



EUROPESE COMMISSIE

DG Concurrentie

Brussel,
D(2004)

02.08.04 0004400

Per post en

per fax + 31-70-379 60 94
mevrouw V.J.W.C. Esman-Peeters
Plv. directeur Directie
Marktwerking, Ministerie van
Economische Zaken,
Postbus 20101,
NL-2500 EC Den Haag

per fax +32-2-26 79 17 92
Permanente Vertegenwoordiging
van het Koninkrijk der Nederlanden
PV EU
Herrmann-Debrouxlaan 48
B-1160 Brussel

**Betreft: Uw schrijven van 26 mei 2004 met het verzoek om advies over het
initiatiefwetsvoorstel over de vaste boekenprijs**

E-mail van mevrouw Jadoenath van 1 juni 2004

Uw referentie ME/MW 4034344

Geachte mevrouw Esman-Peeters,

Met dit schrijven beantwoorden wij bovengenoemd verzoek aan het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie (hierna "DG Concurrentie" genoemd) om advies over de verenigbaarheid met de mededingingsregels van de Gemeenschap, in het bijzonder met artikel 81, lid 1, juncto artikel 10, juncto artikel 3, lid 1, onder g), van het EG-Verdrag, van een voorstel van Nederlandse wet houdende regels omtrent de vaste boekenprijs (hierna "het wetsvoorstel" genoemd), waarvan een kopie bij uw schrijven van 26 mei 2004 was gevoegd.

1. Inleidende opmerking

Uit uw schrijven maken wij op dat u DG Concurrentie verzoekt om een voorlopig advies over de vraag of het wetsvoorstel verenigbaar is met de bovenvermelde Gemeenschapsregels inzake mededinging, eerder dan om een advies over de verenigbaarheid ervan met het Gemeenschapsrecht in het algemeen. Onderstaande

opmerkingen hebben derhalve uitsluitend betrekking op de analyse onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag. Dit schrijven gaat niet in op de culturele aspecten waarmee de Gemeenschap volgens artikel 151, lid 4, van het EG-Verdrag rekening dient te houden bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van het EG-Verdrag.

Bovendien zijn de standpunten in dit schrijven louter informatief en van voorlopige aard, en gebaseerd op de ons tot dusverre beschikbare informatie. Deze standpunten zijn derhalve niet bindend voor DG Concurrentie, noch voor de Commissie als geheel ten aanzien van de Nederlandse overheid of derden, in het bijzonder in het kader van eventuele toekomstige procedures over de in dit schrijven behandelde materie. Bovendien lopen de voorlopige bevindingen in dit schrijven niet vooruit op, noch vervangen zij een eventuele toekomstige beoordeling van de toepassing van het wetsontwerp door de hoven van de Europese Gemeenschap, de Commissie of door enige andere Europese mededingingsautoriteit op basis van alle relevante feiten en de economische context waarin de marktdeelnemers opereren¹. Onderstaande opmerkingen moeten derhalve worden gelezen met inachtneming van deze strikte beperkingen.

2. Artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag

2.1. Artikel 81, juncto artikel 10 en artikel 3, lid 1, onder g), van het EG-Verdrag

Volgens artikel 81, lid 1, van het Verdrag zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden onder andere alle overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die 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, met inbegrip van die welke bestaan in het rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden.

Volgens artikel 81, lid 2, van het EG-Verdrag zijn dergelijke verboden overeenkomsten van rechtswege nietig. De bepalingen van artikel 81, lid 1, kunnen echter buiten toepassing worden verklaard indien is voldaan aan de voorwaarden van lid 3 van dit artikel.

In het onderhavige geval staan de restrictieve bepalingen niet in een regeling tussen ondernemingen maar wel in het wetsontwerp. Uit de artikelen 2 en 3 van het wetsontwerp vloeit namelijk rechtstreeks de (wettelijke) verplichting voort voor uitgevers en importeurs van boeken in de Nederlandse taal om eenzijdig een vaste verkoopprijs vast te stellen, terwijl de kleinhandelaar op grond van artikel 6 verplicht is deze prijs in acht te nemen bij de verkoop aan de eindafnemer.

Hoewel artikel 81 van het EG-Verdrag als zodanig slechts betrekking heeft op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten, heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat dit artikel in samenhang met artikel 10 van het EG-Verdrag, dat een verplichting tot samenwerking in het leven roept, voorschrijft dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of

¹ In dit verband zij erop gewezen dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft gesteld dat onder andere nationale mededingingsautoriteiten verplicht zijn nationale wetgeving die strijdig is met het Gemeenschapsrecht, buiten toepassing te laten (zie arrest van 9.9.2003, Zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), nog niet gepubliceerd, punten 50-51.)

bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Het Hof heeft met name geoordeeld, dat de artikelen 10 en 81 van het EG-Verdrag worden geschonden wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 van het EG-Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.²

We begrijpen dat het wetsontwerp niet vereist dat overeenkomsten worden gesloten tussen uitgevers en kleinhandelaars (verticale relatie) of buitenlandse uitgevers en importeurs (horizontale relatie). In plaats daarvan legt het aan uitgevers en importeurs een statutaire verplichting op om kleinhandelsprijzen unilateraal vast te leggen en een gelijkaardige verplichting op de kleinhandelaars om de vaste prijzen te respecteren. Wij merken op dat het wetsontwerp geen procedurele bepalingen noch inhoudelijke vereisten bevat die de bevoegde Nederlandse autoriteiten zouden toestaan om de bevoegdheid te behouden om zelf de prijs vast te leggen. Voorts is er niets in het ontwerp waaruit men kan afleiden dat de uitgevers en de importeurs onafhankelijk hun prijzen vastleggen en op basis van overwegingen van openbaar belang. Men kan daarom stellen dat de Nederlandse overheid, door dit wetsontwerp aan te nemen, de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers zou overdragen. Zoals we hierboven stelden, heeft het Hof geoordeeld dat een dusdanige overdracht één van de situaties is waarbij de artikelen 10 en 81 van het EG-Verdrag zouden kunnen worden overtreden. Het staat daarom te bezien of het onderwerp van de wet binnen het toepassingsgebied van artikel 81 van het EG-Verdrag valt.

Overeenkomsten tussen ondernemingen over vaststelling van de verkoopprijs beperken de mededinging en vallen derhalve onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag. De Commissie heeft haar standpunt op dit punt in verscheidene zaken, waaronder zaken in de boekensector, verduidelijkt³. In deze zaken betrof het in het algemeen overeenkomsten inzake prijsbinding waarbij uitgevers collectief overeengekomen waren om eenzijdig een kleinhandelsprijs voor drukwerk vast te leggen die door alle marktdeelnemers in de distributieketen in acht genomen moest worden. De Commissie heeft haar standpunt verder bevestigd in secundaire wetgeving en in tal van bekendmakingen en richtsnoeren

² Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 9.9.2003, zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, nog niet gepubliceerd, punten 45 en 46.

³ Zie in dit verband de beschikking van de Commissie van 25 november 1981 (IV/428 – VBVB/VBVB), PB L 54, 25.2.1982, blz. 36 inzake een overeenkomst betreffende de handel in boeken tussen Nederland en Vlaanderen. Deze beschikking is bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, arrest van 17.1.1984, Gevoegde zaken 43 en 63/82, *VBVB en VBVB v. Commissie*, [1984] Jurispr. 19. Zie ook de beschikking van de Commissie van 12.12.1988 (IV/27.293 en IV/27394, *Publishers Association – Net Book Agreements*), PB L 22, 26.1.1989, blz. 12, uiteindelijk in hogere voorziening nietig verklaard bij het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 17.1.1995, Zaak C-360/92 P, *Publishers Association v. Commission*, [1995] Jurispr. I-23 wegens onjuiste motivering. Wat de Duitse overeenkomsten inzake vaste boekenprijzen betreft, zij verwezen naar de zaken COMP/C2/34.657 (*Sammelrevers*), 37.906 (*Internetbuchhandel*) en 38.019 (*Proxis/KNO et al.*), genoemd in het XXXIIe Verslag over het mededingingsbeleid 2002 van de Europese Commissie, blz. 225 tot 227 en 250-251.

op grond waarvan bepalingen inzake prijsbinding “hardcore”-beperkingen vormen die strijdig kunnen zijn met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag⁴.

Het Hof van Justitie, noch de Commissie hebben echter tot dusver een standpunt ingenomen betreffende de vraag of nationale wetgeving artikel 10, juncto artikel 81 van het EG-Verdrag kan overtreden, wanneer het gedragingen van het soort dat hierboven is beschreven en dat door artikel 81, lid 1, verboden is, overbodig maakt door de uitgever en de importeur van boeken verantwoordelijk te maken voor het vrij vastleggen van bindende kleinhandelsprijzen. Hoewel het Hof bij vele gelegenheden heeft bevestigd dat nationale wetgeving artikel 81, juncto artikel 10 van het EG-verdrag kan overtreden, heeft het voorzover wij weten, nog niet de kans gehad te onderzoeken of een door nationale wetgeving opgelegd systeem van prijsbinding deze verdragsbepalingen zou kunnen overtreden.

Zoals hierboven toegelicht, zijn de beperkingen op wederverkooprijzen maatregelen die ertoe strekken de mededinging te beperken en ze vormen derhalve een *per se* beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, tenzij de gevolgen voor handel tussen lidstaten onbelangrijk zijn. Hetzelfde is van toepassing op de grensoverschrijdende vaststelling van prijzen tussen buitenlandse uitgevers en importeurs. De Nederlandse wetgeving zou tot een systeem van prijsbinding leiden dat anders slechts door een reeks horizontale en verticale overeenkomsten tussen betrokken uitgevers, importeurs en kleinhandelaars kon verkregen te zijn. Zoals hierboven toegelicht, moet men ervan uitgaan dat dergelijke overeenkomsten, indien bilateraal gesloten tussen de ondernemingen, “hardcore”-beperkingen van de mededinging zouden vormen. Ondanks het feit dat het Hof tot dusver nog niet heeft geconstateerd dat nationale wetgeving die particuliere marktdeelnemers verplicht om unilateraal kleinhandelsprijzen vast te leggen artikel 81, juncto artikel 10 van het EG-Verdrag schendt, sluit bij ons weten niets in de bestaande jurisprudentie een dergelijke bevinding uit. Op voorwaarde dat de relevante wetgeving de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden, is het naar onze mening niet uit te sluiten dat dergelijke wetgeving binnen het verbod van artikel 81, lid 1, juncto de artikelen 3, lid 1, onder g), en 10 van het EG-Verdrag valt.

2.2. Een merkbare ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten

Om te beoordelen of de wetgeving van die aard is dat ze wellicht het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig zou beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag, herinneren wij aan de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen die ook de basis vormt voor de recente richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel”⁵. Volgens deze

⁴ Zie artikel 4, onder a), en overweging nr. 10 van Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PB L 336, 29.12.1999, blz. 21; Bekendmaking van de Commissie - Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2000/C 291/01), PB C 291, 13.10.2000, blz. 1, punten 46-47, 111-112; Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), PB C 368, 22.12.2001, blz. 13, punt 11, lid 1, onder a), en lid 2, onder a).

⁵ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB C 101, 27.4.2004, blz. 81.

jurisprudentie is aan het criterium van ongunstige beïnvloeding van de handel voldaan indien het mogelijk is op basis van een geheel van objectieve juridische en feitelijke elementen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de overeenkomst of gedraging — in het onderhavige geval het wetsontwerp —, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden⁶. Het is belangrijk erop te wijzen dat het dus voldoende is om aan te tonen dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben, en dat het niet nodig is de daadwerkelijke omvang van de handel tussen de lidstaten die ongunstig wordt beïnvloed, te berekenen⁷. Bovendien is de Commissie in het algemeen van oordeel, in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof, dat overeenkomsten die op import en export betrekking hebben, naar hun aard de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, aangezien zij een rechtstreekse impact op de handelsstromen tussen lidstaten hebben⁸.

Het bovenstaande is analoog van toepassing op nationale wetgeving die wordt geanalyseerd in het kader van artikel 81, lid 1, juncto artikel 10 van het EG-Verdrag. In dit verband zij er tevens aan herinnerd dat het Hof in *Leclerc* heeft erkend dat noch het Hof zelf, noch de Commissie tot dusverre de verenigbaarheid met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag van zuiver nationale systemen en gedragingen omtrent een vaste boekenprijs in vraag heeft gesteld⁹. Bovendien heeft de Commissie, in overeenstemming met de uitspraak van het Hof, in verband met de Duitse "*Sammelrevers*"-zaak onlangs publiekelijk verklaard dat zij geen bezwaar heeft tegen nationale boekenprijsafspraken zolang deze geen merkbare impact op het handelsverkeer tussen lidstaten hebben¹⁰.

Om te bepalen of het wetsontwerp een merkbare ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten zou kunnen hebben, vestigen we de aandacht op de volgende relevante bepalingen van het wetsontwerp:

Artikel 3, leden 1 en 2, van het wetsontwerp

Zoals in uw schrijven van 26 mei 2004 terecht is opgemerkt, zijn in dit verband de verplichtingen die importeurs bij artikel 3 van het wetsontwerp worden opgelegd, van bijzonder belang. Volgens bedoelde bepalingen, met name artikel 3, lid 1, onder a) en b), moeten alle importeurs van Nederlandstalige boeken een vaste prijs vaststellen die niet lager mag zijn dan de door de buitenlandse, al dan niet in een lidstaat van de Europese Unie gevestigde uitgever voor de verkoop aan eindafnemers in Nederland vastgestelde of aanbevolen (vaste) verkoopprijs. Krachtens artikel 3, lid 1, onder c), mag de vaste prijs zelfs wanneer de buitenlandse uitgever geen prijs voor verkoop in Nederland heeft

⁶ Ibid., punt 23 met verdere verwijzingen naar de jurisprudentie van het Hof.

⁷ Ibid., punten 26-27.

⁸ Ibid., punt 62 onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 14.12.1983, Zaak 319/82, *Kerpen & Kerpen*, [1983] Jurispr. 4173, punt 8.

⁹ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 10.1.1985, Zaak 229/83, *Leclerc et al.*, [1985] Jurispr. 1, punt 18-20.

¹⁰ Zie XXXIIe Verslag over het mededingingsbeleid 2002 van de Europese Commissie, blz. 225 tot 227; IP/02/461 van 22.3.2002 "*Commissie accepteert verbintenissen in mededingingsprocedure over Duitse vaste boekenprijs*".

vastgesteld of aanbevolen, niet lager zijn dan de prijs die de buitenlandse uitgever heeft aanbevolen of vastgesteld voor verkoop aan eindafnemers in de staat waar de boeken zijn uitgegeven. Slechts wanneer de buitenlandse uitgever helemaal geen prijs voor verkoop aan eindafnemers heeft aanbevolen of vastgesteld, is de verkoper niet verplicht een prijs vast te stellen (artikel 3, lid 2, van het wetsontwerp).

DG Concurrentie is van oordeel dat bovengenoemde bepalingen ten minste een potentiële invloed op het handelsverkeer tussen lidstaten hebben, en wel als volgt:

- a) Het feit alleen al dat artikel 3 van het wetsontwerp ook van toepassing is op de invoer van Nederlandstalige boeken, d.w.z. de handel tussen buitenlandse, in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde uitgevers/exporteurs en Nederlandse importeurs, toont aan dat het wetsontwerp naar zijn aard de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. In dit verband wordt ervan uitgegaan dat verscheidene buitenlandse uitgevers, met name gevestigd in België, Nederlandstalige boeken produceren en naar Nederland exporteren.
- b) Aangezien importeurs op grond van het bepaalde in artikel 3, lid 1, onder a) en b), de door buitenlandse uitgevers aanbevolen of vastgestelde prijzen in acht moeten nemen, vervangt de aldus ingevoerde wettelijke verplichting een grensoverschrijdende boekenprijsafsprak met dezelfde strekking tussen betrokken partijen. Dit geldt ook voor aanbevolen verkoopprijzen, die vanuit het perspectief van degene die de prijzen vaststelt weliswaar niet bindend zijn, maar door het wetsontwerp worden omgezet in wettelijk bindende vaste prijzen voor degene aan wie de prijs wordt opgelegd, d.w.z. de importeur¹¹. Zelfs als er in het land van herkomst geen prijsbindingsregeling bestaat (in de vorm van een multilaterale overeenkomst of een wet), zoals bijvoorbeeld momenteel het geval is in België, maakt het wetsontwerp het dus voor buitenlandse uitgevers mogelijk en makkelijker om ten behoeve van de export op internationaal niveau vaste prijzen vast te stellen voor de importeur. Omgekeerd zorgt de wettelijke verplichting voor de importeur om de importprijs vast te stellen op het niveau van de door de uitgever aanbevolen/vastgestelde prijs, er in de praktijk voor dat deze prijs wordt toegepast in de gehele nationale distributieketen, zodat uiteindelijk ook de eindafnemer hiervan gevolgen ondervindt. Bijgevolg dragen de verplichtingen die de importeur bij artikel 3, lid 1, onder a) en b), worden opgelegd, bij tot een regeling voor de grensoverschrijdende vaststelling van prijzen die kan worden gelijkgesteld met de regeling die handelspartners tot stand zouden brengen wanneer zij een grensoverschrijdende overeenkomst voor vaste prijzen zouden sluiten.
- c) Naar analogie van het bovenstaande waarborgt het bepaalde onder artikel 3, lid 1, onder c), in de praktijk dat dergelijke grensoverschrijdende prijsafspraken ook van toepassing zijn op buitenlandse uitgevers die in hun land van herkomst al door een nationale prijsbindingsregeling gebonden zijn. Die bepaling heeft een nog grotere invloed op de mededinging en een groter effect op de handelsstromen tussen lidstaten aangezien het de in het land van herkomst toepasselijke vaste prijs bindend maakt

¹¹ Er zij in deze context aan herinnerd dat aanbevolen verkoopprijzen ook onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag vallen als zij een indirect middel zijn om een vaste verkoopprijs op te leggen; zie met name Bekendmaking van de Commissie - Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2000/C 291/01), PB C 291, 13.10.2000, blz. 1, punt 47.

voor de Nederlandse importeur, zelfs wanneer de buitenlandse uitgever geen exportprijs heeft vastgesteld of aanbevolen. Artikel 3, lid 1, onder c), van het wetsontwerp zorgt er derhalve niet alleen voor dat Nederlandstalige boeken in de praktijk slechts zelden zonder vaste prijs kunnen worden geïmporteerd — wat bijdraagt aan de “waterdichtheid” van de multilaterale prijsbindingsregeling — maar het schept ook een “structureel verband” met de nationale prijsbindingsregelingen die in andere lidstaten bestaan. Het uiteindelijke effect van dit structurele verband is dat nationale prijsbindingsovereenkomsten/-wetten in verschillende lidstaten, *a fortiori* wanneer zij voorzien in een vergelijkbare regeling voor invoer op hun eigen grondgebied, gezamenlijk een multinationale en multiterritoriale prijsbindingsregeling vormen waarmee het volledige internationale handelsverkeer in de betrokken producten kan worden gecontroleerd.

De conclusie van DG Concurrentie luidt dat de bepalingen van artikel 3, lid 1, van het wetsontwerp, afzonderlijk dan wel gezamenlijk, van ongunstige invloed kunnen zijn op het handelsverkeer tussen lidstaten.

Ten slotte wordt aangenomen dat het wetsontwerp het handelsverkeer tussen lidstaten merkbaar ongunstig zou kunnen beïnvloeden¹². Dit blijkt al uit het feit dat de wet van toepassing zou zijn op het volledige grondgebied van een lidstaat. Daarbij komt dat er sprake is van een omvangrijke grensoverschrijdende handel in Nederlandstalige boeken tussen met name België enerzijds, waar een aanzienlijk aantal uitgevers van dergelijke boeken gevestigd is¹³, en Nederland anderzijds. In welke mate deze invloed merkbaar is wat de omvang van de handel betreft, kan echter pas gedetailleerd worden beoordeeld als de economische context waarin de marktdeelnemers momenteel opereren, evenals hun economische sterkte, volledig bekend is. Daarbij moeten de relevante bepalingen van de richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” en met name de zogenaamde “geen merkbaar effect op de handel”-regel zorgvuldig in acht worden genomen¹⁴.

3. Conclusies

Ik kom derhalve tot de conclusie dat, ondanks het feit dat het Hof tot dusver nog niet heeft geoordeeld dat nationale wetgeving zoals diegene die u ons heeft voorgelegd, artikel 81, lid 1, juncto artikel 10 van het EG-Verdrag overtreedt, wij van mening zijn dat in acht genomen de doelstelling en de effecten van de wetgeving een dergelijke bevinding niet uitgesloten kan worden. Daarenboven, zoals we eerder stelden, menen we dat het ernaar uitziet dat de beoogde wetgeving het handelsverkeer tussen lidstaten kan beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag.

¹² Dit sluit aan bij de bevindingen van het Hof in zijn arrest in de Gevoegde zaken 43 en 63/82, *VBVB en VBBB v. Commissie*, [1984] Jurispr. 19, punten 47-49.

¹³ Zie o.a. de verwijzingen in <http://bief.org/?fuseaction=lettre.article&A=69>.

¹⁴ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB C 101, 27.4.2004, blz. 81, punt 50 e.v.

Ik wil echter benadrukken dat de hierboven beschreven voorlopige standpunten geenszins een eventuele beoordeling op basis van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag inhouden noch daarop vooruitlopen. Uw verzoek strekte zich overigens niet uit tot een analyse van die bepaling door DG Concurrentie. Overeenkomstig artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003¹⁵ is het aan de partij of de lidstaat die zich op die bepaling beroept, om aan te tonen dat met betrekking tot een nationale prijsbindingsregeling voor boeken die een merkbare invloed op de grensoverschrijdende handel heeft, aan de vier cumulatieve voorwaarden is voldaan¹⁶.

Ik wil tevens benadrukken dat de verenigbaarheid van artikel 3, leden 1 en 2, van het wetsontwerp (betreffende de verplichtingen van de importeur) en artikel 3, leden 5 en 6, van het wetsontwerp (betreffende de ontwijkingsclausule), met artikel 28 van het EG-Verdrag, in het licht van de *Leclerc* jurisprudentie, zorgvuldig onderzocht zal worden. Ik raad u daarom ten zeerste aan contact op te nemen met mijn collega de heer Schaub van het directoraat-generaal Interne markt van de Europese Commissie,

Ten slotte herhaal ik dat deze voorlopige opmerkingen een later standpunt van de Commissie ten aanzien van de nationale wettelijke regelingen omtrent de vaste boekenprijs in het Koninkrijk der Nederlanden of in welke andere lidstaat van de Europese Unie dan ook, met in begrip van de in uw verzoek genoemde landen, onverlet laten.

Ik hoop hiermee uw verzoek om advies naar tevredenheid te hebben beantwoord en ben steeds bereid eventuele aanvullende vragen in dit verband te beantwoorden.

Hoogachtend,

for the Director-General

Voor Philip LOWE



G. ROCCA

Deputy Director-General

Bijlagen: Verbintenissen in zaken COMP/C-2/34.657 – “*Sammelrevers*” en
COMP/C-2/37.906 – “*Internetbuchhandel*”

Brief van de Europese Commissie van 12 november 1998 aan de ministers
van Cultuur van de lidstaten

¹⁵ PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

¹⁶ Zie de mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PB C 101, 27.4.2004, blz. 97, in het bijzonder punt 42. In dit verband zij tevens verwezen naar het standpunt van de Commissie vervat in haar brief aan de nationale ministers van Cultuur van 12.11.1998, in het bijzonder blz. 2 van de bijgevoegde analyse van de Commissie (zie kopie in bijlage).

Undertaking

by the Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.,
the Verlagsgruppe Random House GmbH and
the Koch, Neff & Oetinger GmbH

given in the proceedings

COMP/C-2/34.657 – *Sammelrevers*
COMP/C-2/37.906 – *Internetbuchhandel*

The Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., the Verlagsgruppe Random House GmbH and the Koch, Neff & Oetinger GmbH give the subsequent Undertaking with respect to the Commission Notice, in particular its paragraphs 7, 8 and 10, pursuant to Article 19(3) of Regulation No 17 on the granting of a negative clearance by reason of the inapplicability of Article 81(1) of the EC Treaty to the Sammelrevers (O.J. C No. 162 of 10 June 2000, p. 25). The Undertaking exclusively refers to the lack of applicability of Article 81(1) EC Treaty to the Sammelrevers and, in particular, has no effect on the assessment and interpretation of either its provisions or future State measures for the regulation of the price fixing of books and other printed products in the light of EC law as a whole, in particular, on the free movement of goods and services as well as the freedom of establishment:

I.

1. The Sammelrevers does not apply to cross border activities, in particular, cross border sales of books and other printed products to end consumers in Germany including ancillary services, such as cross border advertising. This includes cross border activities in the above sense via the Internet.
2. As an exception to paragraph 1, the Sammelrevers is only applicable to cross border sales of books and other printed products to German end consumers if it is shown on the basis of objective circumstances that a bookseller bound by the Sammelrevers circumvents the retail price maintenance. Circumvention in this sense takes place only if
 - a) a bookseller bound by the Sammelrevers colludes at the retail level with a book seller not bound by the Sammelrevers in order to sell, on the basis of a common plan, books and other printed products to end consumers in Germany at prices below the fixed price. Collusion in this sense takes place, in particular, where the bookseller bound by the Sammelrevers, on the basis of the common plan, makes available Internet access or other communication devices to the bookseller not bound by the Sammelrevers.

ONLY THE GERMAN TEXT IS AUTHORITATIVE!

- b) a bookseller bound by the Sammelrevers exports books and other printed products in another Member State for the sole purpose of re-selling them to end consumers in Germany, either unilaterally or by means of an affiliated undertaking or a third party not bound by the Sammelrevers.
- c) a bookseller bound by the Sammelrevers or an undertaking either controlled by or affiliated and intentionally co-operating with the former creates or gains control over an establishment in another Member State for the purpose of circumventing the retail price maintenance under the Sammelrevers.

II.

- 3. The Sammelrevers applies to cross border sales of books and other printed products to booksellers only if it is shown on the basis of objective circumstances that they were exported for the sole purpose of re-importing them in order to circumvent the retail price maintenance under the Sammelrevers.

III.

- 4. The clauses under paragraphs 2 and 3 constitute exceptions to be interpreted narrowly.
- 5. The burden of proof for the presence of objective circumstances establishing circumvention of the retail price maintenance in the sense of paragraphs 2 and 3 lies with the party invoking the exception. The further interpretation of the notion of circumvention is left to the national courts, however, subject to the competence of the European Court of Justice to give preliminary rulings and the Notice on the co-operation between the Commission and the national courts of 13 February 1993 (J.O. C No. 39 of 1993, p. 6).
- 6. The Sammelrevers is to be applied by the publishers in accordance with proportionality.

IV.

- 7. This Undertaking is only valid during the maintenance in force of the Sammelrevers 2000 governing the retail price maintenance of books and other printed products in Germany. As soon as the Sammelrevers is repealed by State measures governing the retail price maintenance this Undertaking ceases its validity.

Date and signatures

Verbintenissen

door Börsenverein des Deutschen Buchhandels eV, Verlagsgruppe Random House GmbH, en Koch, Neff & Oetinger GmbH aangeboden in de procedure in zaken

COMP/C-2/34.657 – Sammelrevers

COMP/C-2/37.906 – Internetbuchhandel

Börsenverein des Deutschen Buchhandels eV, Verlagsgruppe Random House GmbH, en Koch, Neff & Oetinger GmbH bieden de volgende verbintenissen aan ten aanzien van de mededeling van de Commissie overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 van de Raad betreffende een verzoek om een negatieve verklaring of een vrijstelling overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag ten aanzien van de Sammelrevers, en met name de punten 7, 8 en 10 van die mededeling (PB C 162 van 10.6.2000, blz. 25). Deze verbintenissen hebben uitsluitend betrekking op het feit dat de Sammelrevers niet onder de toepassing van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag valt, en hebben met name geen invloed op de beoordeling en interpretatie van de bepalingen ervan of toekomstige overheidsmaatregelen ter regulering van de vaste boekenprijs en andere uitgaven ("Verlagserzeugnisse") in het licht van de EG-regelgeving in haar geheel, en het vrij verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging in het bijzonder:

I.

1. De Sammelrevers is niet van toepassing op grensoverschrijdende activiteiten, met name grensoverschrijdende verkopen van boeken en andere uitgaven aan eindverbruikers in Duitsland, met inbegrip van aanverwante diensten, zoals grensoverschrijdende reclame. Grensoverschrijdende activiteiten zoals supra omschreven, omvatten ook activiteiten via het Internet.
2. In afwijking van punt 1 is de Sammelrevers enkel van toepassing op grensoverschrijdende verkopen van boeken en andere uitgaven aan Duitse eindverbruikers indien aangetoond wordt op basis van objectieve omstandigheden dat een door de Sammelrevers gebonden boekverkoper de verplichte detailhandelsprijs omzeilt. Van omzeiling van de Sammelrevers is enkel sprake indien:
 - een door de Sammelrevers gebonden boekverkoper afspraken maakt met een niet door de Sammelrevers gebonden boekverkoper, om op basis van een gemeenschappelijk plan boeken en andere uitgaven te verkopen aan eindverbruikers in Duitsland tegen prijzen die onder de vaste prijs liggen. Van afspraken in deze zin is met name sprake wanneer de door de Sammelrevers gebonden boekverkoper, op basis van een gemeenschappelijk plan, internettoegang of andere communicatiemiddelen beschikbaar stelt aan de niet door de Sammelrevers gebonden boekverkoper;
 - een door de Sammelrevers gebonden boekverkoper boeken en andere uitgaven exporteert naar een andere lidstaat uitsluitend met het oog op wederverkoop aan eindverbruikers in Duitsland, hetzij eenzijdig, hetzij middels een gelieerde onderneming of via een derde die niet door de Sammelrevers gebonden is;

- een door de Sammelrevers gebonden boekverkoper, dan wel een onderneming die onder de zeggenschap staat van of gelieerd is en bewust meewerkt met deze laatste, zeggenschap tot stand brengt of verwerft over een vestiging in een andere lidstaat met als doel het omzeilen van de verplichte detailhandelsprijs van de Sammelrevers.

II.

3. De Sammelrevers is alleen op grensoverschrijdende verkopen van boeken en andere uitgaven aan boekverkopers van toepassing indien aangetoond wordt op basis van objectieve omstandigheden dat deze producten geëxporteerd werden uitsluitend met als doel de wederinvoer ervan om zodoende de instandhouding van de verplichte detailhandelsprijs van de Sammelrevers te omzeilen.

III.

4. De bepalingen uit punten 2 en 3 vormen uitzonderingen die eng moeten worden geïnterpreteerd.
5. De bewijslast voor de aanwezigheid van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat sprake is van omzeiling van de verplichte detailhandelsprijs in de zin van punten 2 en 3, ligt bij de partij die zich op de afwijking beroept. De verdere uitlegging van het begrip 'omzeiling' wordt overgelaten aan de nationale rechter, met inachtneming evenwel van de bevoegdheid van het Europese Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te geven, alsmede de bekendmaking van 13 februari 1993 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties (PB C 39 van 13.2.1993, blz. 6).
6. De Sammelrevers moet door de uitgeverijen toegepast worden in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.

IV.

7. Deze verbintenissen zijn slechts geldig zolang de Sammelrevers 2000 houdende de verplichte detailhandelsprijs voor boeken en andere uitgaven in Duitsland, van kracht is. Zodra de Sammelrevers vervangen wordt door overheidsmaatregelen betreffende de handhaving van de detailhandelsprijs, komen deze verbintenissen te vervallen.

(Datum en handtekeningen)

Marcelino Oreja
Member of the European Commission

Rue de la Loi 200
1049 Brussels

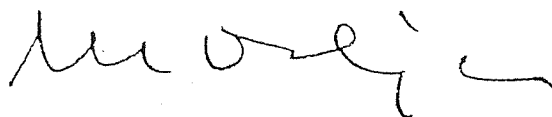
Brussels, 12 November 1998
D1483

Your Excellency,

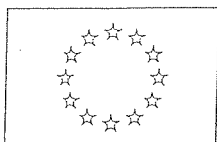
Please find enclosed, with a view to the Council meeting of 17 November next, a letter with enclosures addressed to your Minister responsible for Cultural Affairs on the issue of fixed book prices.

I would be grateful if you would forward as appropriate.

Yours faithfully,



His Excellency Sir Stephen Wall KCMG LVO
United Kingdom Permanent Representative to the European Union
Avenue d'Auderghem, 10
B-1040 Brussels



EUROPEAN COMMISSION

Brussels, 12 November 1998
D1483.

Sir,

On 22 September 1997 the Council of the European Union adopted a Decision in which it requested the Commission to study cross-border fixed book price systems in European linguistic areas and submit its findings to it.

As you were informed, the Commission commissioned a study which was communicated to your departments. The consultant's study, which of course is not binding on the Commission, contains a number of interesting facts about the situation and trends in the book publishing business in Europe. In addition, the Commission has continued to study the legal situation in the light of the Treaty (Articles 30, 85 and 128(4), among others) and Court of Justice judgments (VBBB/VBVB, Net Book Agreement, Leclerc).

As a result of the above, and taking into account the cultural dimension of books as well as the interest of readers, the Commission is in a position to clarify its stance on the question of fixed book prices in the light of Community law. This stance is described in the annex to this letter and can be summed up as follows:

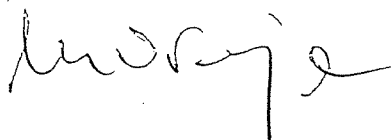
- Commission action does not affect purely national contractual systems which have no significant impact on trade between Member States. They are accordingly not concerned;
- legislative fixed book price systems which do not impose quantitative restrictions on imports are not in question either;
- in the case of contractual systems in homogeneous linguistic areas which have an impact on trade between Member States, the Commission will examine whether these systems incorporate cultural objectives and will assess positively any mechanism of which the beneficial effects on culture are established and which can justify restrictions commensurate with its objectives in terms of competition. The Commission will undertake this assessment in the light of existing arrangements and any changes which might be made by the parties concerned.

Mr. Chris Smith
Secretary of State for National Heritage
Dept. of National Heritage
2-4 Cockspur Street
UK-London SW14 5DH

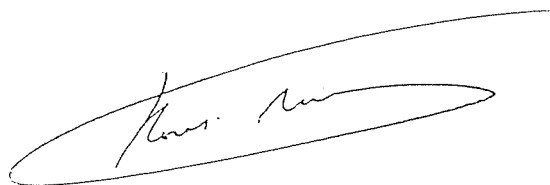
.../...

Thus, the Commission is merely checking whether fixed price systems in the Community are compatible with the provisions of the Treaty – those concerning competition and culture in this case – with which it has a duty to ensure compliance.

Yours faithfully,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'M. Oreja', with a stylized flourish at the end.

Marcelino Oreja

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'K. Van Miert', enclosed within a large, horizontal oval loop.

Karel Van Miert

BOOK PRICING

Commission analysis

The Commission's position on the question of fixed book pricing in relation to Community law is based on the Treaty (Articles 30, 85 and 128(4)) and Court of Justice judgments (VBBB/VBVB, Net Book Agreement, Leclerc).

Firstly, Article 85(1) of the Treaty applies when trade between Member States is significantly affected by agreements that restrict competition. Agreements on book prices restrict competition if they prevent retailers from applying price competition. Intra-Community trade is affected significantly if there is a sizeable volume of trade in books between two Member States. This will normally be the case in homogeneous linguistic areas because there are likely to be significant levels of imports and exports from one Member State to the other. The Commission applied Article 85(1) to these cross-border systems in its decisions on VBBB/VBVB in 1981 and the Net Book Agreement in 1988. The Court of Justice and Court of First Instance upheld the Commission's decisions on this point in 1984 and 1992 respectively.

By contrast, Commission action does not affect purely national contractual agreements which have no significant impact on trade between Member States. They are accordingly not at issue.

Secondly, with regard to Article 30 of the Treaty, the Court indicated in the Leclerc judgment of 1985, which dealt with French legislation on book pricing ("Loi Lang"), that a national book pricing system could infringe Article 30 and affect trade between Member States if it contained clauses imposing national price regulation on the reimportation of books published in that country and the importation of books published in another Member State.

The Court of Justice ruled that the clauses in the French legislation dealing with books imported from other Member States were incompatible with Article 30 because the obligation on importers to fix the price of imported books created different rules for imported books and French books (for which publishers, not importers, determined the prices). According to the Court, the unequal treatment of French and imported books infringed Article 30.

In the case of reimported books, the Court found that the obligation on reimporters of French books to apply prices fixed by French publishers put sales of reimported books at a disadvantage because it deprived the importer of a particular book of the opportunity to pass on in the retail price any advantage it might have derived from a more favourable price obtained in the Member State of export. The Court ruled that such a clause constituted a measure equivalent in effect to a quantitative restriction on imports, contrary to Article 30.

On the other hand, if trade between Member States is not affected by clauses similar to those criticised by the Court of Justice in the Leclerc judgment, legislative systems of fixed book pricing do not prompt objections from the Commission or the Court of Justice. Legislative systems in France, where the legislation has been amended to comply

with the Leclerc judgment, and in other Member States with legislative systems of fixed book pricing, are therefore not at issue.

Thirdly, with the insertion of Article 128(4) into the Treaty, cultural aspects have to be taken into account in Commission decisions on fixed book pricing where these systems affect trade between Member States. This is now an explicit requirement for competition policy, as for every other Community policy.

Even before the insertion of Article 128(4) cultural aspects were always considered by the Commission and the Court when examining such systems for compliance with Article 85 of the Treaty, and in particular Article 85(3). This paragraph contains rules for exempting an agreement restricting competition which allow for the positive or negative effects of such an agreement to be taken into account, whereas Article 85(1) applies formal criteria which do not allow for any analysis of the economic or cultural substance of an agreement.

The Court of Justice and its Advocates-General have confirmed that the Commission took cultural aspects into account in the decisions it has taken to date on cross-border fixed book pricing systems, i.e. in the VBBB/VBVB and Net Book Agreement cases.¹

Advocate-General Lenz's opinion in the Net Book Agreement case stated "*The same also applies to the references ... to the fact that the Commission had to take the cultural aspects of the present case into account when adopting its decision. ..., a duty to take those aspects into account already followed from the case-law of the Court of Justice. As a result of the Treaty on European Union, that duty is now expressly mentioned in the EC Treaty (Article 128(4) of the EC Treaty). However, as can be seen from point 75 of the Commission's decision, it did not overlook those cultural aspects.*"² It may be concluded from the Advocate-General's remarks that he does not consider the inclusion of Article 128(4) to have produced any significant change in the application of Article 85 to cross-border fixed book pricing agreements, given that the Commission already took such cultural aspects into account.

The Commission alone has the authority to grant exemptions under Article 85(3). Such exemptions may be granted only if it can be demonstrated that fixed pricing systems offer benefits that considerably outweigh their anti-competitive effect and if the other conditions of Article 85(3) are met. Cultural aspects can only influence the application of Article 85 of the Treaty if it is established that fixed pricing systems do in practice perform the functions attributed to them and if there is no less restrictive alternative that could perform the same function. Even if it could be established that such systems perform these functions the cultural benefits would have to be in proportion to the restrictions on competition, given the gravity of restricting competition.

However, there are serious doubts about whether the benefits have been satisfactorily proved. In the decisions it has taken on fixed book pricing systems to date, the

¹ Joined Cases 43/82 and 63/82 *VBBB and VBVB v Commission* [1984] ECR 19; Case C-360/92 P, *Publishers Association v Commission*, [1995] ECR I-23.

² Case C-360/92 P [1995] ECR I-23, para 60. The relevant part of the Commission decision is paragraph 75 (OJ L 22, 26.1.1989, p. 22).

Commission has never been able to accept the arguments that these systems offered sufficient benefits (decisions on VBBB/VBVB in 1981 and NBA in 1988).

Nevertheless, the Commission, bearing in mind its traditional support for books as cultural goods and given its exclusive competence in the application of competition rules, is prepared to give favourable consideration to any mechanism whose beneficial effects on culture can be clearly demonstrated. In particular, it will consider whether the contractual systems agreed by commercial companies in homogeneous linguistic areas which are submitted to the Commission for examination have cultural objectives and contain cultural provisions that are effectively translated in practice.

To conclude,

- Commission action does not affect purely national contractual systems which have no significant impact on trade between Member States. They are accordingly not concerned;
- the legislative systems that exist in several Member States of the Community are not affected either, provided they impose no quantitative restrictions on imports;
- in the case of contractual systems in homogeneous linguistic areas which have an impact on trade between Member States, the Commission will give favourable consideration to the cultural aspects of such systems, provided the cultural effects are clearly established and these cultural functions could not be performed with less restrictive rules.