

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

PAOLA MENGOZZIEGO

przedstawiona w dniu 7 września 2010 r.¹

1. Trybunał miał już wielokrotnie do czynienia z reklamą porównawczą, wypracowując orzecznictwo, które obecnie jest już raczej wyczerpujące. Jednak w przedmiotowej sprawie pytanie zadane przez sąd krajowy tribunal de commerce de Bourges dotyczy nowego aspektu, a mianowicie, czy przepisy dotyczące reklamy porównawczej można stosować do porównania produktów spożywczych.

2. W tym kontekście sąd krajowy co do zasady wnosi do Trybunału o potwierdzenie francuskiego orzecznictwa, które zmierza w kierunku wykluczenia zgodności z prawem reklamy porównawczej produktów spożywczych, ponieważ nie mogą być one porównywane ze względu na swoją naturę, lub o zaprzeczenie temu orzecznictwu.

I — Ramy prawne

3. Przepisami, do których należy się odnieść, aby móc udzielić odpowiedzi na zadane pytanie, są wyłącznie przepisy prawa Unii. Jak

bowiem zauważa sąd krajowy w swoim postanowieniu, mające zastosowanie przepisy krajowe, a mianowicie art. 121-8 i 121-9 code de la consommation (kodeksu konsumenta), ograniczają się do odtworzenia treści przepisów prawa Unii obowiązujących w tamtym czasie.

A — *Dyrektywa 84/450, zmieniona dyrektywą 97/55*

4. Aktem prawnym, do którego odnosi się niniejsza sprawa, jest dyrektywa 84/450/EWG² (zwana dalej „dyrektywą”), zmieniona dyrektywą 97/55/WE³.

2 — Dyrektywa Rady z dnia 10 września 1984 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.U. L 250, s. 17). Przed zmianami wprowadzonymi dyrektywą 97/55, tytuł dyrektywy 84/450 był inny i odzwierciedlał bardziej ograniczoną treść aktu („dyrektywa [...] w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd”).

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 października 1997 r., zmieniająca dyrektywę 84/450/EWG dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd w celu włączenia do niej reklamy porównawczej (Dz.U. L 290, s. 18).

1 — Język oryginału: włoski.

5. Artykuł 2 pkt 2 dyrektywy definiuje „reklamę wprowadzającą w błąd” jako „każdą reklamę, która w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją formę, wprowadza lub może wprowadzić w błąd osoby, do których jest skierowana lub dociera, i która, z powodu swojej zwodniczej natury, może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która, z tych powodów, szkodzi lub może szkodzić konkurentowi”. Natomiast następny pkt 2a definiuje reklamę porównawczą jako „każdą reklamę, która wyraźnie lub przez domniemanie identyfikuje konkurenta albo towary lub usługi oferowane przez konkurenta”.

- b) ceny lub sposobu obliczenia ceny i warunków dostawy towarów, lub świadczenia usług;
- c) rodzaju, właściwości i praw reklamującego, takich jak: jego tożsamość i majątek, jego kwalifikacje i prawa własności przemysłowej, handlowej lub prawa własności intelektualnej lub jego nagrody i wyróżnienia”.

7. Artykuł 3a stanowi, co następuje:

6. Artykuł 3 dyrektywy stanowi:

„1. W aspekcie danego porównania reklama porównawcza jest dozwolona, o ile spełnione są następujące warunki:

„Przy określaniu, czy reklama jest wprowadzająca w błąd, należy wziąć pod uwagę wszystkie jej cechy, w szczególności zawarte w niej informacje, dotyczące:

- a) reklama porównawcza nie wprowadza w błąd w rozumieniu art. 2 ust. 2, art. 3 i art. 7 ust. 1;
 - b) ustanawia ona porównanie między towarami lub usługami realizującymi te same potrzeby lub mającymi te same cele;
 - c) porównuje ona obiektywnie jedną lub kilka zasadniczych, istotnych, możliwych do zweryfikowania i reprezentatywnych cech tych towarów i usług, przy czym jedną z tych cech może być cena;
- a) cech charakterystycznych towarów lub usług, takich jak ich dostępność, rodzaj, wykonanie, skład, sposób i data produkcji lub wykonania, przydatność do celu, zastosowanie, ilość, specyfikacja, pochodzenie geograficzne lub handlowe lub spodziewane rezultaty jego zastosowania, lub rezultaty i szczególne właściwości testów lub kontroli wykonywanych na towarach lub usługach;

d) nie powoduje ona na rynku sytuacji pomylenia reklamującego z jego konkurentem lub też mylenia znaków towarowych, nazw handlowych, innych znaków rozpoznawczych, towarów lub usług reklamujących i jego konkurenta;

e) nie dyskredytuje ona ani nie oczernia znaków towarowych, nazw handlowych, innych znaków rozpoznawczych, towarów, usług, działalności lub sytuacji konkurenta;

f) w przypadku produktów posiadających nazwę pochodzenia reklama porównawcza odnosi się do produktów mających tę samą nazwę pochodzenia;

g) nie korzysta ona w sposób bezprawny z reputacji związanej z danym znakiem towarowym, nazwą handlową lub innymi znakami wyróżniającymi konkurenta lub z nazwą pochodzenia towarów konkurujących;

h) nie przedstawia ona towaru bądź usługi jako imitacji lub repliki towaru czy usługi noszącej zastrzeżony znak towarowy lub nazwę handlową.

[...].”

8. Artykuł 7 dyrektywy ma następujące brzmienie:

„1. Niniejsza dyrektywa nie uniemożliwia państwom członkowskim utrzymania lub przyjęcia przepisów w celu zapewnienia szerszej ochrony konsumentów, osób prowadzących działalność handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonujących wolne zawody, jak również ogółu społeczeństwa, w zakresie reklamy wprowadzającej w błąd.

2. Ustęp 1 nie ma zastosowania do reklamy porównawczej w zakresie danego porównania.

[...].”

B — Dyrektywa 84/450 następnie zmieniona dyrektywą 2005/29

9. Dyrektywa 2005/29⁴ zmieniła natomiast dyrektywę 84/450. W szczególności, w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy, zmiana ta wpłynęła na art. 3a i 7.

⁴ — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”) (Dz.U. L 149, s. 22).

10. Artykuł 3a dyrektywy 84/450 posiada obecnie następujące brzmienie:

„1. Reklama porównawcza, w zakresie, w jakim dotyczy do porównania, jest dozwolona, jeżeli spełnia następujące warunki:

a) nie wprowadza w błąd w rozumieniu art. 2 ust. 2, art. 3 i art. 7 ust. 1 niniejszej dyrektywy lub art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym;

b) dokonuje porównania towarów lub usług realizujących te same potrzeby lub przeznaczonych do tego samego celu;

c) porównuje w sposób obiektywny jedną lub kilka istotnych, odpowiednich, możliwych do zweryfikowania i typowych cech, tych towarów i usług, przy czym jedną z tych cech może być cena;

d) nie dyskredytuje ani nie przedstawia w złym świetle znaków towarowych, nazw handlowych, innych znaków rozpoznawczych, towarów, usług, działalności lub sytuacji konkurenta;

e) w przypadku produktów posiadających oznaczenie pochodzenia, odnosi się w każdym przypadku do produktów o tym samym oznaczeniu;

f) nie korzysta w sposób nieuczciwy z renomy znaku towarowego, nazwy handlowej lub innych znaków wyróżniających konkurenta lub oznaczenia pochodzenia konkurujących produktów;

g) nie przedstawia towaru lub usługi jako imitacji lub repliki towaru lub usługi noszącej zastrzeżony znak towarowy lub zastrzeżoną nazwę handlową;

h) nie prowadzi do mylenia przez przedsiębiorców przedsiębiorcy reklamującego z jego konkurentem lub też mylenia znaków towarowych, nazw handlowych, innych znaków rozpoznawczych, towarów lub usług przedsiębiorcy reklamującego i jego konkurenta”.

11. Artykuł 7 stanowi obecnie, że:

„1. Niniejsza dyrektywa nie stoi na przeszkodzie utrzymaniu lub przyjęciu przez państwa członkowskie przepisów zmierzających do zapewnienia szerszej ochrony przedsiębiorców i konkurentów w odniesieniu do reklamy wprowadzającej w błąd.

2. Ustęp 1 nie ma zastosowania do reklamy porównawczej w zakresie danego porównania.

[...].”

12. Dyrektywa 2005/29 obowiązywała już w okresie wystąpienia okoliczności faktycznych będących przedmiotem sprawy przed sądem krajowym. Nie upłynął jednak wtedy jeszcze termin jej transpozycji do krajowego porządku prawnego, ustalony na 12 czerwca 2007 r.⁵.

poprzez wszystkie okoliczności jej prezentacji, wprowadza lub może wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta, nawet jeżeli informacje te w odniesieniu do jednego lub większej liczby wymienionych niżej elementów są zgodne z rzeczywistością, i która w każdym przypadku powoduje lub może spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął:

- a) istnienie lub rodzaj produktu;
- b) główne cechy produktu;

[...]

C — Dyrektywa 2005/29

13. W celu zdefiniowania pojęcia reklamy wprowadzającej w błąd, artykuły 6 i 7 dyrektywy 2005/29, do których obecnie odnosi się art. 3a dyrektywy 84/450/EWG, określają odpowiednio „działania wprowadzające w błąd” i „zaniechania wprowadzające w błąd”.

14. Artykuł 6 stanowi:

„1. Praktykę handlową uznaje się za wprowadzającą w błąd, jeżeli zawiera ona fałszywe informacje i w związku z tym jest niezgodna z prawdą lub w jakikolwiek sposób, w tym

2. Praktykę handlową uznaje się również za wprowadzającą, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, powoduje ona lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął, i obejmuje:

- a) każdy rodzaj wprowadzania produktu na rynek, w tym reklamę porównawczą, który powoduje mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych znaków rozpoznawczych przedsiębiorcy i jego konkurenta;

5 — Zobacz art. 19 dyrektywy 2005/29.

[...].”

15. Artykuł 7 ma następujące brzmienie:

„1. Praktykę handlową uznaje się za wprowadzającą w błąd, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności oraz ograniczenia środka przekazu, pomija ona istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi, stosownie do okoliczności, do podjęcia świadomej decyzji, dotyczącej transakcji i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

[...]

4. W przypadku zaproszenia do dokonania zakupu za istotne uważa się następujące informacje, jeżeli nie wynikają one jasno z kontekstu:

- a) istotne cechy produktu, w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka przekazu i produktu;

[...]

- c) cena wraz z podatkami [...]”

16. Po wprowadzeniu dyrektywy 2005/29 przepisy dotyczące reklamy wprowadzającej w błąd oraz reklamy porównawczej zostały skonsolidowane bez wprowadzania istotnych zmian w dyrektywie 2006/114⁶.

II — Okoliczności faktyczne i pytanie prejudycjalne

17. Spór toczący się przed sądem krajowym dotyczy dwóch spółek, które prowadzą supermarkety. Są to odpowiednio spółka Lidl i spółka Vierzon. Ostatnia z nich, która działa pod nazwą Leclerc, w dniu 23 września 2006 r. w gazecie lokalnej opublikowała reklamę porównawczą, w której porównywano paragony fiskalne zakupów wykonanych w czterech różnych supermarketach.

18. Wykazy zakupionych produktów wraz z ich odpowiednimi cenami zawierały 34 produkty dla każdego z supermarketów: były to produkty codziennego użytku, głównie produkty spożywcze, które w znacznym stopniu pokrywały się. Nie podano znaków towarowych poszczególnych produktów. Cena całkowita każdego „koszyka zakupów” określonego w powyższy sposób wskazywała, że supermarket Leclerc był najtańszy ze wszystkich. Łączna kwota za wymienione produkty

6 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (wersja ujednolicona) (Dz.U. L 376, s. 21).

wynosiła 46,30EUR. Supermarket Lidl znajdował się na drugim miejscu z ceną całkowitą w wysokości 51,40EUR. Pozostałe dwa supermarkety okazały się jeszcze droższe. Przedstawieniu czterech wykazów produktów i odpowiadających im cen towarzyszyło hasło reklamowe, które podkreślało, że supermarkety o nazwie Leclerc były najtańsze.

warunków i miejsc ich wytworzenia, w zależności od użytych składników i doświadczenia producenta?”

19. W związku z opisaną powyżej publikacją ogłoszenia Lidl pozwał Vierzon przed sąd krajowy, uznając, że zostały naruszone w szczególności przepisy dotyczące reklamy porównawczej.

21. Postanowienie odsyłające sądu krajowego wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 8 maja 2009 r. Strony uczestniczące w postępowaniu przed sądem krajowym, rządy czeski, austriacki i francuski oraz Komisja złożyły uwagi na piśmie.

20. Biorąc pod uwagę fakt, że aby rozstrzygnąć spór, konieczne jest dokonanie wykładni przepisów prawa Unii dotyczących reklamy porównawczej, sąd krajowy zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

22. W rozprawie w dniu 1 lipca 2010 r. udział wzięły strony postępowania przed sądem krajowym, rząd francuski i Komisja.

„Czy art. 3a dyrektywy 84/450, zmienionej dyrektywą 97/55, powinien być interpretowany w ten sposób, że nie jest dopuszczalne dokonywanie reklamy porównawczej przez porównanie cen produktów zaspokajających te same potrzeby lub mających ten sam cel, to znaczy charakteryzujących się wystarczającym stopniem zamienności, jedynie z tego powodu, że jeśli chodzi o produkty spożywcze, podatność do spożycia każdego z nich, a w każdym razie przyjemność ich konsumowania, różni się zasadniczo w zależności od

IV — Pytanie prejudycjalne

A — W przedmiocie dopuszczalności pytania

23. W swoich uwagach na piśmie rząd francuski zasadniczo stwierdził, że pytanie to

powinno być uznane za niedopuszczalne, ponieważ postanowienie odsyłające nie zawiera informacji wystarczających, aby móc dokładnie określić produkty stanowiące przedmiot reklamy porównawczej oraz ich cechy szczególne.

24. Należy jednak zauważyć, że pytanie zadane przez sąd krajowy w zakresie, w jakim jest powiązane ze stanem faktycznym opisanym w sposób raczej pobieżny, jest w rzeczywistości pytaniem natury ściśle prawnej, wyraźnie wyrażonym jako takie. Mimo iż znajomość szczególnych okoliczności dotyczących konkretnego stanu faktycznego u źródła sporu przed sądem krajowym nie jest bezużyteczna, to jednak nie jest niezbędna do udzielenia odpowiedzi – prawnej i abstrakcyjnej – na równie abstrakcyjne pytanie.

25. Należy również zauważyć, że odtworzenie reklamy porównawczej stanowiącej przedmiot sporu przed sądem krajowym zostało załączone do uwag jednego z uczestników postępowania przed Trybunałem, a zatem jest teraz częścią akt sprawy. Sam rząd francuski w trakcie rozprawy wyraził się w formie, która świadczy o uznaniu kwestii dopuszczalności.

26. Należy zatem oddalić zarzut niedopuszczalności.

B — Rola dyrektywy 2005/29

27. Szczególny problem niniejszej sprawy, który został podniesiony w szczególności w uwagach rządu austriackiego, dotyczy możliwej roli, jaka w ramach odpowiedzi na pytanie prejudycjalne musi zostać przyznana dyrektywie 2005/29. Jak wspomniałem powyżej, podkreślając kontekst normatywny, dyrektywa ta obowiązywała już w czasie, w którym miał miejsce stan faktyczny, jednak nie upłynął jeszcze termin jej transpozycji.

28. W takich przypadkach orzecznictwo Trybunału wymaga, w miarę możliwości, stosowania wobec przepisów prawa krajowego wykładni, która nie wpłynie znacząco na realizację celów dyrektywy, której termin transpozycji jeszcze nie upłynął⁷.

29. Uważam jednak, że kluczową kwestią w niniejszej sprawie jest zrozumienie, czy ewentualne uwzględnienie dyrektywy 2005/29 mogłoby w praktyce zmodyfikować rozstrzygnięcie, które powinno być przedstawione sądowi krajowemu. Moim zdaniem odpowiedź na to pytanie jest przecząca.

30. Przede wszystkim należy zauważyć, że dyrektywa 2005/29 wprowadziła w odniesieniu

7 — Wyroki: z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. s. I-6057, pkt 123; z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07 VTB-VAB, Zb.Orz. s. I-2949, pkt 39.

do niniejszej sprawy zaledwie kilka wyjaśnień dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd: pytanie zadane przez sąd krajowy nie dotyczy jednakże warunków, które pozwalają zakwalifikować reklamę jako wprowadzającą w błąd, a jedynie możliwości ogólnego zastosowania warunków dopuszczalności reklamy porównawczej do produktów spożywczych. Fakt, że jednym z warunków zgodności reklamy porównawczej z prawem jest jej niezwodnicza natura, nie zmienia okoliczności, że pytanie nie dotyczy definicji reklamy wprowadzającej w błąd.

31. W każdym razie, nawet gdyby wziąć pod uwagę zmiany wprowadzone dyrektywą 2005/29, wydaje się oczywiste, że nie pojawiłyby się żadne szczególne trudności. W rzeczywistości dyrektywa ta ograniczyła się do zapewnienia – w szczególności poprzez art. 6 i 7, o których mowa w przeformułowanym art. 3a dyrektywy 84/450 – szeregu wyjaśnień, które sprecyzowały, *jednak nie zmieniły, ani tym bardziej nie odwróciły sensu* pojęcia reklamy wprowadzającej w błąd, zawartego w dyrektywie 84/450, zmienionej dyrektywą 97/55. Dlatego nie należy uważać, że wykładnia pojęcia reklamy wprowadzającej w błąd skoncentrowana jedynie na bardziej niejasnym i ogólnym tekście dyrektywy 84/450 obowiązującej w czasie wystąpienia okoliczności faktycznych mogłaby, używając

sformułowania Trybunału, „poważnie zagrażać – po upływie terminu dla transpozycji dyrektywy – osiągnięciu wskazanego rezultatu”⁸ ostatniej dyrektywy.

32. Nie uważam zatem za konieczne, aby Trybunał brał pod uwagę treść dyrektywy 2005/29 w celu udzielenia odpowiedzi sądowi krajowemu.

C — Charakter dochodzonych praw

33. Spór przed sądem krajowym dotyczy dwóch podmiotów prywatnych. Można by więc rozważyć, czy zadane pytanie nie pociąga za sobą tak zwanego „poziomego” stosowania dyrektywy, w przeciwieństwie do utrwalonego orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym dyrektywa co do zasady nie może sama przez siebie tworzyć obowiązków po stronie jednostki i nie można zatem powoływać się na dyrektywę jako taką przeciwko jednostce⁹.

34. Stwierdzam jednak, że – jak słusznie zauważył w swoich uwagach rząd francuski – sąd krajowy został wezwany w niniejszej sprawie do dokonania wykładni przepisu prawa krajowego, który transponował w sposób

8 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok w sprawie VTB-VAB, pkt 39.

9 — Zobacz na przykład niedawny wyrok z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 Küçükdeveci, Zb.Orz. s. I-365, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo.

zasadniczo dosłowny dyrektywę 84/450, zmienioną dyrektywą 97/55.

prowadzić do zakłócenia reguł konkurencji, przynieść szkodę konkurentom oraz mieć negatywny wpływ na wybory dokonywane przez konsumentów”¹¹.

35. W konsekwencji ze względu w szczególności na ciążący na sądach krajowych w odniesieniu do przepisów krajowych transponujących dyrektywę obowiązek dokonywania wykładni tak dalece, jak jest to możliwe, w świetle brzmienia i celu rozpatrywanej dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat¹⁰, nie powstaje również żaden problem niedopuszczalności lub trafności pytania prejudycjalnego, zadanego przez tribunal de commerce de Bourges.

37. Na podstawie powyższych rozważań Trybunał niezmiennie wskazywał na obowiązek dokonywania wykładni przepisów dyrektywy na korzyść reklamy porównawczej, zawsze uważając jednak, aby chronić konsumentów przed ewentualną reklamą wprowadzającą w błąd¹².

D — Dyrektywa 84/450 i reklama porównawcza: zagadnienia ogólne

36. Artykuł 3a dyrektywy, który określa ogólne warunki dopuszczalności reklamy porównawczej, ma na celu „stymulowanie konkurencji między dostawcami towarów i usług w interesie konsumentów poprzez umożliwienie konkurentom ukazania w sposób obiektywny zalet poszczególnych porównywalnych towarów [produktów] przy jednoczesnym zakazie praktyk, które mogą

38. Należy zauważyć, że określone przez dyrektywę pojęcie reklamy porównawczej jest bardzo szerokie. Jedynym warunkiem istnienia reklamy porównawczej jest faktycznie istnienie w jakiegokolwiek formie przekazu, który odnosi się, w tym również w sposób dorozumiany, do jakiegokolwiek konkurenta lub towarów bądź usług, jakie on oferuje. Nie jest nawet konieczne, aby istniało realne porównanie pomiędzy towarami i usługami reklamującego się podmiotu z jednej strony a towarami i usługami konkurenta z drugiej strony¹³.

39. Zawarta w dyrektywie problematyka reklamy porównawczej ma ponadto charakter wyczerpujący. W konsekwencji nie mogą być stosowane jakiegokolwiek przepisy

10 — Zobacz na przykład niedawny wyrok z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK), Zb.Orz. s. I-817, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo.

11 — Wyrok z dnia 18 czerwca 2009 r. w sprawie C-487/07 L'Oréal i in., Zb.Orz. s. I-5185, pkt 68.

12 — Ibidem, pkt 69 i przytoczone tam orzecznictwo.

13 — Wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-112/99 Toshiba Europe, Rec. s. I-7945, pkt 31.

krajowe, które są bardziej restrykcyjne w tym zakresie¹⁴.

się do znaków towarowych, znaków rozpoznawczych i nazw, a zatem nie mają tu zastosowania.

E — *Ogólne warunki dopuszczalności reklamy porównawczej*

40. Ogólne warunki zgodności reklamy porównawczej z prawem zostały określone w art. 3a ust. 1 dyrektywy. Warunków, o których mowa, jest w sumie osiem i posiadają one charakter kumulatywny: wystarczy, żeby jeden z nich został naruszony, aby reklama porównawcza stała się reklamą wprowadzającą w błąd¹⁵. Dla rozstrzygnięcia niniejszego pytania prejudycjalnego znaczenie mają jednak tylko pierwsze trzy warunki. Inne warunki dotyczą używania lub odnoszenia

41. Pierwszy warunek zgodności reklamy porównawczej z prawem dotyczy jej niezwodniczej natury. Sygnalizowałem już ten wymóg i wróć do niego jeszcze później¹⁶. Jednak faktem pozostaje, że w swoim pytaniu sąd krajowy nie zwraca się do Trybunału w sprawie pojęcia reklamy wprowadzającej w błąd. Pytanie w rzeczywistości dotyczy jedynie możliwości zastosowania do produktów spożywczych w sposób ogólny i abstrakcyjny przepisów dotyczących reklamy porównawczej.

42. Natomiast do niniejszej sprawy bardziej bezpośrednio odnoszą się drugi i trzeci warunki zgodności z prawem. Jak zauważono, drugi warunek wymaga, aby reklama porównawcza „porównywała towary lub usługi realizujące te same potrzeby lub mające te same cele”. W tym względzie, zważywszy na poparcie, jakie prawodawca dyrektywy wyraził dla reklamy porównawczej, orzecznictwo Trybunału było w stanie wyjaśnić, że wymieniony warunek zgodności z prawem nie powinien być interpretowany zbyt wąsko. W szczególności, zgodnie z wykładnią tego warunku, towary będące przedmiotem porównywania

14 — Wyrok z dnia 8 kwietnia 2003 r. w sprawie C-44/01 Pippig Augenoptik, Rec. s. I-3095, pkt 44. Natomiast w sprawie reklamy wprowadzającej w błąd dyrektywa w wersji, jaka miała zastosowanie do okoliczności faktycznych sprawy przed sądem krajowym, realizowała jedynie harmonizację minimalną, co pozwoliło ustawodawcy krajowemu zastosować bardziej restrykcyjne przepisy, w szczególności w celu ochrony konsumentów (ibidem, pkt 40), pod warunkiem że nie naruszają one przepisów dotyczących reklamy porównawczej w zakresie formy i treści porównania (ibidem, pkt 44). Należy również zauważyć, że po wprowadzeniu dyrektywy 2005/29 przepisy prawa Unii powinny już zostać uznane za kompleksowe również w niektórych obszarach problematyki reklamy wprowadzającej w błąd, ponieważ państwa członkowskie posiadają obecnie swobodę wprowadzenia w tym zakresie przepisów bardziej restrykcyjnych wyłącznie dla ochrony przedsiębiorców i konkurentów (zob. motyw szósty dyrektywy 2005/29 oraz nowy tekst art. 7 dyrektywy 84/450).

15 — Zobacz motyw jedenasty dyrektywy 97/55, który stanowi, że „[...] warunki stosowania reklamy porównawczej muszą być spełnione łącznie i respektowane w całej swej rozciągłości [...]”. Zobacz również ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Pippig Augenoptik, pkt 54.

16 — Zobacz poniżej, pkt 54 i nast.

muszą stanowić „dla konsumenta wystarczający stopień zamienności”¹⁷.

43. Trzeci warunek zgodności z prawem wymaga zatem, aby reklama porównawcza „porównywała obiektywnie jedną lub kilka zasadniczych, istotnych, możliwych do zweryfikowania i reprezentatywnych cech porównywalnych towarów [produktów], przy czym jedną z tych cech może być cena”. W tym względzie należy stwierdzić, że zgodna z prawem jest reklama porównawcza, w której podobnie jak w niniejszym przypadku cena jest jedynym elementem, na którego podstawie porównywane są produkty¹⁸.

44. W tym momencie, po wyjaśnieniu ogólnych warunków zgodności reklamy porównawczej z prawem, istotnych w rozpatrywanej sprawie, postaram się zbadać sedno problemu podniesionego przez sąd krajowy, dotyczące możliwości zastosowania wcześniej wspomnianych warunków do porównania produktów spożywczych.

F — Zastosowanie dyrektywy do reklamy porównawczej produktów spożywczych

45. Jak widać, sedno pytania prejudycjalnego zadanego przez sąd krajowy dotyczy możliwości ogólnego stosowania przepisów prawa

Unii dotyczących reklamy porównawczej do porównania produktów spożywczych. W tym zakresie zauważam, że reklama, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, nie odnosi się wyłącznie do produktów spożywczych. Na przykład w dolnej części wykazu produktów znajdują się niektóre proszki do prania. W każdym razie znakomitą większość porównywanych produktów w rzeczywistości stanowią produkty spożywcze, co wyjaśnia i uzasadnia brzmienie pytania prejudycjalnego.

46. Fakt, że w badanym przypadku porównanie dotyczy nie poszczególnych produktów, lecz wykazów produktów, nie powoduje problemu niezgodności reklamy porównawczej z prawem. Ten specyficzny rodzaj reklamy został już w istocie uznany w orzecznictwie Trybunału za zgodny z prawem, pod warunkiem że produkty znajdujące się w wykazach są porównywane po kolei, po dwa¹⁹. Sprawdzenie istnienia warunku zgodności z prawem należy oczywiście do sądu krajowego, jednak na podstawie przedstawionych dowodów wydaje się, że w przedmiotowej sprawie można potwierdzić, iż warunek ten jest spełniony, gdyż produkty włożone do każdego „koszyka zakupów” wymienione są w określonej kolejności i wydają się być zamienne wobec tych, które są zawarte na tej samej pozycji we wszystkich pozostałych „koszykach zakupów”.

17 — Wyroki: z dnia 19 września 2006 r. w sprawie C-356/04 Lidl Belgium, Zb.Orz. s. I-8501, pkt 26; z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-381/05 De Landtsheer Emmanuel, Zb.Orz. s. I-3115, pkt 44.

18 — Zobacz motyw ósmy dyrektywy 97/55, który stanowi, że „[...] porównanie samej jedynie ceny towarów i usług powinno być dozwolone tylko w przypadku, kiedy reklama jest podporządkowana pewnym warunkom, w szczególności nie wprowadza w błąd”. Zobacz również ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Lidl Belgium, pkt 56.

19 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie Lidl Belgium, pkt 34–36.

47. Dyrektywa 84/450 nie zawiera żadnego wyraźnego wyjątku lub szczególnych przepisów dotyczących produktów spożywczych. Dlatego nie widzę podstaw, aby uznać daną reklamę za nielegalną reklamę porównawczą produktów spożywczych, w szczególności w świetle zasady wykładni, która wymaga, aby zawsze w razie wątpliwości preferować wykładnię dyrektywy na korzyść reklamy porównawczej²⁰. Co więcej, Trybunał miał już do czynienia z reklamą porównawczą produktów spożywczych i nigdy przy tej okazji nie pojawiał się problem związany z rzekomym niestosowaniem dyrektywy do takich produktów²¹. Wreszcie nie możemy również zapominać, że spośród warunków zgodności z prawem wymienionych w art. 3a ust. 1 dyrektywy pod lit. f) zawarty jest przepis, który ma zastosowanie do produktów posiadających oznaczenie pochodzenia, który nie miałby sensu, gdyby produkty spożywcze nie mogły być porównywane.

48. Wspominałem już wyżej, że według wykładni Trybunału fakt, że porównywane towary zaspokajają te same potrzeby lub mają ten sam cel, zgodnie z wymogami art. 3a ust. 1 lit. b) dyrektywy, oznacza, że takie towary muszą posiadać wystarczający stopień zamienności²². Wydaje się oczywiste, że formuła ta nie wymaga, aby porównywane produkty spożywcze miały ten sam smak, naturalnie pod warunkiem, że nie mamy do czynienia z reklamą wprowadzającą w błąd,

o czym poniżej. Trybunał w tym samym duchu potwierdza zgodność z prawem reklamy porównawczej, która porównuje produkt bez oznaczenia pochodzenia z produktem posiadającym takie oznaczenie²³.

49. Ponadto, jak słusznie zauważyła Komisja w swoich uwagach na piśmie, gdyby reklama porównawcza mogła być dokonywana zgodnie z prawem wyłącznie pomiędzy produktami identycznymi lub posiadającymi całkowicie pokrywające się właściwości, to straciłaby ona wiele na swoim znaczeniu, jakim jest porównanie różnych produktów, z podkreśleniem ich zalet (i wad).

50. W sprawie szczegółowych sposobów sprawdzenia, czy istnieje odpowiedni stopień zamienności porównywanych produktów, orzecznictwo Trybunału określiło kilka istotnych wytycznych. Chodzi o ocenę, jakiej powinien dokonać sąd krajowy w oparciu o cele dyrektywy oraz zasady ustanowione przez orzecznictwo. Sąd taki musi przeprowadzić własną analizę, uwzględniając zarówno bieżącą sytuację na rynku, jak i możliwe jej zmiany, bez konieczności ograniczania się wyłącznie do zwyczajów konsumenckich istniejących w jednym państwie członkowskim lub w danym regionie. W takiej ocenie rolę może również odgrywać wizerunek, który

20 — Zobacz pkt 37 powyżej.

21 — Zobacz na przykład ww. w przypisie 17 wyroki: w sprawie Lidl Belgium; w sprawie De Landtsheer Emmanuel.

22 — Zobacz pkt 42 powyżej.

23 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie De Landtsheer Emmanuel, pkt 66.

przedsiębiorca reklamujący zamierza nadać produktowi²⁴.

51. Nie można a priori określić, jakim czynnikiem sąd krajowy może przyznać znaczenie decydujące dla oceny zamienności porównywanych produktów dla konsumentów: w rzeczywistości chodzi o dokonanie oceny każdego przypadku, biorąc pod uwagę specyfikę sytuacji²⁵. Elementy takie jak jakość porównywanych produktów lub ich przynależność do określonej gamy mogą być jednak istotnymi czynnikami w tym zakresie, jako że mogą one mieć wpływ na zastępowalność porównywanych produktów dla konsumentów.

53. Gdyby do kryteriów zgodności z prawem reklamy wprowadzić *pełną równowagę smakową*, osiągnięto by taki sam efekt, jaki można byłoby uzyskać, gdyby uznać dyrektywę za całkowicie nie do zastosowania wobec samych produktów. Jak zaznaczył bowiem rząd Republiki Czeskiej w uwagach na piśmie, podobny nieprzewidziany przez ustawodawcę warunek wprowadziłby do kontroli zgodności reklamy porównawczej z prawem element subiektywny, który zawsze umożliwiłby konkurentowi zablokowanie reklamy porównawczej jego konkurenta, gdyby stwierdził, że pomiędzy ich odpowiednimi produktami istnieją różnice w jakości lub smaku.

G — Weryfikacja niezwodniczej natury reklamy

52. Przyjmując, że różnice smakowe pomiędzy porównanymi produktami spożywczymi nie powodują, aby reklama porównawcza była niezgodna z prawem, taka reklama będzie zgodna z prawem tylko wówczas, gdy: a) pomiędzy produktami będzie istniał wystarczający stopień zamienności, który powinien sprawdzić sąd krajowy, b) reklama nie wprowadza w błąd (wróć do tego problemu w następnych punktach), c) spełnione będą inne warunki zgodności z prawem, o których mowa w art. 3a ust. 1 dyrektywy.

54. Jak już wspomniałem powyżej, sąd krajowy nie wnosi do Trybunału o udzielenie wskazówek dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd. Ponieważ jednak niezwodnicza natura reklamy jest jednym z podstawowych warunków zgodności reklamy porównawczej z prawem i ponieważ należałoby się zastanowić, czy pojęcie reklamy wprowadzającej w błąd, mające zastosowanie do produktów spożywczych, różni się od takiego „zwykłego” pojęcia, wydaje mi się, że należy przedstawić w tym zakresie kilka krótkich uwag.

24 — Ibidem, pkt 33–37, 43.

25 — Odsyłam w tym zakresie do mojej opinii przedstawionej w dniu 30 listopada 2006 r. w ww. w przypisie 17 sprawie De Landtsheer Emmanuel, pkt 98–105.

55. Jak zdążyliśmy zauważyć, ogólna definicja reklamy wprowadzającej w błąd zawarta jest w art. 2 ust. 2 dyrektywy 84/450²⁶. Definicja ta zawiera dwa zasadnicze elementy. Po pierwsze, reklama wprowadzająca w błąd wprowadza w błąd osoby, do których jest skierowana (a przynajmniej może potencjalnie wprowadzić je w błąd). Po drugie, w związku z jej pierwszą cechą, reklama wprowadzająca w błąd może wpłynąć na postępowanie gospodarcze osób, do których jest kierowana, lub szkodzić konkurentowi podmiotu będącego autorem reklamy.

56. Ocena zwodniczej natury reklamy należy zawsze do sądu krajowego. Chodzi bowiem o weryfikację przeprowadzaną w oparciu o specyfikę każdego przypadku, biorąc pod uwagę w szczególności konsumentów, do których reklama jest skierowana, przy użyciu jako odniesienia wzorca przeciętnego konsumenta, normalnie poinformowanego oraz w dostatecznym stopniu uważnego i rozsądnego²⁷.

57. W badanym przypadku, nie pozbawiając sądu krajowego jego wyłącznej kompetencji w tym zakresie, wydaje się możliwe określenie pewnych wytycznych, które powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu, czy konsumenci będący adresatami badanej reklamy porównawczej zostali wprowadzeni w błąd lub zgroziło im takie ryzyko.

58. Przede wszystkim okoliczność, że rozpatrywana reklama porównawcza nie określa znaków towarowych porównywanych produktów, nie może zasadniczo stanowić o tym, że reklama wprowadza w błąd. Prawdą jest bowiem, że w niektórych przypadkach Trybunał orzekł, iż niewskazywanie znaków towarowych produktów może stanowić reklamę wprowadzającą w błąd. Niemniej jednak – jak stwierdzono w wyroku w sprawie Pippig – ma to miejsce tylko wówczas, gdy znak towarowy produktów może znacząco wpływać na wybór ze strony konsumenta, w przypadku porównania produktów konkurencyjnych, których odpowiednie znaki towarowe podlegają znacznym różnicom pod względem ich renomy²⁸.

59. Innymi słowy niewskazanie znaków towarowych może stanowić reklamę wprowadzającą w błąd tylko w dość ograniczonych przypadkach: próg odniesienia ustalony przez Trybunał w powyższym wyroku w sprawie Pippig jest bardzo wysoki. W przedmiotowej sprawie chodziło właśnie o niewskazanie znaku towarowego soczewki okularowej, czyli produktu, który mieści się w zupełnie innej kategorii pod względem ceny i możliwości zamiany niż liczne, podstawowe produkty spożywcze. Nie należy zapominać, że również w tej sprawie Trybunał pozostawił sądowi krajowemu decyzję dotyczącą zwodniczej natury reklamy.

26 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie Lidl Belgium, pkt 76.

27 — Wyrok z dnia 16 stycznia 1992 r. w sprawie C-373/90 X, Rec. s. I-131, pkt 15; ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Pippig Augenoptik, pkt 55; ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Lidl Belgium, pkt 77, 78 i przytoczone tam orzecznictwo.

28 — Wyżej wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie Pippig Augenoptik, pkt 53.

60. W związku z tym, że tylko sąd krajowy może orzec w tej sprawie, wydaje mi się mało prawdopodobne, iż w omawianym przypadku brak wskazania znaków towarowych porównywanych produktów może stanowić zachowanie, które spełnia znamiona reklamy wprowadzającej w błąd. Inaczej byłoby natomiast w przypadku, gdyby na przykład brak wskazania znaków towarowych porównywanych produktów został wykorzystany przez przedsiębiorcę reklamującego do stworzenia wśród konsumentów błędnego wyobrażenia dotyczącego samych produktów. Można sobie wyobrazić hipotezę porównania mającego na celu zwodnicze zasugerowanie, że produkt oferowany po cenie znacznie niższej posiada ten sam znak towarowy co produkt droższy.

61. Brak wskazania znaków towarowych może mieć natomiast znaczenie, jeśli uniemożliwiłyby identyfikację produktów, które są porównywane. Jak bowiem stwierdzono w orzecznictwie, porównywane produkty muszą być identyfikowalne „indywidualnie i konkretnie”²⁹. Jeśli, tak jak w rozpatrywanej sprawie, reklama identyfikuje produkty w sposób rodzajowy („margaryna”, „krem do smarowania”, „przecier pomidorowy” itp.), nie określając znaku towarowego, istniałoby ryzyko, że porównywane produkty nie mogłyby zostać zidentyfikowane z wystarczającą precyzją. Jednak również w tym przypadku chodzi o ocenę, której dokonanie należy do sądu krajowego, bowiem jeśli np. porównywane produkty są jedynymi tego rodzaju

produktami sprzedawanymi w danych supermarketach (a mianowicie jak w powyższych przykładach, jedyną margaryną, jedynym przecierem pomidorowym itd.) lub są ze swej natury całkowicie zamienne z produktami konkurencyjnymi, wówczas nie będzie miał miejsca żaden problem braku lub niemożności ich identyfikacji.

62. Trybunał stwierdził również, że procedury stosowane do wyboru konkretnych produktów w celu stworzenia „koszyka zakupów”, tzn. przedmiotu reklamy porównawczej, mogą teoretycznie stanowić reklamę wprowadzającą w błąd. W szczególności mogłyby to nastąpić, gdyby wybór produktów mógł wywołać u konsumentów błędne przekonanie, że *wszystkie produkty* przedsiębiorcy reklamującego są tańsze niż *wszystkie produkty* jego konkurentów³⁰. Pragnę zauważyć, że orzecznictwo to nie ma znaczenia w niniejszym przypadku. Zostało ono w rzeczywistości wypracowane przez Trybunał odpowiednio w odniesieniu do sytuacji, w której reklama porównawcza porównywała nie konkretne produkty, a ogólny poziom cen stosowanych przez konkurujące supermarkety. W rozpatrywanym przypadku brakuje jednak ogólnych stwierdzeń odnoszących się do cen, które zawsze byłyby niższe w jednym z supermarketów. Jak zaobserwowano, reklama porównawcza, co do której powinien wypowiedzieć się sąd krajowy, porównuje bowiem bardzo dokładną i konkretną ilość produktów sprzedawanych w supermarketach

29 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie Lidl Belgium, pkt 61.

30 — Ibidem, pkt 83.

konkurentów. Okoliczność, że takiemu porównaniu towarzyszy ogólne hasło reklamowe dotyczące większej opłacalności supermarketu przedsiębiorcy reklamującego, bez żadnych wskazówek ilościowych lub liczbowych, wydaje mi się całkowicie nieistotna.

V — Wnioski

63. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na pytanie przedstawione przez tribunal de commerce de Bourges Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Zgodnie z dyrektywą Rady 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 r. dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, zgodna z prawem jest reklama porównawcza, która wyłącznie na podstawie ceny porównuje produkty spożywcze, które choć różnią się pod względem smaku, posiadają jednak wystarczający stopień zamienności. Do sądu krajowego należy sprawdzenie spełnienia tego warunku, jak również innych warunków określonych w art. 3a dyrektywy 84/450, a w szczególności warunku odnoszącego się do zakazu stosowania reklamy wprowadzającej w błąd.