

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL A. TIZZANO

van 12 september 2002 ¹

1. Bij op 2 februari 2001 bij het Hof ingekomen beschikking heeft het Oberste Gerichtshof te Wenen verscheidene prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame², zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG³ (hierna zal ik richtlijn 84/450/EEG in de gewijzigde versie eenvoudigheidshalve „richtlijn 84/450” dan wel „richtlijn” noemen). Met deze vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen onder welke voorwaarden vergelijkende reclame in de zin van de richtlijn is geoorloofd en in hoeverre de lidstaten strengere bepalingen op dit gebied mogen toepassen.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsrecht

2. Richtlijn 84/450 heeft tot doel „de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd” (artikel 1).

3. Artikel 2, punt 2, van richtlijn 84/450 omschrijft „misleidende reclame” als „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen”; bij de desbetreffende beoordeling moeten volgens artikel 3 van de richtlijn alle bestanddelen van de

¹ — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

² — PB L 250, blz. 17.

³ — Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PB L 290, blz. 18; omzettingsdatum: uiterlijk 23 april 2000).

reclame in aanmerking worden genomen.⁴ Artikel 7, lid 1, van de richtlijn bepaalt echter dat deze „de lidstaten niet [belet] voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen”.

4. Onder vergelijkende reclame wordt in artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn verstaan „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”. In dit verband bepaalt artikel 3 bis van de richtlijn:

„1. Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:

- a) niet misleidend is in de zin van artikel 2, lid 2, artikel 3 en artikel 7, lid 1;
- b) goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- c) op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;
- d) er niet toe leidt dat op de markt de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward;
- e) niet de goede naam schaadt van of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;

⁴ — Aangaande de in aanmerking te nemen bestanddelen noemt artikel 3 van de richtlijn met name:

„de kenmerken van de goederen of diensten, zoals beschikbaarheid, aard, uitvoering, samenstelling, procédé en datum van fabricage of levering, geschiktheid voor het gebruik, de gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong of van het gebruik te verwachten resultaten, of de uitslagen en essentiële uitkomsten van onderzoek van de goederen of diensten”;
 „de prijs of de wijze van prijsberekening, alsmede de voorwaarden waarop de goederen worden geleverd of de diensten worden verricht”;
 „de hoedanigheid, kwalificaties en rechten van de adverteerder, zoals zijn identiteit en zijn vermogen, zijn bekwaamheden en zijn industriële, commerciële of intellectuele eigendomsrechten of zijn bekroningen en onderscheidingen”.

- f) voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;
- g) geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten;
- h) niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.

het gebied van misleidende reclame op nationaal niveau een verdergaande bescherming van consumenten, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen, te handhaven of aan te nemen, volgens artikel 7, lid 2, van de richtlijn „niet van toepassing [is] op vergelijkende reclame voorzover het de vergelijking betreft”. Het motief voor deze bepaling is met name vastgelegd in de achttiende overweging van de considerans van richtlijn 97/55, volgens welke het voorschrift over de aanneming van strengere nationale bepalingen „niet van toepassing behoort te zijn op vergelijkende reclame, aangezien met de aanpassing van die richtlijn juist wordt beoogd voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is”.

Nationaal recht

2. Elke vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding, moet duidelijk en ondubbelzinnig het einde en, zo de speciale aanbieding nog niet loopt, het begin aangeven van de periode gedurende welke de speciale prijs of andere specifieke voorwaarden gelden dan wel in voorkomend geval, vermelden dat de speciale aanbieding loopt zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden geleverd.”

6. Richtlijn 97/55 werd in Oostenrijk omgezet door een op 1 april 2000 in werking getreden wijziging van het Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (bondswet tegen oneerlijke mededinging; hierna: „UWG”). De bepalingen van het UWG werden evenwel door de rechtspraak al voordien uitgelegd in het licht van de bepalingen van richtlijn 84/450 die op de vergelijkende reclame betrekking hebben.

5. In casu is van belang, dat artikel 7, lid 1, van de richtlijn, krachtens hetwelk het, zoals supra uiteengezet, geoorloofd is op

7. Zoals blijkt uit de gegevens in de verwijzingsbeschikking, was vergelijkende

reclame met betrekking tot de prijs vóór de inwerkingtreding van de genoemde wijziging krachtens § 2, lid 1, tweede zin, UWG⁵ geoorloofd, voorzover de bepalingen van § 2, lid 1, eerste zin, en § 1 UWG in acht werden genomen. In het eerstgenoemde voorschrift was met name bepaald dat verbodsbeschikkingen konden worden uitgevaardigd tegen marktdeelnemers die mededelingen hadden gedaan welke de consumenten konden misleiden teneinde daarmee concurrentievoordelen te behalen, terwijl het tweede voorschrift, als ik mij niet vergis, een algemeen vereiste van correct gedrag (waaronder de inachtneming van de handelsgebruiken moet worden verstaan) in het handelsverkeer bekrachtigde.

8. Teneinde de richtlijn volledig om te zetten, werd § 2, lid 2, UWG met ingang van 1 april 2000 gedeeltelijk gewijzigd, en wel zodanig dat in de nieuwe versie vergelijkende reclame geoorloofd werd verklaard voorzover, naast de voorwaarden van § 1 en § 2, lid 1, UWG, eveneens § 7 en § 9, leden 1 tot en met 3, UWG inzake het verbod de goede naam van concurrenten te schaden, verwarringsgevaar met hun onderscheidende kenmerken te scheppen en op oneerlijke wijze van hun bekendheid te profiteren, in acht werden genomen. Tegelijkertijd werd aan § 2 een nieuw lid toegevoegd (lid 3), waarin werd gepreciseerd dat vergelijkende reclame hoe dan ook alleen betrekking mag hebben op

goederen die dezelfde oorsprongsbenaming hebben, en dat iedere vergelijking die betrekking heeft op een speciale aanbieding op duidelijke wijze de periode moet aangeven waarin die aanbieding geldig is en, eventueel, dat deze slechts geldt voorzover de goederen en diensten voorradig zijn.

Feiten en procedure

9. Partijen in het hoofdgeding zijn Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG (hierna: „verzoekster”) en Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (hierna: „verweerster”) samen met de erven Franz Josef Hartlauer, voormalig directeur van deze vennootschap.

10. Verzoekster is een vennootschap voor de handel in optische producten, die in Linz drie speciaalzaken heeft waarin zij brillen van gerenommeerde merken verkoopt. Zij betreft haar producten rechtstreeks bij de brillenfabrikanten waarmee zij regelmatig zaken doet; in al haar drie winkels beschikt zij over een representatieve collectie, bestaande uit brillen van de verschillende door haar gevoerde merken.

11. Verweerster is daarentegen een belangrijke winkelketen met grote filialen in geheel Oostenrijk, waar verschillende soorten artikelen worden verkocht (elektro-

⁵ — Uit de verwijzingsbeschikking schijnt te volgen dat de betrokken bepaling door de Oostenrijkse rechtspraak ruim werd uitgelegd, aangezien haar werkingsfeer daarin werd uitgebreid tot elke vorm van vergelijkende reclame.

nische artikelen, informatica, telefoon-, foto- en optische artikelen enz.). In de filialen van verweerster bevinden zich speciale optiekafdelingen (in totaal meer dan 100), waarin voornamelijk brillen van weinig bekende merken tegen lage prijzen worden verkocht. Brillen van bekende merken (die circa 5 % van het assortiment vertegenwoordigen) betreft verweerster niet rechtstreeks bij de fabrikanten doch via parallelimporten; als gevolg daarvan zijn in haar optiekafdelingen in het algemeen maar weinig modellen van ieder merk en een beperkt aantal exemplaren in voorraad.

12. In september 1997 verspreidde verweerster in heel Oostenrijk een reclamefolder met een oplaat van bijna twee miljoen exemplaren om, door middel van vergelijking met brillen die door de gespecialiseerde optiekbazen werden verkocht, reclame te maken voor haar eigen optische producten. In de folder werd met name gesteld, dat 52 gevallen van prijsvergelijking met verschillende Oostenrijkse optiekbazen hadden aangetoond dat de door verweerster verkochte brillen in totaal 204 777 ATS goedkoper waren (gemiddeld 3 900 ATS goedkoper per bril). Bovendien werd in de folder meegedeeld, dat de winstmarge van een traditionele opticien bij de verkoop van glazen van het merk Zeiss 717 % bedroeg en dat de lage prijzen van verweerster de reden waren voor herhaalde aanvallen van de opticiensbranche.

13. Naast dergelijke algemene vergelijkingen met traditionele opticiens bevatte de

folder ook een specifieke vergelijking van de prijs van een brilmontuur Eschenbach Titanflex met bifocale glazen van het merk Zeiss bij verzoekster, die 5 785 ATS bedroeg, en die van hetzelfde montuur met Optimed glazen (een minder bekend merk) met overeenkomstige kenmerken bij verweerster, die 2 000 ATS bedroeg. Diezelfde vergelijking werd ook gemaakt in het kader van enige reclamespots die in september 1997 op verschillende radio- en TV-kanalen werden uitgezonden, waarin evenwel de merken van de glazen van de vergeleken brillen niet werden genoemd en er bovendien niet eens op werd gewezen dat het om verschillende merken ging.⁶ In de TV-spots werd bovendien de winkelgevel van een zaak van verzoekster met haar ondernemingslogo getoond.

14. Blijkens de inlichtingen van de verwijzende rechterlijke instantie werd voor de voorbereiding van de zojuist genoemde vergelijking op 8 juli 1997 in een winkel van verzoekster een proefaanloop verricht door een werknemer van verweerster, die had gevraagd een Eschenbachmontuur te voorzien van een bijzonder type glazen van het merk Zeiss, die bijzonder kostbaar waren en in het algemeen weinig werden verkocht. Die „testbril” werd op 1 augustus daaraanvolgend afgehaald en vervolgens

6 — In de radiospot werd meegedeeld: „[...] dit wordt door deze nieuwe prijsvergelijking aangetoond: een bril voor ver zien met dezelfde glazensterkte en hetzelfde Eschenbachmontuur kostte op 1 augustus bij Optik Pippig in Linz 5 785 ATS. Bij Hartlauer slechts 2 000 ATS. Datzelfde geldt ook voor andere brillen voor dichtbij en ver zien. Men ziet het onderscheid, het prijsverschil. Uw Franz Josef Hartlauer [...]” Dezelfde uittalingen in de TV-spot: „Wat kost deze bril met glazen? Bij deze opticien in Linz op de Landstrasse meer dan 5 700 ATS. Bij mij slechts 2 000 ATS. Datzelfde geldt voor andere brillen voor dichtbij en ver zien. Uw Franz Josef Hartlauer [...]”

gefotografeerd ten behoeve van een reclamefolder waarin het model van verzoekster met dat van verweerster werd vergeleken. Voorzover bekend, werden — toen de „testbril” werd afgehaald — in de filialen van verweerster nog geen monturen Eschenbach Titanflex verkocht; eerst later waren zij daar verkrijgbaar, en dan nog slechts in een beperkt aantal exemplaren en niet in alle kleuren en grootten.

15. Aangezien verzoekster zich door deze vergelijkende reclame gedupeerd achtte, maakte zij een procedure aanhangig waarin zij vorderde dat de reclame onrechtmatig zou worden verklaard, dat het desbetreffende vonnis in verschillende nationale kranten zou worden bekendgemaakt, dat de toekomstige verspreiding van dergelijke reclame zou worden verboden en, ten slotte, dat verweerster tot schadevergoeding zou worden veroordeeld. De eerste twee vorderingen van verzoekster werden door het geadieerde gerecht gedeeltelijk toegewezen, en het vonnis werd vervolgens in hoger beroep in wezen bevestigd.

16. Tegen het arrest hebben alle partijen buitengewone „Revision” bij het Oberste Gerichtshof ingesteld. Zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, gaat het in deze procedure in wezen om vier vragen:

- i) de vraag naar de geoorloofdheid van de vergelijking tussen brillen met merkglazen en brillen met „merkloze” glazen;
 - ii) de vraag of de vergelijking tussen een merkproduct dat door een wederverkoper rechtstreeks van de fabrikant wordt betrokken en hetzelfde product, doch ingekocht via parallelimport, betrekking heeft op vergelijkbare goederen;
 - iii) de vraag naar de geoorloofdheid van een vergelijking gebaseerd op een proefaankoop die plaatsvond alvorens degene die de vergelijking maakt, de desbetreffende brillen in zijn aanbod had opgenomen, en die zodanig werd geformuleerd dat daaruit het grootst mogelijke prijsverschil resulteerde, en
 - iv) de vraag of een vergelijking die de algemene indruk wekt dat de prijzen bij traditionele opticiens exorbitant zijn, schadelijk is voor de goede naam van deze categorie.
17. Omdat op het gebied van de vergelijkende reclame intussen een speciale gemeenschapsrechtelijke regeling bestaat, heeft het Oberste Gerichtshof het voor de beantwoording van deze vragen noodzake-

lijk geacht het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 7, lid 2, van richtlijn 84/450, in de versie van richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (hierna: ‚richtlijn’), aldus worden uitgelegd, dat onder ‚vergelijkende reclame voorzover het de vergelijking betreft’, de mededelingen over het aanbod van de adverteerder zelf, de mededelingen over het aanbod van de concurrent en de mededelingen over de onderlinge verhouding tussen beide aanbiedingen (het resultaat van de vergelijking) moeten worden verstaan? Of is van ‚vergelijking’ in de zin van artikel 7, lid 2, van de richtlijn slechts sprake, voorzover mededelingen over het resultaat van de vergelijking worden gedaan, zodat onjuiste mededelingen over andere kenmerken van de vergeleken goederen/diensten aan een eventueel strenger nationaal criterium inzake misleiding kunnen worden getoetst?

Moet artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat de vergelijking van de prijs van een merkproduct met de prijs van een kwalitatief gelijkwaardig merkloos product ongeoorloofd is, wanneer de namen van de fabrikanten niet worden genoemd, of staan artikel 3 bis, lid 1, sub c, en artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn in de weg aan de vermelding van de fabrikanten? Is het imago van een (merk)product een kenmerk van het goed of de dienst in de zin van artikel 3 bis, sub c, van de richtlijn? Volgt uit een (eventueel) ontkennend antwoord op deze vraag, dat elke (prijs)vergelijking van een merkproduct met een kwalitatief gelijkwaardig merkloos product ongeoorloofd is?

2) Moet artikel 7, lid 2, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat ook verschillen in de aanschaf van het goed of de dienst, waarvan de kenmerken worden vergeleken met kenmerken van het goed of de dienst van de adverteerder, enkel aan artikel 3 bis van de richtlijn moeten worden getoetst?

Zo ja:

Vormt de verwijzing naar artikel 7, lid 1, van de richtlijn in artikel 3 bis, lid 1, sub a, daarvan een bijzondere regel die afwijkt van artikel 7, lid 2, van de richtlijn, zodat een eventueel strenger nationaal criterium inzake misleiding op alle bestanddelen van de vergelijking kan worden toegepast?

Moet artikel 3 bis van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat een (prijs)ver-

gelijking slechts geoorloofd is wanneer de adverteerder en zijn concurrent(en) de vergeleken goederen langs dezelfde distributiekkanalen betrekken en dus een vergelijkbaar assortiment aanbieden?

vergelijkingen worden gemaakt, zodat de indruk ontstaat dat de prijzen van de concurrent(en) in het algemeen te hoog zijn?

- 3) Valt ook het feit dat door middel van een proefaankoop de basis voor de vergelijking wordt vastgesteld, onder het begrip 'vergelijking' in de zin van artikel 7, lid 2, van de richtlijn?

Moet artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat de mededelingen over de naam van de concurrent tot het hoogst noodzakelijke moeten worden beperkt, zodat het ongeoorloofd is wanneer behalve de naam van de concurrent ook nog zijn (eventuele) ondernemingslogo en zijn winkel worden getoond?"

Zo ja:

Moet artikel 3 bis van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat het feit dat de adverteerder opzettelijk een gunstige (prijs)vergelijking teweegbrengt, doordat hij nog vóór het begin van zijn eigen aanbieding een daartoe opgezette proefaankoop verricht, de vergelijking ongeoorloofd maakt?

18. In de procedure voor het Hof hebben, naast partijen in het hoofdgeding, de Oostenrijkse regering en de Commissie opmerkingen ingediend; behoudens de Oostenrijkse regering, zijn zij ter terechtzitting van 23 april 2002 gehoord.

Juridische beoordeling

- 4) Is een vergelijking schadelijk voor de goede naam in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn, wanneer de adverteerder de bij een concurrent gekochte goederen zo uitkiest, dat een prijsverschil wordt bereikt dat boven het gemiddelde prijsverschil ligt, en/of wanneer bij herhaling dergelijke prijs-

Eerste prejudiciële vraag

19. De eerste prejudiciële vraag omvat meerdere punten, die enerzijds betrekking hebben op de vraag, of op het gebied van

vergelijkende reclame een nationale regeling kan worden toegepast die strenger is dan de gemeenschapsrechtelijke, en anderszijds op de vraag, of bij de prijsvergelijking tussen merkproducten en kwalitatief gelijkwaardige merkloze producten de namen van de fabrikanten moeten worden vermeld. Deze twee aspecten moeten afzonderlijk worden onderzocht, waarbij voor de duidelijkheid van de uiteenzetting met het tweede moet worden begonnen.

a) Het vermelden van de namen van de fabrikanten als voorwaarde voor de prijsvergelijking tussen merkproducten en kwalitatief gelijkwaardige merkloze producten

20. De verwijzende rechter baseert zich in wezen op de vaststelling dat op nationaal niveau de gerechten in eerste en tweede aanleg hebben geoordeeld dat prijsvergelijking van merkproducten met kwalitatief gelijkwaardige „merkloze” producten (nauwkeuriger: producten met een minder bekend merk⁷) zonder vermelding van de naam van de fabrikant niet is geoorloofd. Met name zijn die gerechten, als ik goed

zie, van mening dat vergelijkende reclame tussen de prijs van verzoekster voor het montuur Eschenbach met bifocale glazen van het merk Zeiss en de prijs van verweerster voor hetzelfde montuur met Optimed-glazen (een inderdaad minder bekend merk) van gelijkwaardige kwaliteit, ongeoorloofd was in alle gevallen waarin de merken van de verschillende glazen die in de vergeleken brillen waren gezet, niet werden genoemd.⁸ In dit verband wenst de verwijzende rechter te vernemen: ten eerste, of een dergelijke vergelijkende reclame volgens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn als misleidend en daarom ongeoorloofd moet worden beschouwd; ten tweede, of in een dergelijk geval de bepalingen van artikel 3 bis, lid 1, sub c en g, van de richtlijn in de weg staan aan het vermelden van de merken van de glazen die in de vergeleken brillen zijn gezet.

21. Aangaande het eerste punt stelt verweerster, dat artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn niet bepaalt dat de merken van de vergeleken producten moeten worden vermeld, ook omdat een dergelijke verplichting de vergelijkende reclame vaak buitengewoon zou bemoeilijken of zelfs onmogelijk zou maken. Daartegenover voeren verzoekster en de Commissie aan, dat bij de aankoop van een bril het merk van de glazen voor de keuze van de koper een beslissende rol speelt; daarom moeten reclameboodschappen zoals de onderhavige, waarin de prijzen van brillen worden

7 — Uit de verklaringen van alle aan deze procedure deelnemende partijen (ook in antwoord op een specifieke vraag van het Hof ter terechtzitting) en uit de prejudiciële beschikking blijkt duidelijk dat de nationale rechter, wanneer hij spreekt van merkloze producten, het in werkelijkheid heeft over producten met een weinig bekend merk (in casu de Optimed-glazen). Op atechnische wijze versta ik daarbij onder het „merk” van producten hun onderscheidingsteken, aangezien niet volstrekt duidelijk is of in casu sprake is van geregistreerde merken, gebruiksmerken, handelsnamen of andere onderscheidingstekens.

8 — Voorzover ik dit kan beoordelen werd er in de radio- en televisiespots niet op gewezen dat de prijsvergelijking betrekking had op brillen met glazen van een ander merk.

vergeleken zonder enige melding te maken van het merk van de glazen, misleidend worden geacht. In deze zin heeft zich in wezen ook de Oostenrijkse regering geuit, zij het op minder duidelijke wijze.

22. De in de tweede plaats genoemde opvatting komt mij zonder meer overtuigender voor. Krachtens artikel 2, punt 2, van de richtlijn wordt namelijk onder misleidende reclame verstaan „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daar- onder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen”. Een reclame kan reeds dan als misleidend in de zin van artikel 2, punt 2, van de richtlijn worden beschouwd, wanneer de *mogelijkheid* bestaat dat zij de consumenten misleidt en hun economisch gedrag beïnvloedt⁹, of om die redenen een

concurrent schade berokkent.¹⁰ In de rechtspraak van het Hof is vervolgens nader gepreciseerd dat voor de beoordeling van het misleidend karakter van reclameboodschappen moet worden uitgegaan „van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument”.¹¹

23. In het licht van deze criteria¹² lijken de onderhavige reclameboodschappen — waarin de verkoopprijs van een bril bij twee handelaren wordt vergeleken en wordt vermeld dat het om hetzelfde montuur gaat en dat de glazen van gelijkwaardige kwaliteit zijn, zonder dat erop wordt gewezen dat het gaat om glazen van verschillende merken, waarvan één zeer gerenommeerd en het andere bij het publiek nauwelijks bekend is — mij dus duidelijk misleidend.¹³ Zulke mededelingen kunnen inderdaad een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument misleiden, omdat bij hem de gedachte kan postvatten dat de prijsvergelijking betrekking heeft op dezelfde brillen met hetzelfde montuur en dezelfde glazen. Aangezien het merk van de glazen bovendien een factor is die onge-

9 — Het in de Italiaanse versie van deze bepaling gebruikte werkwoord „pregiudicare” [afbreuk doen aan] moet mijns inziens neutraal in de zin van „incidere” [beïnvloeden] worden verstaan (zoals ook in de andere taalversies: in het Engels: „affect”, in het Frans „affecter”, in het Spaans „afectar”, in het Duits „beeinflussen”, enz.), zodat het aan de beïnvloeding van het economisch gedrag van de consumenten geen negatieve gevoelswaarde verleent. (Vergelijk, voor de noodzaak om bij de uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling rekening te houden met de verschillende taalversies, naast vele andere arresten dat van het Hof van 20 november 2001, Jany e.a., C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 47 en de daar genoemde arresten).

10 — De mogelijke schade voor concurrenten schijnt in werkelijkheid geen noodzakelijke voorwaarde te zijn om een reclamemededeling als misleidend te kunnen beschouwen, aangezien de bepaling schijnt te verlangen dat een dergelijke schade het gevolg is van de misleiding van de consumenten en de beïnvloeding van hun economisch gedrag, derhalve twee elementen die op zich al volstaan om een reclame als misleidend te kwalificeren.

11 — Arrest van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tuský (C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 31).

12 — Zie, voor de problematiek van de eventuele toepassing van een strengere nationale regeling, de punten 34-47 infra.

13 — Zie in dit verband de in voetnoot 7 geciteerde reclame van verweerster in televisie- en radiospots.

twijfeld de keuze van de consumenten bij de aankoop van een bril kan beïnvloeden, kan het misleidend karakter van dergelijke mededelingen het economische gedrag van de consumenten beïnvloeden en hierdoor schade berokkenen aan de concurrenten waarnaar de mededelingen verwijzen. Het ontbreken van gegevens over het merk van de glazen leidt er mijns inziens toe, dat de onderhavige reclameboodschappen misleidend moeten worden geacht.

24. Overigens lijkt mij ook de tegenwerping van verweerster, dat de verplichting om het merk van de vergeleken producten te noemen, de vergelijkende reclame buitengewoon bemoeilijkt of zelfs onmogelijk maakt — het zou bijvoorbeeld onmogelijk zijn om de prijs van twee vrachtauto's van hetzelfde merk te vergelijken wanneer het merk van alle accessoires (banden, stereo- en alarminstallatie enz.) gedetailleerd moet worden vermeld — niet steekhoudend. Het komt mij namelijk voor, dat een dergelijke verplichting wel exorbitant zou kunnen zijn wanneer het gaat om de opgave van het merk van een groot aantal accessoires die voor de keuze van de consumenten van geringe betekenis zijn; dit kan evenwel niet worden gezegd van de wezenlijke en karakteristieke bestanddelen van de geadverteerde producten, zoals juist de glazen van brillen. In casu is het bovendien duidelijk, dat het vermelden van het merk van de glazen de vergelijking niet onmogelijk zou hebben gemaakt, zoals blijkt uit het feit dat het in de reclamefolders duidelijk wordt genoemd.

25. Aangezien mijns inziens mededelingen als de onderhavige, wegens de ontbrekende vermelding van het merk van de in de vergeleken brillen gezette glazen, misleidend moeten worden geacht, dient voor de beantwoording van de vraag van de verwijzende rechter nog te worden nagegaan, of aan een dergelijke vermelding in zulke gevallen de bepalingen van artikel 3 bis, lid 1, sub c en g, van de richtlijn in de weg staan. Aangezien sub c is bepaald dat vergelijkende reclame alleen dan is geoorloofd, wanneer zij op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de betreffende goederen vergelijkt, wenst de verwijzende rechter inzonderheid te vernemen of het merk een dergelijk kenmerk kan zijn. Hij informeert voorts of artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn niet in de weg staat aan de vermelding van het merk, aangezien het bepaalt dat het geadverteerde product geen oneerlijk voordeel mag trekken uit de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent, dan wel uit de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten.

26. Partijen zijn het erover eens, dat de twee genoemde bepalingen niet in de weg staan aan de vermelding van het merk van de concurrerende producten. Verweerster en de Oostenrijkse regering merken inzonderheid op, dat de mogelijkheid om een dergelijke vermelding in reclameboodschappen op te nemen, impliciet is erkend door de bepalingen van de richtlijn, die vergelijkende reclame onder de volgende voorwaarden geoorloofd verklaren:

zij mag er niet toe leiden dat de merken, handelsnamen of andere onderscheidende

kenmerken van de adverteerder met die van een concurrent worden verward; zij mag niet de goede naam van zulke merken, handelsnamen of andere onderscheidende kenmerken schaden en zich daarover niet kleinerend uitlaten; zij mag geen oneerlijk voordeel opleveren ten gevolge van de bekendheid van een merk, en zij mag niet goederen of diensten voorstellen als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam (artikel 3 bis, lid 1, sub d, e, g en h). Dat het merk van de goederen van concurrenten mag worden vermeld, wordt bovendien uitdrukkelijk erkend in de veertiende en vijftiende overweging van de considerans van richtlijn 97/55, waarin is bepaald dat

aangegeven, de geoorloofdheid van vergelijkende reclame afhankelijk van een aantal voorwaarden waardoor moet worden voorkomen dat de vergelijkingen oneerlijke concurrentie opleveren. Ik ben het er ook mee eens, dat de bevoegdheid om het merk van concurrerende producten te vermelden uitdrukkelijk wordt bevestigd in de veertiende en vijftiende overweging van de considerans van de richtlijn, waarin wordt beklemtoond dat dergelijke vermeldingen in sommige gevallen zelfs noodzakelijk zijn voor een doelmatige vergelijkende reclame en dat zij, wanneer rekening wordt gehouden met de in de richtlijn genoemde voorwaarden, niet in strijd zijn met het merkenrecht.

„het voor een doeltreffende vergelijkende reclame evenwel noodzakelijk kan zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te maken van een merk waarvan deze laatste de houder is of van diens handelsnaam”,

alsmede dat „een dergelijk gebruik van het merk, de handelsnaam of een ander onderscheidingsteken van een derde, voorzover daarbij de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden worden nageleefd, geen inbreuk vormt op het exclusieve recht van die derde, aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen”.

27. Het komt inderdaad ook mij voor, dat de genoemde bepalingen van artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn uitgaan van de bevoegdheid om het merk van de vergeleken goederen te vermelden; en juist daarom maken deze bepalingen, zoals ik al heb

28. Overigens moet worden beklemtoond dat de bevoegdheid om in vergelijkende reclame de onderscheidende kenmerken van de betrokken goederen aan te duiden, uitdrukkelijk is erkend in de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Toshiba Europe, waarin het volgende wordt gesteld: „Wil vergelijkende reclame doeltreffend en eerlijk zijn, moet zij haar doelgroep [...] in staat stellen de gepresenteerde producten te identificeren en de producten van een onderneming te onderscheiden van die van haar concurrent. Derhalve kan niet iedere verwijzing door een marktdeelnemer naar onderscheidende kenmerken van zijn concurrenten worden uitgesloten.”¹⁴ Deze opvatting werd vervolgens impliciet bevestigd in het arrest van het Hof, dat de bevoegdheid om in het kader van vergelijkende reclame onder bepaalde voorwaarden de onderscheidende kenmerken van een concurrent te vermelden

¹⁴ — Conclusie van advocaat-generaal Léger van 8 februari 2001 in de zaak Toshiba Europe (arrest van 25 oktober 2001, C-112/99, Jurispr. blz. I-7945, punt 65), in een voetnoot waarvan wordt verwezen naar de vijftiende overweging van de considerans van de richtlijn.

den, in wezen heeft erkend.¹⁵ In dat arrest zet het Hof bovendien uiteen, dat „uit artikel 6, lid 1, sub c, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1) en de rechtspraak van het Hof (arrest van 23 februari 1999, BMW, C-63/97, Jurispr. blz. I-905, punten 58-60) volgt [...] dat *het gebruik van andermans merk gerechtvaardigd kan zijn wanneer dit nodig is om het publiek in te lichten over de aard van de producten of de bestemming van de aangeboden diensten*”.¹⁶

29. Hiermee kom ik bij de vraag, of het merk van een product kan worden beschouwd als een wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief kenmerk van het betrokken product, en dus als een element dat krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn kan worden vergeleken, waarbij ik erop dien te wijzen dat de in dit opzicht door de Oostenrijkse rechterlijke instantie gestelde vraag wellicht op een misverstand berust. Zij lijkt immers uit te gaan van de gedachte dat de vermelding van het merk van de producten, genoemd in een reclame als hier aan de orde is, leidt tot een vergelijking tussen de verschillende merken, die daardoor het voorwerp van de vergelijkende reclame zouden worden. Het is echter duidelijk, dat het in het kader van een dergelijke reclame in wezen gaat om een vergelijking van de prijs van de producten (en eventueel hun kwaliteit, waarvan wordt aangenomen dat zij gelijkwaardig is), terwijl de vermelding van het merk van de producten er slechts toe dient deze laatste te identificeren, zoals gepreciseerd in de veertiende

overweging van de considerans van richtlijn 97/55. Onder deze omstandigheden acht ik het derhalve onjuist te stellen dat artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn in de weg staat aan de vermelding van het merk van de producten waarom het in een reclame als de onderhavige gaat.

30. Wat ten slotte artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn betreft, waarin is bepaald dat het geadverteerde product geen oneerlijk voordeel mag trekken uit de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent, komt het mij duidelijk voor, dat deze bepaling niet op algemene wijze in de weg staat aan de vermelding van het merk van de producten van concurrenten (die zij integendeel impliciet toestaat), doch alleen tot doel heeft een eventueel misbruik te voorkomen.

31. In dit verband wijs ik erop, dat het Hof in het arrest Toshiba Europe heeft gepreciseerd dat bij de beoordeling of de onderhavige bepaling in acht is genomen, „in elk geval rekening [moet] worden gehouden met de vijftiende overweging van de considerans van richtlijn 97/55, volgens welke het gebruik van het merk of een ander onderscheidingsteken, voorzover daarbij de in de gewijzigde richtlijn 84/450 vastgestelde voorwaarden worden nagestreefd, geen inbreuk vormt op het merkrecht, aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd de producten en diensten van de adverteerder te onderscheiden van die van zijn concurrent en aldus de verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen”.¹⁷ Op grond hiervan heeft het Hof uiteengezet dat „niet [kan] worden gesteld dat een adverteerder oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van de onderscheidende ken-

15 — Arrest Toshiba Europe, reeds aangehaald.

16 — Ibidem, punt 34, cursivering van mij.

17 — Punt 53.

merken [...] van zijn concurrent, indien een verwijzing naar deze kenmerken de voorwaarde is voor een daadwerkelijke concurrentie op de betrokken markt”.¹⁸ Het Hof heeft daaraan vervolgens toegevoegd dat de vermelding van een onderscheidend kenmerk van een concurrent in het kader van vergelijkende reclame deze „slechts de mogelijkheid biedt oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid daarvan wanneer de vermelding [...] tot gevolg heeft dat de doelgroep van de reclame de fabrikant waarvan de producten zijn geïdentificeerd, associeert met de concurrerende leverancier in die zin dat deze doelgroep de reputatie van de producten van de fabrikant gaat toeschrijven aan de producten van de concurrerende leverancier. Bij de beoordeling of deze voorwaarde is vervuld, dient rekening te worden gehouden met de globale presentatie van de omstreden reclame en de aard van de doelgroep van deze reclame.”¹⁹

32. Mede gezien dit arrest, blijf ik daarom van mening dat de vermelding van het merk van de producten van een concurrent niet in strijd is met artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn, voorzover deze vermelding wordt gerechtvaardigd door de objectieve noodzaak de producten van de concurrent te identificeren en de kenmerken van de geadverteerde producten te beklemtonen (eventueel door middel van een rechtstreekse vergelijking van de producten)²⁰, en derhalve niet alleen maar met het doel

oneerlijk voordeel te trekken uit de bekendheid van het merk, de handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van de concurrent. Dit zou alleen anders zijn, wanneer met het oog op de bijzondere omstandigheden van het individuele geval zou moeten worden vastgesteld dat die vermelding zodanig plaatsvindt, dat bij het publiek een associatie ontstaat tussen de adverteerder en de concurrent, zodat de bekendheid van de producten van die concurrent op de producten van de adverteerder wordt getransponeerd.²¹ Ik geloof dus niet dat in casu de vermelding van het merk van de glazen in strijd zou zijn geweest met artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn, omdat in de eerste plaats al is aangetoond dat deze vermelding noodzakelijk was voor de nauwkeurige identificatie van de producten waarom het in de advertentiespots ging, alsmede voor de voorkoming van eventuele vergissingen bij de consumenten, en er in de tweede plaats geen aanwijzingen bestaan dat deze aanduiding een associatie tussen Zeiss- en Optimed-glazen zou hebben veroorzaakt, zodat de bekendheid van de eerste op de tweede zou zijn getransponeerd.

33. Concluderend op dit punt blijf ik van mening, dat reclameboodschappen als de onderhavige misleidend en dus krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn ongeoorloofd zijn, omdat daarbij de verkoopprijs van een bril bij twee handelaren wordt vergeleken, onder vermelding dat het hetzelfde montuur betreft en dat de glazen dezelfde kenmerken hebben, zonder dat

18 — Ibidem, punt 54.

19 — Ibidem, punt 60.

20 — Dienaangaande wordt in het arrest Toshiba Europe gepreciseerd: „Opdat er sprake zou zijn van vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van de gewijzigde richtlijn 84/450 volstaat dus een vermelding onder welke vorm ook waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden waren of diensten, zij het impliciet, worden genoemd. In dit verband is het van weinig belang of de goederen en de diensten van degene die reclame maakt, worden vergeleken met die van de concurrent” (punt 31).

21 — In dit laatste geval zou de vermelding van het merk van de concurrent overigens ook in strijd kunnen zijn met artikel 3 bis, lid 1, sub d, van de richtlijn, volgens hetwelk de vergelijkende reclame er niet toe mag leiden dat op de markt de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van de concurrent worden verward.

erop wordt gewezen dat het om glazen van twee verschillende merken gaat, waarvan het ene grote bekendheid geniet terwijl het andere bij het publiek nauwelijks bekend is. In dergelijke gevallen staan de bepalingen van artikel 3 bis, lid 1, sub c en g, van de richtlijn niet in de weg aan de vermelding van het merk van de glazen die in de betrokken brillen zijn gezet.

b) De vraag of op het gebied van de vergelijkende reclame een nationale regeling mag worden toegepast, die strenger is dan de gemeenschapsrechtelijke

34. Kennelijk op grond van de overweging, dat de beoordeling van de supra onderzochte vraag door de gerechten in eerste en tweede aanleg is gebaseerd op de toepassing van een nationale regeling die uitgaat van een strengere opvatting van het begrip misleidende reclame dan de communautaire regeling, wenst de verwijzende rechter met dit deel van de vraagstelling in wezen te vernemen, of op het gebied van de vergelijkende reclame een dergelijke strengere nationale regeling mag worden toegepast.

35. Daartoe voert hij in de eerste plaats aan, dat artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn bij de opsomming van de voor geoorloofde vergelijkende reclame geldende voorwaarden sub a bepaalt, dat een dergelijke reclame niet misleidend mag zijn in de zin van artikel 2, punt 2, artikel 3 en artikel 7, lid 1, van de richtlijn, dat wil zeggen dat zij niet „misleidend” mag zijn in de zin waarin dit begrip in de artikelen 2, punt 2, en 3 van de richtlijn wordt gebruikt, noch in de zin van eventuele nationale bepalingen waarin,

op grond van de in artikel 7, lid 1, van de richtlijn aan de lidstaten geboden mogelijkheid, misleidende reclame strenger wordt geregeld teneinde „een verdergaande bescherming, op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen” te verzekeren. De verwijzende rechter beklemtoont overigens dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn schijnt uit te sluiten dat dergelijke strengere nationale bepalingen van toepassing kunnen zijn op vergelijkende reclame, aangezien daarin is gepreciseerd dat lid 1 op dergelijke reclame niet van toepassing is „voor zover het de vergelijking betreft”. Met het oog op deze schijnbare tegenspraak legt de verwijzende rechter aan het Hof de vraag voor, of de lidstaten de geoorloofdheid van vergelijkende reclame kunnen doen afhangen van de inachtneming van nationale bepalingen die ter zake van de definitie van misleidende reclame strenger zijn dan de bepalingen van de richtlijn. Indien deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord, wenst de verwijzende rechter voorts te vernemen of de strengere nationale voorschriften alleen kunnen gelden voor de beschrijving van de vergeleken goederen of diensten (de twee bestanddelen van de vergelijking) dan wel ook betrekking kunnen hebben op het resultaat van de vergelijking (de verhouding tussen de vergeleken goederen of diensten).

36. Verzoekster en de Oostenrijkse regering hebben zich uitgesproken voor de toepasselijkheid van de strengere nationale bepalingen op vergelijkende reclame; zij baseren zich daarbij kennelijk op de in artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn vervatte verwijzing naar artikel 7, lid 1, van de richtlijn. Ter verklaring van de schijn-

bare tegenspraak tussen deze bepaling en artikel 7, lid 2, van de richtlijn, stelt verzoekster met name, dat volgens laatstgenoemde bepaling de mogelijkheid om goederen en diensten te vergelijken alleen dan aan strengere voorwaarden dan die van de richtlijn kan worden onderworpen, wanneer het misleidende reclame in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn betreft. Dienovereenkomstig stelt de Oostenrijkse regering, dat de lidstaten strengere voorschriften kunnen toepassen wat het misleidende karakter van reclameboodschappen betreft, maar niet ter zake van de definitie van vergelijkende reclame en de in artikel 3 bis, lid 1, sub b tot en met h, van de richtlijn gestelde voorwaarden voor de geoorloofdheid daarvan. Als ik goed zie, zijn beide eveneens van mening — ook al heeft de Oostenrijkse regering dit niet met zoveel woorden gezegd — dat de strengere nationale bepalingen op het gebied van de vergelijkende reclame op alle onderdelen van de vergelijking betrekking kunnen hebben.

37. De Commissie en verweerster zijn echter een tegenovergestelde mening toegedaan, waarvoor zij zich met name beroepen op de achttiende overweging van de considerans van richtlijn 97/55. Daar wordt namelijk gepreciseerd dat „artikel 7 van richtlijn 84/450/EEG, waarbij de lidstaten de mogelijkheid wordt geboden voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen, niet van toepassing behoort te zijn op vergelijkende reclame, *aangezien met de aanpassing van*

die richtlijn juist wordt beoogd voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is”.²² Ter bereiking van deze doelstelling (die ook in de nieuwe versie van artikel 1 van richtlijn 84/450 wordt bevestigd) heeft de communautaire wetgever bijgevolg de voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame bindend vastgesteld door de aanneming van een uitputtende regeling met betrekking tot alle bestanddelen van vergelijkende reclame. Op deze wijze kan naar hun mening het verbod op de toepassing van strengere nationale bepalingen „op vergelijkende reclame voorzover het de vergelijking betreft” (artikel 7, lid 2) worden verklaard.²³ Ter zake van de verwijzing in artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn naar artikel 7, lid 1, van de richtlijn, heeft de Commissie ter terechtzitting verklaard, dat het volgens haar alleen kan gaan om een vergissing van de communautaire wetgever.

38. Mijnerzijds zou ik in de eerste plaats de aandacht willen vestigen op het lacuneuze karakter van de verwijzingsbeschikking, waarin niet duidelijk wordt uiteengezet in hoeverre de nationale regeling een striktere opvatting van het begrip misleidende reclame hanteert dan de communautaire regeling. De onduidelijkheid van de verwijzingsbeschikking in dit opzicht blijkt overigens duidelijk uit de volgende passage: „In het onderhavige geval is de vraag naar de reikwijdte van artikel 7, lid 2, van de richtlijn van belang. Van het antwoord hangt af, of de reclame van verweerders

²² — Cursivering van mij.

²³ — Aangaande de reikwijdte van deze uitdrukking heeft verweerster als haar mening te kennen gegeven, dat deze uitdrukking tegelijkertijd betrekking heeft op het aanbod van de adverteerder, het aanbod van de concurrent en de verhouding tussen beide aanbiedingen.

geheel of gedeeltelijk volgens het *eventueel strengere* nationale misleidingscriterium moet worden beoordeeld”.²⁴ Hieruit zou immers kunnen worden afgeleid dat de Oostenrijkse rechterlijke instantie het Hof heeft geadeerd, zonder eerst te hebben vastgesteld of en in welk opzicht de nationale regeling inzake misleidende reclame in concreto strenger is dan de gemeenschapsrechtelijke. Het gebrek aan duidelijkheid en nauwkeurigheid van de verwijzingsbeschikking ter zake van het nationale rechtskader en het schijnbaar hypothetische karakter van dit gedeelte van de vraag zouden er derhalve zelfs toe kunnen leiden dat deze niet-ontvankelijk wordt verklaard.²⁵

Wanneer men namelijk van mening is dat in gevallen als het onderhavige de ontbrekende vermelding van het merk van de glazen ertoe leidt dat de vergelijkende reclame al op grond van de regeling van artikel 2, lid 2, van de richtlijn misleidend en dus ongeoorloofd is, volgt daaruit dat het niet nodig is te beoordelen of in dergelijke gevallen de nationale instanties een strenger begrip van misleiding kunnen toepassen dan in de genoemde bepaling van de richtlijn is voorzien. Voor het geval het Hof de oplossing die ik sub a heb bereikt, niet mocht aanvaarden, zal ik dus deze vraag slechts volledigheidshalve onderzoeken.

39. Wanneer men nochtans bereid is aan de leemten in de verwijzingsbeschikking voorbij te gaan en in een geest van samenwerking de redenen voor de prejudiciële beschikking ook in het licht van de verklaringen van partijen te zien, kan ervan worden uitgegaan dat de verwijzende rechter zich heeft verenigd met de overwegingen van de lagere instanties, volgens welke de vergelijking tussen brillen met merkglazen en brillen met merkloze glazen als zodanig misleidend is, en dat hij daarom van oordeel is dat dergelijke overwegingen berusten op een strenger begrip misleiding dan het gemeenschapsrechtelijke. Maar ook wanneer dit het geval zou zijn, zou het gezien mijn bovenstaande uiteenzettingen niet noodzakelijk zijn om de nationale rechter op dit punt een antwoord te geven.

40. In dit verband moet worden erkend dat een tegenstrijdigheid schijnt te bestaan tussen artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn, waarin bij de vaststelling van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame naar artikel 7, lid 1, van de richtlijn wordt verwezen, en artikel 7, lid 2, van de richtlijn, waarin de toepassing van artikel 7, lid 1, wordt uitgesloten voor „vergelijkende reclame voorzover het de vergelijking betreft”. Ik geloof echter niet dat dit probleem kan worden omzeild door, zoals verweerster en de Commissie trachten proberen, één van beide bepalingen (artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn) eenvoudigweg als het resultaat van een dwaling of vergissing van de wetgever te beschouwen en te negeren. Mijs inziens is het veeleer noodzakelijk een uitlegging van de onderhavige bepalingen te zoeken waar-

24 — Cursivering van mij.

25 — Zie in dit verband met name arresten van 13 juli 2000, *Idéal Tourisme* (C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punt 20); 9 maart 2000, *EKW en Wein & Co* (C-437/97, Jurispr. blz. I-1157, punt 52); 15 december 1995, *Bosman* (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61); 16 juli 1992, *Lourenço Dias* (C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punten 17 en 18), en 16 juli 1992, *Meilicé* (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 25).

door de schijnbare tegenstrijdigheid kan worden opgelost en de verschillen tussen de aan die bepalingen ten grondslag liggende vereisten kunnen worden overbrugd.

komen dat aan de consumenten, de markt-deelnemers en het publiek tegen het gevaar van misleiding in reclamemededelingen alleen dan een afwijkende en geringere bescherming wordt geboden, wanneer in die mededelingen concurrerende goederen of diensten worden vergeleken.

41. Hiertoe dient er om te beginnen op te worden gewezen, dat richtlijn 84/450 met name de bescherming beoogt van „de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, [...] tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan” (artikel 1 van de richtlijn). Om precies dezelfde reden bepaalt artikel 7, lid 1, van de richtlijn, dat dit „de lidstaten [niet] belet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming, op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen”, bijvoorbeeld nationale voorschriften die gebaseerd zijn op een strengere en restrictiever begrip misleidende reclame dan artikel 2, lid 2 en artikel 3 van de richtlijn.

42. In overeenstemming met deze doelstelling bepaalt artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn bij de vaststelling van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame, dat deze reclame noch in de zin van de relevante bepalingen van de richtlijn noch in de zin van eventuele op grond van artikel 7, lid 1, van de richtlijn uitgevaardigde strengere nationale bepalingen misleidend mag zijn. Op deze manier wilde de gemeenschapswetgever derhalve voor-

43. Zoals verweerster en de Commissie terecht opmerken, beoogt richtlijn 84/450, als gevolg van de wijzigingen bij richtlijn 97/55, evenwel ook de harmonisatie van de wettelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van de vergelijkende reclame, teneinde de belemmeringen voor het vrije goederenverkeer, die het gevolg zijn van de verschillen tussen de relevante nationale regelingen, uit de weg te ruimen en om het vrije verkeer van diensten op dit gebied te verzekeren (derde overweging van de considerans van richtlijn 97/55). In dit verband werd in richtlijn 84/450 het nieuwe artikel 3 bis ingevoegd, dat bepaalt dat vergelijkende reclame „wat de vergelijking betreft” in alle lidstaten geoorloofd moet worden geacht voorzover aan bepaalde, daar genoemde, voorwaarden is voldaan.²⁶ Juist omdat de bij richtlijn 97/55 aangebrachte wijzigingen — zoals blijkt uit de achttiende overweging van de considerans — de vaststelling van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame beogen, werd in artikel 7, lid 2, van richtlijn 84/450 bepaald, dat lid 1 van dat artikel „niet van toepassing [is] op vergelijkende reclame voorzover het de vergelijking betreft”.

26 — Als gevolg van de bij richtlijn 97/55 ingevoerde wijzigingen wordt het doel, de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame vast te stellen, in artikel 1 van de richtlijn uitdrukkelijk genoemd.

44. Anders dan verweerster en de Commissie geloof ik echter niet dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn in de weg staat aan de toepassing van een nationale regeling inzake vergelijkende reclame, waarin misleidende reclame restrictiever wordt gedefinieerd dan in de communautaire regeling. Mijns inziens moet dit artikel namelijk alleen voorkomen dat de geoorloofdheid van vergelijkende reclame „wat de vergelijking betreft” afhankelijk wordt gemaakt van voorwaarden die verder gaan dan die in artikel 3 bis van de richtlijn. Anders gezegd, dit artikel dient ertoe de uitputtende aard van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame te preciseren, omdat de richtlijn juist wil garanderen dat dergelijke vergelijkingen onder de genoemde voorwaarden in alle lidstaten kunnen worden gemaakt en verspreid. Aangezien echter tot de in artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn uitdrukkelijk genoemde voorwaarden ook de voorwaarde behoort, dat vergelijkende reclame noch in de zin van artikelen 2, lid 2, en 3 van de richtlijn noch in de zin van eventuele krachtens artikel 7, lid 1, van de richtlijn uitgevaardigde strengere nationale bepalingen misleidend mag zijn, leid ik daaruit af dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn de toepassing van zulke nationale bepalingen op vergelijkende reclame niet uitsluit.

45. Voor de uitlegging dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn uitsluitend in de weg staat aan de invoering van voorwaarden die niet in artikel 3 bis van de richtlijn zijn voorzien, kan overigens een indirecte bevestiging worden gevonden in het feit dat beide bepalingen alleen betrekking hebben op het vergelijkend aspect van de reclame. Men kan daaruit concluderen dat artikel 7, lid 2,

van de richtlijn, lid 1 van dit artikel juist deswege niet van toepassing verklaart op vergelijkende reclame „voorzover het de vergelijking betreft”, omdat artikel 3 bis van de richtlijn de voorwaarden voor een dergelijke reclame slechts regelt „voorzover het de vergelijking betreft”, zonder de inachtneming van dezelfde voorwaarden te verlangen voor vergelijkende reclame die weliswaar betrekking heeft op een concurrent of op goederen of diensten die door een concurrent worden aangeboden, maar geen echte vergelijking maakt tussen deze goederen of diensten en die van de adverteerder.²⁷

46. De hier verdedigde oplossing verdient echter met name de voorkeur omdat zij het niet alleen mogelijk maakt de schijnbare tegenstrijdigheid tussen de verschillende bepalingen van de richtlijn op te heffen, doch er eveneens toe leidt dat de twee doelstellingen van de richtlijn op doelmatige wijze worden gecombineerd: enerzijds de bescherming van de consumenten, de marktdeelnemers en het publiek in het algemeen tegen de risico's van misleidende reclame (dat wil zeggen het doel dat de toepassing van nog strengere voorschriften tegen eventuele in reclameboodschappen verborgen „misleidingen” op nationaal niveau rechtvaardigt), anderzijds de uitputtende vaststelling van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame, ten-

27 — In dit verband herinner ik eraan dat, zoals al aangegeven in voetnoot 20, het Hof in het arrest Toshiba Europe heeft gepreciseerd: „Opdat er sprake zou zijn van vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van de gewijzigde richtlijn 84/450 volstaat dus een vermelding onder welke vorm ook waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten, zij het impliciet, worden genoemd. In dit verband is het van weinig belang of de goederen en de diensten van degene die reclame maakt, worden vergeleken met die van de concurrent” (punt 31).

einde het mogelijk te maken dat dergelijke vergelijkingen in alle lidstaten kunnen worden gemaakt en verspreid. De tegengestelde opvatting van verweerster en de Commissie is daarentegen behept met het gebrek, dat zij zonder objectieve rechtvaardiging een afwijkende en geringere bescherming van de consumenten, de marktdeelnemers alsmede het publiek in het algemeen tegen de risico's door „misleidingen” in reclameboodschappen alleen dan aanvaardt, wanneer in die mededelingen concurrerende goederen of diensten met elkaar worden vergeleken. Wanneer men deze oplossing wil aanvaarden, moet bovendien nog worden verklaard waarom artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn preciseert dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn.

47. Gezien deze overwegingen blijf ik bij mijn mening dat de nationale instanties op het gebied van vergelijkende reclame een nationale regeling mogen toepassen die een striktere opvatting van het begrip misleidende reclame hanteert dan de gemeenschapsrechtelijke regeling. Op grond van deze overwegingen kan dan ook het voorts door de Oostenrijkse rechter aan de orde gestelde probleem van de bestanddelen van de vergelijkende reclame waarop die strengere nationale bepalingen kunnen worden toegepast, gemakkelijk worden opgelost. Wanneer namelijk artikel 7, lid 2, van de richtlijn alleen wil beletten dat in de lidstaten aanvullende voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame worden vastgesteld, is het duidelijk dat deze bepaling niet in de weg staat aan de toepassing van een dergelijke nationale regeling op alle bestanddelen van de vergelijking. Vanuit dit gezichtspunt is het derhalve niet nodig onderscheid te maken

tussen de beschrijving van de vergeleken goederen of diensten en het resultaat van de vergelijking.

Tweede prejudiciële vraag

48. De tweede prejudiciële vraag komt voort uit de omstandigheid, dat verzoekster rechtstreekse betrekkingen onderhoudt met de firma Eschenbach, van wie zij regelmatig de geadverteerde monturen in verschillende kleuren en grootten betreft, terwijl verweerster een beperkter assortiment van dergelijke monturen via parallelimport aankoopt. Als ik mij niet vergis, wenst de Oostenrijkse rechter in dit verband concreet te vernemen of de lidstaten overeenkomstig artikel 7, lid 1, van de richtlijn zelfstandig kunnen bepalen dat een prijsvergelijking slechts dan geoorloofd is, wanneer de adverteerder en zijn concurrent de vergeleken goederen via dezelfde distributiekanaalen betrekken en dus een vergelijkbaar assortiment aanbieden, dan wel of een dergelijke voorwaarde voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame overeenkomstig artikel 7, lid 2, van de richtlijn slechts rechtmatig kan worden bedongen wanneer zij tot de in artikel 3 bis van de richtlijn genoemde voorwaarden behoort. In dit tweede geval wenst de nationale rechter vervolgens te vernemen of de genoemde voorwaarde inderdaad in artikel 3 bis van de richtlijn is voorzien.

49. Geen enkele partij verdedigt het standpunt, dat krachtens artikel 3 bis van de

richtlijn in het algemeen slechts dan toestaat dat de prijs van bepaalde goederen wordt vergeleken, wanneer deze via dezelfde distributiekanaal zijn ingekocht, en evenmin het standpunt dat een dergelijke voorwaarde door de lidstaten krachtens artikel 7, lid 1, van de richtlijn zelfstandig kan worden opgelegd. De Oostenrijkse regering en de Commissie stellen echter dat, wanneer niet wordt bekendgemaakt dat het gaat om verschillende distributiekanaal, zulks theoretisch — ook al is dit in het onderhavige geval niet zo — kan leiden tot misleidende reclame, en dus tot ongeoorloofdheid van de vergelijkende reclame op grond van artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn, in bijzondere gevallen waarin het voor de consument van belang is of tussen verkoper en fabrikant rechtstreekse betrekkingen bestaan. Verzoekster stelt bovendien, in overigens minder duidelijke bewoordingen, dat vergelijkende reclame — wanneer de verschillende distributiekanaal of het verschillende goederenassortiment kennelijk op de prijs van invloed zijn, wanneer de reclame op deze aspecten betrekking heeft of wanneer de consument tot de conclusie zou kunnen komen dat de distributiekanaal identiek zijn — slechts dan geoorloofd kan worden geacht, wanneer de consumenten ter zake van deze aspecten niet wordt misleid.

50. Mijnerzijds ben ik het er met name mee eens, dat artikel 3 bis van de richtlijn geen bepaling bevat waarin wordt geregeld dat de prijzen van bepaalde goederen slechts dan kunnen worden vergeleken wanneer zij via dezelfde distributiekanaal zijn betrokken. Aangezien de voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame — zoals ik al heb uiteengezet — in dit artikel van de richtlijn uitputtend zijn vastgesteld, komt het mij evident voor, dat de

lidstaten niet willekeurig iedere reclame kunnen verbieden waarin de door concurrenten die voor hun inkoop van andere distributiekanaal gebruikmaken, voor bepaalde goederen gevraagde prijzen worden vergeleken.²⁸

51. Zoals de Oostenrijkse regering en de Commissie terecht opmerken, sluit dit overigens niet uit dat een dergelijke vergelijking onder bijzondere omstandigheden misleidend en dus krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn ongeoorloofd kan zijn, wanneer daarin geen aanduidingen over de verschillende distributiekanaal zijn gegeven. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer het voor de consument van belang is, bij zijn eigen leverancier steeds originele reserveonderdelen of accessoires te kunnen aanschaffen, of een beroep te kunnen doen op een speciale service die een rechtstreekse betrekking met de fabrikant vereist. Ook mij komt het echter voor, dat dergelijke bijzondere omstandigheden in gevallen als het onderhavige niet aanwezig zijn omdat het, zoals in de verwijzingsbeschikking wordt gesteld, „voor de koper [...] geen verschil maakt [...] of de verkoper de bril op grond van een duurzame handelsrelatie met de fabrikant of via een andere weg heeft ingekocht”.

52. Wanneer verschillende distributiekanaal tot belangrijke verschillen in het assorti-

28 — Ook met betrekking tot deze vraag moet ik echter wijzen op het lacuneuze karakter van de prejudiciële beslissing, waaruit niet duidelijk blijkt of er een nationale regeling is die prijsvergelijkingen tussen goederen die via verschillende distributiekanaal zijn betrokken, verbiedt.

ment van de aan het publiek geoffreerde goederen leiden, zou een prijsvergelijking ook dan misleidend kunnen zijn, wanneer in de reclameboodschappen zou worden vermeld (of te verstaan gegeven), dat de verkopers een vergelijkbaar assortiment van de betrokken goederen aanbieden. In een dergelijk geval zouden die boodschappen de verbruikers immers kunnen misleiden met betrekking tot het door de concurrenten aangeboden assortiment, dus met betrekking tot een element dat de keuze tussen twee of meer verkopers van dezelfde producten kan beïnvloeden. Ik geloof echter niet dat mededelingen als de onderhavige, die de prijzen van een bepaald montuur vergelijken zonder op enigerlei wijze, ook niet indirect of impliciet, informatie te verstrekken over het door de betrokken marktdeelnemers aangeboden assortiment, als zodanig de consumenten in dit opzicht kunnen misleiden.

53. Een ander probleem zou ten slotte rijzen wanneer de marktdeelnemer die zich via parallelimport bevoorraadt, de geadverteerde producten alleen sporadisch aankoopt en ze dan voor korte periode, tegen een gunstige prijs aanbiedt, tot de beschikbare voorraad volledig is uitgeput. In een dergelijk geval zou namelijk de speciale bepaling van artikel 3 bis, lid 2, van de richtlijn moeten worden toegepast, op grond waarvan het volgende geldt: „Elke vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding, moet duidelijk en ondubbelzinnig het einde en, zo de speciale aanbieding nog niet loopt, het begin aangeven van de periode gedurende welke de speciale prijs of andere specifieke voorwaarden gelden dan wel in voorkomend geval, vermelden

dat de speciale aanbieding loopt zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden geleverd.”

54. In casu moet echter worden beklemtoond dat in de drie zojuist genoemde gevallen de eventuele ongeoorloofdheid van de vergelijkende reclame als zodanig niet het gevolg zou zijn van de vergelijking van de prijzen die voor de, via verschillende distributiekkanalen gekochte, producten worden gevraagd, doch veeleer van het eventuele ontoereikende of misleidende karakter van de in het kader van de reclameboodschappen verstrekte gegevens. Daarom moet mijns inziens op deze prejudiciële vraag hoe dan ook worden geantwoord, dat in geen enkele bepaling van artikel 3 bis van de richtlijn de geoorloofdheid van vergelijkende reclame met betrekking tot de door concurrenten voor bepaalde goederen gevraagde prijs, afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat zij hun goederen via dezelfde distributiekkanalen betrekken. Gezien het uitputtende karakter van de in dit artikel bepaalde voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame, kan een dergelijke voorwaarde door de nationale instanties niet zelfstandig worden opgelegd.

Derde prejudiciële vraag

55. De derde vraag heeft betrekking op de „proefaankoop” waarop verweerster de vergelijkende reclame heeft gebaseerd en met name op het feit dat

- i) deze aankoop werd verricht nog voor de vergeleken brillen door verweerster werden verkocht, en

- ii) voor dit doel juist brillen (monturen en glazen) werden uitgekozen die een maximaal of in ieder geval een meer dan middelmatig prijsverschil opleverden.

In dit verband wenst de Oostenrijkse rechter in de eerste plaats te vernemen, of artikel 7, lid 2, van de richtlijn de lidstaten ook met betrekking tot de omstandigheden waaronder een vergelijkende reclame tot stand komt, verbiedt om voor de geoorloofdheid voorwaarden te bepalen die niet in artikel 3 bis van de richtlijn zijn voorzien; voorzover deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, zou hij voorts willen vernemen of een vergelijking die op grond van een proefaankoop als de onderhavige tot stand komt, in de zin van het genoemde artikel van de richtlijn als ongeoorloofd moet worden beschouwd.

56. In dit verband merkt verweerster enerzijds op, dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn eveneens betrekking heeft op de omstandigheden waaronder de vergelijkende reclame tot stand komt, en anderzijds, dat het krachtens artikel 3 bis van de richtlijn niet noodzakelijk is dat de adverteerder ten tijde van de proefaankoop al de geadverteerde goederen verkoopt; het volstaat dat deze worden verkocht wanneer de reclame wordt verspreid. Op analoge wijze verdedigt de Commissie het standpunt, dat deze vraag uitsluitend moet worden onderzocht in het licht van artikel 3 bis van de richtlijn, waarin niet wordt uitgesloten dat een marktdeelnemer, nog vóór hij de betrokken goederen op de markt brengt, zich met ieder geoorloofd middel (met inbegrip van een proefaankoop) op de hoogte stelt van de prijzen van de concurrenten, alvorens vergelijkende reclame te maken. De Oostenrijkse regering is

eveneens van mening dat de geoorloofdheid van een dergelijke vergelijkende reclame uitsluitend op grond van de in artikel 3 bis van de richtlijn genoemde voorwaarden moet worden beoordeeld, maar dat het aan de nationale rechter staat om vast te stellen, of het feit dat het tweeegebrengen van een voor de adverteerder bijzonder gunstige prijsvergelijking door middel van een nog vóór het begin van een reclamecampagne verrichte proefaankoop, misleidende reclame kan vormen. De opmerkingen van verzoekster zijn in wezen van dezelfde strekking; zij erkent weliswaar dat artikel 7, lid 2, van de richtlijn ook betrekking heeft op de omstandigheden waaronder vergelijkende reclame wordt gemaakt, maar is van mening dat dit niet het werkelijke probleem is dat in casu aan de orde is; zij geeft het Hof in overweging te preciseren dat het misleidend karakter van vergelijkende reclame ook in het licht van die omstandigheden moet worden beoordeeld.

57. Bij de beantwoording van deze vraag moet om te beginnen worden beklemtoond dat de lidstaten krachtens artikel 7, lid 2, van de richtlijn de geoorloofdheid van vergelijkende reclame niet kunnen doen afhangen van voorwaarden die niet in artikel 3 bis van de richtlijn zijn voorzien, ook niet wanneer deze voorwaarden betrekking hebben op de omstandigheden waaronder de vergelijkingen worden gerealiseerd.²⁹ Aangezien, zoals in wezen ook door partijen wordt erkend, in geen van de bepalingen van artikel 3 bis van de richtlijn de geoorloofdheid van vergelijkende reclame afhankelijk wordt gemaakt van het

29 — Ook met betrekking tot deze kwestie moet ik evenwel met nadruk wijzen op het lacuneuze karakter van de prejudiciële beschikking, waaruit niet duidelijk blijkt of een nationale regeling bestaat die vergelijkende reclame verbiedt welke door middel van een proefaankoop als de onderhavige tot stand komt.

feit dat zij niet door middel van een proef-aankoop als de onderhavige werd gerealiseerd, kan een dergelijke voorwaarde ook niet zelfstandig door nationale instanties worden gesteld.

58. Met betrekking tot het eventuele misleidende karakter van reclameboodschappen ben ik van mening, dat een prijsvergelijking als de onderhavige eventueel misleidend en dus krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn verboden kan zijn, wanneer die boodschappen worden verspreid alvorens de betrokken goederen tegen de genoemde prijs worden aangeboden, of wanneer de vergelijking aldus wordt gepresenteerd, dat men geneigd is om ten onrechte aan te nemen dat het gepubliceerde prijsverschil ook bij andere goederen bestaat. Echter geloof ik niet dat een vergelijking misleidend kan worden geacht, enkel omdat zij werd gerealiseerd door middel van een proef-aankoop die plaatsvond alvorens de betrokken goederen door de adverteerder werden aangeboden of omdat producten werden uitgekozen die door de concurrenten tegen heel andere prijzen worden verkocht. Ten aanzien van het tweede aspect van de vraag komt het mij veeleer logisch en vanzelfsprekend voor, dat verkopers alleen de prijzen vergelijken van goederen die zij in verhouding tot hun concurrenten tegen bijzonder gunstige voorwaarden verkopen.

59. Op grond van het bovenstaande moet mijns inziens op de derde vraag worden geantwoord, dat geen enkele bepaling van artikel 3 bis van de richtlijn de geoorlooftheid van vergelijkende reclame inzake de door concurrenten voor bepaalde goederen gevraagde prijs afhankelijk stelt van de

voorwaarde dat zij niet werd verricht door middel van een proef-aankoop die plaatsvond alvorens de betreffende goederen door de adverteerder werden aangeboden, en geen betrekking hebben op goederen die speciaal werden uitgekozen om tot een duidelijk prijsverschil te komen. Gezien het uitputtend karakter van de in dit artikel bepaalde voorwaarden voor de geoorlooftheid van vergelijkende reclame, kan een dergelijke voorwaarde door de nationale instanties niet zelfstandig worden opgelegd.

Vierde prejudiciële vraag

60. Met de vierde vraag wenst de Oostenrijkse rechter ten slotte te vernemen of sprake is van prijsvergelijkingen die de goede naam van concurrenten schaden en dus krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn ongeoorloofd zijn: i) wanneer daarvoor goederen worden uitgezocht waarvoor een meer dan gemiddeld prijsverschil bestaat en/of wanneer de vergelijkingen steeds opnieuw worden gemaakt zodat de indruk ontstaat dat de prijzen van de concurrent(en) in het algemeen te hoog zijn; en ii) wanneer de gegevens voor de identificatie van de concurrenten niet tot het hoogst noodzakelijke worden beperkt, en met name wanneer naast hun namen ook nog hun (eventuele) ondernemingslogo's en afbeeldingen van hun winkels worden getoond.

61. Verzoekster geeft in overweging deze vraag bevestigend te beantwoorden, en

beklemtoont dat de goede naam van concurrenten kan worden geschaad, zowel door de door reclameboodschappen gewekte misleidende indruk als door het tonen van hun onderscheidende kenmerken, voorzover deze voor het maken van objectieve prijsvergelijkingen niet absoluut noodzakelijk zijn.

62. Uiteraard is verweerster een andere mening toegedaan. Ten aanzien van het eerste punt merkt zij met name op, dat een redelijk geïnformeerde en omzichtige consument er niet toe zou worden verleid om aan te nemen dat het in de reclameboodschappen met betrekking tot enige producten genoemde prijsverschil overeenkomt met het gemiddelde prijsverschil bij alle door de concurrenten verkochte goederen. Het zou bovendien in strijd zijn met artikel 3 bis van de richtlijn om prijsvergelijkingen met betrekking tot bepaalde goederen slechts toe te staan wanneer het bestaande verschil overeenkomt met het gemiddelde verschil, of om bijzondere beperkingen in te voeren betreffende het aantal en de frequentie van de mogelijke vergelijkingen. Aangaande het tweede punt betoogt verweerster voorts, dat afbeeldingen van de winkel van een concurrent met het daarbijbehorende ondernemingslogo als zodanig de goede naam van deze concurrent niet op oneerlijke wijze schaden of hem kleineren, doch veeleer een doelmatige manier zijn om de concurrent te identificeren.

63. Daarentegen betoogt de Oostenrijkse regering dat de goede naam van een concurrent kan worden geschaad wanneer voor de vergelijking een bijzonder kostbaar artikel wordt uitgekozen en daarmee de indruk wordt gewekt dat voor het volledige

assortiment in het algemeen overdreven prijzen worden gevraagd, zonder dat wordt gewezen op de objectieve eigenschappen (waaronder het merk van de aangeboden goederen) waardoor dit assortiment wordt gekenmerkt. Volgens haar staat het echter aan de nationale rechter, dit met name aan de hand van de definitie van misleidende reclame in artikel 2, punt 2, van de richtlijn te toetsen.

64. De Commissie is de mening toegedaan, dat de omstandigheid dat de prijsvergelijking geen betrekking heeft op vergelijkbare producten of niet objectief of zelfs misleidend is, op zich niet de goede naam van de concurrenten in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn kan schaden, maar dat in dergelijke gevallen de geoorloofdheid van vergelijkende reclame veeleer moet worden beoordeeld op grond van de bepalingen van artikel 3 bis, lid 1, sub a tot en met c, van de richtlijn. In beginsel is het bovendien geoorloofd, in het kader van prijsvergelijkingen ook de (ongewijzigde) ondernemingslogo's en winkels van de concurrenten af te beelden, maar dergelijke vergelijkingen kunnen volgens artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn ongeoorloofd zijn wanneer zij willekeurig de aandacht vestigen op een of meer concurrenten, teneinde het hoge niveau van de in een bedrijfstak in het algemeen gevraagde prijzen te benadrukken.

65. Om met het eerste deel van deze vraag te beginnen, moet allereerst worden herhaald dat de vergelijking van de door twee of meer concurrenten voor bepaalde pro-

ducten gevraagde prijzen tot misleiding kan leiden, wanneer zij zodanig wordt geformuleerd dat daardoor de onjuiste indruk wordt gewekt dat het vermelde prijsverschied ook voor andere producten bestaat. In een dergelijk geval is de eventuele schade aan de goede naam van de concurrenten evenwel rechtstreeks het gevolg van het misleidende karakter van de vergelijkende reclame, die dus hoe dan ook krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn ongeoorloofd moet worden verklaard.

66. Zoals ik al heb uiteengezet, geloof ik echter niet dat het enkele feit dat producten worden vergeleken die door verschillende marktdeelnemers tegen aanzienlijk verschillende prijzen worden verkocht, op zich de indruk kan wekken dat een dergelijk prijsverschil ook voor andere producten bestaat, en evenmin geloof ik dat een dergelijke indruk kan worden gewekt door de bijzondere frequentie van de reclameboodschappen. Wanneer derhalve de reclameboodschappen niet leiden tot het vermoeden dat hetzelfde prijsverschil ook bij andere producten bestaat, en dus niet de onjuiste indruk wekken dat de prijzen van de concurrenten in het algemeen overdreven zijn, ligt de hypothese zelf van de aan de naam van de concurrenten berokkende schade, die volgens de prejudiciële vraag juist het gevolg van die indruk zou zijn, kennelijk minder voor de hand.

67. Wat vervolgens het tweede aspect van deze vraag betreft, ben ik het met verweester en de Commissie eens, dat de identifi-

catie van een concurrent ook door middel van een afbeelding van zijn winkel (met het bijbehorende ondernemingslogo), als zodanig niet impliceert dat aan diens goede naam in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn schade wordt berokkend. De mogelijke schade die eventueel het gevolg kan zijn van vergelijkende reclame als de onderhavige, wordt namelijk niet veroorzaakt door de indentificatie van de concurrent met afbeeldingen van een van zijn winkels (en niet alleen met zijn naam en adres), maar veeleer door de inhoud en de presentatie van de vergelijkingen. Het is namelijk een kwestie van van tweeën één: óf de vergelijkingen worden zo gemaakt dat zij de goede naam van de concurrenten kunnen schaden, zodat zij krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn ongeoorloofd zijn, ook wanneer de concurrenten alleen door middel van naam en adres worden geïdentificeerd, óf de vergelijkingen schaden de goede naam van de concurrenten niet, en dan worden zij op grond van de genoemde bepalingen zeker niet alleen deswege ongeoorloofd, omdat zij de concurrenten ook door middel van afbeeldingen van hun winkels identificeren.

68. Mijns inziens moet dus op de vierde vraag worden geantwoord dat prijsvergelijkingen als de onderhavige de goede naam van de concurrenten niet schaden, en dus niet ongeoorloofd zijn krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub e, van de richtlijn, op de enkele grond dat i) goederen werden uitgekozen waarbij een groter dan gemiddeld prijsverschil bestaat en/of de vergelijkingen steeds opnieuw worden gemaakt, en ii) de concurrenten waarop de vergelijkingen betrekking hebben, niet alleen door middel van hun naam en adres worden geïdentificeerd doch eveneens door afbeeldingen van hun winkels met de bijbehorende ondernemingslogo's.

Conclusie

Mitsdien geef ik in overweging het Oberste Gerichtshof te antwoorden als volgt:

„1) Als misleidend en dus ongeoorloofd krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, moeten worden beschouwd reclameboodschappen waarbij de verkoopprijs van een bril bij twee handelaren wordt vergeleken, onder vermelding dat het hetzelfde montuur betreft en dat de glazen dezelfde kenmerken hebben, zonder dat erop wordt gewezen dat het om glazen van twee verschillende merken gaat, waarvan het ene grote bekendheid geniet terwijl het andere bij het publiek nauwelijks bekend is. In dergelijke gevallen staan de bepalingen van artikel 3 bis, lid 1, sub c en g, van de richtlijn niet in de weg aan de vermelding van het merk van de glazen die in de betrokken brillen zijn gezet.

2) Geen enkele bepaling van artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG in de versie van richtlijn 97/55/EG stelt de geoorloofdheid van vergelijkende reclame met betrekking tot de door concurrenten voor bepaalde producten gevraagde prijs, afhankelijk van de voorwaarde dat zij hun producten via dezelfde distributiekanaalen betrekken. Gezien het uitputtende karakter van de in dit

artikel bepaalde voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame, kan een dergelijke voorwaarde door de nationale instanties niet zelfstandig worden opgelegd.

- 3) Geen enkele bepaling van artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG in de versie van richtlijn 97/55/EG stelt de geoorloofdheid van vergelijkende reclame met betrekking tot de door concurrenten voor bepaalde producten gevraagde prijs afhankelijk van de voorwaarde dat zij niet werd verricht door middel van een proefaankoop die plaatsvond alvorens de betrokken producten door de adverteerder werden aangeboden, en geen betrekking heeft op goederen die speciaal werden uitgekozen om tot een duidelijk prijsverschil te komen. Gelet op het uitpuittend karakter van de in dit artikel bepaalde voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame, kan een dergelijke voorwaarde door de nationale instanties niet zelfstandig worden opgelegd.
- 4) Prijsvergelijkingen als de onderhavige schaden de goede naam van de concurrenten niet, en zijn dus niet ongeoorloofd krachtens artikel 3 bis, lid 1, sub e, van richtlijn 84/450/EEG in de versie van richtlijn 97/55/EG, op de enkele grond dat
 - i) goederen werden uitgekozen waarbij een groter dan gemiddeld prijsverschil bestaat en/of de vergelijkingen telkens opnieuw worden gemaakt, en
 - ii) de concurrenten waarop de vergelijkingen betrekking hebben, niet alleen door middel van hun naam en adres worden geïdentificeerd doch eveneens door afbeeldingen van hun winkels met de bijbehorende ondernemings-logo's."