

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

P. MENGOZZI

fremsat den 7. september 2010¹

1. Domstolen har ved flere lejligheder haft mulighed for at behandle spørgsmålet om sammenlignende reklame og har således allerede udviklet en retspraksis, der er temmelig omfattende. I nærværende sag vedrører spørgsmålet fra den forelæggende ret, tribunal de commerce de Bourges, imidlertid et nyt aspekt, nemlig om det er muligt at anvende bestemmelserne om sammenlignende reklame på en sammenligning af fødevarer.

fællesskabsbestemmelser. Som bemærket af den forelæggende ret i forelæggelseskendelsen er de gældende nationale bestemmelser, dvs. artikel 121, stk. 8, og 121, stk. 9, i code de la consommation (lov om forbrug), nemlig udelukkende en gengivelse af de EU-bestemmelser, der var gældende i den pågældende periode.

2. I denne forbindelse har den forelæggende ret anmodet Domstolen om nærmere bestemt at be- eller afkræfte en national fransk retspraksis, hvorefter sammenlignende reklame vedrørende fødevarer er ulovlig som følge af fødevarers iboende egenskaber, der gør dem uegnede til sammenligning.

A — *Direktiv 84/450/EØF, som ændret ved direktiv 97/55/EF*

I — Retsforskrifter

3. De bestemmelser, som skal tages i betragtning for at kunne besvare det spørgsmål, der er blevet rejst, er udelukkende

4. Den relevante retsakt i den foreliggende sag er direktiv 84/450/EØF² (herefter også »direktivet«), som ændret ved direktiv 97/55/EF³.

2 — Rådets direktiv 84/450/EØF af 10.9.1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame (EFT L 250, s. 17).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame (EFT L 290, s. 18).

1 — Originalsprog: italiensk.

5. I direktivets artikel 2, stk. 2, defineres »vildledende reklame« som »enhver reklame, som på nogen måde, herunder dens udformning, skaber eller er egnet til at skabe et urigtigt indtryk hos de personer, den er rettet til eller når ud til, og som på grund af sin vildledende karakter kan antages at påvirke deres økonomiske adfærd, eller som af disse grunde skader eller er egnet til at skade en konkurrent«. I det efterfølgende punkt 2a defineres sammenlignende reklame derimod som »reklame, som direkte eller indirekte henviser til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent«.

- b) prisen eller den måde, hvorpå prisen beregnes, samt betingelserne for levering af varerne og erlæggelse af tjenesteydelserne.
- c) annoncørens status, egenskaber og rettigheder, såsom hans identitet og formue, hans kvalifikationer og immaterielle rettigheder eller de ham tilkendte prisbetingelser og udmærkelser.«

7. I artikel 3a bestemmes følgende:

6. Direktivets artikel 3 er affattet således:

»1. Sammenlignende reklame er tilladt, for så vidt angår sammenligningen, når følgende betingelser er opfyldt:

»Ved afgørelsen af, hvorvidt en reklame er vildledende, skal der tages hensyn til alle dens bestanddele, og især til oplysninger vedrørende:

- a) Reklamen er ikke vildledende i henhold til artikel 2, nr. 2, artikel 3 og artikel 7, stk. 1.
- a) egenskaberne ved varerne eller tjenesteydelserne, såsom det omfang, i hvilket de står til rådighed, deres beskaffenhed, udførelse og sammensætning, måden og tidspunktet for fremstilling eller ydelse, deres hensigtsmæssighed, anvendelsesmuligheder, mængde, specifikationer, geografiske eller handelsmæssige opfindelse eller de resultater, som kan forventes opnået ved brugen, eller resultaterne af og de vigtigste karakteristika ved afprøvning eller kontrol af varerne eller tjenesteydelserne
- b) Den sammenligner varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål.
- c) Den er objektiv og sammenligner en eller flere konkrete og relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for disse varer eller tjenesteydelser, herunder prisen.

d) Den skaber ikke forveksling på markedet mellem annoncøren og en konkurrent eller mellem annoncørens og en konkurrents varemærker, firmanavne, andre karakteristiske kendetegn, varer eller tjenesteydelser.

e) Den bringer ikke en konkurrents varemærker, firmanavne, andre karakteristiske kendetegn, varer, tjenesteydelser, aktiviteter eller situation i miskredit eller udsætter dem for nedvurdering.

f) For produkter med oprindelsesbetegnelse vedrører den i hvert enkelt tilfælde produkter med samme betegnelse.

g) Den drager ikke utilbørligt fordel af den anseelse, der er knyttet til en konkurrents varemærke, firmanavn eller andre karakteristiske kendetegn, eller af konkurrerende produkters oprindelsesbetegnelser.

h) Reklamen fremstiller ikke en vare eller tjenesteydelse som en imitation eller en kopi af en vare eller tjenesteydelse, der er dækket af et beskyttet varemærke eller firmanavn.

8. Afslutningsvis er direktivets artikel 7 affattet på følgende måde:

»1. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser for vildledende reklame med henblik på at sikre en mere vidtgående beskyttelse af forbrugerne, af personer, der udøver virksomhed som handlende, håndværkere eller industridrivende, eller som udøver et liberalt erhverv, samt af offentligheden i almindelighed.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse på sammenlignende reklame, for så vidt angår sammenligningen.

[...]«

B — *Direktiv 84/450/EØF, som ændret ved direktiv 2005/29/EF*

9. Med direktiv 2005/29/EF⁴ ændredes direktiv 84/450/EØF. For så vidt angår den foreliggende sag vedrørte ændringen navnlig artikel 3a og artikel 7.

⁴ — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT L 149, s. 22).

[...]«

10. Artikel 3a i direktiv 84/450/EØF er nu affattet således:

»Sammenlignende reklame er tilladt for så vidt angår sammenligningen, når følgende betingelser er opfyldt:

a) Den er ikke vildledende i henhold til artikel 2, stk. 2, artikel 3 og artikel 7, stk. 1, i dette direktiv eller artikel 6 og 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugere på det indre marked.

b) Den sammenligner varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål.

c) Den er objektiv og sammenligner en eller flere konkrete og relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for disse varer eller tjenesteydelser, herunder prisen.

d) Den bringer ikke en konkurrents varemærker, firmanavne, andre karakteristiske kendetegn, varer, tjenesteydelser, aktiviteter eller situation i miskredit eller udsætter dem for nedvurdering.

e) For produkter med oprindelsesbetegnelse vedrører den i hvert enkelt tilfælde produkter med samme betegnelse.

f) Den drager ikke utilbørligt fordel af den anseelse, der er knyttet til en konkurrents varemærke, firmanavn eller andre karakteristiske kendetegn, eller af konkurrerende produkters oprindelsesbetegnelser.

g) Reklamen fremstiller ikke en vare eller tjenesteydelse som en imitation eller en kopi af en vare eller tjenesteydelse, der er dækket af et beskyttet varemærke eller firmanavn.

h) Den medfører ikke forveksling mellem erhvervsdrivende, mellem annoncøren og en konkurrent eller mellem annoncørens varemærker, firmanavne, andre karakteristiske kendetegn, varer og tjenesteydelser og en konkurrents.«

11. Artikel 7 er nu affattet således:

»1. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser med henblik på at sikre en mere vidtgående beskyttelse af erhvervsdrivende og konkurrenter i forbindelse med vildledende reklame.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse på sammenlignende reklame for så vidt angår sammenligningen.

[...]«

eller kan forventes at vildlede en gennemsnitsforbruger, selv om oplysningerne er faktisk korrekte, med hensyn til et eller flere af følgende elementer og under alle omstændigheder foranlediger eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet:

12. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var direktiv 2005/29/EF allerede trådt i kraft. Fristen for gennemførelse af direktivet i den nationale lovgivning, som var fastsat til den 12. juni 2007⁵, var imidlertid endnu ikke udløbet.

- a) produktets eksistens eller art
- b) de væsentligste egenskaber ved produktet

[...]

C — Direktiv 2005/29/EF

13. I artikel 6 og 7 i direktiv 2005/29/EF, hvortil der nu henvises i artikel 3a i direktiv 84/450/EØF, defineres begrebet vildledende reklame henholdsvis som »vildledende handlinger« og »vildledende udeladelser«.

2. En handelspraksis betragtes også som vildledende, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og betingelser, foranlediger gennemsnitsforbrugeren eller kan forventes at foranledige denne til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet, og den indebærer:

14. I artikel 6 bestemmes følgende:

»1. En handelspraksis betragtes som vildledende, hvis den indeholder urigtige oplysninger og derfor er usandfærdig eller f.eks. i kraft af sin generelle fremstillingsform vildleder

- a) en markedsføring, herunder sammenlignende reklame, vedrørende et produkt, som medfører, at det forveksles med et produkt, et varemærke, en handelsbetegnelse eller andre kendetegn, som tilhører en konkurrent

5 — Jf. artikel 19 i direktiv 2005/29/EF.

[...]«

15. Artikel 7 er affattet således:

»1. En handelspraksis betragtes som vildledende, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og begrænsninger ved kommunikationsmediet, udelader væsentlige oplysninger, som gennemsnitsforbrugeren har behov for i den pågældende situation for at træffe en informeret transaktionsbeslutning, og derved foranlediger gennemsnitsforbrugeren eller kan forventes at foranledige denne til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.

[...]

4. Ved en opfordring til køb betragtes følgende oplysninger som væsentlige, hvis de ikke allerede fremgår tydeligt af sammenhængen:

- a) produktets vigtigste karakteristika i et omfang, der svarer til mediet og produktet

[...]

- c) prisen inklusive afgifter, [...]«

16. Efter direktiv 2005/29/EF er bestemmelserne om vildledende og sammenlignende reklame blevet konsolideret i direktiv 2006/114/EF⁶ uden væsentlige ændringer.

II — De faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

17. Tvisten for den forelæggende ret vedrører to selskaber, der driver supermarkeder. Det drejer sig om henholdsvis selskabet Lidl og selskabet Vierzon. Sidstnævnte, der opererer under navnet Leclerc, havde den 23. september 2006 en reklame i den lokale avis, hvori de økonomiske fordele ved indkøb foretaget i fire forskellige supermarkeder blev sammenlignet.

18. Listen over indkøbte produkter, der var ledsaget af en angivelse af de respektive priser, omfattede 34 produkter fra hvert af disse supermarkeder. Der var tale om dagligvarer, hovedsageligt fødevarer, som for en stor dels vedkommende var sammenfaldende. De forskellige produkters mærker var ikke anført. Af den samlede pris for hver enkelt af disse således beskrevne »indkøbsvogne« fremgik det, at den samlede pris for en indkøbsvogn med disse varer var lavest hos supermarkedet Leclerc, nemlig 46,30 EUR. Supermarkedet

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114/EF af 12.12.2006 om vildledende og sammenlignende reklame (kodificeret udgave), EUT L 376, s. 21.

Lidl kom ind på en andenplads med en samlet pris på 51,40 EUR. De andre to supermarkeder, der var medtaget i sammenligningen, var endnu dyrere. Angivelsen af de fire produktfortegnelser med tilhørende priser var ledsaget af et slogan, hvori det blev fremhævet, at supermarkedskæden Leclerc havde de laveste priser.

betingelserne og stederne for deres fremstilling, de anvendte ingredienser og producentens erfaring?»

III — Retsforhandlinger for Domstolen

19. Som følge af den ovennævnte reklame anlagde Lidl sag mod Vierzon ved den forelæggende ret, idet selskabet gjorde gældende, at navnlig bestemmelserne om sammenlignende reklame var overtrådt.

21. Forelæggelseskendelsen indgik til Justitskontoret den 8. maj 2009. Parterne i hovedsagen, den tjekkiske regering, den østrigske regering og den franske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

20. Idet den forelæggende ret finder, at det med henblik på at afgøre den tvist, der verserer for den, er nødvendigt at fortolke EU-bestemmelserne om sammenlignende reklame, har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

22. Under retsmødet den 1. juli 2010 afgav parterne i hovedsagen, den franske regering og Kommissionen mundtlige indlæg.

IV — Det præjudicielle spørgsmål

»Skal artikel 3a i direktiv 84/450/EØF, som ændret ved direktiv 97/55/EF, fortolkes således, at det ikke er lovligt at anvende en reklame, der sammenligner priser på varer, der opfylder samme behov eller har samme formål, dvs. varer, som har en tilstrækkelig grad af indbyrdes ombyttelighed, alene med den begrundelse, at for så vidt angår fødevarer varierer deres spiselighed, eller i hvert fald nydelsen ved at indtage dem, alt efter

A — Formaliteten

23. I sine skriftlige bemærkninger hævder den franske regering først og fremmest, at

det præjudicielle spørgsmål ikke bør antages til realitetsbehandling. Den begrundet dette synspunkt med, at den forelæggende ret ikke har fremlagt tilstrækkelige oplysninger til at gøre det muligt nøjagtigt at identificere de produkter, der var medtaget i den sammenlignende reklame, eller disse produkters særlige karakteristika.

24. Det må imidlertid bemærkes, at den forelæggende rets spørgsmål, som vedrører en faktisk omstændighed beskrevet forholdsvis kort, i virkeligheden er et rent retligt spørgsmål, og at det som sådan er formuleret tydeligt. Et detaljeret kendskab til de konkrete faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten ved den nationale ret, er nyttigt, men ikke nødvendigt for at give et juridisk og abstrakt svar på et lige så abstrakt spørgsmål.

25. Det skal ligeledes påpeges, at en gengivelse af den sammenlignende reklame, der ligger til grund for tvisten for den forelæggende ret, var vedlagt bemærkningerne fra en af procesdeltagerne i retsforhandlingerne for Domstolen og nu er vedlagt sagens akter. Den franske regering udtrykte sig under retsmødet i vendinger, der gav anledning til at antage, at problemet med hensyn til antagelsen til realitetsbehandling var løst.

26. Formalitetsindsigelsen bør derfor ikke tages til følge.

B — Direktiv 2005/29/EF

27. Et særligt problem i den foreliggende sag, hvilket især omtales i den østrigske regerings bemærkninger, vedrører den eventuelle rolle, som direktiv 2005/29/EF kan spille ved besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. Som anført ovenfor i forbindelse med redegørelsen for retsforskrifterne, var dette direktiv allerede trådt i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, men fristen for direktivets gennemførelse i national ret var endnu ikke udløbet.

28. I sådanne tilfælde fastslås det i Domstolens retspraksis, at man så vidt muligt skal afholde sig fra at fortolke national ret således, at de mål, som direktivet tilstræber, bringes i alvorlig fare efter udløbet af gennemførelsesfristen⁷.

29. I den foreliggende sag mener jeg imidlertid, at det grundlæggende spørgsmål består i at undersøge, om en eventuel hensyntagen til direktiv 2005/29/EF konkret vil indebære en ændring af den løsning, som skal meddeles den nationale ret. Svaret på dette spørgsmål er efter min overbevisning benægtende.

30. Af relevans for sagen bemærker jeg først og fremmest, at der med direktiv 2005/29/

⁷ — Dom af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 123, og af 23.4.2009, forenede sager C-261/07 og C-299/07, VTB-VAB, Sml. I, s. 2949, præmis 39.

EF kun blev indført nogle præciseringer om vildledende reklame. Det spørgsmål, den forelæggende ret har indbragt, vedrører imidlertid ikke betingelserne for at kunne betegne reklame som vildledende, men derimod kun, om det generelt er muligt at anvende betingelserne for, hvornår sammenlignende reklame er tilladt, på fødevarer. Det forhold, at en af betingelserne for den sammenlignende reklames lovlighed er, at den pågældende reklame ikke må være vildledende, ændrer ikke ved det faktum, at spørgsmålet ikke vedrører definitionen af vildledende reklame.

for de faktiske omstændigheder, for at bruge Domstolens ord skulle bringe det mål, som det seneste direktiv tilstræber, i alvorlig fare efter udløbet af gennemførelsesfristen⁸.

32. Jeg finder det således ikke nødvendigt, at Domstolen tager indholdet af direktiv 2005/29/EF i betragtning ved fastlæggelsen af et svar til den forelæggende ret.

C — Arten af de påberåbte rettigheder

31. Under alle omstændigheder forekommer det mig at være indlysende, at det heller ikke ville indebære særlige vanskeligheder at tage hensyn til de ændringer, som blev indført med direktiv 2005/29/EF. Konkret forholder det sig faktisk sådan, at dette direktiv, navnlig artikel 6 og 7, der er en omformulering af artikel 3a i direktiv 84/450/EF, blot har til formål at præcisere begrebet »vildledende reklame«, der er anført i direktiv 84/450/EF, som ændret ved direktiv 97/55, *men ikke at ændre begrebet eller endnu mindre at fordreje det*. Der ses følgelig ikke at være nogen begrundelse for, hvordan en vagere og mere generisk fortolkning af begrebet »vildledende reklame«, der kun er fokuseret på affattelsen af direktiv 84/450/EØF, som var gældende på tidspunktet

33. Tvisten ved den forelæggende ret angår to private foretagender. Spørgsmålet er derfor, om det rejste spørgsmål ikke indebærer en såkaldt »horisontal« anvendelse af et direktiv i strid med Domstolens faste retspraksis, hvori det fastslås, at et direktiv i princippet ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer⁹.

34. Jeg bemærker imidlertid, at den nationale ret, som korrekt fremhævet i den franske regerings bemærkninger, for så vidt angår nærværende tvist er blevet anmodet om at foretage en fortolkning af en national lovbestemmelse,

⁸ — VTB-VAB-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 39.

⁹ — Jf. f.eks. senest dom af 19.1.2010, sag C-555/07, Küçükdeveci, Sml. I, s. 365, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.

der omfatter en i det væsentlige ordret gennemførelse af direktiv 84/450/EØF, som ændret ved direktiv 97/55/EF.

at forbyde fremgangsmåder, der vil kunne fordreje konkurrencen, skade konkurrenterne og påvirke forbrugernes valg i uheldig retning«¹¹.

35. Som følge heraf og navnlig i betragtning af den nationale rets pligt til at fortolke de nationale bestemmelser, hvori et direktiv er blevet indarbejdet, så vidt muligt i lyset af affattelsen af og anvendelsesområdet for dette direktiv¹⁰, er der heller ikke på den baggrund nogen problemer med at antage det spørgsmål, som tribunal de commerce de Bourges har forelagt, til realitetsbehandling og/eller at anse det for at være relevant.

37. På baggrund af disse betragtninger følger det af Domstolens faste praksis, at direktivets bestemmelser skal fortolkes på den for den sammenlignende reklame gunstigste måde, hvilket blot medfører, at der til enhver tid skal tages højde for, at forbrugerne skal beskyttes mod eventuel villedende reklame¹².

D — Direktiv 84/450/EØF og sammenlignende reklame: generelle betragtninger

36. Direktivets artikel 3a, som opregner betingelserne for den sammenlignende reklames lovlighed generelt, har til formål at »stimulere konkurrencen mellem vare- og tjenesteydelsesleverandørerne ved at give konkurrenterne mulighed for objektivt at klarlægge fortrinnene ved de forskellige sammenlignelige produkter og ved samtidig

38. Det må påregnes, at begrebet »sammenlignende reklame«, som anvendes i direktivet, er meget bredt. For at der foreligger sammenlignende reklame, er det tilstrækkeligt, at der findes en meddelelse under en hvilken som helst form, endog indirekte, der henviser til en konkurrent eller til de goder eller tjenesteydelser, konkurrenten udbyder. Det er heller ikke nødvendigt at foretage en egentlig sammenligning mellem de goder og tjenesteydelser, der udbydes af annoncøren, og dem, som udbydes af konkurrenten¹³.

39. Direktivets regler om sammenlignende reklame er desuden udtømmende. Heraf følger, at eventuelle nationale bestemmelser

10 — Jf. f.eks. senest dom af 28.1.2010, sag C-406/08, Uniplex (UK), Sml. I, s. 817, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

11 — Dom af 18.6.2009, sag C-487/07, L'Oréal m.fl., Sml. I, s. 5185, præmis 68.

12 — Ibidem, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Dom af 25.10.2001, sag C-112/99, Toshiba Europe, Sml. I, s. 7945, præmis 31.

herom, der er strengere, ikke kan finde anvendelse¹⁴.

betegnelser og finder således ikke anvendelse i denne sammenhæng.

E — De generelle betingelser for sammenlignende reklames lovlighed

40. De generelle betingelser for sammenlignende reklames lovlighed er anført i direktivets artikel 3a, stk. 1. Der er i alt otte betingelser, og de er kumulative, dvs. at det forhold, at blot en af dem ikke er opfyldt, er tilstrækkeligt til at erklære den sammenlignende reklame for ulovlig¹⁵. Med henblik på besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål er det imidlertid kun de tre første betingelser, der er relevante. De øvrige betingelser vedrører nemlig anvendelsen af eller henvisningen til varemærker, karakteristiske kendetegn og

41. Den første betingelse for den sammenlignende reklames lovlighed er, at den sammenlignende reklame ikke må være vildledende. Jeg har allerede haft lejlighed til at fremsætte bemærkninger om denne betingelse, og jeg vil vende tilbage hertil længere fremme¹⁶. Det forholder sig imidlertid fortsat således, at det spørgsmål, som den forelæggende ret har indgivet til Domstolen, ikke vedrører begrebet »vildledende reklame«, men derimod udelukkende drejer sig om, hvorvidt det er muligt generelt og abstrakt at anvende bestemmelserne om sammenlignende reklame på fødevarer.

42. Den anden og tredje betingelse for lovligheden er derimod af mere direkte relevans for den foreliggende sag. Med den anden betingelse kræves det, som det fremgår, at den sammenlignende reklame »sammenligner varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål«. I denne forbindelse er det i betragtning af lovgiverens ønske om, at direktivet skal fortolkes på den for den sammenlignende reklame gunstigste måde, i Domstolens retspraksis blevet præciseret, at denne betingelse for lovligheden ikke bør fortolkes for restriktivt. Denne betingelse er især blevet fortolket således, at de sammenlignede varer blot skal have »en

14 — Dom af 8.4.2003, sag C-44/01, Pippig Augenoptik, Sml. I, s. 3095, præmis 44. På området for vildledende reklame er der i den version af direktivet, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen, derimod kun foretaget en minimumsharmonisering, som tillader, at medlemsstaterne fastsætter nationale bestemmelser, der er strengere, og som navnlig har til formål at beskytte forbrugerne (ibidem, præmis 40), forudsat at disse ikke er i strid med bestemmelserne om sammenlignende reklame for så vidt angår sammenlignings form og indhold (ibidem, præmis 44). Det bør i øvrigt bemærkes, at EU-retten ifølge direktiv 2005/29/EF nu også bør betragtes som udtømmende inden for nogle områder, der omhandler vildledende reklame, da det nu kun står medlemsstaterne frit at vedtage eller opretholde strengere bestemmelser til beskyttelse af erhvervsdrivende og konkurrenter; jf. sjette betragtning til direktiv 2005/29/EF samt den nye affattelse af artikel 7 i direktiv 84/450/EØF.

15 — Jf. 11. betragtning til direktiv 97/55/EF, hvorefter »[...] betingelserne for sammenlignende reklame bør være kumulative og overholdes fuldt ud [...]«. Der henvises ligeledes til Pippig Augenoptik-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 54.

16 — Jf. herom punkt 54 ff. nedenfor.

tilstrækkelig grad af indbyrdes ombyttelighed for forbrugeren»¹⁷.

43. Med den tredje betingelse for lovligheden kræves det endelig, at den sammenlignede reklame med hensyn til de sammenlignede produkter er »objektiv og sammenligner en eller flere konkrete og relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for disse varer eller tjenesteydelser, herunder prisen«. Herved bør det præciseres, at sammenlignende reklame er tilladt, såfremt der, som i den foreliggende sag, kun foretages en sammenligning alene af prisen på produkterne¹⁸.

44. Efter således at have præciseret de generelle betingelser for den sammenlignende reklames lovlighed, som er relevante for den nærværende sag, vil jeg herefter analysere kernen i det af den nationale rets forelagte problem, og dette spørgsmål består i, under hvilke omstændigheder det er muligt at anvende de ovennævnte betingelser på en sammenligning af fødevarer.

F — Anvendelse af direktivet på en sammenlignende reklame for fødevarer

45. Som det fremgår, omhandler den virkelige kerne i den nationale rets præjudicielle spørgsmål muligheden for generelt at

anvende EU-bestemmelserne om sammenlignende reklame på en sammenligning af fødevarer. Jeg bemærker i denne forbindelse, at den omtvistede reklame i hovedsagen i virkeligheden ikke blot vedrører fødevarer. Eksempelvis står vaskemidler opført nederst på listen over sammenlignede produkter. Under alle omstændigheder udgør fødevarer faktisk langt størstedelen af de sammenlignede produkter, hvilket begrundes og retfærdiggør affattelsen af det præjudicielle spørgsmål.

46. Det forhold, at sammenligningen, som i den foreliggende sag, ikke vedrører enkelte produkter, men derimod en liste over produkter, skaber ingen problemer i forhold til den sammenlignende reklames lovlighed. Denne særlige form for reklame er faktisk allerede blevet anerkendt som tilladt i Domstolens retspraksis, forudsat at produkterne på de lister, der skal sammenlignes, er sammenlignelige¹⁹. Det påhviler naturligvis den forelæggende ret at kontrollere, om disse betingelser for lovligheden er opfyldt, men på baggrund af oplysningerne i sagens akter synes det muligt at konkludere, at de pågældende betingelser er opfyldt i den foreliggende sag, da varerne i hver af »indkøbsvognene« står opført i en bestemt rækkefølge og ses at være indbyrdes ombyttelige i forhold til de varer, der står anført på samme plads i alle de øvrige »indkøbsvogne«.

17 — Dom af 19.9.2006, sag C-356/04, Lidl Belgium, Sml. I, s. 8501, præmis 26, og af 19.4.2007, sag C-381/05, De Landtsheer Emmanuel, Sml. I, s. 3115, præmis 44.

18 — Jf. ottende betragtning til direktiv 97/55/EE, hvori det bemærkes, at »[...] en sammenligning af prisen alene på varer og tjenesteydelser bør være mulig, hvis sammenligningen overholder visse betingelser, især at den ikke er vildledende«. Der henvises også til Lidl Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 56.

19 — Lidl Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 34-36.

47. Direktiv 84/450/EØF indeholder ingen udtrykkelige undtagelser eller særlige bestemmelser om fødevarer. På dette grundlag ses det derfor ikke, hvorledes en sammenlignende reklame for fødevarer generelt skulle kunne anses for at være ulovlig, navnlig i lyset af fortolkningsprincippet om, at direktivets bestemmelser i tvivlstilfælde skal fortolkes på den for den sammenlignende reklame gunstigste måde²⁰. Desuden har Domstolen allerede haft lejlighed til at beskæftige sig med sammenlignende reklame vedrørende fødevarer, og i den forbindelse har direktivets påståede manglende anvendelighed på disse varer på intet tidspunkt været aktuel²¹. Afslutningsvis bør det endvidere erindres, at en af betingelserne for den sammenlignende reklames lovlighed, der er anført i direktivets artikel 3a, stk. 1, er bestemmelsen i litra f), som omhandler produkter med oprindelsesbetegnelse, men som ikke ville give mening, hvis fødevarer ikke måtte gøres til genstand for sammenligninger.

48. Som jeg netop har påpeget ovenfor, fremgår det af Domstolens fortolkning, at når varer, der sammenlignes, opfylder samme behov eller tjener samme formål i henhold til direktivets artikel 3a, første led, litra b), betyder det, at disse varer skal have en tilstrækkelig grad af indbyrdes ombyttelighed²². Det forekommer mig indlysende, at det med denne formulering ikke forudsættes, at de sammenlignede fødevarer har de samme smagsmæssige egenskaber. Det forudsætter naturligvis, at den pågældende reklame ikke omfatter vildledende reklame, som det fremgår læn- gere fremme. Domstolen har taget samme

udgangspunkt, idet den har bekræftet lovligheden af en sammenlignende reklame, hvori der blev foretaget en sammenligning af varer, der ikke havde nogen oprindelsesbetegnelse, og varer, som havde oprindelsesbetegnelse²³.

49. I øvrigt har Kommissionen med rette fremhævet i sine skriftlige bemærkninger, at en stor del af meningen med den sammenlignende reklame ville gå tabt, hvis det kun var lovligt at foretage en sammenligning af ens varer eller under alle omstændigheder af varer, der var fuldstændigt sammenfaldende med hensyn til karakteristiske kendetegn, og meningen er netop at sammenligne forskellige produkter og gøre opmærksom på de respektive fordele (og ulemper).

50. I Domstolens praksis er der fastlagt rammer for den konkrete metode til kontrol af, om de varer, der sammenlignes, har en tilstrækkelig grad af indbyrdes ombyttelighed. Det drejer sig om en vurdering, som det påhviler den nationale ret at foretage med udgangspunkt i direktivets målsætninger og de principper, der er fastlagt i retspraksis. Den nationale ret skal i sin bedømmelse henholde sig til både den eksisterende markedssituation og den mulige udvikling heri, uden nødvendigvis at begrænse sig til forbrugsvanerne i en enkelt medlemsstat eller i et bestemt område. I denne vurdering kan det billede,

20 — Jf. punkt 37 ovenfor.

21 — Der henvises f.eks. til Lidl Belgium-dommen og De Landtsheer Emmanuel-dommen, begge nævnt ovenfor i fodnote 17.

22 — Jf. punkt 42 ovenfor.

23 — De Landtsheer Emmanuel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 66.

som annoncøren ønsker at give af varen, også spille en rolle²⁴.

51. Det er ikke muligt at angive på forhånd, hvilke faktorer den nationale ret kan finde afgørende for forbrugerne med henblik på bedømmelsen af den indbyrdes ombyttelighed af de sammenlignede varer. Det er jo en bedømmelse, der bør foretages i hvert enkelt tilfælde i henhold til den konkrete situations særlige karakteristika²⁵. Aspekter såsom kvaliteten af de sammenlignede produkter eller deres tilhørsforhold til et bestemt sortiment, kan imidlertid udgøre væsentlige faktorer i denne forbindelse, hvis de i forhold til forbrugerne kan have indvirkning på de sammenlignede produkters substituerbarhed.

53. Hvis der i betingelserne for den sammenlignende reklames lovlighed blev indført et krav om *fuldstændig identiske smagsmæssige egenskaber*, ville man opnå samme resultat, som hvis man havde erklæret, at direktivet under ingen omstændigheder ville kunne finde anvendelse på denne type varer. Som Den Tjekkiske Republiks regering med rette har fremhævet i sine skriftlige bemærkninger, ville en tilsvarende betingelse, der ikke er forudsat af lovgiveren, medføre, at der i prøvelsen af den sammenlignende reklames lovlighed ville blive indført et subjektivt element, som til enhver tid ville gøre det muligt for en konkurrent at blokere en rivals sammenlignende reklame med den begrundelse, at der var kvalitets- og/eller smagsforskelle mellem de pågældende produkter.

G — Efterprøvning af reklamens ikke-vildledende karakter

52. Således indebærer smagsforskelle mellem fødevarer, der sammenlignes, ikke, at en sammenlignende reklame er ulovlig. Sammenlignende reklame er lovlig, hvis blot a) der er en tilstrækkelig grad af indbyrdes ombyttelighed mellem produkterne, hvilket det påhviler den nationale ret at kontrollere, b) den pågældende reklame ikke er vildledende (dette aspekt vil blive behandlet i det følgende), c) de øvrige betingelser for lovligheden, som er beskrevet i direktivets artikel 3a, stk. 1, er opfyldt.

54. Som jeg allerede har anført, har den forelæggende ret ikke anmodet Domstolen om retningslinjer vedrørende vildledende reklame. Da reklamens ikke-vildledende karakter imidlertid er en af de grundlæggende betingelser for den sammenlignende reklames lovlighed, og da det kan overvejes, om begrebet »vildledende reklame«, som finder anvendelse på fødevarer, adskiller sig fra den »almindelige« definition af begrebet, finder jeg det hensigtsmæssigt at fremsætte nogle korte betragtninger herom.

24 — *Ibidem*, præmis 33-37 og 43.

25 — Jeg henviser i denne forbindelse til mit forslag til afgørelse af 30.11.2006 i *De Landtsheer Emmanuel-sagen*, nævnt ovenfor i fodnote 17, punkt 98-105.

55. Som tidligere anført defineres vildledende reklame generelt i artikel 2, stk. 2, i direktiv 84/450/EØF²⁶. Denne definition omfatter to grundlæggende elementer. For det første: Vildledende reklame skaber (eller kan i det mindste muligvis skabe) et urigtigt indtryk hos de personer, den er rettet til. For det andet: Som følge af den første egenskab kan vildledende reklame påvirke disse personers økonomiske adfærd eller skade en konkurrent til annoncøren.

56. Det tilkommer altid den nationale ret at undersøge, om den pågældende reklame kan betragtes som vildledende. Denne efterprøvning skal nemlig foretages på grundlag af de særlige omstændigheder, som gør sig gældende i hver enkelt konkret sag, navnlig under hensyntagen til de forbrugere, som reklamen er rettet til, og der skal tages udgangspunkt i forventningen hos en almindeligt oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger²⁷.

57. Uden at jeg agter at fratage den nationale ret dens enekompetence, synes det mig i den foreliggende sag muligt at fastlægge en ramme for fastslåelsen af, om de forbrugere, som den sammenlignende reklame henvender sig til, er blevet vildledt, eller om de risikerer at blive vildledt.

58. Først og fremmest bør det forhold, at den konkrete sammenlignende reklame ikke indeholder oplysninger om de sammenlignede produkters varemærker, generelt ikke betragtes som vildledende reklame. Dette selv om Domstolen har anerkendt, at en undladelse af at angive de sammenlignede produkters varemærker i nogle tilfælde kan betragtes som vildledende reklame. Som det præciseres i Pippig Augenoptik-dommen, gælder dette kun i de tilfælde, hvor varemærket mærkbart kan påvirke køberens valg, og hvor sammenligningen vedrører konkurrenters produkter, hvis varemærker er meget forskellige med hensyn til anseelse²⁸.

59. Med andre ord kan en undladelse af at nævne varemærkerne kun betragtes som vildledende reklame i temmelig få tilfælde, idet den af Domstolen fastsatte referencetærskel i Pippig Augenoptik-dommen er meget høj. Den pågældende sag omhandlede undladelser af at nævne mærker på brilleglas, og dette er således en vare i en helt anden kategori for så vidt angår pris og ombyttelighed i forhold til en række generiske basisfødevarer. Det må heller ikke glemmes, at Domstolen også i den pågældende sag under alle omstændigheder overlod det til den nationale ret at afgøre, om reklamen var vildledende eller ej.

26 — Lidl Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 76.

27 — Dom af 16.1.1992, sag C-373/90, X, Sml. I, s. 131, præmis 15, Pippig Augenoptik-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 55, og Lidl Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 77 og 78 og den deri nævnte retspraksis.

28 — Pippig Augenoptik-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 53.

60. Med det forbehold, at kun den forelæggende ret kan tage stilling til dette spørgsmål, har jeg følgelig svært ved at forestille mig, at undladelsen i den foreliggende sag af at nævne de sammenlignede produkters varemærker kan betragtes som en handling, der er omfattet af definitionen af vildledende reklame. Sagen ville have været en anden, hvis f.eks. annoncøren havde undladt at nævne de sammenlignede produkters varemærker med henblik på at skabe et urigtigt indtryk af varerne hos forbrugerne. Man kunne f.eks. tænke sig en sammenligning, der var tilrettelagt således, at det vildledende blev antydet, at den vare, der udbydes til en mærkbart lavere pris, er af samme mærke som det dyrere produkt.

61. Undladelsen af at nævne varemærkerne kan derimod være af væsentlig betydning, hvis dette indebærer, at det bliver umuligt at identificere de produkter, der sammenlignes. Det fremgår faktisk af retspraksis, at varerne i sammenligningen skal kunne identificeres »individuelt og specifikt«²⁹. Hvis varerne, som i det foreliggende tilfælde, identificeres generisk i reklamen (»margarine«, »smørepålæg«, »tomatpuré« osv.), og varemærket ikke præciseres, kunne der være risiko for, at det ikke var muligt at foretage en tilstrækkelig præcis identifikation af de sammenlignede produkter. Også her er det en vurdering, som det tilkommer den nationale ret at foretage.

Når de sammenlignede varer f.eks. er de eneste af denne art, der sælges i de pågældende supermarkeder (for at bruge samme eksempler som i det ovenstående, dvs. den eneste margarine, den eneste tomatpuré osv.), eller når de i sagens natur er fuldstændig substituerbare i forhold til de konkurrerende produkter, volder den manglende eller umulige identifikation af varerne ingen problemer.

62. Domstolen har ligeledes haft lejlighed til at fremhæve, at også metoderne til udvælgelse af de konkrete varer, som lægges i den »indkøbsvogn«, der benyttes i den sammenlignende reklame, abstrakt set ville kunne betragtes som vildledende reklame. Dette kunne især være tilfældet, hvis udvælgelsen af produkter kunne lede forbrugerne i den vildfarelse, at *alle annoncørens produkter er billigere end alle dennes konkurrenters produkter*³⁰. Det bemærkes imidlertid, at denne retspraksis ikke er relevant i den verserende sag. Nævnte retspraksis er nemlig fastlagt af Domstolen i forbindelse med en situation, hvor genstanden for den sammenlignende reklame ikke var specifikke varer, men det generelle prisniveau i konkurrerende supermarkeder. I den foreliggende sag er der imidlertid ikke tale om generelle oplysninger om priser, som til enhver tid ville være lavere i ét supermarked end i et andet. Som det fremgår, omhandler den sammenlignende reklame, som den forelæggende ret skal træffe afgørelse om, faktisk sammenligningen af en på forhånd fastlagt og bestemt liste over produkter,

29 — Lidl Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 61.

30 — Ibidem, præmis 83.

der sælges i konkurrerende supermarkeder. Jeg anser det for fuldkommen irrelevant, at denne sammenligning ledsages af et generisk slogan om, at annoncørens supermarked er det billigste, når dette slogan ikke omfatter en kvantitativ og/eller numerisk angivelse.

V — Forslag til afgørelse

63. På baggrund af de ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af tribunal de commerce de Bourges forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»I medfør af Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om vildledende og sammenlignende reklame er sammenlignende reklame lovlig, når den udelukkende omfatter en sammenligning af prisen på fødevarer, der, selv om de måtte betragtes som forskellige med hensyn til de smagsmæssige egenskaber, imidlertid har en tilstrækkelig grad af indbyrdes ombyttelighed. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om denne og de øvrige betingelser, der er fastlagt i artikel 3a i direktiv 84/450/EØF, er opfyldt, og navnlig om dette er tilfældet for betingelsen om, at der ikke må være tale om vildledende reklame.«