

IER 2018/19

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

19 oktober 2017

(J. L. da Cruz Vilaça, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Berger en F. Biltgen ; advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe)
m.nt. B.B. Duivenvoorde¹

Europamur Alimentación

Prejudiciële verwijzing – Bescherming van de consument – Richtlijn 2005/29/EG – Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten – Toepassingsgebied van deze richtlijn – Groothandelonderneming die verkoopt aan de detailhandel – Bevoegdheid van het Hof – Nationale wetgeving die op algemene wijze verkoop met verlies verbiedt – Uitzonderingen op basis van niet in die richtlijn opgenomen criteria

nr. C-295/16

RvdW 2018/65

ECLI:EU:C:2017:782

ECLI:EU:C:2017:506

In zaak C-295/16, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Murcia (bestuursrechter, provinciale rechtbank nr. 4 Murcia, Spanje) bij beslissing van 27 april 2016, ingekomen bij het Hof op 25 mei 2016, in de procedure

Europamur Alimentación, S.A.

tegen

Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia,

Volledige harmonisatie Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Spaans nationaal verbod op verkoop met verlies aan consumenten en detailhandelaren in strijd met de Richtlijn, ook voor zover het verbod ziet op verkoop met verlies aan detailhandelaren.

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresident, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Berger en F. Biltgen (rapporteur), rechters, advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe, griffier: I. Illéssy, administrateur, gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 april 2017, gelet op de opmerkingen van:

– Europamur Alimentación, S.A., vertegenwoordigd door F. Bueno Sánchez, procurador, en A. García Medina, abogado,

– de Spaanse regering, vertegenwoordigd door A. Gavela Llopis als gemachtigde,
– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door S. Pardo Quintillán en G. Goddin als gemachtigden, gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 juni 2017, het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB 2005, L 149, blz. 22).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Europamur Alimentación, S.A. (hierna: „Europamur”) en de Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (algemene directie handel en consumentenbescherming van de autonome regio Murcia, Spanje), voorheen bekend als de Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (algemene directie consumptie, handel en nijverheid van de autonome regio Murcia; hierna: „regionale overheid”), over de rechtmatigheid van de administratieve sanctie die aan Europamur is opgelegd omdat deze onderneming inbreuk heeft gemaakt op het in de Spaanse wetgeving betreffende de detailhandel neergelegde verbod op verkoop met verlies.

Toepasselijke bepalingen**Unierecht**

3 De overwegingen 6, 8 en 17 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken luiden als volgt:

„(6) [...] [D]e wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden, [wordt] bij deze richtlijn geharmoniseerd. [...] Deze richtlijn is niet van toepassing of van invloed op de nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die alleen de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren; met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel behouden de lidstaten de mogelijkheid dergelijke praktijken aan banden te leggen, overeenkomstig de communautaire wetgeving, indien zij zulks wensen. [...]

[...]

¹ Bram Duivenvoorde is als advocaat verbonden aan Hoogenraad & Haak advertising + IP advocaten te Amsterdam en is *external fellow* aan de Universiteit van Amsterdam.

(8) Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. [...]

[...]

(17) Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijk zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9. De lijst mag alleen worden aangepast door herziening van deze richtlijn."

4 Artikel 1 van deze richtlijn luidt:

„Het doel van deze richtlijn is om bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden, te harmoniseren."

5 Artikel 2 van de richtlijn bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) consument: een natuurlijke persoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;
- b) handelaar: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt;

[...]

- d) handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten [...]: iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten;

[...]"

6 Artikel 3, lid 1, van de richtlijn is in de volgende bewoordingen gesteld:

„Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product."

7 Artikel 4 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken luidt:

„De lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer

van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied."

8 Artikel 5 van deze richtlijn draagt het opschrift „Verbod op oneerlijke handelspraktijken" en bepaalt:

„1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

2. Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

[...]

4. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7, of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

5. Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn."

Spaans recht

Wetgeving betreffende de detailhandel

9 De toelichting bij Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (wet 7/1996 houdende regels voor de detailhandel) van 15 januari 1996 (BOE nr. 15 van 17 januari 1996, blz. 1243), in de op de feiten van het hoofdeding toepasselijke versie (hierna: „LOCM"), vermeldt het volgende:

„Deze wet [heeft onder andere tot doel om] bij te dragen aan het herstel van het evenwicht tussen grote en kleine winkelbedrijven en, met name, de vrije en eerlijke concurrentie te handhaven. Het spreekt voor zich dat de meest directe en tastbare gevolgen van vrije en eerlijke concurrentie tot uiting komen in steeds betere prijzen, kwaliteit en andere voorwaarden met betrekking tot het aanbod en de dienstverlening aan het publiek, hetgeen uiteindelijk het meest oplevert voor de consument."

10 Artikel 14 LOCM heeft als opschrift „Verbod op verkoop met verlies" en bepaalt in de leden 1 en 2 het volgende:

„1. Onverminderd het voorgaande artikel [dat het beginsel van prijsvrijheid formuleert] mag behalve in de in de hoofdstukken IV [betreffende uitverkoop] en V [betreffende liquidatie-uitverkoop] van titel II van de onderhavige wet bedoelde gevallen geen verkoop met verlies worden aangeboden of verricht, tenzij de verkoper als doel heeft om dezelfde prijzen te hanteren als een of meer concurrenten die zijn verkoop aanzienlijk kunnen

beïnvloeden, of het beperkt houdbare producten betreft die op het punt van bederven staan.

In elk geval dient het in de wet betreffende oneerlijke mededinging bepaalde in acht te worden genomen.

2. Voor de toepassing van het voorgaande lid wordt onder verkoop met verlies verstaan de situatie waarbij de prijs van een artikel beneden de op de factuur vermelde inkoopprijs ligt na aftrek van het proportionele aandeel van de op de factuur vermelde kortingen, of beneden de vervangingswaarde, indien lager, of beneden de werkelijke productiekosten indien het product is vervaardigd door de ondernemer zelf, vermeerderd met het bedrag van de over de transactie geheven indirecte belastingen.”

11 Krachtens de zesde aanvullende bepaling bij de LOCM, welke in 1999 in deze wet is ingevoegd, is dit verbod op verkoop met verlies eveneens van toepassing „op organisaties die zich bezighouden met groothandel, ongeacht hun rechtsvorm”.

12 Aan de LOCM is in de autonome regio Murcia uitvoering gegeven middels Ley 11/2006 sobre Régimen del Comercio Minorista de la Región de Murcia (wet 11/2006 op de detailhandel in de autonome regio Murcia) van 22 december 2006 (BORM nr. 2 van 3 januari 2007, blz. 141; hierna: „regionale wet 11/2006”). Artikel 54 ervan bepaalt dat ernstige overtredingen worden bestraft met een boete van 3 001 EUR tot 15 000 EUR. Om vast te stellen of sprake is van een „ernstige overtreding” verwijst deze wet naar de LOCM, waarvan artikel 65, lid 1, onder c), verkoop met verlies aanmerkt als een ernstige overtreding. De criteria ter bepaling van de hoogte van de boete zijn opgenomen in artikel 55 van regionale wet 11/2006 en omvatten onder meer „de omstandigheid dat consumenten ernstig in hun belangen zijn geschaad”.

Wetgeving betreffende oneerlijke mededinging

13 De preambule van Ley 3/1991 de Competencia Desleal (wet 3/1991 betreffende oneerlijke mededinging) van 10 januari 1991 (BOE nr. 10 van 11 januari 1991, blz. 959; hierna: „LCD”) bepaalt het volgende:

„[De onderhavige] wet [voorziet] in de noodzaak om de concurrentievoorschriften in overeenstemming te brengen met de waarden die zich in ons economisch bestel hebben gevormd. Volgens de Spaanse grondwet van 1978 berust ons economische systeem op het beginsel van vrijheid van ondernemerschap en daarmee, op institutioneel niveau, op het beginsel van vrije concurrentie. Dit heeft tot gevolg dat de gewone wetgever dient te voorzien in specifieke middelen om te voorkomen dat het genoemde beginsel in het gedrang komt door oneerlijke praktijken die de vrije marktwerking zouden kunnen verstoren.

Deze constitutionele eis wordt aangevuld en versterkt door die welke voortvloeit uit het in artikel 51 van de grondwet neergelegde beginsel dat de consument, die

klassiek als zwakkere partij in de marktverhouding staat, moet worden beschermd.

Dit nieuwe aspect van het probleem, dat traditioneel in het algemeen geen rol heeft gespeeld in het Spaanse recht met betrekking tot oneerlijke concurrentie, is een extra en uiterst belangrijke stimulans geweest voor het ontstaan van nieuwe wetgeving.”

14 Artikel 17 LCD draagt het opschrift „Verkoop met verlies” en luidt:

- „1. Tenzij in de wet- of regelgeving anders wordt gesteld, is er sprake van vrije prijsvorming.
2. Niettemin wordt verkoop beneden de kostprijs of beneden de inkoopprijs aangemerkt als oneerlijk in volgende gevallen:
 - a) wanneer consumenten mogelijkerwijs worden misleid over de prijzen van andere producten of diensten van dezelfde organisatie;
 - b) wanneer daardoor het imago van een ander product of een andere organisatie wordt geschaad;
 - c) wanneer dit deel uitmaakt van een strategie om een concurrent of groep concurrenten uit de markt te stoten.”

Wet 29/2009

15 De richtlijn oneerlijke handelspraktijken is omgezet in Spaans recht bij Ley 29/2009 por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (wet 29/2009 tot wijziging van de wettelijke regeling inzake oneerlijke concurrentie en reclame voor een betere bescherming van consumenten en gebruikers) van 30 december 2009 (BOE nr. 315 van 31 december 2009, blz. 112039; hierna: „wet 29/2009”).

16 Bij wet 29/2009 zijn onder meer de LOCM en de LCD gewijzigd, maar de bepalingen van de LOCM en de LCD die in de punten 9 tot en met 12 respectievelijk de punten 13 en 14 van het onderhavige arrest zijn genoemd, zijn ongewijzigd gebleven.

17 Bij wet 29/2009 is aan artikel 18 LOCM een lid 3 toegevoegd, ingevolge hetwelk verkoopbevordering „wordt aangemerkt als oneerlijk wanneer is voldaan aan de voorwaarden die worden gesteld in artikel 5 [LCD]”.

18 Bij wet 29/2009 is artikel 4 LCD aldus gewijzigd dat hierin thans zijn opgenomen de in artikel 5 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken gedefinieerde criteria om een handelspraktijk aan te merken als „oneerlijk”, en zijn voorts artikel 5 LCD en artikel 7 LCD aldus gewijzigd dat de bewoordingen ervan thans overeenkomen met, respectievelijk, artikel 6 en artikel 7 van die richtlijn.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

19 Europamur is een groothandel die food en non-food producten verkoopt aan supermarkten en buurtwinkels die direct concurreren met grote supermarktketens. Europamur kan als lid van een inkooporganisatie aan haar klan-

ten uit het kleinwinkelbedrijf producten aanbieden tegen scherpe prijzen waarmee deze kunnen concurreren met die ketens.

20 Bij besluit van 23 februari 2015 heeft de regionale overheid Europamur een boete opgelegd van 3 001 EUR wegens schending van het in artikel 14 LOCM neergelegde verbod, omdat zij bepaalde door haar verhandelde artikelen met verlies had verkocht.

21 De regionale overheid heeft haar besluit gemotiveerd met verschillende overwegingen inzake onder andere de bescherming van consumenten. Deze overheid was om te beginnen van mening dat kortingen „geen nadelige invloed mogen hebben op de correcte totstandkoming van contractuele toestemming en daarmee consumenten en gebruikers schaden ten aanzien van het werkelijke prijsniveau dat door een bepaalde ondernemer of organisatie wordt gehanteerd”. Voorts heeft zij stilgestaan bij „de sociale impact van de inbreuk, die alle handelaars en consumenten in de autonome regio Murcia treft [...] aangezien met de overtreding meerdere economische doelstellingen worden nagestreefd, waaronder het doen van aanbiedingen met artikelen als die welke aan de orde zijn, die dienen als lokaas en als doel hebben de consument ertoe aan te zetten producten of diensten van de desbetreffende onderneming te kopen, alsmede heimelijk beogen de concurrentie te ontmoedigen of uit te schakelen”. Ten slotte heeft de regionale overheid bij de bepaling van de hoogte van de sanctie het criterium dat „consumenten ernstig in hun belangen zijn geschaad” als bedoeld in artikel 55 van regionale wet 11/2006 als maatstaf genomen. Zij heeft evenwel niet aangegeven in welke mate de gedragingen van Europamur de belangen van de consumenten in concreto hadden geschaad, aangezien, volgens de heersende uitlegging van artikel 14 LOCM, de enkele verkoop met verlies op zich kan leiden tot schade voor consumenten en klanten.

22 Europamur heeft tegen dit besluit beroep ingesteld en heeft hierbij onder andere aangevoerd dat het voor het kleinwinkelbedrijf noodzakelijk is om de prijzen op één lijn te krijgen met die van de concurrentie, dat de uit artikel 17 LCD voortvloeiende bewijsregeling jegens haar in acht had moeten worden genomen en dat de gedraging waarvoor een sanctie is opgelegd, geen schade voor de consument had opgeleverd. Tevens heeft zij betoogd dat de opgelegde boete strijdig is met het Unierecht, aangezien de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het nationale recht niet juist is omgezet bij wet 29/2009, voor zover deze de formulering van artikel 14 LOCM ongewijzigd heeft gelaten.

23 De regionale overheid heeft onder meer betoogd dat de sanctieregeling van de LOCM, die met name gericht is op de bescherming van de belangen van de consument, losstaat van de LCD, welke wet de verhoudingen tussen marktdeelnemers onderling regelt, zodat het in artikel 14 LOCM neergelegde verbod van toepassing is zonder dat er sprake hoeft te zijn van de omstandigheden als bedoeld in artikel 17 LCD, alsmede dat de nationale regeling niet strijdig is met het Unierecht.

24 In deze omstandigheden heeft de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Murcia (bestuursrech-

ter, provinciale rechtbank nr. 4 Murcia, Spanje) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale bepaling als artikel 14 LOCM, die strenger is dan die richtlijn aangezien verkoop met verlies in die bepaling zonder meer wordt verboden, ook voor groot-handelaren, op de grond dat een dergelijke handelwijze een bestuurlijke overtreding oplevert, waarvoor dus een sanctie wordt opgelegd, ermee rekening houdende dat de Spaanse wet niet alleen strekt tot regeling van de markt, maar ook tot bescherming van de belangen van de consument?

2) Moet de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen artikel 14 LOCM ook al kan er op grond van die nationale bepaling een uitzondering worden gemaakt op het algemene verbod en met verlies worden verkocht wanneer (i) de overtreder aantoonbaar dat met verlies wordt verkocht om dezelfde prijzen te hanteren als een of meer concurrenten die zijn verkoop aanzienlijk kunnen beïnvloeden, of (ii) het beperkt houdbare producten betreft die op het punt van bederven staan?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

25 Met zijn twee vragen, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding, die een algemeen verbod behelst om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen en voorziet in gronden voor afwijking van dit verbod die zijn gebaseerd op criteria die niet in deze richtlijn zijn opgenomen.

Bevoegdheid

26 De Spaanse regering en de Europese Commissie betwijfelen of het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is en voeren aan dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt. Gesteld wordt dat deze richtlijn blijkens de artikelen 2 en 3 ervan immers slechts van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, en dus niet op oneerlijke handelspraktijken tussen zakelijke partijen. In het onderhavige geval staat het volgens de Spaanse regering en de Commissie vast dat de verkoop met verlies plaatsvond tussen zakelijke partijen.

27 Met dit betoog wordt in wezen ter discussie gesteld of het Hof bevoegd is om de door de verwijzende rechter voorgelegde vragen te beantwoorden.

28 Dienaangaande moet erop worden gewezen dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zoals de advocaat-generaal in punt 42 van zijn conclusie heeft opgemerkt, weliswaar slechts van toepassing is op handelspraktijken die

de economische belangen van consumenten rechtstreeks schaden, en dus niet op transacties tussen zakelijke partijen, maar dat niet op grond daarvan tot de slotsom kan worden gekomen dat het Hof niet bevoegd is om de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden.

29 Het Hof heeft zich immers herhaaldelijk bevoegd verklaard om uitspraak te doen op verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende Unierechtelijke bepalingen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het Unierecht vielen, maar de bepalingen van dat recht van toepassing waren op grond van de nationale wettelijke regeling, waarin ten aanzien van niet onder het Unierecht vallende situaties was gekozen voor dezelfde aanpak als in dat recht (zie in die zin arresten van 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punt 45, en 15 november 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, punt 53). In dergelijke situaties heeft de Europese Unie er stellig belang bij dat, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de uit het Unierecht overgenomen bepalingen op uniforme wijze worden uitgelegd (arrest van 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de bepalingen van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op grond van het nationale recht van toepassing zijn op niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallende situaties, zoals die in het hoofdgeding.

31 Zoals de advocaat-generaal in de punten 46 tot en met 51 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet artikel 14 LOCM, dat verkoop met verlies in de detailhandel verbiedt, immers worden geacht te strekken tot omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Aangezien het verbod van artikel 14 LOCM krachtens de zesde aanvullende bepaling bij de LOCM tot groothandelaren wordt uitgebreid en het zowel voor de verkoop tussen groothandelaren en detailhandelaren als voor de verkoop tussen detailhandelaren en consumenten geldt, zijn de gevolgen van de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken voorts dezelfde in beide verkoopsituaties. Uit de verwijzingsbeslissing volgt overigens dat de aan Europamur opgelegde boete is gebaseerd op artikel 14 LOCM, op welke bepaling de prejudiciële vragen juist betrekking hebben.

32 De Unie heeft er dus stellig belang bij dat, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de uit het Unierecht overgenomen bepalingen uniform worden uitgelegd.

33 Gelet op het voorgaande is het Hof bevoegd om de voorgelegde vragen te beantwoorden.

Ten gronde

34 Ter beantwoording van de vragen, zoals zij in punt 25 van het onderhavige arrest zijn geherformuleerd, dient om te beginnen in herinnering te worden geroepen dat het Hof heeft geoordeeld dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale bepaling die een algemeen verbod behelst om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen, zonder dat op basis van de feitelijke omstandig-

heden van elk geval hoeft te worden bepaald of de betrokken handelstransactie „oneerlijk” is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van die richtlijn en zonder dat de bevoegde rechter daarbij een beoordelingsmarge heeft, mits deze bepaling de bescherming van de consument beoogt (zie in die zin beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium, C-343/12, EU:C:2013:154, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Wat in de eerste plaats het doel betreft dat met de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling wordt beoogd, volgt uit de toelichting bij de LOCM dat deze bepaling de consument beoogt te beschermen. Verder is het volgens de verwijzende rechter zo dat er van dit beoogde doel ook sprake is in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin groothandelondernemingen verkopen aan de detailhandel, aangezien dergelijke verkooptransacties gevolgen hebben voor de consument. Aangegeven wordt dat de consument bij zijn aankopen bij kleine winkelbedrijven met name voordeel put uit het feit dat gezamenlijk wordt ingekocht via de groothandel. Zonder dat zou de detailhandelaar niet zijn opgewassen tegen de grotere inkoopcapaciteit van grote ketens en warenhuizen.

36 Het voorgaande vindt steun in het door de regionale overheid vastgestelde sanctiebesluit. Zoals blijkt uit punt 21 van het onderhavige arrest, heeft de regionale overheid dat besluit en de hoogte van de boete immers gemotiveerd met op de bescherming van consumenten gebaseerde overwegingen.

37 Overigens verzoekt de verwijzende rechter juist in het licht van het genoemde doel van artikel 14 LOCM om uitlegging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken door het Hof.

38 Wat in de tweede plaats de vraag betreft of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verbod op verkoop met verlies een algemeen verbod in de zin van de rechtspraak is dan wel of de uitzonderingen op het verbod het mogelijk maken dat de nationale rechter op basis van de feitelijke omstandigheden van elk geval bepaalt of de betreffende verkoop met verlies „oneerlijk” is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, moet eraan worden herinnerd dat artikel 5 van deze richtlijn de criteria vaststelt aan de hand waarvan kan worden bepaald onder welke omstandigheden een handelspraktijk als oneerlijk, en dus verboden, moet worden beschouwd (beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium, C-343/12, EU:C:2013:154, punt 25).

39 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken een volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten tot stand brengt en dat de lidstaten, zoals artikel 4 van deze richtlijn uitdrukkelijk bepaalt, dus geen strengere maatregelen kunnen vaststellen dan die welke in de richtlijn zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen (zie in die zin arrest van 14 januari 2010, Plus Warenhandels-gesellschaft, C-304/08, EU:C:2010:12, punt 41, en beschikking van 30 juni 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, punt 33).

40 In casu staat vast dat ingevolge de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling verkoop met verlies zon-

der meer wordt aangemerkt als een oneerlijke handelspraktijk en dat het niet aan de nationale rechter is om op basis van de feitelijke omstandigheden van elk geval te bepalen of de gedane verkoop oneerlijk is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Tevens staat vast dat de twee uitzonderingen op het verbod op verkoop met verlies als bedoeld in artikel 14 LOCM zijn gebaseerd op criteria die niet in die richtlijn worden genoemd.

41 Blijkens de in punt 39 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak kunnen de lidstaten bij het invoeren van andere criteria dan die in artikel 5 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken evenwel geen strengere maatregelen vaststellen dan die welke in de richtlijn zijn neergelegd.

42 Bovendien is een van de verboden strengere maatregelen, zoals de advocaat-generaal in de punten 62 tot en met 64 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de in artikel 14 LOCM opgenomen omkering van de bewijslast. Daar er van verkoop met verlies geen sprake is bij de in bijlage I bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken genoemde praktijken, moet het opleggen van een boete wegens inbreuk op het verbod op verkoop met verlies immers worden voorafgegaan door een op basis van de feitelijke omstandigheden van elk geval te verrichten toetsing of een dergelijke verkoop „oneerlijk” is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn, en kan de boete-oplegging niet worden gebaseerd op een door de zakelijke partij te weerleggen vermoeden (zie naar analogie arrest van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea, C-261/07 en C-299/07, EU:C:2009:244, punt 65, met betrekking tot het verbod op gezamenlijke aanbiedingen aan consumenten).

43 Op de gestelde vragen moet dan ook worden geantwoord dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale bepaling als in het hoofdgeding, die een algemeen verbod behelst om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen en voorziet in gronden voor afwijking van dit verbod die zijn gebaseerd op criteria die niet in deze richtlijn zijn opgenomen.

Kosten

44 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale bepaling als in het hoofdgeding, die een alge-

meen verbod behelst om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen en voorziet in gronden voor afwijking van dit verbod die zijn gebaseerd op criteria die niet in deze richtlijn zijn opgenomen.

ondertekeningen

Noot

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken voorziet in volledige harmonisatie. Als gevolg van die volledige harmonisatie mogen lidstaten geen verdergaande bescherming bieden op het gebied van oneerlijke handelspraktijken dan wordt toegekend door de Richtlijn zelf. Dit moet zorgen voor een *level playing field* op de Europese markt. Handelaren moeten hun producten in de gehele Europese Unie kunnen aanpakken en aanbieden, zonder aan verschillende nationale regels te hoeven voldoen. Tegelijk houdt de keuze voor volledige harmonisatie een belangrijke beperking in van de wetgevingssoevereiniteit van de lidstaten. Dat maakte de keuze voor volledige harmonisatie (in plaats van de tot dan toe gebruikelijke minimumharmonisatie) in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken controversieel.²

Sinds de inwerkingtreding van de Richtlijn heeft het Europees Hof zich regelmatig uitgelaten over de effecten van volledige harmonisatie, vaak omdat lidstaten hadden nagelaten bestaande nationale wetgeving te schrappen.³ Ook vandaag de dag leidt de kwestie van volledige harmonisatie nog regelmatig tot prejudiciële procedures bij het Europees Hof.

De *Europamur Alimentación*-uitspraak gaat over een Spaans verbod voor bedrijven om producten onder de inkoopprijs te verkopen. Dat verbod geldt niet alleen bij de verkoop aan consumenten, maar ook bij de verkoop door groothandelaren aan detaillisten. Een Spaanse groothandel is op basis van dit verbod beboet: zij verkocht levensmiddelen met verlies aan supermarkten.

Het verbod en de opgelegde sanctie hebben volgens de verwijzende rechter mede tot doel om de consument te beschermen. Dit geldt volgens de verwijzende rechter óók voor de situatie waarin groothandelaren verkopen aan de detailhandel, aangezien dergelijke transacties “gevolgen hebben voor de consument”.⁴ Welke gevolgen dit precies zijn wordt uit de uitspraak niet duidelijk. Het Europees Hof merkt slechts op dat de nationale wet waarin dit verbod is opgenomen bedoeld is om het evenwicht tussen kleine en grote winkelbedrijven te herstellen, om zo de vrije en eerlijke concurrentie te handhaven. Daarvan zou de consument uiteindelijk profiteren.⁵

2 Zie H. Micklitz, ‘Unfair commercial practices and misleading advertising’, in: N. Reich e.a., *European consumer law*, Cambridge: Intersentia 2014, p. 83 en I. Ramsay, *Consumer law and policy*, Oxford: Hart 2012, p. 160 en 162.

3 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 april 2009, gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244, Jur. 2009, p. I-2949 (VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma), HvJ EU 9 november 2010, zaak C-540/09, ECLI:EU:C:2010:660, Jur. 2010, p. I-10909 (Mediaprint) en HvJ EU 17 januari 2013, zaak C-206/11, ECLI:EU:C:2013:14, TvC 2013-5 (Köck), m.nt. Stuyck. Zie ook I. Ramsay, *Consumer law and policy*, Oxford: Hart 2012, p. 160-162.

4 R.o. 35.

5 R.o. 9.

De door de Spaanse rechter aan het Europees Hof voorgelegde vraag is of het nationale verbod in strijd is met de (volledige harmonisatie in) de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Het antwoord van het Europees Hof komt er kort en goed gezegd op neer dat:⁶

- i. het Europees Hof in de *Euronics*-zaak⁷ heeft bepaald dat de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zich verzet tegen een nationaal verbod om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen, mits deze regel beoogt de consument te beschermen;
- ii. de Spaanse nationale regel een algemeen verbod inhoudt om goederen met verlies aan te bieden of te verkopen en mede beoogt om de consument te beschermen;
- iii. de Spaanse regel dus in strijd is met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

Deze redenering is mij te kort door de bocht. Op basis van artikel 4 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken mogen lidstaten binnen het door de Richtlijn geharmoniseerde toepassingsbereik geen verdere beperkingen opleggen aan de vrije handel. Om te bepalen of een nationale maatregel strijdig is met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, moet dus eerst worden nagegaan of die regel valt binnen de reikwijdte van de Richtlijn. Die reikwijdte is beperkt tot handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten.⁸ Daarvoor geldt een brede definitie, maar deze kent wél de beperking dat het moet gaan om een praktijk van een handelaar “die rechtsreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”.⁹ Nationale regels die niet zien op een dergelijke handelspraktijk, kunnen dus niet in strijd zijn met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Wellicht zijn dergelijke regels wel in strijd met een andere Europese richtlijn of verordening, of met het principe van het vrije verkeer van goederen of diensten.

Op basis van de beschikbare informatie lijkt mij dat het Spaanse verbod, voor zover die ziet op de verkoop door groothandelaars aan de detailhandel, niet rechtsreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten. Dergelijke transacties hebben hoogstens een indirect effect op de consument. Het Europees Hof had op zijn minst moeten motiveren waarom een rechtstreeks verband zou bestaan met de verkoopbevordering aan consumenten.

Een slordige uitspraak dus. Jammer, want gezien de vele prejudiciële vragen is juist op het onderwerp van volledige harmonisatie helderheid geboden. Binnenkort krijgt het Europees Hof nieuwe kansen om uitleg te geven.¹⁰

B.B. Duivenvoorde

6 R.o. 34-35.

7 HvJ EU 7 maart 2013, C-343/12, ECLI:EU:C:2013:154 (*Euronics*).

8 Artikel 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

9 Artikel 2 onder d Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

10 Zie bijvoorbeeld de gestelde vragen in zaak C-426/17 (*Elena Baba Giménez/Francisca Carrión Lozano*) over Spaanse regels voor de declaraties van advocaten en zaak C-393/17 (*Kirschstein en Kirschstein*) over Belgische wetgeving die niet-erkende onderwijsinstellingen verbiedt de benaming “master” te gebruiken.

Geneesmiddelenreclamerecht

IER 2018/20

RECLAME CODE COMMISSIE

18 mei 2017

m.nt. S.M. Wertwijn¹

Klager/Gedeon Richter – tismijnkeuze.nl

Voorzittersbeslissing. Uitingen die oproepen om een arts te raadplegen bij symptomen vleesbomen. Verschil tussen informatie en (genees)middelenreclame. Uitingen zijn reclame voor een denkbeeld, geen geneesmiddelenreclame. Herkenbaarheid van de adverteerder als fabrikant van geneesmiddelen niet noodzakelijk, ondanks commercieel belang bij uitingen.

Art. 1 NRC; art. 3 Code Publieksreclame voor Geneesmiddelen (CPG) 2015.; art. 5.7.2 CGR Gedragscode

nr. 2017/00214

Procesverloop

Klager heeft op 8 november 2016 door middel van het online klachtenformulier bezwaar gemaakt tegen een radio-commercial en de website <https://tismijnkeuze.nl>. De klacht is op 10 november 2016 onder nummer 2016/00881 in behandeling genomen.

Namens verweerder, hierna te noemen: Gedeon Richter, heeft mr. drs. H.J. van den Bos, gemachtigde, bij brief van 24 november 2016 verweer gevoerd in dossier 2016/00881, waarna klager heeft gerepliceerd bij e-mail van 14 december 2016 en mr. S. Gardini als gemachtigde namens Gedeon Richter heeft gedupliceerd bij brief van 20 december 2016.

Vervolgens heeft het secretariaat van de Stichting Reclame Code in dossier 2016/00881 informatie gevraagd aan de Keuringsraad KOAG/KAG. De Keuringsraad KOAG/KAG heeft bij brief van 27 december 2016 informatie verstrekt en daarbij onder meer meegedeeld dat de website <https://tismijnkeuze.nl> op dat moment niet toegankelijk was.

Bij e-mail van 6 maart 2017 heeft klager zijn klacht nader toegelicht en deze uitgebreid tot andere uitingen.

De Keuringsraad KOAG/KAG heeft desgevraagd bij brief van 22 maart 2017 opnieuw informatie verstrekt, waarna de toelichting van klager bij e-mail van 6 maart 2017 onder nummer 2017/00214 afzonderlijk in behandeling is genomen.

Namens Gedeon Richter heeft mr. Gardini voornoemd bij e-mail van 12 april 2017 nader verweer gevoerd in dossier 2017/00214, waarna klager heeft meegedeeld af te zien van

1 Mr. S.M. Wertwijn is partner bij de Grave De Mönnink Spliet advocaten te Amsterdam.