

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 18 december 2008¹

Inhoud

I — Rechtskader	I - 3723
A — Gemeenschapsrecht	I - 3723
B — Nationaal recht	I - 3724
II — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen	I - 3727
A — Feiten	I - 3727
1. Het in Oostenrijk geldende systeem van vaste boekenprijzen	I - 3727
2. Voorgeschiedenis van het hoofdgeding	I - 3728
B — Hoofdgeding	I - 3728
C — Prejudiciële vragen	I - 3729
III — Procesverloop voor het Hof	I - 3730
IV — Beantwoording van de prejudiciële vragen	I - 3730
A — Inleidende opmerking	I - 3730
1. Het gemeenschapsrechtelijke belang van systemen van vaste boekenprijzen	I - 3730
2. Voorwerp van de prejudiciële vragen	I - 3731
B — Eerste prejudiciële vraag	I - 3732
1. Betoog van partijen	I - 3732

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2. Juridische beoordeling	I - 3734
a) Verkoopmodaliteit	I - 3735
b) Toepasselijk op alle marktdeelnemers in Oostenrijk	I - 3736
c) Dezelfde invloed op de afzet van Oostenrijkse en Duitse boeken	I - 3737
i) Ongelijke juridische behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken	I - 3737
— Inaanmerkingneming van handelsvoordelen	I - 3738
— Mogelijkheid van korting van 5% op kleinhandelsniveau	I - 3739
— Resultaat	I - 3740
ii) Mogelijk negatieve invloed op de afzet van Duitse boeken	I - 3740
— Oostenrijkse eindprijzen voor Duitse boeken richten zich naar Duitse marktomstandigheden	I - 3741
— Aanvullende overweging	I - 3741
iii) Resultaat	I - 3743
d) Resultaat	I - 3743
C — Tweede prejudiciële vraag	I - 3743
1. Betoog van partijen	I - 3744
2. Juridische beoordeling	I - 3745
D — Derde prejudiciële vraag	I - 3747
1. Betoog van partijen	I - 3747
2. Juridische beoordeling	I - 3750
a) Opleggen, begunstigen of versterken van de werking van een concurren- tieverstorende overeenkomst	I - 3752
i) Concurrentieverstorende overeenkomst?	I - 3752
ii) Opleggen, begunstigen of versterken van de werking	I - 3754
	I - 3721

— Rechtstreekse voortzetting van het Sammelreverssysteem van 1993?	I - 3754
— Voortzetting op grond van de overgangsbepaling van § 10 BPrBG?	I - 3754
— Is een inhoudelijke voortzetting voldoende?	I - 3755
iii) Resultaat	I - 3757
b) Overdracht aan particuliere marktdeelnemers van de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied	I - 3757
i) Geen noodzaak van accessoiriteit.	I - 3758
ii) Delegatie aan particuliere marktdeelnemers	I - 3760
iii) Inaanmerkingneming van de bevoegdheid van de lidstaten op cultureel gebied	I - 3762
— Zuiver nationale systemen van vaste boekenprijzen	I - 3764
— Geen schending van andere bepalingen van het EG-Verdrag, met name die inzake het vrije verkeer van goederen	I - 3764
iv) Resultaat	I - 3765
V — Samenvatting	I - 3766
VI — Conclusie	I - 3767

1. Deze prejudiciële procedure betreft een verwijzing van het Oberste Gerichtshof van de Republiek Oostenrijk (hierna: „verwijzende rechter”). De verwijzende rechter wenst te vernemen of de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen van de artikelen 28 EG en 30 EG in de weg staan aan bepaalde elementen van een systeem van vaste boekenprijzen, zoals dat door Oostenrijk is ingevoerd

met het Buchpreisbindungsgesetz (bondswet op de vaste boekenprijs, BGBl. 45/2000; hierna: „BPrBG”). Voorts wil de verwijzende rechter graag weten of het BPrBG verenigbaar is met de verplichting van de lidstaten uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG, junctis de mededingingsrechtelijke bepalingen van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG.

2. Bijgevolg gaat het hier om een zaak die betrekking heeft op het dubbele karakter van het boek als handelswaar en cultuurgood.

die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

I — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Ingevolge artikel 3, lid 1, sub g, EG omvat het optreden van de Gemeenschap een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst.

4. Artikel 10, tweede alinea, EG bepaalt dat de lidstaten zich onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag in gevaar kunnen brengen.

5. Artikel 28 EG verbiedt invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten.

6. Ingevolge artikel 30 EG vormt het bepaalde in artikel 28 EG geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer,

7. Artikel 81, lid 1, EG luidt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

[...]”

8. Artikel 81, lid 3, EG luidt als volgt:

„De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard

— voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

— voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en

— voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”

9. Artikel 151, lid 4, EG bepaalt dat de Gemeenschap bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van dit Verdrag rekening houdt met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen.

B — Nationaal recht

10. Het Oostenrijkse BPrBG bepaalt voor zover van belang:

„Toepassingsgebied

§ 1.

De onderhavige bondswet is van toepassing op de uitgeverij en de invoer van Duitstalige boeken en muziekuitgaven, alsmede op de handel daarin, met uitzondering van de grensoverschrijdende elektronische handel. Zij is gericht op een prijsvorming die recht doet wedervaren aan de positie van boeken als cultuurgoed, aan het belang van de eindverbruiker bij redelijke boekenprijzen en aan de bedrijfseconomische omstandigheden van de boekhandel.

Definities

Oostenrijk ingevoerde producten in de zin van § 1 een eindprijs vast te stellen en bekend te maken.

§ 2.

In de onderhavige bondswet wordt verstaan onder

1. uitgever: degene die bedrijfsmatig de publicatie, de productie en de verspreiding van een product in de zin van § 1 verzorgt;
2. importeur: degene die bedrijfsmatig een product in de zin van § 1 in Oostenrijk invoert met het oog op de verhandeling ervan [...]

2. De importeur mag geen prijs vaststellen die lager is dan de door de uitgever voor de staat van uitgave vastgestelde of aanbevolen eindprijs, of dan de eindprijs die voor Oostenrijk is aanbevolen door een uitgever die is gevestigd buiten een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), verminderd met de daarin begrepen belasting over de toegevoegde waarde [hierna: „btw”].

3. Een importeur die in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), producten in de zin van § 1 koopt tegen een van de gebruikelijke inkooprijzen afwijkende lagere prijs, kan in afwijking van lid 2 de door de uitgever voor de staat van uitgave vastgestelde of aanbevolen prijs, in geval van wederinvoer de door de nationale uitgever vastgestelde prijs evenredig aan het verkregen handelsvoordeel verlagen.

Vaststelling van de prijs

§ 3.

1. De uitgever of de importeur van een product in de zin van § 1 is verplicht, voor de door hem uitgegeven of door hem in

4. Het derde lid is niet van toepassing op wederingevoerde producten in de zin van § 1 die enkel zijn uitgevoerd met het oog op wederinvoer, teneinde de onderhavige bondswet te ontduiken.

5. Bij de overeenkomstig de leden 1 tot en met 4 vastgestelde eindprijs moet de voor producten in de zin van § 1 in Oostenrijk geldende [btw] worden opgeteld.

Overtredingen van de bepalingen inzake de prijsvaststelling en inzake de vaste prijs

§ 7.

[...]

Vaste prijs

1. Overtredingen van § 3, leden 1 tot en met 4, § 4, lid 1, en § 5, leden 1 tot en met 3, zijn overtredingen in de zin van § 1 van de bondswet inzake oneerlijke mededinging, BGBl 448/1984, zoals gewijzigd.

§ 5.

[...]

1. Eindverkopers mogen bij verkoop van producten in de zin van § 1 aan eindverbruikers de overeenkomstig § 3 vastgestelde eindprijs met maximaal 5 % verlagen.

Overgangsbepalingen

2. Eindverkopers mogen in het economisch verkeer voor concurrentiedoeleinden een verlaging van de eindprijs in de zin van lid 1 niet aankondigen.

§ 10

[...]

Voor producten in de zin van § 1 die vóór de inwerkingtreding van deze bondswet in de handel zijn gebracht tegen een vaste winkel-

prijs die in de catalogus van leverbare boeken, uitgave van 20 juni 2000, gepubliceerd was, geldt deze prijs als door de uitgever of de importeur vastgestelde prijs in de zin van deze bondswet.”

vaste eindprijs, dat wil zeggen de prijs die de boekhandelaar aan de klant kon berekenen. Het Sammelreverssysteem van 1993 verplichtte de boekhandelaar de door de uitgever vastgestelde eindprijs als vaste prijs te hanteren.² De uitgever kon de eindprijs naar eigen inzicht vaststellen. Na de vaststelling ervan moest hij evenwel op de naleving ervan toezien.

II — Feiten, hoofddeding en prejudiciële vragen

A — Feiten

1. Het in Oostenrijk geldende systeem van vaste boekenprijzen

11. In Oostenrijk, Duitsland en Zwitserland werd tot en met 30 juni 2000 een door ondernemingen gedragen, grensoverschrijdend systeem van vaste boekenprijzen toegepast, het zogenoemde „Sammelrevers” van 1993. Bij dit Sammelreverssysteem van 1993 ging het om een standaardcontract tussen uitgevers, groot- en kleinhandelaren met betrekking tot met name Duitstalige boeken. Tussen de uitgevers bestond geen horizontale overeenkomst. De sluiting van en het toezicht op de afzonderlijke contracten werd evenwel centraal gewaarborgd door trustee die toezagen op de vaste boekenprijzen.

12. Het hoofddoel van het Sammelreverssysteem van 1993 was de vaststelling van een

13. Na de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie eiste de Commissie op 8 februari 2000 dat uiterlijk 30 juni 2000 alle grensoverschrijdende gevolgen van het Sammelreverssysteem van 1993 zouden zijn opgeheven.³ Hierop werd aan de Commissie een gewijzigde versie van het Sammelreverssysteem van 1993 voorgelegd, die in het bijzonder voorzag in beëindiging van de verticale prijsovereenkomsten tussen Duitse uitgevers enerzijds en de Oostenrijkse groot- en kleinhandel anderzijds, alsmede tussen Oostenrijkse uitgevers enerzijds en de Duitse groot- en kleinhandel anderzijds. De Commissie was van mening dat onder deze omstandigheden niet kon worden uitgegaan

2 — De verticale bindendheid van de eindprijzen moest de uitgevers de mogelijkheid geven om prijzen gedifferentieerd vast te stellen. Het doel was dat de uitgever de extra inkomsten die hij uit de verkoop van goedlopende boeken tegen een hogere prijs ontving, zou gebruiken voor de financiering van minder populaire boeken. Aldus moest de positie van het boek als cultuurobject en de verscheidenheid van het literaire aanbod bevorderd worden, in het bijzonder werken met kleinere oplagen waarvoor enkel een beperkte kring van lezers belangstelling heeft. Voor andere doelstellingen zie Fezer, K.-H., „Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, blz. 141, en Heker, H., „Buchpreisbindung”, in: Schwarze, J., Becker, J., *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos, 1998, blz. 116 en 117.

3 — Hieraan ging een verzoek vooraf van de betrokken uitgevers aan de Commissie om een verklaring dat het Sammelreverssysteem van 1993 niet onder artikel 81, lid 1, EG viel (negatieve verklaring), dan wel, subsidiair, om vrijstelling van de overeenkomst krachtens artikel 81, lid 3, EG (vrijstelling). De Commissie had reeds op 22 januari 1998 haar bezwaren medegedeeld. Voor een verslag van de gang van zaken tot aan de vaststelling van het BPrBG zie Engelmann, M., *Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt*, dissertatie.de, 2001, blz. 125-165.

van een merkbare gevolg voor de intracom-munautaire handel. Op 30 juni 2000 namen de Oostenrijkse uitgevers en de groot- en klein-handel afscheid van het Sammelreverssys-teem van 1993.⁴

14. Op 30 juni 2000 werd in Oostenrijk het BPrBG vastgesteld. Dit wettelijk voorge-schreven systeem van vaste boekenprijzen voorziet in een verticale prijsbinding, maar vertoont ten opzichte van het Sammelrevers-systeem van 1993 in het bijzonder de volgende verschillen: de eindprijzen zijn niet langer vaste prijzen maar minimumprijzen; inge- volge § 3, lid 3, BPrBG kan bij de vaststelling van de eindprijs rekening worden gehouden met handelsvoordelen, en op basis van § 5 BPrBG mag de boekhandelaar aan de eind-verbruiker een korting van 5 % op de vast-gestelde eindprijs verlenen.

term „Duitse minimumprijs” voor de krach-tens de Duitse wet inzake de vaste boeken-prijzen geldende eindprijzen). De Fachver-band ziet erop toe dat de eindverkopers bij reclame voor boeken waarvoor krachtens § 1 BPrBG een vaste prijs geldt, de vastgestelde eindprijs in acht nemen.

16. Libro Handelsgesellschaft mbH (hierna: „Libro”) is actief in Oostenrijk en verhandelt daar op grote schaal in Duitsland uitgegeven boeken (hierna wordt de term „Duitse boeken” gebruikt voor in Duitsland uitge-geven boeken, en „Oostenrijkse boeken” voor in Oostenrijk uitgegeven boeken; hiervan moeten worden onderscheiden Duitstalige en anderstalige boeken, die van belang zijn voor de werkingssfeer van het BPrBG).

2. Voorgeschiedenis van het hoofdgeding

15. De Fachverband für die Buch- und Medienwirtschaft (hierna: „Fachverband”) maakt overeenkomstig § 4, lid 2, BPrBG de eindprijzen bekend die de boekhandelaars ingevolge § 3, lid 1, BPrBG moeten toepassen bij de verkoop van boeken in Oostenrijk (hierna wordt de term „Oostenrijkse mini-mumprijs” gebruikt voor de krachtens het Oostenrijkse BPrBG geldende eindprijzen, de

B — Hoofdgeding

17. Vanaf augustus 2006 heeft Libro in Oostenrijk reclame gemaakt voor de verkoop van in Duitsland uitgegeven boeken tegen dezelfde prijzen als de Duitse eind-prijzen (19,90 EUR), die onder de Oosten-rijkse eindprijzen (20,50 EUR) lagen. Vervol-gens heeft de Fachverband in kort geding gevorderd Libro te verbieden prijzen aan te

⁴ — Wat het Sammelreverssysteem en de procedure bij de Commissie betreft, zie in het bijzonder Bunte, H.-J., „Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung zwischen Deutsch-land und Österreich”, in: *Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner*, Orac Verlag, 2001, blz. 307-310.

kondigen die lager zijn dan de Oostenrijkse eindprijzen.

18. De rechter in eerste aanleg heeft de vordering van de Fachverband toegewezen. De rechter in hoger beroep heeft die uitspraak bevestigd. Libro heeft hiertegen een beroep tot „Revision” ingesteld, waarover de verwijzende rechter in laatste instantie uitspraak moet doen. De verwijzende rechter heeft twijfels over de verenigbaarheid van bepaalde onderdelen van het BPrBG met het gemeenschapsrecht.

door een uitgever die is gevestigd buiten een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), verminderd met de daarin begrepen btw, maar een uitzondering bestaat voor het geval dat de importeur die in een staat die partij is bij de EER, tegen een van de gebruikelijke inkoop-prijzen afwijkende lagere prijs koopt, de door de uitgever voor de staat van uitgave vastgestelde of aanbevolen prijs — in geval van wederinvoer de door de nationale uitgever vastgestelde prijs — evenredig aan het behaalde handelsvoordeel mag verlagen?

- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

C — *Prejudiciële vragen*

19. De verwijzende rechter legt het Hof van Justitie de navolgende prejudiciële vragen voor:

- „1) Moet artikel 28 EG aldus worden uitgelegd, dat het op zich in de weg staat aan de toepassing van een nationale wettelijke regeling die alleen importeurs van Duitstalige boeken verplicht om voor op het nationale grondgebied ingevoerde boeken een voor de eindverkoper bindende verkoopprijs vast te stellen en bekend te maken, waarbij de importeur geen prijs mag vaststellen die lager is dan de door de uitgever voor de staat van uitgave vastgestelde of aanbevolen eindprijs, of dan de eindprijs die voor het nationale grondgebied is aanbevolen

Is de in de eerste vraag bedoelde nationale wettelijke regeling van vaste boekenprijzen, die op zich in strijd is met artikel 28 EG — eventueel ook als verkoopmodaliteit die het vrije verkeer van goederen beperkt —, waarvan het doel heel algemeen is omschreven als de noodzaak om recht te doen wedervaren aan „de positie van boeken als cultuurgoed, het belang van de eindverbruiker bij redelijke boekenprijzen en de bedrijfs-economische omstandigheden van de boekhandel”, uit hoofde van artikel 30 EG of artikel 151 EG gerechtvaardigd, bijvoorbeeld wegens een algemeen belang bij de bevordering van de boekenproductie, bij een verscheidenheid aan titels tegen redelijke prijzen en bij een verscheidenheid aan boekhandelaars, ondanks het gebrek aan empirische gegevens die kunnen aantonen dat het middel van een wettelijke regeling van

vaste boekenprijzen geschikt is om de daarmee nagestreefde doelstellingen te bereiken?

IV — Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 3) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Is de in de eerste vraag bedoelde nationale wettelijke regeling van vaste boekenprijzen verenigbaar met de artikelen 3, lid 1, sub g, EG, 10 EG en 81 EG, ook al sluit zij in de tijd en inhoudelijk naadloos aan op het vroegere systeem van vaste boekenprijzen, dat was gebaseerd op de contractuele verplichting van de boekhandelaars om de door uitgevers vastgestelde prijzen voor uitgegeven werken toe te passen (Sammelreverssysteem van 1993), en is zij in de plaats gekomen van dat contractuele systeem?"

III — Procesverloop voor het Hof

20. Het prejudiciële verzoek van 13 november 2007 is op 29 november 2007 ter griffie van het Hof ingekomen. Tijdens de schriftelijke behandeling hebben Libro, de Fachverband, de Oostenrijkse, de Duitse, de Franse en de Spaanse regering, de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 16 oktober 2008 hebben Libro, de Fachverband, de Oostenrijkse, de Duitse en de Spaanse regering, de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA het woord gevoerd.

A — Inleidende opmerking

1. Het gemeenschapsrechtelijke belang van systemen van vaste boekenprijzen

21. Het is niet voor het eerst dat het Hof gevraagd wordt zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een systeem van vaste boekenprijzen met het gemeenschapsrecht.⁵ Dit wekt nauwelijks verbazing. Bij systemen van vaste boekenprijzen, die door de voorvechters ervan worden bepleit op grond van de rol van het boek als cultuurgood, de diversiteit van het aanbod en de mogelijkheid van het publiek om tegen redelijke prijzen boeken te kopen⁶, worden de eindprijzen voor boeken in de kleinhandel voorgeschreven door de uitgever of de importeur. Systemen van vaste boekenprijzen houden bijgevolg een (verticale) prijsbinding in die de verschillende marktniveaus overstijgt.

22. Verticale prijsbinding is een maatregel die uit de aard der zaak vragen doet rijzen met betrekking tot de verenigbaarheid met het

⁵ — Zie met name arresten van het Hof van Justitie van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie (43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19); 10 januari 1985, Leclerc e.a. (229/83, Jurispr. blz. 1); 23 oktober 1986, Cognet (355/85, Jurispr. blz. 3231); 14 juli 1988, Syndicat des libraires de Normandie (254/87, Jurispr. blz. 4457); 17 januari 1995, Publishers Association/Commissie (C-360/92 P, Jurispr. blz. I-23), en 3 oktober 2000, Échirrolles Distribution (C-9/99, Jurispr. blz. I-8207).

⁶ — Heker, H. (aangehaald in voetnoot 2, blz. 116).

gemeenschapsrecht. In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen systemen van vaste boekenprijzen op basis van overeenkomsten tussen ondernemingen en systemen van vaste boekenprijzen die door de lidstaten worden voorgeschreven. Bij systemen van vaste boekenprijzen op basis van overeenkomsten tussen ondernemingen werpt een verticale prijsbinding met name vragen op met betrekking tot de verenigbaarheid met artikel 81 EG. In geval van een door een lidstaat voorgeschreven systeem van vaste boekenprijzen rijst met name de vraag naar de verenigbaarheid met het vrije verkeer van goederen van de artikelen 28 e.v. EG.

23. In deze zaak gaat het om een systeem van vaste boekenprijzen op basis van een overheidsmaatregel, namelijk het BPrBG. Aangezien het BPrBG de opvolger is van een door ondernemingen opgezet systeem van vaste boekenprijzen, is naast de vraag van de verenigbaarheid met de artikelen 28 e.v. EG, aan de orde de vraag of de Oostenrijkse wetgever met de vaststelling van het BPrBG in strijd heeft gehandeld met het beginsel van gemeenschapstrouw van de lidstaten uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG, junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG.

24. Het Europees Parlement en de Raad hebben hun positieve houding ten opzichte van nationale systemen van vaste boekenprijzen kenbaar gemaakt.⁷

7 — Zie resoluties van het Europees Parlement van 16 december 1999 (PB 2000, C 296, blz. 210) en de Raad van 12 februari 2001 (PB 2001, C 73, blz. 5).

2. Voorwerp van de prejudiciële vragen

25. De taak van het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure is beperkt tot de beantwoording van de aan hem voorgelegde vragen. Het staat aan de nationale rechter om de voor het hoofdgeding relevante vragen vast te stellen en voor te leggen. Het betoog van partijen kan derhalve slechts in aanmerking worden genomen voor zover dit van belang is voor de beantwoording van de prejudiciële vragen.⁸ Ik zal daarom niet stilstaan bij de argumenten van partijen die het kader van de prejudiciële vragen te buiten gaan.

26. In deze zaak gaat het in de eerste plaats om een nationale bepaling als § 3 BPrBG. Deze bepaling heeft betrekking op enerzijds Oostenrijkse boeken en anderzijds boeken die in andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER”) worden uitgegeven. Aangezien het hoofdgeding Duitse boeken betreft, zal ik mij hierna enkel buigen over de regeling van § 3 BPrBG voor Oostenrijkse en Duitse boeken.⁹

8 — Het Hof mag de opmerkingen van partijen niet als aanleiding gebruiken om stil te staan bij andere niet door de nationale rechter gestelde vragen; zie arresten van het Hof van Justitie van 5 oktober 1988, *Alsattel* (247/86, Jurispr. blz. 5987, punt 8); 10 juli 1997, *Palmisani* (C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 31); 6 juli 2000, *ATB e.a.* (C-402/98, Jurispr. blz. I-5501, punt 29), en 12 februari 2004, *Slob* (C-236/02, Jurispr. blz. I-1861, punten 29 en 30). Zie voorts *Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 2e druk, punt 2-020.

9 — Deze uitspraken gelden evenwel ook voor Duitstalige boeken die in andere lidstaten worden uitgegeven.

B — Eerste prejudiciële vraag

beginsel geen lagere prijs dan de Duitse eindprijs berekenen.

27. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 28 EG aldus moet worden uitgelegd dat een nationale bepaling als § 3 BPrBG een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking vormt.

1. Betoog van partijen

28. Het betoog van partijen kan in wezen worden samengevat als volgt.

29. Volgens *Libro*, de *Toezichthoudende Autoriteit van de EVA* en de *Commissie* moet artikel 28 EG aldus worden uitgelegd, dat een nationale bepaling als § 3 BPrBG neerkomt op een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking.

30. De voorwaarden voor de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs waarin § 3 BPrBG voorziet, zijn volgens hen niet op gelijke wijze van toepassing. In het geval van Oostenrijkse boeken kan de Oostenrijkse uitgever deze naar eigen inzicht vaststellen. Bij Duitse boeken daarentegen mag de importeur in

31. De uitzondering van § 3, lid 3, BPrBG, volgens welke handelsvoordelen in aanmerking kunnen worden genomen, en die van § 5 BPrBG, die in de kleinhandel een korting van maximaal 5 % toestaat, zouden niet geëigend zijn om deze ongelijke behandeling te compenseren.

32. Er zouden aanzienlijke problemen bestaan bij de toepassing van § 3, lid 3, BPrBG, met name wat de begrippen „normale aankoopprijs” en „verkregen handelsvoordeel” betreft. Gegevens met betrekking tot de normale aankooprijzen en de verkregen handelsvoordelen zijn niet openbaar, maar vallen onder het bedrijfsgeheim en zijn bijgevolg feitelijk niet te achterhalen.

33. Dat de boekhandelaar krachtens § 5 BPrBG een korting mag verlenen van maximaal 5 % van de Oostenrijkse eindprijs, is onvoldoende om de benadeling van Duitse boeken weg te nemen. Met deze korting mag ook geen reclame worden gemaakt.

34. Volgens de Commissie en de Toezicht-houdende Autoriteit van de EVA vormt § 3 BPrBG een verkoopmodaliteit die niet zonder onderscheid van toepassing is. Libro twijfelt of er sprake is van een verkoopmodaliteit. Op boeken uit Duitsland wordt in de regel de daar bindende eindprijs voor boeken vermeld, op een op het boek aangebracht etiket of direct op de boekomslag gedrukt. Op grond van de afwijkende Duitse en Oostenrijkse btw-tarieven van respectievelijk 7 % en 10 % is een heretikettering noodzakelijk. Bijgevolg is er sprake van een aan het product gerelateerde regeling.

35. In tegenstelling tot de Commissie ziet Libro voorts in de beperking van het BPrBG tot Duitstalige boeken een bijkomende ongelijke behandeling.

36. Volgens de *Fachverband* en de regeringen van de interveniërende lidstaten vormt een maatregel als § 3 BPrBG geen maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking.

37. Bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs zou het gaan om een verkoopmodaliteit die binnen- en buitenlandse producten rechtens en feitelijk gelijk behandelt.

38. Een nationale bepaling als § 3 BPrBG is op zowel Oostenrijkse als Duitse boeken van toepassing. Dat de Oostenrijkse eindprijs in het geval van Oostenrijkse boeken door de Oostenrijkse uitgever wordt vastgesteld, bij Duitse boeken daarentegen door de importeur ervan, zou geen discriminatie vormen.

39. Voorts zijn de Oostenrijkse en de Duitse markt in hoge mate homogeen. Een Duitse uitgever kan bovendien een eigen prijsbeleid voor Oostenrijk voeren door de importeur handelsvoordelen te verlenen die vervolgens door de importeur bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs krachtens § 3, lid 3, BPrBG in aanmerking kunnen worden genomen.

40. Voor zover de Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken vanwege de onderling verschillende btw-tarieven hoger is dan de Duitse eindprijs, kan dit door de boekhandelaar worden gecompenseerd door overeenkomstig § 5 BPrBG een prijs te berekenen die maximaal 5 % lager mag zijn dan de Oostenrijkse eindprijs. Bovendien zou rekening moeten worden gehouden met het feit dat de lidstaten hun eigen btw-tarieven mogen vaststellen.

41. De beperking van het BPrBG tot Duitstalige boeken zou geen discriminatie vormen. Een uitbreiding van de vaste boekenprijzen tot niet-Duitstalige boeken zou tot een verder-

gaande belemmering van het goederenverkeer leiden. De beperking zou ook om objectieve redenen gerechtvaardigd zijn.

mag dan wel handelswaar én cultuuro goed zijn¹¹, maar deze tweeledige aard plaatst een boek niet buiten het vrije verkeer van goederen.

42. De Oostenrijkse regering wijst erop dat § 3 BPrBG voldoet aan de criteria die in het arrest Leclerc e.a.¹⁰ zijn geformuleerd. Deze bepaling stelt importeurs in staat om bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs rekening te houden met handelsvoordelen.

45. De verwijzende rechter vraagt of artikel 28 EG aldus moet worden uitgelegd dat een nationale bepaling als § 3 BPrBG een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking vormt.

43. Volgens de Duitse regering kan het feit dat het Oostenrijkse en het Duitse systeem van vaste boekenprijzen over en weer rekening houdt met de respectieve voor het gebied van de andere lidstaat vastgestelde prijzen, worden opgevat als een gemeenschappelijke, geharmoniseerde marktordening die discriminatie uitsluit.

46. Artikel 28 EG verbiedt kwantitatieve beperkingen, alsmede alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten. Onder een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking moet volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie worden verstaan „iedere (handels)regeling van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren” (Dassonville-formule).¹² Het Hof heeft evenwel verklaard dat nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, niet kunnen worden beschouwd als een belemmering van de handel tussen de lidstaten, „mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied

2. Juridische beoordeling

44. Vooraf wil ik erop wijzen dat boeken binnen de materiële werkingssfeer van het vrije verkeer van goederen vallen. Een boek

11 — Everling, U., „Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und europäisches Gemeinschaftsrecht”, in: *Die Buchpreisbindung aus europarechtlicher, ökonomischer und kulturhistorischer Sicht*, Verlag der Einzelhändler-Vereinigung, 1997, blz. 7.

12 — Arrest van 11 juli 1974, Dassonville (8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5).

10 — Aangehaald in voetnoot 5.

activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten” (Keck-exceptie).¹³

47. Uit de Dassonville-formule en de Keck-exceptie volgt derhalve dat ook (a) verkoopmodaliteiten die (b) voor alle marktdeelnemers op het nationale grondgebied gelden, (c) een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking vormen, wanneer zij zowel juridisch als feitelijk niet dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.

a) Verkoopmodaliteit

48. Het Hof heeft prijsregelingen, met name wanneer ze de verkoop aan de eindverbruikers betreffen, in algemene zin aangemerkt als verkoopmodaliteiten.¹⁴ Een regeling als § 3 BPrBG heeft betrekking op de hoogte van de

Oostenrijkse eindprijs, dat wil zeggen de minimumprijs die de kleinhandel in Oostenrijk aan de eindverbruikers moet berekenen. Een dergelijke regeling vormt bijgevolg op grond van zowel haar formulering als de vaste rechtspraak een verkoopmodaliteit.

49. Libro trek dit in twijfel.

50. Het betoog van Libro dat de Keck-exceptie enkel ziet op *bepaalde* verkoopmodaliteiten, maar dat § 3 BPrBG wegens de grensoverschrijdende dimensie evenwel niet als een dergelijke *bepaalde* verkoopmodaliteit in de zin van de Keck-exceptie kan worden aangemerkt, is niet overtuigend. In de eerste plaats heeft de beperking van de Keck-exceptie tot *bepaalde* verkoopmodaliteiten tot nu toe geen belangrijke rol gespeeld in de rechtspraak van het Hof.¹⁵ In de tweede plaats moet mijns inziens de toevoeging „*bepaalde*” niet in die zin worden begrepen dat de Keck-exceptie in geval van grensoverschrijdende situaties niet dient te worden toegepast. Aangezien het bestaan van een grensoverschrijdend element een voorwaarde is voor de toepassing van artikel 28 EG, zou een dergelijke benadering de Keck-exceptie grotendeels uithollen.

13 — Arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097, punt 16). Ik ben van mening dat de Keck-exceptie niet mechanisch mag worden toegepast. Veeleer moet bij de toepassing van de Keck-exceptie rekening worden gehouden met de overweging van het Hof van Justitie in punt 17 van dit arrest, dat de toepassing van dergelijke regelingen op producten uit een andere lidstaat niet ertoe mag leiden dat voor die producten de *toegang tot de markt* wordt verhinderd of sterker wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is. Mijns inziens is doorslaggevend of een maatregel van een lidstaat de toegang tot de markt kan verhinderen of bemoeilijken.

14 — Arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 13, punten 16-18), en arrest van 11 augustus 1995, Belgapom (C-63/94, Jurispr. blz. I-2467, punt 13).

15 — Müller-Graf, P.-C., wijst er in von der Groeben/Schwarze, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, deel 1, 6e druk 2003, artikel 28, punten 252 en 247, op dat aan dit onderscheidend kenmerk geen zelfstandige betekenis toekomt bij de beoordeling of afbakening.

51. Libro is voorts van mening dat het bij § 3 BPrBG gaat om een productgerelateerde maatregel en bijgevolg niet om een verkoopmodaliteit. De Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken mag in beginsel niet lager zijn dan de Duitse eindprijs. Bij de berekening van de Oostenrijkse eindprijs moet overeenkomstig § 3, lid 2, BPrBG de Duitse btw van 7 % worden afgetrokken en overeenkomstig § 3, lid 5, BPrBG de Oostenrijkse btw van 10 % worden bijgeteld. Dit leidt ertoe dat de Oostenrijkse eindprijs in beginsel hoger is dan de Duitse eindprijs. Op boeken uit Duitsland wordt in de regel de daar geldende eindprijs voor boeken gedrukt of geplakt. § 3 BPrBG heeft derhalve tot gevolg dat Duitse boeken voor de verhandeling ervan in Oostenrijk van een ander etiket moeten worden voorzien.

buitenlandse goederen ongelijk kunnen treffen.¹⁶ Dat een overheidsregeling mogelijk productgerelateerd is, betekent bijgevolg niet dat er geen sprake is van een verkoopmodaliteit, maar kan betekenen dat er sprake is van een verkoopmodaliteit die de afzet van binnenlandse producten en producten uit andere lidstaten feitelijk niet op gelijke wijze raakt.¹⁷

53. Bijgevolg is hier sprake van een verkoopmodaliteit. Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat voldaan is aan de criteria van de Keck-exceptie.

b) Toepasselijk op alle marktdeelnemers in Oostenrijk

52. In dit verband kan worden volstaan met de vaststelling dat ook productgerelateerde regelingen verkoopmodaliteiten kunnen zijn. Ik kan uit de rechtspraak niet afleiden dat hierin verkoopmodaliteiten worden geplaatst tegenover productgerelateerde regelingen. In de rechtspraak wordt veeleer ervan uitgegaan dat productgerelateerde regelingen vaak een feitelijk discriminerende uitwerking hebben en bijgevolg anders dan andere verkoopmodaliteiten de verhandeling van binnen- en

54. Deze verkoopmodaliteit geldt tevens voor alle op het nationale grondgebied actieve

16 — Arresten van 6 juli 1995, Mars (C-470/93, Jurispr. blz. I-1923, punt 12); 12 oktober 2000, Ruwet (C-3/99, Jurispr. blz. I-8749, punt 46); 13 september 2001, Schwarzkopf (C-169/99, Jurispr. blz. I-5901, punt 39), en 14 december 2004, Radlberger Getränkegesellschaft en S. Spitz (C-309/02, Jurispr. blz. I-11763, punt 72). Dit komt door het feit dat een productgerelateerde regeling die een bepaalde etikettering van een waar voorschrijft of verbiedt, de betrokken marktdeelnemer in de regel ertoe dwingt de waar naargelang de plaats van verhandeling verschillend te verpakken, hetgeen bijkomende verpakingskosten met zich brengt. Dit kan de toegang tot de markt bemoeilijken.

17 — Zie voetnoot 30 met betrekking tot de feitelijke discriminatie.

marktdelnemers. Weliswaar richt zich een regeling als § 3 BPrBG enerzijds tot de Oostenrijkse uitgevers en anderzijds tot de importeurs van Duitse boeken, en worden laatstgenoemden bijgevolg anders behandeld dan de groot- en kleinhandel in Oostenrijkse boeken die geen eindprijs hoeft vast te stellen. Vanuit functioneel oogpunt is deze ongelijke behandeling evenwel gerechtvaardigd. Importeurs zijn de marktdelnemers die de Duitse boeken in Oostenrijk in het handelsverkeer brengen. In dit opzicht (in het handelsverkeer brengen) moeten zij gelijk worden gesteld met de uitgevers van Oostenrijkse boeken.¹⁸

c) Dezelfde invloed op de afzet van Oostenrijkse en Duitse boeken

55. Doorslaggevend is de vraag of een regeling als § 3 BPrBG de afzet van Oostenrijkse en Duitse boeken juridisch en feitelijk op dezelfde wijze beïnvloedt. Mijns inziens is het nogal duidelijk dat (i) de behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken krachtens § 3 BPrBG niet gelijk is, en dat dit (ii) de afzet van Duitse boeken in Oostenrijk nadelig kan beïnvloeden.

i) Ongelijke juridische behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken

56. In § 3 BPrBG wordt de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs verschillend geregeld. § 3, lid 1, BPrBG laat de Oostenrijkse uitgever vrij in de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs voor zijn boeken. Ingevolge § 3, lid 2, BPrBG mag daarentegen een importeur van Duitse boeken in beginsel geen lagere eindprijs voor Oostenrijk vaststellen dan de Duitse eindprijs die de Duitse uitgever van het boek voor de verkoop in Duitsland heeft vastgesteld.

57. Bij de Dassonville-formule en de Keck-exceptie gaat het erom of een gelijke behandeling van nationale producten en van producten uit andere lidstaten binnen de betrokken lidstaat plaatsvindt. In casu is het verschil gelegen in het feit dat de Oostenrijkse eindprijs in het geval van Duitse boeken, anders dan bij Oostenrijkse boeken, niet naar eigen inzicht en bijgevolg niet enkel op basis van de Oostenrijkse marktomstandigheden kan worden vastgesteld. § 3, leden 1 en 2, BPrBG houdt bijgevolg een juridische ongelijke behandeling in, gebaseerd op de herkomst van de boeken.

58. De vraag daarentegen of de Duitse en de Oostenrijkse eindprijs op een gelijk niveau kan worden vastgesteld, lijkt mij voor de

18 — Wanneer Oostenrijk wil waarborgen dat de vaste boekenprijs voor alle op haar grondgebied in het handelsverkeer gebrachte Duitstalige boeken geldt, dan ligt het voor de hand om de eerste schakel in de Oostenrijkse distributieketen, dat wil zeggen de Oostenrijkse uitgevers en importeurs, hieraan te houden.

Dassonville-formule en de Keck-exceptie niet relevant te zijn.

Oostenrijkse uitgever moet een Duitse uitgever bijgevolg omzetverlagende handelscondities voor lief nemen om een eigen prijsbeleid in Oostenrijk te kunnen voeren.

59. De Fachverband en de regeringen van de interveniërende lidstaten betogen evenwel dat op basis van de uitzonderingsbepalingen van § 3, lid 3, BPrBG en § 5 BPrBG een ongelijke behandeling kan worden uitgesloten.

— Inaanmerkingneming van handelsvoordelen

60. Krachtens § 3, lid 3, BPrBG kan een importeur die Duitse boeken koopt tegen een prijs die lager is dan de normale aankoop prijs, bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs de Duitse eindprijs verlagen met een bedrag dat in verhouding tot het verkregen handelsvoordeel staat. Een Duitse uitgever zal hierdoor in staat zijn om voor Oostenrijk een eigen prijsbeleid te voeren.

61. Ik vind dit betoog niet overtuigend.

62. In *de eerste plaats* kan een Duitse uitgever anders dan een Oostenrijkse uitgever enkel in die gevallen een eigen prijsbeleid voor Oostenrijk voeren, waarin hij de importeur een aankoop prijs berekent die lager is dan de normale aankoop prijs. In tegenstelling tot een

63. In *de tweede plaats* lijkt de praktische toepassing van § 3, lid 3, BPrBG met aanzienlijke moeilijkheden gepaard te gaan. Terecht wordt erop gewezen dat de prijzen die de groot- en kleinhandel aan de Duitse uitgevers betalen vaak onder het bedrijfsgeheim vallen, zodat nauwelijks kan worden achterhaald wat een normale aankoop prijs in de zin van § 3, lid 3, BPrBG is.

64. In *de derde plaats* is een Duitse uitgever voor de verwezenlijking van zijn prijsbeleid afhankelijk van de medewerking van de importeur. Ingevolge § 3, lid 3, BPrBG is de importeur namelijk niet verplicht om de Duitse eindprijs proportioneel aan de verkregen handelsvoordelen te verlagen. Een Oostenrijkse uitgever daarentegen is niet afhankelijk van de medewerking van zijn klanten.

65. In *de vierde plaats* heeft een Duitse uitgever niet in alle gevallen de vrijheid om handelsvoordelen aan een importeur te verlenen. Wanneer bekend wordt dat de Duitse uitgever aan een bepaalde importeur

prijstvoordelen heeft verleend, dan kan dit voor hem nadelig zijn bij de onderhandelingen met andere afnemers. De verlening van handelsvoordelen zal namelijk publiek worden wanneer een importeur een lagere Oostenrijkse eindprijs voor een Duits boek vaststelt dan die waarin § 3, lid 2, BPrBG in beginsel voorziet.

de wederinvoer van Oostenrijkse boeken in Oostenrijk.²¹

— Mogelijkheid van korting van 5 % op kleinhandelsniveau

66. Op grond van het voorgaande kan niet ervan worden uitgegaan dat het in aanmerking nemen van verkregen handelsvoordelen in § 3, lid 3, BPrBG een compensatie vormt voor de ingevolge § 3, leden 1 en 2, BPrBG bestaande juridische ongelijke behandeling van Duitse en Oostenrijkse boeken bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs.

68. Voorts wordt erop gewezen dat de kleinhandel krachtens § 5, lid 1, BPrBG de mogelijkheid heeft om de eindverbruiker een korting van maximaal 5 % te verlenen op de Oostenrijkse eindprijs.

67. Bij deze gelegenheid wil ik erop wijzen dat § 3, lid 3, BPrBG ook niet valt aan te merken als een omzetting van de in het arrest Leclerc e.a.¹⁹ geformuleerde criteria. Zoals het Hof in dat arrest ondubbelzinnig heeft verklaard²⁰, betreft de voorwaarde dat rekening moet worden gehouden met handelsvoordelen, veeleer de in casu niet relevante situatie van

21 — In dit arrest heeft het Hof zich gebogen over de invoer in Frankrijk van in andere lidstaten uitgegeven boeken en de wederinvoer van in Frankrijk uitgegeven boeken. Met betrekking tot de *invoer* van in andere lidstaten uitgegeven boeken is het Hof in punt 25 van het arrest uitgegaan van het criterium of de importeur de verkoopprijs kan toepassen die hij, gezien zijn kostprijs in de staat van uitgave, passend acht voor de afzet op de markt van de staat van invoer. Hiervan moeten worden onderscheiden de overwegingen van het Hof in de punten 26 en 27 met betrekking tot de *echte wederinvoer*, volgens welke een importeur de mogelijkheid moet hebben om het voordeel van een in de lidstaat van uitvoer bedongen gunstigere prijs in de detailhandelsprijs door te berekenen. Uit deze analyse van het arrest blijkt reeds dat § 3, lid 3, BPrBG, voor zover het om de *invoer* van boeken uit andere lidstaten gaat, niet kan worden aangemerkt als een omzetting van het arrest.

Dit vloeit voort uit het volgende: in geval van *wederinvoer* heeft de binnenlandse uitgever het boek reeds op de nationale markt gebracht. Kan nu een importeur in dit geval het boek in een andere lidstaat voordeliger kopen dan in het binnenland, dan zijn de door de aankoop in een andere lidstaat behaalde handelsvoordelen een tamelijk nauwkeurige afspiegeling van de voordelen van de Europese interne markt. Om ook de eindverbruiker hiervan te laten profiteren, moet de importeur de behaalde handelsvoordelen kunnen doorberekenen. Aangezien in dit geval reeds sprake is van een eindprijs voor het boek in het land van uitgave, is het in dit geval voldoende dat de importeur de behaalde handelsvoordelen in aanmerking kan nemen bij de vaststelling van de eindprijs. Deze redenering kan evenwel niet zonder meer worden toegepast op de *invoer* van een boek uit de staat van uitgave naar een andere lidstaat. In dat geval geldt veeleer de hiervóór genoemde regel, dat het voor de importeur mogelijk moet zijn om een voor de nationale markt passende prijs vast te stellen.

19 — Aangehaald in voetnoot 5.

20 — Zie punten 25 en 26 van het arrest: „Voor zover een wettelijke regeling [...] van toepassing is op boeken die in een andere lidstaat zijn uitgegeven [...]. Voor zover daarentegen een dergelijke wettelijke regeling van toepassing is op boeken die in de betrokken lidstaat zijn uitgegeven en, na uitvoer naar een andere lidstaat, daar weer worden ingevoerd [...]”.

69. Dit argument overtuigt mij evenmin.

73. Bijgevolg is ook § 5 BPrBG niet geschikt om de uit § 3, leden 1 en 2, BPrBG voortvloeiende ongelijke behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken te compenseren.

70. In *de eerste plaats* is § 5, lid 1, BPrBG zowel op Oostenrijkse als op Duitse boeken van toepassing. Ik zie niet in, hoe een ingevolge § 3, leden 1 en 2, BPrBG bestaande ongelijke behandeling kan worden opgeheven door een regeling die verlening van een korting van 5 % toestaat bij zowel Oostenrijkse als Duitse boeken.

— Resultaat

71. In *de tweede plaats* lijkt dit argument vooral te doelen op de mogelijkheid dat ondanks het verschil in btw-tarief tussen Oostenrijk en Duitsland de Oostenrijkse en de Duitse eindprijs voor een boek op gelijke hoogte kan worden vastgesteld. In casu doet dit evenwel niet ter zake.²²

74. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat ingevolge § 3, leden 1 en 2, BPrBG verschillende regelingen voor Duitse en Oostenrijkse boeken gelden en dat dit juridische onderscheid noch door § 3, lid 3, BPrBG, noch door § 5 BPrBG wordt goedge maakt.

72. In *de derde plaats* kan ingevolge § 5, lid 1, BPrBG niet de Oostenrijkse eindprijs worden verlaagd, maar enkel de prijs waartegen een boek in de kleinhandel aan de eindverbruiker wordt verkocht. Op het eerste gezicht mag dit verschil dan wel onbelangrijk lijken wanneer de importeur van de boeken en de boekhandelaar (zoals Libro) één en dezelfde onderneming zijn. Maar krachtens § 5, lid 2, BPrBG mag enkel reclame worden gemaakt met de Oostenrijkse eindprijs, daarentegen niet met de met maximaal 5 % verlaagde prijs.

ii) Mogelijk negatieve invloed op de afzet van Duitse boeken

75. Dit juridische onderscheid kan mijns inziens tevens de afzet van Duitse boeken ten opzichte van Oostenrijkse boeken nadelig beïnvloeden.

²² — Zie punt 58 van deze conclusie.

— Oostenrijkse eindprijzen voor Duitse boeken richten zich naar Duitse marktomstandigheden

lijke lidstaten, maar ook culturele en maatschappelijke verschillen het consumentengedrag beïnvloeden en bijgevolg een afwijkende prijsbeleid rechtvaardigen.²⁴

76. De Oostenrijkse eindprijs is een minimumprijs waarop de kleinhandel bij de verkoop van een boek in beginsel geen korting mag geven. Ook al hebben boeken het dubbele karakter van handelswaar én cultuurgood en kunnen de auteur en het onderwerp van het boek een grote rol spelen, toch blijft de minimumprijs van een boek, evenals bij andere goederen, vanuit het perspectief van een eindverbruiker een *wezenlijke mededingingsfactor*.

78. Een Duitse uitgever die de Oostenrijkse eindprijs beter op de Oostenrijkse marktomstandigheden wil laten aansluiten, moet, voor zover hij hiertoe een lagere prijs moet berekenen dan de Duitse eindprijs (na aftrek van de Duitse en vermeerderd met de Oostenrijkse btw), de hierboven genoemde nadelen²⁵ voor lief nemen. Alleen al hierdoor kan mijns inziens de afzet van Duitse boeken nadelig worden beïnvloed, zodat hierbij niet verder hoeft te worden stilgestaan.

77. Zoals hiervóór is opgemerkt, kan bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs voor Oostenrijkse boeken rekening worden gehouden met de Oostenrijkse marktomstandigheden; in het geval van Duitse boeken richt zich de Oostenrijkse eindprijs daarentegen in zoverre naar de Duitse eindprijs dat deze in beginsel als minimumprijs geldt. Bijgevolg wordt bij de verhandeling van Duitse boeken een *wezenlijke mededingingsfactor* niet door de Oostenrijkse maar door de Duitse marktomstandigheden beïnvloed.²³ Er kan niet van worden uitgegaan dat de eindprijs die voor de Duitse markt is vastgesteld, ook in alle denkbare gevallen voor Oostenrijk de juiste prijs is. Veeleer kunnen verschillen in het juridische en het economische bestel van de afzonder-

— Aanvullende overweging

79. Enkel volledigheidshalve wil ik op het volgende wijzen. De Oostenrijkse eindprijzen voor Duitse boeken zijn op grond van het verschil tussen de btw-tarieven in Duitsland

23 — Hieraan wordt ook niet afgedaan door het feit dat een Duitse uitgever bij de vaststelling van de Duitse eindprijzen eventueel ook de Oostenrijkse marktomstandigheden in aanmerking neemt. Al zou dit zo zijn, hetgeen onwaarschijnlijk is gezien de in verhouding duidelijk kleinere omvang van de Oostenrijkse markt, dan zouden de Duitse eindprijzen *niet enkel* met het oog op de Oostenrijkse markt worden vastgesteld.

24 — Een voorbeeld zijn boeken van auteurs die zeer bekend zijn in een lidstaat. Voor het kookboek van een kok die vooral in de Duitse media optreedt, kan in Duitsland een hogere prijs dan in Oostenrijk op zijn plaats zijn. Tegen deze achtergrond is het argument dat Oostenrijk en Duitsland met het BPRBG en de overeenkomstige Duitse wet inzake vaste boekenprijzen een gemeenschappelijke marktordening in het leven hebben geroepen die een ongelijke behandeling *per se* uitsluit, niet overtuigend.

25 — Zie punten 62-65 van deze conclusie.

(7 %) en Oostenrijk (10 %) in beginsel hoger dan de Duitse eindprijzen.²⁶ Als nu de Duitse eindprijs voor Duitse boeken is vastgesteld rekening houdend met een veronderstelde psychologische prijsdrempel²⁷, dan zal de Oostenrijkse eindprijs in beginsel boven deze drempel uitkomen.

Oostenrijkse eindprijs in beginsel aan de Duitse eindprijs is gekoppeld (na aftrek van de Duitse en vermeerderd met de Oostenrijkse btw), de afzet van Duitse boeken negatief kan beïnvloeden.

80. Zelfs wanneer de verkoopprijs bij de verkoop aan de eindverbruikers in de kleinhandel krachtens § 5, lid 1, BPrBG met 5 % kan worden verlaagd en de Duitse en de Oostenrijkse eindprijzen zodoende in evenwicht kunnen worden gebracht, kan geen reclame worden gemaakt met deze lagere prijs.

83. Het hiertegen ingebrachte argument dat de lidstaten hun eigen btw-tarieven vaststellen en dat deze bevoegdheid moet worden gerespecteerd, kan mij niet overtuigen.

81. Een Oostenrijkse uitgever kan daarentegen bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs rekening houden met de veronderstelde psychologische prijsdrempel en tevens reclame maken met de overeenkomstige eindprijs.

82. Uit dit voorbeeld blijkt mijns inziens zeer duidelijk hoe het feit dat bij Duitse boeken de

84. De importeur wordt bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs niet beperkt door het verschil in de Duitse en Oostenrijkse btw-tarieven, maar door het feit dat hij in beginsel geen lagere prijs mag vaststellen dan de door de uitgever vastgestelde Duitse eindprijs.²⁸ Zou deze verplichting niet bestaan, dan zou de Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken onder het niveau van de Duitse eindprijs²⁹, maar niettemin rekening houdend met het hogere Oostenrijkse btw-tarief kunnen worden vastgesteld. In dat geval zou de bevoegdheid van de lidstaten met betrekking tot de hoogte van het btw-tarief gerespecteerd worden en zou de importeur niettemin de vrijheid hebben om een geschikte Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken vast te stellen.

26 — Ingevolge de basisbepalingen moet de door de Duitse uitgever voor Duitsland vastgestelde eindprijs met het Duitse btw-tarief van 7 % worden verminderd en vervolgens met het Oostenrijkse btw-tarief van 10 % vermeerderd.

27 — Hiermee wordt de hoogte van een prijs bedoeld die de eindverbruiker voelt als een drempel waarboven de vraag naar het betrokken product duidelijk afneemt. Psychologische prijzen liggen vlak onder deze drempel, dat wil zeggen bijvoorbeeld bij 9,99 EUR, 14,99 EUR of 19,99 EUR.

28 — Verminderd met de Duitse en vermeerderd met de Oostenrijkse btw.

29 — Idem.

iii) Resultaat

85. Duitse boeken worden juridisch anders behandeld dan Oostenrijkse boeken. Deze ongelijke behandeling kan de afzet van Duitse boeken in Oostenrijk nadelig beïnvloeden.

logische redenen geen op zichzelf staande handelsbeperking te kunnen vormen. Een uitbreiding van een regeling als § 3 BPrBG tot niet-Duitstalige boeken zou immers een verdergaande beperking van het goederenverkeer met zich brengen.³¹

d) Resultaat

86. De vraag of een bepaling als § 3 BPrBG daarenboven ook feitelijk tot een ongelijke behandeling leidt, is bijgevolg niet van belang.³⁰

88. Aangezien een bepaling als § 3 BPrBG de afzet van Oostenrijkse en Duitse boeken juridisch niet op dezelfde wijze beïnvloedt, valt deze bepaling niet onder de Keck-exceptie. Een dergelijke bepaling vormt bijgevolg een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking in de zin van artikel 28 EG.

87. Ten slotte lijkt mij de beperking van het BPrBG tot Duitstalige boeken alleen al om

C — Tweede prejudiciële vraag

30 — Bijgevolg hoeft niet te worden stilgestaan bij de feitelijke discriminatie op grond van de noodzaak van een heretikettering. Ik waag toch al te betwijfelen of de economische noodzaak van een prijsgerelateerde heretikettering bovenop de reeds geconstateerde juridische discriminatie, een zelfstandige feitelijke ongelijke behandeling kan vormen. In *de eerste plaats* wordt de heretikettering niet rechtstreeks door een nationale bepaling voorgeschreven. Bijgevolg is het reeds de vraag of in dezen wel sprake is van een overheidsmaatregel in de zin van artikel 28 EG. In *de tweede plaats* heb ik ook in dit geval mijn twijfels of er wel sprake is van een feitelijke discriminatie. Etiketteringsvoorschriften kunnen weliswaar feitelijk discriminerend werken, maar ik wijs erop dat de veronderstelling van een feitelijke discriminatie nauw verbonden is met het beginsel van het land van oorsprong. Mijns inziens kan aan het beginsel van het land van oorsprong niet het recht worden ontleend om een product in alle lidstaten tegen dezelfde prijs te kunnen verkopen. Een zodanig ruime opvatting van het recht op toegang tot de markt uit hoofde van artikel 28 EG zou ertoe leiden dat indirect alle verschillen tussen het juridische en economische bestel van de lidstaten die een prijsverschil zouden kunnen rechtvaardigen, als maatregelen met gelijke werking als invoerbeperking moeten worden aangemerkt.

89. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of, ingeval een nationale regeling als § 3 BPrBG een maat-

31 — Dit betekent niet dat de beperking tot Duitstalige boeken geen rol speelt op het gebied van het vrije verkeer van goederen. Mogelijk moet hiermee rekening worden gehouden bij de rechtvaardiging. Volgens vaste rechtspraak kunnen beperkingen van fundamentele vrijheden enkel gerechtvaardigd zijn, indien ze samenhangend en stelselmatig van aard zijn (arrest van 6 november 2003, Gambelli e.a., C-243/01, Jurispr. blz. I-13031, punt 67). De verschillende behandeling van Duitstalige en niet-Duitstalige boeken zou bijgevolg in voorkomend geval in dat kader in aanmerking moeten worden genomen.

regel van gelijke werking als een invoerbeperking vormt, deze gerechtvaardigd kan worden door dwingende vereisten van algemeen belang uit hoofde van artikel 30 EG of artikel 151 EG.

1. Betoog van partijen

90. Het betoog van partijen met betrekking tot deze prejudiciële vraag kan als volgt worden samengevat.

91. *Libro*, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Commissie zijn van mening dat de verschillende behandeling van Duitse en Oostenrijkse boeken niet kan worden gerechtvaardigd.

92. Zij zijn eensluidend in hun opvatting dat een dergelijke discriminerende maatregel enkel op basis van 30 EG kan worden gerechtvaardigd. Het met het BPrBG beoogde doel van instandhouding van een gevarieerd boekenaanbod zou evenwel niet onder artikel 30 EG vallen. Het zou in het bijzonder geen maatregel zijn ter bescherming van het nationaal, artistiek, historisch en archeologisch bezit.

93. Voorts zou de maatregel onevenredig zijn. Dienaangaande wijst de Toezichthou-

dende Autoriteit van de EVA erop dat de als rechtvaardiging aangevoerde doelen ook zouden kunnen worden bereikt door de importeur van Duitse boeken toe te staan de Oostenrijkse eindprijs vast te stellen zonder gebondenheid aan de door de Duitse uitgever vastgestelde Duitse eindprijs. Een andere mogelijkheid zou zijn om de Duitse uitgevers de mogelijkheid te geven de Oostenrijkse eindprijs te laten vaststellen. Uitgevers uit staten die geen lid van de EER zijn, zouden die vrijheid hebben.

94. Ook artikel 151 EG biedt geen rechtvaardigingsgrond volgens Libro, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Commissie. Deze bepaling is de rechtsgrondslag voor het optreden van de Gemeenschap, geen uitzondering op de werkingssfeer van artikel 28 EG. Bovendien zou de ongelijke behandeling van Duitse en Oostenrijkse boeken niet noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 151 EG.

95. Bovendien meent Libro dat het Oostenrijkse systeem van vaste boekenprijzen *als zodanig* niet met dwingende vereisten van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd. Het aanvoeren van algemene culturele belangen zou hiervoor niet volstaan en een vaste boekenprijs zou geen proportioneel middel vormen ter bereiking van de nagestreefde doelen. De Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA daarentegen wijzen erop dat het in casu niet erom te doen is het systeem van vaste boekenprijzen *als zodanig* te rechtvaardigen. Het zou veeleer enkel gaan om de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling van Duitse en Oostenrijkse boeken.

96. De *Fachverband* en de regeringen van de *intervenierende lidstaten* betogen dat het systeem van de vaste boekenprijzen niet discriminerend is en bijgevolg gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende vereisten van algemeen belang.

rekening moeten houden met de eigen bevoegdheden van de lidstaten.

97. Als dwingende vereisten van algemeen belang noemen zij met name de bescherming van het boek als cultuurgoed, het belang van de eindverbruikers bij redelijke prijzen voor boeken en een adequate voorziening van het publiek met boeken door middel van een ruim en gevarieerd kleinhandelsnetwerk. Een bepaling als § 3 BPrBG zou een evenredig middel zijn ter bereiking van deze doelstellingen.

98. De *Fachverband* en de Franse regering erkennen dat de bescherming van de creativiteit en de culturele verscheidenheid van het boekwezen niet onder artikel 30 EG valt.

99. De *Fachverband* en de regeringen van de *intervenierende lidstaten* betogen voorts dat een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking gerechtvaardigd kan worden op basis van 151 EG. Hierin wordt de bevoegdheid voor het cultuurbeleid bij de lidstaten gelegd. Volgens artikel 151, lid 4, EG zou de Gemeenschap bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van dit Verdrag rekening moeten houden met culturele aspecten. Bijgevolg zou de Gemeenschap ook in het kader van het goederenverkeer

2. Juridische beoordeling

100. Vooraf wil ik er nog een keer op wijzen dat het Hof in het kader van een prejudicieel verzoek krachtens artikel 234 EG enkel gehouden is om de hem door de verwijzende rechter gestelde vragen te beantwoorden.³² Mijns inziens gaat het er bij de onderhavige vraag enkel om of de in het kader van de eerste prejudiciële vraag vastgestelde ongelijke behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken valt te rechtvaardigen op grond van dwingende vereisten van algemeen belang uit hoofde van artikel 30 EG of artikel 151 EG. Bijgevolg gaat het enkel om de rechtvaardiging van deze ongelijke behandeling, niet om de rechtvaardiging van het systeem van vaste boekenprijzen als zodanig.

101. Met betrekking tot de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling constateer ik om te beginnen dat het betoog van de *Fachverband* en de regeringen van de *intervenierende lidstaten* zich in wezen ertoe beperkt het Oostenrijkse systeem van vaste boekenprijzen

³² — Zie punt 25 van deze conclusie.

als zodanig te rechtvaardigen. Een rechtvaardiging van de ongelijke behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken kan ik uit het betoog van deze partijen niet afleiden.

genoemd. Een uitbreiding tot de bescherming van de creativiteit en de culturele diversiteit in de boekensector heeft het Hof uitdrukkelijk van de hand gewezen.³⁵

102. Een dergelijke maatregel valt mijns inziens ook moeilijk te rechtvaardigen.

103. In *de eerste plaats* ontbreekt het mijns inziens reeds aan een geldige rechtvaardigingsgrond.

104. Dwingende vereisten van algemeen belang in de zin van het arrest Cassis de Dijon³³ kunnen enkel maatregelen rechtvaardigen die zonder onderscheid van toepassing zijn.³⁴ In casu vallen zij bijgevolg af als rechtvaardigingsgrond.

105. Een rechtvaardiging op grond van artikel 30 EG komt in het onderhavige geval niet in aanmerking. In het arrest Leclerc e.a. heeft het Hof uitdrukkelijk verklaard dat artikel 30 EG strikt moet worden uitgelegd en niet kan worden uitgebreid tot doelstellingen die daarin niet uitdrukkelijk zijn

106. Ook artikel 151, lid 4, EG bevat mijns inziens geen rechtvaardigingsgrond die verder reikt dan de reeds genoemde dwingende vereisten van algemeen belang. Artikel 151 EG is een bepaling over de bevoegdheid van de lidstaten en de Gemeenschap. Weliswaar volgt uit artikel 151, lid 4, EG dat de Gemeenschap rekening houdt met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen. Maar artikel 151, lid 4, EG bevat geen „cultuurclausule” ten opzichte van andere verdragsbepalingen.³⁶ Bijgevolg kunnen de lidstaten uit artikel 151, lid 4, EG geen discretionaire bevoegdheid afleiden om maatregelen vast te stellen die discriminerende gevolgen hebben voor de afzet van goederen uit andere lidstaten. Bijgevolg kan een ongelijke behandeling van Duitse en Oostenrijkse boeken niet op basis van artikel 151, lid 4, EG worden gerechtvaardigd.

107. In *de tweede plaats* moet de ongelijke behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken, ook al zou er een aanvaardbare rechtvaardigingsgrond zijn, als onevenredig worden aangemerkt. Voor de verwezenlijking van de genoemde doelstellingen, met name de bescherming van het boek als cultuurobject en het belang van de eindverbruiker bij een redelijke prijs voor boeken, bestaan mijns

33 — Arrest van 20 februari 1979, Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon”, (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 8).

34 — Arresten van 25 juli 1991, Aragonosa de Publicidad Exterior en Publivia (C-1/90 en C-176/90, Jurispr. blz. I-4151, punt 13), en 11 mei 1989, strafzaak tegen Wurmser (25/88, Jurispr. blz. 1105, punt 10), alsmede Fezer, H.-J. (aangehaald in voetnoot 2, blz. 144).

35 — Aangehaald in voetnoot 5, punt 30.

36 — Zie dienaangaande Everling, U., *Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos, 1997, blz. 34.

inziens minder vergaande middelen. Hierbij kan met name worden gedacht aan de mogelijkheid om de importeur in beginsel zelf de Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken te laten vaststellen.³⁷

zeggen het vóór de vaststelling van het BPrBG door de ondernemingen gedragen systeem van vaste boekenprijzen.

108. Samengevat kan de ongelijke behandeling van Duitse en Oostenrijkse boeken mijns inziens noch door dwingende vereisten van algemeen belang, noch uit hoofde van artikel 30 EG of artikel 151 EG worden gerechtvaardigd.³⁸

1. Betoog van partijen

110. Partijen betogen met betrekking tot de derde prejudiciële vraag in wezen het volgende.

D — Derde prejudiciële vraag

109. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het beginsel van gemeenschapstrouw uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG, junctis de mededingingsrechtelijke bepalingen van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG aldus moet worden uitgelegd dat de vaststelling van het BPrBG hiermee verenigbaar is, ook al sluit het in de tijd en inhoudelijk naadloos aan op het Sammelreverssysteem van 1993, dat wil

111. *Libro* is van mening dat de wettelijke regeling van de vaste boekenprijzen in het BPrBG in strijd is met het beginsel van gemeenschapstrouw, aangezien het nuttig effect van de gemeenschapsrechtelijke mededingingsregels wordt ondermijnd.

112. Weliswaar is artikel 81 EG niet rechtstreeks van toepassing op maatregelen van de lidstaten. Een lidstaat mag evenwel schending van de mededingingsregels niet vergemakkelijken, stimuleren of het effect ervan versterken. Van een dergelijke schending zou sprake zijn, wanneer er een verband bestaat tussen een maatregel van een lidstaat en met het kartelrecht strijdige gedragingen van particuliere ondernemingen. Dit verband is volgens *Libro* gelegen in het feit dat de Oostenrijkse wetgever met het BPrBG in wezen het met het kartelrecht strijdige

37 — Partijen hebben niets aangevoerd dat tegen een dergelijke aanpak pleit. Hiertegen kan mijns inziens ook niet worden ingebracht dat een importeur bij de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijzen de met het BPrBG beoogde doelstellingen, anders dan de binnenlandse uitgever, onvoldoende in aanmerking zou nemen. Wanneer deze vrees bestaat, zou het volstaan om de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijzen door de uitgevers en de importeurs aan een passende controle te onderwerpen.

38 — Ook een beroep op de inachtneming van het grondrecht van vrije meningsuiting is niet overtuigend. Om te beginnen is het niet duidelijk in hoeverre het grondrecht van vrije meningsuiting in het geding is. Verder valt niet in te zien, waarom de inachtneming van het grondrecht van vrije meningsuiting een ongelijke behandeling van Oostenrijkse en Duitse boeken vereist.

Sammelreverssysteem van 1993 heeft overgenomen. Dit zou reeds blijken uit de omstandigheden van de totstandkoming van de wet en de voorbereidende stukken van de wet zelf.

113. Voor een versterking van een bestaande overeenkomst hoeven de wettelijke regeling en de overeenkomst niet per se volledig overeen te stemmen. Het volstaat wanneer elementen zijn overgenomen die vanuit kartelrechtelijk oogpunt onder vuur hebben gelegen. De Oostenrijkse wetgever zou niet alleen in de tijd en feitelijk gezien op een kartelrechtelijk ontoelaatbare prijsbinding hebben voortgeborduurd, maar ook wezenlijke elementen daaruit hebben overgenomen, zoals de vaststelling van de eindprijs door de uitgever. Het verband zou tevens blijken uit de overgangsbepaling van § 10 BPrBG, alsmede uit het feit dat het BPrBG zich, evenals het Sammelreverssysteem van 1993, tot Duits-talige boeken beperkt.

114. Volgens de *Fachverband*, de *regeringen van de interveniërende lidstaten*, de *Toeziethoudende Autoriteit van de EVA* en de *Commissie* is er geen sprake van schending van het beginsel van gemeenschapstrouw van de lidstaten.

115. De lidstaten zijn in beginsel vrij om maatregelen vast te stellen van economisch beleid, ook wanneer deze dezelfde concurrentieverstorende gevolgen hebben als overeenkomsten tussen ondernemingen. Weliswaar

wordt deze vrijheid beperkt door het voorschrift van artikel 10, tweede alinea, EG dat de lidstaten zich zouden moeten onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de voor de onderneming geldende mededingingsregels tenietdoen. Van een dergelijke maatregel is evenwel slechts sprake, wanneer een lidstaat de sluiting van met artikel 81 EG strijdige kartelovereenkomsten oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.

116. Het BPrBG is evenwel niet erop gericht om de totstandkoming van concurrentieverstorende overeenkomsten op te leggen of te begunstigen. De verticale prijsbinding is reeds wettelijk voorgeschreven. De vaststelling van eindprijzen is bijgevolg geen overeenkomst.

117. Ook is er geen sprake van een versterking van een concurrentieverstorende overeenkomst. Hiervan is enkel sprake, wanneer een lidstaat zich ertoe beperkt een dergelijke overeenkomst over te nemen en de marktdeelnemers verplicht of stimuleert om deze na te leven. Treedt de staat op zonder bepaalde aanleiding en wordt dit optreden ingegeven door overwegingen van algemeen belang, is er geen sprake van schending van het beginsel van gemeenschapstrouw.

118. Inhoudelijk gezien neemt het BPrBG weliswaar een centraal element van het Sammelreverssysteem van 1993 over, namelijk het beginsel dat de kleinhandel gebonden is aan de vastgestelde eindprijs. Maar het BPrBG behelst meer dan alleen maar de elementen van het Sammelreverssysteem van 1993. Het gaat juist om een fundamentele wijziging en de invoering van een nieuw systeem van vaste boekenprijzen. Dit blijkt met name uit de transformatie van de eindprijs van een vaste prijs in een minimumprijs, de mogelijkheid om rekening te houden met handelsvoordelen en om kortingen van maximaal 5 % te verlenen. Volgens de Fachverband was § 10 BPrBG enkel een overgangsbepaling, waarmee de Oostenrijkse wetgever de uitgevers en de importeurs wilde bevrijden van de noodzaak om na de inwerkingtreding van het BPrBG onverwijld eindprijzen voor alle boeken vast te stellen.

119. De Commissie is van mening dat zelfs wanneer er sprake is van een versterking van een bestaande kartelovereenkomst in de zin van artikel 10, tweede alinea, EG juncto artikel 81, lid 1, EG, toch moet worden nagegaan of deze uit hoofde van artikel 81, lid 3, EG geoorloofd is. De prejudiciële verwijzingsbeslissing biedt onvoldoende aanknopingspunten voor de beantwoording van die vraag.

120. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA wijst erop dat de aanname van een schending van het beginsel van gemeenschapstrouw tot een tegenstrijdig resultaat zou leiden. Een maatregel van een lidstaat waarin bij de vaststelling van de overheidsmaatregel geen corresponderende overeenkomst tussen ondernemingen bestond, zou

niet in strijd zijn met artikel 81 EG, terwijl daarentegen een maatregel van een andere lidstaat waarin bij de vaststelling van de overheidsmaatregel wel een desbetreffende overeenkomst tussen ondernemingen bestond, ontoelaatbaar zou zijn.

121. Voorts betogen de Fachverband, de regeringen van de interveniërende lidstaten, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Commissie dat de Oostenrijkse wetgever bovendien niet het overheidskarakter heeft ontnomen aan het BPrBG door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.

122. Het gaat om een eenzijdig optreden van de uitgevers en niet om een overeenkomst. De verplichting om de minimumprijs in acht te nemen, is wettelijk vastgelegd. De vaststelling van de eindprijs door de uitgever heeft enkel repercussies voor de mededinging omdat de wet die vaststelling voorschrijft. De Commissie wijst erop dat anders sprake zou zijn geweest van een adviesprijs voor de kleinhandel, hetgeen uit mededingingsrechtelijk oogpunt in beginsel geoorloofd is.

123. Ten slotte wijzen de regeringen van de interveniërende lidstaten erop dat de Gemeenschap geen mededingingsbeleid kent op het gebied van zuiver nationale systemen van vaste boekenprijzen. Volgens de Oosten-

rijkse regering is er sprake van een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen wanneer een wettelijke regeling van een lidstaat de op het grondgebied van de betrokken lidstaat in het verkeer gebrachte boeken onderwerpt aan een vaste prijs. Ook wanneer dit systeem van toepassing is op ingevoerde of wederingevoerde boeken, is er nog steeds sprake van een nationaal systeem van vaste boekenprijzen.

mededingingsbepalingen van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG aldus moeten worden uitgelegd, dat de vaststelling van het BPrBG hiermee te verenigen is.

124. De Duitse regering heeft twijfels aan de toepasbaarheid van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG. Voor zover een maatregel niet onder de Dassonville-formule valt of aan de Keck-criteria voldoet, zouden de artikelen 28 EG en 30 EG als specialis moeten worden aange-merkt die derogeert aan artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG.

126. Deze vraag wordt enkel gesteld voor het geval dat een nationale regeling als § 3 BPrBG geen maatregel van gelijke werking als een invoerbepijking in de zin van artikel 28 EG vormt, zodat het Hof haar mijns inziens niet hoeft te onderzoeken. Ik zal haar niettemin subsidiair bespreken voor het geval dat het Hof mijn visie op de eerste en de tweede vraag niet zou delen.

2. Juridische beoordeling

125. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de verplichting van de lidstaten tot gemeenschapstrouw uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de

127. Artikel 81 EG is een tot de ondernemingen gerichte norm en is van toepassing wanneer er sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van ondernemingen. Bijgevolg valt het handelen van lidstaten als overheid in beginsel niet onder de werkingssfeer van artikel 81 EG. Artikel 10, tweede alinea, EG bepaalt niettemin dat de lidstaten zich dienen te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag in gevaar kunnen brengen. Ingevolge artikel 3, lid 1, sub g, EG omvat het optreden van de Gemeenschap een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de

interne markt niet wordt vervalst. Het mededingingsbeleid van de Gemeenschap is met name in artikel 81 EG geconcretiseerd. Uit artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG vloeit dus voort dat lidstaten geen maatregelen mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van artikel 81 EG ongedaan kunnen maken.³⁹ Dit geldt ook voor het optreden van de lidstaten dat van wettelijke of bestuursrechtelijke aard is.⁴⁰

128. Anderzijds staat vast dat niet elke maatregel van een lidstaat die gevolgen voor de mededinging, heeft een schending van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG kan vormen.⁴¹ Een zodanig vergaande toepassing van het beginsel van gemeenschapstrouw zou ertoe leiden dat de lidstaten ook op die gebieden aan een gemeenschapsrechtelijke toetsing worden onderworpen, waarop volgens het attributiebeginsel de lidstaten zelf en niet de Gemeenschap bevoegd zijn.⁴²

129. Dat deze afbakening niet eenvoudig is, blijkt uit het feit dat bijvoorbeeld maatregelen van de lidstaten op het gebied van het economisch of cultureel beleid, waarvoor zij krachtens artikel 98 e.v. EG respectievelijk artikel 151 EG bevoegd zijn, gevolgen voor de mededinging kunnen hebben. Zouden alle maatregelen van de lidstaten op deze gebieden aan de hand van het criterium van gemeenschapstrouw op de gevolgen voor de mededinging worden getoetst, zouden de lidstaten ook in geval van maatregelen op deze gebieden in een „mededingingsrechtelijk keurslijf” worden geperst. Dit valt niet te verenigen met het attributiebeginsel.

130. De rechtspraak van het Hof⁴³ op dit gebied wordt dan ook gekenmerkt door enerzijds handhaving van de bevoegdheden van de lidstaten, en anderzijds het vereiste het concurrentiebeleid van de Gemeenschap niet te laten ondermijnen door maatregelen van de lidstaten.

131. Volgens inmiddels vaste rechtspraak van het Hof is er slechts sprake van schending van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG, wanneer een lidstaat met artikel 81 EG strijdige kartelovereenkomsten oplegt (*eerste categorie*) of begunstigt (*tweede categorie*) dan wel de

39 — Zie onder andere arresten van 16 november 1977, GB-Inno-BM (13/77, Jurispr. blz. 2115, punt 31); 21 september 1988, Van Eycke (267/86, Jurispr. blz. 4769, punt 16); 9 juni 1994, Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Jurispr. blz. I-2517, punt 14); 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 35); 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883, punt 20), en 17 november 1993, Reiff, (C-185/91, Jurispr. blz. I-5801, punt 14). Over deze rechtspraak zie Emmerich, W., in Dausen, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. I. § 1, 9e supplement, punt 11. Wollmann, H., in: Mayer, H., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Manz, Wenen, 2006, Art. 81 EGV, 72e supplement, punt 3, vermeldt de problematiek van de Oostenrijkse BPrBG in dit verband.

40 — Arresten Van Eycke (aangehaald in voetnoot 39, punt 16), en Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft (aangehaald in voetnoot 39, punt 14).

41 — Zie conclusie van advocaat-generaal Darmon van 14 juli 1993 in de zaak Reiff (aangehaald in voetnoot 39, punt 32).

42 — Emmerich, W. (aangehaald in voetnoot 39, punt 12).

43 — Zie voor een uitvoerige analyse van de rechtspraak met name Henriksen, U. B., *Anti-Competitive State Measures in the European Community*, Handelshøjskolens Forlag, 1994, en Schwarze, J., „Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, blz. 613 e.v., 616-622.

werking ervan versterkt (*derde categorie*), of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere markt-deelnemers over te dragen (*vierde categorie*).⁴⁴

a) Opleggen, begunstigen of versterken van de werking van een concurrentieverstorende overeenkomst

132. De wezenlijke voorwaarde voor de eerste drie categorieën is dat de maatregel van de lidstaat aansluit bij een concurrentieverstorende overeenkomst. In zoverre kan gesproken worden van een *accessoir* optreden van de lidstaten.⁴⁵ In casu komt

met name⁴⁶ het Sammelreverssysteem van 1993 in aanmerking als concurrentieverstorende overeenkomst waarop een nationale maatregel had kunnen aansluiten.

i) Concurrentieverstorende overeenkomst?

133. Onder het Sammelreverssysteem van 1993 waren Oostenrijkse boekhandelaren gebonden aan de door de Duitse uitgevers vastgestelde eindprijs. Deze eindprijs was een vaste prijs. Aangezien de verticale vaststelling van vaste prijzen onder artikel 81, lid 1, sub a, EG valt, is het voor mij zo goed als zeker dat het hierbij gaat om een concurrentiebeperkende overeenkomst.⁴⁷ Tevens is mijns

46 — De gewijzigde versie van het Sammelreverssysteem van 1993 die op 30 juni 2000 in werking is getreden, voorziet niet in een deelname van de Oostenrijkse uitgevers en de groot- en kleinhandel. Bijgevolg heeft de Commissie met betrekking tot deze overeenkomst vastgesteld dat de gewijzigde versie de intracommunautaire handel niet kan verstoren. Reeds in zoverre lijkt er geen sprake van een *concurrentieverstorende* overeenkomst.

Een (veeleer theoretische) mogelijkheid zou bovendien kunnen zijn dat het BPrBG zelf een concurrentieverstorende overeenkomst is. Volgens de rechtspraak kunnen maatregelen tweeledig van aard zijn, dat wil zeggen dat zij zowel aan de overheid als maatregel kunnen worden toegerekend alsook aan ondernemingen (arrest van 30 januari 1985, Clair, 123/83, Jurispr. blz. 391, punten 19 en 20). Voorwaarde hiervoor is evenwel dat het BPrBG, ondanks zijn wettelijke aard, een *overeenkomst* tussen de betrokken ondernemingen vormt. Hiervan kan in casu mijns inziens niet worden uitgegaan. Dat de betrokken partijen mogelijk de aanzet hebben gegeven tot de wetgevingsprocedure en in het kader ervan zijn gehoord, is onvoldoende om te kunnen spreken van een overeenkomst tussen particulieren in de vorm van een wet.

47 — De opvatting dat het Sammelreverssysteem van 1993 niet tot concurrentiebeperking leidt (in die zin Vranes, E., *Buchpreisbindung und rule of reason*, Manz, Wenen, 1999, blz. 38-41) vind ik niet overtuigend. Zoals ik reeds in mijn conclusie van 4 september 2008 in de zaak Beef Industry Development Society en Barry Brothers (arrest van 20 november 2008, C-209/07, Jurispr. blz. I-8637, punten 51-58) heb uiteengezet, betekent niet elk voordeel dat een overeenkomst voor het consumentenbelang kan hebben, dat er geen sprake meer is van een beperking van de mededinging. Zie met betrekking tot de mededingingsrechtelijke beoordeling van grensoverschrijdende systemen van vaste boekenprijzen met name arrest VBVB en VVBV/Commissie (aangehaald in voetnoot 5, punten 44-46).

44 — Vaste rechtspraak sinds het arrest Van Eycke (aangehaald in voetnoot 39, punt 16). Zie ook arresten van 17 november 1993, Meng (C-2/91, Jurispr. blz. I-5751, punt 14); Reiff, (aangehaald in voetnoot 39, punt 14), en Ohra Schade-verzekeringen (C-245/91, Jurispr. blz. I-5851, punt 10).

45 — Dit begrip wordt gebruikt door Schwarze, J. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 621).

inziens sprake van een merkbaar effect.⁴⁸ Aangezien in casu vaststaat dat een groot deel van de in Oostenrijk verkochte boeken Duitse boeken zijn, moet verder ervan worden uitgegaan dat de mogelijkheid van ongunstige beïnvloeding van de intracommunautaire handel bestond. Het Sammelreverssysteem van 1993 lijkt bijgevolg te voldoen aan de criteria van artikel 81, lid 1, EG.⁴⁹

134. Er moet evenwel rekening worden gehouden met het feit dat artikel 81 EG voorziet in twee stappen. Een overeenkomst is slechts met artikel 81 EG in strijd wanneer ze niet onder de vrijstelling van artikel 81, lid 3, EG valt.⁵⁰ Valt een overeenkomst onder de vrijstelling van artikel 81, lid 3, EG kan een lidstaat er derhalve geen verwijt van worden gemaakt dat hij de overeenkomst heeft opgelegd, begunstigd of de werking ervan versterkt. Het staat bijgevolg aan de verwijzende rechter om na te gaan of de criteria voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG waren

vervuld⁵¹, dat wil zeggen of het Sammelreverssysteem van 1993 bijdraagt tot verbetering van de productie of van de verdeling van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn of de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

135. Een dergelijke beoordeling vereist een grondige analyse.⁵² Het is mijns inziens bijgevolg nuttig om allereerst stil te staan bij de vraag of de Oostenrijkse wetgever het Sammelreverssysteem van 1993 heeft opgelegd, begunstigd of de werking ervan heeft versterkt.

48 — In dit verband moet in aanmerking worden genomen dat het Sammelreverssysteem van 1993 weliswaar niet voorzag in een horizontale overeenkomst tussen de uitgevers, maar dat de op een modelcontract geënte en door een trustee beheerde contracten als geheel en bijgevolg als bundel moeten worden beschouwd (arrest van 28 februari 1991, *Delimitis*, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punten 19 e.v.).

49 — Dienaangaande in bevestigende zin Hofmann, T., „Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2000, blz. 561 en 562.

50 — Zie arrest van 3 december 1987, *BNIC/Aubert* (136/86, Jurispr. blz. 4789, punt 21), waarin het Hof artikel 81, lid 3, EG heeft vermeld.

51 — Met de inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1) is in de plaats van het systeem van het verbod met een uitzonderingsbepaling een systeem van zelfevaluatie getreden (artikel 1, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003). Sindsdien is het aan de rechterlijke instanties van de lidstaten om de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG te toetsen (zie in dit verband de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB 2004, C 100, blz. 54).

Ik stel vast dat de verwijzende rechter in de tweede prejudiciële vraag weliswaar aangeeft dat het ontbreekt aan empirische gegevens waaruit de geschiktheid zou kunnen blijken van de wettelijke vaste boekenprijs voor de verzenlijking van de doelstellingen bevordering van de boekenproductie, een grote verscheidenheid aan titels tegen geregelde prijzen en een grote verscheidenheid aan boekhandelaars. Ik ga er evenwel niet van uit dat de verwijzende rechter hiermee wilde zeggen dat hij een feitenonderzoek heeft gedaan naar de vervulling van de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG en dat volgens hem niet is voldaan aan deze voorwaarden.

52 — Voor een overzicht van de beoordelingen van de verenigbaarheid van het Sammelreverssysteem van 1993 met artikel 81, lid 3, EG zie Hofmann, T. (aangehaald in voetnoot 49, blz. 562-567), en Engelmann, M. (aangehaald in voetnoot 3, blz. 125-165).

ii) Opleggen, begunstigen of versterken van de werking

1993, in de tweede plaats of de overgangsbepaling van § 10 BPrBG tot een voortzetting kan hebben geleid en in de derde plaats of een inhoudelijke voortzetting voldoende is.

136. In de rechtspraak wordt een versterking van de werking van een concurrentieverstorende overeenkomst aangenomen, indien een lidstaat de elementen van een tussen ondernemingen in dezelfde branche tot stand gekomen mededingingsregeling geheel of gedeeltelijk overneemt.⁵³ Tot de begunstiging of de bevordering van een concurrentieverstorende overeenkomst rekent het Hof maatregelen die dergelijk gedrag van de ondernemingen stimuleren.⁵⁴

— Rechtstreekse voortzetting van het Sammelreverssysteem van 1993?

139. Een rechtstreekse voortzetting van het Sammelreverssysteem van 1993 door het BPrBG valt in casu reeds af omdat ten tijde van de inwerkingtreding van het BPrBG de Oostenrijkse uitgevers en groot- en kleinhandelaren geen partij meer waren bij het Sammelreverssysteem van 1993.

137. Aangezien het door de overheid in het BPrBG voorgeschreven systeem van vaste boekenprijzen in de plaats is gekomen van het Sammelreverssysteem van 1993, kan in casu worden gedacht aan versterking van de werking van het Sammelreverssysteem van 1993 door een overheidsmaatregel.

— Voortzetting op grond van de overgangsbepaling van § 10 BPrBG?

138. Zoals ik hiervóór⁵⁵ reeds heb uiteengezet, is het wezenlijke kenmerk van deze categorie dat de overheidsmaatregel *accessoir* is ten opzichte van een concurrentieverstorende overeenkomst tussen ondernemingen. In casu rijst bijgevolg in de eerste plaats de vraag of het BPrBG een rechtstreekse voortzetting is van het Sammelreverssysteem van

140. Van een voortzetting zou sprake kunnen zijn op grond van de door § 10 BPrBG voorgeschreven tussentijdse toepassing van de prijzen die waren opgenomen in de catalogus van leverbare boeken van 20 juni 2000. Naar mijn opvatting bevat deze catalogus eindprijzen die in het kader van het Sammelreverssysteem van 1993 zijn vastgesteld.

53 — Arresten Van Eycke (aangehaald in voetnoot 39, punt 18) en Meng (aangehaald in voetnoot 44, punt 19).

54 — Arresten van 11 april 1989, Ahmed Saeed (66/86, Jurispr. blz. 803, punten 49 en 52), en 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 54). Zie dienaangaande Schwarze, J. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 621).

55 — Punt 132 van deze conclusie.

141. Hierbij moet evenwel rekening worden gehouden met het feit dat § 10 BPrBG dan wel

refereert aan de ten tijde van het Sammelreverssysteem van 1993 overeengekomen prijzen, maar niet wat de overige regelingen van dat systeem betreft. Het verschil tussen het Sammelreverssysteem van 1993 en het BPrBG is met name hierin gelegen dat in het BPrBG minimumprijzen in de plaats van vaste prijzen worden vastgesteld, behaalde handelsvoordelen in aanmerking kunnen worden genomen en de kleinhandel de Oostenrijkse eindprijs met maximaal 5 % mag verlagen.⁵⁶

142. In zoverre leidt ook § 10 BPrBG niet ertoe dat het BPrBG accessoir is aan het Sammelreverssysteem van 1993.

— Is een inhoudelijke voortzetting voldoende?

143. Bijgevolg rijst de vraag of ook dan sprake is van een versterking van de werking van het Sammelreverssysteem van 1993, wanneer het BPrBG een inhoudelijke voortzetting daarvan vormt.

144. Juist in het onderhavige geval is dit een prangende vraag, aangezien de Oostenrijkse wetgever er geen twijfel over heeft laten

bestaan dat hij de in het Sammelreverssysteem van 1993 opgenomen verticale prijsbinding in beginsel in stand wilde laten, en de inwerkingtreding van het BPrBG in de tijd bijna samenvalt met het afscheid van de Oostenrijkse uitgevers en groot- en kleinhandelaren van het Sammelreverssysteem van 1993.

145. Ondanks de door de verwijzende rechter genoemde omstandigheden ben ik niet van mening dat de inhoudelijke voortzetting door het BPrBG van elementen van het Sammelreverssysteem van 1993 kan worden gezien als een versterking van de werking ervan.

146. Om te beginnen staan de *bewoordingen* van de rechtspraak hieraan in de weg. Volgens de rechtspraak is er slechts sprake van een versterking van een concurrentieverstorende overeenkomst, wanneer de lidstaat *enkel* naar de elementen van tussen marktdeelnemers gesloten overeenkomsten *geheel of gedeeltelijk overneemt*.⁵⁷

147. De Oostenrijkse wetgever heeft het Sammelreverssysteem van 1993 niet in zijn geheel overgenomen. Mijns inziens kan ook niet worden gesproken van een gedeeltelijke overname in de zin van de rechtspraak. Ik vat het begrip „gedeeltelijke overname” in die zin op dat hiervan enkel sprake is, wanneer de concurrentieverstorende overeenkomst kan

⁵⁶ — Overigens lijkt het erop dat de boeken waar het in het hoofdgeding om gaat niet zijn opgenomen in de catalogus van leverbare boeken van 20 juni 2000. Reeds in zoverre lijkt § 10 BPrBG geen rol in de onderhavige procedure te spelen.

⁵⁷ — Arresten Van Eycke (aangehaald in voetnoot 39, punt 18), en Meng (aangehaald in voetnoot 44, punt 19).

worden opgesplitst en de lidstaat enkel een deel ervan ongewijzigd heeft overgenomen. Terugkomend op de accessoiriteit ben ik van mening dat de rechtspraak slechts betrekking heeft op maatregelen van de lidstaten die *strikt accessoir* zijn ten opzichte van een deel van een bestaande overeenkomst tussen ondernemers.⁵⁸ Hiervoor pleit ook het in de rechtspraak geformuleerde criterium van de *enkele* overname door de lidstaat.

148. In het onderhavige geval heeft de Oostenrijkse wetgever weliswaar in het kader van het wetgevingsproces een relatie gelegd met het Sammelreverssysteem van 1993, maar hij heeft dit systeem, zoals hiervóór gezegd⁵⁹, inhoudelijk gewijzigd. Bijgevolg kan mijns inziens geen sprake ervan zijn dat de Oostenrijkse wetgever zich enkel ertoe heeft beperkt het Sammelreverssysteem van 1993 gedeeltelijk over te nemen.

149. Verder ben ik van mening dat uitsluitend deze beperkte opvatting van de rechtspraak te verenigen is met het attributiebeginsel. Zoals hierboven uiteengezet⁶⁰, moet in het kader van het in artikel 10 EG verankerde beginsel van gemeenschapstrouw in aanmerking worden genomen dat een lidstaat, op die

gebieden waarop hij bevoegd is, in beginsel vrij is om maatregelen vast te stellen die een concurrentiebeperking tot doel of gevolg hebben. Bijgevolg kan de vraag of en in hoeverre een overheidsmaatregel de concurrentie beperkt geen doorslaggevend criterium vormen.⁶¹

150. Dit beginsel pleit er mijns inziens tegen om een wettelijke maatregel te beschouwen als een versterking van de werking van een concurrentieverstorende overeenkomst enkel omdat hij een vergelijkbare concurrentiebeperkende doelstelling nastreeft of een vergelijkbare concurrentiebeperkende werking heeft. In dergelijke gevallen is — zoals het onderhavige geval nogal duidelijk toont — de grens tussen een geoorloofde zelfstandige maatregel van een lidstaat en een ontoelaatbare inhoudelijke overname in het concrete geval buitengewoon lastig, zo niet onmogelijk te trekken.

151. De keuze van een restrictieve en strikt accessoire maatstaf voorkomt tevens de ongerijmde situatie dat een maatregel van een lidstaat enkel in strijd is met artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG omdat ondernemingen tevoren een overeenkomst met een verge-

58 — In die zin bijvoorbeeld arrest van 1 oktober 1987, Vlaamse Reisbureaus (311/85, Jurispr. blz. 3801, punt 23). Instemmend Weuster, A., *Die Neuerelegung der Buchpreisbindung in Deutschland*, Boorberg, 2007, blz. 216 e.v.

59 — Zie punt 141 van deze conclusie.

60 — Zie punten 128 en 129 van deze conclusie.

61 — Aldus ook Joliet, R., National anti-competitive Legislation and Community Law, *Fordham International Law Journal*, 1989, blz. 174, en Henriksen, U. B. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 69). De rechtspraak staat afwijzend tegenover een benadering die uitgaat van de inhoud of de gevolgen van een overheidsmaatregel voor de mededinging. Zie met name arresten Van Eycke (aangehaald in voetnoot 39, punt 18) en Meng (aangehaald in voetnoot 44, punten 14-22). Zie met betrekking tot het arrest van Eycke Henriksen, U. B. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 114). Emmerich, W. (aangehaald in voetnoot 39, punt 15), daarentegen bepleit een benadering gebaseerd op de inhoud van een overheidsmaatregel of het gevolg ervan voor de mededinging.

lijkbare werking hebben gesloten, terwijl in een andere lidstaat de vaststelling van deze maatregel wel is toegestaan, omdat daar tevoren geen overeenkomst tussen ondernemingen met een overeenkomstige inhoud bestond.

152. Mijs inziens schuilt ook geen tegenstrijdigheid in de omstandigheid dat een lidstaat op eigen initiatief weliswaar een wet mag vaststellen die concurrentiebeperking tot doel of gevolg heeft, maar op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw niet de werking van een vergelijkbare overeenkomst tussen ondernemingen mag versterken. Dit zou enkel tegenstrijdig zijn, wanneer het uit hoofde van het beginsel van gemeenschapstrouw relevant is of de wet een concurrentiebeperkend doel of gevolg heeft. Op grond van het attributiebeginsel⁶² kan hiervan evenwel niet worden uitgegaan. Integendeel, een lidstaat kan niet de mogelijkheid worden ontnomen om een wettelijke maatregel vast te stellen die wat de inhoud betreft vergelijkbaar is met een overeenkomst tussen ondernemingen, zolang hij dit op eigen initiatief doet.

153. In de categorie waar het hier om gaat, gaat het beginsel van gemeenschapstrouw derhalve niet verder dan een verbod voor de lidstaten om de werking van een met artikel 81 EG strijdige overeenkomst tussen ondernemingen te versterken door deze overeenkomst tussen ondernemingen op strikt accesorische wijze geheel of gedeeltelijk over te nemen, zonder wijziging of inhoudelijke toetsing. De Commissie heeft er terecht op

gewezen dat van een dergelijk optreden van de lidstaten een signaal uitgaat, dat het *effet utile* van het mededingingsbeleid van de Gemeenschap kan uithollen.

154. Bijgevolg kan de inhoudelijke voortzetting van het Sammelreverssysteem van 1993 door het BPrBG mijs inziens niet worden aangemerkt als versterking van de werking van het Sammelreverssysteem van 1993.

iii) Resultaat

155. Gelet op het voorgaande kom ik tot de slotsom dat — los van de mededingingsrechtelijke beoordeling van het Sammelreverssysteem van 1993 — de vaststelling van het BPrBG niet kan worden aangemerkt als het opleggen, begunstigen of versterken van de werking van een concurrentieverstorende overeenkomst.

b) Overdracht aan particuliere marktdeelnemers van de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied

156. Volgens de hiervóór genoemde vierde categorie⁶³ kan een schending van het

62 — Zie punten 128 en 129 van deze conclusie.

63 — Zie punt 131 van deze conclusie.

beginsel van gemeenschapstrouw ook hierin bestaan dat een lidstaat aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen. Een onderzoek van deze in de vaste rechtspraak onderscheiden vierde categorie wijst uit dat zij met name in het arrest Leclerc e.a.⁶⁴ haar oorsprong vindt.⁶⁵

i) Geen noodzaak van accessoiriteit

159. Voor een deel wordt ook met betrekking tot deze categorie het vereiste gesteld van een strikte accessoiriteit ten opzichte van een met artikel 81 EG strijdige overeenkomst tussen ondernemingen.⁶⁷

157. Van delegatie van bevoegdheden van de overheid aan particuliere marktdeelnemers kan in beginsel sprake zijn, wanneer particuliere marktdeelnemers krachtens een wettelijke regeling de bevoegdheid krijgen om prijzen bindend aan derden voor te schrijven, zonder dat deze aan overheidscontrole zijn onderworpen.⁶⁶

160. Ik vind deze zienswijze niet overtuigend.

158. Tegen de toepasselijkheid van deze categorie in het onderhavige geval is met name aangevoerd, dat (i) geen sprake zou zijn van een overeenkomst tussen ondernemingen, (ii) geen delegatie van beslissingsbevoegdheid aan particuliere marktdeelnemers zou hebben plaatsgevonden, en (iii) de Gemeenschap geen mededingingsbeleid op het gebied van de nationale systemen van vaste boekenprijzen zou kennen.

161. In *de eerste plaats* kan ik aan de rechtspraak niet ontleen dat ook wat deze vierde categorie betreft een strikte accessoiriteit ten opzichte van een concurrentieverstorende overeenkomst tussen ondernemingen zou zijn vereist.

⁶⁴ — Aangehaald in voetnoot 5, punt 15.

⁶⁵ — Zie Henriksen, U. B., (aangehaald in voetnoot 43, blz. 114 en 115).

⁶⁶ — Aldus Niemeyer, J. „Die Anwendbarkeit von artikel 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, blz. 721 e.v., 723.

⁶⁷ — Aldus Weuster, A. (aangehaald in voetnoot 58, blz. 219); Niemeyer, J. (aangehaald in voetnoot 66, blz. 730 en 731), en Schwarze, J. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 620-622).

162. In feite is het Hof in het arrest Leclerc e.a. ervan uitgegaan dat een nationale wettelijke regeling die krachtens artikel 81, lid 1, EG verboden gedragingen van ondernemingen *overbodig maakt* door de uitgevers of importeurs van boeken de verantwoordelijkheid te geven voor de vrije vaststelling van bindende detailhandelsprijzen, afbreuk doet aan het nuttig effect van artikel 81 en bijgevolg in strijd is met artikel 10, tweede alinea, EG.⁶⁸ Het Hof heeft in dit arrest weliswaar niet uitdrukkelijk verklaard dat een nationaal systeem van vaste boekenprijzen binnen de werkingssfeer van de vierde categorie valt.⁶⁹ Het is echter wel nagegaan of in die zaak, waarin vaststond dat ondernemingen vooraf geen overeenkomst hadden gesloten, het beginsel van gemeenschapstrouw was geschonden, en heeft aanvaard dat onder bepaalde voorwaarden sprake kon zijn van een dergelijke schending.⁷⁰ Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat het Hof met betrekking tot de vierde categorie niet het vereiste hanteert van strikte accessoiriteit van de overheidsmaatregel ten opzichte van een bestaande concurrentieverstorende overeenkomst tussen ondernemingen.⁷¹ Uit de latere

arresten van het Hof kan ik niet afleiden dat het dit uitgangspunt heeft verlaten.⁷²

163. In *de tweede plaats* ben ik van mening dat het onjuist is om deze categorie te beperken tot maatregelen die accessoir zijn ten opzichte van concurrentieverstorende overeenkomsten. Zoals ik hiervóór heb uiteengezet⁷³, is weliswaar niet de enige relevante factor of en welke gevolgen een overheidsmaatregel voor de mededinging heeft, maar daar gaat het ook niet om bij de onderhavige categorie. Het tot de vierde categorie behorende verwijtbare optreden van de lidstaten ligt in feite hierin dat een lidstaat het in artikel 81 EG gestelde vereiste van een *overeenkomst tussen ondernemingen* omzeilt. Zij moet die wettelijke maatregelen vangen die enkel een lege wettelijke „huls”

68 — Zie punt 15 van het arrest Leclerc e.a. (aangehaald in voetnoot 5).

69 — In dit verband moet worden bedacht dat de vier categorieën pas in het arrest Van Eycke (aangehaald in voetnoot 39, punt 16) — dus na het arrest Leclerc e.a. — zijn „geconsolideerd”.

70 — Zie punt 20 en het dictum van het arrest Leclerc e.a. (aangehaald in voetnoot 5).

71 — Hoffman, A. B., „Anti-competitive State Legislation Condemned under Article 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?”, *European Court Law Review*, 1990, blz. 17 vermoedt dat in een vroeger concept van het arrest deze vraag is onderzocht en bevestigend is beantwoord. Volgens Joliet, R. (aangehaald in voetnoot 61, blz. 172) heeft het Hof de overheidsmaatregel aangemerkt als in beginsel onverenigbaar met artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG. Henriksen, U.B. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 59 en 140) betoogt dat het Hof de vraag weliswaar niet uitdrukkelijk heeft beantwoord, maar dat uit het arrest kan worden afgeleid dat het haar bevestigend heeft willen beantwoorden. Schwarze, J. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 618), is van mening dat het Hof de vraag heeft opgeworpen, maar niet beantwoord.

72 — In het bijzonder uit de arresten Meng (aangehaald in voetnoot 44), Ohra Schadeverzekeringen (aangehaald in voetnoot 44) en Reiff (aangehaald in voetnoot 39) kan ik niet afleiden dat deze aanpak is opgegeven. In genoemde zaken heeft het Hof zich over de vraag gebogen of hij het beginsel van gemeenschapstrouw diende uit te breiden tot meer gevallen dan tot dan toe (voor een analyse zie Niemeyer, J., aangehaald in voetnoot 66, blz. 725). Hierbij ging het om de vraag of maatregelen van de lidstaten reeds strijdig zijn met artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG, wanneer ze een concurrentiebeperkend doel of gevolg hebben vergelijkbaar met dat van een concurrentieverstorende overeenkomst van ondernemingen. Voorts heeft het Hof in het arrest Reiff (aangehaald in voetnoot 39, punt 22) het hiervóór besproken criterium toegepast, maar een schending niet aanwezig geacht omdat volgens hem geen overdracht van beslissingsbevoegdheid aan particuliere marktdeelnemers had plaatsgevonden.

73 — Punten 128 en 129 van deze conclusie.

vormen, die de particulieren marktdeelnemers van de toepassing van artikel 81 EG afschermt. In dergelijke gevallen kan afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van artikel 81 EG.⁷⁴

164. In *de derde plaats* pleit tegen het vereiste dat ook voor deze categorie een strikte accessoiriteit moet gelden, dat deze anders grotendeels buiten toepassing zou blijven aangezien de overheidsmaatregel die de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers overdraagt, juist ertoe leidt dat een met artikel 81 EG strijdige overeenkomst overbodig is.

165. Samenvattend ben ik van mening dat in de onderhavige categorie geen strikte accessoiriteit ten opzichte van een met artikel 81 EG strijdige overeenkomst tussen ondernemingen kan worden geëist.

74 — Overtuigend vind ik (hoewel enkel betrekking hebbend op deze vierde categorie) de benadering van advocaat-generaal Lenz in zijn conclusie van 16 december 1986 in de zaak Vlaamse Reisbureaus (aangehaald in voetnoot 58, punt 42), die erop wijst dat de nationale regeling de voorwaarden „overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen” van artikel 81 EG vervangt en derhalve overbodig maakt. Voorwaarde hiervoor is dat een lidstaat particuliere marktdeelnemers een wettelijke of bestuursrechtelijke bevoegdheid verleent tot ingrijpen in de concurrentieverhoudingen en dat de particuliere marktdeelnemers over deze ingreep in de concurrentieverhoudingen moeten kunnen beslissen. Dit is het onderscheidend kenmerk ten opzichte van een volgens artikel 10, tweede alinea, EG toelaatbare, zelfstandige ingreep van de lidstaten in de concurrentieverhoudingen. Schwarze, J. (aangehaald in voetnoot 43, blz. 621), staat kritisch tegenover deze benadering.

ii) Delegatie aan particuliere marktdeelnemers

166. De doorslaggevende vraag is bijgevolg of het BPrBG de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de prijzen overdraagt aan particuliere marktdeelnemers. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen Oostenrijkse en Duitse boeken.

167. *Ten eerste* moet worden nagegaan of de bevoegdheid tot het vaststellen van prijzen uiteindelijk aan de nationale autoriteiten zelf blijft voorbehouden. In een dergelijk geval kan niet worden uitgegaan van een overdracht van de verantwoordelijkheid aan particuliere marktdeelnemers.⁷⁵ De Duitse regering beroept zich in dit verband op een krachtens § 7 BPrBG juncto § 1 BPrBG voorgeschreven inhoudelijke toetsing door de rechter van de vastgestelde eindprijs. De Oostenrijkse regering heeft ter terechtzitting niets naders gesteld over de aard van deze inhoudelijke toetsing door de rechter. Ingevolge deze bepalingen lijkt een rechter evenwel niet ambtshalve te kunnen handelen, wanneer de eindprijzen gelet op de door het BPrBG nagestreefde doelstellingen niet redelijk zijn.⁷⁶ In deze omstandigheden kan mijns inziens niet ervan worden uitgegaan dat de bevoegdheid om prijzen vast te stellen in laatste instantie aan de nationale autoriteiten blijft voorbehouden.

75 — Zie met name arresten *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft* (aangehaald in voetnoot 39, punten 21 en 22), *Centro Servizi Spediporto* (aangehaald in voetnoot 39, punt 27) en *Reiff* (aangehaald in voetnoot 39, punten 20-23), en arrest van 29 januari 1985, *Cullet* (231/83, Jurispr. blz. 305, punt 17).

76 — Hierin ligt mijns inziens het verschil met de in voetnoot 75 aangehaalde arresten.

168. *Ten tweede* is het voor een schending van het beginsel van gemeenschapstrouw niet van belang of de particuliere marktdeelnemers verplicht of enkel bevoegd zijn om de prijzen vast te stellen.⁷⁷

169. Bijgevolg moet in casu worden stilgestaan bij de vraag of het BPrBG de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de prijzen overdraagt aan particuliere marktdeelnemers.

170. Wanneer het gaat om Oostenrijkse boeken kunnen de uitgevers de Oostenrijkse eindprijzen naar eigen inzicht vaststellen. Met betrekking tot deze boeken is bijgevolg sprake van overdracht van de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de prijzen aan particuliere marktdeelnemers.

171. Voor Duitse boeken geldt evenwel dat de *inhoudelijke beslissing* over de in beginsel te hanteren Oostenrijkse eindprijs enerzijds en de *vaststelling* van die eindprijs anderzijds wordt overgedragen aan twee verschillende ondernemingen op verschillende niveaus van de markt. De vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs voor een Duitse boek ten behoeve van de verhandeling ervan in Oostenrijk gebeurt weliswaar door de importeur, maar omdat die in beginsel gebonden is aan de

Duitse eindprijs ligt de inhoudelijke beslissing over de hoogte van de Oostenrijkse eindprijs bij de Duitse uitgever. Bijgevolg is de Duitse uitgever de particuliere marktdeelnemer aan wie de verantwoordelijkheid zou kunnen zijn overgedragen.⁷⁸

172. Tegen de verantwoordelijkheid van de Duitse uitgever zou zijn in te brengen, dat een Duitse uitgever enkel de Duitse eindprijs vaststelt en dat de Oostenrijkse eindprijs zich hiernaar richt. Dit zou de conclusie kunnen toelaten dat de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs niet de verantwoordelijkheid van de Duitse uitgever is, maar de Duitse eindprijs enkel een van de factoren is die uiteindelijk overeenkomstig de voorwaarden van het BPrBG de Oostenrijkse eindprijzen vormen.⁷⁹

173. Om te beginnen moet evenwel in aanmerking worden genomen, dat een Duitse uitgever bij een in Duitsland en Oostenrijk verhandeld boek ook de verhandeling ervan in Oostenrijk een rol kan laten spelen bij zijn overwegingen, waarbij afhankelijk van de uitgever en het boek het belang van de verhandeling in Oostenrijk kan variëren. Ook moet worden bedacht dat een Duitse uitgever door het verlenen van handelsvoorwaarden de eindprijs voor Oostenrijk kan beïnvloeden, ook al heeft dit nadelen voor hem.⁸⁰

77 — Arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 54, punt 55); instemmend: Weuster, A. (aangehaald in voetnoot 58, blz. 218).

78 — In de regel zal bij invoer ook de beslissing of de importeur een van de gebruikelijke aankoopsprijzen afwijkende lagere aankoopsprijs toestaat, van de uitgever afhangen.

79 — Zie arrest Cullet (aangehaald in voetnoot 75, punt 17).

80 — Zie punten 62-65 van deze conclusie.

174. Voor het overige lijkt het mij in dit verband niet doorslaggevend hoe vrij de Duitse uitgevers zijn bij hun beslissing, maar eerder of de vaststelling van de Oostenrijkse eindprijs in laatste instantie bij de overheidsorganen of bij de particulier marktdeelnemers blijft berusten. Aangezien in het onderhavige geval het uiteindelijk de Duitse uitgevers zijn die de Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken vaststellen, ga ik ervan uit dat het BPrBG de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de prijzen tenminste voor een deel ook aan de Duitse uitgevers overdraagt.

sector geen communautair mededingingsbeleid bestaat. Hieruit heeft het Hof de conclusie getrokken dat bij de toenmalige stand van het gemeenschapsrecht de krachtens artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG op de lidstaten rustende verplichtingen niet zo duidelijk waren bepaald, dat het hun verboden was om een wettelijke regeling inzake reclame voor de detailhandelsprijs voor boeken uit te vaardigen, mits die wettelijke regeling de andere specifieke bepalingen van het Verdrag, inzonderheid die betreffende het vrije verkeer van goederen, in acht neemt.⁸²

175. Ik kom bijgevolg tot de slotsom dat een regeling als het BPrBG de verantwoordelijkheid voor het nemen van maatregelen op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers overdraagt. Steun hiervoor biedt de aanpak van het Hof in het arrest Leclerc e.a., waarbij ik hiervóór heb stilgestaan.⁸¹

177. Deze formulering van het Hof bevat mijns inziens reeds alle wezenlijke elementen voor de beoordeling van het onderhavige geval, zij het dat het arrest enige toelichting behoeft.

iii) Inaanmerkingneming van de bevoegdheid van de lidstaten op cultureel gebied

176. In het arrest Leclerc e.a. heeft het Hof, na impliciet te hebben bevestigd dat in beginsel van een schending kan worden gesproken bij het overbodig maken van een concurrentieverstorende overeenkomst, verklaard dat met betrekking tot zuiver nationale systemen of praktijken van vaste prijzen in de boeken-

178. In *de eerste plaats* moet de verwijzing naar het ontbrekende mededingingsbeleid met betrekking tot nationale systemen van vaste boekenprijzen in die zin worden opgevat, dat bijzondere gemeenschapsrechtelijke regels voor dit gebied, voor zover deze zouden bestaan, in acht moeten worden genomen. Tot nu toe zijn voor dit gebied evenwel geen bijzondere gemeenschapsrechtelijke regels vastgesteld.

81 — Zie punt 162 van deze conclusie.

82 — Arrest Leclerc e.a. (aangehaald in voetnoot 5, punt 20).

179. In *de tweede plaats* lijkt deze opmerking evenwel niet in die zin te moeten worden uitgelegd dat bij gebreke van bijzondere regels geen communautair beleid op dit gebied bestaat. Veeleer vormt het beginsel van het verbod van verticale prijsbindingen krachtens artikel 81 EG een onderdeel van het voor alle economische terreinen geldende communautaire beleid, waarvan boeken in beginsel niet zijn uitgezonderd.⁸³ Zoals blijkt uit de rechtspraak buigt zich het Hof bovendien op andere gebieden ook over de vierde categorie, wanneer er geen bijzondere sectorregels bestaan.⁸⁴

180. In *de derde plaats* zou de verwijzing naar zuiver nationale systemen van vaste boekenprijzen weliswaar aldus kunnen worden opgevat dat de zaak Leclerc e.a. buiten de werkingssfeer van artikel 81 EG viel, omdat geen gevaar bestond voor een verstoring van de intracommunautaire handel. Ook deze uitlegging is evenwel niet overtuigend, aangezien het in het arrest Leclerc e.a. ging om de invoer in Frankrijk van in andere lidstaten uitgegeven boeken en om de wederinvoer van in Frankrijk uitgegeven boeken. Ook in het onderhavige geval kan op grond van de omvangrijke invoer uit Duitsland niet worden uitgegaan van een zuiver nationale situatie.⁸⁵

181. In dit licht kan de verwijzing van het Hof naar het ontbrekende mededingingsbeleid van de Gemeenschap met betrekking tot zuiver nationale systemen van vaste boekenprijzen mijns inziens enkel aldus worden opgevat, dat het in het kader van de toepassing van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG nationale systemen van vaste boekenprijzen beschouwt als uitdrukking van de eigen bevoegdheid van de lidstaat op cultureel gebied.⁸⁶

182. Dit kan dogmatisch als volgt worden onderbouwd. In casu gaat het niet om een rechtstreekse toepassing van artikel 81 EG. Voor zover voor de lidstaten langs de weg van het beginsel van gemeenschapstrouw uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG indirect uit artikel 81 EG verplichtingen voortvloeien, dienen hierbij niet alleen de doelstellingen van artikel 81 EG, maar ook de bevoegdheid van de lidstaten op cultureel gebied in aanmerking te worden genomen.⁸⁷

183. Ik kom tot de voorlopige slotsom dat gezien de rechtspraak en de zojuist genoemde eerbiediging van de eigen bevoegdheid van de lidstaten op cultureel gebied de onderhavige

83 — Een dergelijke uitzondering moet uitdrukkelijk in het EG-Verdrag zijn opgenomen (zie arrest van 30 april 1986, Asjes e.a., 209/84–213/84, Jurispr. blz. 1425, punt 40).

84 — Zie bijvoorbeeld de in voetnoot 75 aangehaalde rechtspraak.

85 — Gaat het daarentegen enkel om de vaststelling van de prijzen voor Oostenrijkse boeken, dan moet evenwel nauwkeuriger worden nagegaan of deze de intracommunautaire handel merkbaar kan verstoren. Weliswaar kan ook in dit geval het grensoverschrijdende karakter niet volledig worden uitgesloten (winkelen door bewoners uit de grensregio's), maar het is twijfelachtig of deze verstoring merkbaar is.

86 — In die zin ook Weuster (aangehaald in voetnoot 58, blz. 211–224).

87 — Zie dienaangaande ook de punten 19 en 22 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon van 3 oktober 1984 in de zaak Leclerc e.a. (aangehaald in voetnoot 5), die de noodzaak om rekening te houden met de eigen bevoegdheid op cultureel gebied herhaaldelijk benadrukt. Zie dienaangaande ook Fezer, H.-J. (aangehaald in voetnoot 2, blz. 143), en Hofmann, T. (aangehaald in voetnoot 49, blz. 559).

vierde categorie in beginsel niet van toepassing is op systemen van vaste boekenprijzen.

184. Wel moet er rekening mee worden gehouden dat de rechtspraak twee voorwaarden heeft verbonden aan deze eerbiediging. Het moet gaan om een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen, en de nationale regelingen mogen niet in strijd zijn met andere bepalingen van het EG-Verdrag, met name niet met die inzake het vrije verkeer van goederen.

— Zuiver nationale systemen van vaste boekenprijzen

185. In de eerste plaats moet het gaan om een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen. Uit het arrest Leclerc e.a.⁸⁸ volgt dat ook dan sprake is van een nationaal systeem van vaste boekenprijzen, wanneer dit boeken omvat die uit andere lidstaten worden ingevoerd. Verder ben ik van mening dat het wat een schending door een lidstaat van het beginsel van gemeenschapstrouw betreft geen verschil kan uitmaken of de inhoudelijke vaststelling van de eindprijs voor een ingevoerd boek gebeurt door de binnenlandse importeur of door de uitgever in een andere lidstaat.

186. In het onderhavige geval heb ik evenwel mijn twijfels of de BPrBG als zuiver nationaal systeem kan worden beschouwd, omdat de Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken in beginsel afhangt van de Duitse eindprijs. Dit betekent dat de Oostenrijkse eindprijs voor boeken niet per se is gebaseerd op criteria die zijn afgestemd op de Oostenrijkse markt.⁸⁹ Of het BPrBG in zoverre als een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen in de zin van het arrest Leclerc e.a. kan worden aangemerkt, waag ik nu reeds ernstig te betwijfelen.

— Geen schending van andere bepalingen van het EG-Verdrag, met name die inzake het vrije verkeer van goederen

187. In de tweede plaats heeft het Hof in het arrest Leclerc e.a. verklaard dat het beginsel van gemeenschapstrouw niet wordt geschonden indien voldaan is aan de voorwaarde dat de nationale wettelijke regeling van het systeem van vaste boekenprijzen de andere specifieke bepalingen van het verdrag, inzonderheid die betreffende het vrije verkeer van goederen, in acht neemt.⁹⁰ Wordt deze negatief geformuleerde voorwaarde positief weergegeven, dan betekent dit dat sprake is van schending van het beginsel van gemeen-

⁸⁸ — Aangehaald in voetnoot 5.

⁸⁹ — Zie punt 173 van deze conclusie.

⁹⁰ — Aangehaald in voetnoot 5, punt 20.

schapstrouw, wanneer het nationale systeem van vaste boekenprijzen strijdig is met de bepalingen van het vrije verkeer van goederen of met andere bepalingen van het EG-Verdrag.⁹¹

188. Het Hof heeft bijgevolg in het arrest Leclerc e.a. niet eerst stilgestaan bij de vraag of het beginsel van gemeenschapstrouw was geschonden en, na deze vraag ontkennend te hebben beantwoord, getoetst aan de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen. Het Hof sluit veeleer een schending van het beginsel van gemeenschapstrouw in de vierde categorie enkel uit, wanneer het nationale systeem van vaste boekenprijzen ook voor het overige strookt met de bepalingen van het EG-Verdrag.

189. Aan deze voorwaarde ligt volgens mij de volgende overweging ten gronde. Zoals hier-voor is uiteengezet, wordt door een door de overheid opgelegd systeem van vaste boekenprijzen de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers overgedragen. Bijgevolg kan een schending van het beginsel van gemeenschapstrouw in de vierde categorie in beginsel niet worden uitgesloten. Nationale systemen van vaste boekenprijzen worden evenwel beschouwd als uitdrukking van de eigen bevoegdheid van de lidstaten op cultureel gebied. Dit is echter enkel dan gerechtvaardigd, wanneer de lidstaten bij de inrichting van de systemen van vaste boekenprijzen voor het overige het beginsel van gemeenschapstrouw in acht nemen.

91 — Idem.

190. Aangezien een bepaling als § 3 BPrBG in strijd is met artikel 28 EG, dient volgens de rechtspraak in zoverre geen rekening te worden gehouden met het Oostenrijkse systeem van vaste boekenprijzen als uitdrukking van de eigen bevoegdheid van de lidstaten op cultureel gebied.

iv) Resultaat

191. Ik kom tot de slotsom dat de bevoegdheid tot vaststelling van de eindprijs voor boeken die door een nationaal systeem van vaste boekenprijzen aan uitgevers en importeurs wordt overgelaten, in beginsel niet in strijd is met de verplichting van de lidstaten uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG, maar dat zich in het onderhavige geval bijzondere omstandigheden voordoen waardoor sprake is van een dergelijke schending.⁹²

192. Deze schending valt in het onderhavige geval grotendeels samen met die van artikel 28

92 — Weliswaar zou daarenboven nog kunnen worden stilgestaan bij een overeenkomstige toepassing van artikel 81, lid 3, EG. Dit zou in de onderhavige categorie mijns inziens moeten gebeuren door na te gaan of alle denkbare besluiten die aan de particuliere marktdeelnemers zijn overgelaten, voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG. De uitbreiding tot alle denkbare besluiten is noodzakelijk, omdat de lidstaat in deze categorie de verantwoordelijkheid aan particuliere marktdeelnemers overdraagt. Ik heb reeds twijfels met betrekking tot de vraag of een regeling die Duitstalige boeken uit andere lidstaten discrimineert, noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen die met de vaste boekenprijzen worden nagestreefd.

EG. Anders dan de Duitse regering meent, kan geen specialiteitsverhouding worden aangenomen tussen artikel 28 EG en artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 81 EG, aangezien deze normen verschillende doelstellingen nastreven.

boekenprijzen moet het gemeenschapsrecht, inzonderheid de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, in acht nemen. In het onderhavige geval is in elk geval niet aan de tweede voorwaarde voldaan.

V — Samenvatting

193. Samenvattend ben ik van mening dat een regeling als het BPrBG onverenigbaar is met de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen. Ik geef bijgevolg in overweging om de eerste prejudiciële vraag bevestigend en de tweede prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden.

194. Voorts vormt de vaststelling van een nationaal systeem van vaste boekenprijzen geen schending van het beginsel van gemeenschapstrouw uit hoofde van artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG in de categorie gevallen waarin een mededingingsverstorende overeenkomst overbodig wordt. Het moet dan wel gaan om een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen en het systeem van vaste

195. Aangezien de derde prejudiciële vraag evenwel enkel is gesteld voor het geval van een ontkennend antwoord op de eerste prejudiciële vraag, geef ik het Hof in overweging die prejudiciële vraag niet te beantwoorden.

196. Zou de derde prejudiciële vraag toch moeten worden beantwoord, dan geef ik het Hof in overweging om overeenkomstig zijn vaste rechtspraak te antwoorden dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht artikel 10, tweede alinea, EG junctis de artikelen 3, lid 1, sub g, en 81 EG niet in de weg staan aan de vaststelling van een wettelijke regeling door een lidstaat krachtens welke de eindprijs voor boeken door de uitgever of de importeur ervan moet worden bepaald, mits het gaat om een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen en deze regeling de andere specifieke bepalingen van het Verdrag, inzonderheid die betreffende het vrije verkeer van goederen, in acht neemt.

VI — Conclusie

197. Gelet op het voorgaande, moeten de vragen van de nationale rechter mijns inziens als volgt worden beantwoord:

- „1) Het begrip maatregel van gelijke werking als een invoerbepierking in de zin van artikel 28 EG moet aldus worden uitgelegd dat hieronder een regeling van een lidstaat valt, die de binnenlandse uitgevers en importeurs verplicht een voor de eindverkoper bindende minimumverkooppijs vast te stellen en bekend te maken, wanneer de importeur voor in een andere lidstaat uitgegeven boeken geen lagere pijs mag bepalen dan de eindpijs (na aftrek van de voor de andere lidstaat geldende btw en vermeerderd met de binnenlandse btw), die de uitgever heeft vastgesteld of aanbevolen voor die andere lidstaat.

Dit geldt ook, wanneer de importeur van dergelijke boeken de eindpijs die de uitgever voor die andere lidstaat heeft vastgesteld of aanbevolen, kan verlagen naar evenredigheid van het handelsvoordeel dat hij behaalt door de boeken in te kopen tegen een lagere pijs dan de normale aankooppijs.

- 2) De artikelen 28 EG, 30 EG en 151 EG moeten aldus worden uitgelegd, dat een dergelijke maatregel noch met de positie van boeken als cultuurgoed of het belang van de eindverbruiker bij redelijke boekenprijzen, noch met de bedrijfseconomische omstandigheden van de boekhandel kan worden gerechtvaardigd.”