

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 18. november 1992 *

*Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,*

1. I de foreliggende sager er der i det væsentlige rejst spørgsmål om, hvorvidt nationale bestemmelser om forbud mod videresalg med tab er forenelige med fællesskabsretten. Spørgsmålet er rejst under straffesager, hvorunder der er rejst tiltale mod B. Keck og D. Mithouard, der er forretningsbestyrere i supermarkeder i Mundolsheim og Geispolsheim, for at have videresolgt visse varer med tab. For Tribunal de grande instance de Strasbourg, Syvende Afdeling for Straffesager (herefter benævnt »den forelæggende ret«), har de gjort gældende, at det ved lov fastsatte forbud, der findes i artikel 1 i loi de finances (den franske finanslov) nr. 63-628 af 2. juli 1963, som ændret ved artikel 32 i bekendtgørelse nr. 86-1243 af 1. december 1986¹, er uforeneligt med fællesskabsretten og navnlig med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, om fri konkurrence og om forbud mod forskelsbehandling. Dette har foranlediget den forelæggende ret til i begge sager at forelægge følgende spørgsmål for Domstolen:

»Er det i Frankrig gældende forbud mod videresalg med tab, jf. artikel 32 i bekendtgørelse nr. 86-1243 af 1. december 1986, foreneligt med de principper om fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital, om

fri konkurrence på fællesmarkedet og om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er opstillet i traktaten af 25. marts 1957 om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, nærmere bestemt i traktatens artikel 3 og 7, idet fransk lovgivning vil kunne medføre en fordrejning af konkurrencen

a) da den kun omfatter videresalg med tab og ikke inddrager producenten under forbuddets anvendelsesområde, og denne således frit kan markedsføre den vare, han fremstiller eller — måske kun ubetydeligt — forarbejder eller forædler, til en lavere pris end kostprisen

b) da den indebærer forskellige konkurrencevilkår, navnlig i grænseområder, mellem de enkelte erhvervsdrivende som følge af deres nationalitet og deres etableringssted?»

2. Jeg vil først se nærmere på de relevante bestemmelser i traktaten, som skal sammenholdes med den omtvistede franske lovgivning. Jeg er enig med Kommissionen i, at traktatens bestemmelser og principper om arbejdskraftens frie bevægelighed, om etableringsfrihed og om fri udveksling af tjenesteydelser ikke finder anvendelse i de foreliggende sager. Sammenhængen mellem de nævnte regler og de faktiske omstændigheder i sagerne er for indirekte og hypotetisk: Der er tale om to supermarkeder, der ligger i Frankrig (ganske vist tæt ved den tyske

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — For så vidt angår bestemmelsens ordlyd skal jeg henvisne til retsmøderapporten.

grænse), og der er hverken i sagen eller i bemærkningerne fra de tiltalte i hovedsagerne oplyst nogen omstændigheder, der reelt indebærer, at de nævnte bestemmelser må finde anvendelse.

Også med hensyn til bestemmelsen i traktatens artikel 7, som den forelæggende ret udtrykkeligt har omtalt, kan jeg fatte mig i korthed: Efter bestemmelsen er det kun forskelsbehandling på grundlag af de erhvervsdrivendes nationalitet, der er forbudt². Da der i den omtvistede franske lovgivning ikke sondres direkte eller indirekte på grundlag af nationaliteten for de virksomheder, som den omfatter, eller det sted, hvor de er beliggende, finder artikel 7 ikke anvendelse. Det må tilføjes, at Domstolen gentagne gange har fastslået, at der ikke er tale om tilsidesættelse af artikel 7, blot fordi andre medlemsstater anvender mindre strenge bestemmelser, og konkurrenceevnen hos de erhvervsdrivende, der er etableret på den pågældende medlemsstats område, herved påvirkes i forhold til erhvervsdrivende, der er etableret i andre medlemsstater³.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt de fællesskabsretlige konkurrenceregler finder anvendelse, og navnlig traktatens artikel 3, litra f), artikel 85 og 86, skal jeg også blot henvise til Domstolens faste praksis, hvorefter de nævnte bestemmelser udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke omfatter ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, der udgår fra medlemssta-

terne⁴. Domstolen har ganske vist tilføjet, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler, og Domstolen har her særligt haft det tilfælde for øje, hvor en medlemsstat ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger eller berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger inden for området⁵. Dette er imidlertid ikke tilfældet i de foreliggende sager.

Det eneste fællesskabsretlige aspekt, ud fra hvilket den omtvistede franske lovgivning skal vurderes, synes herefter at være princippet om de frie varebevægelser: Der er nemlig tale om nationale bestemmelser om salg af *varer*. Selv om den forelæggende ret ikke udtrykkeligt har omtalt traktatens artikel 30, fremgår det af de forelagte spørgsmål, at Domstolen skal tage denne bestemmelse i betragtning, således at den forelæggende ret kan vurdere, om den franske lovgivning er forenelig med fællesskabsretten.

3. Det første spørgsmål, der herefter opstår, er, om et ved lov fastsat forbud mod videre salg med tab må antages at være en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold

2 — Jf. dom af 30.11.1978, sag 31/78, Bussone, Sml. s. 2429, præmis 38, 39 og 40, og dom af 14.7.1981, sag 155/80, Oebel, Sml. s. 1993, præmis 7.

3 — Se allerede dom af 3.6.1979, forenede sager 185/78-204/78, Van Dam, Sml. s. 2345, præmis 10, Oebel-dommen, præmis 9 og 10, og dom af 25.1.1983, sag 126/82, Smit, Sml. s. 73, præmis 27.

4 — At videre salg med tab under visse helt konkrete omstændigheder kan betegnes som misbrug af dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 86, fremgår af Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, Akzo mod Kommissionen, Sml. I, s. 3454, hvor Domstolen i præmis 69-72 opstillede de kriterier, der i så fald skal lægges til grund.

5 — Se dom af 1.10.1987, sag 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisinbureau's, Sml. s. 3801, præmis 23 og 24, dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, og dom af 28.2.1991, sag C-332/89, Marchandise, Sml. I, s. 1027, præmis 22.

til traktatens artikel 30. Den franske regering er af den opfattelse, at dette ikke er tilfældet, idet den franske forbudsbestemmelse finder anvendelse uden forskel på indenlandsk fremstillede og indførte varer. Endvidere fratrager en sådan bestemmelse ikke den konkurrencefordel, som en udenlandsk vare med en lavere kostpris kan have i forhold til en indenlandsk fremstillet vare, og bestemmelsen fastsætter ingen maksimumspris, som bevirker, at en indført vare ikke kan markedsføres i Frankrig (en vare, hvis pris allerede på grund af transport- og emballageomkostningerne bliver højere). Ifølge den franske regering bekræftes dette synspunkt af van Tiggele-dommen fra 1978, hvor Domstolen udtalte:

»en national bestemmelse, som uden forskel forbyder detailsalg af indenlandske og importerede varer til lavere priser end den af detailhandleren betalte indkøbspris, [kan] ikke have skadelige virkninger alene for afsætningen af indførte produkter, og den kan derfor ikke udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion«⁶.

4. Jeg kan ikke tilslutte mig dette ræsonnement. Efter min opfattelse kan det ikke udelukkes, at et ved lov fastsat forbud mod videresalg med tab »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt« kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet, jf. Dassonville-dommen. Dette bliver særlig klart, såfremt man tager hensyn til, at videresalg med tab er en *salgsfremmende metode*, og at Domstolen

siden Oosthoek-dommen — sagen drejede sig om en national bestemmelse, hvorefter der ikke måtte gives varer som tilgift i forbindelse med et salg — har udviklet følgende faste praksis:

»En lovgivning, som begrænser eller forbyder visse former for reklame og visse salgsfremmende metoder, kan, selv om den ikke direkte påvirker indførslerne, begrænse disses omfang, fordi den påvirker mulighederne for afsætning af de indførte varer. Det kan ikke udelukkes, at den omstændighed, at den pågældende erhvervsdrivende er tvunget til enten at anvende forskellige reklamesystemer eller salgsfremmende metoder, alt efter hvilket medlemsstat det drejer sig om, eller opgive et system, som han anser for særlig effektivt, kan udgøre en hindring for importen, selv om en sådan lovgivning gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer«⁷.

Dommen i van Tiggele-sagen kan bestemt ikke påberåbes til støtte for, at denne retspraksis ikke finder anvendelse, idet van Tiggele-dommen blev afsagt inden Cassis de Dijon- og Oosthoek-dommene, hvilket indebærer, at den ikke eller kun i begrænset omfang har værdi som præjudikat⁸.

7 — Dom af 15.12.1982, sag 286/81, Oosthoek, Sml. s. 4575, præmis 15; af nyere domme kan bl.a. nævnes dom af 16.5.1989, sag 382/87, Buët, Sml. s. 1235, præmis 7 og 8, af 7.3.1990, sag C-362/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 667, præmis 7, af 21.3.1991, sag C-369/88, Delattre, Sml. I, s. 1487, præmis 50, af 30.4.1991, sag C-239/90, Boscher, Sml. I, s. 2023, præmis 14, og af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonosa, Sml. I, s. 4151, præmis 10.

8 — I van Tiggele-sagen var problemstilling i øvrigt en anden: Spørgsmålet var, om en *administrativ fastsat* mindsteprisordning var forenelig med artikel 30.

6 — Dom af 24.1.1978, sag 82/77, Sml. s. 25, præmis 16.

5. For at en national lovgivning kan være omfattet af artikel 30, således som Domstolen har fortolket denne bestemmelse i sin praksis, kræves det utvivlsomt, at lovgivningen har en vis forbindelse med samhandelen inden for Fællesskabet. Efter min opfattelse kan dette ikke helt udelukkes i de konkrete sager. Den omtvistede lovgivning indeholder ganske vist ikke et forbud mod videresalg med tab i producentleddet. Dette betyder, at såfremt en producent fra en anden medlemsstat vil lancere en vare på det franske marked, kan han fortsat sælge med tab i Frankrig og i øvrigt også til en forhandler, som herefter kan videresælge produktet i Frankrig til en stærkt reduceret pris (men dog en pris, der er højere end hans egen kostpris). Selv et på den måde begrænset forbud mod videresalg med tab kan imidlertid også begrænse samhandelen inden for Fællesskabet, nemlig såfremt forhandleren uden støtte fra den udenlandske producent (i form af en meget lav eller måske en tabsgivende pris) selv vil iværksætte en kampagne for — med tab — at lancere varen på det franske marked. En lignende (potentielt) begrænsning kan tænkes, såfremt en importør af en vare, der har oprindelse i en anden medlemsstat, i Frankrig skal konkurrere med en fransk producent, som kan sælge sin vare med tab, hvilket importøren/forhandleren ikke må.

for Fællesskabet »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt«⁹.

6. Når det således må antages, at de omtvistede bestemmelser i princippet er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 30, må det undersøges, om de hindringer (faktiske eller potentielle) for samhandelen inden for Fællesskabet, som de medfører, alligevel må accepteres i medfør af det kriterium, der er opstillet i »Cassis de Dijon«-dommen. Videresalg med tab er ikke reguleret på fællesskabsplan, og reglerne herom er forskellige fra medlemsstat til medlemsstat. Endvidere finder de franske bestemmelser anvendelse uden forskel på indenlandsk fremstillede og indførte produkter.

Ifølge det kriterium, der er opstillet i »Cassis de Dijon«-dommen, må hindringer for den frie samhandel inden for Fællesskabet kun accepteres i det omfang den pågældende nationale lovgivning er nødvendig for at varetage tvingende hensyn, som fællesskabsretten anerkender, og i det omfang den er nødvendig for at nå og står i et rimeligt forhold til det tilsigtede mål¹⁰. Det tilkommer i første række den nationale domstol (og ved Domstolen den pågældende medlemsstats regering) at definere de mål, der søges nået med den pågældende nationale lovgivning,

Det fremgår af de nævnte eksempler, at selv om den omtvistede franske forbudsbestemmelse ikke gælder i producentleddet, må den alligevel antages at hindre samhandelen inden

9 — I Domstolens praksis er der ganske vist en tendens til, at nationale bestemmelser, hvis anvendelsesområde kun omfatter salg af produkter i *detaillédet*, antages at være foranstaltninger med tilsvarende virkning som omhandlet i EØF-traktatens artikel 30. Til belysning heraf skal jeg bl.a. henvise til Oebel-dommen (bestemmelser om, hvornår der må udbringes brød til forbrugere og detailhandlere), dom af 31.3.1982, sag 75/81, Blesgen, Sml. s. 1211 (ved lov fastsat forbud mod at sælge alkoholholdige drikkevarer med en vis alkoholstyrke til »nydelse på stedet«), og dom af 11.7.1990, sag C-23/89, Quietlynn og Richards, Sml. I, s. 3059 (forbud mod salg af lovligt pornografiske artikler fra uautoriserede pornoforretninger). I de foreliggende sager finder de nationale bestemmelser imidlertid også anvendelse ved videresalg, dvs. i import- og engros leddet.

10 — Der er her tale om en praksis, der har været fast siden dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe, Sml. s. 649, præmis 8.

og at afgøre, om de pågældende mål, henset til Domstolens praksis, er begrundet ud fra fællesskabsretten. I tvivlstilfælde kan Domstolen give den nationale ret yderligere oplysninger på det punkt.

7. For så vidt angår det formål, der forfølges med den omtvistede nationale lovgivning, har den forelæggende ret i begge sager fremhævet, at »forbuddet mod videresalg med tab i henhold til fransk ret ved en første bedømmelse kan forekomme fuldt begrundet i en dobbelt målsætning om forbrugerbeskyttelse samt om tilvejebringelse af en sund og loyal konkurrence«. I det indlæg, den franske regering har indgivet til Domstolen, har den nærmere uddybet dette punkt. Den har frem for alt knyttet forbuddet mod videresalg med tab til hensynet til god handelsskik og kun indirekte, nemlig via opretholdelsen af en sund konkurrence, til hensynet til forbrugerbeskyttelse¹¹. Ifølge den franske regering er sigtet med den pågældende lovgivning at bekæmpe illoyal konkurrence. Efter regeringens opfattelse kan videresalg med tab således føre til, at en handlende erobrer et marked og på kunstig måde erhverver kunder, og, når dette er sket, sælger de pågældende varer til deres normale pris eller måske endda til en højere pris. Den franske regering har tilføjet, at en sådan praksis også er i strid med forbrugernes interesser, idet det tab, den handlende har på visse varer, nødvendigvis må udlignes af større avancer, der lægges på andre varer.

8. Det følger af det anførte, at den omhandlede nationale lovgivning er baseret på to af

de tvingende hensyn, som Domstolen har anerkendt i sin praksis, nemlig hensynet til god handelsskik samt forbrugerbeskyttelse¹². Spørgsmålet er herefter, om den pågældende nationale lovgivning er nødvendig for at nå det formål, der forfølges, og om, henset til de hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, som den medfører, der ikke findes andre muligheder, der i mindre grad hindrer samhandelen.

For så vidt angår hensynet til god handelsskik, har den franske regering navnlig hæftet sig ved den situation, hvor en handlende, eventuelt efter aftale med en anden handlende, forsøger at sætte en konkurrent ud af spillet ved at videresælge varer med tab. I retsmødet sondrede den franske regerings advokat mellem videresalg med tab i teknisk forstand og andre salgsfremmende foranstaltninger eller fremgangsmåder, der har været sagsgenstand i andre sager ved Domstolen, som f.eks. tilgift (Oosthoek-sagen), dørsalg (Buet-sagen), angivelse af tilbuddets varighed og den tidligere pris i forbindelse med et særtilbud (GB-Inno-BM-sagen) og salg pr. postordre (Delattre-sagen). For så vidt som en national lovgivning om forbud mod videresalg med tab omhandler sådanne former for praksis, er den efter min opfattelse rimelig og nødvendig for at nå det forfulgte mål, dvs. hensynet til god handelsskik. Endvidere kan lovgivningen være af en sådan art, at den forhindrer, at konkurrencen forvrides, et

11 — Se punkt 8 i den franske regerings indlæg, som omhandler spørgsmålet om, hvorvidt forbuddet er foreneligt med traktatens konkurrenceregler.

12 — Disse hensyn har Domstolen allerede omtalt i »Cassis de Dijon«-dommens præmis 8.

formål, der også er i overensstemmelse med traktaten. Med hensyn til de to formål er det imidlertid nødvendigt, at den pågældende lovgivning forfølger de pågældende mål på en måde, der er tilstrækkelig præcis.

For så vidt angår det andet formål, der er omtalt ovenfor, dvs. hensynet til forbrugerbeskyttelse, kan jeg også forestille mig, at når en medlemsstat vedtager en bestemmelse om forbud mod videresalg med tab vil den forhindre visse muligheder for at anvende »lokkevarer tilbud«, dvs. tilbud, hvorved kunderne lokkes ind i forretningen på grund af varer, der sælges med tab, eller som kun er pålagt en ganske beskedne avance, således at kunderne, når først de er kommet ind i forretningen, også køber andre varer, der sælges til en højere pris, hvilket udligner det tab, den handlende har på lokkevareren. I en sådan situation kan en bestemmelse om forbud mod videresalg med tab ligeledes være rimelig og nødvendig, men i så fald i detailleret, for at nå et mål, der er lovligt i henhold til fællesskabsretten. I et sådant tilfælde skal forbuddet imidlertid være tilstrækkelig præcis, således at det kun rammer sådanne former for praksis.

9. Det kan således ikke udelukkes, at en bestemmelse om forbud mod videresalg med tab, der er formuleret på en måde, der er *tilstrækkelig præcis*, kan være nødvendig for at nå de mål, der er lovlige efter fællesskabsretten, dvs. hensynet til god handelsskik og, i samme forbindelse, hensynet til at opretholde en konkurrence, der ikke er fordrejet, og/eller hensynet til forbrugerbeskyttelse.

Problemet omkring en forbudsbestemmelse, der, som den der findes i den omtvistede

ationale lovgivning, er formuleret *generelt*, ligger imidlertid i, at selv om den ikke finder anvendelse i producentledet, er en anvendelse af den salgsfremmende metode, der efter bestemmelsen ikke må benyttes, også udelukket i situationer, der ikke kan betegnes som illoyale eller som værende til skade for konkurrencen eller for hensynet til forbrugerbeskyttelse. Efter min opfattelse kan man udmærket forestille sig sådanne situationer. Som også anført af Kommissionen tænker jeg her på det tilfælde, hvor der sælges med tab med henblik på at lancere en ny vare eller trænge ind på et nyt marked, men man kan også forestille sig andre situationer. Lad mig her blot nævne den, hvor varer sælges med tab med henblik på at afvikle en for stor lagerbeholdning¹³. Et forbud mod videresalg med tab, der er formuleret så generelt, at det også omfatter sådanne situationer, går for mig at se ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, der er lovlige i henhold til fællesskabsretten.

10. Sammenfattende er jeg herefter af den opfattelse, at et generelt forbud mod videresalg med tab ikke er i overensstemmelse med kriteriet om, at det skal være nødvendigt, ligesom der findes andre muligheder, der medfører færre hindringer, nemlig en nærmere præcisering af forbuddet, således at det vil være i bedre overensstemmelse med de ovenfor nævnte tvingende hensyn, der er lovlige i henhold til fællesskabsretten.

13 — Det er ikke sikkert, at en sådan situation fuldt ud falder ind under de undtagelser, der er fastsat i den franske forbudsbestemmelse, navnlig artikel 1, stk. 2, i lov af 2.7.1963, som f.eks. salg af letfordærlige varer, salg i forbindelse med ophør eller ændring af handelsvirksomhed, salg af sæson- eller modeprægede varer og af produkter, der teknisk er blevet forældet.

Forslag til afgørelse

11. På baggrund af ovennævnte bemærkninger skal jeg foreslå, at det spørgsmål, den nationale ret har forelagt, besvares som følger:

Et ved lov fastsat forbud mod videresalg med tab, der er så generelt, at det også omfatter situationer, der ikke falder ind under anvendelsesområdet for et (eller flere) af de tvingende hensyn, der er anerkendt i fællesskabsretten, er ikke foreneligt med EØF-traktatens artikel 30.