CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 29 juni 2017 [1]

Zaak C-295/16

Europamur Alimentación SA
tegen
Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

[verzoek van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia (bestuursrechter nr. 4 Murcia, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Bescherming van de consument – Richtlijn 2005/29/EG – Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten – Groothandelsonderneming 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 richtlijn 2005/29/EG opgenomen criteria"

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia (bestuursrechter nr. 4 Murcia, Spanje) om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op 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"). [2]

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding betreffende de administratieve sanctie die is opgelegd aan een groothandelaar omdat hij inbreuk heeft gemaakt op het verbod op verkoop met verlies waarop de Spaanse wetgeving betreffende de detailhandel slechts voor twee specifieke situaties een uitzondering maakt.

3. Aangezien de handelspraktijk die het voorwerp van dit geding is niet rechtstreeks consumenten betreft, maar een groothandelaar en de detailhandel, en dus niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt, moet meer in het bijzonder worden nagegaan of het Hof zich niettemin over de prejudiciële vragen kan uitspreken.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 2005, L 149, blz. 22.

4. Voor het geval het Hof zich bevoegd verklaart, zoals ik voorsta, lijkt mij het antwoord op de prejudiciële vragen op heldere wijze voort te vloeien uit zijn rechtspraak volgens welke richtlijn 2005/29 zich verzet tegen regelingen van lidstaten die een algemeen verbod behelzen van oneerlijke handelspraktijken als de verkoop met verlies, ook al voorzien zij in uitzonderingen, voor zover die regelingen de door deze richtlijn gedefinieerde verbodsvoorwaarden niet in acht nemen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. De overwegingen 6, 8 en 17 van richtlijn 2005/29 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. [...]

[...]

(8) Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd. [...]

[...]

(17) Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijke 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."

6. Ingevolge artikel 1 ervan heeft deze richtlijn tot doel „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".

7. Voor de toepassing van richtlijn 2005/29 definieert artikel 2, onder d), „handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten" als „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".

8. Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bepaalt dat zij „van toepassing [is] op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product".

9. Onder het kopje „Interne markt" schrijft artikel 4 ervan voor dat „[d]e lidstaten [...] 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".

10. Artikel 5 van richtlijn 2005/29 draagt het opschrift „Verbod op oneerlijke handelspraktijken" en luidt als volgt:

„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 economisch 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."

B. Spaans recht

1. Wetgeving betreffende de detailhandel

11. Volgens de toelichting bij Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (wet 7/1996 houdende regels voor de detailhandel) van 15 januari 1996[3] (hierna: „LOCM") heeft deze wet 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."

3 BOE nr. 15 van 17 januari 1996, blz. 1243.

12. Artikel 14 LOCM („Verbod op verkoop met verlies”) 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.”

13. Dit verbod op verkoop met verlies is krachtens de zesde aanvullende bepaling bij de LOCM, welke in 1999 in deze wet is ingevoegd [4], eveneens van toepassing „op organisaties die zich bezighouden met groothandel, ongeacht hun rechtsvorm”.

14. Aan de LOCM is in de autonome regio Murcia uitvoering gegeven middels een in 2006 vastgestelde regionale wet. [5] 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 deze regionale wet en omvatten onder meer „de omstandigheid dat consumenten ernstig in hun belangen zijn geschaad”.

2. Wetgeving betreffende oneerlijke mededinging

15. De preambule van Ley 3/1991 de Competencia Desleal (wet 3/1991 betreffende oneerlijke mededinging) van 10 januari 1991 [6] (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.

4 Bepaling ingevoegd in de LOCM bij artikel 56, lid 1, punt 8, van Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (wet 55/1999 van 29 december 1999 houdende fiscale en administratieve maatregelen en maatregelen van sociale aard) (BOE nr. 312 van 30 december 1999, blz. 46095; hierna: „wet 55/1999”).

5 Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la región de Murcia (wet 11/2006 van 22 december 2006 op de detailhandel in de autonome regio Murcia) (BORM nr. 2 van 3 januari 2007, blz. 141; hierna: „regionale wet 11/2006”.

6 BOE nr. 10 van 11 januari 1991, blz. 959.

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."

16. Artikel 17 LCD („Verkoop met verlies") 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."

3. Wet 29/2009

17. Richtlijn 2005/29 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[7] (hierna: „wet 29/2009").

18. Bij deze wet zijn onder meer de LOCM en de LCD gewijzigd. De bovengenoemde bepalingen van deze laatstgenoemde wetten[8] zijn ongewijzigd gebleven.

19. De verwijzende rechter wijst erop dat bij wet 29/2009 aan artikel 18 LOCM een lid 3 is toegevoegd, ingevolge hetwelk verkoopbevordering „wordt aangemerkt als oneerlijk wanneer is voldaan aan de voorwaarden die worden gesteld in artikel 5 LCD".[9]

20. Ook benadrukt de verwijzende rechter dat bij wet 29/2009 artikel 4 LCD aldus is gewijzigd dat hierin thans zijn opgenomen de in artikel 5 van richtlijn 2005/29 gedefinieerde criteria om een handelspraktijk aan te merken als „oneerlijk". Hij voegt hieraan toe dat de nieuwe bewoordingen van artikel 5 en artikel 7 LCD zijn overgenomen van, respectievelijk, artikel 6 („Misleidende handelingen") en artikel 7 („Misleidende omissies") van deze richtlijn.[10]

III. Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

21. Europamur Alimentación SA (hierna: „Europamur") is een groothandel die food en non-food producten verkoopt aan supermarkten en buurtwinkels. Europamur kan als lid van een inkooporganisatie aan haar klanten uit het kleinwinkelbedrijf producten aanbieden tegen scherpe prijzen waarmee deze kunnen concurreren met grote supermarkten en grote distributieketens.

7 BOE nr. 315 van 31 december 2009, blz. 112039.

8 Zie punten 11-16 van deze conclusie.

9 Zie artikel 4 van wet 29/2009. Ik merk op dat in dat artikel ook wordt verwezen naar artikel 22 LCD (betreffende multi-level verkoop), artikel 23 LCD (betreffende het verbod op piramideverkoop) en artikel 32 LCD (betreffende verkoop met cadeaus en premies), zoals gewijzigd.

10 Zie artikel 1 van wet 29/2009.

22. Bij besluit van 23 februari 2015 heeft 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 Región de Murcia" (algemene directie Consumptie, Handel en Nijverheid van de autonome regio Murcia; hierna: „regionale overheid"), Europamur een boete opgelegd van 3 001 EUR wegens schending van het uit artikel 14 LOCM voortvloeiend verbod, omdat zij bepaalde door haar verhandelde artikelen met verlies had verkocht.

23. De regionale overheid heeft dit besluit gemotiveerd met onder andere verschillende overwegingen inzake de bescherming van consumenten.[11] Verder 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.

24. 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 richtlijn 2005/29 in het nationale recht niet juist is omgezet bij wet 29/2009, voor zover deze de formulering van artikel 14 LOCM ongewijzigd heeft gelaten.

25. In haar verweer heeft de regionale overheid 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, met als gevolg dat 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. Ook is volgens haar de nationale regeling niet strijdig met het Unierecht.

26. In deze omstandigheden heeft de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia bij beslissing van 27 april 2016, ingekomen bij het Hof op 25 mei 2016, de behandeling van deze zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet richtlijn [2005/29] 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 groothandelaren, 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 richtlijn [2005/29] 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 aantoont 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?"

11 Deze overheid benadrukt 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" en wijst tevens op „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".

27. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Europamur en de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 6 april 2017 hebben Europamur, de Spaanse regering en de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

IV. Analyse

A. Strekking van de nationale regeling die in het hoofdgeding aan de orde is

28. In de motivering van zijn verwijzingsbeslissing geeft de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia aan dat de LOCM ten doel heeft de consument te beschermen, ook wanneer, zoals in het hoofdgeding, sprake is van groothandelsondernemingen die verkopen aan de detailhandel, aangezien dergelijke transacties tussen professionele partijen gevolgen hebben voor de consument. De consument put bij zijn aankopen bij kleine winkelbedrijven immers voordeel uit het feit dat gezamenlijk wordt ingekocht via de groothandel. Zonder dat zou de detailhandelaar niet zijn opgewassen tegen de veel grotere inkoopcapaciteit van grote ketens en warenhuizen.

29. De verwijzende rechter vermeldt niet de precieze redenen waarom artikel 14 LOCM, dat verkoop met verlies verbiedt, overeenkomstig de zesde aanvullende bepaling die in de LOCM is ingevoegd bij wet 55/1999 ook van toepassing is verklaard op groothandelsentiteiten, en de toelichting bij laatstgenoemde wet bevat, voor zover ik weet, dienaangaande geen enkel aanknopingspunt. De verwijzingsbeslissing vermeldt enkel dat „de met de [LOCM] beoogde bescherming van de consument [...] daarin ligt dat als de groothandelaar verkoopt met verlies, dit gevolgen heeft voor de consument en diens gedrag met betrekking tot de desbetreffende producten of consumptiegoederen beïnvloedt".

30. De verwijzende rechter zet uiteen dat artikel 14 LOCM de verkoop met verlies zonder meer verbiedt, zonder dat de overheid die de boete oplegt, hoeft te bewijzen dat door de gedragingen van de overtreder consumenten in hun belangen worden geschaad in de zin van artikel 5 van richtlijn 2005/29, maar dat die nationale bepaling de overtreder twee specifieke rechtvaardigingsgronden voor zijn gedragingen biedt, namelijk het doel om dezelfde prijzen te hanteren als concurrenten die zijn verkoop aanzienlijk kunnen beïnvloeden en de beperkte houdbaarheid van de met verlies verkochte producten.

31. Volgens verzoekster in het hoofdgeding strookt een dergelijke omkering van de bewijslast, waaruit volgt dat het aan de vermeende overtreder staat om aan te tonen dat de verweten gedragingen niet oneerlijk zijn, niet met richtlijn 2005/29, aangezien verkoop met verlies niet voorkomt in de in bijlage I bij deze richtlijn opgenomen lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

32. Dienaangaande benadrukt de verwijzende rechter dat ook al zou de betrokken ondernemer aantonen dat de verkoop met verlies voldoet aan geen enkele van de voorwaarden waaronder sprake is van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van richtlijn 2005/29[12], deze verkoop desondanks verboden zou blijven volgens artikel 14 LOCM en dus tot een boete zou leiden, tenzij de verkoper kan aantonen dat er sprake is van een van de twee rechtvaardigingsgronden van laatstgenoemd artikel.

12 Meer specifiek het gebrek aan professionele toewijding, de verstoring van het gedrag van consumenten en misleidende of agressieve handelspraktijken, als bedoeld in artikel 5, leden 1 en 4, van deze richtlijn.

33. Tot slot merkt de verwijzende rechter op dat artikel 14 LOCM – dat bij de omzetting van richtlijn 2005/29 niet is gewijzigd – nog steeds een onduidelijke verwijzing bevat naar het feit dat „[...] het in de [LCD] bepaalde [in elk geval] in acht [dient] te worden genomen", hoewel de verbodsregeling van de verkoop met verlies van artikel 17 LCD haaks staat op die van de LOCM. [13]

B. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

34. Gelet op het feitelijke en juridische kader van het hoofdgeding hebben de Spaanse regering en de Commissie bedenkingen geuit over de toepasselijkheid van richtlijn 2005/29 in een dergelijke context.

35. Ik wijs er meteen op dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, waarin een geheel nieuwe kwestie aan de orde wordt gesteld die verband houdt met een bijzondere combinatie van nationale voorschriften [14], volgens mij ontvankelijk is, gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte elementen waaruit volgt dat de verzochte uitlegging voor hem noodzakelijk is om dit geding te beslechten, ook al gaat het hierin om de verkoop met verlies tussen professionele partijen, die dus niet binnen werkingssfeer van deze richtlijn valt. Krachtens de relevante bepalingen van het Spaanse recht wordt een dergelijke situatie immers gelijkgesteld met de verkoop door een professionele partij aan een consument, welke wél binnen voornoemde werkingssfeer valt.

36. Dienaangaande merk ik *in de eerste plaats* op dat het Hof herhaaldelijk heeft verklaard dat gedragingen als *het verkopen met verlies*, als in het hoofdgeding aan de orde, „handelspraktijken" in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29 vormen en derhalve aan de voorschriften van deze richtlijn onderworpen zijn. [15]

37. *In de tweede plaats* ben ik, niettegenstaande de andersluidende zienswijze die de Spaanse regering ter terechtzitting heeft verdedigd, van mening dat de nationale bepalingen die op het hoofdgeding van toepassing zijn, in het bijzonder die van artikel 14 LOCM, wel degelijk de *bescherming van de consument* blijken te beogen, zodat deze bepalingen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 kunnen vallen, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof op dit gebied. [16]

13 De verwijzende rechter zet uiteen dat krachtens artikel 17 LCD – anders dan krachtens artikel 14 LOCM – niet elke verkoop met verlies wordt aangemerkt als oneerlijk; dat geldt slechts voor gevallen waarin is voldaan aan de in artikel 17 genoemde omstandigheden (misleiden van consumenten, schaden van imago van een product of organisatie, of proberen om concurrenten uit de markt te stoten). Om een sanctie te kunnen opleggen dient dus te worden aangetoond dat sprake is van een oneerlijke gedraging.

14 De onderhavige zaak werpt namelijk een nieuwe rechtsvraag op met betrekking tot de ontvankelijkheid van het verzoek, voor zover dient te worden uitgemaakt of het Hof antwoord moet geven op de vraag of het Unierecht zich verzet tegen een nationale bepaling (te weten artikel 14 LOCM) die zonder meer binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt, maar die via een andere nationale bepaling (namelijk de zesde aanvullende bepaling bij de LOCM) van toepassing is geworden in een situatie die niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Zie dienaangaande punten 41 e.v. van deze conclusie.

15 Zie beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punten 20-22 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarin erop is gewezen dat dergelijke verkopen, die „tot doel [hebben] consumenten naar de winkel van een handelaar te lokken en deze consumenten tot kopen aan te zetten", „deel uit[maken] van de commerciële strategie van een ondernemer en [...] rechtstreeks verband [houden] met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten". In het arrest van 4 mei 2017, Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335, punt 23), heeft het Hof eraan herinnerd dat dit artikel 2, onder d), het begrip „handelspraktijk" „bijzonder ruim definieert".

16 Zie met name arrest van 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punten 28-33), en beschikkingen van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punt 17), en 8 september 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, punt 29).

38. Zoals de verwijzende rechter namelijk opmerkt, volgt uit de toelichting bij de LOCM dat deze wet, naast andere doelen, uitdrukkelijk beoogt de bescherming van de consument te verzekeren.[17] De meerderheid van de Spaanse rechters lijkt dit doel te bevestigen, meer in het bijzonder met betrekking tot artikel 14 LOCM ter zake van het verbod van verkoop met verlies waar het in de prejudiciële vragen om gaat.[18] Bovendien is het administratieve besluit dat voorwerp van het hoofdgeding is uitdrukkelijk op deze doelstelling gebaseerd.[19]

39. Zelfs al zou de bescherming van de consument niet het hoofddoel zijn dat de Spaanse wetgever bij de vaststelling van de LOCM voor ogen stond, zoals de Spaanse regering ter terechtzitting heeft betoogd, dan nog doet een dergelijke overweging mijns inziens niet ter zake bij de beantwoording van de vraag of een nationale bepaling wel of niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt. Het Hof heeft trouwens geoordeeld dat, aangezien deze richtlijn de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten volledig harmoniseert, een regering niet met succes kan stellen dat een nationale bepaling niet binnen de werkingssfeer ervan valt omdat deze bepaling voornamelijk andere doelstellingen dan de bescherming van de consument nastreeft.[20] Ook heeft het Hof reeds verklaard dat een nationale wettelijke regeling gevolgen kan hebben voor de betrekkingen tussen de marktdeelnemers, hoewel zij beoogt de consument te beschermen en dus onder richtlijn 2005/29 valt.[21] Dit lijkt mij in de onderhavige zaak eveneens het geval te zijn.

40. Hoe dan ook staat het aan de verwijzende rechter, en niet aan het Hof, om de strekking en de doelstellingen te bepalen van de nationale rechtsbepalingen die in het hoofdgeding van toepassing zijn.[22] Bijgevolg is het Hof gebonden door de zienswijze die de nationale rechter dienaangaande heeft gegeven en niet door de opmerkingen die voor hem zijn ingediend.[23]

41. *In de derde plaats* ben ik evenwel van mening dat de voorafgaande overwegingen onvoldoende zijn om het Hof in staat te stellen zich bevoegd te verklaren om de in de onderhavige zaak gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden[24], gelet op het feit dat de handelspraktijk waar het in het hoofdgeding om gaat het bijzondere kenmerk vertoont dat zij niet rechtstreeks betrekking heeft op verkoop aan consumenten, maar op verkoop van *een groothandelaar aan detailhandelaren*, die op hun beurt aan consumenten verkopen.

17 Na een fragment uit deze toelichting te hebben geciteerd, merkt de verwijzende rechter op dat „een van [...] *doelstellingen* van de [LOCM] de bescherming van de consument is" (cursivering van mij). Hij herhaalt deze analyse aan het einde van zijn eerste prejudiciële vraag. Zie ook punten 11 en 28 van deze conclusie.

18 Volgens de verwijzingsbeslissing luidt het nagenoeg unanieme standpunt van de Tribunales Superiores de Justicia (hoogste rechters van de Spaanse autonome regio's) dat „[o]m consumenten en gebruikers beter te beschermen op het gebied dat valt onder de materiële werkingssfeer van [de LOCM], [...] [die wet, en in het bijzonder artikel 14 ervan] veel strenger [is] dan [de LCD, en in het bijzonder artikel 17 ervan] waar het gaat om verkoop met verlies".

19 Zie punt 23 en voetnoot 11 van deze conclusie.

20 Zie arrest van 9 november 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, punten 25-28), met betrekking tot de beweringen van de Oostenrijkse regering dat de nationale bepaling die in het hoofdgeding aan de orde was voornamelijk de instandhouding van de pluriformiteit van de pers tot doel had.

21 Zie beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punt 18). Zie in die zin ook overweging 8 van richtlijn 2005/29, waarin valt te lezen dat de richtlijn tevens indirect legitieme ondernemingen beschermt tegen concurrenten die de daarin vastgestelde regels niet in acht nemen.

22 In het kader van een prejudiciële verwijzing staat het namelijk niet aan het Hof om zich uit te spreken over de uitlegging van het nationale recht van een lidstaat, noch om te beoordelen of de uitlegging ervan door de verwijzende rechter juist is (zie onder andere beschikking van 30 juni 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, punten 26 e.v.; arresten van 13 juni 2013, Kostov, C-62/12, EU:C:2013:391, punten 24 en 25; 21 september 2016, Etablissements Fr. Colruyt, C-221/15, EU:C:2016:704, punt 15, en 4 mei 2017, HanseYachts, C-29/16, EU:C:2017:343, punt 34).

23 Zie onder andere arresten van 8 juni 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, punt 36), en 21 juni 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, punt 25).

24 Zie naar analogie arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punten 34 en 35).

42. Ik stel met de Spaanse regering en de Commissie vast dat de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 beperkt is tot oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen die de economische belangen van consumenten rechtstreeks schaden, zoals uit zowel het opschrift van deze richtlijn als verschillende bepalingen ervan blijkt.[25] Zij is dus als zodanig niet van toepassing op oneerlijke handelspraktijken die „alleen" de economische belangen van concurrenten schaden of die, zoals in het hoofdgeding, een transactie tussen zakelijke partijen betreffen.[26]

43. Volgens vaste rechtspraak kan het Hof zich evenwel bevoegd verklaren om zich uit te spreken over prejudiciële vragen die aan hem zijn voorgelegd ook al zijn de Unierechtelijke bepalingen waarvan om uitlegging wordt verzocht niet van toepassing op de feiten van het hoofdgeding, indien deze bepalingen door het nationale recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk zijn gemaakt. Wanneer een nationale wettelijke regeling voor situaties die niet binnen de werkingssfeer van de betrokken handeling van de Unie vallen, dezelfde oplossingen kiest als die welke in deze handeling worden gehanteerd, heeft de Unie er immers stellig belang bij dat, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de overgenomen bepalingen van deze handeling op eenvormige wijze worden uitgelegd. Het Hof dient dan ook – op basis van de dienaangaande in de prejudiciële beslissing verstrekte inlichtingen – na te gaan of er voldoende nauwkeurige aanwijzingen bestaan om deze verwijzing naar het Unierecht te kunnen vaststellen.[27]

44. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat het Hof, ook al heeft de wettelijke regeling waarbij een richtlijn is omgezet in nationaal recht de Unierechtelijke bepalingen die het voorwerp van de prejudiciële vragen vormen niet letterlijk overgenomen, bevoegd kan zijn om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen, wanneer in de verwijzingsbeschikking wordt erkend dat de verwijzende rechter bij de beslechting van het hoofdgeding gebonden is aan elke uitlegging van deze bepalingen door het Hof.[28]

45. Wat de onderhavige zaak betreft, is er mijns inziens sprake van een daadwerkelijk belang bij een uitspraak van het Hof over de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2005/29, aangezien uit voldoende nauwkeurige aanwijzingen van de verwijzende rechter blijkt dat de bepalingen van deze richtlijn door het nationale recht toepasselijk zijn gemaakt – zij het op een volgens mij onjuiste wijze[29] – op situaties als in het hoofdgeding die niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen.[30]

46. Weliswaar volgt uit de verwijzingsbeslissing dat de nationale bepalingen die zijn toegepast in het in het hoofdgeding bestreden besluit – te weten artikel 14 LOCM, dat verkoop met verlies in de detailhandel verbiedt en de zesde aanvullende bepaling bij de LOCM, waarbij dit verbod tot de groothandel wordt uitgebreid – niet zijn gewijzigd, zonder uitdrukkelijke redengeving, door wet 29/2009 waarbij richtlijn 2005/29 is omgezet in de Spaanse rechtsorde.[31]

25 Zie in het bijzonder de overwegingen 6-8, artikel 1, artikel 2, onder d), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2005/29.

26 Zie met name de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:161, punten 43 e.v.); beschikking van 30 juni 2011, Wamo (C-288/10, EU:C:2011:443, punt 22); arrest van 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punt 30), en beschikking van 8 september 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, punt 26).

27 Zie met name arresten van 18 oktober 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, punten 45 e.v.), en 7 november 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, punten 21 e.v.); beschikking van 12 mei 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, punten 27 e.v.), en arrest van 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punten 53 e.v.).

28 Zie in die zin arrest van 7 januari 2003, BIAO (C-306/99, EU:C:2003:3, punten 90 e.v.).

29 Zie punten 53 e.v. van deze conclusie.

30 Ter terechtzitting heeft de Commissie daarentegen aangegeven geen voldoende precieze aanwijzingen te hebben gevonden om aan te nemen dat de Spaanse wetgever de bedoeling zou hebben gehad om het beschermingsstelsel van richtlijn 2005/29 uit te breiden tot transacties tussen zakelijke partijen.

31 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet waarom deze herzieningen niet hebben plaatsgevonden en ik zie in de preambule van wet 29/2009 geen overwegingen staan met betrekking tot in het bijzonder de wettelijke regeling van de verkoop met verlies. In haar mondelinge opmerkingen heeft de Spaanse regering, zonder enige relevante bron te vermelden, verklaard dat de wetgever artikel 14 LOCM niet heeft gewijzigd bij de omzetting van richtlijn 2005/29 omdat hij ervan uitging dat dit artikel niet de bescherming van de consument betrof.

47. Uit het feit dat andere bepalingen van de LOCM wel zijn gewijzigd bij wet 29/2009 kan evenwel worden afgeleid dat de nationale wetgever welbewust heeft besloten om de bewoordingen van voornoemd artikel 14 en de reeds vermelde zesde aanvullende bepaling bij de LOCM bij deze omzetting te behouden, hoogstwaarschijnlijk omdat hij ervan uitging dat die bepalingen in overeenstemming waren met richtlijn 2005/29. Mijns inziens vormt de keuze om nationale bepalingen in stand te laten, net zo goed als inhoudelijke wijzigingen zoals het herformuleren of schrappen van nationale bepalingen, een handeling tot omzetting van een richtlijn.

48. Verder merk ik op dat de aangevochten boete is gebaseerd op artikel 14 LOCM, welke bepaling uitdrukkelijk wordt beoogd in de prejudiciële vragen, en dat wanneer het hoofdgeding zou gaan om de verkoop, niet tussen een groothandelaar en detailhandelaren, maar rechtstreeks tussen een zakelijke partij en consumenten, het geen enkele twijfel zou lijden dat het Hof bevoegd is zich over deze vragen uit te spreken. Enkel de uitbreiding van de werkingssfeer van voornoemd artikel 14 tot de verkoop tussen zakelijke partijen, krachtens de zesde aanvullende bepaling bij de LOCM, doet in de onderhavige zaak twijfels rijzen. Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat de gevolgen van de hier verzochte uitlegging van richtlijn 2005/29 rechtens dezelfde zijn in beide situaties. Mocht het Hof tot het oordeel komen dat deze richtlijn zich verzet tegen nationale normen als die van artikel 14 LOCM, dan zou dit immers als rechtstreekse consequentie hebben dat het bestreden besluit en dus de opgelegde boete een juiste grondslag krachtens het Spaanse recht ontberen.

49. Bovendien benadrukt de verwijzende rechter dat artikel 14, lid 1, tweede alinea, LOCM uitdrukkelijk verwijst naar de bepalingen van de LCD [32], evenals, onder andere, artikel 18, lid 3, LOCM, zoals gewijzigd bij wet 29/2009. [33] Laatstgenoemde wet heeft verschillende artikelen van de LCD geherformuleerd, in het bijzonder om hierin criteria op te nemen op basis waarvan een handelspraktijk moet worden aangemerkt als „oneerlijk” in de zin van richtlijn 2005/29. [34] Verzoekster in het hoofdgeding betoogt juist dat deze criteria in acht hadden moeten worden genomen door de bevoegde regionale overheid. [35]

50. In deze specifieke context overweegt de verwijzende rechter dat „[in het onderhavige geval] de vraag rijst of richtlijn 2005/29 [aldus moet worden uitgelegd dat zij] zich verzet tegen de [in de Spaanse rechtspraak heersende] uitlegging van artikel 14 LOCM waarbij verkoop met verlies reeds zonder meer verboden is en daarvoor een sanctie kan worden opgelegd, zonder dat behoeft te worden vastgesteld of er sprake is van misleidende omissies, agressieve handelspraktijken of oneerlijke handelspraktijken in het algemeen”, terwijl in „richtlijn [2005/29] verkoop met verlies niet is opgenomen op de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden oneerlijk zijn”. [36]

51. Bijgevolg moeten volgens mij de bepalingen van richtlijn 2005/29 die, op zijn minst gedeeltelijk, zijn overgenomen in de relevante normen van het Spaanse recht door het Hof uniform worden uitgelegd, teneinde het gevaar van verschillen in de uitlegging te voorkomen en gezien het feit dat het antwoord op de gestelde vragen doorslaggevend lijkt te zijn voor de beslechting van het hoofdgeding.

52. Gelet op al het bovenstaande ben ik van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is en dat het Hof zich bevoegd dient te verklaren om de vragen die in deze zaak zijn gesteld, te beantwoorden.

32 Met dien verstande dat de LCD, gelet op haar preambule, ook de bescherming van de consument tot doel heeft (zie punt 15 van deze conclusie).

33 Zie punt 19 en voetnoot 9 alsmede punt 33 van deze conclusie.

34 Zie punt 20 van deze conclusie.

35 Ter terechtzitting heeft Europamur opgemerkt dat ingevolge haar preambule wet 29/2009 tot doel had de rechtsregelingen voor oneerlijke handelspraktijken, ongeacht aan wie – zakelijke partij of consument – het betrokken goed wordt verkocht, te bundelen en dat daarom de bepalingen van de LOCM en de LCD in hun onderlinge samenhang moeten worden gelezen.

36 Zie ook punt 32 van deze conclusie.

C. Toelaatbaarheid van een nationale regeling als die in het hoofdgeding in het licht van richtlijn 2005/29

53. Met zijn twee prejudiciële vragen, die mijns inziens samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2005/29 zich verzet tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, die een algemeen verbod behelst van verkoop met verlies, inclusief wanneer het transacties tussen groothandelaren en detailhandelaren betreft, tenzij de overtreder aantoont dat met verlies wordt verkocht om dezelfde prijzen te hanteren als een of meer concurrenten die zijn verkoop aanzienlijk kunnen beïnvloeden, dan wel het beperkt houdbare producten betreft die op het punt van bederven staan.

54. Dienaangaande zullen mijn opmerkingen nogal beknopt zijn, aangezien ik van mening ben dat uit de rechtspraak van Hof op dit gebied duidelijk volgt dat de gestelde vragen bevestigend moeten worden beantwoord.

55. Het Hof heeft namelijk reeds geoordeeld dat richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen nationale bepalingen die een algemeen verbod behelzen om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen, zonder dat op basis van de feitelijke omstandigheden 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 deze richtlijn en zonder dat de bevoegde rechter daarbij een beoordelingsmarge heeft, voor zover deze bepaling de bescherming van de consument beoogt.[37]

56. Wat dit laatste punt betreft, breng ik enkel in herinnering dat in de onderhavige zaak de verwijzende rechter, anders dan de Spaanse regering in haar mondelinge opmerkingen, van mening is dat de LOCM met name de bescherming van de consument tot doel heeft, hetgeen volgens mij ook feitelijk volgt uit de toelichting bij deze wet.[38]

57. Om tot het bovenstaande oordeel te komen heeft het Hof om te beginnen eraan herinnerd dat aangezien de richtlijn oneerlijke handelspraktijken een volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen ten aanzien van consumenten tot stand brengt, de lidstaten, zoals artikel 4 van deze richtlijn uitdrukkelijk bepaalt, geen strengere maatregelen kunnen vaststellen dan die welke in deze richtlijn zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen.[39]

58. Het Hof heeft vervolgens benadrukt 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. Het heeft hieraan toegevoegd dat richtlijn 2005/29 in bijlage I een uitputtende lijst bevat van 31 handelspraktijken die volgens lid 5 van dat artikel 5 „onder alle omstandigheden" als oneerlijk worden beschouwd en dat bijgevolg, zoals is gepreciseerd in overweging 17 ervan[40], enkel deze handelspraktijken oneerlijk kunnen worden geacht zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van deze richtlijn.[41]

37 Zie beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punten 30 en 31).

38 Zie ook punten 11 en 38 van deze conclusie.

39 Zie met name arrest van 9 november 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, punt 30); beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punt 24), en arrest van 10 juli 2014, Commissie/België (C-421/12, EU:C:2014:2064, punt 61).

40 Deze overweging vermeldt dat „[m]et het oog op een grotere rechtszekerheid" deze bijlage „een uitputtende lijst" bevat van „handelspraktijken [die] in alle omstandigheden oneerlijk zijn".

41 Zie arresten van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, EU:C:2009:244, punten 56 e.v.), en 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punten 35 e.v.); beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punten 25-28); arrest van 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punten 30 e.v.), en beschikking van 8 september 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, punten 38 e.v.).

59. Tot slot heeft het Hof opgemerkt dat praktijken waarbij goederen met verlies te koop worden aangeboden of verkocht, niet zijn vermeld in bijlage I bij richtlijn 2005/29 en dat zij dus niet „onder alle omstandigheden" kunnen worden verboden, maar enkel na een specifieke analyse waaruit blijkt dat zij oneerlijk zijn. [42]

60. Met Europamur en de Commissie ben ik van mening dat deze redenering en de hieruit volgende slotsom zonder meer op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast. Wat betreft de nationale bepaling die in het hoofdgeding aan de orde is, te weten artikel 14 LOCM, volgt uit de verwijzingsbeslissing dat deze een algemeen verbod van verkoop met verlies behelst, zonder dat door de autoriteit die belast is met het bestraffen van overtredingen hoeft te worden aangetoond dat de betrokken handelstransactie „oneerlijk" is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van richtlijn 2005/29. [43] Volgens de bovengenoemde rechtspraak van het Hof is een dergelijk verbod evenwel in strijd met de voorschriften van deze richtlijn. [44]

61. Wat betreft de mogelijke gevolgen van de in de litigieuze nationale regeling neergelegde uitzonderingen op dit verbod, welke gevolgen in de tweede prejudiciële vraag aan de orde zijn [45], kan worden volstaan met de constatering dat de twee uitzonderingsgronden in artikel 14, in fine, LOCM [46], waarmee de bevoegde autoriteiten en de Spaanse rechterlijke instanties rekening kunnen houden om de verkoper die met verlies verkoopt en zich op deze gronden beroept geen boete op te leggen, zijn gebaseerd op andere criteria dan die in de artikelen 5 tot en met 9 [47], terwijl richtlijn 2005/29 een volledige harmonisatie op dit gebied inhoudt. [48]

62. Bovendien ben ik van mening dat de omkering van de bewijslast die voortvloeit uit deze nationale bepaling [49] niet in lijn is met de regeling die in het leven is geroepen bij richtlijn 2005/29, die een reeks handelspraktijken aanwijst die onder alle omstandigheden kunnen worden geacht „oneerlijk" te zijn en de voorwaarden vastlegt waaraan moet zijn voldaan opdat de bevoegde autoriteiten praktijken die niet op de lijst staan, aldus kunnen kwalificeren en beboeten. [50]

63. Zoals door de Commissie is benadrukt, heeft het Hof heeft namelijk, met betrekking tot de in een wettelijke regeling van een lidstaat neergelegde specifieke uitzonderingen die het algemene verbod van een praktijk kunnen beperken, reeds geoordeeld dat „deze – beperkte en vooraf vastgestelde – uitzonderingen [...] niet in de plaats [kunnen] komen van de noodzakelijkerwijs tegen de achtergrond van de feitelijke context van elk geval te verrichten toetsing of een handelspraktijk ‚oneerlijk' is volgens de in de artikelen 5 tot en met 9 van [...] richtlijn [2005/29] geformuleerde criteria, wanneer het [...] om een in bijlage I bij deze richtlijn niet vermelde praktijk gaat". [51]

42 Zie beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, punt 29).

43 In de bewoordingen van de eerste vraag van de verwijzende rechter komt het automatische karakter van dit verbod tot uiting. Zie ook punten 30-32 en 50 van deze conclusie.

44 Zie punten 55-59 van deze conclusie.

45 De verwijzende rechter merkt op dat dergelijke uitzonderingen op het verbod van verkoop met verlies niet waren neergelegd in de Belgische bepalingen die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot de beschikking van 7 maart 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154).

46 Ik breng in herinnering dat krachtens deze bepaling een zakelijke partij die ervan wordt beschuldigd het verbod van verkoop met verlies te hebben overtreden onder de sanctie uit kan komen, door aan te tonen dat de verkoop met verlies tot doel had dezelfde prijzen te hanteren als een of meer concurrenten die zijn verkoop aanzienlijk kunnen beïnvloeden, of door zich erop te beroepen dat het bij de betrokken waren ging om beperkt houdbare producten die op het punt van bederven stonden.

47 Deze artikelen van richtlijn 2005/29 betreffen namelijk noch de noodzaak om dezelfde prijzen te hanteren als de concurrenten, noch de beperkte houdbaarheid van de verkochte producten.

48 Zie met betrekking tot de aard van de met deze richtlijn tot stand gebrachte harmonisatie met name de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de gevoegde zaken VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, EU:C:2008:581, punten 74 e.v.).

49 Zie punten 30-32 van deze conclusie.

50 Dienaangaande wijst Europamur er terecht op dat de bewijslast die inhoudt dat moet worden aangetoond dat de verweten handeling niet oneerlijk was, dat wil zeggen een negatief feit, niet in richtlijn 2005/29 is geregeld en een maatregel vormt die restrictiever is dan de in die richtlijn opgenomen maatregelen en dus in strijd is met artikel 4 ervan.

51 Arrest van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, EU:C:2009:244, punten 64 e.v.), en de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de gevoegde zaken VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, EU:C:2008:581, punten 84 e.v.). Zie in die zin ook arrest 11 maart 2010, Telekomunikacja Polska (C-522/08, EU:C:2010:135, punten 31 en 33).

64. In dezelfde geest heeft het Hof een nationale wettelijke regeling op grond waarvan het oneerlijke karakter van de handelspraktijk pas wordt beoordeeld nadat hij is verboden wegens niet-nakoming van de verplichting tot het verkrijgen van een voorafgaande goedkeuring, niet-verenigbaar verklaard met de bij richtlijn 2005/29 ingestelde regeling, omdat deze praktijk hierdoor, gelet op de aard ervan en met name op het feit dat de tijdsfactor hierbij een essentiële rol speelt, geen enkele economische zin meer heeft voor de handelaar.[52] Het is dus noodzakelijk dat het onderzoek in concreto of een praktijk oneerlijk is, voorafgaat aan de eventuele oplegging van een sanctie, tenzij sprake is van de uitdrukkelijk in bijlage I bij de richtlijn bedoelde gevallen.

65. Ik ben daarom van mening dat richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling als de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is.

V. Conclusie

66. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia te beantwoorden als volgt:

„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 wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, 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 beginsel die zijn gebaseerd op criteria die niet in deze richtlijn zijn opgenomen."

52 Zie arrest van 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punten 48 e.v.).