

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. MENGOZZI

van 7 september 2010¹

1. Het Hof heeft zich al verschillende malen over vergelijkende reclame gebogen en de rechtspraak daarover is ondertussen behoorlijk omvangrijk. In de onderhavige zaak heeft de verwijzende rechter, het Tribunal de commerce de Bourges, echter een vraag opgeworpen over een aspect dat nog niet aan de orde is geweest, namelijk de vraag of de bepalingen over vergelijkende reclame van toepassing zijn op een vergelijking tussen levensmiddelen.

2. In die context verzoekt de verwijzende rechter het Hof in wezen om een oordeel over de nationale Franse rechtspraak, die de rechtmatigheid van vergelijkende reclame voor levensmiddelen uitsluit, op grond dat zij naar hun aard niet vatbaar zijn voor een vergelijking.

I — Rechtskader

3. Voor een antwoord op deze vraag zijn uitsluitend bepalingen van het recht van de Unie van belang. Zoals de verwijzende rechter in

zijn beschikking opmerkt, wordt in de toepasselijke nationale bepalingen, namelijk de artikelen 121-8 en 121-9 van de Code de la consommation (het Franse wetboek consumentenrecht), enkel de tekst van de toentertijd toepasselijke bepalingen van het recht van de Unie gereproduceerd.

A — *Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55*

4. De relevante regelgeving voor de onderhavige zaak is te vinden in richtlijn 84/450/EEG² (hierna ook: „richtlijn”), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG³.

2 — Richtlijn van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (PB L 250, blz. 17). Voordat 84/450/EEG bij richtlijn 97/55/EG werd gewijzigd, droeg zij een ander opschrift, dat de beperktere werksfeer ervan weerspiegelde („richtlijn [...] betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame”).

3 — Richtlijn 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).

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

5. Artikel 2, punt 2, van de richtlijn definieert „misleidende reclame” als „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen door 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”. Volgens het daaropvolgende punt 2 bis wordt onder vergelijkende reclame verstaan „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”.

- b) de prijs of de wijze van prijsberekening, alsmede de voorwaarden waarop de goederen worden geleverd of de diensten worden verricht;
- c) 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.”

6. Artikel 3 van de richtlijn luidt als volgt:

7. Artikel 3 bis bepaalt het volgende:

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

„Bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is, moeten alle bestanddelen, in het bijzonder de daarin voorkomende mededelingen omtrent de volgende punten, in aanmerking worden genomen:

- 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;
- a) de kenmerken van de goederen of diensten, zoals beschikbaarheid, aard, uitvoering, samenstelling, procedé 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;
- 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;

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.

[...].”

8. Artikel 7 van de richtlijn tot slot luidt:

„1. Deze richtlijn belet de lidstaten niet 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.

2. Lid 1 is niet van toepassing op vergelijkende reclame voor zover het de vergelijking betreft.

[...]”

B — *Richtlijn 84/450 zoals vervolgens gewijzigd bij richtlijn 2005/29*

9. Bij richtlijn 2005/29/EG⁴ is richtlijn 84/450 nogmaals gewijzigd. Voor de onderhavige zaak is de wijziging van artikel 3 bis en artikel 7 van belang.

4 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB L 149, blz. 22).

10. Artikel 3 bis van richtlijn 84/450 is nu als volgt geformuleerd:

„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, van deze richtlijn of de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt;

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) niet de goede naam schaadt van en zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;

e) voor producten met een oorsprongsbenaming in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;

f) 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;

g) niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.

h) er niet toe leidt dat onder handelaren de adverteerder met een concurrent wordt verward of dat de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward.”

11. Artikel 7 luidt nu:

„1. Deze richtlijn belet de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming van handelaren en concurrenten met betrekking tot misleidende reclame.

2. Lid 1 is niet van toepassing op vergelijkende reclame voor zover het de vergelijking betreft.

[...].”

is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen:

12. Ten tijde van de feiten in het hoofdgeding was richtlijn 2005/29/EG al in werking getreden. De termijn voor de omzetting ervan in nationaal recht, te weten 12 juni 2007, was echter nog niet verstreken.⁵

- a) het bestaan of de aard van het product;
- b) de voornaamste kenmerken van het product,

[...]

C — Richtlijn 2005/29

13. De artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29, waarnaar artikel 3 bis van richtlijn 84/450 nu verwijst voor de omschrijving van het begrip misleidende reclame, zien op respectievelijk „misleidende handelingen” en „misleidende omissies”.

2. Als misleidend wordt eveneens beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst:

14. In artikel 6 is bepaald:

„1. Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct

- a) marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent;

5 — Zie artikel 19 van richtlijn 2005/29.

[...].”

15. Artikel 7 is als volgt geformuleerd:

„1. Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

[...]

4. In het geval van een uitnodiging tot aankoop wordt de volgende informatie als essentieel beschouwd, indien deze niet reeds uit de context blijkt:

a) de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het medium en het product passend is;

[...]

c) de prijs, inclusief belastingen [...].”

16. Na richtlijn 2005/29 zijn de voorschriften inzake misleidende en vergelijkende reclame zonder substantiële wijzigingen geconsolideerd in richtlijn 2006/114/EG⁶.

II — De feiten en de prejudiciële vraag

17. Partijen bij het geschil voor de nationale rechter zijn twee vennootschappen die supermarkten exploiteren: Lidl en Vierzon. Deze laatste, die handelt onder de naam Leclerc, heeft op 23 september 2006 in een plaatselijke krant een advertentie geplaatst waarin de kassabonnen van boodschappen in vier verschillende supermarkten werden vergeleken.

18. In elke supermarkt werden 34 producten gekocht, waarvan de prijzen werden opgesomd. Het betrof producten voor dagelijks gebruik, hoofdzakelijk levensmiddelen, die elkaar grotendeels overlapten. De merken van de producten waren niet aangegeven. Uit de totaalprijs van de „winkelwagens” bleek dat Leclerc de goedkoopste supermarkt was; de aangegeven producten kostten daar in totaal 46,30 EUR. Met een totaalbedrag van

⁶ — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie) (PB L 376, blz. 21).

51,40 EUR stond Lidl op de tweede plaats. De andere twee supermarkten waren nog duurder. De vier productlijsten met hun prijzen gingen vergezeld van een slogan waarin werd onderstreept dat de supermarkten van Leclerc de goedkoopste waren.

omstandigheden en de plaats van bereiding, de gebruikte ingrediënten en de ervaring van de fabrikant?”

19. Naar aanleiding van de zojuist beschreven advertentie heeft Lidl Vierzon voor de verwijzende rechter gedaagd en gesteld dat de voorschriften voor vergelijkende reclame geschonden waren.

20. De verwijzende rechter, die uitlegging van het recht van de Unie inzake vergelijkende reclame noodzakelijk achtte voor het wijzen van zijn vonnis, heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

III — Procesverloop voor het Hof

21. De verwijzingsbeschikking is op 8 mei 2009 ingekomen bij het Hof. De partijen in het hoofdgeding, de Tsjechische, de Oostenrijkse en de Franse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

22. Ter terechtzitting van 1 juli 2010 hebben de partijen in het hoofdgeding, de Franse regering en de Commissie hun standpunt toegelicht.

IV — De prejudiciële vraag

„Moet artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG, aldus worden uitgelegd dat vergelijkende prijsreclame voor artikelen die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, dat wil zeggen artikelen die in voldoende mate onderling uitwisselbaar zijn, ongeoorloofd is om de enkele reden dat, wanneer het om levensmiddelen gaat, de eetbaarheid van elk artikel, in elk geval het genoeg dat men in het eten ervan scheidt, volledig afhangt van de

A — *Ontvankelijkheid van de vraag*

23. In haar schriftelijke opmerkingen stelt de Franse regering primair dat de

prejudiciële vraag niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de verwijzingsbeschikking onvoldoende gegevens bevat om precies te bepalen welke producten in de vergelijkende reclame waren opgenomen en welke kenmerken ze hadden.

24. Opgemerkt moet evenwel worden dat de door de verwijzende rechter gestelde vraag, ofschoon zij in verband staat met een feitelijke situatie die betrekkelijk summier is beschreven, in feite een zuiver juridische is, die als zodanig duidelijk is uitgedrukt. Gedetailleerde gegevens over de specifieke feitelijke omstandigheden die aan het geschil voor de nationale rechter ten grondslag liggen zijn weliswaar niet nutteloos, maar ook niet onontbeerlijk om een — juridisch en abstract — antwoord te geven op een even abstracte vraag.

25. Daarnaast wijs ik erop dat een afschrift van de vergelijkende reclame die het voorwerp is van het geschil voor de nationale rechter aan de opmerkingen van een van de interveniënten bij het Hof is gehecht. Dit maakt nu dus deel uit van het dossier. De Franse regering heeft zich ter terechtzitting uitgelaten in termen die erop wijzen dat het probleem van de ontvankelijkheid niet meer aan de orde is.

26. De exceptie van niet-ontvankelijkheid moet dan ook worden verworpen.

B — *De rol van richtlijn 2005/29*

27. Een bijzonder probleem in de onderhavige casus, dat met name in de opmerkingen van de Oostenrijkse regering is opgeworpen, betreft de rol die met het oog op de beantwoording van de prejudiciële vraag eventueel aan richtlijn 2005/29/EG moet worden toegekend. Zoals ik hierboven bij de uiteenzetting over het rechtskader heb aangegeven, was die richtlijn ten tijde van de feiten van het geding al in werking getreden, maar was de termijn voor de omzetting ervan nog niet verstreken.

28. In dergelijke gevallen bepaalt de rechtspraak van het Hof dat het interne recht zo veel mogelijk aldus dient te worden uitgelegd dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, niet ernstig in gevaar wordt gebracht.⁷

29. In de onderhavige casus meen ik niettemin dat de fundamentele vraag is of het antwoord dat aan de nationale rechter moet worden gegeven, anders zou zijn als richtlijn 2005/29 in aanmerking zou worden genomen. Dat is volgens mij niet het geval.

30. In de eerste plaats zijn bij richtlijn 2005/29, voor zover hier van belang, slechts

⁷ — Arresten van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 123), en 23 april 2009, VTB-VAB (C-261/07 en C-299/07, Jurispr. blz. I-2949, punt 39).

enkele punten inzake misleidende reclame verduidelijkt: de vraag van de verwijzende rechter heeft echter geen betrekking op de voorwaarden waaronder reclame als misleidend kan worden gekwalificeerd, maar enkel op de mogelijkheid de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame in algemene zin op levensmiddelen toe te passen. Dat een van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame is dat zij niet misleidend is, doet er niet aan af dat de vraag geen betrekking heeft op de definitie van misleidende reclame.

uitvoeringstermijn, de verwezenlijking van de met [de recentere] richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen”⁸.

32. Ik acht het dus niet noodzakelijk dat het Hof met het oog op een antwoord aan de verwijzende rechter de inhoud van richtlijn 2005/29 in aanmerking neemt.

C — Aard van de ingeroepen rechten

31. Ook al zouden de wijzigingen van richtlijn 2005/29 in aanmerking worden genomen, dan lijkt mij dat hoe dan ook geen bijzondere moeilijkheden op te leveren. Deze richtlijn verduidelijkt namelijk enkel het begrip misleidende reclame in richtlijn 84/450, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55, vooral in de artikelen 6 en 7, die in het opnieuw geformuleerde artikel 3 bis van richtlijn 84/450 worden aangehaald, *maar wijzigt het niet en haalt het zeker niet omver*. Het is daarom niet duidelijk hoe een uitlegging van het begrip misleidende reclame in de (vagere en algemenere) tekst van richtlijn 84/450, die ten tijde van de feiten van toepassing was, om de woorden van het Hof te gebruiken, „na het verstrijken van de

33. De zaak voor de verwijzende rechter betreft een geschil tussen twee particulieren. De vraag rijst of dat niet een zogenoemde horizontale toepassing van een richtlijn impliceert, in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof dat een richtlijn uit zichzelf in beginsel aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen⁹.

34. Niettemin wijs ik erop dat de nationale rechter, zoals de Franse regering terecht opmerkt, in het kader van de onderhavige zaak een bepaling van nationaal recht moet

⁸ — Arrest VTB-VAB, aangehaald in voetnoot 7, punt 39.

⁹ — Zie bijvoorbeeld laatstelijk arrest van 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, jurispr. blz. I-365, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

uitleggen waarin richtlijn 84/450, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55, in wezen woordelijk is overgenomen.

concurrentie kunnen verstoren, de concurrenten schade kunnen berokkenen en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument”¹¹.

35. In het licht van met name de verplichting van de nationale rechters om de nationale bepalingen zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn uit te leggen, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken,¹⁰ doet de vraag naar de ontvankelijkheid en/of het belang van de prejudiciële vraag van het Tribunal de commerce de Bourges zich derhalve niet voor, zelfs niet vanuit dat oogpunt.

37. Op basis van deze overwegingen heeft het Hof in zijn rechtspraak steeds herhaald dat de bepalingen van de richtlijn moeten worden uitgelegd in de voor vergelijkende reclame meest gunstige zin, waarbij ervoor moet worden gezorgd dat de consument tegen een eventuele misleidende reclame wordt beschermd.¹²

D — Richtlijn 84/450 en vergelijkende reclame: algemene opmerkingen

36. Artikel 3 bis van de richtlijn, waarin de voorwaarden worden opgesomd waaronder vergelijkende reclame in het algemeen geoorloofd is, heeft tot doel „de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten in het belang van de consument te stimuleren, door concurrenten de mogelijkheid te bieden om objectief de voordelen van verschillende vergelijkbare waren te belichten en door tegelijk praktijken te verbieden die de

38. Het begrip vergelijkende reclame in de richtlijn is zeer ruim. De enige voorwaarde waaraan hoeft te zijn voldaan opdat van vergelijkende reclame sprake is, is namelijk een vermelding onder welke vorm ook waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten, zij het impliciet, worden genoemd. Het is niet eens noodzakelijk dat de goederen en de diensten van degene die reclame maakt, worden vergeleken met die van de concurrent.¹³

39. Vergelijkende reclame is in de richtlijn bovendien uitputtend geregeld. Bijgevolg

10 — Zie bijvoorbeeld laatstelijk arrest van 28 januari 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, Jurispr. blz. I-817, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

11 — Arrest van 18 juni 2009, L’Oréal e.a. (C-487/07, Jurispr. blz. I-05185, punt 68).

12 — Ibidem, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

13 — Arrest van 25 oktober 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Jurispr. blz. I-7945, punt 31).

kunnen eventuele strengere nationale bepalingen op dit gebied niet worden toegepast.¹⁴

kenmerken en handelsnamen, en zijn hier dus niet van toepassing.

E — *De voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in het algemeen geoorloofd is*

40. De voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in het algemeen geoorloofd is, worden in artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn opgesomd. Het gaat om acht cumulatieve voorwaarden: het volstaat dat slechts aan één van hen niet is voldaan, om de vergelijkende reclame ongeoorloofd te maken.¹⁵ Voor het antwoord op de onderhavige prejudiciële vraag zijn echter enkel de eerste drie voorwaarden van belang. De andere voorwaarden zien namelijk op het gebruik van of de verwijzing naar merken, onderscheidende

41. Volgens de eerste voorwaarde waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, mag zij niet misleidend zijn. Deze voorwaarde heb ik hiervoor al aangestipt en ik zal er nog op terugkomen.¹⁶ Niettemin heeft de verwijzende rechter het Hof geen vraag gesteld over het begrip misleidende reclame; maar uitsluitend de vraag of de bepalingen over vergelijkende reclame in algemene en abstracte zin op levensmiddelen kunnen worden toegepast.

42. De tweede en derde voorwaarde waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, zijn directer van belang voor de onderhavige zaak. Zoals besproken wordt als tweede voorwaarde gesteld dat de vergelijkende reclame „goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd”. In dat verband is in de rechtspraak van het Hof, gelet op de welwillende houding jegens vergelijkende reclame waarvan de wetgever in de richtlijn blijkt geeft, gepreciseerd dat deze voorwaarde niet te strikt mag worden uitgelegd. Inzonderheid is die voorwaarde aldus uitgelegd dat het volstaat

14 — Arrest van 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punt 44). Op het gebied van misleidende reclame daarentegen heeft de richtlijn, in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie, slechts minimumharmonisatie bewerkstelligd, waardoor de nationale wetgever strengere nationale bepalingen kon toepassen, met name om consumenten te beschermen (ibidem, punt 40), op voorwaarde dat de bepalingen inzake vergelijkende reclame wat de vorm en de inhoud van de vergelijking betreft niet werden aangetast (ibidem, punt 44). Verder moet gezegd dat de EU-regelgeving na richtlijn 2005/29/EG ook op enkele gebieden van de misleidende reclame gezien moet worden als uitputtend, aangezien de lidstaten nu enkel strengere bepalingen kunnen invoeren ter bescherming van handelaren en concurrenten (zie punt 6 van de considerans van richtlijn 2005/29/EG en de nieuwe tekst van artikel 7 van richtlijn 84/450/EEG).

15 — Zie overweging 11 van de considerans van richtlijn 97/55/EG, op grond waarvan „[...] de voorwaarden voor vergelijkende reclame cumulatief moeten zijn en in hun geheel moeten worden nageleefd”. Zie ook arrest Pippig Augenoptik, aangehaald in voetnoot 14, punt 54.

16 — Zie hierna, punten 54 e.v.

dat „de consument [de vergeleken goederen] in voldoende mate kan substitueren”¹⁷.

43. De derde voorwaarde waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, luidt tot slot dat vergelijkende reclame „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”. In dat verband moet verduidelijkt worden dat een vergelijkende reclame waarin, zoals in dit geval, de producten enkel op basis van prijs vergeleken worden, geoorloofd is.¹⁸

44. Nu ik heb uiteengezet welke in algemene zin de voorwaarden zijn waaronder vergelijkende reclame in deze zaak geoorloofd is, zal ik de kern van het door de verwijzende rechter opgeworpen probleem onderzoeken, te weten de vraag of deze voorwaarden van toepassing zijn op een vergelijking van levensmiddelen.

F — De toepassing van de richtlijn op vergelijkende reclame voor levensmiddelen

45. Als gezegd, is de kern van de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter of het mogelijk is de bepalingen van het recht van de

Unie inzake vergelijkende reclame toe te passen op een vergelijking van levensmiddelen. De reclame waarover het in het hoofdgeding gaat, heeft echter in werkelijkheid niet enkel betrekking op levensmiddelen. Onder aan de lijst van vergeleken producten staan bijvoorbeeld enkele wasmiddelen. Hoe het ook zij, de overgrote meerderheid van de vergeleken producten zijn inderdaad levensmiddelen, wat de strekking van de prejudiciële vraag verklaart en rechtvaardigt.

46. Dat de vergelijking in dit geval geen betrekking heeft op afzonderlijke producten, maar op lijsten van producten, levert voor de vraag of de vergelijkende reclame geoorloofd is geen problemen op. Over dit type reclame heeft het Hof namelijk al eerder geoordeeld dat zij rechtmatig is, mits de producten op de lijsten waarop de vergelijking ziet, individueel bezien voldoen aan het vereiste van vergelijkbaarheid.¹⁹ De toetsing of de reclame aan deze voorwaarde voldoet, staat natuurlijk aan de verwijzende rechter, maar op basis van de elementen in het dossier kunnen we stellen dat in casu aan de voorwaarde is voldaan, aangezien de producten op de lijst in elke „winkelwagen” in een bepaalde volgorde zijn opgesomd en vervangen kunnen worden door de producten op dezelfde plaats in alle andere „winkelwagens”.

17 — Arresten van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Jurispr. blz. I-8501, punt 26), en 19 april 2007, De Landtshoer Emmanuel (C-381/05, Jurispr. blz. I-3115, punt 44).

18 — Zie punt 8 van de considerans van richtlijn 97/55/EG, waarin wordt opgemerkt dat „[...] de vergelijking van alleen de prijs van goederen en diensten mogelijk moet zijn indien die vergelijking aan bepaalde voorwaarden voldoet, met name aan de voorwaarde dat zij niet misleidend is”. Zie ook arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punt 56.

19 — Arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punten 34-36.

47. Richtlijn 84/450 bevat geen enkele uitdrukkelijke uitzondering of bijzondere bepaling voor levensmiddelen. Het is derhalve niet duidelijk op welke basis een vergelijkende reclame voor levensmiddelen in algemene zin niet geoorloofd zou zijn, met name in het licht van het bij de uitlegging te hanteren beginsel dat in geval van twijfel de richtlijn moet worden uitgelegd in de voor vergelijkende reclame meest gunstige zin.²⁰ Daarnaast heeft het Hof zich al uitgesproken over vergelijkende reclame voor levensmiddelen en daarbij is nooit aan de orde gesteld dat de richtlijn niet op dergelijke producten van toepassing zou zijn.²¹ We mogen ten slotte ook niet vergeten dat een van de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, namelijk artikel 3 bis, lid 1, sub f, van de richtlijn, producten met een benaming van oorsprong betreft; die bepaling zou zinloos zijn als levensmiddelen niet zouden mogen worden vergeleken.

48. Hierboven heb ik al vermeld dat het gegeven dat de goederen in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, zoals vereist door artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de richtlijn, in de uitlegging van het Hof betekent dat de consument deze goederen in voldoende mate kan substitueren.²² Het lijkt mij duidelijk dat voor deze formule niet vereist is dat de vergeleken levensmiddelen dezelfde smaak hebben — op voorwaarde natuurlijk dat niet aan de kwalificatie van misleidende reclame is voldaan, zoals we hierna zullen zien. Het Hof heeft zich op hetzelfde

standpunt gesteld toen het oordeelde dat een reclame waarin een product zonder benaming van oorsprong werd vergeleken met een product dat wel een dergelijke benaming had, geoorloofd was.²³

49. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht heeft opgemerkt, zou vergelijkende reclame — namelijk verschillende producten met elkaar vergelijken en de aandacht vestigen op de voor- en nadelen ervan — grotendeels haar zin verliezen als enkel vergelijkende reclame voor identieke producten, althans producten waarvan de kenmerken geheel overlappen, geoorloofd zou zijn.

50. Over de wijze waarop moet worden getoetst of de vergeleken producten in voldoende mate kunnen worden gesubstitueerd, zijn in de rechtspraak enkele bakens gezet. Deze beoordeling moet worden verricht door de nationale rechter tegen de achtergrond van de doelstellingen van de richtlijn en van de in de rechtspraak geformuleerde beginselen. De rechter moet bij zijn onderzoek rekening houden met zowel de actuele marktsituatie, als de ontwikkelingsmogelijkheden ervan, zonder zich noodzakelijkerwijs te beperken tot de consumptiegewoonten in een enkele lidstaat of een bepaalde streek. Bij deze beoordeling kan ook het imago dat

20 — Zie punt 37 hierboven.

21 — Zie bijvoorbeeld arresten Lidl Belgium en De Landtshéer Emmanuel, beide aangehaald in voetnoot 17.

22 — Zie punt 42 hierboven.

23 — Arrest De Landtshéer Emmanuel, aangehaald in voetnoot 17, punt 66.

de adverteerder aan zijn producten wenst te geven, een rol spelen.²⁴

51. Het is niet mogelijk bij voorbaat aan te geven welke factoren voor de nationale rechter beslissend zullen zijn bij de beoordeling of de vergeleken producten voor de consument substitueerbaar zijn: dat moet van geval tot geval worden beoordeeld in het licht van de specifieke kenmerken van de situatie.²⁵ Elementen als de kwaliteit van de vergeleken producten of het assortiment waartoe ze behoren, kunnen echter belangrijke factoren zijn, indien zij van invloed kunnen zijn op de mate waarin de vergeleken producten voor de consument substitueerbaar zijn.

53. Als *totale smaakequivalentie* als criterium voor geoorloofde vergelijkende reclame van levensmiddelen zou worden gehanteerd, zou het resultaat hetzelfde zijn als wanneer de richtlijn in het geheel niet van toepassing op deze producten zou worden verklaard. Zoals de Tsjechische regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft benadrukt, zou een dergelijke voorwaarde — die door de wetgever niet is gesteld — in de beoordeling of vergelijkende reclame geoorloofd is, een subjectief element introduceren, waardoor een concurrent vergelijkende reclame van een rivaal steeds zou kunnen blokkeren door te stellen dat kwaliteit en/of smaak van de betrokken producten verschillen.

G — *Controle van de niet-misleidende aard van de reclame*

52. Vooropgesteld dat vergelijkende reclame door de verschillen in smaak tussen de vergeleken levensmiddelen niet onrechtmatig wordt, is deze reclame enkel geoorloofd als: a) de producten in voldoende mate kunnen worden gesubstitueerd, hetgeen ter beoordeling aan de nationale rechter staat; b) de reclame niet misleidend is (in de volgende punten kom ik op dit aspect terug); c) aan de andere voorwaarden in artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn, waaronder de reclame geoorloofd is, is voldaan.

54. Zoals ik hiervoor al heb opgemerkt, verzoekt de verwijzende rechter het Hof niet om aanwijzingen inzake misleidende reclame. Aangezien een van de fundamentele voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame is dat de reclame niet misleidend mag zijn, en aangezien men zich zou kunnen afvragen of het begrip misleidende reclame bij levensmiddelen iets anders inhoudt dan het „gewone” begrip, is het mijns inziens zinvol daaraan enkele korte overwegingen te wijden.

²⁴ — Ibidem, punten 33-37 en 43.

²⁵ — Ik verwijs hiervoor naar mijn conclusie van 30 november 2006 in de zaak *De Landtsheer Emmanuel*, aangehaald in voetnoot 17, punten 98-105.

55. De algemene definitie van misleidende reclame wordt zoals gezien gegeven in artikel 2, lid 2, van richtlijn 84/450.²⁶ Deze definitie bevat twee essentiële elementen. In de eerste plaats misleidt deze reclame de personen tot wie zij zich richt (althans kan hen misleiden). In de tweede plaats kan misleidende reclame, als gevolg van haar eerste kenmerk, het economische gedrag van het publiek tot wie zij zich richt, beïnvloeden, of een concurrent van de adverteerder schade toebrengen.

56. Het staat steeds aan de nationale rechter te beoordelen of reclame misleidend is: bij deze beoordeling moet namelijk worden gelet op de omstandigheden van elk concreet geval en moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de consumenten tot wie de reclame is gericht, met als maatstaf een normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument.²⁷

57. In het onderzochte geval lijkt het mij — zonder de nationale rechter zijn uitsluitende bevoegdheid af te nemen — dat enkele bakens kunnen worden gezet, waarmee rekening moet worden gehouden om te bepalen of de consument tot wie de betrokken vergelijkende reclame is gericht, is misleid of het risico daartoe heeft gelopen.

58. Om te beginnen kan de onderzochte vergelijkende reclame in algemene zin niet als misleidend worden beschouwd op de grond dat het merk van de vergeleken producten niet wordt aangegeven. Weliswaar heeft het Hof in enkele gevallen geoordeeld dat het weglaten van de merken van de vergeleken producten misleidende reclame kan opleveren, maar dat doet zich, zoals in het arrest Pippig Augenoptik is verduidelijkt, enkel voor in de gevallen waarin het merk van de producten de keuze van de consument merkbaar kan beïnvloeden en de vergelijking betrekking heeft op concurrerende producten die aanzienlijk qua merkbekendheid verschillen.²⁸

59. Met andere woorden, het weglaten van de merken kan slechts in tamelijk beperkte gevallen misleidende reclame opleveren: de referentiedrempel die door het Hof in het voornoemde arrest Pippig is vastgesteld, is heel hoog. In dat geval ging het om het weglaten van de merken van brillenglazen; een product dat qua prijs en vervangbaarheid in een heel andere categorie valt dan een reeks levensmiddelen die in de eerste levensbehoeften voorzien. Evenmin mag worden vergeten dat het Hof ook in dat geval de beslissing of de reclame misleidend was, aan de nationale rechter heeft overgelaten.

26 — Arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punt 76.

27 — Arrest van 16 januari 1992, X (C-373/90, Jurispr. blz. I-131, punt 15), en arresten Pippig Augenoptik, aangehaald in voetnoot 14, punt 55, en Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punten 77-78 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

28 — Arrest Pippig Augenoptik, aangehaald in voetnoot 14, punt 53.

60. Daarom lijkt het mij onwaarschijnlijk — wat niet wegneemt dat de verwijzende rechter de enige is die zich op dit punt kan uitspreken — dat het weglaten van de merken van de vergeleken producten in dit geval leidt tot gedrag dat aan de kwalificatie van misleidende reclame voldoet. Dat zou anders zijn als de adverteerder bijvoorbeeld de merken van de vergeleken producten zou hebben weggelaten om consumenten een verkeerd beeld van de producten te geven. Men denke aan het geval van een vergelijking die bedoeld is om voor te wenden dat een product dat tegen een aanzienlijk lagere prijs wordt aangeboden, van hetzelfde merk is als een duurder product.

producten bijvoorbeeld de enige van dat type zijn die in de betrokken supermarkten worden verkocht (om de voorbeelden uit het vorige punt te gebruiken: de enige margarine, de enige tomatenpuree enzovoort), of naar hun aard volkomen vervangbaar zijn door die van concurrenten, doet het probleem van de gebrekkige of onmogelijke identificatie ervan zich niet voor.

61. Het niet aangeven van de merken zou daarentegen van betekenis kunnen zijn, als het daardoor onmogelijk zou worden de vergeleken producten te identificeren. Zoals in de rechtspraak is vastgesteld, moeten de producten in de vergelijking „individueel en concreet” kunnen worden geïdentificeerd.²⁹ Als in de reclame, zoals in dit geval, de producten op een algemene manier worden geïdentificeerd („margarine”, „boterhamsmeersel”, „tomatenpuree” enzovoort), zonder het merk te noemen, zou er een risico kunnen zijn dat de vergeleken producten niet voldoende nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd. Ook dat moet evenwel door de nationale rechter worden beoordeeld. Als de vergeleken

62. Het Hof heeft eveneens uitgemaakt dat ook de manier waarop de producten voor de „winkelwagen” in de vergelijkende reclame worden gekozen in abstracto misleidende reclame kan vormen. Dat kan met name het geval zijn als de keuze van de producten tot de onjuiste overtuiging van de consument kan leiden dat *alle producten* van de adverteerder minder duur zijn dan *alle producten* van zijn concurrenten.³⁰ Desondanks zijn deze vaststellingen uit de rechtspraak voor de onderhavige casus niet van belang. Zij zijn door het Hof ontwikkeld naar aanleiding van een geval van vergelijkende reclame waarin geen specifieke producten werden vergeleken, maar het algemene prijsniveau van concurrerende supermarkten. In dit geval hebben we niet te maken met algemene beweringen over prijzen die in een bepaalde supermarkt steeds lager zouden zijn dan in een andere. In de reclame waarover de verwijzende rechter zich moet uitspreken, worden, als gezegd, een aantal welomschreven en bepaalde producten vergeleken die bij concurrerende

29 — Arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punt 61.

30 — Ibidem, punt 83.

supermarkten worden verkocht. Dat deze vergelijking gepaard gaat met een algemene slogan over het lagere prijsniveau van de adverteerder, zonder enige kwantitatieve en/of numerieke aanduiding, lijkt mij volkomen irrelevant.

V — Conclusie

63. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunal de commerce de Bourges als volgt te beantwoorden:

„Een vergelijkende reclame waarin louter op basis van de prijs levensmiddelen worden vergeleken die weliswaar qua smaak uiteenlopen, maar niettemin in voldoende mate kunnen worden gesubstitueerd, is in de zin van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame geoorloofd. Het staat aan de nationale rechter na te gaan of aan deze en de andere voorwaarden in artikel 3 bis van richtlijn 84/450, met name aan het verbod van misleidende reclame, is voldaan.”