CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 18 mei 1999 *

1. In de onderhavige zaak stelt het Oberste Gerichtshof het Hof een prejudiciële vraag over artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG). De verwijzende rechter vraagt, of daarmee verenigbaar is een nationale regeling die een bepaalde verkoopwijze van levensmiddelen alleen toelaat, indien de handelaar in het district waar hij zijn producten te koop wenst aan te bieden, of in een aan dat district grenzende gemeente, een vaste inrichting heeft.

De toepasselijke wetgeving en de feiten van het hoofdgeding

2. De in het hoofdgeding toepasselijke bepaling is § 53a van de Gewerbeordnung 1994 (hierna: „GewO"). Ingevolge die bepaling mogen bakkers, slagers en handelaren in levensmiddelen de waren die zij volgens hun bedrijfsvergunning mogen verkopen, rondreizend van plaats tot plaats of huis aan huis te koop aanbieden, voor zover de betrokken handelaren in dat district of in een aan dat district grenzende gemeente hun handel ook in een vaste inrichting drijven. Alleen de waren die in die vaste inrichtingen te koop worden aangeboden, mogen ambulant worden verkocht. Volgens § 50, lid 1, sub 2, GewO mogen de handelaren hun waar op bestelling overal leveren, zonder enige territoriale beperking.

In wezen schrijft de betrokken nationale regeling voor, dat voormelde verkoopwijze van levensmiddelen — hierna: „ambulante verkoop" — alleen mag worden toegepast door handelaren die een vaste inrichting hebben in het district dat grenst aan het district waar zij de verkoop in deze vorm wensen te verrichten. De Oostenrijkse bepaling, zoals zij in de verwijzingsbeschikking is weergegeven, is zonder onderscheid van toepassing op Oostenrijkse handelaren en handelaren uit de lidstaten die aan Oostenrijk grenzen. [1]

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Dit punt is verduidelijkt in de antwoorden die de Oostenrijkse regering, de partijen in het hoofdgeding en de Commissie op een schriftelijke vraag van het Hof hebben gegeven.

Overtreding van de bepalingen van de GewO worden naar nationaal recht als oneerlijke mededinging aangemerkt.

3. De feiten van het hoofdgeding betreffen de hierboven beschreven regeling, en kunnen worden samengevat als volgt.

Verzoeker, het Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (hierna: „verzoeker"), is een vereniging voor de behartiging van de economische belangen van ondernemingen, die onder meer ten doel heeft oneerlijke mededinging te bestrijden. [2]

Verweerster, TK-Heimdienst Sass GmbH (hierna: „TK-Heimdienst"), is een Oostenrijkse vennootschap die detailhandel in levensmiddelen drijft. Zij is gevestigd te Haiming, Tirol, en heeft filialen in Völs, eveneens in Tirol, en in Wolfurt, Vorarlberg. Zij verkoopt producten in haar vaste inrichting en biedt daarnaast goederen ambulant te koop aan. Ook levert zij diepvriesproducten aan huis. Zij heeft chauffeurs, die met regelmatige tussenpozen een op voorhand vastgesteld traject volgen, waarbij zij de catalogus van de door de vennootschap te koop aangeboden diepvriesproducten uitdelen en bestellingen aannemen. [3] De chauffeurs nemen ook een vaste hoeveelheid (niet bestelde) goederen mee, die zij rechtstreeks, dus zonder voorafgaande bestelling kunnen verkopen. Ook in zones van het Oostenrijkse grondgebied die niet gelegen zijn in, noch grenzen aan het district waar zij een vaste inrichting heeft, biedt TK-Heimdienst producten te koop aan.

4. In het hoofdgeding vraagt verzoeker de rechter TK-Heimdienst de ambulante verkoop van niet op voorhand bestelde levensmiddelen te verbieden, op grond dat die activiteit in strijd zou zijn met § 53 GewO, daar TK-Heimdienst geen levensmiddelen verkoopt in een vaste inrichting, gelegen in het Verwaltungsbezirk waar zij haar producten ambulant verkoopt, of in een aangrenzende gemeente.

De rechter in eerste aanleg en de rechter in hoger beroep wezen dat verzoek toe. De appèlrechter sloot ook uit, dat § 53 GewO in strijd was met het gemeenschapsrecht, daar § 53 GewO slechts een bepaalde verkoopmodaliteit in de zin van 's Hofs arrest Keck en Mithouard [4] regelt.

2 — Talrijke beroepscategorieën, -orden en -verenigingen, waaronder het Landesgremium des Einzelhandels mit Lebens- und Genußmitteln der Wirtschaftskammer Vorarlberg en de Sektion Handel van dezelfde Wirtschaftskammer, zijn bij verzoeker aangesloten.

3 — Bestellingen kunnen telefonisch of schriftelijk bij de zetel van de vennootschap worden geplaatst of rechtstreeks bij de chauffeurs. Bij de volgende ronde wordt dan geleverd.

4 — Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097).

5. Volgens de verwijzende rechter, het Oberste Gerichtshof, bestaat er echter twijfel over de verenigbaarheid van de betrokken nationale bepaling met de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (laatstgenoemd artikel thans, na wijziging, artikel 30 EG). Ofschoon het in casu niet om grensoverschrijdend verkeer gaat, acht de verwijzende rechter het probleem van de verenigbaarheid van § 53 GewO met het gemeenschapsrecht van primordiaal belang om te kunnen beoordelen, of nationale onderdanen worden gediscrimineerd. Volgens het Oostenrijkse grondwettelijk Hof levert een ongerechtvaardigde discriminatie van Oostenrijkse ondernemers ten opzichte van ondernemers uit andere lidstaten immers schending van het gelijkheidsbeginsel op. Op grond van die overwegingen heeft het Oberste Gerichtshof het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vraag:

„Moet artikel 30 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling volgens welke bakkers, slagers en handelaren in levensmiddelen alleen dan producten die zij op basis van hun bedrijfsvergunning te koop mogen aanbieden, rondreizend van plaats tot plaats of huis aan huis te koop mogen aanbieden, indien zij in het Verwaltungsbezirk waar zij de verkoop in deze vorm verrichten, of in een aan dit Verwaltungsbezirk grenzende gemeente hun handelsactiviteit ook in een vaste inrichting uitoefenen, waarbij ook enkel die producten rondreizend van plaats tot plaats of huis aan huis te koop mogen worden aangeboden, die ook in deze vaste inrichting te koop worden aangeboden?"

De bevoegdheid van het Hof

6. Alvorens de zaak ten gronde te onderzoeken, moet eerst het door verzoeker geformuleerde prealabele bezwaar worden onderzocht. Verzoeker betoogt immers, dat de prejudiciële vraag om twee redenen niet-ontvankelijk is. Om te beginnen vertoont de onderhavige zaak geen enkel grensoverschrijdend aspect, aangezien geen andere lidstaat bij de feiten betrokken is. Voorts vormt § 53a GewO een verkoopmodaliteit en kon aan de hand van de rechtspraak over artikel 30 van het Verdrag [5] gemakkelijk worden uitgemaakt, of die bepaling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Het zou dus overbodig zijn, het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

7. Die argumenten kunnen mij niet overtuigen. Met betrekking tot laatstgenoemd argument volstaat het eraan te herinneren, dat artikel 177 van het Verdrag de lidstaten toestaat, het Hof een prejudiciële vraag voor te leggen, zelfs indien deze zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest. [6]

Wat voorts de stelling betreft, dat de feiten van het voor de nationale rechter aanhan-

5 — Verzoeker wijst in het bijzonder op het reeds aangehaalde arrest Keck en Mithouard.

6 — Arrest van 27 maart 1963, Da Costa e.a. (28/62—30/62, Jurispr. blz. 63).

gige geding een zuiver binnenlands karakter hebben, wil ik eraan herinneren, dat de aan het Hof voorgelegde vraag artikel 30 van het Verdrag betreft, dus een bepaling die belemmeringen van het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap beoogt op te heffen. In de zaak Pistre nu overwoog het Hof, dat dergelijke belemmeringen ook kunnen bestaan, wanneer „in het aan de nationale rechter voorgelegde concrete geval alle elementen binnen één enkele lidstaat gesitueerd zijn". [7] Immers, in een dergelijke situatie „kan de toepassing van de nationale maatregel gevolgen hebben voor het vrije verkeer van goederen tussen lidstaten, met name wanneer die maatregel de verhandeling van goederen van nationale oorsprong begunstigt ten nadele van die van ingevoerde goederen. Alsdan wordt door de enkele toepassing van de maatregel, zelfs indien deze uitsluitend voor nationale producenten zou gelden, een verschil in behandeling tussen die twee categorieën goederen gecreëerd en gehandhaafd, waardoor de intracommunautaire handel, althans potentieel, wordt belemmerd." [8]

8. Wanneer schending van artikel 30 van het Verdrag wordt aangevoerd, is het Hof volgens de rechtspraak dus bevoegd om te onderzoeken, of de nationale bepaling het intracommunautaire goederenverkeer ongunstig kan beïnvloeden, ook wanneer alle persoonsgebonden elementen van het hoofdgeding tot één lidstaat beperkt zijn. [9]

Ten gronde

9. Wat de grond van de zaak betreft, wil ik meteen zeggen, dat de betrokken nationale bepaling mijns inziens niet in strijd is met artikel 30. Volgens mij behoort zij immers tot de nationale regelingen die het Hof sedert het arrest Keck en Mithouard van de werkingssfeer van artikel 30 heeft uitgesloten. Zoals bekend is in dat arrest het beginsel gesteld, dat „als een maatregel die de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren (...) niet kan worden beschouwd de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heb-

7 — Arrest van 7 mei 1997 (C-321/94—C-324/94, Jurispr. blz. I-2343, punt 44).

8 — Punt 45.

9 — Ter zake van de bevoegdheid van het Hof acht ik de rechtspraak die TK-Heimdienst in haar schriftelijke opmerkingen aanhaalt daarentegen niet relevant; het gaat om de arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763); 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003); 26 september 1985, Thomasdünger, (166/84, Jurispr. blz. 3001), en 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161). In die zaken was het gemeenschapsrecht immers niet rechtstreeks toepasselijk, doch enkel op grond van een verwijzing in nationale bepalingen die zich bij de regeling van zuiver binnenlandse feitelijke situaties bij de in het gemeenschapsrecht gekozen oplossingen aansloten. De onderhavige zaak is echter verschillend. Hier gaat het niet — wat de verwijzende rechter lijkt te menen — om een zuiver nationale feitelijke situatie die buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht ligt. De prejudiciële vraag betreft immers artikel 30 van het Verdrag, welke bepaling — gelijk reeds is gezegd — ook van toepassing is wanneer de persoonsgebonden omstandigheden van het hoofdgeding tot één lidstaat beperkt zijn. De onderhavige zaak leidt dus niet tot een uitbreiding van de prejudiciële procedure tot geschillen die buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen.

ben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten". [10] De gronden voor die rechtspraak zijn bekend. „Aangezien de marktdeelnemers steeds vaker een beroep doen op artikel 30 EG-Verdrag ter betwisting van alle soorten regelingen die hun commerciële vrijheid beperken (...)" [11], heeft het Hof de oorspronkelijke ratio van die bepaling in ere willen herstellen en deze laatste opnieuw beschouwd als een bepaling die het *goederenverkeer* tussen de lidstaten regelt. Artikel 30 belet de lidstaten dus niet algemene handelsregelingen vast te stellen, wanneer de desbetreffende voorschriften niet specifiek de toegang tot de binnenlandse markt van producten uit andere lidstaten belemmeren. In beginsel kan slechts een beroep op artikel 30 worden gedaan, wanneer de betrokken nationale maatregel een *bijzondere* beperking van de handelsstromen tussen de lidstaten tot gevolg heeft. [12] Aan dat vereiste is niet voldaan bij voorschriften die niet de kenmerken van de producten betreffen, doch enkel de verkoopmodaliteiten ervan. Dergelijke voorschriften, ook al zijn zij van toepassing op alle marktdeelnemers die hun activiteiten op het nationale grondgebied ontplooien, zonder onderscheid naar herkomst van de betrokken producten, hebben geen andere invloed op de verhandeling van producten uit andere lidstaten dan op die van nationale producten. [13]

10. Deze redenering is in een omvangrijke en coherente rechtspraak terug te vinden. Het volstaat eraan te herinneren, dat het Hof, afgezien van het verbod van wederverkoop met verlies, waarover het in het arrest Keck en Mithouard ging, heeft geoordeeld, dat artikel 30 van het Verdrag niet van toepassing is op een deontologisch voorschrift van de beroepsvereniging van apothekers van een lidstaat, waarbij de apothekers in haar ambtsgebied verbod wordt opgelegd, buiten de apotheek reclame te maken voor niet-farmaceutische producten die zij mogen verkopen, voor zover die regeling zonder onderscheid naar de herkomst van de producten geldt en dus voor de afzet van producten uit andere lidstaten geen andere gevolgen heeft dan voor die van nationale producten. [14] Ook oordeelde het Hof, dat een nationale wettelijke regeling die de detailverkoop van tabaksfabrikaten van elke herkomst aan daartoe gemachtigde wederverkopers voorbehoudt, doch de toegang van producten uit andere lidstaten tot de nationale markt daardoor niet meer belemmert of moeilijker maakt dan de toegang van nationale producten tot het distributienet, niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 van het Verdrag valt. Die regeling heeft namelijk niet betrekking op de kenmerken van de producten, maar betreft enkel de modaliteiten voor de detailverkoop van tabaksfabrikaten, en de verplichting de producten via gemachtigde detailhandelaren te laten distribueren, is van toepassing zonder onderscheid naar herkomst van de betrokken producten en heeft geen andere invloed

10 — Punt 16.

11 — Punt 14 van het arrest Keck en Mithouard, reeds aangehaald.

12 — In het arrest van 16 juni 1996, Semeraro Casa Uno e.a. (C-418/93—C-421/93, C-460/93—C-462/93, C-464/93, C-9/94—C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, Jurispr. blz. I-2975) overwoog het Hof, dat het feit dat een nationale wettelijke regeling in het algemeen de omvang van de verkoop en, bijgevolg, die van de verkoop van producten uit andere lidstaten kan beperken, niet volstaat om deze wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van artikel 30 te brengen. Vereist is een specifieke vermindering van de invoer.

13 — Arrest van 14 december 1995, Banchero, C-387/93, Jurispr. blz. I-4663, punten 37 en 44).

14 — Arrest van 15 december 1993, Hünermund e.a. (C-292/92, Jurispr. blz. I-6787).

op de verhandeling van producten uit andere lidstaten dan op die van nationale producten. [15] Om dezelfde reden oordeelde het Hof, dat een nationale regeling die bepaalt dat zuigelingenvoeding uitsluitend in apotheken mag worden verkocht, niet in strijd is met artikel 30 EG-Verdrag. [16]

11. Mijns inziens kan de hierboven aangehaalde rechtspraak op de onderhavige zaak worden toegepast. Om te beginnen is het door de verwijzende rechter beschreven voorschrift zonder onderscheid van toepassing op de Oostenrijkse handelaren en die van de overige lidstaten: ook in aangrenzende landen gevestigde handelaren kunnen immers hun producten op het Oostenrijkse grondgebied ambulant verkopen, en dat onder dezelfde voorwaarden als Oostenrijkse handelaren. Zo bezien is er dus geen sprake van belemmering van de invoer van goederen uit andere lidstaten.

Bovenal echter lijkt mij beslissend, dat de betrokken regeling niet de omvang van de invoer beoogt te beperken, noch tot een dergelijke beperking leidt. Om het met de woorden van 's Hofs rechtspraak te zeggen, zij betreft niet de kenmerken van de levensmiddelen die in het verkeer mogen worden gebracht, doch regelt alleen bepaalde „modaliteiten voor de verkoop" van de producten. Het gaat dus om een regeling van de handelsactiviteit die zowel voor binnenlandse als voor ingevoerde goederen geldt en die niet geëigend is de invoerstromen uit andere lidstaten te beperken. [17]

12. Anders dan de Commissie en TK-Heimdienst in hun schriftelijke opmerkingen wel stellen, levert de betrokken nationale regeling mijns inziens dus geen verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten op. Huns inziens is een slager, een bakker of een andere handelaar in levensmiddelen die zijn producten in Oostenrijk ambulant te koop wenst aan te bieden, verplicht in dat land een vaste inrichting op te richten, naast die welke hij in zijn land van oorsprong heeft. Dat zou onvermijdelijk extra kosten meebrengen en die verkoopmethode onrendabel maken. Ik ben het echter oneens met die stelling. De Oostenrijkse regeling betreft immers niet de handel tussen de lidstaten, en legt evenmin voorwaarden op inzake de toegang van vreemde producten tot de nationale markt. Zij behelst enkel een beperking van het actieterrein van de handelaren die gerechtigd zijn een bepaalde verkoopmodaliteit

15 — Arrest Banchero, reeds aangehaald.

16 — Arrest van 29 juni 1995, Commissie/Griekenland (C-391/92, Jurispr. blz. I-1621).

17 — In dat verband zij erop gewezen, dat de feiten van de onderhavige zaak verschillen van die van de door de Commissie aangehaalde zaak Du Pont de Nemours Italiana (arrest van 20 maart 1990, C-21/88, Jurispr. blz. I-889). In dat arrest oordeelde het Hof, dat een nationale regeling niet aan het verbod van artikel 30 EG-Verdrag kan ontsnappen op grond dat de beperkende werking ervan niet alle nationale producten, doch slechts een gedeelte daarvan voordeel verschaft. In die zaak ging het om een nationale regeling die een percentage van de overheidsopdrachten voor leveringen reserveerde ten gunste van in een bepaald gedeelte van het nationale grondgebied gevestigde ondernemingen; die regeling begunstigde dus de goederen die in een bepaalde streek van een lidstaat werden verwerkt en verhinderde de betrokken overheidslichamen en -diensten om een deel van hun behoeften bij ondernemingen in andere lidstaten te dekken. In de onderhavige zaak is dat niet het geval, daar de beperking van de huis-aan-huisverkoop niet van de herkomst van de te koop aangeboden producten afhangt. De handelaren die in het bezit zijn van een vergunning om in bepaalde Oostenrijkse Verwaltungsbezirken producten ambulant te koop aan te bieden, mogen goederen verkopen die uit alle lidstaten afkomstig zijn, zonder dat de invoer van die goederen aan bijzondere voorwaarden moet voldoen die de handelaren kunnen benadelen. In wezen worden de goederen niet geraakt door de Oostenrijkse regeling die de ambulante verkoop beperkt, zodat die regeling de toegang tot de markt van die producten niet beperkt of meer belemmert dan bij binnenlandse producten het geval is.

toe te passen, welke beperking, zoals reeds gezegd, niet van de oorsprong van de producten afhangt. Bijgevolg is er geen sprake van een openlijke noch van een verkapte beperking van het goederenverkeer. Evenmin is aangevoerd, dat de betrokken regeling tot een vermindering van het totale volume van het handelsverkeer op het nationale grondgebied heeft geleid. Bijgevolg kan er a fortiori geen sprake zijn van een bijzondere invloed op het volume van de invoer, de enige reden die de toepassing van het verbod van kwantitatieve beperkingen of soortgelijke maatregelen rechtvaardigt. Ook zij eraan herinnerd, dat de betrokken nationale regeling uitsluitend betrekking heeft op de ambulante verkoop van levensmiddelen die niet op voorhand besteld zijn. Alle andere verkoopmodaliteiten blijven dus geoorloofd. Het lijkt mij weinig realistisch, dat het feit dat een bijvoorbeeld te Brussel, Parijs of Berlijn gevestigde bakker, slager of andere handelaar in levensmiddelen in Oostenrijk niet met zijn bestelwagen producten ambulant te koop mag aanbieden die niet op voorhand zijn besteld, tot een verlaging van de invoer zal leiden. Daarvoor is er een simpele reden: in de handelspraktijk gelden voor de actieradius van die vorm van distributie „natuurlijke grenzen". Detailhandelaren in levensmiddelen zullen hun producten volgens de in de Oostenrijkse voorschriften voorziene modaliteiten immers alleen aan de consumenten in de aangrenzende gebieden te koop aanbieden. Juist om die reden zijn die voorschriften — voor zover in buurlanden van Oostenrijk gevestigde handelaren de mogelijkheid hebben hun producten onder dezelfde voorwaarden te verkopen als Oostenrijkse handelaren — niet van dien aard, dat zij het intracommunautaire handelsverkeer nadelig kunnen beïnvloeden. Zij vallen dan ook niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 van het Verdrag.

Conclusie

13. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vraag van het Oberste Gerichtshof te beantwoorden als volgt:

„Artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) moet aldus worden uitgelegd, dat het niet in de weg staat aan een wettelijke regeling volgens welke bakkers, slagers en handelaren in levensmiddelen alleen dan producten die zij op basis van hun bedrijfsvergunning te koop mogen aanbieden, rondreizend van

plaats tot plaats of huis aan huis te koop mogen aanbieden, indien zij in het Verwaltungsbezirk waar zij de verkoop in deze vorm verrichten, of in een aan dit Verwaltungsbezirk grenzende gemeente binnen het nationale grondgebied of in een andere lidstaat hun handelsactiviteit ook in een vaste inrichting uitoefenen."