

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
C. O. LENZ
van 16 juni 1994 *

A — Inleiding

tweede overeenkomst geen lid van de PA zijn. Inhoudelijk komen de beide overeenkomsten grotendeels overeen.

1. De onderhavige zaak betreft een hogere voorziening die de Publishers Association (hierna: „PA”) heeft ingesteld tegen het op 9 juli 1992 door het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-66/89¹ gewezen arrest. In dit arrest verwierp het Gerecht het beroep dat de Publishers Association had ingesteld tegen de beschikking van de Commissie van 12 december 1988 in de zaak Publishers Association — Net Book Agreements.²

2. Requirante is een in het Verenigd Koninkrijk actieve vereniging van uitgevers. In de onderhavige zaak gaat het om twee overeenkomsten die requirante heeft opgesteld en in 1957 gesloten. Deze overeenkomsten worden aangeduid als „Net Book Agreements” (hierna: „NBA”). Bij de eerste overeenkomst zijn alle uitgevers partij die lid van de PA zijn, terwijl de uitgevers die partij zijn bij de

3. De NBA bevatten uniforme voorwaarden voor de verkoop van boeken tegen een vaste prijs — de zogeheten „net books” (hierna: „nettoboeken”) —, die de aangesloten uitgevers moeten toepassen. Volgens deze standaardvoorwaarden is het groot- en kleinhandelen in beginsel verboden, nettoboeken in het Verenigd Koninkrijk en Ierland tegen een lagere dan de door de uitgever voorgeschreven prijs te verkopen. Uitzonderingen op deze regel zijn opgenomen in de NBA zelf en in de uitvoeringsregelingen, die de PA krachtens de NBA kan opstellen. Deze uitvoeringsregelingen bevatten bepalingen over kortingen voor bibliotheken, kopers van grote aantallen en zogenoemde „book agents”.

De NBA belasten de PA met de taak toezicht te houden op de naleving van de overeenkomsten en hiertoe informatie te verzamelen over eventuele contractbreuken door

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Publishers Association, Jurispr. 1992, blz. II-1995.

2 — PB 1989, L 22, blz. 12.

boekhandelaren. De betrokken uitgevers zijn verplicht hun contractuele rechten en hun rechten uit hoofde van de Resale Prices Act 1976 (een in het Verenigd Koninkrijk geldende wet) uit te oefenen, indien de PA dit van hen verlangt. Op grond van de Resale Prices Act 1976 kan een uitgever de naleving van voorwaarden inzake een minimumverkoop prijs in het Verenigd Koninkrijk afdwingen tegen alle personen die van die voorwaarden op de hoogte zijn gebracht.

van 12 december 1988³ als in het bestreden arrest van het Gerecht⁴ uitvoerig beschreven. Aangezien zij niet van belang zijn voor de beslissing van het geding, behoeft hierop niet nader te worden ingegaan. Wel moet in het oog worden gehouden, dat al deze bepalingen alleen gelden voor de verkoop van nettoboeken, en dat iedere uitgever zelf kan beslissen of hij een boek als nettoboek wil verkopen of niet. Besluit hij een boek als nettoboek te verkopen, dan gelden de NBA en de bijbehorende regelingen. De uitgever alleen bepaalt echter de vaste prijs.

4. In verband met de NBA en de hiervoor vast te stellen uitvoeringsregelingen publiceerde requirante voorts een zogeheten „Code of Allowances” voor de verkoop van nieuwe, herziene of goedkope edities en boeken met verlaagde nettoprijzen en overschotten, alsmede regels voor boekenclubs („Book Club Regulations”) en de jaarlijkse nationale boekenuitverkoop. Ten slotte publiceerde requirante een lijst van boekverkopers („Directory of Booksellers”), waarin alle boekverkopers waren opgenomen die aan bepaalde vereisten voldeden en zich hadden verbonden de standaardverkoopvoorwaarden voor nettoboeken na te leven.

6. Volgens de vaststellingen van het Gerecht worden in het Verenigd Koninkrijk per jaar ongeveer 40 000 nieuwe titels uitgegeven, waarvan 80 % wordt uitgegeven door leden van de PA.

Slechts een gering deel van de boekproductie van het Verenigd Koninkrijk (ongeveer 1,2 %) wordt naar Ierland uitgevoerd. Deze uitvoer vormt echter 80 % van de invoer van boeken in Ierland en vertegenwoordigt meer dan 50 % van het totale aantal in dat land verkochte boeken. Voorts staat vast, dat ongeveer 75 % van de in het Verenigd Koninkrijk verkochte of door Britse uitgevers naar Ierland uitgevoerde boeken als nettoboeken wordt verkocht.⁵

5. De details van deze regelingen worden zowel in de beschikking van de Commissie

3 — T. a. p. (voetnoot 2) punten 6-30 en 38-39.

4 — T. a. p. (voetnoot 1) n. o. 4-16.

5 — T. a. p. (voetnoot 1) n. o. 17, 18 en 56.

7. De Restrictive Practices Court (de rechterlijke instantie die in het Verenigd Koninkrijk bevoegd is op mededingingsgebied) heeft diverse malen de verenigbaarheid van de NBA met de Britse wetgeving getoetst. In 1962 deed de Court in een uitvoerig arrest voor het eerst uitspraak ten gunste van de verenigbaarheid.⁶ In dat arrest concludeerde de Court, dat ontbinding van de NBA zou leiden tot een prijsstijging van boeken, een vermindering van het aantal voorraadhoudende boekverkopers en een vermindering van het aantal en de verscheidenheid van de uitgegeven titels. De Restrictive Practices Court bevestigde deze uitspraak in 1964 en 1968. Eind 1993 kondigde de bevoegde autoriteit aan, dat zij de NBA opnieuw wilde onderzoeken en zo nodig nogmaals ter toetsing aan de Restrictive Practices Court wilde voorleggen.⁷

8. Na de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschap meldde requirante de NBA en de overige regelingen in 1973 bij de Commissie aan. Het duurde echter tot 1988 voordat de Commissie in deze kwestie een eindbeschikking gaf. Daarin besliste zij, dat de NBA, de ter uitvoering daarvan vastgestelde regelingen en de overige door requirante in dit verband vastgestelde maatregelen⁸, „voor zover betrekking hebbend op de handel in boeken tussen de Lid-Staten”, een inbreuk vormden op artikel 85, lid 1 (artikel 1 van de beschikking). De Commissie weigerde genoemde overeenkomsten en de overige regelingen krachtens artikel 85, lid 3, vrij te stellen van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag (artikel 2 van de

beschikking). Requirante werd voorts gelast, alle dienstige stappen te ondernemen om onverwijld aan de in artikel 1 van de beschikking genoemde inbreuken een einde te maken (artikel 3 van de beschikking) en de betrokken ondernemingen van deze beschikking en de daaruit voortvloeiende consequenties in kennis te stellen (artikel 4 van de beschikking).

9. De vraag van een mogelijke ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag wordt behandeld in de punten 69 tot en met 86 van de beschikking. De Commissie verklaart daarin, dat haars inziens aan „ten minste” één voorwaarde van artikel 85, lid 3, niet is voldaan, „te weten die welke inhoudt dat de overeenkomsten geen beperkingen mogen opleggen die voor het bereiken van de doelstellingen van de overeenkomst niet onmisbaar zijn” (punt 70). Bij het onderzoek van deze vraag wijst de Commissie erop, dat requirante heeft betoogd, dat zonder een gemeenschappelijke toepassing van de standaardvoorwaarden door de uitgevers de boekverkopers niet voldoende kunnen worden beschermd. De Commissie stelde zich echter op het standpunt, dat de daartoe aangevoerde argumenten niet zozeker de noodzaak van een gezamenlijke toepassing van standaardvoorwaarden betroffen, maar veel eerder de vraag of zulke vaste prijzen onmisbaar zijn om de aangevoerde oogmerken ervan te verwezenlijken. Beide aspecten konden en moesten echter afzonderlijk van elkaar in beschouwing worden genomen (punt 71).

6 — 1962, 3 All ER blz. 751.

7 — Tot aan de mondelinge behandeling voor het Hof lijken echter nog geen verdere stappen te zijn ondernomen.

8 — Zie punten 3 en 4 hierboven.

De Commissie beschrijft vervolgens de argumenten die door requirante met betrekking

tot de vraag van de onmisbaarheid zijn aangevoerd (punt 72). Volgens die argumenten zou het in de eerste plaats voor de uitgevers ondoenlijk zijn om elke boekverkoper op de hoogte te stellen van hun eigen verkoopvoorwaarden. In de tweede plaats zou het voor de boekverkopers ondoenlijk zijn om vele uiteenlopende voorwaarden betreffende de verkoop van boeken tegen gebonden prijzen toe te passen en in acht te nemen. Voorts zou iedere boekverkoper erop moeten kunnen vertrouwen, dat voor zijn concurrenten met betrekking tot een bepaald boek dezelfde voorwaarden gelden als voor hemzelf; de NBA verschaffen de boekverkopers dat vertrouwen. Ten slotte zouden de naleving van de standaardvoorwaarden en het afdwingen daarvan in de praktijk alleen door requirante kunnen worden gecontroleerd.

Vervolgens merkt de Commissie op, dat het voor de beoordeling van de vraag van de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen relevant is, „eerst na te gaan wat de doelstellingen van de onderhavige overeenkomsten zijn” (punt 73). In dit verband stelt zij:

„De Vereniging betoogt dat een belemmering van een behoorlijke toepassing van de overeenkomsten voorraadhoudende boekverkopers ertoe zou bewegen minder exemplaren van dezelfde titel en minder titels te bestellen vanwege het risico dat elders toegepaste lagere prijzen tot gevolg zouden hebben dat zij zouden blijven zitten met voorraden welke zij niet zouden kunnen verkopen. Aangezien voorraden en uitstalling van essentiële betekenis voor de verkoop worden

geacht, zouden daarom de verkopen dalen, zouden de uitgevers kleinere oplagen drukken en zouden de kosten stijgen. Daardoor, en rekening houdend met de hoge kortingen die in dat geval door de boekhandel zouden worden verlangd van de uitgevers, zouden de boekenprijzen stijgen. Terzelfder tijd zouden titels met kleine oplagen mogelijk in het geheel niet worden uitgegeven.”

Na een aantal andere opmerkingen (waarop hieronder nog zal moeten worden ingegaan) behandelt de Commissie de vier argumenten die requirante met betrekking tot de vraag van de onmisbaarheid heeft aangevoerd en komt zij tot de conclusie, dat geen van deze argumenten overtuigend is (punten 76-85).

10. De PA stelde tegen deze beschikking van de Commissie in 1989 beroep in bij het Hof. In antwoord op haar op diezelfde dag ingediend verzoek om voorlopige maatregelen gelastte de president van het Hof bij beschikking van 13 juni 1989 de opschorting van de tenuitvoerlegging van de artikelen 2 tot en met 4 van de bestreden beschikking.⁹ Het Gerecht, dat de zaak op grond van de veranderingen in de bevoegdheidsverdeling in november 1989 kreeg toegewezen, verwierp het beroep bij het bestreden arrest. In het eerste gedeelte van zijn beoordeling (r. o. 43-59 van het arrest) onderzocht het Gerecht de tegen artikel 1 van de bestreden beschikking

9 — Jurispr. 1989, blz. 1693.

aangevoerde argumenten en wees het deze af. In het tweede gedeelte (r. o. 60-116 van het arrest) onderzocht het Gerecht de tegen artikel 2 van de beschikking aangevoerde middelen, om deze vervolgens af te wijzen. Eén van deze middelen was, dat er een verschil zou bestaan tussen de aan requirante meege-deelde en de in de beschikking aangevoerde punten van bezwaar (r. o. 61-70 van het arrest).

11. Requirante concludeert dat het den Hove behage:

— het bestreden arrest te vernietigen,

— haar reeds voor het Gerecht ingestelde vordering gedeeltelijk toe te wijzen, namelijk

i) artikel 2 van de beschikking van de Commissie nietig te verklaren, voor zover daarin wordt geweigerd een ont-heffing te verlenen voor de NBA en bepaalde bijbehorende documenten, reglementen en besluiten, genoemd in artikel 1 van de beschikking,

ii) de artikelen 2, 3 en 4 van de beschik-king nietig te verklaren, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening, de procedure in eerste aanleg en de procedure in kort geding.

Requirante verzoekt het Hof, overeenkom-stig artikel 54 van 's Hofs Statuut-EEG zelf de zaak af te doen, subsidiair, deze voor afdoening terug te verwijzen naar het Gerecht.

12. De Commissie concludeert dat het den Hove behage:

— de in punt 4 c) tot en met d) van het ver-zoekschrift aangevoerde argumenten en conclusies niet-ontvankelijk te verklaren,

— de hogere voorziening in elk geval af te wijzen, en

— requirante te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening.

13. De Booksellers Association of Great Britain and Ireland (hierna: „Booksellers Association”) — een vereniging van boekverkopers in Groot-Brittannië en Ierland — en Clé — The Irish Book Publishers Association (hierna: „Clé”) — een vereniging van Ierse uitgevers — hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van de conclusies van requirante. Pentos Retailing Group Limited en Pentos plc (hierna gezamenlijk „Pentos”) — een onderneming op het gebied van de boekverkoop en haar moedermaatschappij — zijn toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusie van de Commissie.

overige in artikel 1 van de beschikking genoemde regelingen een inbreuk vormen op artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Gelijk de Commissie in haar memorie van antwoord terecht heeft vastgesteld, is de hogere voorziening ook in een ander opzicht beperkt. Tegen het arrest van het Gerecht wordt namelijk niet opgekomen, voor zover daarin het reeds genoemde ¹⁰ (op het verschil tussen de aan requirante meegedeelde en de in de beschikking aangevoerde punten van bezwaar gebaseerde) middel betreffende een procedurele fout werd afgewezen.

B — Juridische beoordeling

Het voorwerp en de ontvankelijkheid van de hogere voorziening

14. Gezien de enigszins merkwaardige formulering van requirantes conclusie, moet allereerst de omvang van de hogere voorziening worden bepaald. Uit het verzoekschrift in hogere voorziening blijkt, dat de PA slechts tegen het arrest van het Gerecht opkomt, voor zover daarin de artikelen 2 tot en met 4 van de beschikking van de Commissie in stand worden gelaten. Tegen het arrest wordt echter niet opgekomen, voor zover daarin de tegen artikel 1 van de beschikking aangevoerde middelen worden afgewezen. De PA betwist derhalve niet langer de door het Gerecht bevestigde vaststelling van de Commissie, dat de NBA en de

In hogere voorziening stelt requirante in wezen dus slechts, dat het Gerecht de in artikel 2 van de beschikking van de Commissie neergelegde weigering om een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen, ten onrechte als rechtmatig heeft beschouwd.

15. De Commissie heeft in haar memorie van antwoord terecht de vraag aan de orde gesteld, of requirantes hogere voorziening betrekking heeft op alle in artikel 1 van de beschikking genoemde overeenkomsten en overige regelingen. De uiteenzetting van requirante in haar verzoekschrift was in dit opzicht niet geheel duidelijk. Requirante

¹⁰ — Zie punt 10 hierboven.

heeft aan deze onduidelijkheid pas een einde gemaakt in haar antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof. In dit antwoord verklaarde zij, dat zij de „Code of Allowances” (artikel 1, sub c, van de beschikking) en haar besluit betreffende de voorwaarden voor vermelding van boekverkopers in het „Directory of Booksellers” (artikel 1, sub f, van de beschikking) reeds gedurende de procedure voor het Gerecht had ingetrokken; deze vormen derhalve niet het voorwerp van de hogere voorziening. Mijns inziens behoeft het Hof echter in zijn arrest op dit punt niet nader in te gaan. Mocht de hogere voorziening slagen, dan spreekt het vanzelf, dat het Gerecht — of de Commissie — bij heronderzoek van de zaak alleen nog moet nagaan, of de overige overeenkomsten en regelingen voor een ontheffing in aanmerking komen. Een verduidelijking in het dictum van het arrest is derhalve overbodig. Een en ander geldt vanzelfsprekend ook, indien de hogere voorziening mocht worden afgewezen.

geen betrekking op de toepassing van de NBA en de bijbehorende regelingen in het Verenigd Koninkrijk zelf, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor niet wordt geraakt. Of, en zo ja, hoe dit in theorie duidelijke onderscheid in de praktijk kan worden gemaakt, is een vraag die hier geen beantwoording behoeft, aangezien requirante in de hogere voorziening op dit punt geen grieven heeft aangevoerd. De opmerkingen van interveniënte Pentos, dat de toepassing van de NBA en de bijbehorende regelingen niet tot het Verenigd Koninkrijk kan worden beperkt, zijn derhalve irrelevant. Zoals requirante terecht heeft gesteld, vormen de opmerkingen van Pentos slechts een ongeoorloofde poging van een interveniënt, de beschikking van de Commissie op nog een punt te betwisten.¹²

16. Zoals reeds gezegd, betreft de beschikking van de Commissie de NBA en de overige regelingen slechts *voor zover* zij betrekking hebben op de handel in boeken tussen de Lid-Staten.¹¹ Gelijk de Commissie in haar memorie van antwoord nogmaals heeft beklemdtoond, had de beschikking derhalve

17. De Commissie betoogt, dat enkele van de door requirante aangevoerde grieven niet-ontvankelijk zijn, aangezien zij feiten en niet rechtsvragen betreffen. Zoals bekend, kan de hogere voorziening op grond van artikel 168 A, lid 1, EG-Verdrag en artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EEG alleen rechtsvragen betreffen. Omwille van de overzichtelijkheid zal ik dit bezwaar echter telkens behandelen wanneer ik de desbetreffende middelen onderzoek.

11 — Volgens de verklaringen van de Commissie in haar memorie van antwoord bestaat deze grensoverschrijdende handel voornamelijk in de uitvoer van nettoboeken uit het Verenigd Koninkrijk naar Ierland, de invoer in het Verenigd Koninkrijk van boeken uit andere Lid-Staten, die na invoer door de importeur of de groothandelaar als nettoboek worden aangemerkt, en de wederinvoer in het Verenigd Koninkrijk van boeken die in eerste instantie naar andere Lid-Staten (met name Ierland) waren uitgevoerd.

12 — Er zij overigens aan herinnerd, dat Pentos heeft geïnterve-nieerd aan de zijde van de Commissie.

Ten gronde

Prealabele opmerking

18. De onderhavige zaak is in meer dan één opzicht opmerkelijk. Zo is het enigszins verwonderlijk, dat de Commissie pas in 1988 in staat was een beschikking te geven over overeenkomsten die reeds in 1973 waren aange meld. Bovendien is het verbazingwekkend, dat de Commissie bijna volledig voorbijgaat aan de uitspraken van de Restrictive Practices Court, waaraan requirante tijdens de procedure zo een groot belang had gehecht. De Commissie beroept zich in plaats daarvan op een beschikking die zij een aantal jaren eerder had gegeven, doch enkel om vervolgens in de gerechtelijke procedure te stellen, dat aan dit citaat voor de onderhavige zaak geen bijzonder belang moet worden toegeschreven.

De door requirante aangevoerde argumenten geven ook aanleiding tot twijfel, of de door de Commissie gegeven beschikking doelmatig is. Er valt veel te zeggen voor requirantes verklaring, dat er nauwelijks een prijsbindingsstelsel voor boeken denkbaar is, dat de mededinging minder beperkt dan de NBA. Opmerkelijk — ofschoon voor de juridische beoordeling natuurlijk zonder belang — is ook de omstandigheid, dat volgens de Booksellers Association niet alleen de betrokken uitgevers, maar ook het overgrote deel van de boekverkopers die lid zijn van de vereniging, voorstander zijn van de NBA. Ten

slotte moet worden bedacht, dat de beschikking van de Commissie tot gevolg heeft, dat de boekenmarkt van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, die tot nu toe een eenheid vormde, thans langs de nationale grens zal worden gesplitst. Requirante, de Booksellers Association en Clé wijzen niet geheel ten onrechte op deze — althans op het eerste gezicht — paradoxale gevolgen.

Ook het bestreden arrest van het Gerecht zelf geeft in meerdere opzichten aanleiding tot kritiek. Aangezien requirante in dit verband enkele grieven heeft aangevoerd, zal ik op deze vragen echter pas later ingaan.

19. De Commissie wijst er echter terecht op, dat zij bij de beoordeling van de vraag of aan de voorwaarden voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EG-Verdrag is voldaan, over een zekere beoordelingsmarge beschikt.¹³ De rechterlijke toetsing van deze beoordelingen moet met de aard daarvan rekening houden en „heeft zich te beperken tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door de Commissie toegepaste juridische kwalificaties”.¹⁴ Deze toetsing moet door het Gerecht geschieden.

13 — Zie arrest van 15 mei 1975, zaak 71/74, Frubo, Jurispr. 1975, blz. 563, r. o. 43.

14 — Arrest van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 450, 521. Onjuist is daarentegen natuurlijk de stelling van Pentos, dat een beschikking van de Commissie krachtens artikel 85, lid 3, alleen dan onwettig is, wanneer er sprake is van een kennelijke feitelijke dwaling of van een kennelijk onjuiste toepassing van het recht.

Wordt tegen een arrest van het Gerecht hogere voorziening ingesteld, dan is deze beperkt tot rechtsvragen. Zoals ik bij een andere gelegenheid reeds heb uiteengezet¹⁵, is bij de uitlegging van het begrip „rechtsvraag” een restrictieve benadering de juiste. Dit is in overeenstemming met de rechtspraak, volgens welke een hogere voorziening slechts ontvankelijk is „voor zover het verzoekschrift erover klaagt, dat het Gerecht uitspraak heeft gedaan onder miskenning van rechtsregels waarvan het de eerbiediging had te verzekeren”.¹⁶ De hogere voorziening kan slechts worden gebaseerd op middelen inzake schending van rechtsregels „met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling”.¹⁷

In dit licht moeten hierna de door requirante aangevoerde middelen worden onderzocht. Vooraf zij opgemerkt, dat requirante deze in haar verzoekschrift in hogere voorziening in twee hoofdstukken (met als titel „de gronden van de hogere voorziening” en „middelen tot staving van de gronden van de hogere voorziening”) heeft ingedeeld, zonder het verband tussen deze beide hoofdstukken aan te geven. Aangezien sommige middelen elkaar hoe dan ook overlappen, zal ik hieronder een eigen indeling aanhouden.

15 — Zie mijn conclusie bij het arrest van 16 juni 1994 in zaak C-39/93 P, SFEI, Jurispr. 1994, blz. I-2681, punt 30 e. v.

16 — Zie arresten van 1 oktober 1991 in zaak C-283/90 P, Vidrányi, Jurispr. 1991, blz. I-4339, r. o. 13, en 8 april 1992, zaak C-346/90 P, R, Jurispr. 1992, blz. I-2691, r. o. 7.

17 — Arrest Vidrányi, t. a. p. (voetnoot 16), r. o. 12; arrest F, t. a. p. (voetnoot 16), r. o. 7; laatstelijk bevestigd bij het arrest van 1 juni 1994, zaak C-136/92 P, Brazzelli Lualdi e. a., Jurispr. 1994, blz. I-1981, r. o. 48.

De afzonderlijke middelen

1) Het karakter van de NBA

20. Requirante verwijt het Gerecht, in rechtsoverweging 72 een „fundamenteel” onjuiste uitlegging te hebben gegeven, door de opvatting van de Commissie te aanvaarden, dat met de NBA een „collectief” systeem is ingevoerd dat alle boekverkopers voor een bepaald boek eenzelfde prijs voorschrijft. De NBA zouden de betrokken uitgever echter de mogelijkheid bieden, voor bepaalde boeken op *individuele* basis een prijsbinding te hanteren, zonder dat hij hier toe verplicht is. Het gaat daarom niet om een *collectieve* regeling. Zij verklaart dat het door de NBA ingevoerde systeem echter enkele collectieve trekken vertoont. Zo kan requirante namens de betrokken uitgevers alle boekverkopers in het Verenigd Koninkrijk en Ierland de standaardvoorwaarden voor de verkoop van nettoboeken meedelen. Verder kunnen de boekverkopers hun activiteiten op basis van overzichtelijke en uniforme verkoopvoorwaarden verrichten. In de verkoopvoorwaarden zijn voorts uniforme uitzonderingen opgenomen. Ten slotte kan requirante door dit systeem toezicht houden op de naleving van deze standaardvoorwaarden. Dit betekent echter niet, dat de NBA een collectieve regeling vormen. Blijkens de samenvatting van de feiten en conclusies in de zaak VBVB en VBBB¹⁸ heeft de Commissie zelf het door de NBA ingevoerde stel-

18 — Arrest van 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, Jurispr. 1984, blz. 19.

sel een „stelsel van individuele verticale prijsbinding met bepaalde collectieve trekken” genoemd.¹⁹

De Booksellers Association en Clé verwijten het Gerecht eveneens, ten onrechte van een „collectief” stelsel te hebben gesproken.

21. De Commissie brengt hiertegen in, dat het ware karakter van de NBA zowel voor haar als voor het Gerecht duidelijk was. Dit blijkt uit de rechtsoverwegingen 45 en 49 van het bestreden arrest. De door requirante voor haar tegenovergestelde opvatting aangevoerde passage in rechtsoverweging 72 van het arrest is daarmee niet in tegenspraak. Requirante geeft deze passage, die zij bovendien uit de context licht, een betekenis die het Gerecht daaraan niet heeft willen geven.

22. De opvatting van de Commissie is mijns inziens juist. Uit de uiteenzettingen in de rechtsoverwegingen 45 en 95 van het bestreden arrest blijkt, dat het Gerecht zeer goed beseftte, dat de aan de NBA deelnemende uitgever de mogelijkheid, maar niet de plicht, hadden de door hen uitgegeven boeken als nettoboek te bestempelen en op de verkoop ervan de in de NBA vastgelegde standaardvoorwaarden toe te passen. Deze uniforme

verkoopvoorwaarden gelden echter pas, *wanneer* een uitgever een boek als nettoboek heeft gekwalificeerd. Of het bijzonder gelukkig is om een dergelijke regeling als een *collectief* stelsel te omschrijven, waag ik echter (anders dan de verklaring van Pentos, dat de NBA zonder enige twijfel een collectief karakter hebben) te betwijfelen. De door de Commissie in de zaak VBVB en VBBB gebruikte formulering had mijns inziens de voorkeur verdiend. „Mit Worten läßt sich trefflich streiten” (Goethe, Faust I), doch uiteindelijk kan deze kwestie in het midden worden gelaten. Zij was immers alleen van belang geweest, indien het Gerecht uit de door hem gekozen omschrijving de verkeerde conclusies had getrokken. Dit is echter — en ik zal dit hierna aantonen — niet het geval.²⁰

23. De Commissie stelt in dit verband, dat de NBA een „voorwaardenkartel” creëert, door het voor de betrokken uitgever onmogelijk te maken te concurreren door middel van de toepassing van afwijkende verkoopvoorwaarden. Een uitgever die voor zijn producten een prijsbinding wil hanteren, kan dit slechts op basis van de NBA en de daarin vastgelegde verkoopvoorwaarden doen.

Voor zover deze opmerkingen de vraag betreffen, in hoeverre de NBA de mededinging beperken, hebben zij betrekking op artikel 85, lid 1, en behoeft hierop — aangezien de vaststellingen van het Gerecht op dit punt niet worden betwist — niet nader te worden ingegaan. Hetzelfde geldt voor de door

19 — T. a. p. (voetnoot 18), blz. 47.

20 — Zie hierna punten 24-28.

requirante ter terechtzitting voor het Hof verdedigde opvatting, dat het de aan de NBA deelnemende uitgevers vrijstaat de prijzen van hun boeken te binden zonder de in de NBA vastgelegde voorwaarden te moeten toepassen.

Requirante stelt echter, dat deze opmerkingen van de Commissie ook aldus kunnen worden opgevat, dat daarmee in twijfel wordt getrokken dat er een bijkomende voorwaarde voor het verlenen van een ontheffing bestaat. Volgens artikel 85, lid 3, kan, zoals bekend, een ontheffing niet worden verleend, indien de betrokkenen daardoor de mogelijkheid wordt gegeven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Indien de opmerkingen van de Commissie op deze voorwaarde betrekking hadden, hadden zij als niet-ontvankelijk moeten worden afgewezen, aangezien zowel de beschikking van de Commissie als het bestreden arrest *uitsluitend* betrekking hebben op een andere voorwaarde voor verlening van een vrijstelling, en wel de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen. De Commissie heeft in de loop van de procedure echter duidelijk gemaakt, dat zij met haar opmerkingen enkel de inhoud van de NBA wilde beschrijven.

2) De zaak VBBB en VBVB

24. In punt 75 van haar beschikking stelt de Commissie, dat zij „reeds” in haar beschik-

king in de zaak VBBB en VBVB²¹ had verklaard, „dat om tot een verbetering van het uitgeven en verdelen van de betrokken boeken te geraken, een collectief stelsel van vaste wederverkooprijzen dat het opleggen van mededingingsbeperkingen in de handel tussen Lid-Staten met zich brengt, zoals opgenomen in de betrokken overeenkomsten, niet onmisbaar is”. Het Gerecht oordeelde in zijn arrest, dat de Commissie hiermee niet de beoordeling van de onmisbaarheid uit de beschikking VBBB en VBVB heeft willen toepassen op het NBA-systeem. De Commissie had slechts naar het algemene beginsel willen verwijzen, dat de omstandigheid dat een mededingingsbeperking binnen de markt van een bepaalde Lid-Staat voordelen biedt, niet zonder meer betekent dat diezelfde beperkingen ook op de handel tussen Lid-Staten moeten worden toegepast (r. o. 87 van het bestreden arrest).

25. Requirante is van mening, dat het Gerecht met dit oordeel het recht heeft geschonden. Het NBA-systeem kan niet worden vergeleken met het systeem waarover de Commissie in de zaak VBBB en VBVB had te beslissen. In tegenstelling tot de onderhavige zaak ging het in die zaak om een overeenkomst waardoor de mededinging zeer sterk werd beïnvloed, aangezien de uitgevers *verplicht* waren, op de door hen uitgegeven werken een prijsbinding toe te passen.

21 — PB 1982, L 54, blz. 36. Deze beschikking vormde het voorwerp van het reeds genoemde arrest van het Hof uit 1984 (zie voetnoot 18).

De verwijzing naar die zaak in de beschikking van de Commissie vormt derhalve — hetgeen het Gerecht heeft miskend — een ernstige fout.

Indien de Commissie slechts aan het in de zaak VBBB en VBVB opgestelde beginsel wilde herinneren, is er eveneens sprake van schending van het recht. Requirante heeft immers nooit gesteld, dat het NBA-systeem op de handel tussen Lid-Staten moet worden toegepast, omdat het binnen een markt van een Lid-Staat voordelen oplevert. De kern van haar betoog is daarentegen altijd geweest, dat de NBA onmisbaar zijn, „wil het Ierse publiek dezelfde voordelen genieten als het publiek in het Verenigd Koninkrijk”.

26. De Commissie en Pentos betwisten niet, dat er aanzienlijke verschillen bestaan tussen het NBA-systeem en de overeenkomst welke in de zaak VBBB en VBVB aan de orde was. De Commissie bevestigt echter, dat zij in de betrokken passage van haar beschikking inderdaad, gelijk het Gerecht terecht oordeelde, slechts aan een algemeen beginsel wilde herinneren. De opmerkingen die de Commissie in een beschikking maakt, zijn niet alleen bedoeld om de door de betrokken partijen aangevoerde argumenten te bespreken. Integendeel, het is niet alleen juist, maar ook gewenst, dat de Commissie in haar

beschikkingen, naast de voor elke zaak absoluut noodzakelijke opmerkingen, ook opmerkingen van meer algemene aard opneemt, die de andere marktdeelnemers als richtsnoer kunnen dienen. Requirante heeft overigens niet bestreden, dat het beginsel waarnaar in de betrokken passage wordt verwezen, juist is.

27. Ik moet toegeven, dat het betoog van de Commissie mij merkwaardig voorkomt. De beschikking in de zaak VBBB en VBVB is de enige beschikking van de Commissie (of uitspraak van het Hof), waarop zij zich in haar beschikking bij de opmerkingen betreffende artikel 85, lid 3, beroept — en juist deze verwijzing zou volgens de Commissie en het Gerecht uiteindelijk voor de beslissing in het geheel niet relevant zijn, doch slechts aan een algemeen beginsel herinneren. Zoals requirante in haar repliek terecht betoogt, zou dit betekenen, dat de verwijzing voor de door de Commissie in deze zaak gegeven beschikking irrelevant was. Ik kan ook moeilijk begrijpen, waarom de Commissie deze beschikking moet gebruiken om andere marktdeelnemers aan een beginsel te herinneren, dat niet relevant is voor de beslissing in de onderhavige zaak. Deze poging tot verduidelijking is nogal zwak en het is dan ook veelzeggend, dat de opmerkingen die de Commissie in deze zaak over die vraag maakt, door een grote behoedzaamheid worden gekenmerkt. Het vermoeden dringt zich derhalve op, dat de Commissie, toen zij de beschikking gaf, wel degelijk van mening was, dat de beschikking in de zaak VBBB en VBVB relevant was voor de beslissing in de

onderhavige zaak. Daarvoor pleit bij voorbeeld het feit, dat deze eerdere beschikking wordt genoemd, zonder dat wordt ingegaan op de verschillen met de onderhavige zaak. Ook de gekozen formulering („reeds”) kan een — zij het ook zwakke — aanwijzing zijn, dat de Commissie van mening kan zijn geweest, dat het door haar genoemde beginsel in *beide* gevallen van toepassing is. De Commissie zou dan inderdaad hebben aangenomen, dat de relevante vraag was, of de toepassing van de NBA op de handel tussen Lid-Staten onmisbaar was om de voordelen tot stand te brengen die uit hun toepassing in het *Verenigd Koninkrijk* voortvloeien.

28. Na rijp beraad ben ik echter toch tot de conclusie gekomen, dat dit middel niet kan slagen. Uit de beschikking van de Commissie kan niet met voldoende zekerheid worden opgemaakt, dat zij de weigering om een ont-heffing te verlenen op de in punt 75 genoemde overwegingen heeft gebaseerd. Integendeel, in de punten 76 tot en met 85 worden de vier door requirante aangevoerde argumenten onderzocht, waaruit haars inziens de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen moest blijken. De Commissie heeft enigszins gelijk wanneer zij opmerkt dat deze uiteenzetting achterwege had kunnen blijven, indien de beslissing in de zaak reeds uit de overwegingen in punt 75 en de daarin opgenomen verwijzing naar de beschikking in de zaak VBBB en VBVB was voortgevloeid. De verklaring die het Gerecht in het bestreden arrest voor deze verwijzing heeft gegeven, is weliswaar niet boven alle twijfel verheven, maar is zeer goed verdedigbaar. Mijs inziens is er daarom geen sprake van een schending van het recht.

3) Doel van de NBA en mogelijke alternatieven

29. Requirante is van mening, dat het Gerecht ten onrechte de opvatting van de Commissie met betrekking tot de vraag van de onmisbaarheid heeft bevestigd. Logisch gezien is het onmogelijk de vraag van de onmisbaarheid te onderzoeken, zonder eerst te onderzoeken, welke doelstellingen de NBA beoogden te bereiken, of deze daadwerkelijk zijn bereikt en of (en zo ja in welke mate) er andere mogelijkheden waren om die doelstellingen te bereiken, die de mededinging minder beperkten. Weliswaar heeft de Commissie in punt 75 verklaard dat zij ervan overtuigd is, dat „om tot een verbetering van het uitgeven en verdelen van boeken te geraken, de partijen minder beperkende middelen ter beschikking staan”, doch zij heeft niet verduidelijkt, welke minder beperkende middelen zij daarbij voor ogen had.

30. De Commissie is van mening, dat het Gerecht heel goed heeft beseft, wat de doelstellingen van de NBA waren. De Commissie kon het antwoord op de vraag of de NBA de beoogde doelstellingen daadwerkelijk bereikten, in het midden laten en zich beperken tot het onderzoek van de vraag, of er een alternatief voorhanden was dat de mededinging minder beperkte. Deze handelwijze is logisch gezien gerechtvaardigd en dient tegelijkertijd de bestuurseconomie. Het Gerecht

heeft terecht geen bezwaar gemaakt tegen deze handelwijze van de Commissie. Deze grief zou bovendien een feitelijke vraag betreffen, die in hogere voorziening niet aan de orde kan komen.

Voorts is de Commissie van mening, dat zij niet verplicht is een partij die om een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, verzoekt, nader uit te leggen welke alternatieve, de mededinging minder beperkende mogelijkheden er bestaan om de beoogde doelstellingen te bereiken. Niettemin heeft zij (anders dan requirante stelt) een alternatief gegeven, namelijk individuele overeenkomsten voor de prijsbinding van boeken. Requirante had moeten aantonen, dat dit alternatief niet uitvoerbaar was, doch dit heeft zij nagelaten.

31. Het hier te onderzoeken middel valt mijns inziens in twee delen uiteen. Requirante betwist in de eerste plaats de door het Gerecht goedgekeurde handelwijze van de Commissie bij het onderzoek of aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, was voldaan. In de tweede plaats verwijt zij de Commissie, dat zij haar niet te kennen heeft gegeven, welke alternatieven er bestonden voor het NBA-systeem.

32. Wat de vraag van de rechtmatigheid van de handelwijze van de Commissie in het

algemeen betreft, moet er mijns inziens van worden uitgegaan, dat dit een vraag is die in hogere voorziening kan worden onderzocht. Is de Commissie bij het onderzoek van artikel 85, lid 3, namelijk van een verkeerd *witgangspunt* uitgegaan, dan kan haar een schending van het recht worden verweten. Hetzelfde zou voor het arrest van het Gerecht gelden voor zover deze verkeerde handelwijze daarin werd goedgekeurd.

Mijns inziens is echter op de handelwijze van de Commissie als zodanig niets aan te merken. Volgens artikel 85, lid 3, is voor een ontheffing vereist, dat de overeenkomst bijdraagt tot de verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten 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 onderneming beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen. Een ontheffing kan alleen worden verleend, indien een overeenkomst aan al deze vier voorwaarden voldoet. De weigering van een ontheffing is daarom reeds gerechtvaardigd, indien aan één van deze voorwaarden niet wordt voldaan. De Commissie behoefde derhalve slechts te onderzoeken of de uit het NBA-systeem voortvloeiende mededingingsbeperkingen onmisbaar waren om de beoogde doelstellingen te bereiken. Was aan deze voorwaarde niet voldaan, dan behoefden om de door de Commissie genoemde redenen inderdaad de andere voorwaarden van artikel 85, lid 3, niet meer te worden onderzocht.

33. Het spreekt echter vanzelf, dat de Commissie en het Gerecht eerst dienden te onderzoeken, welke voordelen met het NBA-systeem werden beoogd. In dat opzicht ben ik het eens met requirantes betoog. De vraag of een mededingingsbeperking onmisbaar is om de *beoogde doelstellingen* te bereiken, kan natuurlijk pas worden onderzocht, nadat eerst is vastgesteld waarin deze doelstellingen bestaan. Daar staat tegenover, dat de Commissie de vraag of deze doelstellingen daadwerkelijk werden bereikt niet behoefde te beantwoorden, zodra zij had vastgesteld dat de betrokken mededingingsbeperkingen niet onmisbaar waren om deze te bereiken.

aantal boeken zorgen (daaronder ook die waarvoor weinig vraag bestaat) en dat zij voldoende voorraadhoudende boekverkopers op de markt houden. De Commissie heeft niet bestreden, dat het hierbij gaat om voordelen in de zin van artikel 85, lid 3, zodat ik op de daarmee verband houdende vragen niet behoef in te gaan. Wel veroorloof ik mij erop te wijzen, dat de verklaringen van de Booksellers Association ter terechtzitting voor het Hof mij hebben overtuigd van laatstgenoemd voordeel. Interviënte verklaarde daar, dat de aanwezigheid van een groot aantal voorraadhoudende boekhandlaren op de markt garant staat voor een zo groot mogelijke verspreiding van boeken, hetgeen mijns inziens zeker in ieders belang is.²³

De Commissie stelt, dat zij de met het NBA-systeem beoogde voordelen waarop requirante zich beroept, wel degelijk heeft gezien, hetgeen ook blijkt uit het hierboven²² reeds aangehaalde punt 73 van haar beschikking. In haar verder onderzoek is zij ervan uitgegaan, dat de NBA deze voordelen ook daadwerkelijk tot stand brengt. In punt 73 wordt inderdaad ingegaan op de argumenten die requirante ter rechtvaardiging van een ontheffing aanvoert: zonder het NBA-systeem zouden de boekenprijzen stijgen, het aantal publikaties mogelijkterwijls afnemen en het aantal voorraadhoudende boekverkopers verminderen. Positief gezien betekent dit, dat de voordelen van de NBA volgens requirante hierin bestaan, dat zij lagere boekenprijzen waarborgen, voor de publikatie van een groter

De Commissie stelt, dat ook het Gerecht deze doelstellingen van de NBA heeft gezien. In rechtsoverweging 72 van het bestreden arrest vat het Gerecht de opmerkingen van de Commissie over dit punt samen. In de woorden van het Gerecht zijn de doelstellingen van de NBA: voorkomen dat de voorraden afnemen wat tot kleinere oplagen zou leiden²⁴, alsmede dat de boekenprijzen stijgen en titels met kleine oplagen verdwijnen. Men kan zich afvragen, of het Gerecht met

23 — In zoverre verschilt de onderhavige zaak ook van de feiten waarover het Hof in zijn arrest van 29 oktober 1980 (gevoegde zaken 209/78-215/78 en 218/78, Van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125) had te beslissen. Het Hof oordeelde in dat arrest (r. o. 184), dat het aantal handelaren „niet noodzakelijkerwijze het wezenlijk criterium voor een verbetering van de verdeling in de zin van artikel 85, lid 3” vormt. Daarbij moet men echter voor ogen houden, dat het in dat geval om de verhandeling van tabakswaaren ging.

24 — In de Engelse versie worden oorzaak en gevolg omgedraaid [„(...) to avoid the decline in stock levels which would result from shorter print runs”]. Dit lijkt mij echter meer een vergissing dan een inhoudelijke fout.

22 — Zie punt 9.

deze woorden de door requirante gestelde doelstellingen van de NBA juist heeft weergegeven. Vooral valt op, dat het gevaar van een vermindering van het aantal voorraadhoudende boekverkopers niet uitdrukkelijk wordt genoemd. Aangezien requirante met betrekking tot dit punt geen specifieke grief heeft aangevoerd, behoef ik op deze vraag niet nader in te gaan. Ook ten faveure van het Gerecht moet men ervan uitgaan, dat het volledig op de hoogte was van punt 73 van de beschikking (waarnaar het in rechtsoverweging 72 van het arrest verwijst).

34. Ook al waren de Commissie en het Gerecht zich dus bewust van de *doelstellingen* van de NBA, daarmee staat nog niet vast of zij de *omvang* ervan ook juist hebben ingeschat. Zoals reeds gezegd, verwijt requirante zowel het Gerecht als de Commissie, dat zij het voor haar centrale aspect van de onderhavige zaak hebben miskend, namelijk dat het NBA-systeem onmisbaar was om te waarborgen dat de beoogde voordelen *ook in Ierland* werden bereikt. Deze vraag — die de kern van de onderhavige zaak raakt — kan mijns inziens het best worden onderzocht in samenhang met de grief die requirante aanvoert tegen het in rechtsoverweging 84 van het bestreden arrest weergegeven standpunt van het Gerecht.²⁵

35. Ik wil thans ingaan op requirantes grief, dat de Commissie haar niet heeft te kennen

gegeven welke andere, de mededinging minder beperkende mogelijkheden bestonden om de met de NBA beoogde voordelen te verwezenlijken. De Commissie verwijst in dit verband terecht naar het arrest van het Hof in de zaak VBVB en VBBB. Het Hof oordeelde daar, dat het in eerste plaats aan de partijen die een ontheffing vragen staat, de Commissie „met bewijsmateriaal te overtuigen van de economische rechtvaardiging van een ontheffing en, ingeval de Commissie bezwaren inbrengt, haar alternatieven aan de hand te doen. De Commissie kan harerzijds de ondernemingen weliswaar aanwijzingen geven over eventuele alternatieve oplossingen, maar zij is wettelijk niet verplicht dit te doen (...)”²⁶ Indien de Commissie de onmisbaarheid van bepaalde mededingingsbeperkingen ontkent, mag men echter toch ten minste verlangen dat zij aangeeft welke alternatieven zij in gedachten heeft. Zo niet dan zou de Commissie, zoals requirante dat zeer plastisch uitdrukt, een „vrijbrief” krijgen en zou zij de onmisbaarheid van mededingingsbeperkingen zonder meer en in abstracto kunnen ontkennen.

Anders dan requirante stelt, heeft de Commissie echter wel te kennen gegeven, welke alternatieven zij in gedachten had. Gelijk ook blijkt uit de punten 74 en 82 van de beschikking, bestonden die alternatieven haars inziens in individuele prijsbindingsovereen-

25 — Zie punt 37 hieronder.

26 — T. a. p. (voetnoot 18), r. o. 52. Zie ook het arrest van 11 juli 1985, zaak 42/85, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 45.

komsten („individual resale price maintenance agreements”).²⁷ Zoals de Commissie terecht heeft betoogd, behoefde zij in dit stadium nog niet te beslissen, of dergelijke individuele overeenkomsten verenigbaar waren met artikel 85. De Commissie kende op dat tijdstip de concrete inhoud van dergelijke individuele overeenkomsten immers nog niet en kon deze ook niet kennen. Die vraag had slechts dan moeten worden beantwoord, indien dergelijke overeenkomsten bij de Commissie waren aangemeld. Het volstond dat de Commissie aangaf, dat het NBA-systeem niet de enig denkbare mogelijkheid vormde om de beoogde voordelen tot stand te brengen. Dit heeft zij ook gedaan. Requirante diende derhalve aan te tonen, dat dergelijke individuele overeenkomsten tussen uitgever en boekverkopers niet geschikt waren om de met het NBA-systeem beoogde voordelen te verwezenlijken. Tegen de handelwijze van de Commissie kan derhalve geen bezwaar bestaan en het Gerecht kon requirantes grieven op dit punt afwijzen.²⁸ Het hiertegen aangevoerde middel kan derhalve niet slagen.

al had de Commissie zich in andere zaken eventueel ertoe kunnen beperken, een verzoek om ontheffing af te wijzen zonder de betrokkenen alternatieven voor te stellen, in de onderhavige zaak moet een uitzondering worden gemaakt. Het gaat hier immers om overeenkomsten die al jaren worden toegepast en het algemeen belang dienen.

Mij lijkt het niet nodig, op de details van het betoog van interveniënte in te gaan. Zoals de Commissie terecht opmerkt, gaat het hier mogelijkserwijs om een nieuw middel, dat als niet-ontvankelijk moet worden aangemerkt. In elk geval moet worden beklemtoond, dat in het gemeenschapsrecht geen regel bestaat met de door interveniënte gestelde inhoud.

4) Rechtsoverweging 84 van het bestreden arrest

36. De Booksellers Association is in dit verband van mening, dat de Commissie zich niet had mogen beperken tot een afwijzing van het verzoek van de PA om een ontheffing voor de NBA. Zij had met requirante in onderhandeling moeten treden om een aanvaardbaar alternatief te vinden. Een ontheffing had zij pas dan mogen weigeren, indien de betrokkenen hadden geweigerd de voorstellen van de Commissie te accepteren. Ook

37. Requirante voert tegen de vaststellingen van het Gerecht in rechtsoverweging 84 twee grieven aan, waarvan er slechts één nader behoeft te worden onderzocht. Vooraf zij opgemerkt, dat het Gerecht in deze rechtsoverweging een kennelijk door requirante aangevoerd argument afwijst, dat het NBA-

27 — Zie ook punt 74 van de beschikking.

28 — R. o. 90 van het bestreden arrest.

-systeem ineen zou storten indien zijn toepassingsgebied tot de nationale markt (dat wil zeggen de markt van het Verenigd Koninkrijk) zou worden beperkt.

38. Requirante stelt om te beginnen, dat zij dit argument nooit heeft aangevoerd. De Commissie spreekt dit tegen, doch haars inziens kan deze grief ook niet slagen, indien requirante het argument inderdaad niet heeft aangevoerd. Het is namelijk niet duidelijk, welke invloed de omstandigheid dat het Gerecht een niet-aangevoerd argument heeft afgewezen, kan hebben op de conclusie van het Gerecht met betrekking tot die argumenten, die requirante *daadwerkelijk heeft aangevoerd*.

Mijns inziens heeft het geen zin te onderzoeken, of requirante het betrokken argument in de loop van de procedure voor de Commissie en het Gerecht heeft gebruikt. Het Gerecht zelf verklaart in rechtsoverweging 82 van het arrest, dat requirante ter terechtzitting heeft erkend, dat de beperking van de toepassing van de NBA tot de Britse markt niet de ineenstorting van het systeem tot gevolg zou hebben. Waarom het Gerecht dit argument dan in rechtsoverweging 84 heeft besproken en heeft afgewezen, is een raadsel. Ik ben geneigd ervan uit te gaan, dat het Gerecht zich heeft vergist. Hoe het ook zij, het feit dat het Gerecht hier op een niet (of niet langer) aangevoerd argument ingaat, is weliswaar aanleiding voor twijfel of het Gerecht bij de opstelling van zijn arrest met de nodige zorgvuldigheid te werk is gegaan, voor de juridische beoordeling is dit echter

irrelevant, aangezien — gelijk de Commissie terecht heeft opgemerkt — niet duidelijk is, welke invloed deze overbodige opmerkingen van het Gerecht kunnen hebben gehad op zijn beoordeling van de daadwerkelijk aangevoerde argumenten. Een tegen dergelijke overbodige opmerkingen gerichte grief moet als ineffectief worden aangemerkt.²⁹

39. Het is veel moeilijker een antwoord te geven op de vragen die requirantes tweede grief tegen rechtsoverweging 84 van het arrest opwerpt. In deze rechtsoverweging wijst het Gerecht het zojuist genoemde argument dat requirante zou hebben aangevoerd af, omdat een prijsbindingssysteem dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beperkt, niet in aanmerking kan komen voor een ontheffing op grond dat het in stand moet blijven om binnen een nationale markt gunstige effecten te produceren. Het Gerecht voegt hieraan toe:

„Bovendien moet worden opgemerkt, dat de PA, een vereniging van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde uitgevers, zich niet kan beroepen op eventuele negatieve gevolgen die zich op de Ierse markt zouden kunnen voordoen, ook al behoort deze markt tot hetzelfde taalgebied.”

29 — Zie arrest van 22 december 1993, zaak C-244/91 P, Pincherle, Jurispr. 1993, blz. I-6965, r. o. 31.

40. Volgens requirante heeft het Gerecht in deze rechtsoverweging kennelijk het recht geschonden. Een verzoeker uit een bepaalde Lid-Staat, die een ontheffing vraagt voor een overeenkomst die van invloed is op de handel tussen Lid-Staten, moet zich op voordelen kunnen beroepen die deze overeenkomst in andere Lid-Staten teweegbrengt. Requirante heeft zich volgens haar zeggen steeds erop beroepen, dat het NBA-systeem onmisbaar is om in Ierland dezelfde voordelen teweeg te brengen als in het Verenigd Koninkrijk. De Booksellers Association en Clé ondersteunen deze stelling van requirante.

begrijpen is en maakt duidelijk, dat zij de daarin weergegeven opvatting van het Gerecht niet deelt. Haars inziens is deze opmerking van het Gerecht voor de onderhavige zaak echter irrelevant, aangezien zij werd gemaakt in het kader van de afwijzing van een door requirante niet of niet langer aangevoerd argument. Requirante kon zich vanzelfsprekend op voordelen beroepen die zich in Ierland hebben voorgedaan. Zij is er echter niet in geslaagd aan te tonen, dat de beperking van de toepassing van de NBA tot het Verenigd Koninkrijk de door haar gestelde negatieve gevolgen op de Ierse markt ten gevolge zou hebben. Requirantes grief zou ook om deze reden irrelevant zijn.

41. Het valt niet te ontkennen, dat de zojuist aangehaalde rechtsoverweging van het arrest door een kennelijke rechtsschending wordt gekenmerkt. Een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, vereist, dat de betrokken overeenkomst bepaalde positieve gevolgen heeft. Deze bepaling geeft niet aan, *waar* deze voordelen zich moeten voordoen. Het spreekt echter vanzelf, dat in dit verband alle voordelen van belang zijn die zich binnen de Gemeenschap voordoen. De mededingingsregels van het EG-Verdrag dienen het functioneren van de interne markt te waarborgen. Het zou onverenigbaar zijn met dit doel, indien een marktdeelnemer uit een bepaalde Lid-Staat zou worden belet, zich in het kader van artikel 85, lid 3, op voordelen te beroepen die zich in een andere Lid-Staat voordoen. Deze conclusie lijkt mij zo triviaal dat daaraan niet meer woorden behoeven te worden gewijd.

43. Dit betoog vind ik niet overtuigend. Zoals gezegd, kan rechtsoverweging 84 van het bestreden arrest inderdaad als overbodig worden aangemerkt en om die reden buiten beschouwing worden gelaten. Bovendien kan men de betrokken passage in de context van rechtsoverweging 84 op grond van haar bewoordingen als een obiter dictum aanmerken, waardoor haar belang nog verder afneemt. Kritiek op deze passage *als zodanig* snijdt daarom geen hout. Men kan echter niet ontkennen, dat het Gerecht hier verklaart, dat requirante zich naar zijn oordeel voor het verkrijgen van een ontheffing niet op voordelen in Ierland kan beroepen. Zoals gezegd³⁰, kan de vraag van de onmisbaarheid van een mededingingsbeperking alleen dan juist worden beoordeeld, indien duidelijkheid bestaat over de doelstellingen van de betrokken overeenkomst. Eén van deze doelstellingen is in dit geval, de betrokken voor-

42. De Commissie geeft toe, dat de betrokken rechtsoverweging niet gemakkelijk te

30 — Zie punt 33 hierboven.

delen ook in *Ierland* te verwezenlijken. Aangezien het Gerecht deze omstandigheid waarschijnlijk heeft miskend, is het bij het onderzoek van de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen van een verkeerde (want onvolledige) basis uitgegaan. Dit vormt mijns inziens een rechtsschending, die als fundamentele schending de vernietiging van het arrest zou rechtvaardigen.

44. Het Hof heeft echter reeds geoordeeld, dat een hogere voorziening moet worden afgewezen, „wanneer blijkt dat door de rechtsoverwegingen van een arrest van het Gerecht het gemeenschapsrecht is geschonden, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt”.³¹ Indien de beschikking van de Commissie op dit punt dus juist blijkt te zijn, is het gerechtvaardigd het arrest, ondanks de daaraan ten grondslag liggende rechtsschending, in stand te houden. Voorwaarde hiervoor is echter, dat de Commissie zich bij het onderzoek van de vraag van de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen volledig bewust was van de omvang van de door requirante aangevoerde voordelen.

45. De opmerkingen van de Commissie in de hogere voorziening kunnen echter aanleiding geven tot twijfel, of dit wel het geval was. In haar memorie van antwoord wijst de

Commissie op de omstandigheid, dat van de boekenproductie van het Verenigd Koninkrijk slechts een zeer gering deel — ongeveer 1,2 % — naar Ierland wordt uitgevoerd. Het zou daarom niet zijn te verwachten, dat de beperking van de toepassing van de NBA tot het Verenigd Koninkrijk merkbare gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de uitgevers in dit gebied. De hoogte van de oplagen, de kosten en het aantal en de verscheidenheid van de door Britse uitgevers uitgegeven boeken zouden niet noemenswaard veranderen. Boekkopers in Ierland zouden in dat opzicht dus dezelfde voordelen kunnen genieten als boekkopers in het Verenigd Koninkrijk. De Commissie is voorts van mening, dat de door requirante gevreesde negatieve gevolgen met betrekking tot het aantal voorraadhoudende boekverkopers in het *Verenigd Koninkrijk* zich waarschijnlijk niet zullen voordoen. De mogelijke gevolgen voor het aantal boekverkopers in *Ierland* worden daarentegen slechts in een voetnoot van de memorie van antwoord besproken. Opvallend is ook, dat de Commissie requirante in haar dupliek verwijt, dat zij haar standpunt heeft gewijzigd en zich thans op argumenten baseert die sterk verschillen van die waarop zij de procedure voor het Gerecht baseerde. Deze opmerkingen wekken de indruk, dat de Commissie oorspronkelijk geen rekening heeft gehouden met de vraag van de mogelijke gevolgen voor de Ierse boekverkopers.

46. Dit vermoeden wordt nog versterkt door het commentaar van de Commissie op een opmerking die requirante in repliek maakt. Requirante stelt daar, dat zij zich steeds heeft beroepen op de nadelige gevolgen die een ontbinding van de NBA voor de Ierse boek-

31 — Arrest van 9 juni 1992, zaak C-30/91 P, Lestelle, Jurispr. 1992, blz. I-3755, r. o. 28.

verkopers en indirect voor de boekkopers in Ierland en de Ierse uitgevers zou meebrengen. De Commissie interpreteert deze opmerking aldus, dat requirante haar verzoek om een ontheffing voor de NBA baseert op de overweging dat zij voordelen voor de concurrenten van requirantes leden meebrengen. Een dergelijke opvatting moet op zijn minst als ongewoon worden aangemerkt. Mogelijkerwijs kunnen de opmerkingen aan het einde van rechtsoverweging 84 van het bestreden arrest worden verklaard door het feit, dat het Gerecht hierbij aan dergelijke overwegingen heeft gedacht.

om requirantes verwijt te weerleggen, dat zij onvoldoende rekening heeft gehouden met de gevolgen voor boekverkopers in Ierland.

47. Er valt daarom veel te zeggen voor requirantes conclusie, dat het Hof het arrest van het Gerecht en de beschikking van de Commissie op dit punt moet vernietigen respectievelijk nietig verklaren en de Commissie er op die manier toe moet dwingen, een nieuwe beslissing te nemen over haar verzoek om ontheffing. Niettemin ben ik tot de overtuiging gekomen, dat de betrokken grief niet kan slagen. Ondanks alles heeft requirante mijns inziens namelijk niet aangetoond, dat de Commissie bij de vaststelling van haar beschikking geen rekening heeft gehouden met de eventuele voordelige gevolgen van de NBA voor de structuur van de boekhandel in Ierland. Zoals reeds gezegd, is de Commissie in de punten 76 tot en met 85 van haar beschikking ingegaan op de concrete argumenten die requirante had aangevoerd voor de onmisbaarheid van de NBA. Niet gebleken is, dat de Commissie deze argumenten alleen met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk heeft onderzocht. Integendeel, de desbetreffende opmerkingen van de Commissie verwijzen in twee passages uitdrukkelijk naar Ierland.³² Requirante had nadere argumenten moeten aanvoeren om aan te tonen, dat de toepassing van de NBA op de handel tussen Lid-Staten onmisbaar was om bepaalde voordelen in Ierland teweeg te brengen. Dit is blijkbaar niet gebeurd. Requirante lijkt haar vier argumenten enkel in algemene zin te hebben aangevoerd, zonder daarbij een bijzondere nadruk op de Ierse markt te leggen.

Ofschoon deze opmerkingen getuigen van de verbeeldingskracht en de vindingrijkheid van de gemachtigde van de Commissie, zijn zij niet overtuigend. Clé heeft ter terechtzitting voor het Hof uitgelegd, hoe genoemd argument van requirante moet worden opgevat. Volgens die uitleg gaat het in de onderhavige zaak om het voortbestaan en de levensvatbaarheid van de voorraadhoudende boekverkopers in Ierland. Van de aanwezigheid van deze boekverkopers profiteren indirect natuurlijk ook de Ierse uitgevers. Requirantes argument is daarom in zoverre absoluut concludent en coherent. De opmerkingen van de Commissie lijken daarentegen meer de aandacht van de daadwerkelijke problematiek van de onderhavige zaak af te leiden. Zij waren overbodig geweest, indien de Commissie over concreet bewijs beschikte

32 — Zie punten 77 en 81.

Aangezien dus niet kan worden vastgesteld, dat de Commissie zich bij het onderzoek van de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen heeft gebaseerd op een onjuist begrip van de gestelde voordelen, moet het betrokken middel op basis van de reeds genoemde overwegingen worden afgewezen.

van de NBA, haar oorzaak vindt in het beperkte toepassingsgebied van artikel 85 EG-Verdrag.

5) De uitspraken van de Restrictive Practices Court

48. Op de aanvullende opmerkingen die de Booksellers Association in dit verband heeft gemaakt, behoeft ik slechts kort in te gaan. Interveniente stelt, dat de Commissie en het Gerecht onvoldoende rekening hebben gehouden met het belang van de NBA binnen het gemeenschappelijk taalgebied van het Verenigd Koninkrijk en Ierland. Het zou een schending van het gelijkheidsbeginsel opleveren om inwoners van een gebied bepaalde voordelen te verlenen en deze aan inwoners van een ander gebied te ontzeggen. Dit argument kan niet worden aanvaard. Van een ongelijke behandeling kan geen sprake zijn, aangezien de Commissie slechts tot de conclusie is gekomen, dat requirante niet heeft kunnen aantonen, dat de in de NBA vervatte mededingingsbeperkingen onmisbaar waren om de gestelde voordelen tot stand te brengen.

49. Requirante verwijt het Gerecht dat het haar in rechtsoverweging 77 van het arrest een argument in de mond heeft gelegd, dat zij nooit heeft gebruikt. Het Gerecht verklaart in deze rechtsoverweging, dat requirante heeft gesteld, dat de vaststelling van de onmisbaarheid van de NBA door de Restrictive Practices Court zowel geldt voor de verkoop, op het nationale grondgebied, van in het Verenigd Koninkrijk geproduceerde boeken als voor de handel tussen de Lid-Staten. Volgens requirante heeft zij enkel gesteld, dat de bewijsstukken waarover de Britse rechter beschikte, en zijn conclusies voor Ierland even relevant waren als voor het Verenigd Koninkrijk. De Commissie zou geen redenen hebben gegeven voor haar conclusie, dat de gevolgen die zich volgens de Restrictive Practices Court door ontbinding van de NBA in het Verenigd Koninkrijk zouden kunnen voordoen, niet in Ierland zouden optreden. De Commissie zou hiermee artikel 190 EG-Verdrag hebben geschonden.

De Booksellers Association stelt voorts, dat de door het Gerecht bekrachtigde beschikking van de Commissie tot gevolg heeft, dat een tot nu toe uniforme markt langs nationale grenzen wordt gesplitst. Hiertegen moet worden ingebracht, dat de omstandigheid dat de beschikking zich beperkte tot die aspecten die de handel tussen Lid-Staten betreffen, en niet inging op de louter nationale toepassing

Het Gerecht zou bovendien ten onrechte hebben geconcludeerd, dat uit punt 43 van

de beschikking blijkt dat de Commissie rekening heeft gehouden met de uitspraken van de Restrictive Practices Court. Uit dit punt noch uit andere punten van de beschikking blijkt volgens haar echter, dat de Commissie met deze uitspraken rekening heeft gehouden. Requirante geeft toe, dat de Commissie niet verplicht was op alle door haar overgelegde bewijsstukken in te gaan. De Commissie heeft in casu echter nagelaten, enige van de belangrijkste bewijsstukken te beoordelen, namelijk het aan de Restrictive Practices Court overgelegde bewijsmateriaal en de conclusie van deze rechterlijke instantie. Zonder volledig en zorgvuldig onderzoek van deze bewijsstukken had de Commissie het verzoek om een ontheffing echter niet mogen afwijzen. Indien zij dit onderzoek had verricht, had zij logischerwijs niet tot de conclusie kunnen komen waartoe zij thans is gekomen. Het door het Gerecht in rechts-overweging 79 van zijn arrest gebruikte argument, dat nationale rechtspraak niet de doorslag mag geven bij de toepassing van de mededingingsregels van het EG-Verdrag, is weliswaar juist, doch deze opmerking is irrelevant, aangezien het er in casu slechts om gaat, of requirante zich in het kader van haar verzoek om een ontheffing op genoemd bewijsmateriaal kan beroepen.

door requirante daadwerkelijk aangevoerde argumenten heeft afgewezen.

De Commissie stelt verder, dat uit punt 43 van haar beschikking blijkt, dat zij wel degelijk rekening heeft gehouden met de uitspraken van de Britse rechter. Zij behoefde in haar beschikking echter niet uitdrukkelijk op de vaststellingen van de Restrictive Practices Court en de aan deze Court overgelegde bewijsstukken in te gaan, aangezien deze niet rechtstreeks van belang waren voor de vragen die de Commissie in deze zaak moest behandelen. In de eerste plaats heeft de Britse rechter niet rechtstreeks geantwoord op de vraag of de uit de NBA voortvloeiende mededingingsbeperkingen binnen de gemeenschappelijke markt onmisbaar waren. In de tweede plaats heeft de Restrictive Practices Court het niet bewezen geacht, dat ontbinding van de NBA tot een wezenlijke afname van de inkomsten uit de export (waaronder ook de uitvoer naar Ierland) zou leiden. Ten slotte heeft de Britse rechter alleen onderzocht, of de handhaving van de NBA verenigbaar was met het algemeen belang in het *Verenigd Koninkrijk*.

50. De Commissie brengt hiertegen in, dat de door requirante gekritiseerde, verkeerde voorstelling van haar argument door het Gerecht slechts dan van belang is, indien deze fout (die de Commissie overigens niet bewezen acht) rechtstreeks relevant is voor de overwegingen waarmee het Gerecht de

51. Wat de grief betreft dat het Gerecht is ingegaan op een door requirante niet aangevoerd argument, kan ik volstaan met een verwijzing naar mijn opmerkingen over een soortgelijke, tegen rechtsoverweging 84 van

het arrest gerichte grief.³³ Zelfs indien requirantes verwijt juist is, is niet duidelijk welke de invloed van de (in dit geval) overbodige opmerkingen van het Gerecht kan zijn geweest voor zijn beoordeling van de daadwerkelijk aangevoerde argumenten.

ten 72 tot 86 van haar beschikking de onmisbaarheid van de NBA onderzoekt „zonder rekening te houden met het oordeel van bovengenoemde nationale rechterlijke instantie”.³⁵ Onder deze omstandigheden kan men moeilijk beweren, dat uit de beschikking van de Commissie blijkt, dat deze de uitspraken van de Britse rechter „niet buiten beschouwing heeft gelaten”, zoals het Gerecht meende te mogen aannemen.³⁶

52. Wat de vraag betreft, of de Commissie rekening heeft gehouden met de uitspraken van de Restrictive Practices Court, wil ik erop wijzen, dat deze in punt 43 van de beschikking slechts worden vermeld. Op de concrete inhoud van deze uitspraken of het aan de Court overgelegde bewijsmateriaal gaat de Commissie daarentegen noch in dit punt noch in andere punten van de beschikking nader in. Naar de procedure voor de nationale rechter wordt enkel nog verwezen in punt 71 van de beschikking. Hierin beweert de Commissie, dat de in deze nationale procedure aangevoerde argumenten betreffende de onmisbaarheid van de NBA niet zozeer de noodzaak van een gezamenlijke toepassing van standaardvoorwaarden in het geval van vaste wederverkooprijzen voor boeken betroffen, doch veeleer de vraag of zulke vaste prijzen onmisbaar zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Het Hof heeft reeds in zijn beschikking in de procedure in kort geding geoordeeld, dat genoemde nationale uitspraken wel degelijk ingingen op de vraag van de onmisbaarheid van het opstellen van uniforme verkoopvoorwaarden.³⁴ In die beschikking oordeelde het Hof eveneens, dat de Commissie in de pun-

Het is voor mij een raadsel, waarom de Commissie niet nader is ingegaan op deze procedure voor de Restrictive Practices Court. Waar requirante deze procedure voor de onderhavige zaak zo belangrijk achtte, had het voor de hand gelegen dat op deze procedure, al was het maar kort, werd ingegaan. Gelet op de duur van de onderhavige procedure, kan dit verzuim niet worden teruggevoerd op tijdgebrek. In de procedure voor het Gerecht en in de hogere voorziening heeft de Commissie verklaard, om welke redenen zij de genoemde nationale procedure voor de onderhavige zaak niet van bijzonder belang achtte. Waarom zij dit niet in de beschikking zelf reeds heeft gedaan, kan ik niet achterhalen.

53. Niettemin ben ik van mening, dat de Commissie materieel gelijk heeft. Zij wijst er

33 — Zie punt 38 hierboven.

34 — T. a. p. (voetnoot 9), r. o. 30.

35 — T. a. p. (voetnoot 9), r. o. 29.

36 — In r. o. 79 van zijn arrest.

terecht op, dat de Restrictive Practices Court de NBA heeft onderzocht op hun verenigbaarheid met het mededingingsrecht van het *Verenigd Koninkrijk*. De uitspraken van deze rechter werden gedaan vóór de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschappen. Zij betroffen derhalve niet de uitlegging van artikel 85 EG-Verdrag en kunnen daarom niet direct dienen voor de beantwoording van de vraag waar het in dit geval om gaat, namelijk de onmisbaarheid van de in de NBA vervatte beperkingen van de mededinging met betrekking tot de *handel tussen Lid-Staten*. Het Gerecht heeft dit in rechtsoverweging 79 van zijn arrest ook zeer juist gezien.³⁷

worden geleverd. Daartoe heeft zij de vier specifieke argumenten aangevoerd, waarop hieronder zal worden ingegaan.

54. Maar eerst moet ik nog het verdergaande argument van de Booksellers Association onderzoeken, dat de Commissie weliswaar niet gebonden is aan uitspraken van nationale rechters, doch dat zij krachtens artikel 5 EG-Verdrag wel met de nationale mededingingsautoriteiten moet samenwerken. De Commissie zou op grond daarvan verplicht zijn, rekening te houden met de beslissingen van deze autoriteiten, voor zover dit noodzakelijk is om een juiste toepassing van de mededingingsregels van het EG-Verdrag te waarborgen en een ongerechtvaardigde inmenging in de toepassing van de nationale mededingingsregels te voorkomen. Requirante heeft zich dit argument ter terechtzitting voor het Hof blijkbaar eigen willen maken.

Requirante en Clé lijken ervan uit te gaan, dat de Britse rechter in de nationale procedure tot de conclusie is gekomen, dat de in de NBA vervatte mededingingsbeperkingen voor het Verenigd Koninkrijk onmisbaar zijn om de beoogde voordelen te bereiken en dat de Commissie daarom moet aantonen, dat diezelfde redenering niet opgaat voor Ierland. Dit kan niet worden aanvaard. Een dergelijke omkering van de bewijslast is niet verenigbaar met artikel 85, lid 3. Het bewijs van de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen met betrekking tot de handel tussen Lid-Staten moest door requirante

De vraag of de tegenwerping van de Commissie, dat het hier een niet-ontvankelijk nieuw middel betreft, terecht is, kan mijns inziens in het midden worden gelaten. Het (toch al zeer vage) argument van interveniënte kan hoe dan ook niet worden aanvaard. Dit argument komt er uiteindelijk op neer, dat de Commissie verplicht is de toepassing van de communautaire mededingingsregels aan te passen aan de nationale mededingingsregels en de wijze waarop zij in het concrete geval worden toegepast. Zoals de Commissie terecht heeft gesteld, zou hier-

37 — Om deze reden lijken mij de opmerkingen van de Britse rechter over de mogelijke gevolgen van de ontbinding van de NBA op de uitvoerhandel, waarop de Commissie zich beroept, evenmin van belang.

mee het fundamentele beginsel van het gemeenschapsrecht, namelijk dat het voorrang heeft boven het nationale recht, op zijn kop worden gezet.

55. Ook dit middel moet derhalve worden afgewezen. Ik wil echter nogmaals beklemtonen, dat het mijns inziens veel juister was geweest, indien de Commissie in de beschikking zelf had aangegeven, waarom zij de procedure voor de Restrictive Practices Court voor de onderhavige zaak niet van bijzonder belang achtte, in plaats van deze argumenten eerst in de gerechtelijke procedure aan te voeren.

6) Onderzoek van requirantes specifieke argumenten

56. Requirante verwijt het Gerecht en de Commissie, dat zij haar vier hoofdargumenten betreffende de onmisbaarheid afzonderlijk van elkaar hebben onderzocht. Indien deze argumenten echter als geheel werden gezien, zou blijken dat de in de NBA vervatte mededingingsbeperkingen inderdaad onmisbaar zijn om de beoogde voordelen te verwezenlijken.

Volgens requirante heeft zij steeds beklemtoond, dat een prijsbindingssysteem eenvoudig toe te passen moet zijn om positieve effecten te bewerkstelligen. De cumulatie van moeilijkheden die uit individuele overeenkomsten zonder de door de NBA ter beschikking gestelde hulpmiddelen zouden voortvloeien, zouden dergelijke individuele overeenkomsten wegens het aantal uitgevers, publikaties, het aantal door boekverkopers in voorraad gehouden exemplaren van een boek, alsook wegens het karakter van de boekhandel onuitvoerbaar maken.

57. De Commissie brengt hier terecht tegen in, dat vier zwakke argumenten, te zamen beschouwd, niet één overtuigend argument vormen. Requirante heeft mijns inziens niet kunnen aantonen, hoe deze argumenten, te zamen beschouwd, het bewijs kunnen leveren voor de onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen, indien geen van de afzonderlijke argumenten kan overtuigen.

58. De Commissie wijst er voorts op, dat requirante de opmerkingen van het Gerecht betreffende de afzonderlijke argumenten als zodanig niet betwist. Zoals gezegd, heeft requirante tijdens de procedure voor het Hof vooral de mogelijke gevolgen van de beschikking van de Commissie voor de boekverkopers in Ierland beklemtoond. Ook de interveniënten hebben hierop de nadruk gelegd. De Booksellers Association sprak van

een gevaar voor de kleinere boekwinkels, Clé zelfs van een „ineenstorting” van de Ierse boekenmarkt. Laatstgenoemde sprak eveneens haar vrees uit, dat de beschikking van de Commissie tot praktische problemen zou leiden, die als een „nachtmerrie” moesten worden aangemerkt.

het Gerecht betreffende deze afzonderlijke argumenten niet worden ingegaan. Ook dit middel kan derhalve niet slagen.

7) Overwegingen van juridisch beleid

Onder deze omstandigheden had men mogen verwachten, dat requirante ten minste de vaststellingen van het Gerecht betreffende haar tweede argument (dat de boekverkopers niet in staat zijn een groot aantal verschillende verkoopvoorwaarden van verschillende uitgeverij toe te passen en in acht te nemen) zou aanvechten. Inderdaad lijken mij de opmerkingen die de Commissie ter zake in de punten 79 tot 83 maakt, niet erg overtuigend. Ook de vaststellingen die het Gerecht in dit verband heeft gedaan, lijken veel te wensen over te laten.³⁸ Het zou echter niet zinvol zijn, deze opmerkingen van het Gerecht nader te onderzoeken. Zoals het Hof recentelijk heeft geoordeeld, moet het zich in het kader van een hogere voorziening beperken tot het onderzoek van de aangevoerde rechtsmiddelen en het bestreden arrest enkel beoordelen vanuit de optiek van die middelen.³⁹ Aangezien requirante op dit punt geen grieven heeft aangevoerd, kan op eventuele gebreken in de opmerkingen van

59. Requirante wijst erop, dat de Commissie in haar mededeling aan de Raad van 27 november 1985⁴⁰ heeft gesteld, dat een stelsel van vaste wederverkooprijzen voor boeken positieve gevolgen heeft en niet in strijd is met de mededingingsregels van het EG-Verdrag. Het optreden van de Commissie in deze zaak is met die stelling in tegenspraak en in strijd met het beginsel van goed bestuur. Het Gerecht heeft verzuimd rekening te houden met deze tegenspraak.

De Commissie bestrijdt dit met het betoog, dat zij in deze mededeling ondubbelzinnig heeft verklaard, dat zij geen praktijken zou dulden die onverenigbaar zijn met het communautaire mededingingsrecht. In deze zaak heeft zij voor een „pragmatische” benadering gekozen en zich beperkt tot die aspecten van de toepassing van de NBA, die de handel tussen Lid-Staten betreffen.

38 — In r. o. 105 van het bestreden arrest wordt bij voorbeeld verklaard, dat dit argument „voornamelijk” betrekking heeft op de Britse markt en derhalve „niet relevant” is. Hoe het Gerecht tot deze vaststelling komt is niet duidelijk.

39 — Arrest van 1 juni 1994, zaak C-136/92 P, t. a. p. (voetnoot 17), r. o. 29 en 52.

40 — COM (85) 681 def.

Ik zie niet, hoe het door requirante aangevoerde argument de hogere voorziening kan doen slagen. Zoals de Commissie terecht beklemtoont, heeft requirante niet gesteld, dat de mededeling uit 1985 bij haar een — eventueel te beschermen — vertrouwen heeft gewekt, dat de Commissie geen bezwaar zou maken tegen het NBA-systeem. Overigens ben ik van mening, dat het hier om beleidsoverwegingen gaat, die de lege ferenda van belang zijn, doch waarop het Hof — gelijk Pentos terecht heeft gesteld — in hogere voorziening niet kan ingaan.

waarin het Parlement zich uitsprak voor de handhaving van de prijsbinding van boeken in gemeenschappelijke taalgebieden. De Commissie wijst er terecht op, dat dit argument irrelevant is, alleen al omdat deze resolutie geruime tijd na de vaststelling van de bestreden beschikking van de Commissie werd aangenomen.

62. Ook dit middel moet derhalve worden afgewezen.

60. Een en ander geldt ook voor de verwijzing van requirante en de Booksellers Association naar de omstandigheid, dat de Commissie bij de vaststelling van haar beschikking rekening diende te houden met de culturele aspecten van de onderhavige zaak. Zoals de Booksellers Association terecht heeft gesteld, volgt een dergelijke verplichting reeds uit de rechtspraak van het Hof. Het Verdrag betreffende de Europese Unie heeft ertoe geleid, dat deze verplichting thans uitdrukkelijk wordt genoemd in het EG-Verdrag (artikel 128, lid 4). Blijkens punt 75 van de beschikking heeft de Commissie deze culturele aspecten echter geenszins over het hoofd gezien.⁴¹

Kosten

63. Aangezien de hogere voorziening dus moet worden afgewezen, moet requirante overeenkomstig de artikelen 122 en 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in de kosten worden verwezen. Aangezien Clé en de Booksellers Association, die hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van de conclusies van requirante, in het ongelijk zijn gesteld, lijkt het mij juist dat zij overeenkomstig artikel 69, lid 4, tweede volzin, van het Reglement voor de procesvoering hun eigen proceskosten dragen. Interveniente Pentos heeft op ontoelaatbare wijze gepoogd, de onderhavige procedure te gebruiken om de rechtmatigheid van de toepassing van de NBA in het Verenigd Koninkrijk ter discussie te stellen. Aangezien zij zich er voor het overige grotendeels toe heeft beperkt de argumenten van de Commissie te herhalen, lijkt het mij billijk, dat ook zij haar eigen kosten draagt.

61. Ten slotte heeft requirante zich in dit verband op een resolutie van het Europees Parlement van 21 januari 1993 beroepen,

⁴¹ — Zie hiervoor ook de punten 175 en 177 van het 23e Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid [COM (94) 161 def].

C — Conclusie

64. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de hogere voorziening af te wijzen en requirante te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening, met uitzondering van de kosten van de interveniënten, die elk hun eigen kosten zullen dragen.