

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. WALTER VAN GERVEN
presentadas el 18 de noviembre de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Los presentes asuntos tienen por objeto principal la compatibilidad con el Derecho comunitario de una legislación nacional que prohíbe la reventa a pérdida. Dicha cuestión se suscitó en el marco de procesos penales seguidos contra el Sr. Keck y el Sr. Mithouard, responsables de un supermercado en Mundolsheim y en Geispolsheim, respectivamente, por vender a pérdida determinados productos. Ante el tribunal de grande instance de Strasbourg, septième chambre correctionnelle (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional de remisión»), alegan que la prohibición legal en la materia, contenida en el artículo 1 de la Ley de Presupuestos nº 63-628, de 2 de julio de 1963, en su versión modificada por el artículo 32 del Decreto Legislativo nº 86-1243, de 1 de diciembre de 1986,¹ es incompatible con el Derecho comunitario y, en particular, con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales, a la libre competencia y a la no discriminación. En dichas circunstancias, el órgano jurisdiccional de remisión planteó al Tribunal de Justicia, en ambos asuntos, la cuestión siguiente:

«La prohibición en Francia de la reventa a pérdida impuesta por el artículo 32 del Decreto Legislativo nº 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, ¿es compatible con los principios de la libre circulación de personas,

servicios y capitales, de establecimiento de la libre competencia en el mercado común y de no discriminación por razón de la nacionalidad, establecidos por el Tratado de 25 de marzo de 1957 constitutivo de la CEE, y más especialmente por sus artículos 3 y 7, debido a que la legislación francesa puede falsear efectivamente la competencia:

- a) Por un lado, por el hecho de cuestionar solamente la reventa a pérdida y excluir del ámbito de prohibición al fabricante, que es libre de vender en el mercado el producto que fabrica, transforma o mejora, aunque sólo sea mínimamente, a un precio inferior a su precio de coste;
- b) por otro, por el hecho de falsear el precio de la competencia, especialmente, en la zona fronteriza, entre los diferentes operadores económicos en función de la nacionalidad y del lugar en que estén establecidos?»

2. En primer lugar, desearía aportar algunas precisiones sobre las disposiciones pertinentes del Tratado en relación con las cuales debe examinarse la compatibilidad de la legislación francesa de que se trata. Al igual que la Comisión, creo que las disposiciones y principios del Tratado relativos a la libre circulación de trabajadores, al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios no son aplicables al caso de autos. La relación entre dichas normas y el presente caso es demasiado indirecto e hipotético: se trata de dos supermercados sitos en Francia (aunque muy cerca de la frontera alemana) y ni de los

* Lengua original: neerlandés.

¹ — El tenor de dicha disposición se encuentra en el informe para la vista.

autos ni de las observaciones de las partes demandadas en el litigio principal se desprende ninguna razón real que implique que haya que deducir la aplicabilidad de las disposiciones antes citadas.

También bastará una breve observación acerca del artículo 7 del Tratado, mencionado expresamente por el órgano jurisdiccional de remisión: dicha disposición únicamente prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad de los operadores económicos.² Habida cuenta de que la legislación francesa de que se trata no distingue ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad ni del lugar de establecimiento de las empresas a las que se aplica, el artículo 7 no es aplicable. Procede añadir que el Tribunal de Justicia ha confirmado reiteradamente que el artículo 7 no se infringía sólo porque otros Estados miembros aplicaran disposiciones menos rigurosas y la capacidad competitiva de los operadores económicos establecidos en territorio del Estado miembro afectado resultara perjudicada, en relación con los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros.³

Por lo que se refiere a la aplicabilidad de las normas de Derecho comunitario en materia de competencia y, en particular, de la letra f) del artículo 3, y de los artículos 85 y 86 del Tratado, bastará igualmente con remitirse a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, según la cual dichas disposiciones se refieren únicamente al comportamiento de las empresas y no a las medidas legislativas o reglamentarias emanadas de los Estados

miembros.⁴ El Tribunal de Justicia añade que es cierto que los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar el efecto útil de las normas de competencia aplicables a las empresas y, en este caso, el Tribunal de Justicia se refiere sobre todo al supuesto de que un Estado miembro o bien, mediante medidas de naturaleza legislativa o reglamentaria, imponga o favorezca la celebración de prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerce los efectos de dichas prácticas, o bien prive a su propia normativa de su carácter estatal delegando en operadores particulares la responsabilidad de adoptar decisiones en la materia.⁵ No obstante, no es esta la cuestión en el caso de autos.

El único aspecto de Derecho comunitario bajo el que debe examinarse la legislación francesa controvertida parece ser el de la libre circulación de mercancías: en efecto, se trata de una normativa nacional relativa a la venta de *productos*. Aunque el artículo 30 del Tratado no sea expresamente citado por el órgano jurisdiccional de remisión, se desprende de las cuestiones planteadas que el Tribunal de Justicia debe tomar en consideración dicha disposición con el fin de que el órgano jurisdiccional de remisión pueda apreciar la compatibilidad de la legislación francesa con el Derecho comunitario.

3. Por tanto, la primera cuestión planteada es si una prohibición legal de la reventa a pérdida debe considerarse una medida de efecto equivalente con arreglo al artículo 30 del Tratado. El Gobierno francés estima

2 — Véanse las sentencias de 30 de noviembre de 1978, *Bussone* (31/78, Rec. p. 2429), apartados 38 a 40, y de 14 de julio de 1981, *Oebel* (155/80, Rec. p. 1993), apartado 7.

3 — Véanse las sentencias de 3 de junio de 1979, *Van Dam* (asuntos acumulados 185/78 a 204/78, Rec. p. 2345), apartado 10; *Oebel*, antes citada, apartados 9 y 10, y de 25 de enero de 1983, *Smit* (126/82, Rec. p. 73), apartado 27.

4 — El hecho de que, en circunstancias muy precisas, la venta a pérdida pueda calificarse de abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, *Akzo/Comisión* (C-62/86, Rec. p. I-3454), en la que, en los apartados 69 a 72, el Tribunal de Justicia indica los criterios aplicables en la materia.

5 — Véanse las sentencias de 1 de octubre de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus* (311/85, Rec. p. 3801), apartados 23 y 24; de 21 de septiembre de 1988, *Van Eycke* (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16, y de 28 de febrero de 1991, *Marchandise* (332/89, Rec. p. I-1027), apartado 22.

que no es así, dado que la disposición francesa que establece la prohibición se aplica indistintamente tanto a los productos nacionales como a los productos importados. Además, prosigue, dicha normativa no afecta a la ventaja comparativa que pueda ofrecer un producto extranjero menos caro que un producto nacional y no fija ningún precio mínimo que imposibilite la comercialización en Francia de un producto importado (cuyo precio es más elevado, aunque sólo sea por los gastos de transporte y de embalaje). El Gobierno francés encuentra dicho punto de vista confirmado en la sentencia Van Tiggele, de 1978, en la que el Tribunal de Justicia consideró:

«Considerando [...] que una disposición nacional que prohíbe indistintamente la venta al por menor de productos nacionales e importados a precios inferiores al de compra pagado por el minorista no puede producir efectos perjudiciales a la comercialización de sólo los productos importados y no podría, por lo tanto, constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.»⁶

4. No puedo aprobar este razonamiento. En efecto, en mi opinión no puede excluirse que una prohibición legal de reventa a pérdida pueda obstaculizar «directa o indirectamente, real o potencialmente» el comercio intracomunitario en el sentido de la sentencia Dassonville. Esto es particularmente evidente cuando se tiene en cuenta que la venta a pérdida constituye un *método de promoción de las ventas* y que, desde la sentencia Oosthoek —que trataba de una medida nacional que prohibía ofrecer determinados regalos en

especie con ocasión de una venta— el Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia reiterada que dispone:

«Una legislación que limite o prohíba determinadas formas de publicidad y determinados medios de promoción de ventas, aunque no condicione directamente las importaciones, puede restringir el volumen de éstas por el hecho de perjudicar a las posibilidades de comercialización de los productos importados. No puede excluirse la posibilidad de que, para un operador afectado, el hecho de verse obligado bien a adoptar sistemas distintos de publicidad o de promoción de ventas en función de los Estados miembros afectados, bien a abandonar un sistema que considera particularmente eficaz, pueda constituir un obstáculo a las importaciones aunque tal legislación se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados».⁷

Con toda seguridad, la sentencia Van Tiggele no puede invocarse contra dicha jurisprudencia, ya que dicha sentencia es anterior a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las sentencias Cassis de Dijon y Oosthoek, lo que disminuye fuertemente o incluso anula su valor como precedente.⁸

7 — Sentencia de 15 de diciembre de 1982, Oosthoek (286/81, Rec. p. 4575), apartado 15; en relación con las aplicaciones recientes, véanse, entre otras, las sentencias de 16 de mayo de 1989, Buet (382/87, Rec. p. 1235), apartados 7 y 8; de 7 de marzo de 1990, GB-Inno-BM (C-362/88, Rec. p. I-667), apartado 7; de 21 de marzo de 1991, Delattre (C-369/88, Rec. p. I-1487), apartado 50; de 30 de abril de 1991, Boscher (C-239/90, Rec. p. I-2023), apartado 14, y de 25 de julio de 1991, Aragonesa (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), apartado 10.

8 — Por otra parte, la citada sentencia Van Tiggele trataba de otra problemática: la cuestión se refería a si una normativa de precios mínimos por *vía reglamentaria* era compatible con el artículo 30.

6 — Sentencia de 24 de enero de 1978 (82/77, Rec. p. 25), apartado 16.

5. A efectos de aplicar a una legislación nacional el artículo 30, tal y como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo interpreta, se requiere que la legislación tenga cierta vinculación con el comercio intracomunitario. En el caso de autos, no creo que esto pueda negarse. Es cierto que la legislación controvertida no contiene ninguna prohibición de la venta a pérdida por el fabricante. Ello significa que un fabricante de otro Estado miembro sigue teniendo la posibilidad, si desea lanzar su producto en el mercado francés, de vender a pérdida en Francia o en otra parte a un revendedor que, a continuación, puede revender el producto en Francia a un precio muy reducido (pero superior a su propio precio de coste). No obstante, incluso una prohibición así limitada de la venta a pérdida puede surtir un efecto de obstáculo a los intercambios intracomunitarios, si el propio revendedor, a falta de ayuda del productor extranjero (en forma de precio muy reducido o incluso a pérdida), quisiera efectuar una campaña para lanzar el producto a pérdida en el mercado francés. También existe un (potencial) efecto obstaculizador cuando un importador de un producto originario de otro Estado miembro debe competir en Francia con un fabricante nacional que puede vender a pérdida su producto competidor, mientras que el importador-revendedor no puede hacerlo.

mente, real o potencialmente» el comercio intracomunitario.⁹

6. Puesto que procede admitir que la normativa controvertida está en principio comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30, hay que examinar si los obstáculos (efectivos o potenciales) al comercio intracomunitario que implica deben, no obstante, aceptarse con arreglo al criterio de la sentencia «Cassis de Dijon». En efecto, la venta a pérdida no es objeto de reglamentación comunitaria y está regulada de manera distinta en cada Estado miembro. Por otra parte, la legislación francesa se aplica sin distinción tanto a los productos nacionales como a los productos importados.

Con arreglo al criterio de la sentencia «Cassis de Dijon», los obstáculos a la libre circulación sólo deben aceptarse en la medida en que la legislación nacional de que se trata se proponga satisfacer exigencias imperativas justificadas en Derecho comunitario y en la medida en que, por otra parte, sea necesaria para alcanzar el objetivo perseguido y proporcional a dicho objetivo.¹⁰ Corresponde en primer lugar al Juez nacional (y, ante el Tribunal de Justicia, al Gobierno del Estado miembro afectado) definir cuáles son los objetivos que se propone la legislación nacional de que se trata y si, habida cuenta de la

De estos ejemplos se sigue que, aunque no sea aplicable al fabricante, la medida nacional de prohibición controvertida puede, sin embargo, obstaculizar «directa o indirecta-

9 — Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia manifiesta una tendencia a no considerar las normativas nacionales cuyo ámbito de aplicación se limita a la venta de productos en la fase del comercio al por menor medidas de efecto equivalente con arreglo al artículo 30 del Tratado a efectos de ilustrar dicha afirmación, véase, entre otras, la citada sentencia Oebel (regulación de las horas de despacho de pan a los compradores individuales y a los minoristas); la sentencia de 31 de marzo de 1982, Blesgen (75/81, Rec. p. 1211) (prohibición legal de vender bebidas espirituosas de un determinado contenido alcohólico «para su inmediato consumo»), y la sentencia de 11 de julio de 1990, Quietlynn (C-23/89, Rec. p. I-3059) (prohibición de vender al por menor artículos pornográficos sin autorización). No obstante, en el caso de autos la normativa nacional también es aplicable en la fase de la reventa, es decir, de la importación y del comercio al por mayor.

10 — Esto es jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649), apartado 8.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dichos objetivos se justifican en Derecho comunitario. En caso de duda, el Tribunal de Justicia puede proporcionarle precisiones sobre este último extremo.

7. En cuanto al objetivo perseguido por la legislación nacional de que se trata, en ambos asuntos, el órgano jurisdiccional de remisión destaca que «a primera vista, la prohibición de la reventa a pérdida establecida por el legislador nacional puede parecer absolutamente justificada por un doble objetivo de protección de los consumidores y de regulación de una competencia sana y leal». En sus observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno francés precisa dicho extremo. Relaciona la prohibición de la reventa a pérdida sobre todo con la lealtad de las transacciones comerciales y sólo indirectamente, mediante la salvaguardia de la competencia leal, con la protección del consumidor.¹¹ Según el Gobierno francés, la legislación se propone luchar contra una práctica de competencia desleal. En efecto, según dicho Gobierno, la reventa a pérdida puede llevar a un comerciante a acaparar un mercado, así como a captar artificialmente una clientela y, una vez conseguido este objetivo, a vender los productos de que se trata al precio normal o incluso más caro. Dicha práctica, añade el Gobierno francés, también perjudica a los intereses de los consumidores, ya que la pérdida soportada por el comerciante sobre determinados artículos queda necesariamente compensada por los mayores márgenes obtenidos en otros productos.

8. Se desprende de lo anterior que la legislación nacional examinada se basa en dos de

las exigencias imperativas reconocidas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, a saber, la protección de la lealtad en las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores.¹² Por tanto, la cuestión que se plantea es si la legislación nacional de que se trata en el caso de autos es necesaria para conseguir el objetivo perseguido y si, habida cuenta de los obstáculos al comercio intracomunitario que implica, existe alguna solución alternativa que acarree menos obstáculos a los intercambios.

Por lo que se refiere al objetivo de la preservación de la lealtad de las transacciones comerciales, el Gobierno francés se refiere sobre todo al supuesto de un comerciante que, como resultado o no de una práctica colusoria con otro comerciante, intente eliminar a un competidor recurriendo a una venta a pérdida. En la vista, esta opinión llevó al Abogado del Gobierno francés a distinguir la reventa a pérdida, como técnica, de otros métodos de promoción de ventas o métodos de venta invocados en otras sentencias del Tribunal de Justicia, como la oferta conjunta (sentencia Oosthoek), la venta a domicilio (sentencia Buet), la mención de la duración de la oferta y del precio anteriormente practicado en una oferta especial (sentencia GB-Inno-BM) y la venta por correspondencia (sentencia Delattre). En la medida en que una legislación nacional relativa a la venta a pérdida contemple dichas prácticas, me parece efectivamente apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido de lealtad en las transacciones comerciales. Por otra parte, puede impedir que se falsee la competencia, objetivo que también es con-

11 — Véase el punto 8 de las observaciones del Gobierno francés, relativo a la compatibilidad de la prohibición con las normas sobre la competencia del Tratado.

12 — Estos fundamentos ya fueron mencionados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Cassis de Dijon*, apartado 8.

forme al Tratado. Por lo que se refiere a estos dos objetivos, se requiere, no obstante, que la legislación de que se trata persiga dichos objetivos con suficiente precisión.

De este modo, también es imaginable, por lo que se refiere al segundo objetivo antes mencionado, la protección de los consumidores, que, recurriendo a prohibir la venta a pérdida, un Estado miembro quiera frenar determinados procedimientos «de reclamo» como la técnica de atraer clientes vendiendo productos a pérdida o con un margen de beneficios excepcionalmente reducido, con el fin de inducirles, una vez que hayan entrado en el establecimiento, a comprar también otros productos que, con el fin de compensar la pérdida sufrida en el primer producto, se ofrecen a un precio superior. En tal supuesto, la prohibición de la venta a pérdida también puede ser apropiada y necesaria, pero entonces en la fase del comercio minorista, para alcanzar un objetivo que el Derecho comunitario autoriza. Además, en dicho caso, la prohibición debe ser no obstante suficientemente precisa para afectar únicamente a dichas prácticas.

9. En ningún caso puede excluirse que una prohibición de la venta a pérdida, cuando se formula de manera *suficientemente precisa*, pueda ser necesaria para alcanzar los objetivos, justificados en Derecho comunitario, de protección de la lealtad en las transacciones comerciales y, al mismo tiempo, de preservación de una competencia no falseada y/o de protección del consumidor.

No obstante, el problema de una prohibición formulada de manera *general*, como la que figura en la legislación nacional de que se trata, aunque no se aplique al fabricante, consiste en que el uso del método de promoción de ventas que prohíbe también queda excluido en situaciones que no pueden calificarse de desleales ni desfavorables para la competencia o el consumidor. Ahora bien, creo que estas situaciones pueden efectivamente presentarse. Al igual que la Comisión, pienso por ejemplo en los casos en que el método de la venta a pérdida se utiliza para lanzar un nuevo producto o penetrar en un nuevo mercado, pudiendo darse igualmente otro tipo de situaciones. Me limitaré a mencionar la venta a pérdida para liquidar unas existencias excesivas.¹³ Una prohibición de las ventas a pérdida formulada de manera general, en la medida en que también comprende estas situaciones, excede de lo necesario para alcanzar los objetivos autorizados en Derecho comunitario.

10. Por consiguiente, concluyo que la prohibición general de la reventa a pérdida no responda al criterio de necesidad y que existe una solución alternativa que implica menos obstáculos, a saber, precisar la prohibición de manera que responda mejor a las exigencias imperativas antes citadas, justificadas en Derecho comunitario.

13 — No es seguro que este supuesto quede totalmente cubierto por las excepciones que establece la medida francesa de prohibición y, en particular, el apartado II del artículo 1 de la Ley de 2 de julio de 1963, como la venta de productos perecederos, las ventas efectuadas en el marco de la cesación o del cambio de una actividad comercial, la venta de productos de temporada o la venta de productos que ya no responden a la demanda general por la evolución de la moda o la aparición de perfeccionamientos técnicos.

Conclusión

11. Habida cuenta de las anteriores razones, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la manera siguiente a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional de remisión:

«Una prohibición legal de la reventa a pérdida que, por ser general, también se refiere a situaciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de una (o de varias) de las exigencias imperativas reconocidas en Derecho comunitario, no es compatible con el artículo 30 del Tratado CEE.»