FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. VERLOREN VAN THEMAAT FREMSAT DEN 18. OKTOBER 1983 [1]

Høje Domstol.

I — Indledning

1. I de forenede sager 43 og 63/82 stilles Domstolen for første gang over for næsten alle de problemer, der opstår ved anvendelse af konkurrencereglerne i almindelighed og ved anvendelse af EØF-traktatens artikel 85 i særdeleshed på fænomenet vertikal prisbinding. I andet afsnit af mit forslag til afgørelse vil jeg derfor fremsætte nogle bemærkninger om de særlige konkurrenceretlige aspekter ved vertikal prisbinding i almindelighed, for så vidt disse er relevante for den foreliggende sag.

2. Med hensyn til en sammenfatning af de faktiske omstændigheder og af retsforhandlingernes forløb i disse sager, herunder parternes argumenter, henviser jeg i første række til retsmøderapporten. For i denne henseende at yde sagsøgerne fuld retfærdighed har jeg imidlertid med henblik på gennemgangen af deres argumenter ud over retsmøderapporten og deres indlæg også haft opmærksomheden henledt på de talrige ændringer, som sagsøgerne har foreslået til retsmøderapporten.

Den væsentligste faktiske omstændighed, som jeg allerede her vil erindre om, er, at den anfægtede kommissionsbeslutning ikke indeholder nogen bindende bestemmelser vedrørende det nederlandske og det flamske kollektive, vertikale prisbindingssystem. Beslutningen vedrører udelukkende den »transnationale« aftale mellem de to nationale foreninger, som indeholder et kollektivt eneforhandlings- og et kollektivt, vertikalt prisbindingssystem i samhandelen med nederlandsksprogede bøger mellem Belgien og Nederlandene (beslutning af 25. 11. 1981, EFT L 54, 1982, s. 36, første betragtning og artikel 1). Det må dog straks tilføjes, at de nationale systemer har spillet en betydelig rolle i begrundelsen for beslutningen, mens man senere under sagens behandling — det gælder også intervenienterne på sagsøgernes side — har beskæftiget sig meget med de følger, som beslutningen vil kunne have for nationale, vertikale prisbindingssystemer for bøger. Dette forhold mellem det belgiske og det nederlandske nationale system og den transnationale aftale, samt dette forholds retlige relevans, vil jeg komme udførligt tilbage til på forskellige steder i mit forslag til afgørelse. Allerede her vil jeg imidlertid bemærke herom, at den billedlige tale om nationale mure eller søjler, som skal beskyttes mod sammenstyrtning af et fællesskabstag, som sagsøgerne anvender med forkærlighed i denne forbindelse, ikke forekommer mig helt træffende. De to nationale systemer har tværtimod ifølge oplysningerne under retsmødet i mange årtier fungeret som stadig mere forstærkede nationale »huse« med et solidt nationalt tag af forpligtelser og

1 — Oversat fra nederlansk.

sanktioner. Hvis man så alligevel vil bruge billedlig tale, virker den transnationale aftale snarere som en korridor mellem de to nationale huse. Uden for denne korridor bliver ingen indtrængende fra andre lande sluppet ind i det eget hus, og derinde underkastes handelen mellem staterne effektiv kontrol med efterlevelse af korridorreglerne.

Som det også fremgår af Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens artikler 30-36, behøver alle kontrolforanstaltninger eller forpligtelser for indførte varer imidlertid ikke være ulovlige. Inden for rammerne af artiklerne 30-36 kan navnlig fundamentale almene interesser af ikke-økonomisk art berettige undtagelser fra forbudet mod indførselsrestriktioner, og inden for rammerne af artikel 85, stk. 3, kan — anderledes end ved myndighedsforanstaltninger — navnlig økonomiske overvejelser af almen interesse begrunde undtagelser. Et vigtigt stridsspørgsmål i den foreliggende sag er, hvorvidt også kulturelle betragtninger kan berettige en undtagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Som jeg nærmere vil påvise, afhænger den materielretlige bedømmelse af den pågældende beslutning imidlertid også mere generelt af den deri foretagne prøvelse af, om de fire betingelser i artikel 85, stk. 3, er opfyldt.

Ud over de i retsmøderapporten sammenfattede skriftlige indlæg fra parterne har de i deres skriftlige svar på de i rapporten nævnte spørgsmål fra Domstolen og under den mundtlige forhandling i høj grad tydeliggjort deres synspunkter. Da disse præciseringer naturligvis ikke kunne nå at blive medtaget i retsmøderapporten, vil jeg senere i mit forslag til afgørelse behandle dem mere udførligt.

3. Mit videre forslag til afgørelse vil være inddelt som følger. Efter andet afsnit om de relevante aspekter ved fænomenet vertikal prisbinding i almindelighed vil jeg i afsnit III vurdere sagsøgernes materielretlige anbringender. Derefter vil jeg i afsnit IV undersøge holdbarheden af deres formalitetsanbringender for endelig i afsnit V i det nødvendige omfang endnu engang i forskellig sammenhæng gå ind på de materielle og processuelle aspekter ved spørgsmålet om alternative løsninger og uddrage den sammenfattende konklusion af min analyse.

II — Problemerne i forbindelse med anvendelse af artikel 85 på vertikal prisbinding i almindelighed

1. I dette andet afsnit af mit forslag til afgørelse vil jeg som nævnt fremsætte nogle generelle bemærkninger om de problemer, der opstår ved anvendelse af artikel 85 på vertikale prisbindingssystemer. Herved bemærkes først, at der først og fremmest i halvtredserne og tresserne i mange lande har fundet livlige debatter sted mellem tilhængere og modstandere om fordele og ulemper ved vertikal prisbinding. I hvert fald fra myndighedernes side førte disse debatter dengang til en vidtgående fælles opfattelse i de vestlige lande, hvorved sagen blev afgjort til ulempe for den vertikale prisbinding eller i hvert fald de mest udviklede former deraf. En meget repræsentativ afhandling om disse fordele og

ulemper er efter min mening stadig den afhandling, som den danske økonom Søren Gammelgaard har skrevet i 1958 i nært samarbejde med sagkyndige fra andre medlemsstater for produktivitetsagenturet ved Organisationen for europæisk økonomisk Samarbejde [1].

De aspekter, som jeg her navnlig vil behandle er: begreberne individuel og kollektiv vertikal prisbinding (Domstolens spørgsmål 1), betydningen af forskellen mellem nationale og transnationale bestemmelser om vertikal prisbinding (Domstolens spørgsmål 2) og Kommissionens praksis og problemer ved anvendelse af artikel 85 på vertikale prisbindingssystemer (Domstolens spørgsmål 3). Selv om jeg naturligvis i mine bemærkninger vil behandle Kommissionens svar på Domstolens nævnte spørgsmål, vil jeg selv tilføje nogle bemærkninger dertil. Kommissionens og sagsøgernes svar på Domstolens øvrige skriftlige spørgsmål vil jeg først gå ind på i tredje afsnit af mit forslag til afgørelse, da disse spørgsmål navnlig har betydning for de i denne sag rejste materielretlige aspekter.

2. Hvad angår forskellen mellem *individuel* og *kollektiv, vertikal* prisbinding, kan jeg stort set tilslutte mig Kommissionens svar på Domstolens første spørgsmål. Ved *individuel, vertikal prisbinding* træffer alene én enkelt producent (eller et antal individuelle producenter) aftaler med hver videresælger (og de eventuelt mellemliggende omsætningsled) om forbrugsprisen på en vare. Ved *kollektiv, vertikal prisbinding* kan der sondres mellem to former: en kollektiv forpligtelse for alle producenter i en bestemt sektor til at pålægge deres videresælger vertikal prisbinding (med individuel håndhævelse deraf) og en form, hvorved (med eller uden forbindelse med en tilsvarende kollektiv forpligtelse) håndhævelsen sker samlet, f.eks. ved at alle de pågældende producenter og videresælgere også er forpligtet over for hinanden til gennemførelse af den vertikale prisbinding og/eller med dette formål for øje har oprettet en fælles gennemførelsesmekanisme (f.eks. sekreatriatet for deres fælles ordning eller et andet kartelorgan eller en fælles repræsentant). Som man vil bemærke, afviger min beskrivelse af den kollektive håndhævelse i nogen grad fra Kommissionens for bedre at yde den mangesidede virkelighed retfærdighed. Navnlig formen for kollektiv håndhævelse af vertikal prisbinding udviser i praksis et stort antal varianter, som kan have større eller mindre praktisk virkning på prisdisciplinen. Desuden kan der også ved individuel vertikal prisbinding meget vel tænkes et system med kollektiv håndhævelse af de således frivilligt bundne forbrugspriser. Når så oven i købet alle

1 — Resale price maintenance, published by the European Productivity Agency of the Organization for European Economic Cooperation, Paris 1958, desuden med en gengivelse af den herom gældende lovgivning i de vestlige lande på udgivelsestidspunktet. De vigtigste amerikanske synspunkter om disse fordele og ulemper (for størstedelen også fra den nævnte periode) kan findes i del XII, nr. 2, af »The Journal of Reprints for Antitrust-Law and Economics« (Federal Legal Publications, 1981). Af den britiske litteratur fra de nævnte år vil jeg særlig nævne: E. B. Stevens og B. S. Yamey, The restrictive practices Court (London 1965) og A. Turner, Competition and the Law (London 1966), idet begge disse værker også udtaler sig meget kritisk om Restrictive Practices Court's opfattelse af »Net Book Agreement«, som sagsøgerne og de intervenienter, der støtter dem, har påberåbt sig. En kort sammenfatning af den tyske debat i denne periode kan findes hos Immenga/Mestmaecker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz (1981), s. 462 ff.

eller næsten alle producenter frivilligt pålægger deres videresælgere vertikal prisbinding, vil den økonomiske virkning af en sådan ordning og af en fuldstændig kollektiv ordning næsten være den samme. Ved slutningen af den mundtlige forhandling i denne sag har også Kommissionen med rette henvist til denne bydende forskel mellem individuelle og kollektive systemer.

Hvad angår den foreliggende aftale, har Kommissionen i sit svar på Domstolens første spørgsmål med rette henvist til, at aftalens artikler 3 og 4 omhandler den kollektive forpligtelse til at pålægge vertikal prisbinding, mens artikel 5 omhandler den kollektive håndhævelse. De to foreninger har herved valgt varianten med en fælles komité, som skal føre tilsyn med, at aftalen nøje efterleves, og som har kompetence til i tilfælde af overtrædelse ved en begrundet udtalelse at drage de pågældende til ansvar for det kompetente nationale erhvervsudvalg. Dette nationale erhvervsudvalgs kompetence til at træffe foranstaltninger til at udelukke den pågældende fra at drive handel er i øvrigt uberørt af disse bestemmelser (artikel 5, stk. 4). Gennemførelsen af bestemmelserne er således i dette tilfælde stærkt centraliseret, og som sanktion nævnes kun den »økonomiske dødsstraf«, nemlig »udelukkelse fra handelen«.

Til disse bemærkninger om forskellene mellem individuelle og kollektive former for vertikal prisbinding vil jeg føje, at i alle de nævnte tilfælde er den deraf følgende udelukkelse eller begrænsning af priskonkurrencen i detailhandelsleddet primært et resultat af det rent faktiske eller (ved en kollektiv forpligtelse) retligt pålagte sammenfald af et stort antal enkelte aftaler mellem de pågældende producenter og de for det meste talrige videresælgere, som det nævnes i Domstolens dom i sag 23/67 (de Haecht, Sml. 1965-1968, s. 421).

De økonomiske indvendinger mod såvel individuelle som kollektive vertikale prisbindingsordninger, som Kommissionen nævner på side 2 i sit svar på det første spørgsmål, og som den ifølge en henvisning dertil i det store og hele har hentet fra det samme Nederlandse Staatsblad, hvorfra den også har udledt sine begrebsdefinitioner (bemærkningerne til de nederlanske forbudsbestemmelser på dette område i Staatsblad 110 af 1964), kan jeg også stort set skrive under på. De stemmer også overens med de ulemper, som er nævnte i den tidligere anførte litteratur. Det er klart, at de også er af betydning for bedømmelsen af den foreliggende aftale, men dog ikke uden videre er afgørende, da der i denne sag også er henvist til den kulturelle betydning af et kvantitativt og kvalitativt godt distributionsapparat. Til forskel fra den nederlandske (og den belgiske) lovgivning er det afgørende ved anvendelsen af artikel 85, stk. 3, heller ikke primært, at der påvises ulemper ved en ordning, men prøvelsen af de påståede fordele ved ordningen i forhold til artiklens to positive og to negative betingelser. Jeg vil senere i min redegørelse komme tilbage til den indflydelse, som denne systemforskel har på det ræsonnement, der må følges.

3. Det er klart, at Kommissionens svar på Domstolens *andet spørgsmål,* som vedrører betydningen af sammenhængen mellem den omtvistede transnationale aftale og de nationale aftaler, der ligger til grund for den, også er af stor betydning for sagen. Beslutningen vedrører ganske vist udtrykkeligt ikke de sidstnævnte aftaler, men den henviser dog regelmæssigt til dem.

Da et af sagsøgernes formelle anbringender vedrører dette punkt, vil jeg vende tilbage til dette svar med henblik på det konkrete tilfælde i fjerde afsnit af mit forslag til afgørelse. Her vil jeg indskrænke mig til nogle randbemærkninger til Kommissionens oplysninger i dens svar på Domstolens andet og tredje spørgsmål om dens politik med hensyn til nationale kollektive vertikale prisbindingssystemer i almindelighed.

I sit svar på Domstolens andet spørgsmål har Kommissionen oplyst, at Kommissionens i en vis forstand afventende holdning til de nationale kollektive vertikale prosbindingssystemer allerede er berettiget ved, at den ville afvente virkningerne af fjernelsen af den (transnationale) beskyttelse af de nationale ordninger. Den har endvidere under henvisning til sit svar på Domstolens tredje spørgsmål oplyst, at følgerne af dens indgriben mod den transnationale beskyttelse af nationale kollektive vertikale prisbindingsordninger heller ikke tidligere har givet den grund til at undlade at gribe ind mod en sådan transnational beskyttelse, og at dene aldrig har givet en af medlemsstaterne anledning til at hævde, at Kommissionen derved har overskredet sin kompetence i henhold til artikel 85. Af Kommissionens svar på Domstolens tredje spørgsmål fremgår det endelig, at Kommissionen allerede i 1971 var i tvivl om sin kompetence til at gribe ind over for rent nationale vertikale prisbindingssystemer, som ikke berørte indførte eller udførte varer.

Til disse svar vil jeg fremsætte følgende randbemærkninger:

For det første er Kommissionens tvivl om dens kompetence til at gribe ind over for rent nationale vertikale prisbindingssystemer efter min mening stadig berettiget. Ganske vist har Domstolen i sag 8/72 (Vereniging van Cementhandelaren, Sml. 1972, s. 251) udtalt, at også »et kartel, som strækker sig over en medlemsstats hele område, bevirker ifølge selve sin natur en styrkelse af opdelingen i nationale markeder, hvorved det hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen og sikrer beskyttelse af den indenlandske produktion«. Da Kommissionen imidlertid med henvisning til denne præmis greb ind mod den belgiske nationale ordning med kollektivt fastsatte salgs- og videresalgspriser for tapet, fandt Domstolen det ikke bevist, at der var mulighed for ugunstig påvirkning af handelen mellem staterne i det konkrete tilfælde. Hvad navnlig angår et nationalt kollektivt vertikalt prisbindingssystem, som ikke også berører indførte eller udførte varer, er det faktisk ikke uden videre indlysende, at dette »ifølge selve sin natur bevirker en styrkelse af opdelingen i nationale markeder, hvorved det hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen og sikrer beskyttelse af den indenlandske produktion«. For det første skaber et sådant system som tidligere bemærket primært

en beskyttelse af detailhandelen og ikke af produktionen. Producenterne kan under et sådant system stadig frit fastsætte deres egne salgspriser, forbrugspriser og avancer. Kun i et konkret tilfælde vil det kunne fremgå, at også de beskyttes af systemet. Dernæst — og dette punkt er væsentligere — er det på ingen måde uden nærmere bevis klart, at et nationalt, kollektivt, vertikalt prisbindingssystem, som ikke også vedrører indførte eller udførte varer, medfører en forstærkning af opdelingen af de nationale markeder. Producenter fra andre lande har, når der ikke foreligger yderligere konkurrencebegrænsninger, f.eks. kollektive eneforhandlingsordninger, stadig fuld frihed til at eksportere til det pågældende land med eller uden vertikal prisbinding, og det pågældende lands handlende, herunder detaillisterne, har fuld frihed til at forhandle disse varer, der er importeret med eller uden vertikal prisbinding. Også på dette punkt vil kun særlige yderligere omstændigheder, der kan påvises i konkrete tilfælde — som f.eks. et støttende kollektivt eneforhandlingssystem eller via den vertikale prisbinding garanterede højere avancer i indførselslandet (som navnlig, når der er tale om et forbud mod enhver form for vertikal prisbinding i udførselslandet, kan berøve de udenlandske producenter et vigtigt konkurrencevåben) — kunne føre til en opdeling af markedet over for indførslerne. Høje avancer som følge af avancekonkurrence ved vertikal prisbinding forekommer ifølge den tidligere nævnte litteratur dog navnlig, når der findes en stærk konkurrence mellem forskellige varemærker. Dette er der, også ifølge sagsøgerne, ikke tale om for bøgers vedkommende. På grund af deres meget stærke indholdsdifferentiering er de fleste bøger — i modsætning til mange mærkevarer — ikke indbyrdes substituerbare i købernes øjne.

Min anden randbemærkning går ud på, at den omstændighed, at nationale vertikale prisbindingssystemer ikke kan anfægtes, når der ikke i det konkrete tilfælde kan påvises grænseoverskridende følger, også under traktatens system på ingen måde udelukker, at der gribes ind mod indførsels- eller udførselshindrende virkninger af transnationale ordninger eller mod klausuler i nationale vertikale prisbindingssystemer, som vedrører indførte eller udførte varer. Denne mulighed kan navnlig heller ikke anses for udelukket, når følgen af denne indgriben er, at håndhævelsen af de nationale ordninger derved vanskeliggøres eller endog under visse omstændigheder (navnlig ved et rigoristisk nationalt krav om systemets »Lückenlosigkeit«) umuliggøres. I denne henseende kan der, for så vidt angår systemet i artikel 85, meget vel drages en parallel til traktatens artikler 30-36. Forbudet mod kvantitative indførselsrestriktioner og modforanstaltninger med tilsvarende virkning gælder også uanset de dybtgående retlige og faktiske følger, som dette forbud har for muligheden for at indføre eller gennemføre visse rent nationale økonomiske foranstaltninger. Således gør dette forbud det ikke længere muligt, i overensstemmelse med den nederlandske krisepolitik, der blev ført før krigen, at beskytte de nationale krisekarteller — der dengang ofte blev begunstiget — mod udenlandsk konkurrence ved hjælp af kontingentering. Ligeledes medfører forbudet, at den mulighed, der stadig består i Belgien og i Nederlandene for at erklære karteller for alment bindende,

bliver meningsløs i alle tilfælde, hvor der finder indførsel af betydning sted. Forbudet gør også nationale offentligretlige eller privatretlige bestemmelser til formindskelse af overkapacitet meningsløse (selv om de er lovlige), når overkapaciteten er et internationalt fænomen. Disse eksempler vil kunne suppleres med utallige andre, og der er intet i ordlyden af eller anvendelsen i praksis af artikel 85, der tyder på, at anvendelsen af denne artikel ikke vil kunne have tilsvarende faktiske følger for i sig selv lovlige nationale karteller. Ifølge de årlige rapporter om det nederlandske kartelregister viser det sig, at disse faktiske følger af artikel 85 for prisaftaler, der er tilladt i Nederlandene, i øvrigt i praksis ikke er så skadelige.

Endelig vil jeg fremsætte den randbemærkning, at det tidligere anførte på ingen måde udelukker, at der ved vurderingen af de negative og positive virkninger af en transnational ordning vedrørende vertikal prisbinding også tages hensyn til denne transnationale ordnings retlige eller faktiske sammenhæng med en rent national ordning. En sådan national ordning kan faktisk være medbestemmende for en transnational ordnings indhold og følger. Denne konklusion er, hvad angår mulighederne for anvendelse af artikel 85, stk. 3, i øvrigt også i de pågældende virksomheders interesse. Et kartel med transnationale virkninger kan således — ligesom det er muligt ved myndighedsforanstaltninger på grundlag af artikel 36 — også eller endog primært være berettiget på grund af dets formål af almen interesse inden for de pågældende nationale markeder.

4. I sit svar på Domstolens *tredje spørgsmål* har Kommissionen for det første bemærket, at der »kun i meget ringe grad« er tale om en *udvikling* af dens politik med hensyn til de nationale og transnationale aspekter ved kollektive og individuelle prisbindingssystemer, »fordi Kommissionen fra starten har tilkendegivet, at den er erklæret modstander af enhver prisaftale vedrørende detailsalgsprisen, om det nu var i form af en direkte aftale mellem producenterne eller en pris, der vertikalt pålægges videresælgerne«.

Kommissionen har herefter givet en instruktiv oversigt over sin omfattende beslutningspraksis på området, som jeg henviser til. Disse beslutninger fra Kommissionen — som kun i et tilfælde er blevet indbragt for Domstolen — bliver efter min mening heller ikke mindre relevante for en forståelse af dens politik på dette område, fordi sagsøgeren i sag 63/82 under den mundtlige forhandling har fremsat den i sig selv rigtige bemærkning, at de pågældende vertikale prissystemer ofte udgør en del af aftaler, som også omfatter andre konkurrencebegrænsninger.

Oversigten bekræfter i øvrigt, at Kommissionen — med undtagelse af den beslutning vedrørende belgisk tapet, der blev annulleret af Domstolen — indtil nu i sine beslutninger omhyggeligt har afholdt sig fra at gribe direkte ind i nationale vertikale prisbindingssystemer, hvis virkning på ind- eller udførsel ikke var bevist i det konkrete tilfælde. Det er en kendsgerning, at Kommissionen altid har indtaget det standpunkt, at den almene interesse i frie varebevægelser bør

have forrang for sektoriale krav om bestemte avancer, der skal sikres gennem vandtæt vertikal prisbinding. I nogle tilfælde — navnlig i beslutningerne vedrørende Deutsche Philips og Gero — fremgår det endeligt, at Kommissionen også har forbudt grænseoverskridende individuel vertikal prisbinding. Dette vil også kunne forklare, at den i bog-sagen tøver med at acceptere et transnationalt virkende, individuelt, vertikalt prisbindingssystem som alternativ.

III — Sagsøgernes materielle anbringender

1. Den påståede tilsidesættelse af menneskerettighederne

Den flamske forening har som første materielretlige anbringende anført, at Kommissionens beslutning krænker ytringsfriheden, som er fastslået i artikel 10 i Den europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder. Dette anbringende er på den ene side baseret på det argument, at hvis handelen mellem staterne gives fri, vil den medføre de nationale ordningers sammenbrud. Dette argument vil jeg behandle ved gennemgangen af beslutningen i forhold til betingelserne i artikel 85, stk. 3. På den anden side er anbringendet baseret på de katastrofale følger, som et forbud mod det vertikale prisbindingssystem vil have for bogproduktionens omfang og kvalitet. Forbudet vil derfor være ensbetydende med indirekte censur. Dette argument vil jeg ligeledes behandle ved gennemgangen af beslutningen i forhold til artikel 85, stk. 3. Som særskilt anbringende kan argumentet også for så vidt lades ude af betragtning. Her vil jeg begrænse mig til en bemærkning om den forudsætning, der ligger til grund for dette argument, nemlig at en sikring af fri konkurrence på bogmarkedet under visse omstændigheder vil kunne komme i strid med ytringsfriheden. Under henvisning til Domstolens dom i Nold-sagen (sag 4/73, Sml. 1974, s. 491, præmis 14) har Kommissionen på dette punkt med rette bemærket, at grundrettigheder altid må fungere inden for bestemte socialøkonomiske kendsgerninger (svarskriftet s. 20). I virkeligheden vil produktivitetsbetragtninger, med eller uden vertikal prisbinding (eller i hvert fald uden ekstern støtte), aldrig gøre det muligt for udgiverne at udgive alle de manuskripter, de får tilbudt. Det er naturligvis for vidtgående så at tale om en direkte censur, og det fremgår, at argumentet således end ikke har meget at gøre med en eventuel vertikal prisbinding.

2. Den påståede overtrædelse af Pariserkonventionen

Den flamske forenings andet anbringende er, at beslutningen er i strid med artikel 10b i Pariser-konventionen, fordi kun opretholdelse af et vertikalt prisbindingssystem vil beskytte de handlende mod den »lokkevarepolitik«, som nu må konstateres i Belgien, men som med direkte virkning er forbudt i henhold til den nævnte artikel.

Artikel 10b i Pariser-konventionen har, for så vidt det her er af interesse, følgende ordlyd:

»1) Unionslandene er pligtige at tilsikre enhver, som tilhører unionen, en virksom beskyttelse imod illoyal konkurrence.

2) Ved illoyal konkurrence forstås enhver i konkurrenceøjemed foretagen handling, som strider mod hæderlig forretningsskik i industri- og handelsforhold.

3) Særlig skal forbydes:

1) enhver handling af en sådan art, at den uanset det anvendte middels karakter er egnet til at fremkalde forveksling med en konkurrents forretning, hans varer eller hans industrielle eller kommercielle virksomhed;

2) alle urigtige angivelser under udøvelse af handelsvirksomhed, for så vidt de er egnede til at bringe en konkurrents forretning, hans varer eller hans industrielle eller kommercielle virksomhed i miskredit.«

I Lissabon blev der i 1958 tilføjet et tredje forbud, der skulle pålægges, nemlig forbud mod vildledende reklame.

Ligesom Kommissionen (svarskriftet, s. 22) er jeg af den opfattelse, at det fremgår klart af den nævnte bestemmelses ordlyd, at der ikke kan være tale om, at den har direkte virkning, og at der heller ikke er noget, der tyder på, at unionsstaterne i henhold til denne artikel skulle være forpligtede til at forbyde »lokkevarepolitik« (navnlig ved salg af visse varer til tabspriser). Det er da også langt fra alle medlemsstater, der har forbudt en sådan handelspraksis, og Kommissionen konkluderer derfor efter min mening med rette, at der heller ikke her kan tales om et generelt retsprincip, som Domstolen skal anerkende. Endelig udelukker beslutningen ikke muligheden for at anvende den belgiske lovgivnings forbudsbestemmelser på området. Dette anbringende må derfor forkastes.

3. Den første påståede tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1 (betingelsen om konkurrencebegrænsning)

Under henvisning til Domstolens domme i sagerne 26/76 (Metro, Sml. 1977, s. 1875) og sag 56/65 (Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211) har sagsøgerne anført, at artikel 85 alene foreskriver, at der skal opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, at konkurrencen varierer alt efter den pågældende vares art og det pågældende markeds økonomiske struktur, og at den må betragtes på denne baggrund. Der er ifølge sagsøgerne ikke tale om en begrænsning af konkurrencen i den i artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning, når henses til de effektive konkurrencemidler, som fortsat består.

Kommissionen har imidlertid med rette bemærket, at den anførte udtalelse i den nævnte Metro-dom vedrører anvendelsen af artikel 85 i sin helhed (herunder stk. 3), mens det senere i den nævnte dom præciseres, at priskonkurrencen aldrig (altså end ikke ved anvendelse af artikel 85, stk. 3) må ophæves helt. Kommissionen har i sit svarskrift (s. 26-28) også nævnt mange andre argumenter for, at sagsøgerne henviser til Metro-dommen med urette. Jeg mener dog, at jeg kan begrænse mig til de nævnte argumenter. Som jeg allerede har nævnt i afsnit II, punkt 2, i mit forslag til afgørelse, medfører vertikal prisbinding på detailhandelstrinnet for de pågældende varer en ophævelse eller i hvert fald (når de tillades visse undtagelser) en begrænsning af priskonkurrencen. På grund af priskonkurrencens centrale betydning i

artikel 85's system, således som den fortolkes af Kommissionen og Domstolen, og på grund af den utvetydige ordlyd af artikel 85, stk. 3, kan der efter min mening ikke være tvivl om, at vertikal prisbinding, som anvendes af alle eller af næsten alle producenter af den pågældende vare, udgør en (mærkbar) konkurrencebegrænsning i den i dette stykke forudsatte betydning. Navnlig er der her klart tale om det første i det nævnte stykke særligt fremhævede eksempel på en konkurrencebegrænsning, nemlig: »a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser«, nemlig vedrørende salgspriserne på detailhandelstrinnet og således forbrugernes købspriser.

Dette anbringende kan derfor ikke lægges til grund.

4. Den anden påståede overtrædelse af artikel 85, stk. 1 (betingelsen om (mærkbar) ugunstig indflydelse på handelen mellem staterne)

Sagsøgerne har dernæst bestridt, at deres aftale skulle kunne have un ugunstig indflydelse på handelen mellem staterne. Dette anbringende er videst formuleret i den nederlandske forenings stævning (s. 28-31). Denne forening har herved først anført de relevante præmisser i Domstolens domme i sagerne Grundig/Consten (sagerne 56 og 58/64, Sml. 1965-1968, s. 245) og Hugin Kassaregister AB (sag 22/78, Sml. 1979, s. 1869). På grund af den betydning, der tillægges disse citater, vil jeg gentage dem.

I førstnævnte sag udtalte Domstolen om det her behandlede kriterium:

»I den henseende kommer det navnlig an på, om aftalen direkte eller indirekte, faktisk eller potentielt er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstater i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked« [1],

og i Hugin-sagen:

»Fællesskabsretten omfatter således alle aftaler og alle former for samordnet praksis, der er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked, især gennem en afskærmning af de nationale markeder eller gennem en ændring af konkurrencestrukturen i fællesmarkedet«.

Sagsøgeren anfører nu, at den omtvistede aftales formål er integration af det flamske og nederlandske sprog- og kulturfællesskab, at netop afskaffelsen af dette transnationale, vertikale prisbindingssystem vil føre til en afskærmning af det flamske og nederlandske marked, og at Kommissionen med urette tillægger den belgisk-nederlandske grænse en rolle, der er til skade for virkeliggørelsen af et mellemstatsligt enhedsmarked. Endvidere vil konkurrence mellem en boghandler i det ene land og en boghandler i det andet land i hovedsagen kun være mulig med hensyn til de samme titler (»intra-brand-competition«), og en

1 — I sit citat af denne præmis taler sagsøgeren med urette om mål (ental), hvilket naturligvis i betragtning af præmissens indhold kan vække misforståelse, men dette afhjælpes ved den korrekte citering af den anden dom.

sådan konkurrence vil næppe være relevant, når henses til bøgers ringe priselasticitet. Sagsøgeren har endelig anført, at prisniveauet for bøger ikke er forskelligt fra det ene land til det andet, at aftalt kollektiv eneforhandling ikke længere anvendes, og at Kommissionen med urette går ud fra, at der findes to markeder, som er delt af en (tilfældig) landegrænse.

Da sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen i stævningerne med urette skal have lagt vægt på en kollektiv eneforhandling, som ifølge sagsøgeren ikke længere anvendes, af sagsøgeren primært betragtes som et formelt anbringende, vil jeg komme mere udførligt tilbage hertil i fjerde del af mit forslag til afgørelse. Her er det tilstrækkeligt at fastslå, at det, hvordan det end forholder sig med den faktiske anvendelse, står fast, at bestemmelserne herom i den transnationale aftale trods forslag herom aldrig er blevet ophævet. I hvert fald potentielt kan disse bestemmeler derfor afgjort udelukke ikke anerkendte udgivere eller forhandlere fra handelen mellem medlemsstaterne, hvorved jeg også henviser til den tidligere nævnte sanktionsbestemmelse i aftalens artikel 5, stk. 4.

Hvad angår sagsøgerens øvrige indlæg, henviser jeg for det første til, at Kommissionen med rette har bemærket, at ifølge Grundig/Consten-dommen, som den nederlandske sagsøger har henvist til, er kriteriet vedrørende handelen mellem medlemsstaterne primært af betydning for kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale kartelmyndigheder.

Hvad angår sagsøgerens øvrige indlæg, henviser jeg for det første til, at Kommissionen med rette har bemærket, at ifølge Grundig/Consten-dommen, som den nederlandske sagsøger har henvist til, er kriteriet vedrørende handelen mellem medlemsstaterne primært af betydning for kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale kartelmyndigheder.

Da sagsøgerne selv har erkendt, at deres aftale først og fremmest har til formål at forhindre parallelimport, som vil kunne skade de nationale vertikale prisbindingssystemer, kan de desuden vanskeligt hævde, at denne form for mellemstatslig konkurrence og begrænsningen deraf næppe skulle være relevant.

Endelig er det klart, at det af sagsøgerne anførte, hvorefter den transnationale, vertikale prisbinding på ensartet niveau i Belgien og Nederlandene netop vil fremme markedsintegrationen, er fuldstændig uholdbart i lyset af traktatens målsætninger. Som det fremgår af artikel 3, litra f), og udtrykkeligt er bekræftet i Domstolens praksis, har bestemmelserne, vedrørende oprettelsen af et fællesmarked, herunder konkurrencereglerne, som formål »gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes«. Et priskartel for forbrugerpriser (hvilket vertikalt prisbinding som tidligere nævnt er ensbetydende med), som navnlig berører handelen mellem medlemsstaterne, er — uanset prisniveauet — ikke foreneligt med dette formål, således som sagsøgerne i øvrigt også allerede havde kunnet udlede af sidste del af det af dem selv anførte citat fra Hugin-dommen.

Dette anbringende kan derfor ikke lægges til grund. Det samme gælder den flamske forenings særskilte anbringende, hvorefter denne indflydelse ikke er mærkbar. Ud over hvad jeg allerede har bemærket om betydningen af den ophævede priskonkurrence, anser jeg det for relevant for forkastelsen af dette argu-

ment, at Kommissionen har fastslået, at denne sagsøger ikke har benægtet, at Belgien først og fremmest er importland for nederlandsksprogede bøger. Dernæst er muligheden for parallelindførsler af ikke prisbundne bøger fra Belgien til Nederlandene (som er et væsentligt mål for den transnationale aftale) netop særlig stor på grund af denne produktionskoncentration i Nederlandene.

5. Anvendelse af artikel 85, stk. 3

Sagsøgernes væsentligste materielle anbringender angår utvivlsomt Kommissionens nægtelse af at meddele fritagelse for den pågældende transnationale aftale i henhold til artikel 85, stk. 3. De proceduremæssige anbringender, som sagsøgerne i denne forbindelse ligeledes har fremført over for Kommissionen, vil jeg først gå ind på i de to følgende afsnit af mit forslag til afgørelse. De vigtigste proceduremæssige anbringender mod Kommissionen er på den ene side den omstændighed, at den ved sin beslutning ifølge sagsøgerne har foregrebet den senere bedømmelse af de nationale systemer, og på den anden side at den ifølge sagsøgerne ikke har udtalt sig om de eventuelle fordele ved et transnationalt, individuelt, vertikalt prisbindingssystem.

5.1. Den første betingelse

Sagsøgerne har for det første anført, at den omtvistede aftale i modsætning til, hvad Kommissionen mener, reelt bidrager til en forbedring af produktionen og distributionen af bøger. Denne forbedring skyldes i begge tilfælde ifølge sagsøgerne det kollektive vertikale prisbindingssystem. Dette system giver som det eneste såvel forelagene som boghandlerne lejlighed til at anvende intern subventionering mellem bestsellers og mindre rentable bøger henholdsvis mellem titler med en høj og med en lav omsætningshastighed. På engroshandelstrinnet har systemet endvidere i Belgien ført til en meget vidt gennemført automatisering og i Nederlandene til oprettelsen af Centraal Boekhuis, som spiller en stor rolle ved den hurtige distribution af bøger. Begge former for rationalisering af engroshandelstrinnet vil ifølge sagsøgerne kun være mulige under et kollektivt, vertikalt prisbindingssystem.

Hvad angår producentniveauet, er jeg for det første enig med Kommissionen om, at sagsøgerne både under Kommissionens høring og under sagens forskellige faser for Domstolen stadig er et overbevisende svar skyldige på det gentagne gange udtrykkeligt stillede spørgsmål, hvorfor udgiverne ikke, ligesom de mange andre producenter med en differentieret produktion, også uden vertikal prisbinding skulle kunne finansiere tab på det ene produkt med fortjeneste på andre produkter. Udgiverne kan jo også uden vertikal prisbinding frit fastsætte deres egne salgspriser fra forlaget. Det væsentligste forsøg på et sådant svar er gjort af den nederlandske forenings repræsentant under den mundtlige forhandling. Kort sammenfattet gik dette svar ud på, at udgivere ikke på forhånd ved, hvilke titler, der vil vise sig at blive bestsellers, og hvilke ikke, samt på, at højst en fjerdedel af de nye titler når at blive trykt i nyt oplag, og at der som regel kun er fortjeneste på nye oplag og

ikke på de øvrige titler. Derfor er udgiverne tvunget til en bred alsidighed, hvorved en nyudgivet bogs stilling på markedet i praksis ikke kan forudsiges.

Heller ikke dette argument anser jeg for at være det mindste overbevisende. For det første beviser eksistensen af et stort antal specialiserede forlag, at den påstand, at de nævnte markedsforhold og den nævnte kostprisstruktur skulle *tvinge* forlagene til en bred alsidighed, er i strid med virkeligheden. For det andet har Kommissionen efter min mening med rette henvist til, at forlag i modsætning til mange andre producenter med differentierede produkter i mange år i træk kan sælge succestitler i stort antal og med aftagende omkostninger efter første oplag. For så vidt det skulle være rigtigt, at et første oplags succes ikke kan forudsiges, og at der aldrig skulle kunne tjenes på det, fremgår det også af indlæggene under den mundtlige forhandling, at ca. en fjerdedel af titlerne, hvis sammensætning oven i købet faktisk er velkendt, kommer i et eller flere nye oplag. Tabsrisikoen for disse titlers vedkommende er da så at sige bortfaldet, og argumentet om, at tilfældet tvinger til bred alsidighed, passer så på tilsvarende måde heller ikke. Alt i alt mener jeg da også, at markedsforholdene og kostprisstrukturen for bøger sikkert ikke giver udgiverne færre, men sandsynligvis netop flere muligheder for intern tabskompensation, end andre producenter med differentierede produkter har. De af Kommissionen oplyste tal vedrørende de største nederlandske forlags fortjenester synes at bekræfte dette.

Det er da efter min mening heller ikke mærkværdigt, at sagsøgerne har lagt hovedvægten i deres indlæg på argumentet om, at den interne tabskompensation inden for forlagene ikke er tilstrækkelig, når der ikke også er garanti for, at der fortsat findes et tilstrækkeligt antal boghandlere med et bredt udvalg. Netop derfor anser jeg det for hensigtsmæssigt at behandle de påståede forbedringer i produktion og distribution samlet. Det er klart, at for at der fortsat kan bestå et tilstrækkeligt antal boghandlere med et bredt udvalg, kræves der for det første en rationel og hurtigt virkende engroshandel med et bredt, om end ikke fuldstændigt udvalg. Sagsøgerne har imidlertid anført, men har ikke på nogen måde på noget trin under sagens behandling sandsynliggjort, at effektivitetsforbedringerne i engroshandelen ikke længere vil kunne gennemføres efter ophævelse af den transnationale aftale. Den virkelige hovedvægt lægges da også på det argument, at den fortsatte bestående af en velforsynet boghandel med et bredt udvalg på detailhandelstrinnet vil være truet, hvis den transnationale aftale ophæves. Dertil føjes det yderligere argument, at denne ophævelse uundgåeligt også vil umuliggøre de nationale systemers fortsatte bestående. Begge disse argumenter vil jeg derfor nu gå nærmere ind på.

Hvad angår det første argument, henviser jeg for det første til, at Kommissionen allerede i sin beslutning (afsnit 51, sidste punktum) har henvist til, at »trods det kollektive prisbindingssystem er antallet af almindelige boghandlere allerede faldet stærkt i Nederlandene bl.a. på grund af selvvalgs-

butikkernes succes, idet der dér næsten udelukkende udbydes populære bøger og tidsskrifter til salg, samt den ret betydelige vækst i bogklubbernes omsætning, som i det hele taget udbyder et noget begrænset sortiment af bøger«. Dette bestrides ganske vist navnlig af den flamske forening, men også af det af sagsøgerne selv fremlagte talmateriale fremgår det, at de velassorterede boghandleres markedsandel i Belgien i hvert fald i det sidst kendte år var mindre end 50 % og i Nederlandene (inklusive kontorboghandelen, anerkendte varehuse, postordreboghandelen og kiosker) fra 1977 til 1980 (udtrykt i antal salgssteder) faldt fra 65 % til 54 %. I omsætningstal udtrykt i HFL faldt de velassorterede boghandleres markedsandel i den angivne vide betydning i Nederlandene i samme periode omtrent i samme omfang. Jeg henviser med hensyn til disse tal navnlig til begge foreningers svar på det af Domstolen skriftligt stillede syvende spørgsmål. For det andet har sagsøgerne ikke sandsynliggjort, at lagerførende boghandleres risiko skulle være lige så stor som for store forlag. Til forskel fra de sidstnævnte kan velassorterede boghandlere meget vel drage omsorg for, at antallet af nye oplag i deres lager udgør en større del af det samlede antal titler, end det er tilfældet hos forlagene. Det anførte om, at der i bedste fald intet tjenes på første oplag, passer sikkert heller ikke i samme grad for boghandlerne som for forlagene. Når de frit kan fastsætte deres avance (hvilket ikke er tilfældet ved vertikal prisbinding), vil dette måske passe i endnu mindre omfang. De interne kompensationsmuligheder for den velassorterede boghandel forekommer mig derfor ved fri prisdannelse alt i alt snarere at være større end mindre end for forlagene. Sagsøgerne har i det hele taget ikke anført nogen argumenter for det modsatte synspunkt, men snarere uden videre sidestillet boghandlere og forlag i denne henseende. Hvad jeg har bemærket om forlagene, vil da også gælde for den velassorterede boghandel. Det er efter min mening i sig selv allerede afgørende, at et kollektivt vertikalt prisbindingssystem i sig selv på ingen måde behøver at foranledige boghandlerne til at have et stort lager. Også under et sådant system kan de meget vel vælge at føre et mere berænset udvalg med udelukkende populære bøger. Når de ikke træffer dette valg, vil dette hovedsageligt være, fordi de ser mere »brød« eller i hvert fald tilstrækkeligt »brød« i at have et bredt udvalg, dvs., fordi der hos en del af publikum er en tilstrækkelig efterspørgsel efter et sådant bredt udvalg. Det ses ikke, hvor denne efterspørgsel skulle bortfalde for en stor del af publikums vedkommende, når den vertikale prisbinding forsvinder. Når forlagene tillægger det så stor betydning, at der fortsat findes et stort antal boghandlere med et bredt udvalg, ses det heller ikke, hvorfor forlagene selv ved en fuldstændig ophævelse af enhver form for vertikal prisbinding ikke skulle kunne indrømme denne slags boghandlere en lavere indkøbspris end boghandlere med et mindre bredt udvalg. Også dette er med rette blevet fremført af Kommissionen. Selv en gensidig aftale at dette

indhold vil give anledning til færre indvendiger end det anvendte vertikale prisbindingssystem.

Som tidligere bemærket er det af sagsøgerne anførte bl.a. baseret på det argument, at de to nationale vertikale prisbindingssystemers forsatte beståen står og falder med den transnationale aftales fortsatte beståen. Denne sidstnævnte aftale tjener kun til at gøre de nationale ordninger vandtætte. De påståede forbedringer i produktionen og distributionen må da også primært tilskrives de nationale ordninger. Kun når den transnationale aftales bortfald faktisk uundgåeligt vil føre til de nationale ordningers påståede sammenbrud, vil der ligeledes bestå en årsagsforbindelse mellem de påståede fordele og den transnationale aftale.

Jeg indrømmer, at en fri prismekanismes kræfter ikke er så lette at undertrykke. Når visse handlende ser en anselig økonomisk fordel og økonomiske muligheder i at sælge bøger til lavere priser end de fastsatte, vil de ikke vige tilbage for at finde konstruktioner, som gør dette muligt. Hvor stærke de markedskræfter er, som kombinationen af de nationale ordninger og en transnational aftale imødegår ved f.eks. at hindre, at lavere omkostninger kommer til udtryk i priserne, fremgår af den tidligere nævnte omstændighed, at man i artikel 5 i den transnationale aftale har anset det for nødvendigt at fastsætte den økonomiske dødsstraf, nemlig fuldstændig udelukkelse fra handelen, som sanktion herfor. Det afgørende her er imidlertid, at nederlandsk retspraksis — indtil højeste instans — har fastlået, at der på grundlag af det nationale vertikale prisbindingssystem også kan gribes ind mod kunstig udførsel, der som eneste formål har muligheden for en ikke prisbundet genindførsel (den såkaldte vendingskontruktion, der anvendes af visse supermarkeder eller discountbutikker). Da genindførsel af bøger købt i den regulære handel i Belgien altid vil være forbundet med mere eller mindre høje omkostninger, ses det ikke — bortset fra de indvendinger, der består mod en hindring deraf — at afkald på denne mulighed ligeledes skulle true det nederlandske systems fortsatte beståen, hvis priserne og avancerne er fastsat på et rimeligt niveau ved den nederlandske vertikale prisbinding. I Belgien forekommer hele problemet med prisunderbud ved hjælp af genindførsel uden prisbinding næppe, da de nederlandsksprogede bøger som nævnt for langt størstedelens vedkommende udgives i Nederlandene. Jeg indrømmer, at den selv samme omstændighed måske vanskeliggør anvendelsen af et vertikalt prisbindingssystem gennem et nationalt system i Belgien, men den under sagen nævnte praksis beviser, at også indgåelsen af den foreliggende transnationale aftale ikke har muligjort en ligeså streng gennemførelse af det belgiske nationale system, som den, der finder sted for det nederlandske system vedkommende. Endelig er sagsøgernes andet anbringende vedrørende den første positive betingelse i artikel 85, stk. 3, som går ud på, at ophævelse af det transnationale system

også vil føre til de nationale systemers sammenbrud, heller ikke sandsynliggjort. Det af sagsøgerne anførte med hensyn til prøvelsen af den transnationale aftale i forhold til den første betingelse i artikel 85, stk. 3, må derfor forkastes. Derved har jeg ladet argumentet i belsutningens punkt 53 ude af betragtning, hvorefter de eventuelle fordele ved aftalen ikke opvejer ulemperne, og at udelukkelse af enhver priskonkurrence for en og samme bogudgave inden for distributionen fjerner den vigtigste spore til rationalisering og forbedring af distributionsapparatet. Dette argument vil jeg imidlertid vende tilbage til i anden forbindelse.

5.2. Den anden betingelse

Da sagsøgerne som nævnt ikke har sandsynliggjort, at den transnationale aftale bidrager til forbedring af produktionen eller af distributionen af bøger, er det strengt taget overflødigt at gå nærmere ind på en prøvelse af beslutningen i forhold til den anden positive betingelse i artikel 85, stk. 3. Denne betingelse går ud på, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelen ved aftalen. For fuldstændighedens skyld vil jeg alligevel fremsætte følgende bemærkninger om denne væsentligste betingelse. Den påståede fordel for forbrugerne ser sagsøgerne for det første i de fordele, som også de angiveligt har af det brede udbud af titler, som hævdes at være følgen af den kollektive vertikale prisbinding. Da det står fast, at hverken alle forlag eller alle boghandlere bringer et bredt spektrum af titler på markedet, må dette argument forkastes. Når henses til interessen for andre distributionskanaler, er det klart, at kun en del af forbrugerne er interesserede i dette brede spektrum af titler. Den betydelige del af forbrugerne [1], som ikke hører til, hvad den nederlandske forening på side 3 i sit svar på Domstolens syvende skriftlige spørgsmål kalder de »aktive købere«, og som ifølge dette svar kun sjældent eller aldrig opsøger de velassorterede boghandlere, er ordningen snarere til skade for. Ordningen forhindrer nemlig, at de lavere omkostninger, som handlende med et begrænset udvalg har, kommer dem til gode i form af prisnedsættelser. Der kan således ikke være tale om, at forbrugerne (dvs. *alle* forbrugere) får andel i denne påståede fordel ved ordningen.

Dernæst har sagsøgerne anført, at kun et kollektivt, vertikalt prisbindingssystem kan muliggøre en god betjening af publikum i form af oplysning og individuelle bestillinger, og at også dette vil være til fordel for forbrugerne. Også på dette punkt kan jeg indskrænke mig til at bemærke, at kun den tidligere nævnte gruppe af aktive købere gør brug af disse tjenesteydelser, og at de forbrugere, som ikke tillægger disse tjenesteydelser betydning, alligevel må være med til at betale systemets omkostninger. De kan jo ikke også nyde godt af de omkostningsfordele, som handlende, der ikke yder en sådan service, har.

Sammenfattende mener jeg, at sagsøgerne heller ikke med hensyn til denne anden betingelse har gendrevet det, som Kommissionen mere udførligt har anført vedrørende denne væsentlige undtagelsesbetingelse i afsnittene 54-56 i sin beslutning, og som den har suppleret yderligere under retsforhandlingerne for Domstolen. Det har i øvrigt slået mig, at sagsøgerne i de senere faser af retsfor-

1 — Med hensyn til denne dels storrelse erindrer jeg om de tal, som den nederlandske forenings repræsentant har nævnt under den mundtlige forhandling.

handlingerne for Domstolen og navnlig under den mundtlige forhandling næppe heller har gjort flere forsøg på at gendrive det af Kommissionen anførte på dette punkt. Tyngdepunktet i deres indlæg er, hvad dette angår, snarere forskudt til det kulturelle argument, som jeg i overensstemmelse med den anfægtede beslutnings struktur vil behandle under omtalen af den første negative betingelse i artikel 85, stk. 3.

5.3. Den tredje betingelse

Strengt taget er også en prøvelse af den transnationale aftale i forhold til »nødvendighedsbetingelsen« i artikel 85, stk. 3, litra a), overflødig, når en aftale ikke opfylder de to positive betingelser. Dog er der tre grunde til, at jeg anser det for ønskeligt også at gå nærmere ind på denne betingelse. a) For det første kan den kulturelle faktor, der har spillet en så stor rolle i denne sags senere faser og også i de politiske diskussioner om kommissionsbeslutningen, som sagt i forbindelse med kommissionsbeslutningens struktur kun behandles inden for disse rammer. b) Det samme gælder, om end i mindre grad, for diskussionen om alternative løsninger. Dette punkt vil jeg ligeledes komme tilbage til i de følgende dele af mit forslag til afgørelse i forbindelse med de proceduremæssige aspekter, der også er forbundet dermed. c) Endelig giver diskussionen om denne betingelse en god lejlighed til atter at komme tilbage til de konkurrencepolitiske *ulemper* ved kollektiv, vertikal prisbinding. Inden for artikel 85's system forudsættes disse ulemper ved prisaftaler, der omfatter hele sektorer. Kommissionen behøvede derfor også ved prøvelsen af den pågældende aftale i sin beslutning kun at gå summarisk ind på dette, hvilket den navnlig gjorde (se punkt 53) ved prøvelsen af aftalen i forhold til den første positive betingelse i artikel 85, stk. 3. Under artikel 85's system skal de pågældende virksomheder, om nødvendigt med Kommissionens medvirken, primært sandsynliggøre, at en ordning medfører objektive forbedringer af produktion eller distribution, som kan berettige en undtagelse fra det principielle forbud mod prisaftaler i artikel 85, stk. 1, og som derudover opvejer de med sådanne aftaler forbundne ulemper. Afvejningen af fordele og ulemper ved en ordning, med andre ord opstillingen af, hvad der i Frankrig kaldes »bilan économique«, skal derfor egentlig kun finde sted inden for rammerne af første betingelse i artikel 85, stk. 3. Der gøres til en vis grad vold mod dette stykkes system, når denne afvejning sker endnu engang inden for rammerne af den første negative betingelse i artikel 85, stk. 3. Sagsøgerne har imidlertid også behandlet dette punkt i deres argumenter vedrørende kravet om nødvendighed. I øvrigt må det ikke glemmes, at de to pågældende medlemsstaters kartelpolitik forudsætter misbrugsbestemmelser, hvorefter det ikke er fordelene, men tværtimod netop ulemperne set ud fra almene interesser, der skal bevises. For at overbevise den offentlige mening — som er følsom over for bogprisen — i de pågældende medlemsstater skulle Kommissionen da også efter min mening i beslutningen hellere have skænket disse ulemper ved ordningen noget mere

opmærksomhed, om end det som sagt ikke var nødvendigt under artikel 85's system. Først i sit svar på Domstolens andet skriftligt stillede spørgsmål og under den mundtlige forhandling har Kommissionen rigeligt indhentet denne forsømmelse ved nærmere at gennemgå de i beslutningen kort omtalte ulemper.

Jeg vil nu et efter et behandle de tre nævnte punkter, som sagsøgernes argumenter er koncentreret om.

a) Det kulturelle argument

Kommissionen har efter min mening skaffet sig selv unødige vanskeligheder ved i sidste afsnit af punkt 60 i sin beslutning at fremføre den opfattelse, »at det ikke tilkommer virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder at indgå aftaler om kulturelle anliggender, som i højere grad henhører under de offentlige myndigheder«. Som svar på Domstolens sjette spørgsmål har Kommissionen ganske vist nuanceret denne opfattelse væsentligt, hvad sagsøgerne også har erkendt under den mundtlige forhandling, men skaden var da allerede sket i den offentlige debat om denne sag (bl.a. i Europa-Parlamentet). Desuden anfører Kommissionen også i dette svar (s. 18), »at det ikke vel kan tænkes, at Kommissionen skulle beslutte, at betingelsen om en forbedring af distributionen skulle være opfyldt, blot fordi visse kulturelle værdier tjenes gennem en kollektiv vertikal prisbinding«. Og endvidere, at den »ikke uden videre kan og må tillægge visse kulturelle ønskelige følger af en bestemt distributionsform afgørende betydning ved bedømmelsen af en aftale på grundlag af artikel 85, stk. 2«. Kommissionen kan kun inddrage de kulturelle følger af en aftale i denne bedømmelse i »negativ forstand«. »Det vil sige, at Kommissionen skal påse, at ingen kulturelle værdier går tabt«. Dette har Kommissionen anført, at den også har gjort i punkterne 57 ff. i sin beslutning ved behandlingen af kravet om nødvendighed, hvilket efter min mening faktisk er rigtigt.

Den kritik, som Kommissionen ved sin citerede udtalelse har skaffet sig på halsen, har jeg betegnet som unødvendig, fordi den ikke efter det, den forud havde anført i beslutningen, længere behøvede at fremsætte denne udtalelse. Sagsøgernes kulturelle argument blev af dem i det konkrete tilfælde udlagt som interessen i et bredt sortiment af bogtitler hos forlæggere og hos en tilstrækkelig stor del af boghandlerne. Kommissionen havde allerede tidligere tilkendegivet, at denne interesse, som den anerkendte som sådan, ikke sikres af et kollektivt vertikalt prisbindingssystem, og endnu mindre vil et sådant — transnationalt forstærket — system være nødvendigt herfor. Jeg anser det da heller ikke for nødvendigt og heller ikke for ønskeligt at gå udførligt ind på den citerede udtalelse om kulturpolitikken. Jeg vil da også indskrænke mig til at beklage den unuancerede form, som har givet anledning til misforståelser, hvori denne overflødige udtalelse i beslutningen blev formuleret, og gentage min tidligere bemærkning, at forlag og boghandlere med eller uden vertikal prisbinding altid må arbejde under marginalbetingelsen om en tilstrækkelig fortjeneste. Der kan således heller ikke for deres vedkommende nogensinde være tale om, at kulturelle overvejelser har absolut forrang for økonomiske.

Kommissionen har i samme afsnit i sin beslutning — og ligeledes helt unødvendigt — skaffet sig yderligere vanskeligheder på halsen ved sin henvisning til den belgisk-nederlandske traktat vedrørende den nederlandske sprogunion. Af de samme grunde, nemlig dette arguments irrelevans, vil jeg heller ikke gå udførligt ind på sagsøgernes fyldige indlæg om dette argument. Jeg vil på dette punkt begrænse mig til tre bemærkninger. For det første tvivler jeg på, om EØF-traktatens artikel 233 virkelig ud over Toldunionen og den økonomiske union mellem Belgien, Luxembourg og Nederlandene (samt den økonomiske og monetære union mellem Belgien og Luxembourg) faktisk også vedrører den nævnte belgisk-nederlandske sprogunion. Da EØF-traktaten selv ikke vedrører sådanne kulturelle anliggender, forekommer det umiddelbart ikke at passe med artikel 233's betydning at give den en så vidtgående fortolkning. For det andet kan jeg lige så lidt som Kommissionen indse, at ens sprog også skulle kræve fastsatte ens bogpriser i Belgien og Nederlandene. Hvis den belgiske og den nederlandske regering alligevel skulle mene, at dette er tilfældet, må der endelig på dette punkt afventes bestemmelser truffet af de belgisk-nederlandske myndigheder, for at spørgsmålet om artikel 233's anvendelighed reelt kan komme på tale.

b) Alternative løsninger

Hvad angår det af sagsøgerne anførte, nemlig at ingen mindre vidtgående konkurrencebegrænsninger effektivt skulle kunne fremkalde de påståede positive følger af den transnationale aftale, bemærker jeg først, at beslutningen ikke berører rent nationale, individuelle, vertikale prisbindingssystemer, som de findes i Tyskland og Det forenede Kongerige, heller ikke for Belgiens og Nederlandenes vedkommende. Det samme gælder for de kollektive, nationale, vertikale prisbindingssystemer, som nu findes i Belgien og Nederlandene. Medmindre det ved nærmere undersøgelse af de nationale bestemmelser skulle vise sig, at disse også hindrer normale kommercielle parallelindførsler til begge lande eller på anden måde berører normal ind- eller udførsel, anser jeg det i øvrigt i fortsættelse af den politiske linje, som Kommissionen hidtil har fulgt, og som jeg tidligere har gengivet, også for usandsynligt, at den nu skulle gribe ind i de nationale systemer som sådan. Jeg har allerede tidligere angivet, hvilke retlige og økonomiske grunde, der faktisk vil vanskeliggøre en ændring af den nævnte politiske linje. Heller ikke intervenienterne på sagsøgernes side, som klart først og fremmest er blevet foranlediget til at intervenere af bekymring over beslutningens mulige indirekte følger for nationale systemer i andre medlemsstater, kan af de anførte grunde finde nogen virkelig anledning til denne bekymring i den anfægtede beslutning.

Som Kommissionen med rette har anført, kan sagsøgerne ikke formelt juridisk påberåbe sig de nævnte franske bestemmelser, fordi der her er tale om nationale bestemmelser fastsat af myndighederne, og heller ikke materielt, da de franske bestemmelser i modsætning til den foreliggende aftale udtrykkeligt giver mulighed for en priskonkurrence på handelstrinnet.

Det må erkendes, at Kommissionen har stillet sig betydeligt mere tilbageholdende med hensyn til transnationale alternativer til den foreliggende ordning. Hvad angår et system med transnational kollektiv beskyttelse af nationale, *individuelle,* ver-

tikale prisbindingssystemer, viser navnlig punkterne 27 til og med 30 i beslutningen klart disse forbehold. Ved slutningen af den mundtlige forhandling har Kommissionens repræsentant som svar på et spørgsmål fra Domstolen nærmere forklaret Kommissionens forbehold over for et sådant alternativ. Som tidligere bemærket anser jeg det af Kommissionen anførte for så vidt for overbevisende, som grænsen mellem individuelle og kollektive systemer faktisk i den grad er flydende, at der så at sige kan være de samme økonomiske og retlige indvendinger mod et formelt set individuelt system — hvilket afgjort gælder, når der er tale om kollektiv håndhævelse — som mod et fuldstændigt kollektivt system. Dette gælder navnlig, når alle eller næsten alle forlæggere anvender et sådant individuelt system. Retligt set lader beslutningen imidlertid afgørelsen vedrørende et sådant alternativ stå åben.

Under retsforhandlingerne har Kommissionen endvidere nævnt forskellige andre alternativer til et vertikalt prisbindingssystem til opnåelse af de tilstræbte formål, såvel på forlæggerniveau som på detailhandelsniveau. I sit svar på Domstolens sjette skriftlige spørgsmål (s. 23) har den endnu engang sammenfattet disse alternativer. De formelle grunde til Kommissionens tilbageholdenhed med inden for rammerne af artikel 85, stk. 3, at gå for vidt med formuleringen af alternativer vil jeg som tidligere bemærket vende tilbage til i de følgende afsnit af mit forslag til afgørelse.

Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at spørgsmålet om nødvendighed som helhed ikke behøver at komme på tale i dette tilfælde, da Kommissionen inden for rammerne af sit skøn på dette område af stærke grunde har vurderet, at de to positive betingelser i artikel 85, stk. 3, ikke var opfyldt. Om end til overflod har det imidlertid ligeledes klart vist sig, at Kommissionens beslutning muliggør forskellige, navnlig nationale, alternative løsninger, som begrænser konkurrencen mindre end det nutidige sammenfald af to nationale ordninger med en transnational aftale, som skal gøre de nationale ordninger vandtætte. Jeg har allerede tidligere anført, hvorfor denne transnationale sammenføjning også efter min mening ikke er nødvendig for de nationale ordningers fortsatte bestående. Den omstændighed, at der i det tyske og det britiske nationale system, på trods af at disse sprogs bogmarked har grænseoverskridende karakter, ikke findes en transnational sammenføjning, bekræfter rigtigheden af Kommissionens opfattelse på dette punkt.

c) De økonomiske ulemper ved ordningen

Ikke uden god grund forhindrer artikel 85, stk. 3, litra a), at de pågældende virksomheder »pålægges . . . begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse (dvs. principielt positivt vurderede) mål«. Sagsøgerne har anført, at erfaringen viser, at det vertikale prisbindingssystem er det eneste middel til at sikre en optimal produktion og distribution i boghandelen. Bortset fra, at erfaringen i intet tilfælde viser, at også transnationale aftaler er nødvendige for at nå dette mål, overser man med dette argument fuldstændigt de økonomiske ulemper ved vertikal prisbinding, som i løbet af halvtredserne og tresserne (i Tyskland noget senere) er erkendt af langt den overvejende del af den vestlige verden. Jeg henviser i denne forbindelse i første

række til, hvad jeg allerede har bemærket om disse ulemper i afsnit II, afsnit 1 og 2 i dette forslag til afgørelse, og til den dér nævnte litteratur. Det, Kommissionen har anført i sit svar på Domstolens første spørgsmål om disse økonomiske ulemper, kan sammenfattes således, at allerede individuel vertikal prisbinding gør det umuligt for videresælgere at bringe omkostningsforskelle til udtryk i deres salgspriser. Ved kollektiv, vertikal prisbinding bliver denne ulempe af de af Kommissionen angivne grunde yderligere betydeligt forstærket. For det første kan købere så ikke længere vælge mellem varer med og varer uden vertikal prisbinding i en bestemt branche. For det andet kan producenterne i denne henseende heller ikke længere tilpasse deres salgspolitik til ændrede omstændigheder. Endelig bliver kontrol og opretholdelse af de vertikalt bundne priser langt skarpere ved kollektiv beskyttelse af systemet. De normale magtforhold mellem individuelle producenter og deres videresælgere erstattes af magtforholdene mellem det prisbeskyttende kollektiv og de (potentielle) individuelle prisbrydere. Jeg vil til den således sammenfattede argumentation føje, at et centraliseret kontrolsystem som oftest vil være langt bedre organiseret end individuelle producenters kontrolsystem, og at kollektive sanktioner, som f.eks. fuldstændig udelukkelse fra handelen, efter deres art rammer langt hårdere end individuelle producenters sanktioner (ofte i form af sagsanlæg). Først og fremmest vil jeg dog til argumentationen føje, at ethvert generelt eller næsten generelt anvendt, vertikalt prisbindingssystem vil eliminere det permanente tryk mod prisnedsættelse, som udgår fra en effektiv priskonkurrence. Netop derved sikrer et vertikalt prisbindingssystem ikke en optimal distribution af bøger, sådan som sagsøgerne hævder i deres indvendinger mod anvendelsen af kravet om nødvendighed. Priskonkurrencens ansporing til at finde mere effektive distributionsmetoder elimineres således også for boghandelen. Også i beslutningen lægges i punkt 53 med rette hovedvægten på dette punkt, som Kommissionen overbevisende har forklaret nærmere under den mundtlige forhandling.

Også kravet om nødvendighed i artikel 85, stk. 3, må fortolkes og afvejes med henblik på den foreliggende transnationale aftale under hensyntagen til, hvor alvorlige disse generelle ulemper ved vertikal prisbinding er. Jo alvorligere konkurrencebegrænsningerne er, jo strengere må dette nødvendighedskrav også fortolkes. På grundlag af min prøvelse af beslutningen i forhold til de to første betingelser i artikel 85, stk. 3, vil det allerede være klart, at der heller ikke for mig er tvivl om, at den forstærkning af de nationale systemer, som er tilvejebragt ved den transnationale aftale, ikke kan holde for en prøvelse i forhold til kravet om nødvendighed. Tværtimod er jeg personlig efter at have studeret alle sagens akter af den opfattelse, at hvis der fortsat findes en tilstrækkelig interesse hos publikum, vil den velassorterede boghandel selv ved fuldstændig ophævelse af enhver vertikal prisbinding på grund af en større bevægelsesfrihed med hensyn til prisdannelsen snarere være bedre end dårligere stillet end ved prisbindingens fortsatte bestående. Jeg henviser i denne forbindelse i øvrigt til, at også de

talløse, mere kulturelt orienterede butikker, trods den omstændighed, at de forlanger højere priser end varehuse og supermarkeder for samme gruppe produkter, i de sidste ti år er skudt op som paddehatte. Et kvantitativt og kvalitativt bedre udvalg vil derfor sandsynligvis også i boghandelen eventuelt kunne forekomme samtidig med højere priser og i intet tilfælde behøve at være truet stærkere af supermarkeder og andre afsætningskanaler, end det nu er tilfældet.

Alle indvendinger med hensyn til kravet om nødvendighed må derfor efter min mening forkastes.

5.4. Eliminering af konkurrencen for en væsentlig del af produkterne

Jeg har allerede tidligere henvist til, at også Metro-dommen, som sagsøgerne har påberåbt sig, forkaster fuldstændig udelukkelse af priskonkurrencen. Også her forudsætter jeg, at en prøvelse på grundlag af denne sidste betingelse i artikel 85, stk. 3, ligeledes er overflødig, når en eller flere andre betingelser i dette stykke ikke er opfyldt. For fuldstændighedens skyld vil jeg imidlertid tilføje, at sagsøgerne selv har erkendt, at »interbrand«-konkurrence næsten ingen rolle spiller i boghandelen. Under disse omstændigheder kan det kun konkluderes, at enhver konkurrence på forbrugerpriser, som de nationale systemer endnu måtte muliggøre, bliver udelukket ved den transnationale aftale. Når henses til den væsentlige funktion, som Kommissionen og Domstolen altid har tillagt en effektiv priskonkurrence, følger det, at den pågældende aftale heller ikke opfylder den sidste betingelse i artikel 85, stk. 3.

IV — De formelle anbringender

1. Hensyntagen i beslutningen til det kollektive eneforhandlingssystem

Sagsøgerne har anført, at Kommissionen har baseret beslutningen såvel på det i den omtvistede aftale nævnte kollektive eneforhandlingssystem som på det kollektive, vertikale prisbindingssystem, skønt den i længere tid, navnlig allerede fra den første høring (15.-16. 3. 1978), har vidst, at aftalens førstnævnte aspekt ikke længere anvendes. Herved giver beslutningen en urigtig fremstilling af forholdene. Som følge heraf er denne utilstrækkeligt begrundet, da en af de to søjler, som Kommissionens stillingtagen hviler på, er faldet bort.

Kommissionen benægter ikke, at sagsøgerne havde meddelt den, at aftalen nu kun bestod i teorien. Tværtimod, i beslutningen nævnes dette allerede som sådant udtrykkeligt (punkt 22 og 38). Den har imidlertid henvist til, at de pågældende bestemmelser herom aldrig formelt er udgået af den omtvistede aftale. Ligeså lidt er den nogensinde formelt blevet oplyst om denne ikke anvendelse i den forstand, at en ny anmeldelse skulle have fundet sted.

Ved vurderingen af dette anbringende må der tages udgangspunkt i formålet med anmeldelsen. Ved anmeldelsen sættes Kommissionen i stand til at få kendskab til aftalen som sådan og at undersøge den med henblik på at fastslå, om denne er af en sådan art, at den ikke falder ind under forbudet i artikel 85, stk. 1, eller om den kan blive tale om en fritagelse i henhold til samme artikels stk. 3. Spørgsmålet er nu, om Kommissionen er forpligtet til at begrænse sin undersø-

gelse og bedømmelse af aftalen, således som den er anmeldt til den, når de pågældende begrænser aftalens restriktive virkning ved ikke længere at anvende enkelte bestemmelser, dog uden en formel tilpasning af aftalen. Svaret er efter min mening benægtende. Genstanden for Kommissionens undersøgelse er til syvende og sidst den af de pågældende selv anmeldte aftale. En anden opfattelse vil kunne skade anmeldelsens og undersøgelsens funktion væsentligt. Parterne vil fortsat kunne begrænse den anmeldte aftales retsvirkninger for en bestemt periode for så efter udstedelsen af beslutningen, som vil være baseret på en faktisk mindre begrænsende adfærd, på ny at anvende den anmeldte aftale i sin mere restriktive form. I denne forbindelse henviser jeg til sag 106/79, VBBB/Eldi records, Sml. 1980, s. 1149, præmis 16, hvor Domstolen har udtalt: »Anmeldelsens retsvirkninger omfatter aftalens anvendelsesområde på det tidspunkt, da denne anmeldes . . .«.

Det fremgår af besvarelsen af Domstolens niende skriftlige spørgsmål, at eneforhandlingen i Nederlandene i øvrigt ikke helt er afskaffet. I øvrigt anfægtes under sagen ikke i realiteten det i beslutningens punkt 43 anførte, at handelen (mellem staterne) med bøger for en stor del foregår mellem virksomheder, der er anerkendt eller tilsluttet foreningerne.

Endelig har Kommissionen med rette bemærket, at det ifølge artikel 85, stk. 1, allerede er tilstrækkeligt til at give en korrekt begrundelse på dette punkt, at aftalen »har til formål« at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet (sagerne 56 og 58/64, Grundig/Consten, Sml. 1965-1968, s. 245). At de pågældende bestemmelser har denne betydning, er parterne enige om. Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

2. Den påståede selvmodsigelse og den påståede ufuldstændige fremstilling af de faktiske omstændigheder

Sagsøgerne har dernæst foreholdt Kommissionen, at den på den ene side i beslutningens punkt 1 udtrykkeligt har nævnt, at proceduren ikke vedrører de nationale kollektive, vertikale prisbindingssystemer, men på den anden side bedømmes det kollektive, vertikale prisbindingssystem med henblik på den transnationale aftale som ikke værende i overensstemmelse med artikel 85, skønt denne kollektive, vertikale prisbinding også forekommer i de nationale systemer. Herved er der ifølge sagsøgerne tale om en manglende begrundelse i beslutningen, da den nationale ordning som sådan aldrig har været på tale under proceduren. På grund af dette arguments væsentlighed har jeg allerede i anden del af mit forslag til afgørelse fremsat en række generelle bemærkninger om relevansen af denne sammenhæng mellem den transnationale og de nationale ordninger for bedømmelsen af den foreliggende sag. Desuden vil jeg henvise til, hvad jeg allerede har bemærket i tredje del af mit forslag til afgørelse om de materielretlige aspekter ved denne sammenhæng. Da anbringendet er fremført som et formelt anbringende, vil jeg her begrænse mig til disse formelle aspekter.

Det er faktisk rigtigt, at der udtrykkelig står i beslutningen, at de nationale systemer ikke er genstand for proceduren (punkt 1), selv om distributions- og prissystemerne for nederlandsksprogede

bøger i Nederlandene henholdsvis i Belgien derefter beskrives, nemlig i punkterne 4 og 5. Endelig behandles i punkterne 48 ff. inden for rammerne af anvendeligheden af artikel 85, stk. 3, visse aspekter ved kollektiv vertikal prisbinding i almindelighed. Efter min mening udgør dette ingen manglende begrundelse, ej heller modstrid med nogen anden formel procedureforskrift. For det første angives bedømmelsens genstand i beslutningen, nemlig den transnationale aftale mellem de to foreninger. De nationale systemer forbliver her udtrykkeligt ladt ude af betragtning. Af hensyn til en korrekt fremstilling af forholdene var det imidlertid nødvendigt at beskrive de nationale systemer for, som Kommissionen med rette har anført, at tydeliggøre den sammenhæng, hvori den transnationale aftale fungerer. Denne beskrivelse er kun af faktisk art. I beslutningens tredje del »anvendelse af artikel 85, stk. 3« behandles endelig med hensyn til det i den transnationale aftale indeholdte kollektive vertikale prisbindingssystem »enkelte aspekter af den kollektive, vertikale prisbinding i almindelighed, da en bedømmelse af aftalen, som vedrører prisbinding af bøger i samhandelen mellem medlemslande, ikke kan holdes fuldstændig adskilt fra de generelle aspekter« (punkt 48, sidste afsnit).

Den opfattelse, som Kommissionen er nået til på dette punkt med hensyn til de generelle aspekter, vil lige såvel gælde for det nationale, kollektive, vertikale prisbindingssystem. Dette betyder imidlertid ikke, at Kommissionen hermed faktisk også allerede har foretaget en retlig bedømmelse af det nationale system som sådant. Herved vil det, som allerede bemærket i tredje del af mit forslag til afgørelse, navnlig være af betydning, om de pågældende nationale aftaler kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne ugunstigt, således at Kommissionen har kompetence til at gribe ind, eller med andre ord, om artikel 85 finder anvendelse på disse nationale, kollektive, vertikale prisbindingssystemer i bogsektoren, som er begrænsede til én medlemsstat.

Den retlige vurdering i beslutningen af dette spørgsmål vedrører det kollektive system med faste priser henover grænserne. Jeg er da også af den mening, at beslutningen ikke indeholder nogen vurdering af de nationale systemer som sådanne. Argumentet om manglende begrundelse kan derfor ikke lægges til grund.

3. Overtrædelse af almindelige retsprincipper, navnlig princippet om en behørig sagsbehandling

Under denne overskrift vil jeg omtale syv anbringender, som under sagens behandling er fremført mod beslutningen.

a) Det *første* anbringende står faktisk i tilslutning til det forrige under afsnit 2 nævnte, idet det anføres, at beslutningen sætter en stopper for de nationale systemer uden at have fuldført en formel procedure, henholdsvis fremført klagepunkter.

Det fremgår endvidere af tredje afsnit af mit forslag til afgørelse, at jeg ikke kan dele den opfattelse, at beslutningen nødvendigvis må føre til en faktisk ødelæggelse af de nationale systemer. Allerede derfor må dette anbringende forkastes. Til overflod bemærker jeg, at den transnationale forstærkning af det kollektive, vertikale prisbindingssystem i

bogsektoren med hensyn til de nationale aftaler faktisk allerede var nævnt i klagepunkterne. I tilslutning hertil har også de nationale ordninger været udførligt behandlet under den administrative procedure, såvel under begge høringer som i de skriftlige akter.

b) Det *andet* anbringende kan sammenfattes således, at Kommissionen har udstedt den pågældende beslutning i strid med løfter givet i Europa-Parlamentet og under høringen den 15. og 16. marts 1978 (s. 100) om først at foretage en undersøgelse af den faste pris i bogsektoren på europæisk niveau, før den udstedte en beslutning om den omtvistede transnationale aftale. Herved har den handlet i strid med den hos sagsøgeren fremkaldte forventning.

Med hensyn til det under høringen den 15. og 16. marts 1978 fremførte bemærker jeg for det første, at den pågældende tjenestemand, direktør Ferry, ikke kunne fremkalde nogen berettiget forventning hos sagsøgerne, hvorved jeg blandt andet henviser til sag 70/74, Frubo, Sml. 1975, s. 580, præmis 20. Man vil erindre, at Domstolen også i andre sager, blandt andet i stålkvotasager, allerede gentagne gange har anset eventuelle tilsagn fra Kommissionens embedsmænd for irrelevante for en påberåbelse af princippet om berettiget forventning. Herefter kan det efter min mening ikke gøres gældende, at en stillingtagen under en høring den 15. og 16. marts 1978, i øvrigt bortset fra dens indhold, kunne fremkalde sådanne forventninger, at udstedelsen af beslutningen godt tre år senere, den 25. november 1981, kom som en uventet overraskelse, da der i disse tre år har fundet udførlige kontakter sted mellem Kommissionen og sagsøgerne, herunder endnu en høring af 18. oktober 1979. Derunder stod netop den faste pris på bøger i centrum af diskussionen.

I meddelelsen om høringen den 15. og 16. marts 1978 bemærkes det for det første, at man har til hensigt ikke at udstede nogen beslutning vedrørende den omtvistede aftale, før der i april 1978 har fundet et møde sted vedrørende bogsektoren på europæisk plan for at samle bevismateriale. I tilslutning dertil meddeles det, at sagsøgerne efter dette møde, og efter at Kommissionen har truffet afgørelse om sin politik vedrørende bøger, anmodes om at ændre aftalen med hensyn til de bestemmelser, der ifølge sagsøgernes udsagn ikke længere finder anvendelse. Det er mig ikke bekendt, om Kommissionen faktisk har truffet en afgørelse om sin politik vedrørende bøger i almindelighed og ikke kun om den omtvistede aftale, og i bekræftende fald hvornår. Den omtvistede meddelelse er efter min mening faktisk ikke noget mønster på stor klarhed. Først synes det som om udstedelsen af beslutningen er udsat indtil mødet i april på europæisk plan, mens dette senere nærmere specificeres således, at Kommissionen derefter også forud for denne beslutning skal træffe en generel afgørelse om sin politik. Hvordan det end forholder sig, fremgår det tilstrækkeligt af ordlyden og navnlig af den gentagne brug af »we do not intend . . . to proceed with a decision . . .«, at der er tale om en hensigt og ikke om en politisk linje, som binder Kommissionen.

Jeg mener derfor ikke, at denne del af anbringendet kan lægges til grund.

Hvad angår meddelelsen fra kommissær O'Kennedy i Europa-Parlamentet den 13. februar 1981, mener jeg, at denne dermed netop har understreget, at den omtvistede aftale ikke angik genstanden for diskussionen med Parlamentet. Han anførte udtrykkeligt, at Kommissionen med henblik herpå, i betragtning af dens opgave inden for rammerne af artikel 85, ikke kunne acceptere en forudgående drøftelse med Parlamentet.

Der kan heller ikke i øvrigt af de af sagsøgerne fremlagte dokumenter vedrørende drøftelserne i Europa-Parlamentet udledes et løfte fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, som hævdet af sagsøgerne. Jeg er således på dette punkt enig i, hvad Kommissionen har bemærket herom i sine indlæg. Selv om det af sagsøgerne fremførte havde været rigtigt, så ville det i øvrigt ikke dermed være fastslået, at de ville kunne påberåbe sig dette for Domstolen.

Anbringendet kan derfor heller ikke, hvad angår denne del, lægges til grund.

c) For det *tredje* gøres det gældende, at beslutningen er udtryk for forskelsbehandling til skade for den omtvistede aftale, da andre systemer, som ifølge sagsøgerne kan sammenlignes med denne, lades uberørte. Sammenligneligheden støttes navnlig på en henvisning til, at der også i andre systemer er optaget ordninger med faste priser på bøger. Herved blev der navnlig henvist til det britiske Net Book Agreement, det tyske Sammelrevers og det nutidige franske system (»Loi Lang«).

Efter min mening er det ikke nødvendigt at forelægge Domstolen de udførlige udtalelser, der er fremsat inden for rammerne af dette anbringende. Det er tilstrækkeligt at henvise til, at den omtvistede aftale udtrykkeligt er af transnational art, indgået af de to foreninger i Nederlandene og Belgien vedrørende handelen over grænsen, og at der i den anmeldte aftale er optaget såvel et kollektivt eneforhandlingssystem som et kollektivt, vertikalt prisbindingssystem. Net Book Agreement og det tyske Sammelrevers er ved første øjekast allerede mindre restriktive end den omtvistede aftale, fordi grundlaget for dem begge er et individuelt, vertikalt prisbindingssystem, og fordi de ikke omfatter eneforhandling. Begge er endvidere først og fremmest af national karakter, ganske vist med en vis grænseoverskridende virkning. Omfanget heraf og vurderingen på baggrund af artikel 85 i tilslutning hertil er imidlertid genstand for undersøgelse, har Kommissionen meddelt. Anvendelsen af Net Book Agreement i Irland synes i øvrigt at blive vanskeliggjort af svingningerne i vekselkursen mellem det britiske og det irske pund, hvorved der til syvende og sidst ikke nås en enhedspris for hver udgave, der sælges i Irland, således som Kommissionen oplyste på et spørgsmål fra Domstolen.

Det franske system findes i lov af 10. august 1981 og er således fuldt ud af offentligretlig art. Boghandleren kan som tidligere nævnt blandt andet give rabat indtil højst 5 % af den fastsatte detailpris. Det bestemmes, at importen i tilfælde af import af en bog, der oprindelig er udgivet i Frankrig, skal fastsætte detailsalgsprisen på mindst samme niveau som udgiveren. Kommissionen oplyste

herudover, at den har stillet spørgsmål til den franske regering.

Af denne sammenfatning fremgår det efter min mening allerede tilstrækkeligt, at der er forskelle mellem den omtvistede aftale på den ene side og de andre ordninger på den anden side. Selv hvis det antages, at disse er mindre betydningsfulde, så vil dette dog ikke kunne berettige, at sagsøgerne handler i strid med den fælles konkurrenceret, eller at Kommissionen ikke griber ind over for dette (jfr. sagerne 209-215 og 218/78, Fedetab, Sml. 1980, s. 3249, præmis 84). Kommissionen kan nu engang ikke gribe ind samtidig mod alle sammenlignelige overtrædelser af artikel 85. Ved at udstede beslutningen har Kommissionen da heller ikke handlet i strid med forbudet mod forskelsbehandling. Anbringendet kan ikke lægges til grund.

d) For det *fjerde* gøres det gældende, at Kommissionen ikke sammen med sagsøgerne har søgt alternativer, men begrænset sig til den stillingtagen, at det ikke var muligt at meddele fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Jeg har allerede været inde på de materielretlige aspekter ved dette anbringende i tredje del af mit forslag til afgørelse. Her har jeg også allerede bemærket, at argumentet faktisk ikke er helt rigtigt, men at Kommissionen ved formuleringen af alternativer i virkeligheden har stillet sig tilbageholdende.

I sin reaktion på det formelle argument har Kommissionen i første række spurgt, hvilket retsprincip sagsøgerne mener, Kommissionen har overtrådt. I replikken anføres det derefter, at det drejer sig om, at Kommissionen har udført sin opgave på urigtig måde og fremkaldt berettigede forventninger.

Det må fastslås, at der hverken i artikel 85 eller i gennemførelsesforordning nr. 17/62 er fastsat en sådan pligt for Kommissionen. En sådan holdning vil desuden kunne medføre fare for Kommissionen i den forstand, at den til syvende og sidst ikke længere fordomsfrit vil kunne udføre sin opgave i henhold til artikel 85.

Ved slutningen af den mundtlige forhandling har Kommissionens repræsentant i sit svar på en række spørgsmål fra Domstolen med rette henvist hertil, navnlig med henblik på anvendelse af artikel 85, stk. 3. Formuleringen af forslag, som kan føre til udstedelse af en negativattest, møder færre indvendinger fra Kommissionen. Dette er også efter min mening berettiget, allerede fordi en negativattest altid kan tilbagekaldes, når der kommer nye belastende faktiske omstændigheder for dagen. En fritagelse er derimod også bindende for den nationale domstol. I sine drøftelser med erhvervslivet må Kommissionen derfor vogte sig for at lægge sig fast på så bestemte løsninger, at de proceduremæssige garantier om upartiskhed for bl.a. interesserede tredjemænd, som f.eks. konkurrenter eller aftagere, undergraves. Kommissionen har endvidere med rette henvist til, at Kommissionen i sektorer med mange virksomheder heller ikke helt kan overskue de interne interessemodsætninger, der taler for eller imod bestemte løsninger. Også dette taler for stor tilbageholdenhed i rollen som »alternativ kartelskaber«.

I det foreliggende tilfælde fremgår det i øvrigt, at der regelmæssigt har været kontakt mellem sagsøgerne og Kommissionen siden meddelelsen af klagepunk-

terne i slutningen af 1977, og der må således have været tale om en vis dialog. I skrivelsen af 9. august 1979 fra direktør Ferry anføres det, at der kan tænkes mindre begrænsning af systemer end kollektiv vertikal prisbinding, f.eks. »fælles indkøb for boghandlere og former for samarbejde, som er beskrevet i meddelelsen om aftaler, vedtagelser og samordnet praksis vedrørende samarbejde mellem virksomheder (JO C 75, 1968, s. 3 og C 84, s. 4)«.

I tilslutning hertil taler sagsøgerne selv i skrivelser til Dubois ved Kommissionen om udarbejdelse af forslag i den fra denne side foreslåede forstand (dokument 11 VBBB, dokument 30 VBVB).

Endelig fremgår det også af VBBB's replik (sag 63/82, s. 13), at Kommissionen faktisk har fremsat forslag. Dette har nemlig givet sagsøgeren anledning til under dette punkt at anføre, at den anfægtede beslutning er truffet i strid med disse forslag og derfor krænker berettigede forventninger. Hvad disse berettigede forventninger angår, henviser jeg endnu engang til sag 17/74, Frubo, Sml. 1975, s. 581-582, til støtte for, at dette argument må forkastes.

Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

e) Sagsøgeren (VBVB) har for det *femte* anført, at der i alle medlemsstater gælder en ordning med faste bogpriser. Derfor mener sagsøgeren, at beslutningen er i strid med de grundrettigheder, der er fælles for alle medlemsstater, og som Fællesskabet skal respektere. Sagsøgeren har herved henvist til dommen i Nold-sagen (sag 4/73, Sml. 1974, s. 491).

Sagsøgeren har med rette anført, at ved beskyttelsen af det af sagsøgeren påberåbte princip, skal der ifølge Domstolen være tale om de *grund*rettigheder, der er fælles for medlemsstater. Domstolen har i Nold-sagen udtalt, at der herved skal være tale om rettigheder, der følger af de forfatningsmæssige traditioner, der er fælles for medlemsstaterne, eller som knytter sig til de internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt (præmis 13).

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at den faste pris på bøger, for så vidt den overhovedet gælder i alle medlemsstater, hører til denne gruppe rettigheder. Der er her tale om en foranstaltning på erhvervsreguleringsreglernes område. Jeg henviser på dette punkt endvidere til, hvad jeg allerede har bemærket om et tilsvarende materielretligt argument fra sagsøgernes side i tredje del af mit forslag til afgørelse.

Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

f) Det gøres for det sjette gældende, at Kommissionen trods en udtrykkelig anmodning af 1. oktober 1979 fra sagsøgeren VBVB herom ikke forud har forelagt sagsøgeren alle beviser og derfor har krænket retten til forsvar.

I den nævnte skrivelse skriver sagsøgeren bl.a. til Kommissionen (dokument 15):

»Der må gives sagsøgeren ret til at skaffe sig kendskab til de oplysninger, som Kommissionen støtter slg. på. Retten til forsvar kræver, at sagsøgeren forudgående får oplysning om de beviser, som man ønsker at føre mod sagsøgeren«.

Denne anmodning blev imidlertid ikke specificeret nærmere. Sagsøgeren vendte oven i købet ikke mere tilbage dertil, selv om Kommissionen på ingen måde reagerede på anmodningen. Det er derfor ikke forståeligt, når også henses til anmodningens formulering, at Kommissionen antog, at der mere var tale om en generel principudtalelse end om en konkret anmodning om forelæggelse af bestemte dokumenter. Jeg bemærker herved, at denne anmodning er placeret i et indledende afsnit »forbemærkning«, som omfatter en række generelle bemærkninger, før man i den følgende del kommer ind på de indvendinger, som er meddelt i skrivelsen af 9. august 1979. I øvrigt står sagsøgerens skrivelses karakter mig ikke helt klar, idet den betegnes som »note«.

Først i replikken har sagsøgeren uddybet, at der er tale om tre dokumenter, nemlig:

— mødereferatet fra mødet med sammenslutningen af bogforlæggere i EØF;

— den dybtgående undersøgelse, som nævnes i skrivelsen fra direktør Ferry af 9. august 1979;

— den undersøgelse, som omtales i det udkast til beslutning, såfremt dette skulle blive vedtaget, der nævnes i skrivelsen af 13. november 1980 fra direktør Ferry til sagsøgeren.

Kommissionen henviser i duplikken til, at mødereferatet fra det nævnte møde allerede er i sagsøgerens besiddelse, da sagsøgerens repræsentanter også var til stede ved dette møde.

Hvad angår den anden anmodning, lyder den pågældende passage i skrivelsen således:

»Efter nøje at have undersøgt det kollektive, vertikale prisbindingssystem for bøger i det nederlandske sprogområde, bl.a. ved hjælp af den dokumentation, som De har tilsendt os vedrørende bogbranchen i Nederlandene og Flandern, er jeg foreløbig kommet til den konklusion, at Deres anmodning om en fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, for udkastet til en ny aftale mellem VBBB og VBVB ikke kan imødekommes«.

Det står mig ikke klart, hvad sagsøgeren egentlig sigter til, da der senere i skrivelsen gives en udførlig begrundelse for den nævnte konklusion om afslag, dvs. konklusionen af den forudgående undersøgelse.

Endelig vil jeg med hensyn til den tredje anmodning blot bemærke, at denne anmodning af 1. oktober 1979 ikke kunne vedrøre den i Kommissionens skrivelse af 13. november 1980 nævnte mulighed for visse undersøgelser, da der ligger godt et år imellem.

Desuden angik denne skrivelse et afslag vedrørende et nyt forslag til aftale, som var blevet forelagt (beslutningens punkter 27-30). Som følge heraf blev de oprindelige klagepunkter af 19. december 1977 opretholdt. Deri har man tilstrækkeligt tydeligt nævnt de faktiske omstændigheder, som påtales over for sagsøgeren. Domstolen har allerede i sagerne 56 og 58/64, Grundig/Consten, Sml. 1965-1968, s. 245, afvist, at det skulle være nødvendigt at fremlægge samtlige sagens akter. Det er tilstrækkeligt, at virksomhederne får meddelelse om de væsentligste begivenheder, som danner grundlag for klagepunkterne (sag 48/69, ICI, Sml. 1972, præmisserne 21-26).

Sagsøgeren har efter min mening ikke godtgjort, at den ved Kommissionens afvisende holdning er blevet unddraget de oplysninger, som er nødvendige for dens forsvar. Jeg henviser i denne forbindelse til sagerne 209-215 og 218/78, Fedetab, Sml. 1980, s. 3125, præmis 39.

Heller ikke dette anbringende kan derfor lægges til grund.

g) Sagsøgerne gør *endelig* gældende, at Kommissionen ikke har besvaret alle deres klager. Der tænkes her på, at den ikke er gået ind på anbringenderne om, at Kommissionen med sin stillingtagen har tilsidesat artikel 10 i Konventionen til Beskyttelse af Menneskerettigheder om ytringsfrihed henholdsvis artikel 10b i Pariser-konventionen om beskyttelse mod »lokkevarepolitik«. De materielretlige aspekter ved dette anbringende har jeg allerede tidligere behandlet.

Kommissionen er i sin beslutning faktisk ikke gået ind på disse klager, som blev fremført under proceduren, om end på forskellige tidspunkter. Det er imidlertid Domstolens faste praksis, at det ikke er nødvendigt, at Kommissionen går ind på alle faktiske og retlige spørgsmål, som rejses af den pågældende under den administrative procedure, henholdsvis at Kommissionen ikke behøver at begrunde sin beslutning, for så vidt de af parterne fremførte argumenter forkastes ved denne (se bl.a. allerede sagerne 56 og 58/64, Grundig/Consten, Sml. 1965-1968, s. 245, og senest sagerne 209-215 og 218/78, Fedetab, Sml. 1980, s. 3244, præmis 66).

Som formelt anbringende kan dette argument derfor ikke lægges til grund.

4. Mangler ved proceduren

Sagsøgerne har dernæst over for Kommissionen gjort gældende, at der foreligger en række formelle fejl, der kan sammenfattes til tre mangler ved den procedure, som har ført til den omtvistede beslutning.

a) Meddelelsen af klagepunkterne af 12. januar 1978 er ifølge sagsøgerne for det første med urette underskrevet af Schlieder »efter bemyndigelse«; da en sådan bemyndigelse ikke kan foreligge, og såfremt den alligevel foreligger, er den ifølge sagsøgeren ulovlig.

Dette anbringende kan efter min mening faktisk affærdiges med henvisning til Domstolens praksis på dette område i sagerne 48/69, ICI, Sml. 1972, s. 151, præmisserne 11-14, samt 8/72, VCH, Sml. 1972, s. 251, præmisserne 10-14. Deri udtalte Domstolen, at den nævnte tjenestemand handlede inden for rammerne »ikke af en kompetencedelegation, men af en simpel bemyndigelse til at underskrive, som var tildelt af det kompetente medlem af Kommissionen«.

Kommissionen har herom desuden bemærket, at der her var tale om den bemyndigelse til at underskrive, som det kompetente medlem af Kommissionen havde tildelt Schlieder, efter at dette selv havde godkendt klagepunkterne (inden for rammerne af den kompetence, som Kommissionen havde delegeret til dette medlem). Der er her ifølge Kommissionen tale om en fast praksis, som er godkendt af Domstolen i de nævnte domme, og som medfører, at der for hver afsendelse af meddelelse om godkendte klagepunkter sker en sådan delegation af bemyndigelse til at underskrive.

Med hensyn til sagsøgernes bemærkning om, at det i de nævnte sager blev tilkendegivet, at det kompetente medlem af Kommissionen selv havde godkendt klagepunkterne, i modsætning til den foreliggende sag, har Kommissionen tilbudt at fremlægge de nødvendige dokumenter. Selv om Domstolen ikke har gjort brug heraf, kan det antages, at denne Kommissionens standardpraksis sikkert også er fulgt i denne sag.

Anbringendet kan heller ikke lægges til grund.

b) Det gøres for det andet gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63, fordi den skal have udelukket en flamsk forfatter fra høringen, som VBVB havde foreslået som vidne.

Dette anbringende kan ikke holde for en nærmere prøvelse, når henses til det, der anføres på s. 50 om høringen den 15.—16. marts 1978 af VBVB's repræsentant, hvoraf det fremgår, at Kommissionen var vendt tilbage til sin tidligere afvisende holdning. Den nævnte forfatters fravær under høringen skyldtes, at denne åbenbart ikke i tide var blevet underrettet om Kommissionens ændrede, nu positive holdning.

Efter min mening er det, når henses til disse omstændigheder, ikke nødvendigt at gå yderligere ind på Kommissionens tidligere afvisende holdning, henholdsvis den nævnte tilsidesættelse af artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63.

Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

c) Det gøres endelig gældende, at høringen af 18. oktober 1979 havde et mangelfuldt forløb, da ikke alle tjenestemænd, som havde med sagen at gøre, og navnlig ikke direktør Ferry, var til stede, henholdsvis at denne sidstnævnte havde ladet en anden møde for sig.

Det er ikke klart, hvilket retsprincip sagsøgeren anser for tilsidesat med dette argument. Det kan antages, at der herved er tale om artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 99/63, som lyder således: »afhøringerne foretages af de af Kommissionen dertil bemyndigede personer . . .«

Af duplikken fremgår det, at kommissæren for konkurrence har delegeret kompetencen til at afholde høringer til direktøren for direktoratet for konkurrenceregler eller i tilfælde af hans forfald til hans stedfortræder.

Høringen den 18. oktober 1979 blev ikke ledet af direktør Ferry, men af konsulent Mussard, åbenbart som hans stedfortræder.

Det fremgår således, at dette er i fuld overensstemmelse med den netop nævnte delegation af kompetence til at afholde køringer.

Ved høringens begyndelse blev det da også meddelt, at Mussard ville træde i stedet for Ferry som ansvarlig for høringen i henhold til artikel 26 i Kommissionens interne bestemmelser og navnlig den specielle delegation som fastsat af det kompetente medlem af Kommissionen.

De interne bestemmelsers artikel 26 bestemmer, hvilken tjenestemand der træder i stedet for sin foresatte ved dennes forfald.

Sagsøgeren har derfor på ingen måde godtgjort, at der skulle være tale om nogen mangel, fordi Mussard optrådte som Ferry's stedfortræder under høringen.

For så vidt sagsøgeren er af den opfattelse, at alle tjenestemænd, som har beskæftiget sig med sagen, altid skal være til stede under høringen, vil jeg blot henvise til dommen i sagerne 209-215 og 218/78, Fedetab, Sml. 1980, s. 3234, præmis 27, hvor samme argument blev forkastet. I det foreliggende tilfælde er det ikke bestridt, at Mussard har været til stede under hele høringen.

Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

5. Det gøres desuden gældende, at Kommissionen har tilsidesat artiklerne 2 og 4 i forordning nr. 99/63, idet beslutningen omfatter indvendinger, der ikke var fremført i klagepunkterne, henholdsvis at klagepunkterne indeholder en række uklarheder, som skulle have været korrigeret.

Det første argument går navnlig ud på, at klagepunkterne hovedsagelig var baseret på den omtvistede aftales bestemmelser om kollektiv eneforhandling, skønt den pågældende aftale i beslutningen bedømmes efter såvel den kollektive eneforhandling som den kollektive vertikale prisbinding.

Det fremgår imidlertid uomtvisteligt af en læsning af klagepunkterne, at disse faktisk allerede vedrører begge dele, såvel hvad angår anvendeligheden af artikel 85, stk. 1, i afsnit II, som den manglende anvendelighed af artikel 85, stk. 3, i afsnit III (bl.a. punkterne 2 og 4).

Det siger sig selv, at der i beslutningen er optaget en mere udførlig begrundelse end i klagepunkterne som f.eks. med hensyn til en række aspekter vedrørende den kollektive, vertikale prisbinding, hvilket er i fuld overensstemmelse med klagepunkternes funktion i den administrative procedure. I denne forbindelse henviser jeg til Domstolens domme i sagerne 41/69, ACF Chemiefarma, Sml. 1970, s. 107, præmisserne 90-95, henholdsvis sagerne 209-215 og 218/78, Fedetab, Sml. 1980, s. 3245, præmis 68).

Derefter har sagsøgeren gjort gældende, at klagepunkterne omfatter »klart urigtigt talmateriale«, samt at godkendelsesordningen med urette er optaget i disse.

For så vidt sagsøgerne mener, at Kommissionen som følge heraf skulle være forpligtet til at fremføre nye klagepunkter, har de ikke erkendt den administrative procedures funktion (klagepunkter, skriftlig reaktion, høring af de berørte) som går forud for udstedelsen af beslutningen, og som har til formål at lade de berørte udøve deres ret til forsvar. Når der i beslutningen ikke er taget hensyn til de fremsatte bemærkninger, kan disse forelægges Domstolen som genstand for en sag til prøvelse af beslutningen.

Det af sagsøgeren nævnte »klart urigtige talmateriale« er i øvrigt ikke specificeret nærmere. Derfor kan jeg ikke gå nærmere ind på det her. Jeg har allerede tidligere nævnt, at argumentet om optagelse af godkendelseskravet i klagepunkterne (og beslutningen) efter min mening er ugrundet.

Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

V — Slutbemærkninger og konklusion

1. Sammenfatning

I min foregående gennemgang er jeg kommet til den konklusion, at alle de materielle og formelle anbringender, som sagsøgerne har fremført mod den anfægtede beslutning, må forkastes. Det fremgik herved, at de væsentligste anbringender vedrørte nægtelsen af at meddele en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Min konklusion på dette punkt var, at den pågældende transnationale aftale faktisk ikke opfylder nogen af de fire kumulative betingelser i denne artikel, eller i hvert fald at Kommissionen inden for rammerne af sit frie skøn på dette område med rette kunne komme til dette resultat. For at yde sagsøgerne fuld retfærdighed er jeg i min gendrivelse af deres argumenter gået videre, end Domstolen behøver at gøre. Kommissionen har med rette bemærket, at det i Domstolens praksis udtrykkeligt bekræftes, at Kommissionen navnlig, om end ikke udelukkende, ved en prøvelse på grundlag af de to positive betingelser, som artikel 85, stk. 3, stiller for, at der kan meddeles fritagelse, har et frit skøn, med hensyn til hvilket Domstolen kun kan foretage en legalitetsprøvelse. Vurderingen af påståede bidrag til forbedringen af produktionen eller distributionen samt afvejningen af eventuelt fastslåede forbedringer over for de økonomiske ulemper ved en aftale (aftalens »økonomiske balance«) er jo først og fremmest et økonomisk-politisk anliggende, hvor Domstolen navnlig skal være opmærksom på, om de af sagsøgerne anførte argumenter er blevet vurderet omhyggeligt. Når også henses til de meget tungtvejende indvendinger, der består mod kollektiv, vertikal prisbinding i almindelighed i en overvejende del af den vestlige verden, og som jeg endnu engang kort har sammenfattet i mit forslag til afgørelse, vil jeg i denne sammenfatning med hensyn til de nævnte positive betingelser begrænse mig til at konkludere, at Kommissionen efter en omhyggelig prøvelse af alle argumenter har fremført troværdige skønsmæssige grunde, som Domstolen må respektere, for sin opfattelse, at de to positive betingelser i artikel 85, stk. 3, ikke er opfyldt. Derved har Kommissionen også på passende måde bedømt den kulturelle faktor, som sagsøgerne selv har fortolket som et krav om stort udvalg. Retligt set har jeg i min foregående gennemgang som sagt således til overflod oven i købet anført, hvorfor jeg også selv anser de af Kommissionen anførte argumenter for dens opfattelse for korrekte. Når henses til denne sags politiske ømtålelighed, anser jeg det endvidere for forståeligt og påskønnelsesværdigt, at Kommissionen — selv om det retligt set er unødvendigt — efter det negative resultat af prøvelsen af aftalen på grundlag af de to positive betingelser også har prøvet denne på grundlag af de to negative betingelser i artikel 85, stk. 3. Selv hvis Kommissionen inden for rammerne af sit frie skøn skulle have ladet tvivlen komme den pågældende aftale til gode med hensyn til de positive betingelser (hvilket ikke er tilfældet), har den med god begrundelse anført, at den i hvert fald ikke opfylder de to negative betingelser i artikel 85, stk. 3.

2. Spørgsmålet om alternativerne

Spørgsmålet om og i bekræftende fald hvilke alternativer, der findes til de forbudte bestemmelser i den transnationale aftale, er blevet fremført af sagsøgerne såvel ved prøvelsen på grundlag af kravet om nødvendighed i artikel 85, stk. 3, som i deres formelle indvendinger. Jeg har allerede tidligere nævnt, at jeg ville vende tilbage til dette spørgsmål i denne afsluttende del af mit forslag til afgørelse. Dertil kommer, at den nederlandske sagsøger under den mundtlige forhandling under eftermiddagsretsmødet har anført, at hvis Domstolen godkender Kommissionens beslutning, vil det også på dette punkt i den kollektive eneforhandling »føre til et hul, et interregnum, hvori der endnu ikke kan blive tale om et nyt system, som vil kunne bryde den spænding, der alligevel vil være på markedet ... i en vis periode, således at en passende overgang vil være umulig«. I denne forbindelse har den nederlandske sagsøger anmodet Domstolen om i sin afgørelse at angive sin opfattelse af de forskellige alternativer.

Med hensyn til denne anmodning vil jeg principielt anføre, at det er klart, at Domstolen kun kan efterkomme den i begrænset omfang. Ikke alene det frie skøn, der tilkommer Kommissionen på dette område, men også den omstændighed, at intet alternativ som sådant er genstand for denne sag, pålægger i denne henseende Domstolen store begrænsninger. Alligevel kan der siges noget om de alternativer, der er kommet på tale under sagen.

Den væsentligste konstatering, der kan gøres i denne henseende, er, at den anfægtede beslutning, og således også Domstolens dom, ikke vedrører de nationale ordninger, der ligger til grund for den transnationale aftale. Dette gælder også de nationale kollektive eneforhandlingsordninger, for så vidt disse stadig er i kraft, hvilket ifølge de under sagen givne oplysninger navnlig i Belgien ikke længere er tilfældet. Man behøver derfor, selv i denne sidste henseende, ikke at frygte et interregnum (navnlig i Nederlandene) under fortsatte drøftelser med Kommissionen. Jeg har allerede tidligere bemærket, at de nationale kollektive prisbindingsordninger med de af de nationale administrative myndigheder og Domstolen pålagte begrænsninger i sig selv allerede udgør et solidt bolværk. Såvel de i Tyskland og Det forenede Kongerige bestående og tilladte ordninger som den omstændighed, at der, siden det blev umuligt at håndhæve den transnationale aftale med sanktioner, ikke har vist sig alvorlige transnationale forstyrrelser af de nationale systemer, tyder på, at disse nationale ordninger i sig selv allerede udgør et væsentligt alternativ. Jeg henviser herved også til, hvad jeg allerede har tidligere har bemærket om dette alternativ, og navnlig også om de objektive vanskeligheder, som Kommissionen vil være nødt til at overvinde for også at kunne gribe ind over for de nationale systemer.

Hvad angår de andre alternativer, som Kommissionen under hele behandlingen af denne sag udtrykkeligt her anset for acceptable (såvel på produktionstrinnet som på distributionstrinnet for bøger), er det afgjort påfaldende, at disse alternativer synes at forudsætte et fuldstændigt bortfald af enhver form for vertikal prisbinding, også på nationalt plan. Man vil klart se af min forudgående gennemgang, at jeg har fuld forståelse for dette i sig selv. Det ændrer imidlertid intet i min

anden konstatering, at Kommissionens beslutning og således også frifindelse af Kommissionen i de sager, der er anlagt til prøvelse af denne beslutning, ikke berører de nationale systemer.

Som det allerede fremgår af de alternativer, som Kommissionen udtrykkeligt har anset for acceptable, og som det i beslutningen og først og fremmest under den mundtlige forhandling udtrykkeligt er bekræftet af Kommissionen, stiller Kommissionen sig faktisk meget forbeholden over for alternativer i form af et transnatioanlt, individuelt, vertikalt prisbindingssystem. Jeg har allerede tidligere redegjort for, hvorfor jeg i enhver henseende anser disse forbehold for forståelige, allerede på grund af den flydende overgang mellem individuelle og kollektive, vertikale prisbindingssystemer. Dette gælder afgjort, for så vidt et individuelt vertikalt prisbindingssystem, der anvendes næsten generelt, bliver håndhævet kollektivt og transnationalt. Dette ændrer imidlertid ikke, at beslutningen heller ikke udtaler sig definitivt om alternativer i form af transnational, individuel, vertikal prisbinding, og at en fortsat drøftelse heraf med Kommissionen således stadig er mulig. Allerede fordi den foreliggende procedure ikke vedrører en sådan form for vertikal prisbinding, men også i betragtning af Kommissionens frie skøn på dette område, er det efter min mening ikke muligt Domstolens dom at gå videre end til at fastslå dette. Enhver antydning i Domstolens dom af, at der faktisk ville kunne tænkes en løsning i denne retning, ville være en krænkelse af det nævnte frie skøn og ville heller ikke tage hensyn til den komplicerede referenceramme, inden for hvilken Kommissionen ifølge dens redegørelse under den sidste del af den mundtlige forhandling griber sådanne spørgsmål an.

3. Konklusion

Som sammenfatning af mine konklusioner vedrørende sagsøgernes mange forskellige anbringender foreslår jeg, at Domstolen kender følgende for ret:

a) Sagsøgte frifindes.

b) Sagsøgerne betaler samtlige sagens omkostninger med undtagelse af omkostningerne for intervenienterne på sagsøgernes side, som betales af disse intervenienter selv.