stron . . . . . I - 3747

2. Ocena prawna . . . . . I - 3750

a) Narzucanie lub faworyzowanie antykonkurencyjnego porozumienia, lub wzmacnianie skutków takiego porozumienia . . . . . I - 3752

i) Antykonkurencyjne porozumienie? . . . . . I - 3752

ii) Narzucenie lub faworyzowanie Sammelrevers 1993, lub wzmocnienie jego skutków . . . . . I - 3754

— Bezpośrednie powiązanie z Sammelrevers 1993? . . . . . I - 3754

— Powiązanie na podstawie przepisu przejściowego zawartego w § 10 BPrBG? . . . . . I - 3754

— Czy wystarczy powiązanie co do treści? . . . . . I - 3755

iii) Wniosek . . . . . I - 3757

b) Przeniesienie na prywatne podmioty gospodarcze odpowiedzialności za decyzje wkraczające w sferę ekonomiczną . . . . . I - 3757

i) Brak wymogu akcesoryjności . . . . . I - 3758

ii) Przeniesienie na prywatne podmioty gospodarcze . . . . . I - 3760

iii) Uwzględnienie kompetencji państw członkowskich w dziedzinie kultury . . . . . I - 3762

— Czysto krajowy system regulowanej ceny książek . . . . . I - 3764

— Brak naruszenia innych postanowień traktatu WE, w szczególności postanowień o swobodnym przepływie towarów . . . . . I - 3764

iv) Wniosek . . . . . I - 3765

V — Podsumowanie . . . . . I - 3766

VI — Wnioski . . . . . I - 3767

1. Przedmiotem niniejszego postępowania prejudycjalnego jest pytanie prejudycjalne Oberster Gerichtshof Republiki Austrii (zwanego dalej „sądem krajowym"). Sąd krajowy chciałby dowiedzieć się, czy postanowienia dotyczące swobodnego przepływu towarów przewidziane w art. 28 WE i 30 WE sprzeciwiają się określonym elementom systemu regulacji cen książek, który został wprowadzony przez Austrię w drodze Buchpreisbindungsgesetz (ustawy o regulacji cen książek, BGBl. 45/2000, zwanej dalej „BPrBG"). Następnie zastanawia się on, czy BPrBG jest zgodna z obowiązkiem państw członkowskich przewidzianym w art. 10 akapit drugi WE w związku z normami prawa konkurencji wyrażonymi w art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE.

2. Chodzi zatem o sprawę, która dotyczy podwójnego charakteru książek jako towaru i dobra kultury.

I — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

3. Artykuł 3 ust. 1 lit. g) WE stanowi, że działalność Wspólnoty obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym.

4. Zgodnie z art. 10 akapit drugi WE państwa członkowskie są zobowiązane do powstrzymania się od podejmowania wszelkich środków, które zagrażałyby urzeczywistnieniu celów traktatu WE.

5. Zgodnie z art. 28 WE ograniczenia ilościowe w przywozie oraz wszelkie środki o skutku równoważnym są zakazane między państwami członkowskimi.

6. Artykuł 30 WE stanowi, że postanowienia art. 28 WE nie stanowią przeszkody w stosowaniu zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, uzasadnionych względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. Zakazy te i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi.

7. Zgodnie z art. 81 ust. 1 WE:

„Niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a w szczególności te, które polegają na:

a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji; […]”.

8. Na podstawie art. 81 ust. 3 WE postanowienia art. 81 ust. 1 WE mogą zostać uznane za niemające zastosowania do każdego porozumienia lub kategorii porozumień między przedsiębiorstwami, każdej decyzji lub kategorii decyzji związków przedsiębiorstw, każdej praktyki uzgodnionej lub kategorii praktyk uzgodnionych, które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez:

a) nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;

b) dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

9. Zgodnie z art. 151 ust. 4 WE Wspólnota uwzględnia aspekty kulturalne w swoim działaniu na podstawie innych postanowień traktatu WE, zwłaszcza w celu poszanowania i popierania różnorodności jej kultur.

B — *Prawo krajowe*

10. Austriacka BPrBG brzmi we fragmentach następująco:

„Zakres zastosowania

§ 1

Niniejsza ustawa związkowa ma zastosowanie do wydawania i przywozu oraz handlu, z wyjątkiem transgranicznego handlu elektronicznego, niemieckojęzycznymi książkami i muzykaliami. Ma ona na celu kształtowanie cen z uwzględnieniem pozycji książek jako dobra kultury, interesu konsumentów w rozsądnych cenach książek oraz gospodarczej rzeczywistości handlu książkami.

Definicje

§ 2

W rozumieniu niniejszej ustawy związkowej

1. wydawcą jest ten, kto podejmuje się zawodowo wydawania, produkcji i rozpowszechniania towaru w rozumieniu § 1;

2. importerem jest ten, kto zawodowo przywozi do Austrii towar w rozumieniu § 1 w celu sprzedaży […].

Ustalenie ceny

§ 3

(1) Wydawca lub importer towaru w rozumieniu § 1 zobowiązany jest do ustalenia i podania do wiadomości ceny detalicznej na wydawane przez niego lub wwożone przez niego na terytorium związkowe towary w rozumieniu § 1.

(2) Importer nie może zejść poniżej ceny detalicznej ustalonej lub zalecanej przez wydawcę dla kraju wydania albo ceny detalicznej zalecanej dla terytorium związkowego przez wydawcę mającego siedzibę poza państwem będącym stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), pomniejszonej o zawarty w niej podatek od wartości dodanej [zwany dalej „VAT”].

(3) Importer, który kupuje towary w rozumieniu § 1 w państwie będącym stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) po niższej cenie zakupu różniącej się od zwyczajowych cen zakupu może, wbrew ust. 2, zejść poniżej ceny ustalonej lub zalecanej przez wydawcę dla kraju wydania lub w przypadku reimportu: ceny ustalonej przez krajowego wydawcę — proporcjonalnie do uzyskanej korzyści handlowej.

(4) Do reimportowanych towarów w rozumieniu § 1 nie stosuje się ust. 3, jeśli zostały one wywiezione jedynie w celu ich ponownego przywozu dla obejścia tej ustawy związkowej.

(5) Do ceny detalicznej ustalonej zgodnie z ust. 1–4 należy doliczyć podatek [VAT] obowiązujący w Austrii od towarów w rozumieniu § 1.

[…]

Regulacja cenowa

§ 5

(1) Przy sprzedaży konsumentom końcowym towarów w rozumieniu § 1 sprzedawcy końcowi mogą zejść poniżej ceny detalicznej ustalonej zgodnie z § 3 najwyżej o 5%.

(2) Sprzedawcy końcowi nie mogą informować w obrocie gospodarczym dla celów konkurencji o zejściu poniżej ceny detalicznej w rozumieniu ust. 1.

[…]

Działania przeciwko ustalaniu cen i regulacji cenowej

§ 7

(1) Działania wbrew § 3 ust. 1–4, § 4 ust. 1 oraz § 5 ust. 1–3 uważane są za działania w rozumieniu § 1 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [ustawy o nieuczciwej konkurencji], BGBl nr 448/1984, w jej aktualnej wersji.

[…]

Przepisy przejściowe

§ 10

W przypadku towarów w rozumieniu § 1, które zostały wprowadzone do obrotu przed wejściem w życie niniejszej ustawy związ-

kowej po stałej cenie detalicznej, opublikowanej w wykazie dostarczanych książek, wydanie z dnia 20 czerwca 2000 r., cena ta jest traktowana jako cena ustalona przez wydawcę lub importera w rozumieniu niniejszej ustawy".

12. Głównym przedmiotem Sammelrevers 1993 było ścisłe ustalenie cen detalicznych, czyli cen, których sprzedawca detaliczny mógł domagać się od klientów końcowych. W wyniku Sammelrevers 1993 sprzedawcy detaliczni byli zobowiązani do zachowania ustalonej przez wydawcę ceny detalicznej jako stałej ceny [2]. Wydawca miał pełną swobodę przy ustalaniu ceny detalicznej. Po ustaleniu ceny detalicznej był on jednak zobowiązany do nadzorowania jej respektowania.

II — Okoliczności faktyczne, postępowanie przez sądem krajowym i pytania prejudycjalne

A — *Okoliczności faktyczne*

1. System regulowanej ceny książek obowiązujący w Austrii

11. Do dnia 30 czerwca 2000 r. w Austrii, Niemczech i Szwajcarii stosowany był prowadzony przez przedsiębiorstwa, transgraniczny system regulowanej ceny książek, tzw. Sammelrevers 1993. W przypadku Sammelrevers 1993 chodziło o umowę wzorcową, która była zawierana pomiędzy danymi wydawcami, hurtownikami i sprzedawcami detalicznymi i która dotyczyła w szczególności książek niemieckojęzycznych. Horyzontalnie pomiędzy wydawcami nie było przewidziane żadne porozumienie. Zawieranie i kontrola poszczególnych umów były jednak zapewnione w scentralizowanej formie za pośrednictwem podmiotów ds. zarządzania i nadzoru (Preisbindungstreuhänder).

13. Po przystąpieniu Austrii do Unii Europejskiej, w dniu 8 lutego 2000 r. Komisja zażądała usunięcia do dnia 30 czerwca 2000 r. wszelkich skutków transgranicznych wywoływanych przez Sammelrevers 1993 [3]. W efekcie przedłożono Komisji zmienioną wersję Sammelrevers 1993, zgodnie z którą uchyleniu podlegałoby w szczególności wertykalne związanie ceną między niemieckimi wydawcami z jednej strony, a austriackimi hurtownikami i sprzedawcami detalicznymi z drugiej

2 — Wertykalne związanie cen detalicznych powinno umożliwiać wydawcom kalkulację wyrównawczą. Celem tego było, by określony wydawca przeznaczał wpływy dodatkowe, które osiągnął w wyniku sprzedaży za wyższą cenę dobrze sprzedających się tytułów, na współfinansowanie tytułów, które gorzej się sprzedają. Przez to powinna być w szczególności wspierana pozycja książki jako dobra kultury oraz różnorodność oferty literackiej, a zwłaszcza tytuły wydawane w niskich nakładach i kierowane do wąskich kręgów czytelników. Dalsze cele przedstawia K.H. Fezer, „Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, s. 141. W przedmiocie regulowanej ceny książek zob. także H. Heker, „Buchpreisbindung", w: J. Schwarze, J. Becker, *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos, 1998, s. 116 i 117.

3 — Zostało to poprzedzone wnioskiem złożonym przez zainteresowanych wydawców do Komisji o stwierdzenie, że Sammelrevers 1993 nie spełnia przesłanek art. 81 ust. 1 WE (atest negatywny) lub ewentualnie o wyłączenie porozumienia zgodnie z art. 81 ust. 3 WE (wyłączenie). Komisja już w dniu 22 stycznia 1998 r. przedstawiła zarzuty. Obraz zmian aż do uchwalenia BPrBG przedstawia M. Engelmann, *Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt*, dissertation.de, 2001, s. 125-165.

strony, jak również między austriackimi wydawcami z jednej strony, a niemieckimi hurtownikami i sprzedawcami detalicznymi z drugiej strony. Komisja wyszła z założenia, że w tych okolicznościach nie można było przyjąć odczuwalnego wpływu na handel między państwami członkowskimi. W dniu 30 czerwca 2000 r. austriaccy wydawcy, hurtownicy oraz sprzedawcy detaliczni wystąpili z Sammelrevers 1993 [4].

14. W dniu 30 czerwca 2000 r. została w Austrii przyjęta BPrBG. Ten ustanowiony w ustawie system regulowanej ceny książek przewiduje wertykalne związanie ceną, w porównaniu z Sammelrevers 1993 wykazuje on jednak następujące różnice: ceny detaliczne są raczej cenami minimalnymi, a nie stałymi cenami. Przewaga handlowa może być brana pod uwagę zgodnie z § 3 ust. 3 BPrBG przy ustalaniu ceny detalicznej. Zgodnie z § 5 BPrBG sprzedawcy detaliczni mają możliwość zejścia o 5% poniżej ustalonej ceny detalicznej.

2. Okoliczności powstania sporu przed sądem krajowym

15. Fachverband für die Buch- und Medienwirtschaft (zwany dalej „Fachverband") opublikował na podstawie § 4 ust. 2 BPrBG ceny detaliczne, które w przypadku sprzedaży książek w Austrii muszą być respektowane przez sprzedawców detalicznych zgodnie z § 3 ust. 1 BPrBG (pojęcie „austriackie ceny detaliczne" jest poniżej używane dla cen detalicznych obowiązujących na podstawie austriackiej BPrBG, podczas gdy pojęcie „niemieckie ceny detaliczne" używane jest w stosunku do cen detalicznych, które zostaną ustalone na podstawie niemieckiej Buchpreisbindungsgesetz). Fachverband kontroluje, czy sprzedawcy detaliczni w przypadku reklamy odnoszącej się do sprzedaży książek, których cena jest regulowana zgodnie z § 1 BPrBG, respektują ustaloną cenę detaliczną.

16. Libro Handelsgesellschaft mbH (zwana dalej „Libro") działa w Austrii i sprzedaje tam książki wydane w dużym zakresie w Niemczech (pojęcie „książki niemieckie" jest poniżej używane dla książek wydawanych w Niemczech, dla książek wydawanych w Austrii używane jest pojęcie „książki austriackie"; od tych pojęć należy odróżnić pojęcia książek niemieckojęzycznych oraz książek w innych językach, które mają znaczenie dla zakresu stosowania BPrBG).

B — *Postępowanie przed sądem krajowym*

17. Od sierpnia 2006 r. Libro reklamowała sprzedaż niemieckich książek w Austrii po cenach w wysokości niemieckich cen detalicznych (19,90 EUR), a zatem poniżej austriackich cen detalicznych (20,50 EUR). W związku z tym Fachverband wniósł o nakazanie Libro, w drodze środka tymczasowego,

4 — W przedmiocie Sammelrevers 1993 i postępowania przed Komisją zob. w szczególności H.J. Bunte, „Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung zwischen Deutschland und Österreich", w: *Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner*, Orac Verlag, 2001, s. 307-310.

zaniechania ogłaszania cen niższych od austriackiej ceny detalicznej.

18. Sąd pierwszej instancji uwzględnił wniosek złożony przez Fachverband. Sąd drugiej instancji utrzymał to orzeczenie w mocy. Libro zakwestionowała to orzeczenie w drodze środka zaskarżenia, w przedmiocie którego sąd krajowy orzeka jako ostatnia instancja. Sąd krajowy ma wątpliwości co do tego, czy pewne elementy BPrBG są zgodne z prawem wspólnotowym.

C — *Pytania prejudycjalne*

19. Sąd krajowy zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1. Czy art. 28 WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on *sam w sobie* na przeszkodzie stosowaniu krajowych przepisów, które zobowiązują jedynie importerów niemieckojęzycznych książek do ustalenia i podania do wiadomości ceny sprzedaży wiążącej sprzedawców końcowych w odniesieniu do książek przywożonych do Austrii, przy czym importer nie może zejść poniżej ceny detalicznej ustalonej lub zalecanej przez wydawcę dla kraju wydania albo ceny detalicznej zalecanej dla Austrii przez wydawcę mającego siedzibę poza państwem będącym stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), pomniejszonej o zawarty w niej podatek obrotowy, jednakże istnieje wyjątek dla przypadku, w którym importer kupujący w państwie będącym stroną porozumienia EOG po niższej cenie zakupu różniącej się od zwyczajowej ceny zakupu może zejść poniżej ceny ustalonej lub zalecanej przez wydawcę dla kraju wydania — w przypadku reimportu: ceny ustalonej przez krajowego wydawcę — w stosunku do uzyskanej przewagi handlowej?

2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie przedstawione w pkt 1:

Czy sprzeczna z art. 28 WE — w każdym razie także z powodu zasad sprzedaży naruszających swobodę przepływu towarów — krajowa ustawowa regulacja cen książek wskazana w pkt 1, której cel jest opisany ogólnie z koniecznym wzięciem pod uwagę »pozycji książek jako dobra kultury, interes[ów] konsumentów w odpowiednich cenach książek oraz gospodarcz[ych] czynnik[ów] handlu książkami«, jest sama w sobie uzasadniona zgodnie z art. 30 WE albo z art. 151 WE na przykład na tle interesu ogólnego w promowaniu produkcji książek, różnorodności tytułów po regulowanych cenach i wielości księgarzy — pomimo braku empirycznych danych, które mogłyby dowieść, że środek w postaci ustawowej regulacji cen

książek jest odpowiedni do osiągnięcia zamierzonych przez nią celów?

3. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie przedstawione w pkt 1:

Czy krajowa ustawowa regulacja cen książek wskazana w pkt 1 jest zgodna z art. 3 ust. 1 lit. g) WE, art. 10 WE i art. 81 WE, jakkolwiek nawiązała ona płynnie pod względem czasowym i przedmiotowym do wcześniejszego umownego związania księgarzy cenami ustalonymi przez wydawców na produkty wydawnicze (Sammelreverssystem 1993) i zastąpiła ten umowny system?".

III — Postępowanie przed Trybunałem

20. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z dnia 13 listopada 2007 r. wpłynął do Trybunału w dniu 29 listopada 2007 r. W trakcie procedury pisemnej uwagi przedstawiły Libro, Fachverband, rządy austriacki, niemiecki, francuski i hiszpański, a także Komisja i Urząd Nadzoru EFTA. Na rozprawie w dniu 16 października 2008 r. Libro, Fachverband, rządy austriacki, niemiecki oraz hiszpański, a także Komisja i Urząd Nadzoru EFTA przedstawiły ustnie swoje uwagi.

IV — Odpowiedzi na pytania prejudycjalne

A — *Uwagi wstępne*

1. Znaczenie systemów regulowanej ceny książek na gruncie prawa wspólnotowego

21. Nie po raz pierwszy Trybunał ma orzec w kwestii zgodności systemu regulowanej ceny książek z prawem wspólnotowym [5]. Nie jest to zaskakujące. W ramach systemów regulowanej ceny książek, których istnienie uzasadniane jest przez ich zwolenników w szczególności pozycją książki jako dobra kultury, różnorodnością tytułów oraz zaopatrywaniem ludności w książki po odpowiednich cenach [6], ceny książek w sprzedaży detalicznej są ustalane zgodnie z wymogami wydawców lub importerów. Systemy regulowanej ceny książek prowadzą zatem do wertykalnego związania ceną.

22. Wertykalne związanie ceną to środek, który wywołuje zwykle pytania co do jego zgodności z prawem wspólnotowym. W tym kontekście należy rozróżnić systemy regulo-

5 — Zobacz w szczególności wyroki Trybunału: z dnia 17 stycznia 1984 r. w sprawach połączonych 43/82 i 63/82 VBVB i VBBB przeciwko Komisji, Rec. s. 19; z dnia 10 stycznia 1985 r. w sprawie 229/83 Leclerc przeciwko Au blé vert, Rec. s. 1; z dnia 23 października 1986 r. w sprawie 355/85 Cognet, Rec. s. 3231; z dnia 14 lipca 1988 r. w sprawie 254/87 Syndicat des libraires de Normandie, Rec. s. 4457; z dnia 17 stycznia 1995 r. w sprawie C-360/92 P Publishers Association przeciwko Komisji, Rec. s. I-23; z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-9/99 Échirolles Distribution, Rec. s. I-8207.

6 — H. Heker (przypis 2), s. 116.

wanej ceny książek, które opierają się na porozumieniach przedsiębiorstw oraz takie, które zostały nakazane przez państwa członkowskie. W przypadku systemu regulowanej ceny książek opierającego się na porozumieniu przedsiębiorstw, wertykalne związanie ceną rodzi w szczególności pytanie co do jego zgodności z art. 81 WE. W przypadku systemu regulowanej ceny książek nakazanego przez państwo członkowskie, powstaje w szczególności pytanie dotyczące zgodności ze swobodą przepływu towarów na podstawie art. 28 i nast. WE.

23. W niniejszym przypadku chodzi o system regulowanej ceny książek, który opiera się na środku państwowym — BPrBG. Ponieważ ustawę tę poprzedzał system regulowanej ceny książek ustanowiony przez przedsiębiorstwa, pojawia się nie tylko pytanie, czy jest ona zgodna z art. 28 i nast. WE, ale również, czy ustawodawca austriacki, wydając BPrBG, naruszył zobowiązanie państw członkowskich do lojalności przewidziane w art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE.

24. Parlament Europejski i Rada wyraziły zasadniczo pozytywne stanowisko w przedmiocie krajowych systemów regulowanej ceny książek [7].

7 — Zobacz rezolucje Parlamentu Europejskiego z dnia 16 grudnia 1999 r. (Dz.U. 2000, C 296, s. 210) i Rady z dnia 12 lutego 2001 r. (Dz.U. C 73, s. 5).

2. W przedmiocie pytań prejudycjalnych

25. Rola Trybunału w postępowaniu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym ogranicza się do udzielenia odpowiedzi na przedstawione mu pytania. Identyfikacja i przedstawienie pytań istotnych dla postępowania przed sądem krajowym należy do kompetencji sądów krajowych. Z tego powodu uwagi przedstawione przez strony zasadniczo mogą zostać uwzględnione jedynie w takim zakresie, w jakim mają znaczenie dla udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne [8]. Nie będę zatem rozważała uwag przedstawionych przez strony, które wykraczają poza pytania prejudycjalne.

26. W niniejszej sprawie chodzi głównie o przepis krajowy, taki jak § 3 BPrBG. Odnosi się on z jednej strony do książek austriackich, a z drugiej do książek, które zostały wydane w innych państwach będących stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanego dalej „EOG"). Ponieważ w postępowaniu przed sądem krajowym chodzi o książki niemieckie, ograniczę się w dalszej części do zbadania kwestii traktowania książek austriackich i niemieckich zgodnie z § 3 BPrBG [9].

8 — Trybunał nie może uznać uwag przedstawionych przez strony za powód do poruszenia dalszych, nieprzedstawionych przez sąd krajowy pytań, zob. wyroki Trybunału: z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 247/86 Alsatel, Rec. s. 5987, pkt 8; z dnia 10 lipca 1997 r. w sprawie C-261/95 Palmisani, Rec. s. I-4025, pkt 31; z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-402/98 ATB i in., Rec. s. I-5501, pkt 29; z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-236/02 Slob, Rec. s. I-1861, pkt 29, 30. Zobacz podobnie K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 2nd edition., pkt 2-020.

9 — Te uwagi odnoszą się również do książek niemieckojęzycznych wydawanych w innych państwach członkowskich.

B — *W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego*

27. W drodze pierwszego pytania prejudycjalnego sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy art. 28 WE należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy, taki jak § 3 BPrBG, stanowi środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie.

1. Argumenty stron

28. Argumenty stron można co do istoty streścić w następujący sposób.

29. Zgodnie z poglądem *Libro, Urzędu EFTA oraz Komisji* art. 28 WE należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy, taki jak § 3 BPrBG, stanowi środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie.

30. Twierdzą oni, że § 3 BPrBG przewiduje warunki ustalania austriackiej ceny detalicznej mające zastosowanie w zróżnicowany sposób. W przypadku książek austriackich wydawnictwo austriackie może ją ustalić według własnego uznania. Natomiast w przypadku książek niemieckich importer zasadniczo nie może pomniejszać niemieckiej ceny detalicznej.

31. Odstępstwa przewidziane w § 3 ust. 3 BPrBG, zgodnie z którym może być uwzględniana przewaga handlowa oraz w § 5 BPrBG, zgodnie z którym na etapie sprzedaży detalicznej można przyznać rabat do 5%, nie wyrównują ich zdaniem tego nierównego traktowania.

32. Twierdzą oni, iż istnieją znaczne trudności w stosowaniu § 3 ust. 3 BPrBG, w szczególności w odniesieniu do pojęć „zwyczajowa cena zakupu” i „uzyskana przewaga handlowa”. Informacje dotyczące zwyczajowych cen zakupu i uzyskanej przewagi handlowej nie są dostępne publicznie, lecz stanowią tajemnice handlowe, a zatem w praktyce nie można ich ustalić.

33. To, że sprzedawcy detaliczni mogą zgodnie z § 5 BPrBG przyznać rabat w wysokości do 5% austriackiej ceny detalicznej, nie wystarcza ich zdaniem do zrekompensowania gorszego traktowania książek niemieckich. Rabat ten nie może być przedmiotem reklamy.

34. Według Komisji i Urzędu EFTA § 3 BPrBG stanowi sposób sprzedaży niemający zastosowania bez rozróżnienia. Zdaniem Libro istnieją wątpliwości co do istnienia sposobu sprzedaży. Książki niemieckie mają zasadniczo wydrukowaną i przyklejoną niemiecką cenę detaliczną. Z powodu różnej wysokości niemieckiej (7%) i austriackiej (10%) stawki podatku VAT konieczne jest przeetykietowanie. Chodzi tu zatem o uregulowanie dotyczące produktów.

35. Wreszcie Libro uważa, że kolejnym przejawem dyskryminacji jest ograniczenie ustawy BPrBG do książek niemieckojęzycznych. Komisja natomiast jest przeciwnego zdania.

36. Zgodnie z poglądem prezentowanym przez *Fachverband* i *rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu* taki przepis jak § 3 BPrBG nie stanowi środka o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie.

37. W przypadku ustalania austriackiej ceny detalicznej chodzi ich zdaniem o sposób sprzedaży, który traktuje jednakowo pod względem prawnym i faktycznym produkty krajowe i zagraniczne.

38. Taki przepis krajowy jak § 3 BPrBG znajduje zastosowanie w przypadku książek austriackich i niemieckich. Fakt, iż austriacka cena detaliczna w przypadku książek austriackich musi być ustalana przez austriackiego wydawcę, zaś w przypadku książek niemieckich przez importera tych książek, nie stanowi ich zdaniem dyskryminacji.

39. Ponadto rynki austriacki i niemiecki są w dużej mierze homogeniczne. Niemiecki wydawca może także prowadzić własną politykę cenową dla Austrii, przyznając importerowi korzyści handlowe, które importer może uwzględnić przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej zgodnie z § 3 ust. 3 BPrBG.

40. W przypadku gdy austriacka cena detaliczna książek niemieckich jest wyższa od niemieckiej ceny detalicznej wskutek różnych stawek podatku VAT, może to zostać wyrównane przez sprzedawcę detalicznego zgodnie z § 5 BPrBG poprzez pomniejszenie austriackiej ceny detalicznej o maksymalnie 5%. Należy przy tym ich zdaniem uwzględnić fakt, że ustalanie różnych stawek podatku VAT należy do kompetencji państw członkowskich.

41. Ograniczenie ustawy BPrBG do książek niemieckojęzycznych nie stanowi ich zdaniem dyskryminacji. Rozszerzenie związania ceną

książek na książki wydane w innym języku niż język niemiecki prowadziłoby do dalej idącego ograniczenia przepływu towarów. Ich zdaniem ograniczenie jest również uzasadnione z przyczyn o charakterze obiektywnym.

42. Rząd austriacki wskazuje na to, że § 3 BPrBG spełnia wymogi ustanowione przez Trybunał w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert [10]. Wyrok ten pozwala importerom uwzględniać przewagę handlową przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej.

43. Według rządu niemieckiego wzajemne poszanowanie austriackiego i niemieckiego systemu regulowanej ceny książek w odniesieniu do cen ustalonych dla terytorium innego państwa członkowskiego można rozumieć jako wspólną, zharmonizowaną organizację rynku, która wyklucza dyskryminację.

2. Ocena prawna

44. Chciałabym najpierw zaznaczyć, że książki wchodzą w przedmiotowy zakres stosowania swobodnego przepływu towarów. Książki mogą być jednocześnie dobrami gospodarczymi, jak i dobrami kultury [11]. Ten podwójny charakter nie prowadzi jednak do tego, że nie są one objęte swobodnym przepływem towarów.

45. Sąd krajowy pragnie się dowiedzieć, czy art. 28 WE należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy, taki jak § 3 BPrBG, stanowi środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie.

46. Według art. 28 WE ograniczenia ilościowe w przywozie oraz wszelkie środki o skutku równoważnym są zakazane między państwami członkowskimi. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przez środek o skutku równoważnym ograniczeniom w przywozie w rozumieniu art. 28 WE należy rozumieć wszelkie przepisy handlowe ustanowione przez państwo członkowskie, które mogą bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudniać handel między państwami członkowskimi (formuła Dassonville) [12]. Trybunał sprecyzował jednak, że zastosowanie przepisów krajowych, które ograniczają niektóre sposoby sprzedaży bądź ich zakazują, o ile mają one zastosowanie do wszystkich zainteresowanych podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na terytorium krajowym i o ile dotyczą one w ten sam sposób, z prawnego i z faktycznego punktu

10 — Przypis 5.

11 — Pogląd ten podziela U. Everling, „Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und europäisches Gemeinschaftsrecht", w: *Die Buchpreisbindung aus europarechtlicher, ökonomischer und kulturhistorischer Sicht*, Verlag der Einzelhändler-Vereinigung, 1997, s. 7.

12 — Wyrok z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 Dassonville, Rec. s. 837, pkt 5.

widzenia, obrotu produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich, nie utrudnia wymiany handlowej między państwami członkowskimi (wyjątek Keck) [13].

47. Z formuły Dassonville i wyjątku Keck wynika zatem, że również sposoby sprzedaży (a), które mają zastosowanie do wszystkich podmiotów gospodarczych na terytorium krajowym (b), stanowią środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie, jeżeli nie dotyczą one w ten sam sposób, z prawnego i z faktycznego punktu widzenia, obrotu produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich (c).

a) Sposób sprzedaży

48. Uregulowania w sprawie cen, w szczególności te dotyczące sprzedaży klientom końcowym, Trybunał postrzegał zazwyczaj jako sposoby sprzedaży [14]. Taki przepis jak § 3 BPrBG dotyczy wysokości austriackiej ceny detalicznej, tj. ceny minimalnej, której sprzedawca detaliczny w Austrii musi domagać się od klienta końcowego. Przepis tego rodzaju stanowi zatem sposób sprzedaży, mając na uwadze zarówno jego brzmienie, jak i orzecznictwo.

49. Libro to kwestionuje.

50. Nie jest przekonywające twierdzenie Libro, jakoby wyjątek Keck obejmował jedynie *określone* sposoby sprzedaży, a § 3 BPrBG na podstawie jego wymiaru transgranicznego nie może jednak zostać zakwalifikowany jako taki *określony* sposób sprzedaży w rozumieniu wyjątku Keck. Po pierwsze, ograniczenie wyjątku Keck do *określonych* sposobów sprzedaży nie odgrywało dotychczas w orzecznictwie Trybunału istotnej roli [15]. Po drugie, nie sądzę, by dodatek *„określone"* można było rozumieć w ten sposób, że wyjątek Keck nie może mieć zastosowania w przypadkach mających powiązania transgraniczne. Ponieważ przesłanką stosowania art. 28 WE jest istnienie elementu transgranicznego, przyjęcie takiego stanowiska w dużej mierze pozbawiałoby wyjątek Keck sensu.

13 — Wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91 Keck i Mithouard, Rec. s. I-6097, pkt 16. Według mnie wyjątek Keck nie może być stosowany w sposób schematyczny. Stosując wyjątek Keck, należy raczej uwzględnić uzasadnienie Trybunału zawarte w pkt 17 tegoż wyroku, że zastosowanie uregulowań tego typu do produktów pochodzących z innego państwa członkowskiego nie jest w stanie uniemożliwić ich *dostępu do rynku* lub ograniczyć tego dostępu w stopniu większym niż ma to miejsce w przypadku produktów krajowych. Uważam, że decydujące znaczenie ma zdolność środka wydanego przez państwo członkowskie do uniemożliwienia lub ograniczenia dostępu do rynku.

14 — Wyroki: w sprawach połączonych Keck i Mithouard (przypis 13, pkt 16-18), z dnia 11 sierpnia 1995 r. w sprawie C-63/94 Belgapom, Rec. s. I-2467, pkt 13.

15 — P.C. Müller-Graf w: von der Groeben/Schwarze, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, tom 1, 6. Aufl. 2003, art. 28, pkt 252, 247 wskazuje na to, że to kryterium odróżniające nie wyraża żadnej istotnej myśli o charakterze oceniającym lub rozgraniczającym.

51. Ponadto Libro twierdzi, że w przypadku § 3 BPrBG chodzi o przepis dotyczący produktów, a nie o sposób sprzedaży. Austriacka cena detaliczna w przypadku książek niemieckich nie może co do zasady być niższa od niemieckiej ceny detalicznej. Przy obliczaniu austriackiej ceny detalicznej należy zgodnie z § 3 ust. 2 BPrBG odliczyć niemiecki podatek VAT w wysokości 7%, zaś zgodnie z § 3 ust. 5 BPrBG należy doliczyć austriacki podatek VAT w wysokości 10%. Prowadzi to jej zdaniem do tego, że austriacka cena detaliczna jest co do zasady wyższa niż niemiecka cena detaliczna. Na książkach niemieckich są zazwyczaj drukowane lub naklejane niemieckie ceny detaliczne. Paragraf 3 BPrBG prowadzi zatem zdaniem Libro do tego, że książki niemieckie w celu sprzedaży w Austrii muszą być przeetykietowywane.

52. W tym zakresie wystarczy stwierdzić, że sposobami sprzedaży mogą być również uregulowania dotyczące produktów. Z orzecznictwa nie mogę wywnioskować, by przeciwstawiało ono sposoby sprzedaży z jednej strony, uregulowaniom dotyczącym produktów z drugiej strony. Orzecznictwo opiera się raczej na tym, że uregulowania dotyczące produktów mają zazwyczaj de facto skutek dyskryminujący, a zatem inaczej niż inne sposoby sprzedaży mogą w różny sposób wpływać na sprzedaż produktów krajowych i produktów zagranicznych [16]. Fakt, że uregulowanie krajowe dotyczy ewentualnie produktów, nie prowadzi zatem do tego, że nie mamy do czynienia ze sposobem sprzedaży, może jednak prowadzić do wystąpienia sposobu sprzedaży, który faktycznie nie wpływa w ten sam sposób na sprzedaż produktów krajowych i produktów pochodzących z innych państw członkowskich [17].

53. Z tego wynika, że mamy do czynienia ze sposobem sprzedaży. Nie oznacza to jednak, że spełnione są tym samym przesłanki wyjątku Keck.

b) Sposób sprzedaży mający zastosowanie do wszystkich podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na terytorium krajowym

54. Ten sposób sprzedaży ma również zastosowanie do wszystkich podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na teryto-

16 — Wyroki: z dnia 6 lipca 1995 r. w sprawie C-470/93 Mars, Rec. s. I-1923, pkt 12 i nast.; z dnia 12 października 2000 r. w sprawie C-3/99 Ruwet, Rec. s. I-8749, pkt 46 i nast.; z dnia 13 września 2001 r. w sprawie C-169/99 Schwarzkopf, Rec. s. I-5901, pkt 39; z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-309/02 Radlberger Getränkegesellschaft oraz S. Spitz, Zb.Orz. I-11763, pkt 72 i nast. Jest tak dlatego, że uregulowanie dotyczące produktów, które nakazuje określone etykietowanie produktu lub zakazuje określonego etykietowania produktu, zobowiązuje zazwyczaj zainteresowany podmiot gospodarczy do tego, by dany produkt inaczej opakować w zależności od miejsca wprowadzenia do obrotu, co prowadzi do dodatkowych kosztów pakowania. Może to utrudniać dostęp do rynku.

17 — W przedmiocie faktycznej dyskryminacji zob. przypis 30.

rium krajowym. Wprawdzie przepis taki jak § 3 BPrBG odnosi się z jednej strony do austriackich wydawców, a z drugiej do importerów książek niemieckich, ale importerzy książek niemieckich są inaczej traktowani niż hurtownicy lub sprzedawcy detaliczni książek austriackich, którzy nie muszą ustalać cen sprzedaży. To nierówne traktowanie jest jednak uzasadnione przy zastosowaniu podejścia funkcjonalnego. Importerzy są podmiotami gospodarczymi, którzy wprowadzają do obrotu w Austrii książki niemieckie. W tym kontekście (wprowadzanie do obrotu) należy traktować ich w równy sposób z wydawcami książek austriackich [18].

i) Różne traktowanie pod względem prawnym książek niemieckich i austriackich

56. Zgodnie z § 3 BPrBG istnieją różne regulacje dla ustalenia austriackiej ceny detalicznej. Wydawca austriacki może ustalić cenę detaliczną za swoje książki według własnego uznania (§ 3 ust. 1 BPrBG). Natomiast importer książek niemieckich przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej zasadniczo nie może zejść poniżej niemieckiej ceny detalicznej, którą ustalił niemiecki wydawca tej książki w przypadku sprzedaży w Niemczech (§ 3 ust. 2 BPrBG).

c) Wywieranie wpływu w ten sam sposób na sprzedaż książek austriackich i niemieckich

55. Decydująca jest zatem kwestia, czy przepis taki jak § 3 BPrBG wpływa w ten sam sposób, z prawnego i z faktycznego punktu widzenia, na sprzedaż książek austriackich i niemieckich. Według mnie dość jednoznaczne jest, że zgodnie z § 3 BPrBG książki austriackie i niemieckie nie są tak samo traktowane (i), oraz że może to negatywnie wpłynąć na sprzedaż książek niemieckich w Austrii (ii).

57. Zgodnie z formułą Dassonville oraz wyjątkiem Keck istotne jest, czy w ramach danego państwa członkowskiego ma miejsce równe traktowanie produktów krajowych i zagranicznych. W niniejszej sprawie różnica polega na tym, że austriacka cena detaliczna w przypadku książek niemieckich — inaczej niż w przypadku książek austriackich — nie może być ustalana według swobodnego uznania, a zatem nie może być ona ustalana tylko przy uwzględnieniu panujących w Austrii warunków rynkowych. Paragraf 3 ust. 1 i § 3 ust. 2 BPrBG pociągają zatem za sobą nierówność traktowania pod względem prawnym, która wiąże się z pochodzeniem książek.

18 — Jeżeli państwo austriackie chciałoby zagwarantować zastosowanie regulowanej ceny książek w przypadku wszystkich niemieckojęzycznych książek wprowadzanych do obrotu na jego terytorium, to wskazane byłoby nałożenie odpowiednich obowiązków na pierwsze ogniwo w ramach łańcucha dystrybucji w Austrii, tj. na austriackich wydawców i importerów.

58. Natomiast fakt, czy niemiecka i austriacka cena detaliczna może zostać ustalona w takiej samej wysokości, nie wydaje mi się istotny

z punktu widzenia formuły Dassonville i wyjątku Keck.

59. Fachverband oraz rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu twierdzą jednak, że nierówne traktowanie może zostać wykluczone na podstawie wyjątków uregulowanych w § 3 ust. 3 BPrBG oraz § 5 BPrBG.

— Uwzględnienie przewagi handlowej

60. Zgodnie z § 3 ust. 3 BPrBG importer kupujący książki niemieckie po niższej cenie zakupu, różniącej się od zwyczajowej ceny zakupu, może, przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej, zejść poniżej niemieckiej ceny detalicznej w stosunku do uzyskanej przewagi handlowej. To powinno umożliwić niemieckiemu wydawcy prowadzenie własnej polityki cenowej w stosunku do Austrii.

61. Ta argumentacja mnie nie przekonuje.

62. *Po pierwsze*, wydawca niemiecki — w odróżnieniu od wydawcy austriackiego — może prowadzić własną politykę cenową w stosunku do Austrii tylko wtedy, gdy przyznaje importerowi cenę zakupu niższą od zwyczajowych cen zakupu. Wydawca niemiecki, aby wprowadzić w życie swoją politykę cenową w Austrii, musi zatem akceptować korzyści handlowe, które mogą obniżyć jego przychody, zaś wydawca austriacki nie musi przyznawać odpowiednich korzyści handlowych swoim odbiorcom.

63. *Po drugie*, stosowanie § 3 ust. 3 BPrBG w praktyce wydaje się związane z istotnymi trudnościami. Słusznie wskazuje się na to, że ceny zakupu, po których hurtownicy i sprzedawcy detaliczni kupują od niemieckich wydawców, stanowią zazwyczaj tajemnice handlowe, a zatem trudno jest ustalić, co jest ceną zwyczajową w rozumieniu § 3 ust. 3 BPrBG.

64. *Po trzecie*, niemiecki wydawca jest zdany na współpracę z importerem przy wprowadzaniu w życie swojej polityki cenowej. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 3 BPrBG importer nie jest zobowiązany do ustalenia ceny niższej od niemieckiej ceny detalicznej w zakresie uzyskanej przewagi handlowej. Natomiast austriacki wydawca nie jest zdany na współpracę ze strony swoich klientów.

65. *Po czwarte*, należy uwzględnić, że niemiecki wydawca nie we wszystkich okolicznościach może w dowolny sposób przyznawać korzyści handlowe importerowi. Jeżeli wyjdzie na jaw, że niemiecki wydawca przyznał preferencyjne ceny określonemu importerowi, może się to okazać niekorzystne

dla niego przy negocjacjach z innymi odbiorcami. W tym kontekście należy wziąć pod uwagę, że przyznanie przewagi handlowej jest publiczne, jeżeli importer ustali niższą austriacką cenę detaliczną za książkę niemiecką, niż jest to zasadniczo przewidziane w § 3 ust. 2 BPrBG.

66. Na podstawie powołanych powyżej powodów nie można przyjąć, że uwzględnienie uzyskanej przewagi handlowej zgodnie z § 3 ust. 3 BPrBG wyrównuje istniejące na podstawie § 3 ust. 1 i § 3 ust. 2 BPrBG nierówne traktowanie książek niemieckich i austriackich pod względem prawnym przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej.

67. Przy tej okazji chciałabym wskazać na to, że w § 3 ust. 3 BPrBG nie można dopatrywać się wprowadzenia w życie wymogów Trybunału zawartych w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert [19]. Jak wyraźnie stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert [20], przesłanka, że przewaga handlowa musi być uwzględniana, dotyczy nieistotnego w niniejszej sprawie przypadku reimportu książek [21].

— Możliwość rabatu w wysokości 5% na etapie sprzedaży detalicznej

68. Następnie wskazuje się na okoliczność, że zgodnie z § 5 ust. 1 BPrBG sprzedawcy detaliczni mają możliwość obniżenia austriackiej ceny sprzedaży o maksymalnie 5% w ramach sprzedaży książek klientom końcowym.

19 — Przypis 5.

20 — Zobacz pkt 25, 26 wyroku: „O ile przepisy […] stosuje się do książek wydawanych w innym państwie członkowskim […] Jeżeli natomiast te przepisy mają zastosowanie do książek […] reimportowanych".

21 — Trybunał zajmował się w tym wyroku przywozem do Francji książek wydanych w innych państwach członkowskich oraz reimportem książek wydanych we Francji. W odniesieniu do *przywozu* książek wydanych w innych państwach członkowskich Trybunał w pkt 25 tego wyroku oparł się na kwestii, czy importer jest w stanie stosować cenę sprzedaży, którą z uwagi na cenę nabycia w państwie wydawcy uważa za odpowiednią do sprzedaży na rynku państwa przywozu. Od tej kwestii należy odróżnić twierdzenia Trybunału w pkt 26, 27 w przedmiocie właściwego *reimportu*, według których importer musi być w stanie uwzględnić w końcowej cenie sprzedaży korzyść uzyskaną w państwie wywozu w postaci bardziej korzystnej ceny. Już ta analiza wyroku pokazuje, że reguła zawarta w § 3 ust. 3 BPrBG nie może być postrzegana jako wykonanie tego wyroku, jeżeli chodzi o *przywóz* książek z innych państw członkowskich.
Wynika to również z następującego rozumowania: w przypadku *reimportu* krajowy wydawca wprowadził już książkę na rynek w swoim własnym kraju. Jeżeli w takim przypadku importer może zdobyć książkę w innym państwie członkowskim po korzystniejszej cenie niż w swoim własnym kraju, przewaga handlowa uzyskana poprzez nabycie w innym państwie członkowskim przedstawia bardzo dokładnie korzyści europejskiego rynku wewnętrznego. Aby te korzyści mogły wywrzeć skutki dla konsumentów, importer musi móc przekazać dalej uzyskaną przewagę handlową. Ponieważ w tym przypadku istnieje już cena detaliczna książki w państwie wydawcy, wystarczy, że importer będzie mógł uwzględnić uzyskaną przewagę handlową przy ustalaniu ceny detalicznej. Niniejsze rozumowanie nie może zostać natomiast automatycznie zastosowane w przypadku *przywozu* książki z państwa wydawcy do innego państwa członkowskiego. Zastosowanie znajdują tu raczej wskazane powyżej reguły, że importer musi być w stanie ustalić cenę odpowiednią dla swojego własnego kraju.

69. Również ta argumentacja mnie nie przekonuje.

70. *Po pierwsze*, § 5 ust. 1 BPrBG znajduje zastosowanie zarówno do książek austriackich, jak i niemieckich. Niezrozumiałe jest, jak istniejąca na podstawie § 3 ust. 1 i 2 BPrBG nierówność traktowania może zostać wyrównana w drodze uregulowania, zgodnie z którym w przypadku zarówno austriackich, jak i niemieckich książek można przyznać rabat w wysokości 5%.

71. *Po drugie*, argument ten zdaje się w szczególności zmierzać do wykazania, że w przypadku danej książki austriacka i niemiecka cena detaliczna może zostać ustalona w tej samej wysokości pomimo różnych stawek podatku VAT w Austrii i Niemczech. Nie jest to jednak w niniejszej sprawie istotne [22].

72. *Po trzecie*, zgodnie z § 5 ust. 1 BPrBG nie może zostać pomniejszona austriacka cena detaliczna, lecz jedynie cena, po której książka jest sprzedawana klientom końcowym w sprzedaży detalicznej. Rozróżnienie to nie wydaje się na pierwszy rzut oka istotne, jeżeli importer książek i sprzedawca detaliczny (jak Libro) są jednym i tym samym przedsiębiorstwem. Jednakże zgodnie z § 5 ust. 2 BPrBG w stosunku do klientów końcowych może być reklamowana jedynie austriacka cena detaliczna, a nie cena pomniejszona o 5%.

73. Także § 5 BPrBG nie jest zatem w stanie wyrównać nierównego traktowania książek austriackich i niemieckich istniejącego na podstawie § 3 ust. 1 BPrBG i § 3 ust. 2 BPrBG.

— Wniosek

74. Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że zgodnie z § 3 ust. 1 BPrBG i § 3 ust. 2 BPrBG obowiązują różne reguły w przypadku książek niemieckich i austriackich, oraz że tej różnicy prawnej nie może wyrównać ani przepis § 3 ust. 3 BPrBG, ani przepis § 5 BPrBG.

ii) Zdolność do wywarcia negatywnego wpływu na sprzedaż książek niemieckich

75. Według mnie to rozróżnienie prawne może również niekorzystnie wpływać na sprzedaż książek niemieckich w porównaniu z książkami austriackimi.

22 — Zobacz pkt 58 niniejszej opinii.

— Austriackie ceny detaliczne książek niemieckich są ustalane na podstawie stosunków panujących na rynku niemieckim

76. Austriackie ceny detaliczne są cenami minimalnymi, poniżej których sprzedawcy detaliczni nie mogą zasadniczo zejść przy sprzedaży danej książki. Nawet jeżeli książki spełniają podwójną rolę jako dobro kultury oraz towar, a autor i temat książki mogą odgrywać ważną rolę, cena minimalna książki pozostaje — jak i w przypadku innych towarów — z punktu widzenia klienta końcowego *istotnym czynnikiem konkurencyjnym*.

77. Jak wspomniano powyżej, austriacka cena detaliczna w przypadku książek austriackich może zostać ustalona w świetle stosunków panujących na rynku austriackim; natomiast w przypadku książek niemieckich austriacka cena detaliczna jest ustalana na podstawie niemieckiej ceny detalicznej, jako że zasadniczo nie można zejść poniżej tej ceny. Istotny czynnik konkurencyjny w przypadku sprzedaży książek niemieckich nie jest zatem co do zasady ustalany w odniesieniu do stosunków panujących na rynku austriackim, lecz w odniesieniu do stosunków na rynku niemieckim [23]. Nie można przyjąć, że cena detaliczna, która została ustalona w odniesieniu do Niemiec, także we wszystkich możliwych do wyobrażenia przypadkach jest odpowiednia dla Austrii. W rzeczywistości różnice dotyczące porządku prawnego i gospodarczego poszczególnych państw członkowskich, a także różnice kulturowe i społeczne mogą mieć wpływ na zachowanie klientów końcowych, uzasadniając tym samym odmienną politykę cenową [24].

78. Niemiecki wydawca, który chciałby bardziej dostosować austriacką cenę detaliczną do stosunków panujących na rynku austriackim, o ile musi w tym celu zejść poniżej niemieckiej ceny detalicznej (pomniejszonej o niemiecki podatek VAT, powiększonej o austriacki podatek VAT), musi też ponieść wskazane powyżej niekorzystne skutki [25]. Wynika już z tego, według mnie, zdolność do negatywnego wpływu na obrót niemieckimi książkami, tak że analiza może zostać w tym miejscu zakończona.

— Przemyślenia uzupełniające

79. Jedynie uzupełniająco chciałabym wskazać, że ze względu na różne stawki podatku VAT w Niemczech (7%) i w Austrii (10%) austriackie ceny detaliczne książek

23 — Przeciwko temu nie przemawia również fakt, iż niemiecki wydawca przy ustalaniu niemieckiej ceny detalicznej bierze ewentualnie pod uwagę również stosunki panujące na rynku austriackim. Nawet gdyby miało to miejsce, co z uwagi na zdecydowanie mniejszy rozmiar rynku austriackiego w porównaniu z rynkiem niemieckim wydaje się wątpliwe, niemieckie ceny detaliczne nie byłyby ustalane *wyłącznie* w zależności od rynku austriackiego.

24 — Przykładem na to są książki, których autorzy są w państwie członkowskim szczególnie rozpoznawalni. Przykładowo w przypadku książki kucharskiej kucharza, który jest przede wszystkim obecny w mediach niemieckich, w Niemczech ceną odpowiednią będzie cena detaliczna wyższa niż w Austrii. W tych okolicznościach nie może przekonywać argument, iż w drodze BPrBG oraz odpowiedniej niemieckiej ustawy w sprawie regulacji cen książek Niemcy i Austria stworzyły wspólną organizację rynku, która *sama w sobie* wyklucza nierówne traktowanie.

25 — Zobacz pkt 62-65 niniejszej opinii.

niemieckich są co do zasady wyższe niż niemieckie ceny detaliczne [26]. Jeżeli zatem niemiecka cena detaliczna książek niemieckich została ustalona z uwzględnieniem założonych psychologicznych progów cenowych [27], austriacka cena detaliczna przekracza co do zasady te progi cenowe.

80. Nawet jeżeli cena detaliczna może zostać zgodnie z § 5 ust. 1 BPrBG obniżona o 5% na etapie sprzedaży detalicznej klientom końcowym i tym samym może zostać wyrównana różnica pomiędzy niemieckimi i austriackimi cenami detalicznymi, ta niższa cena nie może być jednak przedmiotem reklamy.

81. Austriacki wydawca może natomiast przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej brać pod uwagę założone psychologiczne progi cenowe, a ponadto może reklamować odpowiednie ceny detaliczne.

82. Na tym przykładzie widać moim zdaniem bardzo wyraźnie, jak zasadniczy obowiązek ustalenia austriackiej ceny detalicznej na podstawie minimalnej niemieckiej ceny detalicznej (pomniejszonej o niemiecki podatek VAT, powiększonej o austriacki podatek VAT) może mieć negatywny wpływ na sprzedaż książek niemieckich.

83. Nie przekonuje mnie zastrzeżenie, że w odniesieniu do ustalania stawki podatku VAT państwom członkowskim przysługują uprawnienia dyskrecjonalne, które należy respektować.

84. Ograniczenia, z jakim spotyka się importer przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej, nie powoduje różna wysokość stawek podatku VAT w Niemczech i w Austrii, lecz to, że importer co do zasady nie może zejść poniżej niemieckiej ceny detalicznej [28] ustalonej przez wydawcę. W przypadku gdyby importer nie był związany tym obowiązkiem, austriacka cena detaliczna książek niemieckich mogłaby być ustalana poniżej niemieckiej ceny detalicznej [29], lecz jednak przy uwzględnieniu wyższej austriackiej stawki podatku VAT. W tym przypadku uprawnienia dyskrecjonalne państw członkowskich w zakresie ustalania stawki podatku VAT byłyby zagwarantowane, lecz importer miałby swobodę w ustaleniu odpowiedniej austriackiej ceny detalicznej w przypadku książek niemieckich.

26 — Zgodnie z zasadniczymi przepisami, od ceny detalicznej ustalonej przez niemieckiego wydawcę dla Niemiec należy odliczyć niemiecką stawkę podatku VAT w wysokości 7%, a następnie doliczyć do niej austriacką stawkę podatku VAT w wysokości 10%.

27 — Rozumie się przez to wysokość cen, które są traktowane przez klientów końcowych jako bariery cenowe, a w przypadku ich przekroczenia wyraźnie spada popyt na dany produkt. Ceny psychologiczne kształtują się niewiele poniżej tej bariery, a zatem przykładowo w wysokości 9,99 EUR, 14,99 EUR lub 19,99 EUR.

28 — Pomniejszonej o niemiecki podatek VAT, powiększonej o austriacki podatek VAT.

29 — Pomniejszonej o niemiecki podatek VAT, powiększonej o austriacki podatek VAT.

iii) Wniosek

85. W rezultacie książki niemieckie są zatem prawnie inaczej traktowane niż książki austriackie. To nierówne traktowanie może wpływać na sprzedaż książek niemieckich w Austrii.

86. Nie jest zatem istotne, czy przepis taki jak § 3 BPrBG prowadzi ponadto także do rzeczywistej dyskryminacji [30].

87. Wreszcie wydaje mi się, że ograniczenie ustawy BPrBG do książek niemieckojęzycznych choćby z logicznych powodów nie może stanowić samodzielnej przeszkody w handlu. Rozszerzenie takiego przepisu jak § 3 BPrBG na książki wydane w innym języku niż język niemiecki powodowałoby dalej idące ograniczenie w przepływie towarów [31].

d) Wniosek

88. Jako że przepis taki jak § 3 BPrBG nie wpływa pod względem prawnym w ten sam sposób na sprzedaż książek austriackich i niemieckich, przepis ten nie wchodzi w zakres stosowania wyjątku Keck. Stanowi on zatem środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie zgodnie z art. 28 WE.

C — *W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego*

89. W drodze drugiego pytania prejudycjalnego sąd krajowy dąży do ustalenia, czy w przypadku gdy przepis krajowy taki jak § 3

30 — Nie ma zatem potrzeby badania, czy ma miejsce rzeczywista dyskryminacja w związku z koniecznością przeetykietowywania. Mam zresztą wątpliwości, czy gospodarcza konieczność przeetykietowywania dotycząca ceny może, poza stwierdzoną już dyskryminacją prawną, stanowić samodzielną, rzeczywistą dyskryminację. *Po pierwsze*, należy wskazać na to, że przeetykietowywanie nie jest bezpośrednio przewidziane w przepisie krajowym. Istnieją zatem wątpliwości już co do tego, czy istnieje tutaj środek krajowy w rozumieniu art. 28 WE. *Po drugie*, także w tym przypadku przeciwstawiałabym się przyjęciu rzeczywistej dyskryminacji. Wprawdzie przepisy dotyczące etykietowania mogą mieć faktycznie skutek dyskryminujący, jednak chciałabym zwrócić uwagę na to, że przyjęcie rzeczywistej dyskryminacji jest ściśle związane z zasadą państwa pochodzenia. Nie sądzę, by zasada państwa pochodzenia przyznawała prawo do sprzedaży towaru we wszystkich państwach członkowskich po tej samej cenie. Gdyby prawo dostępu do rynku wyrażone w art. 28 WE było rozumiane tak szeroko, skutkowałoby to tym, że wszystkie różnice między porządkami prawnymi i gospodarczymi państw członkowskich, które mogą uzasadniać różnice w cenach, musiałyby być pośrednio traktowane jako środki o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie.

31 — Nie oznacza to, że ograniczenie do książek niemieckojęzycznych nie odgrywa żadnej roli w prawnym obrocie towarami. Może być ono uwzględniane na płaszczyźnie uzasadnienia. Zgodnie z orzecznictwem, ograniczenia praw podstawowych mogą być uzasadnione jedynie wtedy, gdy są one systematyczne i spójne, wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. s. I-13031, pkt 67. Może zatem zachodzić konieczność uwzględnienia w tym kontekście odmiennego traktowania książek w języku niemieckim i książek wydanych w innym języku.

BPrBG stanowi środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie, może on zostać uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego na podstawie art. 30 WE albo art. 151 WE.

1. Argumenty stron

90. Argumenty stron w przedmiocie niniejszego pytania prejudycjalnego można podsumować następująco.

91. *Libro*, *Urząd Nadzoru EFTA* oraz *Komisja* twierdzą, że nierówne traktowanie książek niemieckich i austriackich nie może być uzasadnione.

92. Zgadzają się oni z tym, że tego rodzaju środek dyskryminujący może być uzasadniony jedynie na podstawie art. 30 WE. Artykuł 30 WE nie obejmuje jednak celu, do którego dąży ustawa BPrBG, polegającego na zachowaniu różnorodności książek. W szczególności nie chodzi tu ich zdaniem o środek ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej.

93. Ponadto twierdzą oni, że środek ten nie jest proporcjonalny. W tym kontekście Urząd EFTA wskazuje na to, że cele przedstawione jako uzasadnienie mogą zostać osiągnięte również w ten sposób, że importerowi książek niemieckich zezwoli się na ustalenie austriackiej ceny detalicznej bez obowiązku przestrzegania niemieckiej ceny minimalnej ustalonej przez niemieckiego wydawcę. Kolejną możliwość widzi on w umożliwieniu niemieckiemu wydawcy ustalenia austriackiej ceny detalicznej. Jest to dozwolone w przypadku wydawców pochodzących z państw, które nie są stronami porozumienia EOG.

94. Zdaniem Libro, Urzędu Nadzoru EFTA oraz Komisji nie jest również możliwe uzasadnienie na podstawie art. 151 WE. Postanowienie to jest bowiem podstawą prawną działania Wspólnoty, a nie wyjątkiem od zakresu stosowania art. 28 WE. Ponadto nierówne traktowanie książek niemieckich i austriackich nie jest konieczne dla urzeczywistnienia celów leżących u podstaw art. 151 WE.

95. Ponadto Libro przyjmuje, że austriacki system regulowanej ceny książek *jako taki* nie może zostać uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Nie jest tu wystarczający argument ogólnych interesów kultury, a związanie cen książek nie stanowi proporcjonalnego środka do osiągnięcia celów, do których ono zmierza. Komisja i Urząd EFTA wskazują natomiast na to, że w niniejszej sprawie nie chodzi o uzasadnienie związania ceną książek *jako takiego*. Chodzi tu raczej jedynie o uzasadnienie nierównego traktowania książek niemieckich i austriackich.

96. *Fachverband* oraz *rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu* są zdania, że związanie ceną książek nie jest dyskryminujące, a zatem jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

97. Jako nadrzędne względy interesu ogólnego przywołują oni w szczególności ochronę książek jako dobra kultury, interes konsumentów w odpowiednich cenach książek i adekwatne zaopatrzenie ludności w książki poprzez szeroką i zróżnicowaną sieć sprzedawców detalicznych. Taki przepis jak § 3 BPrBG jest według nich proporcjonalnym środkiem do realizacji tych celów.

98. Fachverband oraz rząd francuski przyznają, że ochrona kreatywności i różnorodności kulturowej w dziedzinie książki nie podlega art. 30 WE.

99. Fachverband oraz rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu powołują się następnie na to, że środek o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie może być uzasadniony zgodnie z art. 151 WE. Zgodnie z tym artykułem polityka w dziedzinie kultury należy do właściwości państw członkowskich. Zgodnie z art. 151 ust. 4 WE Wspólnota jest zobowiązana do uwzględniania aspektów kulturalnych w swoim działaniu na podstawie innych postanowień traktatu WE. A zatem także w ramach obrotu towarami Wspólnota musi według nich wziąć pod uwagę uprawnienia kształtujące państw członkowskich.

2. Ocena prawna

100. Na wstępie chciałabym ponownie zwrócić uwagę na to, że w ramach postępowania w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 WE Trybunał może jedynie odpowiadać na zadane mu przez sąd krajowy pytania [32]. Omawiane pytanie dotyczy według mnie jedynie tego, czy stwierdzone w ramach pierwszego pytania prejudycjalnego nierówne traktowanie książek austriackich i niemieckich może zostać uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego na podstawie art. 30 WE lub art. 151 WE. Chodzi zatem jedynie o uzasadnienie tego nierównego traktowania, a nie o uzasadnienie systemu regulowanej ceny książek jako takiego.

101. W odniesieniu do uzasadnienia tego nierównego traktowania na wstępie stwierdzam, że argument przedstawiony przez Fachverband oraz rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu ogranicza się w istocie do uzasadnienia austriac-

32 — Zobacz pkt 25 niniejszej opinii.

kiego systemu regulowanej ceny książek jako takiego. Z argumentacji tych stron nie wynika według mnie uzasadnienie nierównego traktowania książek austriackich i niemieckich.

102. Taki środek wydaje mi się trudny do uzasadnienia.

103. *Po pierwsze*, moim zdaniem brakuje już dopuszczalnego uzasadnienia.

104. Nadrzędne względy interesu ogólnego w rozumieniu wyroku w sprawie Cassis-de-Dijon [33] mogą uzasadniać jedynie środki mające zastosowanie bez rozróżnienia [34]. W niniejszej sprawie nie można się zatem na nie powołać jako na względy uzasadniające.

105. Uzasadnienie na podstawie art. 30 WE nie wchodzi w niniejszej sprawie w rachubę. W wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert Trybunał wyraźnie stwierdził, że art. 30 WE powinien być interpretowany wąsko i nie może być rozszerzany na cele, które nie są tam wyraźnie wskazane. Trybunał wyraźnie odrzucił rozszerzenie tego postanowienia na ochronę kreatywności i różnorodności kulturowej w dziedzinie książki [35].

106. Również w art. 151 ust. 4 WE nie dostrzegam względu uzasadniającego, który wykraczałby poza wskazane już nadrzędne względy interesu ogólnego. W przypadku art. 151 WE chodzi o postanowienie dotyczące kompetencji państw członkowskich i Wspólnoty. Wprawdzie z art. 151 ust. 4 WE wynika, że Wspólnota uwzględnia aspekty kulturalne, zwłaszcza w celu poszanowania i popierania różnorodności kultur, jednak postanowienie to nie zawiera „zastrzeżenia kulturowego" względem innych postanowień traktatu [36]. Państwa członkowskie nie mogą zatem wywodzić z art. 151 ust. 4 WE uprawnień kształtujących umożliwiających im przyjmowanie środków, które wywierają dyskryminujący wpływ na obrót towarami pochodzącymi z innych państw członkowskich. A zatem różne traktowanie książek niemieckich i austriackich nie może być uzasadnione na podstawie art. 151 ust. 4 WE.

107. *Po drugie*, nierównego traktowania książek austriackich i niemieckich nie można uznać za proporcjonalne, nawet przy założeniu, że istnieje dopuszczalny wzgląd uzasadniający. Wskazane cele, w szczególności ochrona książek jako dobra kultury oraz interes końcowych konsumentów w odpo-

33 — Wyrok Trybunału z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 Rewe-Zentral, zwany „wyrokiem w sprawie Cassis de Dijon", Rec. s. 649, pkt 8.

34 — Wyroki Trybunału: z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawach połączonych C-1/90 i C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior i Publivía, Rec. s. I-4151, pkt 13; z dnia 11 maja 1989 r. w sprawie 25/88 postępowanie karne przeciwko Wurmser, Rec. s. 1105, pkt 10. Ten pogląd popiera H.J. Fezer, (przypis 2), s. 144.

35 — Przypis 5, pkt 30.

36 — Zobacz w tym względzie U. Everling, *Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos, 1997, s. 34.

wiednich cenach książek, mogą zostać niewątpliwie osiągnięte przy zastosowaniu łagodniejszych środków. I tak importerowi można by co do zasady przyznać swobodę przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej w przypadku książek niemieckich [37].

108. W rezultacie nierówne traktowanie książek niemieckich i austriackich nie może być według mnie uzasadnione ani nadrzędnymi względami interesu ogólnego, ani na podstawie art. 30 WE lub art. 151 WE [38].

D — *W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego*

109. W drodze trzeciego pytania prejudycjalnego sąd krajowy dąży do ustalenia, czy zobowiązanie państw członkowskich do lojalności, wynikające z art. 10 akapit drugi WE w związku z normami prawa konkurencji wyrażonymi w art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE, należy interpretować w ten sposób, że wydanie BPrBG jest z nim zgodne, jakkolwiek BPrBG nawiązała płynnie pod względem czasowym i przedmiotowym do Sammelrevers 1993, tj. do istniejącego przed wydaniem BPrBG i prowadzonego przez przedsiębiorstwa systemu regulowanej ceny książek.

1. Argumenty stron

110. Argumentacja stron w przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego jest następująca.

111. *Libro* twierdzi, że ustawowa regulacja w sprawie związania ceną książek zawarta w BPrBG narusza zasadę lojalności wspólnotowej, ponieważ narusza ona skuteczność wspólnotowych przepisów prawa konkurencji.

112. Wprawdzie, jej zdaniem, art. 81 WE nie jest bezpośrednio stosowany do działań państw członkowskich, jednak państwo członkowskie nie może ułatwiać lub wspierać naruszeń reguł konkurencji przez prywatne podmioty gospodarcze ani wzmacniać ich skutków. Przesłanką takiego naruszenia jest istnienie związku pomiędzy działaniem państwa członkowskiego a antykonkurencyjnym zachowaniem przedsiębiorstw prywatnych. Libro dostrzega ten związek w tym, że wydając BPrBG, austriacki ustawo-

37 — Strony nie przedstawiły niczego, co by przemawiało przeciwko takiemu sposobowi postępowania. Takiemu sposobowi postępowania nie można według mnie zarzucić również, że importer, w przeciwieństwie do wydawców krajowych, przy ustalaniu austriackiej ceny detalicznej nie uwzględniałby wystarczająco celów przyświecających BPrBG. Gdyby istniała taka obawa, wystarczyłoby poddać odpowiedniej kontroli ustalanie austriackich cen detalicznych przez wydawców i importerów.

38 — Nie przekonuje również powołanie się na przestrzeganie podstawowego prawa do wolności wypowiedzi. Po pierwsze, nie jest jasne, w jaki sposób niniejszy przypadek miałby mieć wpływ na podstawowe prawo do wolności wypowiedzi. Ponadto nie jest zrozumiałe, dlaczego nierówne traktowanie książek austriackich i niemieckich miałoby być niezbędne do przestrzegania podstawowego prawa do wolności wypowiedzi.

dawca przejął co do zasady antykonkurencyjne uregulowania zawarte w Sammelrevers 1993. Jasno wskazują na to już okoliczności i prace przygotowawcze nad ustawą.

113. Wzmocnienie istniejącego porozumienia nie wymaga, by regulacja ustawowa i porozumienie całkowicie sobie odpowiadały. Jej zdaniem wystarczy, jeżeli w tej regulacji ujęte zostaną elementy porozumienia, które stwarzają ryzyko niedopuszczalności w świetle prawa kartelowego. Ustawodawca austriacki nie tylko pod względem czasowym i przedmiotowym nawiązał do niedopuszczalnego w świetle prawa kartelowego związania ceną, lecz przejął również istotne elementy, takie jak ustalanie cen detalicznych przez wydawcę. Związek, jak podkreśla Libro, jest potwierdzony również przepisem przejściowym zawartym w § 10 BPrBG oraz okolicznością, że BPrBG, podobnie jak Sammelrevers 1993, jest ograniczona do książek niemieckojęzycznych.

114. *Fachverband*, *rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu*, *Urząd EFTA* oraz *Komisja* twierdzą, iż nie zachodzi naruszenie obowiązku lojalności państw członkowskich.

115. Ich zdaniem państwa członkowskie mają co do zasady swobodę działania w ustanawianiu gospodarczo-politycznych środków, nawet jeżeli środki te wywołują ten sam antykonkurencyjny skutek, co porozumienia między przedsiębiorstwami. Wprawdzie swoboda ta jest ograniczona tym, że państwa członkowskie zgodnie z art. 10 akapit drugi WE nie mogą podejmować środków, które wyłączają skuteczność reguł konkurencji mających zastosowanie do przedsiębiorstw. Z takim środkiem mamy jednak do czynienia jedynie wtedy, gdy państwo członkowskie, czy to narzuca lub faworyzuje zawieranie porozumień sprzecznych z art. 81 WE, lub wzmacnia skutki tych porozumień, czy to pozbawia swoje własne regulacje charakteru państwowego, przenosząc odpowiedzialność za podejmowanie decyzji wkraczających w sferę ekonomiczną na prywatne podmioty gospodarcze.

116. Celem BPrBG nie jest jednak narzucanie lub faworyzowanie zawierania porozumień sprzecznych z prawem konkurencji. Wertykalne związanie ceną jest już uregulowane ustawowo, a zatem ustalanie cen detalicznych nie stanowi według nich porozumienia.

117. Nie zachodzi również ich zdaniem wzmocnienie antykonkurencyjnego porozumienia. Można by przyjąć jego istnienie jedynie wtedy, gdyby państwo członkowskie ograniczyło się do przejęcia antykonkurencyjnego porozumienia i zobowiązało podmioty gospodarcze lub zachęcało je do przestrzegania tej regulacji. W przypadku gdy państwo działa w pełnej niezależności i na podstawie względów interesu ogólnego, nie ma miejsca naruszenie obowiązku lojalności.

118. W opinii wskazanych powyżej stron pod względem treści BPrBG przejęła wprawdzie główny element Sammelrevers 1993, a mianowicie zasadnicze związanie sprzedawcy detalicznego ustaloną ceną detaliczną, krajowe przepisy nie ograniczają się jednak do przejęcia elementów zawartych w Sammelrevers 1993. Chodzi tu raczej o gruntowną modyfikację i wprowadzenie nowego systemu regulowanej ceny książek. Świadczy o tym — ich zdaniem — w szczególności przekształcenie ceny detalicznej ze stałej ceny w cenę minimalną, możliwość uwzględnienia przewagi handlowej oraz możliwość przyznania rabatu do 5%. Fachverband wskazuje na okoliczność, że § 10 BPrBG był jedynie przepisem przejściowym, na mocy którego ustawodawca austriacki chciał zwolnić wydawców i importerów od przymusu ustalenia cen detalicznych dla wszystkich tytułów natychmiast po wejściu w życie BPrBG.

119. Komisja twierdzi, że nawet gdyby przyjąć wzmocnienie istniejącego kartelu w rozumieniu art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 81 ust. 1 WE, należy zbadać, czy takie wzmocnienie może zostać objęte wyłączeniem na podstawie art. 81 ust. 3 WE. Postanowienie odsyłające nie stanowi wystarczającej podstawy do odpowiedzi na to pytanie.

120. Urząd EFTA wskazuje na to, że w przypadku przyjęcia naruszenia obowiązku lojalności powstałaby sytuacja paradoksalna. Środek wprowadzony przez państwo członkowskie, w którym w momencie jego wydania nie istniało odpowiednie porozumienie między przedsiębiorstwami, nie naruszałby art. 81 WE, natomiast środek wprowadzony przez inne państwo członkowskie, w którym w momencie jego wydania istniało odpowiednie porozumienie między przedsiębiorstwami, byłby niedopuszczalny.

121. Ponadto Fachverband, rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu, Urząd EFTA oraz Komisja twierdzą, że ustawodawca austriacki nie pozbawił BPrBG państwowego charakteru, przenosząc odpowiedzialność za podejmowanie decyzji wkraczających w sferę ekonomiczną na prywatne podmioty gospodarcze.

122. Według nich chodzi tu o jednostronne działanie wydawców, nie zaś o porozumienie. Obowiązek respektowania ceny minimalnej został uregulowany ustawowo. Ustalanie cen detalicznych przez wydawców ma ich zdaniem wpływ na konkurencję tylko dlatego, że jest uregulowane ustawowo. Komisja wskazuje na to, że inaczej chodziłoby o zalecenie ceny sprzedawcy końcowemu, co zgodnie z prawem konkurencji jest zasadniczo dopuszczalne.

123. Wreszcie rządy państw członkowskich biorących udział w postępowaniu wskazują na to, że nie istnieje wspólnotowa polityka konkurencji w zakresie czysto krajowych systemów regulowanej ceny książek. Rząd

austriacki podnosi, że z czysto krajowymi systemami regulowanej ceny książek mamy do czynienia wtedy, gdy ustawa jednego z państw członkowskich poddaje książki wprowadzone do obrotu na terytorium danego państwa członkowskiego regulacji cenowej. Nawet jeżeli system ten dotyczy książek importowanych lub reimportowanych, należy ich zdaniem uznać, że mamy do czynienia z krajowym systemem regulowanej ceny książek.

124. Rząd niemiecki wyraża wątpliwości co do możności stosowania art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE. Jeżeli środek nie wchodzi w zakres formuły Dassonville lub nie spełnia przesłanek wyjątku Keck, art. 28 i art. 30 WE należy uznać za przepisy szczególne, które wykluczają według niego stosowanie art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE.

2. Ocena prawna

125. Sąd krajowy stawia pytanie, czy obowiązek lojalności państw członkowskich wynikający z art. 10 akapit drugi WE w związku z normami z zakresu prawa konkurencji wyrażonymi w art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE należy interpretować w ten sposób, że wydanie BPrBG jest z nim zgodne.

126. Pytanie to zostało postawione jedynie na wypadek, gdyby przepis krajowy taki jak § 3 BPrBG nie stanowił środka o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie w rozumieniu art. 28 WE. Według mnie Trybunał nie musi zatem badać tego pytania. Na wypadek gdyby Trybunał nie podzielił mojego poglądu w zakresie proponowanych odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie, udzielę jednak pomocniczo odpowiedzi na to pytanie.

127. Artykuł 81 WE jest normą skierowaną do przedsiębiorstw, której zastosowanie zakłada istnienie porozumienia lub uzgodnionej praktyki między przedsiębiorstwami. Zasadniczo art. 81 WE nie znajduje zatem zastosowania do aktów władzy publicznej dokonanych przez państwa członkowskie. Jednakże art. 10 akapit drugi WE stanowi, że państwa członkowskie mają obowiązek powstrzymywać się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić celom traktatu WE. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. g) WE działalność Wspólnoty obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję na

rynku wewnętrznym. Wspólnotowa polityka konkurencji została skonkretyzowana w szczególności w art. 81 WE. Państwa członkowskie zgodnie art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE muszą zatem powstrzymywać się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby naruszać skuteczność art. 81 WE [39]. Odnosi się to również do działań państw członkowskich w formie ustaw lub rozporządzeń [40].

128. Z drugiej strony uznane jest, że nie każdy środek państwa członkowskiego, który wpływa na konkurencję, może stanowić naruszenie art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 ust. 1 WE [41]. Tego rodzaju szerokie stosowanie obowiązku lojalności prowadziłoby do tego, że państwa członkowskie byłyby poddawane kontroli wspólnotowej również w tych dziedzinach, w których zgodnie z zasadą kompetencji powierzonych właściwe są państwa członkowskie, a nie Wspólnota [42].

129. O tym, że nie jest to łatwe rozgraniczenie, świadczy fakt, iż przykładowo środki państw członkowskich w dziedzinie polityki gospodarczej lub kulturalnej, w których są one właściwe zgodnie z art. 98 i nast. WE lub art. 151 WE, mogą mieć wpływ na konkurencję. Gdyby wszystkie środki państw członkowskich w tych dziedzinach były przedmiotem kontroli na podstawie obowiązku lojalności w celu ustalenia, czy mają one wpływ na konkurencję, państwa członkowskie również w przypadku środków w tych dziedzinach zostałyby wciśnięte w „gorset z zakresu prawa konkurencji". Nie jest to zgodne z zasadą kompetencji powierzonych.

130. Orzecznictwo Trybunału [43] w tym zakresie charakteryzuje się zatem z jednej strony koniecznością poszanowania kompetencji państw członkowskich, z drugiej zaś strony wymogiem, by wspólnotowa polityka konkurencji nie była obchodzona w drodze środków wydawanych przez państwa członkowskie.

131. Obecnie, według utrwalonego orzecznictwa, istnienie naruszenia art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE można przyjąć jedynie wtedy, gdy państwo członkowskie czy to narzuca (*pierwsza grupa przypadków*) lub faworyzuje (*druga grupa przypadków*) zawieranie porozumień sprzecznych z art. 81 WE, lub

39 — Zobacz między innymi wyroki Trybunału: z dnia 16 listopada 1977 r. w sprawie 13/77 GB-Inno-BM, Rec. s. 2115, pkt 31; z dnia 21 września 1988 r. w sprawie 267/86 Van Eycke, Rec. s. 4769, pkt 16; z dnia 9 czerwca 1994 r. w sprawie C-153/93 Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Rec. s. I-2517, pkt 14; z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-266/96 Corsica Ferries France, Rec. s. I-3949, pkt 35; z dnia 5 października 1995 r. w sprawie C-96/94 Centro Servizi Spediporto, Rec. s. I-2883, pkt 20; z dnia 17 listopada 1993 r. w sprawie C-185/91 Reiff, Rec. s. I-5801, pkt 14; w przedmiocie tegoż orzecznictwa zob. W. Emmerich, w: M. Dauses, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. I. § 1, 9. Ergänzungslieferung, pkt 11; H. Wollmann, w: H. Mayer, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Manz, 2006, Artykuł 81 WE, 72. Lieferung, pkt 3, wskazuje w tym kontekście na problematykę austriackiej BPrBG.

40 — Wyroki: w sprawie Van Eycke (przypis 39, pkt 16); w sprawie Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (przypis 39, pkt 14).

41 — Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Darmona przedstawiona w dniu 14 lipca 1993 r. w sprawie Reiff (przypis 39, pkt 32).

42 — W. Emmerich, (przypis 39), pkt 12.

43 — W przedmiocie pogłębionej analizy tegoż orzecznictwa zob. w szczególności U.B. Henriksen, *Anti-Competitive State Measures in the European Community*, Handelshøjskolens Forlag, 1994; J. Schwarze, „Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrecht", w: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, s. 613 i nast., 616-622.

wzmacnia skutki tych porozumień *(trzecia grupa przypadków)*, czy to pozbawia swoje własne regulacje charakteru państwowego, przenosząc odpowiedzialność za podejmowanie decyzji wkraczających w sferę ekonomiczną na prywatne podmioty gospodarcze *(czwarta grupa przypadków)* [44].

a) Narzucanie lub faworyzowanie antykonkurencyjnego porozumienia, lub wzmacnianie skutków takiego porozumienia

132. Istotną przesłanką pierwszych trzech grup przypadków jest, by środek państwa członkowskiego nawiązywał do antykonkurencyjnego porozumienia. W tym zakresie można mówić o *akcesoryjnym* zachowaniu państw członkowskich [45]. W niniejszym przypadku jako antykonkurencyjne porozumienie, do którego mógłby nawiązywać środek państwowy, wchodzi w rachubę w szczególności [46] Sammelrevers 1993.

i) Antykonkurencyjne porozumienie?

133. Zgodnie z systemem Sammelrevers 1993 austriaccy sprzedawcy detaliczni byli związani cenami detalicznymi ustalonymi przez niemieckich wydawców. Te ceny detaliczne stanowiły stałe ceny. Ponieważ wertykalne ustalanie stałych cen spełnia przesłanki reguły przewidzianej w art. 81 ust. 1 lit. a) WE, nie mam poważnych wątpliwości co do tego, że w owym przypadku chodziło o porozumienie ograniczające konkurencję [47]. Należy

44 — Utrwalone orzecznictwo od czasu wyroku Trybunału z dnia 21 września 1988 r. w sprawie Van Eycke (przypis 39, pkt 16). Zobacz również wyroki: z dnia 17 listopada 1993 r. w sprawie C-2/91 Meng, Rec. s. I-5751, pkt 14; w sprawie Reiff, (przypis 39, pkt 14) i w sprawie C-245/91 Ohra Schadeverzekeringen, Rec. s. I-5851, pkt 10.

45 — Terminu tego używa J. Schwarze (przypis 43), s. 621.

46 — Zmieniona wersja Sammelrevers 1993, która weszła w życie w dniu 30 czerwca 2000 r., nie przewiduje udziału austriackich wydawców, hurtowników oraz sprzedawców detalicznych. W związku z tym w odniesieniu do tego porozumienia Komisja stwierdziła, że zmieniona wersja ustawy nie jest w stanie naruszać handlu między państwami członkowskimi. Już z tego punktu widzenia wydaje się, że *antykonkurencyjne* porozumienie nie istnieje.
(Raczej teoretyczną) możliwością byłoby, iż sama BPrBG stanowi antykonkurencyjne porozumienie. Zgodnie z orzecznictwem, środki mogą mieć charakter podwójny, a zatem mogą zostać przypisane jako środek zarówno państwu, jak i przedsiębiorstwu (wyrok Trybunału z dnia 30 stycznia 1985 r. w sprawie 123/83 Clair, Rec. s. 391, pkt 19, 20). Jednakże wymagałoby to, że BPrBG pomimo swojej ustawowej natury stanowi *porozumienie* między zainteresowanymi przedsiębiorstwami. Nie można tego, moim zdaniem, przyjąć w niniejszym przypadku. Okoliczność, że w danym przypadku postępowanie legislacyjne zostało wszczęte z inicjatywy zainteresowanych stron, i że zostały one wysłuchane w ramach tego postępowania, nie wystarcza do przyjęcia istnienia porozumienia między osobami prywatnymi mającego formę ustawy.

47 — Pogląd, zgodnie z którym Sammelrevers 1993 nie prowadził do ograniczenia konkurencji (tak E. Vranes, *Buchpreisbindung und rule of reason*, Manz 1999, s. 38-41), nie wydaje mi się przekonujący. Jak już stwierdziłam w mojej opinii przedstawionej w dniu 4 września 2008 r. w sprawie C-209/07 Beef Industry Development Society i Barry Brothers (wyrok z dnia 20 listopada 2008 r., Zb.Orz. s. I-8637, pkt 51-58), nie każda ewentualna korzyść wypływająca z porozumienia dla dobrobytu konsumentów prowadzi do wykluczenia istnienia ograniczenia konkurencji. W przedmiocie oceny transgranicznych systemów regulowanej ceny książek, które są prowadzone przez przedsiębiorstwa, z punktu widzenia prawa konkurencji, zob. w szczególności wyrok w sprawach połączonych VBVB i VVVB przeciwko Komisji (przypis 5, pkt 44-46).

moim zdaniem przyjąć również, że ten system wywiera odczuwalny wpływ na konkurencję [48]. Ponieważ w niniejszym przypadku bezsporne jest, że duża część sprzedawanych w Austrii książek to książki niemieckie, należy również uznać, że występuje zdolność do zakłócenia wymiany handlowej między państwami członkowskimi. Uważam zatem, że system Sammelrevers 1993 spełnia przesłanki art. 81 ust. 1 WE [49].

134. Należy wziąć jednak pod uwagę, że art. 81 WE ma dwuetapową strukturę. Istnienie porozumienia naruszającego art. 81 WE można przyjąć jedynie wtedy, gdy nie było ono objęte wyłączeniem na mocy art. 81 ust. 3 WE [50]. Państwu członkowskiemu nie można zatem zarzucić, że narzuciło lub faworyzowało porozumienie objęte wyłączeniem na podstawie art. 81 ust. 3 WE, lub że wzmocniło skutki takiego porozumienia. Do sądu krajowego należy zatem zbadanie, czy spełnione zostały przesłanki art. 81 ust. 3 WE [51], a zatem czy system Sammelrevers 1993 przyczynia się do polepszenia dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są konieczne do osiągnięcia tych celów, ani dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

135. Tego typu badanie wymaga dogłębnej analizy [52]. Uważam zatem za celowe zajęcie się najpierw kwestią tego, czy austriacki ustawodawca narzucił lub faworyzował Sammelrevers 1993, czy też wzmocnił jego skutki.

48 — W tym kontekście należy mieć na uwadze fakt, że zgodnie z Sammelrevers 1993 nie było wprawdzie przewidziane żadne porozumienie horyzontalne między wydawcami, ale umowy oparte na umowie wzorcowej i zarządzane przez instytucje powiernicze należy postrzegać w ich całości, i tym samym jako pakiet; wyrok z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89 Delimitis, Rec. s. I-935, pkt 19 i nast.

49 — Twierdząco T. Hofmann, „Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts", w: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2000, s. 561, 562.

50 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 3 grudnia 1987 r. w sprawie 136/86 BNIC przeciwko Aubert, Rec. s. 4789, pkt 21, w którym Trybunał poruszył kwestię art. 81 ust. 3 WE.

51 — Wraz z wejściem w życie rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. 2003 L 1, s. 1) system zakazu z zastrzeżeniem wyłączeń został zastąpiony systemem samodzielnej oceny (art. 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 1/2003). Od tego czasu do sądów krajowych należy badanie przesłanek art. 81 ust 3 WE (zob. w tym kontekście komunikat Komisji w sprawie współpracy pomiędzy Komisją i sądami krajowymi w związku ze stosowaniem art. 81 i 82 traktatu WE, Dz.U. 2004, C 101, s. 54).
Pragnę zauważyć, że wprawdzie sąd w drugim pytaniu prejudycjalnym wyszedł z założenia, że brak jest empirycznych danych, które mogłyby dowieść, że środek w postaci ustawowej regulacji cen książek jest odpowiedni do osiągnięcia celów takich jak promowanie produkcji książek, różnorodności tytułów po regulowanych cenach i wielości sprzedawców detalicznych, nie uważam jednak, by sąd chciał przez to wyrazić, że przeprowadził dowód na okoliczność spełnienia przesłanek art. 81 ust. 3 WE, i że w jego przekonaniu przesłanki te nie są spełnione.

52 — Przegląd ocen zgodności Sammelrevers 1993 z art. 81 ust. 3 WE można znaleźć w T. Hofmann (przypis 49), s. 562-567; M. Engelmann, (przypis 3), s. 125-165.

ii) Narzucenie lub faworyzowanie Sammelrevers 1993, lub wzmocnienie jego skutków

136. W orzecznictwie uważa się, że wzmocnienie skutków antykonkurencyjnego porozumienia ma miejsce wtedy, gdy państwo członkowskie ogranicza się do przejęcia w całości lub w części elementów antykonkurencyjnego porozumienia między przedsiębiorstwami [53]. W ramach pojęcia faworyzowanie lub wspieranie antykonkurencyjnego porozumienia Trybunał grupuje środki, które zachęcają przedsiębiorstwo do takiego zachowania [54].

137. Jako że system regulowanej ceny książek unormowany przez państwo w BPrBG zastąpił Sammelrevers 1993, jako środek krajowy, w niniejszym przypadku wchodzi w rachubę wzmocnienie skutków wywieranych przez Sammelrevers 1993.

138. Jak już nadmieniłam powyżej [55], istotną cechą tych grup przypadków jest *akcesoryjność* przepisu krajowego względem antykonkurencyjnego porozumienia między przedsiębiorstwami. W niniejszej sprawie powstaje zatem po pierwsze pytanie, czy BPrBG jest bezpośrednio powiązana z Sammelrevers 1993, po drugie, czy przepis przejściowy zawarty w § 10 BPrBG mógł prowadzić do powiązania oraz po trzecie, czy powiązanie co do treści może być wystarczające.

— Bezpośrednie powiązanie z Sammelrevers 1993?

139. W niniejszym przypadku nie można przyjąć bezpośredniego powiązania BPrBG z Sammelrevers 1993 już z tego powodu, że w chwili wejścia w życie BPrBG austriaccy wydawcy, hurtownicy oraz sprzedawcy detaliczni nie byli już stronami Sammelrevers 1993.

— Powiązanie na podstawie przepisu przejściowego zawartego w § 10 BPrBG?

140. Powiązanie mogłoby jednak powstać z tego powodu, że § 10 BPrBG przewidywał przejściowe stosowanie cen zawartych w wykazie dostępnych książek w wydaniu z dnia 20 czerwca 2000 r. Wydaje się, że wykaz ten zawiera ceny detaliczne, które zostały ustalone w ramach systemu Sammelrevers 1993.

141. Należy wziąć jednak pod uwagę, że chociaż § 10 BPrBG może być powiązany z cenami, które zostały ustalone w ramach

53 — Wyroki: w sprawie van Eycke (przypis 39, pkt 18) i w sprawie Meng (przypis 44, pkt 19).

54 — Wyroki Trybunału: z dnia 11 kwietnia 1989 r. w sprawie 66/86 Ahmed Saeed, Rec. s. 803, pkt 49, 52; z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-35/96 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-3851, pkt 54. W tej kwestii J. Schwarze (przypis 43), s. 621.

55 — Punkt 132 niniejszej opinii.

systemu Sammelrevers 1993, ale nie nawiązuje on do pozostałych uregulowań zawartych w Sammelrevers 1993. Reguły zawarte w Sammelrevers 1993 i w BPrBG różnią się w szczególności tym, że zgodnie z BPrBG zamiast stałych cen wprowadzono ceny minimalne, może być brana pod uwagę uzyskana przewaga handlowa oraz sprzedawcy detaliczni mają możliwość pomniejszenia austriackiej ceny detalicznej do 5% [56].

142. W związku z tym również § 10 BPrBG nie tworzy akcesoryjnego związku BPrBG w stosunku do Sammelrevers 1993.

— Czy wystarczy powiązanie co do treści?

143. Pojawia się zatem pytanie, czy wzmocnienie skutków wywieranych przez Sammelrevers 1993 można przyjąć także wtedy, gdy BPrBG nawiązała pod względem treści do Sammelrevers 1993.

144. W niniejszym przypadku pytanie to ma szczególne znaczenie, gdyż austriacki ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości co do tego, że chce zasadniczo utrzymać przewidziane przez Sammelrevers 1993 wertykalne związanie ceną, a także gdyż wejście w życie BPrBG zbiegło się niemalże z wystąpieniem austriackich wydawców, hurtowników i sprzedawców detalicznych z systemu Sammelrevers 1993.

145. Pomimo okoliczności wymienionych przez sąd krajowy nie uważam, by wzmocnienie skutków wywieranych przez Sammelrevers 1993 można dostrzec w tym, że BPrBG nawiązuje pod względem treści do elementów Sammelrevers 1993.

146. Przeciwko temu przemawia w pierwszej kolejności *brzmienie* orzecznictwa, zgodnie z którym wzmocnienie skutków antykonkurencyjnego porozumienia ma miejsce jedynie wtedy, gdy państwo członkowskie *ogranicza* się do *przejęcia w całości lub w części* elementów porozumień zawartych między podmiotami gospodarczymi [57].

147. Ustawodawca austriacki nie przejął całkowicie Sammelrevers 1993. Moim zdaniem nie można również przyjąć częściowego przejęcia w rozumieniu orzecznictwa. Zwrot „częściowe przejęcie" rozumiem w ten sposób, że ma ono miejsce tylko wtedy, gdy przedmiot antykonkurencyjnego porozumienia jest podzielny, a państwo członkow-

56 — Poza tym wydaje się, że książki będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym nie są książkami, które zostały zamieszczone w wykazie dostępnych książek w wydaniu z dnia 20 czerwca 2000 r. W tej kwestii § 10 BPrBG zdaje się nie mieć znaczenia dla niniejszego postępowania.

57 — Wyroki: w sprawie van Eycke (przypis 39, pkt 18) i w sprawie Meng (przypis 44, pkt 19).

skie przejęło jedynie część przedmiotu porozumienia, nie zmieniając jego treści. Powracając do idei akcesoryjności, uważam, że orzecznictwo odnosi się jedynie do przepisów państw członkowskich, które są *ściśle akcesoryjne* w stosunku do części istniejącego porozumienia przedsiębiorstw [58]. Przemawia za tym również fakt, że zgodnie z orzecznictwem państwa członkowskie muszą *ograniczyć* się do przejęcia.

148. W niniejszym przypadku ustawodawca austriacki stworzył wprawdzie w ramach postępowania legislacyjnego powiązanie z Sammelrevers 1993, ale zmienił on — jak opisano powyżej [59] — ten system pod względem treści. Nie można zatem moim zdaniem przyjąć, że ograniczył się on do przejęcia w części Sammelrevers 1993.

149. Ponadto uważam, że jedynie takie restrykcyjne rozumienie orzecznictwa jest zgodne z zasadą kompetencji powierzonych. Jak wskazałam powyżej [60], w ramach obowiązku lojalności wynikającego z art. 10 WE należy wziąć pod uwagę, że państwo członkowskie w dziedzinach przysługujących mu kompetencji ma zasadniczo swobodę działania w ustanawianiu środków mających na celu ograniczenie konkurencji lub wywołujących taki skutek. Nie może być zatem żadnym miarodajnym kryterium okoliczność, czy i w jakim rozmiarze przepis krajowy narusza konkurencję [61].

150. Zasada ta przemawia moim zdaniem przeciwko traktowaniu ustawowego przepisu jako wzmocnienia skutków antykonkurencyjnego porozumienia tylko z tego powodu, że dąży on do porównywalnego celu ograniczającego konkurencję lub ma porównywalny ograniczający konkurencję skutek. W takich sytuacjach — jak dość wyraźnie pokazuje niniejsza sprawa — rozgraniczenie dopuszczalnego, samodzielnego przepisu wydanego przez państwo członkowskie od niedopuszczalnego przejęcia treści byłoby w konkretnym przypadku możliwe jedynie za cenę znacznych trudności, a wręcz niemożliwe.

151. Stosując restrykcyjne, ściśle akcesoryjne podejście, uniknie się paradoksalnej sytuacji, że przepis krajowy stanowi w jednym państwie członkowskim naruszenie art. 10 akapit drugi w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE tylko dlatego, że wcześniej przedsiębiorstwa zawarły porozumienie o porównywalnym skutku, natomiast w innym państwie członkowskim wydanie tego przepisu jest dozwolone, gdyż nie istniało

58 — Tak przykładowo wyrok Trybunału z dnia 1 października 1987 r. w sprawie 311/85 VVR, Rec. s. 3801, pkt 23. Twierdząco A. Weuster, *Die Neuregelung der Buchpreisbindung in Deutschland*, Boorberg, 2007, s. 216 i nast.

59 — Zobacz pkt 141 niniejszej opinii.

60 — Zobacz pkt 128, 129 niniejszej opinii.

61 — Podobnie także R. Joliet, „National anti-competitive Legislation and Community Law", *Fordham International Law Journal*, 1989, s. 174; U.B. Henriksen (przypis 43), s. 69. Orzecznictwo negatywnie odnosi się do podejścia, które opiera się na treści lub wpływie przepisu krajowego na konkurencję, zob. w szczególności wyroki: w sprawie van Eycke (przypis 39, pkt 18) i w sprawie Meng (przypis 44, pkt 14-22). W przedmiocie wyroku w sprawie van Eycke zob. U.B. Henriksen (przypis 43), s. 114. W. Emmerich (przypis 39), pkt 15, proponuje natomiast podejście, opierające się na treści lub wpływie przepisu krajowego na konkurencję.

w nim wcześniej porozumienie przedsiębiorstw o odpowiadającej mu treści.

152. Według mnie nie ma również sprzeczności w tym, że dane państwo członkowskie może wprawdzie wydać z własnej inicjatywy ustawę, która ma na celu ograniczenie konkurencji lub której skutkiem jest ograniczenie konkurencji, lecz zgodnie z obowiązkiem lojalności ma ono zakaz wzmacniania skutków porównywalnego porozumienia przedsiębiorstw. Sprzeczność powstałaby tu moim zdaniem jedynie wtedy, gdyby zgodnie z obowiązkiem lojalności istotne było, czy ustawa ma na celu ograniczenie konkurencji lub czy jej skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takiego rozumienia nie można jednak brać pod uwagę zgodnie z zasadą kompetencji powierzonych [62]. Wręcz przeciwnie, państwo członkowskie nie może zostać pozbawione możliwości wydania przepisu ustawowego o treści porównywalnej z porozumieniem między przedsiębiorstwami, o ile dzieje się to z jego własnej inicjatywy.

153. W niniejszej grupie przypadków zasada lojalności ogranicza się zatem do zakazania państwom członkowskim wzmacniania skutków porozumienia między przedsiębiorstwami naruszającego art. 81 WE poprzez przejęcie w całości lub w części tego porozumienia — w tym znaczeniu, że przepisy krajowe są ściśle akcesoryjne w stosunku do porozumienia — nie zmieniając go ani nie badając jego treści. Komisja słusznie wskazała na to, że takie zachowanie państw członkowskich ma skutek w postaci sygnału, który może podważyć *effet utile* wspólnotowej polityki konkurencji.

154. W związku z powyższym fakt, że BPrBG przejmuje treść Sammelrevers 1993, nie stanowi według mnie wzmocnienia skutków Sammelrevers 1993.

iii) Wniosek

155. W rezultacie — niezależnie od oceny Sammelrevers 1993 z punktu widzenia prawa konkurencji — w wydaniu BPrBG nie można się zatem dopatrywać narzucenia lub faworyzowania antykonkurencyjnego porozumienia, lub wzmocnienia skutków takiego porozumienia.

b) Przeniesienie na prywatne podmioty gospodarcze odpowiedzialności za decyzje wkraczające w sferę ekonomiczną

156. Zgodnie ze wskazaną powyżej czwartą grupą przypadków [63] naruszenie obowiązku lojalności może polegać również na tym, że państwo członkowskie pozbawia swoje

62 — Zobacz pkt 128, 129 niniejszej opinii.

63 — Zobacz pkt 131 niniejszej opinii.

własne regulacje charakteru państwowego, przenosząc odpowiedzialność za podejmowanie decyzji wkraczających w sferę ekonomiczną na prywatne podmioty gospodarcze. Z analizy tej czwartej grupy przypadków, która została uwzględniona w utrwalonym orzecznictwie, wynika, że jego początków należy szukać w szczególności w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert [64] [65].

157. Przeniesienie uprawnień państwowych na prywatne podmioty gospodarcze wchodzi w rachubę zasadniczo wtedy, gdy w drodze ustaw państwowych są one uprawnione do narzucania osobom trzecim ze skutkiem wiążącym cen, które nie podlegają kontroli państwowej [66].

158. Przeciwko możliwości zastosowania tej grupy przypadków w niniejszej sprawie podniesiono w szczególności, że nie istnieje porozumienie między przedsiębiorstwami (i), nie doszło do przeniesienia uprawnienia do podejmowania decyzji na prywatne podmioty gospodarcze (ii), oraz że nie istnieje wspólnotowa polityka konkurencji w dziedzinie krajowych systemów regulowanej ceny książek (iii).

64 — Przypis 5, pkt 15.

65 — Zobacz U.B. Henriksen (przypis 43), s. 114, 115.

66 — Tak J. Niemeyer „Die Anwendbarkeit von Art. 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, s. 721 i nast., 723.

i) Brak wymogu akcesoryjności

159. Niektórzy autorzy również w odniesieniu do tej grupy przypadków wymagają ścisłej akcesoryjności w stosunku do porozumienia między przedsiębiorstwami zawartego z naruszeniem art. 81 WE [67].

160. Ten pogląd mnie nie przekonuje.

161. *Po pierwsze*, w orzecznictwie nie można zaleźć dowodu na to, że również w czwartej grupie przypadków konieczna musi być ścisła akcesoryjność w stosunku do antykonkurencyjnego porozumienia między przedsiębiorstwami.

67 — Tak A. Weuster (przypis 58), s. 219; J. Niemeyer (przypis 66), s. 730, 731; J. Schwarze (przypis 43), s. 620-622.

162. W wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert Trybunał stwierdził bowiem, że takie przepisy krajowe, które *czyniłyby bezużytecznymi* praktyki przedsiębiorstw zakazane na podstawie art. 81 ust. 1 WE, przenosząc na wydawców lub importerów książek odpowiedzialność za swobodne ustalanie cen wiążących na etapie sprzedaży detalicznej, naruszają skuteczność art. 81 WE, a zatem są sprzeczne z art. 10 akapit drugi WE [68]. Wprawdzie w tym wyroku Trybunał nie potwierdził wyraźnie, że krajowy system regulowanej ceny książek wchodzi w zakres stosowania czwartej grupy przypadków [69], kontynuował jednak w tym przypadku, w którym bez wątpienia nie istniało wcześniejsze porozumienie między przedsiębiorstwami, analizę naruszenia obowiązku lojalności i przyjął możliwość takiego naruszenia pod pewnymi warunkami [70]. Moim zdaniem można stąd wywnioskować, że Trybunał nie wymaga w odniesieniu do czwartej grupy przypadków ścisłej akcesoryjności przepisu krajowego w stosunku do istniejącego antykonkurencyjnego porozumienia między przedsiębiorstwami [71]. Z późniejszych wyroków Trybunału nie wynika, by wycofał się on z tego stanowiska [72].

163. *Po drugie*, nie uważam też za odpowiednie ograniczanie tej grupy przypadków do środków, które są akcesoryjne w stosunku do antykonkurencyjnych porozumień między przedsiębiorstwami. Wprawdzie — jak stwierdzono powyżej [73] — nie można opierać się wyłącznie na tym, czy i jakie skutki przepis krajowy wywiera na konkurencję. W każdym razie nie stanowi to również przedmiotu niniejszej grupy przypadków. Podlegające krytyce zachowanie państwa członkowskiego, które jest objęte czwartą grupą przypadków, polega bowiem na tym, że państwo członkowskie obchodzi wymaganą przez art. 81 WE

68 — Zobacz pkt 15 wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert (przypis 5).

69 — W tym kontekście należy wziąć pod uwagę, że cztery grupy przypadków zostały „skonsolidowane" dopiero w wyroku w sprawie van Eycke (przypis 39, pkt 16), a zatem po wydaniu wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert.

70 — Zobacz pkt 20 i sentencja wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert (przypis 5).

71 — A.B. Hoffman, „Anti-competitive State Legislation Condemned under Article 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?", *European Court Law Review*, 1990, s. 17 przypuszcza, że pytanie to zostało zbadane we wcześniejszym projekcie wyroku i że udzielono na nie odpowiedzi twierdzącej. Według R. Joliet (przypis 61), s. 172, Trybunał zasadniczo uznał środek krajowy za niezgodny z art. 10 akapit drugi WE, art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE. U.B. Henriksen (przypis 43), s. 59, 140 twierdzi, że wprawdzie Trybunał nie odpowiedział wyraźnie na to pytanie, ale z wyroku można wywnioskować, że Trybunał chciał na to pytanie odpowiedzieć twierdząco. Zdaniem J. Schwarze (przypis 43), s. 618 Trybunał postawił pytanie, lecz nie udzielił na nie odpowiedzi.

72 — W szczególności w wyrokach: w sprawie Meng (przypis 44); w sprawie Ohra Schadeverzekeringen (przypis 44) i w sprawie Reiff (przypis 39) nie mogę dostrzec odstąpienia od tego stanowiska. Sprawy te dotyczyły zagadnienia, czy Trybunał powinien rozciągnąć stosowanie obowiązku lojalności poza dotychczas przewidziane przypadki (w przedmiocie analizy zob. J. Niemeyer [przypis 66], s. 725). Chodziło tam o kwestię tego, czy środki przyjęte przez państwa członkowskie naruszają art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE już z tego powodu, że ich celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, które są porównywalne z antykonkurencyjnym porozumieniem między przedsiębiorstwami. Następnie Trybunał w wyroku w sprawie Reiff (przypis 39, pkt 22 i nast.) zastosował omówione powyżej kryterium oceny, lecz zaprzeczył naruszeniu z tego powodu, że jego zdaniem nie doszło do przeniesienia uprawnienia do podejmowania decyzji na prywatne podmioty gospodarcze.

73 — Punkty 128, 129 niniejszej opinii.

przesłankę *porozumienia między przedsiębiorstwami*. W rachubę wchodzą przepisy ustawowe, które stanowią jedynie pozbawioną treści, ustawową „wydmuszkę" i które chronią prywatne podmioty gospodarcze przed stosowaniem art. 81 WE. W takich przypadkach może zostać naruszona *effet utile* art. 81 WE [74].

164. *Po trzecie*, przeciwko przesłance ścisłej akcesoryjności także w tej grupie przypadków przemawia moim zdaniem okoliczność, iż w przeciwnym wypadku nie miałaby ona w dużej mierze zastosowania, ponieważ przepis krajowy, który przenosi odpowiedzialność za decyzję wkraczającą w sferę ekonomiczną na prywatne podmioty gospodarcze, prowadzi właśnie do tego, że porozumienie naruszające art. 81 WE jest bezużyteczne.

165. W rezultacie uważam, że w odniesieniu do omawianej tu grupy przypadków nie można wymagać ścisłej akcesoryjności w stosunku do porozumienia między przedsiębiorstwami sprzecznego z art. 81 WE.

74 — Za przekonywające uważam (w każdym razie tylko w odniesieniu do tej czwartej grupy przypadków) podejście rzecznika generalnego C.O. Lenza w jego opinii przedstawionej w dniu 16 grudnia 1986 r. w sprawie VVR (wyrok w tej sprawie, zob. przypis 58, pkt 42), który wskazuje na to, że norma krajowa zastępuje przesłanki „porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione" przewidziane w art. 81 WE i czyni je tym samym zbędnymi. W tym względzie konieczne jest, by państwo członkowskie przyznawało prywatnym podmiotom gospodarczym uprawnienie państwowe do ingerowania w stosunki konkurencji oraz by prywatne podmioty gospodarcze miały możliwość decydowania o takiej ingerencji. Jest to kryterium rozgraniczające od dopuszczalnej na podstawie art. 10 akapit drugi WE samodzielnej ingerencji państw członkowskich w stosunki konkurencji. J. Schwarze (przypis 43), s. 621 krytykuje to podejście.

ii) Przeniesienie na prywatne podmioty gospodarcze

166. Decydującą kwestią jest zatem to, czy BPrBG przenosi na prywatne podmioty gospodarcze odpowiedzialność za ustalanie cen. Należy przy tym rozróżnić książki austriackie i niemieckie.

167. *Na wstępie* należy zbadać, czy uprawnienie do ustalania cen pozostaje ostatecznie zastrzeżone dla organów państwowych. W takim przypadku nie można przyjąć przeniesienia odpowiedzialności na prywatne podmioty gospodarcze [75]. Rząd niemiecki powołuje się w tym kontekście na przewidzianą w § 7 BPrBG w związku z § 1 BPrBG sądową kontrolę materialną ustalonych cen detalicznych. Na rozprawie rząd austriacki nie przedstawił żadnych popartych dowodami danych dotyczących tego rodzaju sądowej kontroli materialnej. W świetle tych przepisów nie wydaje się jednak, by sędzia mógł działać z *urzędu*, jeżeli ceny detaliczne nie są odpowiednie do zamierzonych przez BPrBG celów [76]. W tej sytuacji nie można moim zdaniem uznać, że uprawnienie do ustalania cen pozostaje ostatecznie zastrzeżone dla organów państwowych.

75 — Zobacz w szczególności wyroki: w sprawie Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (przypis 39, pkt 21, 22); w sprawie Centro Servizi Spediporto (przypis 39, pkt 27); w sprawie Reiff (przypis 39, pkt 20-23) oraz z dnia 29 stycznia 1985 r. w sprawie 231/83 Cullet, Rec. s. 305, pkt 17.

76 — Z tego wynika według mnie różnica w stosunku do wyroków przywołanych w przypisie 75.

168. *Następnie* należy wskazać na to, że w celu ustalenia, czy doszło do naruszenia obowiązku lojalności, nie jest istotne, czy prywatne podmioty gospodarcze są zobowiązane, czy też tylko uprawnione do ustalania cen [77].

169. W niniejszym przypadku należy zatem zbadać, czy BPrBG przenosi odpowiedzialność za ustalanie cen na prywatne podmioty gospodarcze.

170. W przypadku książek austriackich wydawcy mogą ustalać austriackie ceny detaliczne według własnego uznania. W przypadku tych książek ma zatem miejsce przeniesienie odpowiedzialności za ustalanie cen na prywatne podmioty gospodarcze.

171. Niemniej w przypadku książek niemieckich *decyzja merytoryczna* co do zasadniczej wysokości austriackiej ceny detalicznej z jednej strony, oraz *ustalenie* tej ceny detalicznej z drugiej strony, zostały przeniesione na dwa odrębne przedsiębiorstwa znajdujące się na różnych szczeblach rynku. Wprawdzie to importer ustala austriacką cenę detaliczną książki niemieckiej w celu jej sprzedaży w Austrii, ale z uwagi na to, że zasadniczo jest on związany wysokością niemieckiej ceny detalicznej, decyzja merytoryczna co do wysokości austriackiej ceny detalicznej należy do niemieckiego wydawcy. A zatem prywatnym podmiotem gospodarczym, na którego mogłoby zostać przeniesione uprawnienie, jest wydawca niemiecki [78].

172. Przeciwko odpowiedzialności niemieckiego wydawcy można podnieść, że niemiecki wydawca ustala jedynie niemieckie ceny detaliczne, a austriackie ceny detaliczne są ustalane na ich podstawie. Można z tego wysnuć wniosek, że odpowiedzialność za ustalanie austriackich cen detalicznych nie spoczywa na niemieckim wydawcy, zaś niemiecka cena detaliczna stanowi jedynie czynnik, z którego, zgodnie z wymogami BPrBG, wynika austriacka cena detaliczna [79].

173. Najpierw należy jednak wziąć pod uwagę, że niemiecki wydawca w przypadku książki sprzedawanej w Niemczech i w Austrii może uwzględnić w swoich rozważaniach także sprzedaż w Austrii, przy czym znaczenie sprzedaży w Austrii może zmieniać się w zależności od wydawcy i książki. Następnie należy wziąć pod uwagę, że niemiecki wydawca może mieć wpływ na cenę detaliczną w Austrii poprzez przyznanie korzyści handlowych, nawet jeśli następuje to ze szkodą dla niego samego [80].

77 — Wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom (przypis 54, pkt 55); A. Weuster (przypis 58), s. 218 przychyla się do tego poglądu.

78 — Zasadniczo w przypadkach przywozu to właśnie również od wydawcy będzie zależała decyzja, czy importer przyzna cenę zakupu niższą od zwyczajowej ceny zakupu.

79 — Zobacz wyrok w sprawie Cullet (przypis 75, pkt 17).

80 — Zobacz pkt 62-65 niniejszej opinii.

174. Ponadto w tym kontekście decydującą kwestią nie wydaje mi się to, jaką swobodą dysponuje niemiecki wydawca przy podejmowaniu swojej decyzji, lecz raczej to, czy ustalenie austriackich cen detalicznych pozostaje ostatecznie w rękach organów państwowych, czy też prywatnych podmiotów gospodarczych. Ponieważ w niniejszej sprawie ustalenie austriackiej ceny detalicznej książek niemieckich pozostaje ostatecznie w rękach niemieckiego wydawcy, przyjmuję, że BPrBG przynajmniej częściowo przenosi odpowiedzialność za ustalanie cen również na niemieckich wydawców.

175. W rezultacie uważam zatem, że regulacja taka jak BPrBG przenosi na prywatne podmioty gospodarcze odpowiedzialność za środki wkraczające w sferę ekonomiczną. Potwierdza to podejście przyjęte przez Trybunał w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert, które przedstawiłam już powyżej [81].

iii) Uwzględnienie kompetencji państw członkowskich w dziedzinie kultury

176. Potwierdziwszy w dorozumiany sposób w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert, że państwo członkowskie może co do zasady popełnić naruszenie, z powodu spowodowania bezużyteczności antykonkurencyjnego porozumienia, Trybunał stwierdził, że nie istnieje wspólnotowa polityka konkurencji co do czysto krajowych systemów regulowanej ceny książek. Wywiódł on z tego, że zobowiązania wynikające z art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE w ówczesnym wspólnotowym stanie prawnym nie były dostatecznie określone, aby zakazać państwom członkowskim wydawania przepisów prawnych dotyczących konkurencji w przypadku cen detalicznych książek, pod warunkiem jednak że odpowiednie przepisy prawne są zgodne z pozostałymi właściwymi postanowieniami traktatu WE, w szczególności z postanowieniami o swobodnym przepływie towarów [82].

177. Sądzę, że w tym sformułowaniu Trybunału zawarte są już wszystkie istotne elementy dla oceny niniejszego przypadku, jednak wyrok wymaga pewnych wyjaśnień.

178. *Po pierwsze*, odniesienie się do braku polityki konkurencji w dziedzinie krajowych systemów regulowanej ceny książek można zrozumieć w ten sposób, że o ile istnieją w tej dziedzinie szczególne przepisy prawa wspólnotowego, muszą być one przestrzegane. Dotychczas nie zostały jednak dla tej dziedziny wydane żadne szczególne przepisy prawa wspólnotowego.

81 — Zobacz pkt 162 niniejszej opinii.

82 — Wyrok w sprawie Leclerc (przypis 5, pkt 20).

179. *Po drugie*, wskazówka ta nie może być jednak rozumiana w ten sposób, że wobec braku przepisów szczególnych nie ma w tej dziedzinie polityki wspólnotowej. Wręcz przeciwnie, ogólny zakaz wertykalnych regulacji cenowych wyrażony w art. 81 WE stanowi część międzysektorowej polityki Wspólnoty, z której zasadniczo książki nie są wyłączone [83]. Jak wynika z orzecznictwa, Trybunał bada czwartą grupę przypadków w innych dziedzinach również wtedy, gdy dla danego sektora nie istnieją żadne przepisy szczególne [84].

180. Prawdą jest, *po trzecie*, że odniesienie się do czysto krajowych systemów regulowanej ceny książek mogłoby być rozumiane w ten sposób, że przypadek rozpatrywany w wyroku Leclerc przeciwko Au blé vert nie odnosił się do zakresu stosowania art. 81 WE, ponieważ brakowało możliwości wpływania na handel między państwami członkowskimi. Również ta interpretacja nie jest przekonująca, ponieważ w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert chodziło o przywóz do Francji książek wydanych w innym państwie członkowskim oraz o reimport książek wydanych we Francji. Również w niniejszym przypadku, z uwagi na znaczący przywóz z Niemiec, nie można uznać, że mamy do czynienia z sytuacją niezawierającą transgranicznego elementu [85].

181. W tych okolicznościach odniesienie się przez Trybunał do braku wspólnotowej polityki konkurencji w dziedzinie czysto krajowych systemów regulowanej ceny książek można według mnie rozumieć jedynie w ten sposób, że Trybunał, w ramach stosowania art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE, bierze pod uwagę krajowe systemy regulowanej ceny książek jako wyraz kompetencji państw członkowskich w dziedzinie kultury [86].

182. To wzięcie pod uwagę można w teorii poprzeć następująco. W niniejszej sprawie nie chodzi o bezpośrednie stosowanie art. 81 WE. W przypadku gdy dla państw członkowskich z obowiązku lojalności przewidzianego w art. 10 akapit drugi WE pośrednio wynikają zobowiązania określone w art. 81 WE, należy wówczas wziąć pod uwagę nie tylko cele art. 81 WE, lecz również kompetencje państw członkowskich w dziedzinie kultury [87].

183. We wniosku wstępnym stwierdzam, że zgodnie z orzecznictwem i wspomnianą powyżej koniecznością wzięcia pod uwagę suwerenności państw członkowskich w dziedzinie kultury, omawiana tu czwarta grupa

83 — Taki wyjątek musi być wyraźnie przewidziany w traktacie WE, zob. wyrok z dnia 30 kwietnia 1986 r. w sprawach połączonych od 209/84 do 213/84 Asjes i in., Rec. s. 1425, pkt 40.

84 — Zobacz przykładowo orzecznictwo przytoczone w przypisie 75.

85 — Jeżeli natomiast chodziłoby jedynie o ustalenie cen dla książek austriackich, należałoby jednak moim zdaniem dokładniej zbadać, czy może ono w odczuwalny sposób wpływać na handel między państwami członkowskimi. Wprawdzie również w tym przypadku nie można całkowicie wykluczyć występowania transgranicznego elementu (zakup dokonywany przez pracowników przygranicznych), jednak wątpliwe jest, czy wpływ ten byłby odczuwalny.

86 — Podobnie A. Weuster (przypis 58), s. 211-224.

87 — Odnośnie do tej kwestii zob. także pkt 19, 22 opinii rzecznika generalnego M. Darmona przedstawionej w dniu 3 października 1984 r. w sprawie Leclerc (przypis 5), który wielokrotnie podkreśla konieczność uwzględnienia kompetencji w dziedzinie kultury. Zobacz w tym względzie również H.J. Fezer (przypis 2), s. 143; T. Hofmann (przypis 49), s. 559.

przypadków nie ma zasadniczo zastosowania do systemów regulowanej ceny książek.

184. Jednakże należy zauważyć, że orzecznictwo uzależniło to wzięcie pod uwagę od spełnienia dwóch przesłanek. Musi chodzić o czysto krajowy system regulowanej ceny książek oraz uregulowania krajowe nie mogą naruszać innych postanowień traktatu WE, w szczególności postanowień o swobodnym przepływie towarów.

— Czysto krajowy system regulowanej ceny książek

185. Po pierwsze, musi chodzić o czysto krajowy system regulowanej ceny książek. Z wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert [88] wynika, że czysto krajowy system regulowanej ceny książek w rozumieniu tego orzecznictwa istnieje także wtedy, gdy obejmuje on książki, które są importowane z innych państw członkowskich. Ponadto uważam, że w świetle naruszenia przez państwo członkowskie obowiązku lojalności nie ma żadnego znaczenia to, czy cena detaliczna przywożonej książki jest co do istoty ustalana przez importera w kraju, czy też przez wydawcę w innym państwie członkowskim.

186. W niniejszej sprawie wątpliwości co do zaklasyfikowania BPrBG jako czysto krajowego systemu dotyczącego książek budzi jednak okoliczność, że austriackie ceny detaliczne książek niemieckich są zasadniczo ustalane na podstawie niemieckich cen detalicznych. Oznacza to, że austriackie ceny detaliczne tych książek nie są koniecznie ustalane według kryteriów, które są uzasadnione z punktu widzenia rynku austriackiego [89]. Mam istotne wątpliwości już co do tego, czy BPrBG może zostać zaklasyfikowana jako czysto krajowy system regulowanej ceny książek w kontekście wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert.

— Brak naruszenia innych postanowień traktatu WE, w szczególności postanowień o swobodnym przepływie towarów

187. Po drugie, Trybunał w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert stwierdził, że nie można przyjąć naruszenia obowiązku lojalności, pod warunkiem jednak że krajowe przepisy wprowadzające system regulowanej ceny książek są zgodne z innymi właściwymi postanowieniami traktatu WE, w szczególności z postanowieniami o swobodnym przepływie towarów [90]. Jeżeli ten negatywny warunek zostanie sformułowany w sposób pozytywny, oznacza to, że naruszenie obo-

88 — Przypis 5.

89 — Zobacz pkt 173 niniejszej opinii.

90 — Przypis 5, pkt 20.

wiązku lojalności należy przyjąć wtedy, gdy krajowy system regulowanej ceny książek narusza postanowienia o swobodnym przepływie towarów lub inne postanowienia traktatu WE [91].

188. Wobec tego w wyroku w sprawie Leclerc przeciwko Au blé vert Trybunał nie zbadał najpierw tego, czy doszło do naruszenia obowiązku lojalności, następnie odrzucił istnienie takiego naruszenia, by w końcu zbadać postanowienia o swobodnym przepływie towarów. Wręcz przeciwnie, naruszenie obowiązku lojalności wyklucza on w czwartej grupie przypadków jedynie wtedy, gdy krajowy system regulowanej ceny książek także w pozostałym zakresie jest zgodny z postanowieniami traktatu WE.

189. Przesłankę tę — według mnie — wyjaśnia następujące rozumowanie. Jak wskazałam powyżej, w drodze systemu regulowanej ceny książek wprowadzonego przez państwa członkowskie, odpowiedzialność za decyzje wkraczające w sferę ekonomiczną zostaje przeniesiona na prywatne podmioty gospodarcze. Zasadniczo nie można zatem wykluczyć naruszenia czwartej grupy przypadków zasady lojalności. W każdym razie ma tu miejsce uwzględnienie krajowych systemów regulowanej ceny książek jako wyrazu kompetencji państw członkowskich w dziedzinie kultury. To uwzględnienie jest jednak uzasadnione jedynie wtedy, gdy państwa członkowskie, tworząc system regulowanej ceny książek, w pozostałym zakresie zachowują się lojalnie wobec Wspólnoty.

91 — Przypis 5, pkt 20.

190. Ponieważ przepis taki jak § 3 BPrBG narusza art. 28 WE, zgodnie z orzecznictwem nie należy brać pod uwagę austriackiego systemu regulowanej ceny książek jako wyrazu kompetencji państw członkowskich w dziedzinie kultury.

iv) Wniosek

191. W rezultacie stwierdzam, że przyznane wydawcom i importerom na mocy krajowych systemów regulowanej ceny książek uprawnienie do ustalania cen detalicznych książek zasadniczo nie narusza obowiązku państw członkowskich wynikającego z art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE, ale że w niniejszym przypadku istnieją szczególne okoliczności, w świetle których należy przyjąć takie naruszenie [92].

192. Naruszenie to w niniejszym przypadku w dużej mierze odpowiada naruszeniu art. 28 WE. Wbrew opinii rządu niemieckiego

92 — Prawdą jest, że uzupełniająco można by jeszcze zbadać możliwość zastosowania w drodze analogii art. 81 ust. 3 WE. W niniejszej grupie przypadków badanie to musiałoby według mnie zostać przeprowadzone tak, by sprawdzić, czy wszystkie możliwe decyzje, które zostały przeniesione na prywatne podmioty gospodarcze, spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 WE. Rozszerzenie na wszystkie możliwe decyzje jest wskazane z tego powodu, że państwo członkowskie w tej grupie przypadków przenosi odpowiedzialność na prywatne podmioty gospodarcze. Mam wątpliwości już co do tego, czy uregulowanie, które dyskryminuje książki niemieckojęzyczne pochodzące z innych państw członkowskich, jest niezbędne do realizacji celów, do których dąży system regulowanej ceny książek.

nie można jednak przyjąć stosunku szczególności między art. 28 WE z jednej strony, a art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE z drugiej strony, ponieważ postanowienia te mają różne cele.

V — Podsumowanie

193. Podsumowując, stwierdzam, że takie uregulowanie jak BPrBG nie jest zgodne z przepisami o swobodnym przepływie towarów. Proponuję zatem, by na pierwsze pytanie prejudycjalne udzielić odpowiedzi twierdzącej, a na drugie — odpowiedzi przeczącej.

194. Ponadto wydanie nakazanego przez państwo członkowskie systemu regulowanej ceny książek nie stanowi zasadniczo naruszenia obowiązku lojalności wynikającego z art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE w grupie przypadków, w której antykonkurencyjne porozumienie stało się bezużyteczne. Uzależnione jest to jednak od spełnienia następujących przesłanek: w rachubę musi wchodzić czysto krajowy system regulowanej ceny książek oraz przepisy systemu regulowanej ceny książek nie mogą naruszać prawa wspólnotowego, a w szczególności przepisów o swobodnym przepływie towarów. W niniejszym przypadku przynajmniej druga przesłanka nie jest spełniona.

195. Z uwagi na to, że trzecie pytanie prejudycjalne zostało postawione jedynie na wypadek udzielenia odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne, proponuję, aby Trybunał nie udzielał odpowiedzi na to pytanie prejudycjalne.

196. Gdyby udzielenie odpowiedzi na trzecie pytanie prejudycjalne okazało się konieczne, proponuję, aby Trybunał — zgodnie ze swoim dotychczasowym orzecznictwem — odpowiedział, że w obecnym stanie prawa wspólnotowego art. 10 akapit drugi WE w związku z art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE nie zakazuje państwom członkowskim wydawania przepisów prawnych, zgodnie z którymi ostateczną cenę sprzedaży książek musi ustalić wydawca lub importer książki, pod warunkiem jednak że chodzi o czysto krajowy system regulowanej ceny książek, a przepisy te są zgodne z właściwymi postanowieniami traktatu WE, w szczególności z postanowieniami o swobodnym przepływie towarów.

VI — Wnioski

197. Mając powyższe na uwadze, Trybunał powinien, moim zdaniem, udzielić następujących odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd krajowy:

1. Pojęcie środka o skutku równoważnym ograniczeniom ilościowym w przywozie w rozumieniu art. 28 WE należy interpretować w ten sposób, że obejmuje on uregulowanie wydane przez państwo członkowskie, zgodnie z którym krajowi wydawcy i importerzy są zobowiązani do ustalenia minimalnej ceny sprzedaży wiążącej sprzedawcę detalicznego oraz do jej opublikowania, jeżeli w przypadku książek wydanych w innym państwie członkowskim importer nie może zejść poniżej ceny detalicznej ustalonej lub zalecanej przez wydawcę dla tego innego państwa członkowskiego (pomniejszonej o obowiązujący w tym innym państwie członkowskim podatek VAT, powiększonej o obowiązujący w kraju podatek VAT).

   Odnosi się to również do sytuacji, gdy importer takiej książki może zejść poniżej ceny detalicznej ustalonej lub zalecanej przez wydawcę dla tego innego państwa członkowskiego proporcjonalnie do korzyści handlowej, jaką uzyskuje, nabywając książkę po niższej cenie zakupu różniącej się od zwyczajowej ceny zakupu.

2. Artykuły 28 WE, 30 WE i 151 WE należy interpretować w ten sposób, że takie uregulowanie nie może być uzasadnione ani pozycją książek jako dobra kultury, ani interesem konsumentów końcowych w rozsądnych cenach książek, ani też gospodarczą rzeczywistością handlu książkami.