FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 16 juni 1994 *

A — Inledning

1. I detta mål för Publishers Association talan mot förstainstansrättens dom av den 9 juli 1992 i mål T-66/89 [1]. I den överklagade domen har rätten ogillat klagandens talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 12 december 1988 i ärende Publishers Association — Net Book Agreements [2].

2. Klaganden är en sammanslutning av förläggare med verksamhet i Förenade kungariket Storbritannien och Nordirland. I sak rör målet två avtal som utformats av klaganden och ingåtts år 1957. Dessa avtal benämns "Net Book Agreements" (nedan kallade NBA). Parter till det första avtalet är alla förläggare som är medlemmar i den klagande sammanslutningen, medan parterna till det andra avtalet är förläggare som inte är medlemmar. Innehållet i det ena avtalet överensstämmer till stor del med innehållet i det andra.

3. NBA omfattar enhetliga villkor för försäljning av böcker till fastställda minimipriser — så kallade "net books" — som skall tillämpas av de förläggare som är parter till avtalen. Enligt de enhetliga villkoren är det i princip förbjudet för grossister och detaljister att sälja en dylik bok i Förenade kungariket och Irland till ett lägre pris än det av förläggarna angivna. Undantag från denna regel finns dels i NBA, dels i de tillämpningsföreskrifter som Publishers Association genom NBA givits rätt att utfärda. Till dessa tillämpningsföreskrifter hör bestämmelser gällande prisnedsättning för bibliotek, mängdrabatter och prisnedsättning för så kallade "book agents".

NBA ger Publishers Association i uppgift att övervaka att avtalen följs och att för detta ändamål inhämta upplysningar om avtalsbrott av bokhandlare. De förläggare som är

* Originalspråk: tyska.

1 — Publishers Association mot kommissionen, Rec. s. II-1995.

2 — EGT nr L 22, 1989, s. 12.

parter till avtalen har förpliktat sig att göra såväl sina kontraktuella anspråk som sina anspråk enligt 1976 års Resale Prices Act (en i Förenade kungariket gällande lag) gällande, om Publishers Association skulle uppfordra dem till detta. Därvid skall beaktas att 1976 års Resale Prices Act gör det möjligt för en förläggare att göra kravet på iakttagande av villkor förknippade med detaljisters minimipriser gällande gentemot envar som tillställts meddelande om villkoren.

4. I samband med NBA och därtill utfärdade tillämpningföreskrifter har klaganden även publicerat en så kallad "Code of Allowances". Denna avser försäljning av nya, reviderade eller billiga böcker till nedsatta nettopriser och kvarvarande lager samt regler för bokklubbar ("Book Club Regulations") och den landsomfattande bokrealisation som äger rum varje år. Slutligen bör nämnas att klaganden ger ut en fackhandelsförteckning (Directory of Booksellers). Den upptar alla bokhandlare som uppfyller vissa krav och som förpliktat sig att iaktta standardvillkoren vid försäljningen av "net books".

5. Nämnda regler beskrivs i detalj i såväl kommissionens beslut av den 12 december 1988 [3] som den överklagade domen från rätten [4]. De behöver inte beröras närmare här, eftersom de saknar betydelse för avgörandet av den aktuella tvisten. Nämnas bör dock att samtliga bestämmelser enbart är tillämpliga på försäljningen av "net books" och att det står varje förläggare fritt att sälja en bok som "net book" eller inte. Om en förläggare bestämmer sig för att distribuera en bok som "net book", skall NBA med tillhörande regler tillämpas. Det ankommer emellertid på förläggaren ensam att fastställa minimipriset.

6. Rätten har funnit att ca 40 000 nya titlar publiceras i Förenade kungariket årligen, varav 80 procent utges av klagandens medlemmar.

Endast en ringa del av produktionen av böcker i Förenade kungariket (ungefär 1,2 procent) exporteras till Irland. Denna export motsvarar emellertid 80 procent av Irlands import av böcker, tillika mer än 50 procent av den samlade försäljningen av böcker i denna medlemsstat. Vidare har fastslagits att ca 75 procent av alla böcker som säljs i Förenade kungariket eller exporteras till Irland av brittiska förläggare marknadsförs som "net books" [5].

3 — Anf. st. (fotnot 2), punkterna 6—30 och 38—39.
4 — Anf. st. (fotnot 1), punkterna 4—16.
5 — Anf. st. (fotnot 1), punkterna 17—18 och 56.

7. Restrictive Practices Court (brittisk instans för konkurrensrättsliga mål) har vid ett flertal tillfällen prövat huruvida NBA är förenliga med den brittiska lagstiftningen på konkurrensrättens område. Domstolen besvarade först frågan jakande i en utförlig dom från år 1962 [6]. Den drog i denna slutsatsen att ett upphävande av NBA skulle leda till att priserna på böcker steg, att antalet välsorterade bokhandlare minskade samt att antalet publicerade titlar minskade samtidigt som urvalet begränsades. Restrictive Practices Court bekräftade sin ståndpunkt år 1964 och år 1968. I slutet av år 1993 tillkännagav den ansvariga myndigheten att den hade för avsikt att på nytt pröva NBA och, i förekommande fall, föra talan inför Restrictive Practices Court [7].

8. Efter Förenade kungarikets anslutning till gemenskapen, anmälde klaganden år 1973 NBA jämte övriga regler till kommissionen. Det dröjde till år 1988, innan kommissionen meddelade slutligt beslut i saken. Kommissionen beslutade att såväl NBA som tillämpningsföreskrifterna jämte de övriga åtgärder [8] som klaganden vidtagit i detta sammanhang stred mot artikel 85.1 i EG-fördraget, "såvitt beträffar handeln med böcker med andra medlemsstater" (artikel 1 i beslutet). Undantag enligt punkt 3 i samma artikel medgavs inte (artikel 2 i beslutet). Klaganden ålades att upphöra med de överträdelser som angivits i artikel 1 i beslutet (artikel 3 i beslutet) och underrätta berörda företag om beslutet och dess följder (artikel 4 i beslutet).

9. Möjligheten att medge undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget behandlas i punkterna 69—86 i beslutet. Kommissionen anför i dessa att "åtminstone" en av de i artikel 85.3 angivna villkoren inte kunde anses ha uppfyllts, nämligen villkoret att avtalen inte får ålägga [de berörda företagen] begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå målen med avtalen (punkt 70). Vid prövningen av denna fråga erinrar kommissionen om klagandens synpunkt att bokhandlarna inte skulle kunna skyddas tillräckligt, om standardvillkoren inte tillämpades gemensamt av förläggarna. Kommissionen intog emellertid ståndpunkten att de argument som anförts till stöd för denna synpunkt inte avsåg nödvändigheten av en gemensam tillämpning av standardvillkor så mycket som huruvida fastställda minimipriser var nödvändiga för att uppnå dessa mål. Dessa båda aspekter kunde och borde emellertid bedömas oberoende av varandra (punkt 71).

Kommissionen redogör därefter för de argument som klaganden anfört i fråga om nöd-

6 — [1962] 3 All E.R. 751.

7 — Vid tidpunkten för den muntliga förhandlingen vid domstolen verkar emellertid inga ytterligare steg ha tagits.

8 — Se ovan, punkterna 3—4.

vändigheten (punkt 72). Enligt klagandens förmenande vore det för det första inte möjligt för en förläggare att själv underrätta varje bokhandlare om sina egna försäljningsvillkor. För det andra skulle bokhandlarna inte kunna tillämpa och beakta ett stort antal varierande villkor beträffande försäljningen av böcker till fastställt pris. Det skulle vidare vara nödvändigt att varje bokhandlare kunde lita på att han var bunden av samma villkor som sina konkurrenter; en tillit som möjliggjordes genom NBA. Slutligen skulle endast klaganden i praktiken kunna övervaka att standardvillkoren följdes och fick genomslag.

I anslutning därtill påpekar kommissionen att det torde höra till saken att "först erinra sig vilket syftet med avtalen är" (punkt 73). I detta sammanhang anför kommissionen följande:

"Sammanslutningen gör gällande att en skälig tillämpning av avtalen inte kan hindras, utan att detta skulle leda till att bokhandlare beställde färre exemplar av varje bok tillika färre boktitlar. Dessa bokhandlare skulle nämligen löpa risken att, på grund av lägre priser på annat håll, inte kunna sälja ut sina lager. Ett sådant förhållningssätt skulle medföra att antalet välsorterade bokhandlare minskade. Eftersom lager och skyltning anses vara av väsentlig betydelse för försäljningen, skulle denna minska, följaktligen skulle förläggarna trycka mindre upplagor till högre kostnader. Detta skulle få till följd att priserna på böcker steg, eftersom handeln skulle kräva större rabatter av förläggarna. Samtidigt vore det möjligt att mindre upplagor alls inte publicerades."

Efter ytterligare några anmärkningar (vilka kommer att beröras senare) övergår kommissionen till att behandla de fyra argument som klaganden anfört i fråga om avtalens nödvändighet. Jag drar därvid slutsatsen att inget av dessa argument är övertygande (punkterna 76—85).

10. Publishers Association väckte år 1989 talan vid domstolen om ogiltigförklaring av kommissionens beslut. Efter samtidig ansökan om interimistisk åtgärd, uppsköt domstolens ordförande genom beslut den 13 juni 1989 verkställigheten, såvitt avsåg artiklarna 2—4 i det omtvistade beslutet [9]. Rätten, som i kraft av den ändrade behörighetsordningen tilldelades målet i november 1989, ogillade talan genom den nu överklagade domen. Rätten behandlade invändningarna mot artikel 1 i kommissionens beslut i första delen av sin prövning av saken (punkterna 43—59 i domen), varvid dessa invändningar tillbaka-

9 — Rec. s. 1693.

visades. I andra delen (punkterna 60—116 i domen) berörde och förkastade rätten de grunder som åberopats till stöd för talan mot artikel 2 i beslutet. Till dessa hörde också en uppgiven divergens mellan de anmärkningar som meddelats klaganden och de anmärkningar som lagts till grund för beslutet (punkterna 61—70 i domen).

11. Klaganden har yrkat

— att den överklagade domen skall upphävas,

— att vid rätten förd talan skall vinna bifall i följande delar:

i) Att artikel 2 i kommissionens beslut skall upphävas, såvitt gäller avslag på begäran om undantag för NBA jämte vissa därmed sammanhängande beslut, regler och dokument, såsom angivits i artikel 1 i beslutet.

ii) Att artiklarna 2—4 i beslutet skall förklaras ogiltiga, samt

— att kommissionen skall förpliktas ersätta kostnaderna för överklagandet, förfarandet vid rätten samt ansökan om interimistisk åtgärd.

Klaganden har i första hand hemställt att domstolen enligt artikel 54 i domstolens stadga skall företa målet till slutligt avgörande samt, i andra hand, att domstolen skall återförvisa målet till förnyad handläggning vid rätten.

12. Kommissionen har yrkat

— att de argument och slutsatser som anförts i punkterna 4 c—d i skrivelsen med överklagandet skall avvisas, enär de inte kan upptas till prövning,

— att överklagandet i allt fall skall avslås, enär det är ogrundat,

— att klaganden skall förpliktas ersätta kostnaderna i målet om överklagande.

13. Booksellers Association of Great Britain and Ireland (nedan kallad "Booksellers Association") — en sammanslutning av bokhandlare i Förenade kungariket och Irland — samt Clé — The Irish Book Publishers Association (nedan kallad Clé) — en förening av irländska förläggare — har intervenerat till stöd för klaganden. Pentos Retailing Group Ltd och Pentos plc (tillsammans kallade Pentos) — ett företag som bedriver bokhandel och dess moderbolag — har tillåtits intervenera till stöd för kommissionen.

B — Ställningstagande

Om föremålet för talan och huruvida överklagandet kan upptas till prövning

14. I betraktande av att klaganden har formulerat sitt yrkande något märkligt, bör överklagandets omfattning prövas först. Av skrivelsen med överklagandet kan utläsas, att Publishers Association endast för talan mot domen i den del varigenom artiklarna 2—4 i kommissionens beslut fastställts. Däremot förs inte talan mot domen i den del som innebär att de grunder som åberopats till stöd för talan mot artikel 1 i beslutet förkastats. PA bestrider därmed inte längre kommissionens uppfattning, att NBA och övriga i artikel 1 nämnda regler strider mot artikel 85.1 i EG-fördraget.

Såsom kommissionen riktigt anmärkt i svarsskrivelsen, är överklagandet begränsat i ytterligare ett avseende. Talan mot rättens dom förs nämligen inte i den del som rätten tillbakavisat den nyssnämnda invändningen om formellt felaktig handläggning [10] (vilket vilade på en påstådd divergens mellan de anmärkningar som delgivits klaganden och dem som lagts till grund för beslutet).

I överklagandet gör klaganden därför i allt väsentligt gällande, att rätten oriktigt hållit det i artikel 2 i kommissionens beslut meddelade avslaget på begäran om undantag enligt artikel 85.3 för rättsenligt.

15. Kommissionen har i svarsskrivelsen med rätta berört frågan om överklagandet omfattar alla de överenskommelser och andra regler som avses i artikel 1 i kommissionens beslut. Vad klaganden anfört i skrivelsen med överklagandet, är i detta avseende inte alldeles klart. Klaganden undanröjde denna oklarhet först i sitt svar på en skriftlig fråga från

10 — Se punkt 10 ovan.

domstolen. Därvid förklarade klaganden att denne upphävt "Code of Allowances" (artikel 1 c i kommissionens beslut) och sitt beslut om villkoren för att upptas i "Directory of Booksellers" (artikel 1 f i beslutet) redan under förfarandet vid rätten; överklagandet skulle därmed inte avse dessa. Enligt mitt förmenande behöver domstolen i sin dom emellertid inte närmare beröra denna omständighet. Om överklagandet skulle bifallas, är det självklart att rätten — eller kommissionen — vid en förnyad prövning av saken endast skulle behöva pröva om undantag kunde medges för övriga avtal och regler. Ett motsvarande klargörande i domskälen vore således överflödigt. Detsamma gäller naturligtvis för det fall att överklagandet skulle ogillas.

16. Såsom jag redan nämnt, omfattar kommissionens beslut NBA och övriga regler endast *i den mån* som dessa påverkar handeln mellan medlemsstater [11]. Såsom kommissionen i svarsskrivelsen ännu en gång betonat, utsträcker sig beslutet inte till att gälla tillämpningen av NBA och därmed sammanhängande regler i Förenade kungariket, såvitt denna tillämpning inte påverkar handeln mellan medlemsstater. Om, och i förekommande fall hur, denna i teorien uppenbara distinktion skulle kunna vara användbar i praktiken, är en fråga som inte behöver besvaras här, emedan klaganden i målet om överklagande inte fört talan i denna del. Intervenienten Pentos anförande, enligt vilket tillämpningen av NBA och därmed sammanhängande regler inte skulle kunna inskränkas till att gälla Förenade kungariket, kan därmed lämnas utan avseende. Såsom klaganden med rätta gjort gällande, är anförandet att betrakta som ett otillåtligt försök från intervenientens sida att angripa kommissionens beslut på ytterligare en punkt [12].

17. Kommissionen har invänt att vissa av klaganden åberopade grunder inte kan tas upp till prövning, eftersom dessa skulle avse faktiska omständigheter och inte rättsliga omständigheter. Enligt artikel 168a.1 i EG-fördraget och artikel 51 första stycket i EEG-stadgan för domstolen får överklagandet som bekant endast avse rättsfrågor. För överskådlighetens skull, tänker jag dock pröva denna invändning i samband med de grunder för överklagandet som påverkas av invändningen.

11 — Enligt vad kommissionen upplyst i sitt svar på klagoskriften består den gränsöverskridande handeln huvudsakligen av export av "net books" från Förenade kungariket till Irland, import av böcker som av importören eller distributören förklarats vara "net books" efter införseln, från andra medlemsstater till Förenade kungariket samt återimport av böcker till Förenade kungariket som tidigare exporterats till andra medlemsstater (särskilt Irland).

12 — Det kan för övrigt påminnas om att Pentos egentligen intervenerat till stöd för kommissionen.

Målet i sak

Inledande anmärkning

lare som tillhör denna sammanslutning, har uttalat sitt stöd för NBA. Slutligen bör beaktas, att kommissionens beslut medför att marknaden för handel med böcker i Förenade kungariket och Irland, som dittills bildat en enhet, nu delas längs med nationsgränserna. Såväl klaganden som Booksellers Association och Clé har med rätta påpekat denna — åtminstone vid första ögonkastet — paradoxala konsekvens.

18. Föreliggande fall är ovanligt i mer än ett avseende. Det är till exempel överraskande att kommissionen ansåg sig kunna besluta först 1988 om avtal som anmälts redan 1973. Det är också besynnerligt att kommissionen lämnade de avgöranden från Restrictive Practices Court, som klaganden under förfarandet lagt så stor vikt vid, närmast helt utan avseende. I stället åberopade kommissionen ett beslut som den meddelat några år tidigare, varefter den i följande rättegång hävdade att detta uttalande inte skulle tillmätas någon särskild betydelse i föreliggande fall.

Även den överklagade domen föranleder en hel del kritik. I betraktande av de av klaganden åberopade grunderna, kommer jag dock att beröra dessa frågor längre fram.

19. Kommissionen har emellertid med rätta påpekat att den förfogar över ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, när den prövar om förutsättningar för att medge undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget föreligger [13]. Överprövningen i domstol av en sådan prövning måste ta hänsyn till detta utrymme och "därför begränsa sig till att avse riktigheten av underliggande faktiska omständigheter samt deras subsumtion under begrepp i gällande rätt" [14]. Denna överprövning ankommer på domstolen.

Vad klaganden anfört ger utan tvekan anledning till tvivel om huruvida kommissionen fattat ett ändamålsenligt beslut. Klagandens påstående att ett system av fastställda minimipriser som i mindre grad begränsade konkurrensen än vad som är fallet med NBA knappast vore tänkbart, förtjänar beaktande. Beaktansvärd — om än utan betydelse för bedömningen av de rättsliga omständigheterna — är vidare den omständigheten, att Booksellers Association uppgivit att inte endast en majoritet av berörda förläggare, utan även en stor majoritet av de bokhand-

13 — Se domen av den 15 maj 1975 i målet Frubo mot kommissionen (71/74, rec. s. 563, punkt 43).

14 — Dom av den 13 juli 1966 i målet Consten och Grundig mot kommissionen (56/64 och 58/64, Rec. s. 429, 501). Felaktig är däremot självfallet den av Pentos framförda uppfattningen att kommissionens beslut enligt artikel 85 tredje stycket endast skulle vara rättsvidrigt om det grundats på en "uppenbart" oriktig bedömning av de faktiska eller rättsliga omständigheterna.

Ett överklagande av rättens dom får endast avse rättsfrågor. Som jag tidigare anfört [15], bör begreppet "rättsfråga" tolkas restriktivt. Detta överensstämmer med den rättskipning enligt vilken ett överklagande bara får prövas "i den mån det görs gällande att rätten avgjort saken i strid med rättsregler som den var skyldig att beakta" [16]. Överklagandet måste avse bedömningen av de rättsliga omständigheterna *"med uteslutande av varje bedömning av de faktiska omständigheterna"* [17].

De grunder som klaganden åberopat skall i det följande ses i detta ljus. Därvid bör inledningsvis påpekas att klaganden framställt dessa under två avsnitt i skrivelsen med överklagandet (å ena sidan under rubriken "Grunder för överklagandet", å andra sidan under "Rättsliga synpunkter på grunderna för överklagandet"), utan att någonsin klargöra förbindelsen mellan de bägge delarna. Eftersom några av dessa grunder dessutom överlappar varandra, kommer jag i det följande att utgå från en egen indelning.

15 — Se mitt förslag till avgörande av den 10 februari 1994 i målet SFEI m.fl. mot kommissionen (C-39/93 P, dom av den 16 juni 1994, Rec. s. I-2681, punkt 30 f.).

16 — Dom av den 1 oktober 1991 i målet Vidrányi mot kommissionen (C-283/90 P, Rec. s. I-4339, punkt 13) samt dom av den 8 april 1992 i målet F. mot kommissionen (C-346/90 P, Rec. s. I-2691, punkt 7).

17 — Vidrányi, anf. st. (fotnot 16), punkt 12 samt F., anf. st. (fotnot 16), punkt 7. Senast bekräftat genom dom av den 1 juni 1994 i målet kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (C-136/92 P, Rec. s. I-1981, punkt 48).

De enskilda grunderna för överklagandet

1) NBA:s beskaffenhet

20. Klaganden har hävdat att rätten gjort en "fundamental" feltolkning i punkt 72 genom att där fastställa riktigheten av kommissionens uppfattning, att NBA innebär att ett "kollektivt" system införts, enligt vilket ett och samma pris på en bestämd bok skall gälla för alla bokhandlare. I själva verket står det enligt NBA en förläggare fritt att fastställa minimipriser på vissa böcker på *individuell* basis, utan förpliktande för förläggaren. Det är därför inte fråga om en *kollektiv* reglering. Det genom NBA införda systemet uppvisar emellertid vissa kollektiva drag. I kraft härav kan klaganden på alla berörda förläggares vägnar underrätta alla bokhandlare i Förenade kungariket och Irland om standardvillkoren för försäljningen av "net books". Vidare ger det bokhandlarna möjlighet att bedriva sin verksamhet på grundval av översiktliga och enhetliga försäljningsvillkor. Försäljningsvillkoren föreskriver även enhetliga undantag. Slutligen ger detta system klaganden möjlighet att övervaka att standardvillkoren följs. Detta räcker emellertid inte för att anse NBA innebära en kollektiv reglering. Kommissionen har i VBVB och VBBB-målet [18], såsom framgår av förhandlingsrapporten, själv betecknat det genom

18 — Dom av den 17 januari 1984 (43/82 och 63/82, Rec. s. 19).

NBA införda systemet som ett "system av individuellt fastställda minimipriser med vissa kollektiva drag" [19].

Även Booksellers Association och Clé har såsom grund för överklagandet åberopat att rätten felaktigt använt beteckningen "kollektivt" system.

21. Kommissionen har genmält att såväl den som rätten väl känt till NBA:s beskaffenhet. Detta kan utläsas av punkterna 45 och 95 i den överklagade domen. Domens 72:a punkt, som innehåller den motsatta uppfattning som framförts av klaganden, bör inte föranleda annan slutsats. Klaganden, som lösryckt nämnda punkt ur sitt sammanhang, tillmäter den en betydelse som rätten inte avsett.

22. Kommissionens uppfattning är enligt min bedömning riktig. Uttalandena i punkterna 45 och 95 i den överklagade domen visar att rätten mycket väl känt till att de förläggare som var parter till NBA hade möjligheten — däremot inte skyldigheten — att klassificera de böcker de publicerat som "net books" och för vilka de i NBA fastlagda standardvillkoren skulle gälla. Dessa enhetliga försäljningsvillkor är fastmer tillämpliga först *när* en förläggare utsett en bok till "net book". Om det är riktigt att kalla en sådan reglering för ett *kollektivt* system, förefaller mig (till skillnad från Pentos, som hävdat att NBA otvivelaktigt är av kollektiv beskaffenhet) tveksamt. Den formulering som kommissionen valt i VBVB och VBBB-målet vore enligt min mening att föredra. I sista hand kan emellertid denna fråga — om än ord, som bekant, är förträffliga tvistefrågor — lämnas öppen. Den är nämligen endast av betydelse för det fall rätten dragit felaktiga slutsatser av den beteckning som valts. Så är emellertid — vilket skall visas i det följande — inte fallet [20].

23. Kommissionen har i denna del förklarat att NBA skapat en "villkorskartell" på så sätt att berörda förläggare berövats möjligheten att konkurrera genom att tillämpa avvikande försäljningsvillkor. En förläggare, som önskar fastställa minimipriser på sina produkter, kan endast göra detta på grundval av NBA och däri angivna försäljningsvillkor.

Såvitt förklaringarna avser den omfattning i vilken NBA begränsar konkurrensen hänsyftar de på artikel 85.1 och skall — då överklagandet inte avser rättens bedömning i denna del — fortsättningsvis lämnas därhän. Detta gäller även den uppfattning som klaganden företrätt under den muntliga förhandlingen

19 — Anf. st. (fotnot 18), s. 47.

20 — Se punkterna 24—28 nedan.

inför domstolen, enligt vilken de av NBA berörda förläggarna kunnat välja att fastställa minimipriser, utan att därvid behöva tillämpa de i NBA angivna standardvillkoren.

Klaganden har dock anfört att kommissionens förklaringar även kan förstås så, att kommissionen ifrågasatt om ytterligare en förutsättning för att medge undantag enligt artikel 85.3 förelegat. Enligt artikel 85.3 får som bekant undantag inte medges, om sökanden därigenom skulle ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Om kommissionens förklaringar hänsyftade på detta villkor, hade de måst avvisas som otillåtliga, eftersom såväl kommissionens beslut som den överklagade domen *uteslutande* avsett ett annat villkor för att medge undantag — nämligen huruvida konkurrensbegränsningarna är nödvändiga eller ej. Kommissionen har under förfarandets gång emellertid klargjort att den genom sina förklaringar endast syftat till att beskriva NBA:s innehåll.

2) VBBB och VBVB-målet

24. I punkt 75 i sitt beslut bemärker kommissionen att den redan i sitt beslut i VBBB och VBVB-målet [21] uttalat "att ett kollektivt system av fastställda minimipriser, som innebär att konkurrensen i handeln mellan medlemsstater begränsas på sätt följer av nu aktuella avtal, inte är nödvändigt för att uppnå en förbättring av utgivning och distribution av ifrågavarande böcker". Rätten har i domen uttalat, att kommissionen därvid inte avsett tillämpa bedömningen av nödvändigheten i VBBB och VBVB-målet på NBA-systemet; kommissionen har i själva verket endast avsett påpeka den allmängiltiga princip som innebär att det faktum, att en konkurrensbegränsning innebär fördelar på en viss medlemsstats marknad, inte nödvändigtvis bör föranleda att samma konkurrensbegränsning tillämpas på handeln mellan medlemsstater (punkt 87 i den överklagade domen).

25. Klaganden har anfört att dessa uttalanden av rätten vittnar om felaktig rättstillämpning. Denne har gjort gällande att NBA-systemet inte kan jämföras med det system som kommissionen beslutade om i VBBB och VBVB-målet. Nämnda mål rörde avtal som medförde att konkurrensen begränsades i avsevärd mån, eftersom förläggarna hade *förpliktats* att fastställa minimipriser på

21 — EGT nr L 54, 1982, s. 36. Detta beslut var föremål för talan i det redan omnämnda målet VBVB och VBBB mot kommissionen (se fotnot 18).

böcker som de gav ut. Hänvisningen till målet i kommisionens beslut är därför en allvarlig brist, vilket rätten bort fastslå.

Klaganden har hävdat att om kommissionen endast avsett påminna om den princip som kommissionen fastslagit i VBBB och VBVB-målet, så innebär detta alltjämt att rättstillämpningen är felaktig, eftersom klaganden aldrig uppgivit att NBA-systemet måste tillämpas på handeln mellan medlemsstater till följd av fördelar på marknaden i en medlemsstat. Tvärtom har dennes huvudargument hela tiden varit att NBA är nödvändiga "för att den irländska allmänheten skall komma i åtnjutande av samma förmåner som den brittiska allmänheten".

26. Kommissionen och Pentos har inte bestritt att det föreligger betydande skillnader mellan NBA-systemet och det avtal som var föremål för talan i VBBB och VBVB-målet. Kommissionen har emellertid vidhållit att den i ifrågavarande passus bara avsett påminna om en allmän princip, såsom rätten riktigt funnit. Den har gjort gällande att utvecklingen av skälen för kommissionens beslut inte endast tjänar syftet att redogöra för vad parterna anfört. Det är tvärtom lämpligt, och till och med önskvärt, att kommissionen i sina beslut, förutom de skäl som bestämt utgången i det enskilda fallet, även anför överväganden av mer allmänt slag, vilka kan tjäna såsom rättesnöre för andra ekonomiska aktörer. Den har tillagt att klaganden inte bestritt riktigheten av den princip som beslutet i den nämnda delen hänvisar till.

27. Jag måste medge att kommissionens uppgift förefaller märklig. Beslutet i VBBB och VBVB-målet är det enda beslut av kommissionen (eller domstolen) som kommissionen åberopar i skälen för beslutet angående artikel 85.3 — och just denna hänvisning skall till sist, enligt kommissionen och rätten, alls inte ha varit relevant för beslutet, utan endast utgjort en påminnelse om en generell princip. Såsom klaganden i sin replik riktigt anfört, skulle detta betyda att kommissionens hänvisning var irrelevant för beslutet i detta fall. Jag tycker också att det är svårt att förstå, varför kommissionen skulle begagna sig av detta beslut för att påminna andra ekonomiska aktörer om en princip, som inte var relevant för beslutet i det aktuella fallet. Detta försök till förklaring vilar på osäker grund och det är följaktligen betecknande att kommissionens utläggningar i denna fråga präglas av stor försiktighet. Därmed föreligger misstanke om att kommissionen, då den fattade sitt beslut, helt och hållet ansåg att beslutet i VBBB och VBVB-målet var rele-

vant för beslutet i detta fall. Denna misstanke stöds exempelvis av att det tidigare beslutet omnämns, utan att skillnaderna mellan de båda fallen berörs. Även ordvalet ("redan") skulle kunna utgöra ett — om än svagt — indicium för att kommissionen varit av uppfattningen att den princip som det hänvisats till var tillämplig i *båda* fall. Kommissionen skulle i så fall verkligen ha antagit, att den relevanta frågeställningen var huruvida tillämpningen av NBA i handeln mellan medlemsstater var nödvändig, för att uppnå de fördelar som följde av deras tillämpning i *Förenade kungariket.*

28. Efter noggrant övervägande, har jag emellertid dragit slutsatsen att denna grund för överklagandet inte bör leda till bifall. Av kommissionens beslut framgår inte med tillräcklig säkerhet att beslutet om avslag på begäran om undantag skulle följa av de skäl som anförts i punkt 75. I punkterna 76—85 prövas tvärtom klagandens fyra argument, av vilka enligt klaganden framgår att konkurrensbegränsningarna är nödvändiga. Kommissionen har med viss rätt påpekat att behandlingen av dessa inte varit erforderlig, om beslutet i ärendet redan grundats på de skäl som anförts i punkt 75 och däri innefattad hänvisning till VBBB och VBVB-målet. Den förklaring som rätten givit i den överklagade domen är därmed inte höjd över varje tvivel, men ändå fullt hållbar. Enligt min bedömning bör därför fastslås att rättstillämpningen inte är felaktig.

3) NBA:s mål jämte möjliga alternativ

29. Enligt klagandens uppfattning har rätten oriktigt fastställt kommissionens bedömning i fråga om NBA:s nödvändighet. Klaganden har gjort gällande, att det logiskt sett är omöjligt att pröva nödvändigheten, utan att först ha undersökt vilka mål som NBA åsyftar, om (och, i förekommande fall, i vilken mån) målen faktiskt uppnåtts samt om målen kunnat uppnås på andra sätt, som hade inneburit att konkurrensen begränsades i mindre utsträckning. Kommissionen har visserligen i punkt 75 företrätt uppfattningen, att "parterna till främjande av utgivning och distribution av böcker [kunnat] [22] bruka medel som i mindre utsträckning begränsade konkurrensen". Vilka mindre konkurrensbegränsande medel som därvid avsågs, har emellertid inte angivits.

30. Enligt kommissionens uppfattning har rätten väl känt till NBA:s mål. Kommissionen har gjort gällande att den kunnat lämna frågan om huruvida åsyftade fördelar faktiskt uppnåtts genom NBA öppen, för att nöja sig med att pröva frågan om det funnits något mindre konkurrensbegränsande alternativ. En sådan ansats vore i logiskt hänseende fullt försvarlig, samtidigt som den vore förvalt-

22 — I den tyska texten används ordet "sollten". Av den engelska texten — som är den enda officiellt bindande texten — framgår dock att någon förpliktelse inte avsågs. Avsikten var att påminna om att andra möjligheter fanns.

ningsekonomiskt fördelaktig. Det var därför riktigt av rätten att inte göra anmärkning mot detta. Vad klaganden anfört rör dessutom faktiska omständigheter, som inte kan läggas till grund för överklagandet.

Kommissionen har vidare företrätt uppfattningen, att den inte står under någon förpliktelse att närmare förklara vilka alternativ som står till buds för en part, som begär att undantag skall medges enligt artikel 85.3, om denne skall kunna uppnå de i varje enskilt fall angivna målen på ett mindre konkurrensbegränsande sätt. Den tillfogar att den (i motsats till vad klaganden uppgivit) inte desto mindre angav ett alternativ — nämligen individuella avtal syftande till att fastställa minimipriser. Det ålåg klaganden att visa att detta alternativ inte var genomförbart. Detta har dock inte visats.

31. Den grund för överklagandet som här skall bedömas, sönderfaller enligt min mening i två delar. Klaganden vänder sig för det första mot det av rätten godkända förfaringssätt som kommissionen tillämpat vid prövningen enligt artikel 85.3. Därutöver har invänts att kommissionen inte upplyst klaganden om vilka alternativen till NBA-systemet skulle ha varit.

32. Vad frågan om rättsenligheten av kommissionens ansats i allmänhet beträffar, bör denna fråga enligt min bedömning kunna prövas i högre instans. Skulle kommissionen vid prövningen av artikel 85.3 ha valt fel *ansats*, innebure detta nämligen att rättstillämpningen är felaktig. Detsamma skulle gälla för rättens dom, såvitt ett sådant rättsvidrigt förfaringssätt därigenom hade fastställts.

Enligt min mening kan det emellertid inte anmärkas på kommissionens förfaringssätt. För att ett avtal skall kunna medges undantag, krävs enligt artikel 85.3 att avtalet bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor, eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, och att avtalet inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål, eller ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Undantag får endast medges om ett avtal uppfyller samtliga fyra villkor. Redan då *ett* av dessa villkor inte är uppfyllt, föreligger tillräcklig grund för avslag på begäran om undantag. Kommissionen har därför kunnat inskränka sig till att pröva frågan, om de konkurrensbegränsningar som NBA-systemet medför är nödvändiga för att uppnå eftersträvade mål. Om så inte var fallet, har kommissionen verkligen på anförda skäl kunnat lämna övriga rekvisit i artikel 85.3 därhän.

33. Det är dock självklart att kommissionen och rätten först måste undersöka vilka fördelar som skulle uppnås med NBA-systemet. Så långt håller jag med klaganden. Prövningen av frågan huruvida en konkurrensbegränsning är nödvändig för att uppnå *eftersträvade mål* förutsätter att det har fastslagits vilka dessa mål är. Däremot kunde kommissionen underlåta att pröva *om* målen faktiskt uppnåtts, så snart den fastställt, att konkurrensbegränsningarna i fråga inte var nödvändiga för att uppnå målen.

Kommissionen har gjort gällande att den nogsamt beaktat de fördelar som skulle följa av NBA och som klaganden åberopat, vilket framgår av — den redan omnämnda [23] — punkten 73 i beslutet; i senare prövning antogs att NBA faktiskt medförde dessa fördelar. I själva verket berörs på nämnda ställe de omständigheter som klaganden åberopat till stöd för sin begäran om undantag, det vill säga att priserna på böcker skulle stiga, antalet publicerade titlar eventuellt minska och antalet välsorterade bokhandlare minska, för det fall NBA-systemet avskaffades. Ur positiv synvinkel betyder detta att NBA:s fördelar enligt klaganden består i att NBA garanterar lägre bokpriser, sörjer för att en mångfald av böcker publiceras (däribland även sådana för vilka efterfrågan är liten) och vidmakthåller ett tillräckligt antal välsorterade bokhandlare på marknaden. Kommissionen har inte bestritt att det härvid handlar om fördelar på det sätt som avses i artikel 85.3, varför jag inte närmare behöver beröra därmed sammanhängande frågor. Jag vill dock nämna, att vad Booksellers Association under den muntliga förhandlingen inför domstolen anfört i fråga om den sista av dessa fördelar gjort intryck på mig. Intervenienten uppgav därvid, att ett stort antal välsorterade bokhandlare på marknaden garanterar en så omfattande bokdistribution som möjligt — och jag vill tillägga att detta torde ligga i allas intresse [24].

Såsom kommissionen gjort gällande, har även rätten uppfattat dessa mål med NBA. I punkt 72 i den överklagade domen har rätten sammanfattat innehållet av vad kommissionen anfört i detta avseende. Rätten uttrycker saken på så vis, att NBA:s mål är att förhindra minskad lagerhållning, som skulle föra till mindre upplagor [25], högre bokpriser och att titlar i små upplagor försvann från marknaden. Det är tveksamt om rätten med

23 — Se punkt 9 ovan.

24 — I detta avseende skiljer sig föreliggande mål även från det sakförhållande som domstolen tagit ställning till i sin dom av den 29 oktober 1980 (van Landewyck, 209/78— 215/78 och 218/78, Rec. s. 3125). Domstolen har i denna dom förklarat (anf. st., punkt 184) att antalet handlare "inte nödvändigtvis är det viktigaste kriteriet för en förbättring av distributionen på det sätt som avses i artikel 85 tredje stycket". Därvid bör emellertid inte förglömmas att i det i detta mål var fråga om distribution av tobaksvaror.

25 — Enligt den engelska avfattningens ordalydelse råder det omvända förhållandet mellan orsak och verkan ("... to avoid the decline in stock levels which would result from shorter print runs"). Detta borde emellertid bero på ett misstag snarare än en innehållsmässig skillnad.

dessa ord verkligen riktigt återgivit NBA:s mål, såsom dessa angivits av klaganden. Framför allt kan märkas, att risken för ett minskat antal välsorterade bokhandlare inte uttryckligen nämns. Jag behöver emellertid inte beröra denna fråga närmare, eftersom klaganden inte lagt detta till särskild grund för överklagandet. Till förmån för rätten bör även antas, att rätten väl känt till punkt 73 i beslutet (som omnämns i punkt 72 i domen).

34. Även om kommissionen och rätten sålunda var medvetna om NBA:s *mål*, kan det inte med säkerhet sägas huruvida de också riktigt bedömt deras *omfattning*. Såsom ovan nämnts, har klaganden åberopat att såväl rätten som kommissionen missuppfattat vad klaganden anser vara den centrala aspekten i detta fall — nämligen att NBA systemet är nödvändigt för att säkerställa att eftersträvade fördelar uppnås *också i Irland*. Denna fråga — som berör själva kärnan i målet — prövas enligt min uppfattning lämpligast i samband med den grund som klaganden åberopat till stöd för sin talan mot vad rätten anfört i punkt 84 i den överklagade domen [26].

35. Låt oss nu övergå till den grund för överklagandet enligt vilken kommissionen underlåtit att närmare ange andra till buds stående möjligheter, att med mindre begränsning av konkurrensen uppnå de med NBA eftersträvade målen. Kommissionen har i detta sammanhang med rätta hänvisat till domstolens dom i VBVB och VBBB-målet. Domstolen fann i målet att det i första hand ankommer på de parter som begär undantag att för kommissionen "förebringa bevisning till styrkande av att ett undantag vore ekonomiskt försvarligt samt, om kommissionen invänder däremot, presentera alternativ. Kommissionen kan å sin sida visserligen påpeka möjliga lösningar för företagen, men den har inte rättsligen förpliktats att göra detta" [27]. Om kommissionen avvisar påståendet att vissa konkurrensbegränsningar skulle vara nödvändiga, måste åtminstone kunna krävas att kommissionen ger till känna vilka alternativ den anser vara förhanden. I annat fall skulle man — såsom klaganden mycket tydligt uttryckt saken — i praktiken ge kommissionen ett "fribrev", varvid det vore möjligt för kommissionen att utan förklaring och in abstracto avvisa påståenden om nödvändiga konkurrensbegränsningar.

I motsats till vad klaganden anfört påpekade emellertid kommissionen ett alternativ. Av punkterna 74 och 82 i beslutet framgår till exempel att ett möjligt alternativ enligt kommissionens uppfattning bestod av individuella avtal om fastställda priser för återför-

26 — Se nedan, punkt 37 ff.

27 — Anf. st. (fotnot 18), punkt 52. Jfr även domen av den 11 juli 1985 i målet Remia mot kommissionen (42/85, Rec. s. 2545, punkt 45).

säljning ("individual resale price maintenance agreements") [28]. Såsom kommissionen riktigt anfört, behövde den i detta skede inte ta ställning till huruvida sådana individuella avtal skulle vara förenliga med artikel 85 eller ej. Märkas bör, att kommissionen vid denna tidpunkt inte kände till, och inte kunde känna till, det konkreta innehållet i sådana individuella avtal. Denna fråga hade endast behövt besvaras, om sådana avtal hade anmälts till kommissionen. Det var tillräckligt att kommissionen uttalade att NBA-systemet inte var det enda tänkbara sättet på vilket de önskade fördelarna kunde uppnås. Detta gjorde kommissionen. Det ålåg därför klaganden att visa, att sådana individuella avtal mellan förläggare och bokhandlare inte var ägnade att uppnå de med NBA-systemet eftersträvade fördelarna. Därmed kan inte anmärkas på kommissionens förfaringssätt och rätten har ägt förkasta de av klaganden åberopade grunderna [29]. Överklagandet kan således inte vinna bifall på denna grund.

36. Booksellers Association har i samband därmed företrätt uppfattningen, att kommissionen inte haft rätt att inskränka sig till att avslå klagandens begäran om undantag för NBA. I stället skulle förhandlingar ha inletts med klaganden, för att försöka finna ett godtagbart alternativ. Kommissionen hade haft rätt att vägra att medge undantag först då berörda parter hade motsatt sig kommissionens förslag. Även om kommissionen möjligen skulle kunna inskränka sig till att föreslå alternativ för berörda parter i andra fall, måste ett undantag göras i detta fall. Här handlar det, enligt Booksellers Association, nämligen om avtal som tillämpats till gagn för allmänintresset i många år.

Det förefaller inte vara nödvändigt att beröra intervenientens uppfattning i detalj. Såsom kommissionen riktigt anmärkt, tycks denna avse en ny rättslig grund som inte kan tas upp till prövning. I allt fall bör understrykas att en regel av det innehåll som intervenienten gjort gällande inte existerar i gemenskapsrätten.

4) Punkt 84 i den överklagade domen

37. Klaganden har mot rättens domskäl i punkt 84 framställt två invändningar, av vilka endast en behöver beröras närmare. Först bör anmärkas, att rätten i denna punkt förkastar ett argument, som uppgivits härröra från klaganden. Enligt detta argument skulle

28 — Jfr även punkt 74 i beslutet.
29 — Punkt 90 i den överklagande domen.

NBA-systemet bryta samman, om dess tillämpningsområde begränsades till den nationella marknaden (det vill säga den brittiska marknaden).

38. Klaganden har för det första hävdat, att denne aldrig anfört det argument som rätten berör. Detta har emotsagts av kommissionen. Enligt kommissionens uppfattning skulle denna invändning inte kunna godtas ens om klaganden faktiskt ej anfört argumentet. Det är nämligen inte klart vilket inflytande den omständigheten, att rätten förkastat ett ej anfört argument, skulle ha haft på rättens slutsatser i fråga om de argument som klaganden *faktiskt hade anfört.*

Enligt min bedömning vore det meningslöst att pröva om klaganden anfört ifrågavarande argument under förfarandet vid kommissionen och rätten. I punkt 82 i domen uttalar rätten själv, att klaganden under den muntliga förhandlingen medgivit att systemet inte skulle bryta samman om tillämpningen av NBA begränsades till den brittiska marknaden. Varför rätten i punkt 84 i domen sedermera ändå berör och förkastar ifrågavarande argument är gåtfullt. Jag är böjd att tro, att detta beror på att rätten begått ett misstag. Hur det än förhåller sig med den saken, kan redan det faktum, att rätten på detta ställe upptar ett ej (eller ej längre) anfört argument till behandling, ge upphov till tvivel om huruvida rätten skrivit domskälen med tillräcklig noggrannhet. Detta faktum är däremot irrelevant för den rättsliga bedömningen, eftersom — såsom kommissionen riktigt anmärkt — det inte framgår vilket inflytande dessa överflödiga förklaringar från rättens sida skulle kunna ha haft på vad rätten funnit i fråga om faktiskt anförda argument. En invändning mot sådana överflödiga förklaringar bör betraktas som verkningslös [30].

39. Det är inte lika lätt att besvara de frågor som reses av klagandens invändning mot punkt 84 i domen. I denna punkt förkastar rätten nyssnämnda argument, som uppgivits härröra från klaganden, under påpekande av att ett system av fastställda minimipriser som begränsar konkurrensen på den gemensamma marknaden inte kan medges undantag med motiveringen att det måste bestå, om dess gynnsamma effekter på marknaden i en medlemsstat skall kunna uppnås. Domen lyder i tillägg:

»Vidare kan sökanden, en sammanslutning av i Förenade kungariket etablerade förläggare, inte åberopa eventuella negativa effekter på den irländska marknaden, även om denna marknad hör till samma språkområde».

30 — Se domen av den 22 december 1993 i målet Pincherle mot kommissionen (C-244/91 P, Rec. s. I-6965, punkt 31).

40. Klaganden har invänt att en sådan rättstillämpning är uppenbart felaktig. En sökande från en viss medlemsstat kan, enligt klagandens mening, inte förvägras åberopa fördelar som avtalet medför i andra medlemsstater. Klaganden har gjort gällande att denne genomgående åberopat att NBA-systemet är nödvändigt för att uppnå samma fördelar i Irland som i Förenade kungariket. Booksellers Association och Clé har stött klaganden i denna del.

41. Det är obestridligen så, att den ovan citerade punkten i domen präglas av en uppenbart felaktig rättstillämpning. Undantag enligt artikel 85.3 förutsätter att avtalet i fråga medför vissa gynnsamma effekter. I bestämmelsen föreskrivs inte *var* dessa fördelar skall inträda. Självklart är dock att alla fördelar som uppstår inom gemenskapen är relevanta i detta sammanhang. Syftet med EG-fördragets konkurrensregler är att säkerställa att den inre marknaden fungerar. Att förvägra en ekonomisk aktör från en viss medlemsstat att, inom ramen för artikel 85.3, åberopa fördelar som uppstår i en annan medlemsstat, vore inte förenligt med detta mål. Denna slutsats förefaller mig vara så trivial att någon ytterligare förklaring inte erfordras.

42. Kommissionen har medgivit att ifrågavarande ställe i domen inte är alldeles lättbegripligt och klargjort att den inte delar den uppfattning som rätten där uttryckt. Den har emellertid ansett att vad rätten här uttalat inte är relevant i föreliggande mål, eftersom uttalandet skett i samband med att ett argument, som klaganden aldrig framfört eller senare frånfallit, förkastats. Klaganden har självfallet kunnat åberopa fördelar som inträder i Irland. Denne har emellertid inte visat att en inskränkning av NBA:s tillämpning till Förenade kungariket skulle leda till påstådda negativa följder för den irländska marknaden. Klagandens invändning är irrelevant även på grund av detta.

43. Vad sålunda anförts, övertygar inte. Punkt 84 i den överklagade domen kan visserligen — såsom jag redan nämnt — betraktas som överflödigt och därmed lämnas utan avseende. I den i punkt 84 aktuella kontexten kan man därutöver betrakta ifrågavarande passus, på grund av dess ordalydelse, som ett obiter dictum, vilket ytterligare minskar dess betydelse. Det är därför meningslöst att angripa rättens uttalande *som sådant*. Det kan emellertid inte förnekas, att rätten här menat att klaganden inte kunnar åberopa fördelar i Irland till stöd för sin begäran om undantag. Såsom jag redan anfört [31], kan dock frågan om konkurrensbegränsningars nödvändighet bedömas riktigt först då det bringats till klarhet om målen med det aktuella avtalet. Till dessa hörde i föreliggande

31 — Se punkt 33 ovan.

fall att uppnå åsyftade fördelar *även i Irland*. Eftersom rätten tydligtvis inte insett detta, har dess grundval för prövningen av konkurrensbegränsningarnas nödvändighet varit ofullständig och därmed oriktig. Såtillvida är det enligt min bedömning fråga om oriktig rättstillämpning, som — emedan det rör sig om ett grundläggande fel — borde föranleda att domen upphävdes.

44. Enligt vad domstolen tidigare funnit, skall emellertid ett överklagande ogillas "om rättens domskäl står i strid med gemenskapsrätten, men fullgörelsedomen visar sig vara riktig på annan rättslig grund" [32]. Skulle således kommissionens beslut på denna punkt visa sig vara riktigt, vore det försvarligt att fastställa domen, trots att rättstillämpningen varit felaktig. En förutsättning härför vore, att kommissionen själv väl känt till omfattningen av de fördelar som klaganden åberopat, när den prövade frågan om konkurrensbegränsningarnas nödvändighet.

45. Vad kommissionen anfört i målet om överklagande är ägnat att väcka tvivel om detta. I svarskrivelsen har kommissionen åberopat den omständigheten, att exporten till Irland bara utgör en mycket liten del — ca 1,2 procent — av bokproduktionen i Förenade kungariket. Det kan därför inte förväntas, att inskränkningen av NBAs tillämpning till Förenade kungariket märkbart skulle påverka förläggarnas verksamhet i detta område. Upplagornas storlek, kostnaderna samt antalet och mångfalden av de av brittiska förläggare publicerade böckerna skulle inte ändras nämndvärt. Såtillvida skulle alltså irländska bokköpare kunna komma i åtnjutande av samma fördelar som brittiska bokköpare. Kommissionen har dessutom uppgivit, att det inte kan förväntas, att de följder för antalet välsorterade bokhandlare i *Förenade kungariket* som klaganden befarar skulle bli verklighet. Hur det skulle kunna påverka antalet bokhandlare i *Irland*, omnämns däremot enbart i en fotnot i svarsskrivelsen. Märkbart är även, att kommissionen i sin duplik förebrår klaganden för att ha ändrat ståndpunkt och numera stödja sig på en argumentation som kraftfullt skiljer sig från den i förfarandet vid rätten framförda. Vad sålunda anförts, ger intryck av att kommissionen ursprungligen inte räknat med de möjliga följderna för de irländska bokhandlarna.

46. Denna förmodan stöds även av vad klaganden anfört i fråga om en anmärkning som klaganden framfört i sitt svar. Klaganden gjorde där gällande, att denne alltid åberopat de negativa effekter som ett avskaffande av NBA skulle få för de irländ-

32 — Dom av den 9 juni 1992 i målet Lestelle mot kommissionen (C-30/91 P, Rec. s. I-3755, punkt 28).

ska bokhandlarna, och indirekt även för de irländska bokköparna och de irländska förläggarna. Kommissionen tolkade detta påstående på så sätt, att klaganden till stöd för sin begäran om undantag för NBA anfört, att dessa skulle leda till fördelar för konkurrenterna till klagandens medlemmar. En sådan uppfattning måste betraktas åtminstone som ovanlig. Möjligen kan skälen i slutet av punkt 84 i den överklagade domen förklaras med att rätten härvid haft sådana överväganden i åtanke.

Dessa förklaringar vittnar om uppfinningsrikedom och fantasi hos kommissionens företrädare, men lyckas inte övertyga. Clé har under den muntliga förhandlingen inför domstolen förklarat hur nämnda argument från klagandens sida skall förstås. Enligt Clé är det i målet fråga om den fortsatta existensen och ekonomiska livskraftigheten av irländska bokhandlare med lagerhållning. Förefintligheten av dessa bokhandlare gynnar naturligtvis — indirekt — även de irländska förläggarna. Vad klaganden anfört i denna del är följaktligen fullkomligt logiskt och väl sammanhängande. Vad kommissionen anfört är däremot snarast ägnat att dra uppmärksamheten bort från de verkliga problemen i detta mål. Om kommissionen genom konkret bevisning hade kunnat vederlägga klagandens påstående — att följderna för irländska bokhandlare inte, eller inte tillräckligt, beaktats — skulle kommissionens förklaringar ha varit umbärliga.

47. Klagandens begäran att domstolen skall upphäva såväl rättens dom som kommissionens beslut i detta avseende och därmed föranleda kommissionen att på nytt besluta om begäran om undantag, förtjänar således beaktande. Inte desto mindre har jag dragit slutsatsen att överklagandet inte bör vinna bifall på denna grund. Trots allt har klaganden, enligt min bedömning, i slutändan inte lyckats visa, att kommissionen, då den meddelade sitt beslut, underlåtit att beakta NBA:s eventuella gynnsamma effekter på bokhandelns struktur i Irland. Såsom redan nämnts, har kommissionen i punkterna 76—85 i sitt beslut berört det konkreta argument genom vilket klaganden trott sig kunna påvisa att NBA var nödvändiga. Det framgår inte att kommissionen endast prövat dessa argument med hänsyftning på Förenade kungariket. I kommissionens skäl hänvisas tvärtom på två ställen uttryckligen till Irland [33]. Det har ålegat klaganden att förebringa ytterligare argument, av vilka skulle framgå att NBA:s tillämpning på handeln mellan medlemsstater var nödvändig, för att uppnå vissa fördelar i Irland. Så har uppenbarligen inte skett. Klaganden verkar ha begränsat sig till att förebringa sina fyra argument med generell syftning och utan att särskilt betona den

33 — Se punkterna 77 och 81.

irländska marknaden. Då det följaktligen inte kan fastslås, om kommissionen vid prövningen av konkurrensbegränsningarnas nödvändighet haft en oriktig förståelse av de åsyftade fördelarna som utgångspunkt, bör denna grund för överklagandet förkastas till följd av de överväganden som redovisas ovan.

5) Avgöranden från Restrictive Practices Court

48. Vad Booksellers Association i detta sammanhang anfört ytterligare, behöver endast kort beröras. Intervenienten har gjort gällande att kommissionen och rätten inte vederbörligen beaktat NBA:s betydelse inom det gemensamma språkområdet, som omfattar Förenade kungariket och Irland. Det skulle strida mot likhetsprincipen att ge invånare i ett område vissa fördelar och samtidigt förvägra invånare i ett annat område samma fördelar. Vad sålunda anförts, saknar bärighet. Det är inte fråga om bristande likabehandling, eftersom kommissionen enbart beslutat att klaganden inte förmått visa, att de konkurrensbegränsningar som NBA medför är nödvändiga för att uppnå de eftersträvade fördelarna.

Booksellers Association har dessutom gjort gällande att det beslut av kommissionen som rätten fastställt skulle leda till att en hittills gemensam marknad skulle delas längs nationella gränser. Svaret på detta är, att inskränkningen i beslutet till att gälla aspekter i fråga om handeln mellan medlemsstater, och inte omfattade den rent inomstatliga tillämpningen av NBA, förklaras av det begränsade tillämpningsområdet för artikel 85 i EG-fördraget.

49. Klaganden har påstått att rätten i punkt 77 i domen har lagt ett aldrig anfört argument i dennes mun. Rätten har på detta ställe uttalat att klaganden påstått att vad Restrictive Practices Court funnit angående NBAs nödvändighet gällde såväl för försäljningen i Förenade kungariket av i denna medlemsstat tillverkade böcker som handeln mellan medlemsstater. Klaganden har gjort gällande att denne endast framfört att bevismaterialet inför den brittiska domstolen och denna domstols slutsatser var lika relevanta för Irland som för Förenade kungariket. Kommissionen har inte angivit skälen för sin slutsats, enligt vilken de följder som NBA:s avskaffande enligt Restrictive Practices Court skulle kunna få i Förenade kungariket inte skulle uppstå i Irland. Därigenom har kommissionen brutit mot artikel 190 i EG-fördraget.

Klaganden har vidare uppgivit att rätten felaktigt slutit sig till att det av punkt 43 i

beslutet framgår att kommissionen haft kännedom om avgörandena från Restrictive Practices Court. Tvärtom framgår det varken på detta eller något annat ställe i beslutet att kommissionen beaktat dessa avgöranden. Klaganden har medgivit att kommissionen inte förpliktats pröva alla bevis som framläggs. I föreliggande fall har dock kommissionen underlåtit att bedöma vissa av de viktigaste bevisen, nämligen de bevis som framlagts inför Restrictive Practices Court och samma domstols slutsatser. Kommissionen har inte haft rätt att avslå begäran om undantag utan att först fullständigt och noggrant undersöka nyssnämnda bevis. Om denna undersökning skulle ha företagits, hade kommissionen inte kunnat gå logiskt tillväga utan att nå en annan slutsats. Rättens argument i punkt 79 i domen, enligt vilket nationell domstolspraxis inte får hindra tillämpningen av EG-fördragets konkurrensregler, är visserligen riktigt. Enligt klaganden är detta övervägande emellertid irrelevant, eftersom det i föreliggande fall endast är fråga om huruvida klaganden haft rätt att åberopa nämnda bevis till stöd för sin begäran om undantag.

50. Kommissionen har genmält att rättens felaktiga återgivande av vad klaganden anfört, såsom denne gjort gällande, endast vore av betydelse för det fall ett dylikt misstag (som kommissionen för övrigt inte anser styrkt) skulle ha varit av omedelbar relevans för de skäl som föranlett rätten att tillbakavisa de av klaganden faktiskt anförda argumenten.

Kommissionen har vidare gjort gällande att det av punkt 43 i beslutet framgår att den inte försummat att beakta den brittiska domstolens avgöranden. Det var emellertid inte nödvändigt att uttryckligen beröra slutsatserna av Restrictive Practices Court, eller inför denna domstol framlagda bevis, eftersom dessa inte var av omedelbar relevans för kommissionens sakbehandling i det aktuella förfarandet. Den brittiska domstolen uttalade sig, för det första, inte direkt i frågan om huruvida de konkurrenbegränsningar som NBA medförde på den gemensamma marknaden var nödvändiga eller ej. Restrictive Practices Court fann vidare att det inte hade visats att ett upphävande av NBA skulle leda till en väsentlig minskning av exportintäkterna (däribland intäkterna av exporten till Irland). Slutligen prövade den brittiska domstolen uteslutande om NBA:s fortbestånd vore förenligt med allmänintresset i *Förenade kungariket.*

51. Beträffande invändningen att rätten skulle ha bemött ett argument som klaganden aldrig framfört, kan jag nöja mig med att hänvisa till vad jag anfört i fråga om motsva-

rande invändning mot punkt 84 i domen [34]. Även om klagandens invändning vore riktig, skulle det inte kunna fastställas vilket inflytande dessa (enligt antagandet) överflödiga uttalanden från rättens sida kunde ha haft på rättens bedömning av de argument som faktiskt framförts.

52. I fråga om huruvida kommissionen beaktat avgörandena från Restrictive Practices Court, bör märkas att dessa i punkt 43 i beslutet endast givits ett flyktigt omnämnande. Kommissionen berör inte, varken i denna eller annan plats i beslutet, deras konkreta innehåll eller det bevismaterial som förelåg vid denna domstol. Utöver detta omnämns avgörandena från den nationella domstolen bara i punkt 71 i beslutet. Där uppger kommissionen att de argument som anförts i fråga om NBA:s nödvändighet inte i första hand avsåg nödvändigheten av en gemensam tillämpning av standardvillkor då minimipriser fastställts, utan fastmer frågan om fastställda minimipriser i sig var nödvändiga, för att uppnå eftersträvade mål. Domstolen har emellertid redan i det interimistiska beslutet fastslagit, att nämnda avgöranden från nationell domstol också omfattar prövningen av huruvida det kan anses nödvändigt att fastställa enhetliga försäljningsvillkor [35]. Därvid har även fastslagits att kommissionen i punkterna 72—86 i beslutet prövat NBA:s nödvändighet, "utan beaktande av nämnda nationella domstols bedömning" [36]. Under sådana omständigheter kan knappast hävdas, att det av kommissionens beslut framgår att kommissionen "inte försummat att beakta" den brittiska domstolens avgöranden, såsom rätten trodde sig kunna anta [37].

Hur det kommer sig att kommissionen inte närmare berört förfarandena vid Restrictive Practices Court, är mig en gåta. Om klaganden tillmätt förfarandena så stor betydelse i föreliggande fall, hade det legat nära till hands att — om än kortfattat — behandla dessa förfaranden. Denna underlåtelse kan, i betraktande av förfarandets längd, inte förklaras med tidsbrist. Kommissionen har inför rätten och i målet om överklagande utvecklat de skäl som bestämt kommissionens uppfattning, att nämnda förfaranden vid nationell domstol inte varit av någon särskild betydelse i föreliggande mål. Det är oförklarligt varför detta inte gjordes redan i beslutet.

53. Likväl menar jag att kommissionen har rätt i sakfrågan. Kommissionen har med rätta

34 — Se punkt 38 ovan.
35 — Anf. st. (fotnot 9), punkt 30.
36 — Anf. st. (fotnot 9), punkt 29.
37 — I punkt 79 i domen.

påpekat att Restrictive Practices Court prövat NBA med hänsyn till om de var förenliga med *brittisk* konkurrensrätt. Avgörandena från denna domstol träffades innan Förenade kungariket anslutit sig till gemenskaperna. De avser således inte tolkningen av artikel 85 i EG-fördraget och kan följaktligen inte heller direkt läggas till grund för bedömningen av den fråga som här skall lösas, nämligen om NBA:s begränsningar av konkurrensen i *handeln mellan medlemsstater* är nödvändiga eller ej. Vad rätten funnit i punkt 79 i domen, är såtillvida helt riktigt [38].

Klaganden tycks, liksom Clé, ha utgått från att den brittiska domstolen under det nationella förfarandet i fråga om Förenade kungariket drog slutsatsen, att de konkurrensbegränsningar som följde av NBA var nödvändiga för att uppnå eftersträvade fördelar, varför det ankom på kommissionen att visa att detta sätt att tänka inte var giltigt i fråga om Irland. Detta antagande håller inte. En dylik omkastning av bevisbördan är inte förenlig med artikel 85.3. Det har ålegat klaganden att visa, att konkurrensbegränsningarna varit nödvändiga i handeln mellan medlemsstater. I detta syfte har klaganden framfört fyra särskilda argument, vilka jag avser att behandla nedan.

54. Först skall dock några ord sägas om det mer vittgående argument som anförts av Booksellers Association. I enlighet därmed skulle kommissionen visserligen inte vara bunden av ett avgörande från nationell domstol, men enligt artikel 5 i EG-fördraget ändock vara skyldig att samarbeta med en nationell myndighet som ansvarar för konkurrensrättsliga ärenden. Kommissionen har således förpliktats att beakta en sådan myndighets beslut i den mån som detta är nödvändigt för att dels säkerställa en riktig tillämpning av EG-fördragets konkurrensregler, dels hindra all otillbörlig inblandning i tillämpningen av nationell konkurrensrätt. Klaganden tycks under den muntliga förhandlingen ha velat tillägna sig påståendet som sitt eget.

Frågan om huruvida kommissionens invändning att detta utgör en otillåten ändring av talan är riktig eller ej, kan enligt min mening lämnas öppen. Intervenientens kedja av (dessutom ytterst vaga) påståenden är inte under några omständigheter hållbar. Vad intervenientens påstående i slutändan syftar till, är att kommissionen skall förpliktas anpassa tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler till den nationella konkurrensrätten och dess tillämpning i det enskilda fallet. Såsom kommissionen riktigt påpekat, skulle detta innebära att den princip som

38 — Betydelselösa förefaller mig av samma anledning också de av kommissionen åberopade förklaringarna av den brittiska domstolen i fråga om tänkbara följder för exporthandeln vid ett avskaffande av NBA.

ligger till grund för gemenskapsrätten — enligt vilken gemenskapsrätten har företräde framför nationell rätt — därigenom ställdes på huvudet.

55. Även denna grund för överklagandet bör följaktligen förkastas. Jag betonar dock ännu en gång, att det enligt min mening hade varit betydligt lämpligare om kommissionen i sitt beslut själv förklarat varför den inte tillmätt förfarandena vid Restrictive Practices Court någon särskild betydelse i föreliggande mål, i stället för att lämna denna förklaring först under rättegången.

6) Bedömningen av klagandens särskilda påståenden

56. Klaganden har invänt att rätten och kommissionen prövat de fyra huvudargument som denne anfört i fråga om nödvändigheten var för sig. Enligt dennes mening framgår det först vid en samlad bedömning av dessa påståenden att konkurrensbegränsningarna i NBA verkligen är nödvändiga för att uppnå eftersträvade fördelar.

Klaganden har gjort gällande att denne genomgående betonat att ett system av fastställda minimipriser på böcker måste vara enkelt att handha, om det skall verka gynnsamt. Den kumulation av svårigheter, som skulle följa av enskilda avtal i avsaknad av de hjälpmedel som tillhandahållits genom NBA, skulle — med hänsyn till antalet förläggare, antalet publikationer och exemplar av varje bok som en bokhandlare har i lager samt bokhandelns natur — göra det svårt att tillämpa sådana individuella avtal i praktiken.

57. Kommissionen har med rätta genmält att en samlad bedömning inte leder till att fyra svaga argument förvandlas till en övertygande argumentation. Klaganden har enligt min mening inte lyckats förklara hur en samlad bedömning av anförda argument skulle kunna bevisa nödvändigheten av konkurrensbegränsningarna då inget argument i sig förmår övertyga.

58. Kommissionen har även påpekat, att klaganden inte angripit rättens bedömning av varje argument för sig. Såsom redan nämnts, har klaganden under förfarandet vid domstolen betonat de möjliga följderna av kommissionens beslut för bokhandlare i Irland. Dessa har understrukits ytterligare av intervenienterna på klagandens sida. Booksellers Association talade om en fara för mindre

bokhandlare. Clé utmålade rentav "sammanbrottet" för den irländska bokmarknaden och uttryckte farhågor för att kommissionens beslut skulle leda till sådana praktiska svårigheter att de måste betraktas som en "mardröm".

Under dessa omständigheter hade man kunnat förvänta sig att klaganden åtminstone skulle angripa rättens bedömning av det andra argument som klaganden anfört (enligt vilket bokhandlarna inte skulle förmå tillämpa och beakta ett stort antal skiftande försäljningsvillkor av olika förläggare). Vad kommissionens under punkterna 79—83 i beslutet anfört på denna punkt, förefaller mig i själva verket inte vara särskilt övertygande. Även vad rätten i detta sammanhang förklarat, lämnar en hel del övrigt att önska [39]. Det vore dock inte lämpligt att göra dessa förklaringar av rätten till föremål för en mer ingående prövning. Såsom domstolen nyligen funnit, skall den inom ramen för överklagandet inskränka sig till att pröva de grunder som åberopats, och då enbart granska den överklagade domen ur med varje grund anlagd synvinkel [40]. Eftersom klaganden inte åberopat någon grund i denna del, skall de brister som möjligen finns i skälen för rättens bedömning av nämnda argument var för sig inte behandlas. Talan kan därmed inte heller bifallas på denna grund.

7) Rättspolitiska överväganden

59. Klaganden har påpekat, att kommissionen i sitt meddelande till rådet den 27 november 1985 [41] förklarat att fastställda minimipriser för återförsäljning av böcker uppvisade gynnsamma effekter och inte stred mot konkurrensreglerna i EG-fördraget. Kommissionens förfaringssätt i detta fall skulle vara oförenligt därmed och strida mot principen om god förvaltning. Rätten har, enligt klaganden, underlåtit att beakta denna motsägelse.

Kommissionen har bestritt detta och gjort gällande att den i meddelandet otvetydigt klargjort att den inte tänkte tåla några förfaranden som inte var förenliga med gemenskapens konkurrensrätt. I föreliggande fall skulle den ha beslutat sig för ett "pragmatiskt" förfaringssätt och inskränkt sig till att värdera de aspekter av NBA:s tillämpning som avsåg handeln mellan medlemsstater.

39 — I punkt 105 i den överklagade domen anförs exempelvis att detta påstående "huvudsakligen" rör den brittiska marknaden och därför är "oväsentligt". Hur rätten kommit fram till detta, inser jag inte.

40 — Dom av den 1 juni 1994 i målet kommissionen mot Brazelli Lualdi (anf. st., (fotnot 17), punkterna 29 och 52).

41 — KOM(85) 681 slutligt.

Det är omöjligt att förstå hur det av klaganden framförda påståendet skulle kunna leda till att överklagandet bifölls. Såsom kommissionen med rätta betonat, har klaganden inte hävdat att 1985 års meddelande invaggat honom i tron — vilken möjligen kunde berättiga till skydd — att kommissionen inte skulle rikta anmärkningar mot NBA-systemet. För övrigt anser jag att det här handlar om politiska överväganden, vilka visserligen är av betydelse de lege ferenda, men — såsom Pentos med rätta gjort gällande — inte omfattas av överinstansens domsrätt.

60. Motsvarande gäller för vad klaganden och Booksellers Association anfört i fråga om den omständigheten att kommissionen, då den meddelade sitt beslut, bort beakta de kulturella aspekterna i föreliggande fall. Såsom Booksellers Association med rätta förklarat, följde plikten att beakta dessa aspekter redan av domstolens rättsskipning. Genom fördraget om Europeiska unionen är denna plikt numera uttryckligen fastslagen i EG-fördraget (artikel 128.4 i EG-fördraget). Kommissionen har, såsom framgår under punkt 75 i sitt beslut, emellertid på intet sätt förbigått de kulturella aspekterna [42].

61. Slutligen har klaganden i samband även åberopat en resolution från Europaparlamentet av den 21 januari 1993, i vilken parlamentet uttalat att fastställda minimipriser på böcker bör bibehållas i gemensamma språkområden. Kommissionen har med rätta påpekat att vad som här anförts är irrelevant redan till följd av att resolutionen i fråga antogs långt efter det att kommissionen meddelat det beslut som nu är tvistigt.

62. Därmed bör överklagandet ej heller bifallas på denna grund.

Kostnader

63. Med ogillande av överklagandet skall klaganden enligt artiklarna 122 och 69.2 i domstolens rättegångsregler förpliktas ersätta kostnaderna för förfarandet. Eftersom Clé och Booksellers Association, som intervenerat till stöd för klaganden, ej lyckats få gehör för sina synpunkter, förefaller det mig rimligt att dessa enligt artikel 69.4 andra stycket i rättegångsreglerna skall bära sina kostnader. Intervenienten Pentos har på otillåtligt vis försökt begagna sig av denna rättegång för att ifrågasätta rättsenligheten av NBA:s tillämpning i Förenade kungariket. Då denne intervenient i övrigt huvudsakligen inskränkt sig till att upprepa vad kommissionen anfört, förefaller det mig skäligt att också denne skall bära sin kostnad.

42 — Jfr i detta avseende även punkterna 175 och 177 i *Kommissionens 23:e redogörelse för konkurrenspolitiken* (KOM(94) 161 slutligt).

C — Förslag

64. Jag föreslår följaktligen att överklagandet ogillas och att klaganden förpliktas ersätta kostnaderna för förfarandet, dock med undantag för intervenienternas kostnader, som bör bäras av respektive intervenient.