

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
W. VAN GERVEN

van 18 november 1992 \*

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

1. In onderhavige zaken staat de vraag centraal naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale wetgeving die wederverkoop met verlies verbiedt. Deze vraag is gerezen in het kader van strafprocedures die werden aangespannen tegen Keck respectievelijk Mithouard, verantwoordelijken van een supermarkt te Mundolsheim respectievelijk Geispolsheim, wegens de verkoop van bepaalde produkten tegen verlies. Voor de Tribunal de grande instance de Strasbourg, zevende correctionele kamer (hierna: „de verwijzende rechter”) roepen zij in dat het wettelijk verbod dienaangaande, vervat in artikel 1 van financiewet nr. 63-628 van 2 juli 1963, als gewijzigd bij artikel 32 van verordening nr. 86-1243 van 1 december 1986<sup>1</sup>, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, met name de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, vrije mededinging en non-discriminatie. Dit brengt er de verwijzende rechter toe in beide zaken volgende vraag aan het Hof voor te leggen:

„Is het bij artikel 32 van de Franse verordening nr. 86-1243 van 1 december 1986 ingestelde verbod van verkoop met verlies verenigbaar met de in het EEG-Verdrag,

inzonderheid in de artikelen 3 en 7 ervan neergelegde beginselen van het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal, van de vrije mededinging binnen de Gemeenschap, en van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, voor zover de Franse wettelijke regeling tot vervalsing van de mededinging kan leiden:

- a) doordat zij alleen de wederverkoop met verlies betreft, en niet van toepassing is op fabrikanten, die de door hen vervaardigde, verwerkte of — zelfs maar heel licht — verbeterde produkten vrij op de markt kunnen verkopen tegen een lagere prijs dan hun kostprijs;
- b) doordat zij met name in grensstreken tot verschillende mededingingsvoorwaarden voor de marktdeelnemers leidt, naar gelang van hun nationaliteit en hun vestigingsplaats.”

2. Laat mij in de eerste plaats orde op zaken stellen wat betreft de relevante bepalingen van het Verdrag waaraan de betrokken Franse regeling moet worden getoetst. Met de Commissie ben ik van oordeel dat de verdragsbepalingen en -beginselen inzake vrij werknemersverkeer, vrije vestiging en vrije dienstverlening hier geen toepassing vinden. Het verband tussen deze regelen en de voorliggende casuspositie is te onrechtstreeks en

\* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

<sup>1</sup> — Voor de tekst van deze bepaling wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting.

te hypothetisch: het gaat om twee in Frankrijk (weliswaar dicht bij de Duitse grens) gevestigde supermarkten, en uit het dossier noch uit de opmerkingen van verweerders in het bodemgeding blijkt enig reëel element waaruit de toepasselijkheid van voornoemde bepalingen moet worden afgeleid.

Wat het door de verwijzende rechter uitdrukkelijk genoemde artikel 7 van het Verdrag betreft, kan ik eveneens kort zijn: deze bepaling verbiedt enkel discriminaties naar de nationaliteit der ondernemers.<sup>2</sup> Aangezien de Franse regeling in kwestie geen rechtstreeks of indirect onderscheid maakt naar de nationaliteit respectievelijk de vestigingsplaats van de ondernemingen waarvoor zij geldt, is artikel 7 niet van toepassing. Daaraan valt toe te voegen dat het Hof herhaaldelijk heeft bevestigd dat artikel 7 niet geschonden wordt op de enkele grond dat andere Lid-Statens minder rigoureuze bepalingen toepassen en dat hierdoor de concurrentiepositie van de op het grondgebied van de betrokken Lid-Staat gevestigde ondernemers ten opzichte van ondernemers in andere Lid-Statens, wordt ondergraven.<sup>3</sup>

Met betrekking tot de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels, met name de artikelen 3, sub f, 85 en 86 van het Verdrag, moge ik eveneens volstaan met een verwijzing naar 's Hof's vaste rechtspraak, volgens welke deze bepalingen slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-

Statens.<sup>4</sup> Het Hof voegt daar weliswaar aan toe dat de Lid-Statens geen maatregelen mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken, waarbij het vooral de hypothese voor ogen heeft waarin een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige afspraken via wettelijke of bestuursrechtelijke regelen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regelen het overheidskarakter ontnemt door de beslissingsmacht dienaangaande over te dragen aan particuliere ondernemingen.<sup>5</sup> Hier- van is echter in het onderhavige geval geen sprake.

De enige communautaire invalshoek waaronder de betwiste Franse regeling moet worden onderzocht, blijkt deze van het vrij verkeer van goederen te zijn: het betreft immers een nationale regeling met betrekking tot de verkoop van *produkten*. Ofschoon artikel 30 van het Verdrag niet uitdrukkelijk door de verwijzende rechter wordt genoemd, volgt uit de vraagstelling dat het Hof deze bepaling in aanmerking dient te nemen teneinde de verwijzende rechter in staat te stellen de verenigbaarheid van de Franse regeling met het gemeenschapsrecht te beoordelen.

3. De eerste vraag die derhalve rijst, is of een wettelijk verbod van wederverkoop met verlies beschouwd moet worden als een maatregel van gelijke werking in de zin van

2 — Zie arresten van 30 november 1978, zaak 31/78, Bussone, Jurispr. 1978, blz. 2429, r. o. 38-40, en 14 juli 1981, zaak 155/80, Oebel, Jurispr. 1981, blz. 1993, r. o. 7.

3 — Zie arrest van 3 juli 1979, gevoegde zaken 185/78-204/78, Van Dam, Jurispr. 1979, blz. 2345, r. o. 10; arrest Oebel, reeds aangehaald, r. o. 9 en 10, en arrest van 25 januari 1983, zaak 126/82, Smit, Jurispr. 1983, blz. 73, r. o. 27.

4 — Dat verkoop met verlies in welbepaalde omstandigheden als misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag kan worden aangemerkt, blijkt uit het arrest van het Hof van 3 juli 1991, zaak C-62/86, Akzo, Jurispr. 1991, blz. I-3454, waar het Hof in r. o. 69-72 de criteria ter zake opgeeft.

5 — Zie arresten van 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801, r. o. 23 en 24; 21 september 1988, zaak 267/88, Van Eycke, Jurispr. 1988, blz. 4769, r. o. 16, en 28 februari 1991, zaak 332/89, Marchandise, Jurispr. 1991, blz. I-1027, r. o. 22.

artikel 30 van het Verdrag. De Franse regering is van oordeel dat dit niet het geval is, daar de Franse verbodsbepaling zonder onderscheid op nationale en geïmporteerde produkten van toepassing is. Bovendien zou zij een buitenlands produkt niet het concurrentievoordeel ontnemen dat dit kan hebben ten gevolge van een lagere kostprijs, en legt zij geen maximumprijs op die de verhandeling in Frankrijk van een geïmporteed produkt (waarvan de prijs reeds door transport- en verpakingskosten hoger ligt) onmogelijk maakt. De Franse regering vindt een bevestiging van deze zienswijze in het arrest Van Tiggele van 1978, waarin het Hof oordeelde dat

„een nationale bepaling die zonder onderscheid de detailverkoop van nationale en geïmporteerde produkten tegen lagere prijzen dan de door de detaillist betaalde inkoopprijs verbiedt, geen schadelijke gevolgen voor de afzet van alleen de geïmporteerde produkten kan veroorzaken en derhalve geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking kan vormen”.<sup>6</sup>

4. Ik kan met deze redenering niet instemmen. Het valt mijns inziens namelijk niet uit te sluiten dat een wettelijk verbod van wederverkoop met verlies een „al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële” belemmering van de intracommunautaire handel, in de zin van het arrest Dassonville, kan opleveren. Dit wordt in het bijzonder duidelijk wanneer men zich ervan rekenschap geeft dat verkoop met verlies een *verkoopbevorderende methode* is en dat het

Hof sedert het arrest Oosthoek — in dat geval ging het om een nationaal verbod bij een verkoop bepaalde geschenken in natura aan te bieden — een vaste jurisprudentie heeft ontwikkeld welke bepaalt:

„Een wettelijke regeling die bepaalde vormen van reclame of bepaalde methoden van verkoopbevordering beperkt of verbiedt, zou ook zonder rechtstreeks voorwaarden voor de invoer te stellen, de omvang hiervan kunnen beperken doordat zij de verhandelingsmogelijkheden van de ingevoerde produkten ongunstig beïnvloedt. Ook indien een dergelijke regeling zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten, is het niet uitgesloten dat het feit dat de betrokken onderneming gedwongen is, in de diverse Lid-Statens verschillende methoden van reclame of verkoopbevordering te hanteren of een door haar bijzonder doeltreffend geachte methode op te geven, een invoerbelemmering oplevert.”<sup>7</sup>

Tegen deze uitspraak kan het arrest van het Hof in Van Tiggele zeker niet worden ingeroepen nu dit arrest aan de arresten „Cassis de Dijon” en „Oosthoek” vooraf gaat, hetgeen de precedentwaarde van deze zaak sterk vermindert, of zelfs teniet doet.<sup>8</sup>

7 — Arrest van 15 december 1982, zaak 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Jurispr. 1982, blz. 4575, r. o. 15; voor recente toepassingen, zie onder meer arresten van 16 mei 1989, zaak 382/87, Buet, Jurispr. 1989, blz. 1235, r. o. 7 en 8; 7 maart 1990, zaak C-362/88, GB-Inno-BM, Jurispr. 1990, blz. I-667, r. o. 7; 21 maart 1991, zaak C-369/88, Delattre, Jurispr. 1991, blz. I-1487, r. o. 50; 30 april 1991, zaak C-239/90, Boscher, Jurispr. 1991, blz. I-2023, r. o. 14, en 25 juli 1991, gevoegde zaken C-1/90 en C-176/90, Aragonesa, Jurispr. 1991, blz. I-4151, r. o. 10.

8 — In het arrest Van Tiggele ging het overigens om een andere problematiek: de vraag was of een *bestuursrechtelijke* minimumprijsregeling verenigbaar was met artikel 30.

6 — Arrest van 24 januari 1978, zaak 82/77, Jurispr. 1978, blz. 25, r. o. 16.

5. Voor de toepasselijkheid op een nationale regeling van artikel 30, zoals geïnterpreteerd in de rechtspraak van het Hof, is weliswaar vereist dat de regeling een zeker verband vertoont met de intracommunautaire handel. Dit lijkt mij in casu niet te kunnen worden ontkend. De in geding staande regeling omvat weliswaar geen verbod van verkoop met verlies op het niveau van de fabrikant. Dit betekent dat het een fabrikant uit een andere Lid-Staat mogelijk blijft — indien hij zijn produkt op de Franse markt wil lanceren — om met verlies aan een wederverkoper in Frankrijk of elders te verkopen, waarna de wederverkoper het produkt in Frankrijk tegen sterk verminderde prijs (maar toch boven de eigen kostprijs) kan doorverkopen. Niettemin kan ook van een aldus beperkt verbod van verkoop met verlies een belemmerend effect op de intracommunautaire goederenstroom uitgaan, zo de wederverkoper zelf, zonder steun van de buitenlandse producent (onder de vorm van een sterk verlaagde prijs of zelfs een verliesprijs), een campagne zou willen voeren om het produkt met verlies op de Franse markt te lanceren. Een zelfde (potentieel) belemmerend effect ligt voor wanneer een importeur van een uit een andere Lid-Staat herkomstig produkt, in Frankrijk moet concurreren met een binnenlandse fabrikant die de verkoop van zijn concurrerend produkt met verlies kan voltrekken terwijl dit voor de importeur-wederverkoper niet mogelijk is.

dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel" kan belemmeren.<sup>9</sup>

6. Nu dient aangenomen te worden dat de betwiste regeling in beginsel binnen de werkingssfeer van artikel 30 valt, moet worden nagegaan of de erdoor teweeggebrachte (daadwerkelijke of potentiële) belemmeringen van de intracommunautaire handel, niettemin aanvaardbaar zijn bij toepassing van de „Cassis de Dijon”-test. Verkoop met verlies maakt immers niet het voorwerp uit van communautaire regelgeving en is in de Lid-Staten uiteenlopend geregeld. Bovendien is de Franse regeling zonder onderscheid van toepassing op nationale en ingevoerde produkten.

Volgens de „Cassis de Dijon”-test zijn belemmeringen van het vrije verkeer slechts aanvaardbaar voor zover de betrokken nationale regeling als doelstelling heeft de vervulling van naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigde dwingende eisen, en daarenboven noodzakelijk is voor, en evenredig aan het beoogde doel.<sup>10</sup> Het staat in eerste instantie aan de nationale rechter (en, voor het Hof, aan de regering van de betrokken Lid-Staat) om vast te stellen welke de doelstellingen

9 — De rechtspraak van het Hof toont weliswaar een tendens om nationale regelingen waarvan de werkingssfeer beperkt is tot de verhandeling van produkten op het niveau van de detailhandel, niet als maatregelen van gelijke werking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag aan te zien: voor illustraties hiervan, zie onder meer arrest Oebel (reglementering van leveringstijden van brood aan individuele afnemers en detailisten), arresten van 31 maart 1982, zaak 75/81, Blesgen, Jurispr. 1982, blz. 1211 (wettelijk verbod van verkoop „voor gebruik ter plaatse” van hoogalcoholhoudende dranken), en 11 juli 1990, zaak C-23/89, Quietlynn, Jurispr. 1990, blz. I-3059 (verbod op de detailverkoop, zonder vergunning, van seksartikelen). In casu heeft de nationale regeling evenwel ook uitwerking op het niveau van de wederverkoop, dit wil zeggen van de import en de groothandel.

10 — Dit is vaste rechtspraak sedert het arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe-Zentral, Jurispr. 1979, blz. 649, r. o. 8.

Uit deze voorbeelden moge blijken dat het in geding staande nationaal verbod, zelfs al geldt het niet op het niveau van de fabrikant, niettemin de intracommunautaire handel „al

zijn die door de betrokken nationale regeling worden nagestreefd, en of deze doelstellingen, gelet op de jurisprudentie van het Hof, naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd zijn. In geval van twijfel kan hij, wat dat laatste betreft, zich laten voorlichten door het Hof.

7. Aangaande de door de betrokken nationale regeling nagestreefde doelstelling, stipt de verwijzende rechter in beide zaken aan dat „het Franse verbod van verkoop met verlies op het eerste gezicht volkomen gerechtvaardigd kan lijken door het tweeledig doel van bescherming van de consument en verzekering van gezonde en eerlijke mededingingsvoorwaarden”. In haar schriftelijke opmerkingen voor het Hof licht de Franse regering dit nader toe. Zij brengt het verbod van wederverkoop met verlies vooral in verband met de loyauteit der handelstransacties, en slechts onrechtstreeks — via het vrijwaren van een loyale mededinging — met de bescherming van de verbruiker.<sup>11</sup> Volgens haar strekt de regeling ertoe een praktijk van de loyale concurrentie te bestrijden. Wederverkoop met verlies zou er immers toe kunnen leiden, aldus de regering, dat een handelaar een markt naar zich toe trekt alsook een bepaald cliënteel op kunstmatige wijze inpalmt teneinde, eenmaal dit doel bereikt, de produkten in kwestie tegen normale of zelfs hogere prijzen te verkopen. Dergelijke praktijk, zo voegt zij eraan toe, is ook in het nadeel van de verbruikers, daar de verliezen die door een handelaar op enkele produkten worden geleden noodzakelijk gecompenseerd zouden worden door hogere winstmarges op andere produkten.

8. Uit het voorgaande blijkt dat de onderzochte nationale regeling zich beroept op

twee van de door het Hof in zijn rechtspraak erkende dwingende eisen, te weten de bescherming van de loyauteit der handelstransacties en de bescherming van de verbruikers.<sup>12</sup> De vraag is dan of de voorliggende nationale regeling noodzakelijk is voor het nagestreefde doel en of er, gelet op de erdoor teweeggebrachte belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer, geen voor dit handelsverkeer minder belemmerend alternatief voorhanden is.

Wat de doelstelling van de vrijwaring van de eerlijkheid der handelstransacties betreft, staat de Franse regering vooral de hypothese voor ogen van een handelaar die, al of niet via een kartelafpraak met een andere handelaar, middels verkoop met verlies een concurrent poogt uit te schakelen. Ter zitting bracht deze zienswijze de advocate van de regering ertoe wederverkoop met verlies als techniek te differentiëren van in andere arresten van het Hof voorliggende verkoopbevorderende respectievelijk verkoopmethoden, zoals gezamenlijk aanbod (Oosthoek), colportage (Buet), vermelding van de duur van het aanbod en van de oude prijs in een bijzondere aanbieding (GB-Inno-BM) en postorderverkoop (Delattre). Voor zover een nationale regeling van verkoop met verlies dergelijke praktijken op het oog heeft, lijkt zij mij inderdaad geschikt en noodzakelijk te zijn om het nagestreefde doel van de loyauteit der handelstransacties te verwezenlijken. Zij kan daarenboven geschikt zijn om vervalsing van de mededinging tegen te gaan, een objec-

11 — Zie punt 8 van haar schriftelijke opmerkingen, dat betrekking heeft op de verenigbaarheid van het verbod met de mededingingsregels van het Verdrag.

12 — Deze gronden werden reeds in het arrest „Cassis de Dijon” door het Hof genoemd: arrest Rewe-Zentral, r. o. 8.

tief dat eveneens in overeenstemming is met het Verdrag. In verband met beide doelstellingen is evenwel vereist dat de betrokken regeling deze doelstellingen met voldoende precisie nastreeft.

Zo kan ik mij eveneens inbeelden, wat betreft de tweede hiervoor genoemde doelstelling, de bescherming van de verbruikers, dat via een verbod van verkoop met verlies een Lid-Staat bepaalde „lokvogel“-procédés aan banden wil leggen, zoals de techniek waarbij klanten worden aangelokt op basis van met verlies of tegen een uitzonderlijk lage winstmarge verkochte produkten, met de bedoeling om hen, eens in de verkoopruimte, ertoe te brengen ook andere produkten aan te schaffen die — om het verlies geleden op het ene produkt te compenseren — hoger geprijsd zijn. Ook in een dergelijke hypothese kan een verbod van verkoop met verlies, maar dan op het niveau van de detailhandel, geschikt en noodzakelijk zijn om een door het gemeenschapsrecht toegelaten doelstelling te verwezenlijken. Ook dan moet het verbod evenwel voldoende precies zijn om alleen die praktijken te treffen.

9. Er valt dus geenszins uit te sluiten dat een verbod van verkoop met verlies, wanneer het *voldoende precies* is geformuleerd, noodzakelijk kan zijn om de naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigde doelstellingen van bescherming van de eerlijkheid der handelstransacties — en in samenhang daarmee, de vrijwaring van een onvervalste mededinging — en/of de bescherming van de verbruiker te verwezenlijken.

Het probleem van een *algemeen* geformuleerd verbod, zoals dat besloten is in de

betrokken nationale regeling — al vindt het geen toepassing op het niveau van de fabrikant — is evenwel, dat het gebruik van de erdoor verboden verkoopbevorderende methode ook wordt uitgesloten in situaties welke niet als deloyaal, mededingings- of consumentonvriendelijk kunnen worden gekwalificeerd. Welnu, ik meen dat dergelijke situaties zich wel degelijk kunnen voordoen. Zoals de Commissie, denk ik daarbij aan het geval waarin de methode van verkoop met verlies wordt gebruikt om een nieuw produkt te lanceren respectievelijk een nieuwe markt te betreden, doch er kunnen zich nog andere hypothesen voordoen. Ik noem slechts de verkoop met verlies teneinde een overvloedige voorraad te liquideren.<sup>13</sup> Een algemeen geformuleerd verbod met verlies te verkopen komt erop neer dat het ook deze situaties dekt en gaat derhalve verder dan wat noodzakelijk is om de naar gemeenschapsrecht toegelaten doelstellingen te verwezenlijken.

10. Ik kom bijgevolg tot het besluit dat een algemeen verbod van wederverkoop met verlies niet aan de noodzakelijkheidstest voldoet en dat er een minder belemmerend alternatief voorhanden is, namelijk het verbod zodanig te preciseren dat het beter aansluit bij de voornoemde naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigde dwingende eisen.

13 — Het is niet zeker dat deze hypothese volledig gedekt wordt door de uitzonderingen waarin de Franse verbodsbepaling, meer bepaald paragraaf II van artikel 1 van de wet van 2 juli 1963, voorziet, zoals de verkoop van bederfbare produkten, verkopen in het kader van stopzetting of verandering van handelsactiviteit, verkoop van seizoens- en modegebonden produkten en van produkten die technisch voorbijgestreefd zijn.

## Conclusie

11. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„Een wettelijk verbod op de wederverkoop met verlies dat in zijn algemeenheid ook situaties raakt welke niet komen binnen de werkingssfeer van een (of meerdere) van de naar gemeenschapsrecht erkende dwingende eisen, is niet verenigbaar met artikel 30 EEG-Verdrag.”