

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
ANTONIO TIZZANO

föredraget den 12 september 2002<sup>1</sup>

1. Genom beslut som inkom den 2 februari 2001 har Oberster Gerichtshof i Wien ställt vissa frågor till domstolen om tolkningen av direktiv 84/450/EEG<sup>2</sup> om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam, i ändrad lydelse enligt direktiv 97/55/EG<sup>3</sup> så att detta omfattar jämförande reklam (i fortsättningen kommer jag att hänvisa till direktiv 84/450/EEG i dess ändrade lydelse enbart som direktiv 84/450/EEG eller direktivet). Med dessa frågor vill den nationella domstolen särskilt få klarhet i under vilka förutsättningar jämförande reklam skall anses vara tillåten enligt direktivet och inom vilka gränser medlemsstaterna kan införa restriktivare åtgärder i detta avseende.

Tillämpliga bestämmelser

*De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

2. Avsikten med direktiv 84/450 är "att skydda konsumenterna, dem som bedriver närings- eller affärsverksamhet eller som utövar hantverk eller ett fritt yrke och den stora allmänheten mot vilseledande reklam och de otillbörliga följderna av denna samt att ange under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten" (artikel 1).

3. Med vilseledande reklam avses enligt artikel 2.2 "all reklam som på något sätt, däribland genom sin presentation, vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda de personer den riktar sig till eller dem som nås av den, och som genom sin vilseledande karaktär sannolikt kommer att påverka deras ekonomiska beteende, eller som av dessa skäl skadar eller sannolikt kommer att skada en konkurrent". Vid avgörandet

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam (EGT L 250, s. 17; svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam (EGT L 290, s. 18; frist för genomförande den 23 april 2000).

om viss reklam är vilseledande skall enligt artikel 3 hänsyn tas till alla inslagen i reklamen.<sup>4</sup> I artikel 7.1 fastställs dock att direktivet ”inte (skall) hindra medlemsstaterna från att bibehålla eller anta bestämmelser som avser att tillförsäkra konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten ett mera omfattande skydd mot vilseledande reklam”.

a) den inte är vilseledande enligt artiklarna 2.2, 3 och 7.1,

b) den jämför varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål,

4. Jämförande reklam definieras i artikel 2a i direktivet som ”all reklam som uttryckligen eller indirekt pekar ut en konkurrent eller varor eller tjänster som tillhandahålls av en konkurrent”. I artikel 3a föreskrivs i detta avseende följande:

c) den på ett objektivt sätt jämför en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos dessa varor och tjänster, vilket även kan inbegripa priset,

”1. Jämförande reklam skall, såvitt avser själva jämförelsen, vara tillåten under förutsättning att

d) den inte medför förväxling på marknaden mellan annonsören och en konkurrent eller mellan annonsörens och en konkurrents varumärken, firmamn eller andra kännetecken, varor eller tjänster,

4 — Bland de uppgifter som skall beaktas anges i artikeln särskilt följande:

- a) ”De utmärkande egenskaperna för varor eller tjänster, som t.ex. tillgänglighet, beskaffenhet, utförande, sammansättning, tillverkningsmetod och tillverknings- eller leveransdatum, ändamålsenlighet, användningsområden, kvantitet, specifikation, geografiskt eller kommersiellt ursprung eller det resultat man kan förvänta sig av användningen, eller resultat från provningar och undersökningar som utförts på varorna eller tjänsterna ifråga”.
- b) ”Priset eller hur priset beräknas och leveransvillkoren för varorna eller utförandet av tjänsterna ifråga”.
- c) ”Annonssörens status, hans näringskännetecken och rättigheter, t.ex. hans identitet och finansiella tillgångar, hans meriter och de industriella, kommersiella eller immateriella rättigheter som han innehar, eller de priser och belöningar som han tilldelats”.

e) den varken misskrediterar eller uttrycker sig nedsättande om en konkurrents varumärken, firmanamn eller andra kännetecken, varor, tjänster, verksamhet eller förhållanden,

- f) den i fråga om produkter med ursprungsbeteckning alltid avser produkter med samma beteckning, avser själva jämförelsen”. Enligt artikel 7.1 i direktivet får medlemsstaterna tillförsäkra konsumenterna, dem som bedriver närings- eller affärsverksamhet eller utövar hantverk eller ett fritt yrke och allmänheten ett mera omfattande skydd mot vilseledande reklam. Bakgrunden till denna bestämmelse anges särskilt i artonde skälet i direktiv 97/55, i vilket det fastställts att bestämmelsen om införandet av restriktivare nationella åtgärder ”bör inte vara tillämplig på jämförande reklam, eftersom ändringen av detta direktiv är avsedd att fastställa på vilka villkor jämförande reklam är tillåten”.
- g) den inte drar otillbörlig fördel av en konkurrents varumärkes, firmanamns eller andra känneteckens renommé eller av en konkurrerande produkts ursprungsbeteckning,
- h) den inte framställer en vara eller en tjänst som en imitation eller ersättning för en vara eller tjänst som har ett skyddat varumärke eller firmanamn.

*De nationella bestämmelserna*

2. Varje jämförelse som avser ett särskilt erbjudande skall på ett klart och entydigt sätt ange när erbjudandet upphör att gälla eller, i förekommande fall, att det särskilda erbjudandet är beroende av tillgången på varan eller tjänsten och, om det särskilda erbjudandet ännu inte har börjat gälla, när specialpriset eller andra särskilda villkor börjar gälla.”

6. Direktiv 97/55 har införlivats med österrikisk lagstiftning genom en ändring av lagen om illojal konkurrens (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, nedan kallad UWG) som trädde i kraft den 1 april 2000. I rättspraxis tolkades bestämmelserna i UWG dock redan tidigare mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv 84/450 om jämförande reklam.

5. Det är i detta mål viktigt att hålla i minnet att enligt artikel 7.2 ”skall punkt 1... inte tillämpas på jämförande reklam såvitt

7. Enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande var jämförande reklam enligt

2 § första stycket andra meningen UWG före ikraftträdandet av den ovannämnda ändringen tillåten<sup>5</sup> under förutsättning att bestämmelserna i 2 § första stycket första meningen och 1 § UWG inte åsidosattes. I den första av dessa bestämmelser föreskrevs särskilt att det gentemot affärsidkare som lämnat uppgifter som kunde vilseleda konsumenterna i syfte att erhålla konkurrensfördelar skulle meddelas förbud att använda dessa uppgifter. I den andra bestämmelsen föreskrevs däremot, såsom jag förstår, en allmän skyldighet att iaktta korrekthet (uttolkad som iakttagande av vanliga metoder) inom ramen för affärsförbindelser.

8. För ett fullständigt genomförande av direktivet ändrades 2 § andra stycket UWG delvis från och med den 1 april 2000. I den nya versionen fastställdes att jämförande reklam är tillåten såvida den, förutom 1 § och 2 § första stycket, inte heller strider mot 7 § och 9 § första, andra och tredje stycket rörande förbudet mot att misskreditera konkurrenterna, att skapa förväxling mellan deras kännetecken och att dra otillbörlig fördel av deras renommé. Ett nytt stycke har under tiden tillfogats 2 § (2 § tredje stycket). I detta anges att jämförande reklam i vart fall endast skall avse varor med samma ursprungsbeteckning och att alla jämförelser med hänvisning till ett

speciellt erbjudande på ett sätt som inte kan missförstås skall ange den period då erbjudandet är giltigt och, i förekommande fall, närmare ange att erbjudandet varar endast så länge varorna och tjänsterna är tillgängliga.

## Bakgrund och förfarande

9. Tvisten vid den nationella domstolen står mellan bolaget Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG (nedan kallat Pippig) å ena sidan och bolaget Handelsgesellschaft mbh (nedan kallat Hartlauer) och arvingarna till den förre direktören Franz Josef Hartlauer, som avlidit, å andra sidan.

10. Pippig är ett optikerföretag som innehar tre affärer i Linz med försäljning av glasögon av kända märken. Företaget införskaffar sina varor genom regelbundna direktförbindelser med glasögontillverkare. I varje affär har företaget ett representativt urval av glasögon av olika använda märken.

11. Hartlauer däremot är en betydande distributionskedja med varuhus som är spridda överallt i Österrike, där varor av olika slag saluförs (el-, data-, telefon- och fotoartiklar samt optiska artiklar etcetera.)

5 — Såvitt jag förstår av beslutet om hänskjutande har bestämmelsen i fråga tolkats i vid mening i österrikisk rättspraxis, enligt vilken dess tillämpningsområde i praktiken har utvidgats till alla typer av jämförande reklam.

I Hartlauer's varuhus finns skilda avdelningar för optik (cirka 100 totalt) på vilka glasögon av för det mesta föga kända märken säljs till fördelaktiga priser. Vad beträffar glasögon av mer kända märken (cirka 5 procent av det totala antalet) har Hartlauer inte några direktförbindelser med tillverkarna, utan skaffar sig varorna genom parallellimport. På Hartlauer's optikavdelningar finns följaktligen i allmänhet få modeller av varje märke och ett begränsat antal exemplar att tillgå.

särskild jämförelse mellan det pris som Pippig tillämpade på en Titanium Flex båge av märket Eschenbach med dubbelslipade glas av märket Zeiss, motsvarande 5 785 ATS, och det pris som Hartlauer begärde för samma glasögon med glas av märket Optimed (ett mindre känt märke) med likvärdiga egenskaper, motsvarande 2 000 ATS. Samma jämförelse fanns även i vissa reklaminslag, som i september månad 1997 sändes över olika radio- och TV-kanaler, men i vilka märket på glasen på de jämförda glasögonen dock inte angavs och det inte heller angavs att det var fråga om olika märken.<sup>6</sup> I TV-inslaget visades dessutom fasaden på en av Pippigs affärer med tillhörande skylt.

12. I september 1997 skickade Hartlauer över hela Österrike ut ett reklamblad med en upplaga på nästan två miljoner exemplar, för att genom jämförelser med glasögon som säljs hos specialister göra reklam för sina egna optiska varor. I reklambladet angavs särskilt att 52 prisjämförelser med olika österrikiska optiker visade att kostnaden för de glasögon som såldes av Hartlauer var totalt 204 777 ATS lägre (i genomsnitt 3 900 ATS lägre per glasögonpar). I reklambladet angavs dessutom att en optikers förtjänst för försäljning av glasögon av märket Zeiss uppgick till 717 procent och att de lågpriser som Hartlauer tillämpade var orsaken till optikindustrins fortlöjande angrepp på företaget.

14. Enligt uppgifterna från den hänskjutande domstolen utfördes den ovannämnda jämförelsen genom ett "testköp" som en anställd hos Hartlauer genomförde den 8 juli 1997 i en av Pippigs affärer. Denne hade begärt att den särskilda typ av glas av märket Zeiss som är mycket dyrbar, och som i allmänhet inte säljs mycket, skulle monteras på en båge av märket Eschenbach. Glasögonen hade hämtats ut den

13. I reklambladet gjordes förutom dessa allmänna jämförelser med optiker även en

6 — Reklaminslaget i radion hade följande lydelse: "... denna nya prisjämförelse visar följande: Ett par glasögon till närsynta med samma styrka och samma Eschenbach-bågar kostade den 1 augusti hos Optik Pippig i Linz 5 785 ATS. Hos Hartlauer var priset bara 2 000 ATS. Liksom alla andra glasögon till när- och långsynta. Man ser skillnaden, prisskillnaden. Franz Josef Hartlauer..." TV-reklamen hade en liknande innebörd: "Hur mycket tror du att dessa glasögon, inklusive glas, kostar? Hos den här optikern, på Landstrasse i Linz, kostar de mer än 5 700 schilling. Hos oss kostar de endast 2 000 schilling. Detsamma gäller för alla andra glasögon, såväl för närsynta som för långsynta. Franz Josef Hartlauer."

1 augusti 1997 och hade sedan fotograferats för reklambroschyren, i vilken de visades för att beskriva både Pippigs och Hartlauer modell. Det förefaller som om Titanium Flex-bågarna av märket Eschenbach vid tidpunkten för leverans av testglasögonen ännu inte såldes i Hartlauer affärer. Först senare började dessa att finnas tillgängliga, dock i begränsat antal exemplar och inte i alla färger och storlekar.

15. Då Pippig ansåg sig ha skadats av denna jämförande reklam väckte företaget talan och yrkade att det skulle fastställas att reklamen var otillåten, att det skulle beslutas om offentliggörande av domslutet i olika nationella dagstidningar, att spridning i framtiden av liknande reklam skulle förbjudas, och slutligen att Hartlauer skulle dömas att betala skadestånd. Vederbörande domstol biföll delvis Pippigs två första yrkanden, genom en dom som efter överklagande i huvudsak sedan fastställdes.

16. Samtliga parter har genom s.k. extraordinär revisionstalan överklagat appellationsdomstolens dom till Oberster Gerichtshof. Enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande har i huvudsak följande fyra frågor väckts i samband med denna dom, nämligen

i) huruvida jämförelsen mellan glasögon med märkesglas och glasögon med glas av okänt märke är tillåten,

ii) huruvida jämförelsen mellan en märkesvara som återförsäljaren förvärvat direkt från tillverkaren och samma vara som förvärvats genom parallellimport avser sinsemellan jämförbara föremål,

iii) huruvida en jämförelse är tillåten som genomförs genom ett testköp som skett redan innan erbjudandet från den som utför jämförelsen börjar gälla och på ett sådant sätt att största möjliga pris-skillnad skall kunna bevisas,

iv) huruvida en jämförelse som lämnar det allmänna intrycket att optikernas priser är för höga är sådan att den diskrediterar denna kategori.

17. Mot bakgrund av att det numera finns en särskild gemenskapslagstiftning om jämförande reklam har Oberster Gerichtshof således funnit att det för avgörandet av

dessa frågor är nödvändigt att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Skall artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam (nedan kallat direktivet) tolkas på så sätt att uttrycket ’jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen’ avser uppgifter om annonsörens eget erbjudande, uppgifter om konkurrentens erbjudande samt uppgifter om förhållandet mellan dessa två erbjudanden (det vill säga uppgifter om jämförelsens resultat)? Eller avser ’jämförelsen’, i den mening som avses i artikel 7.2 i direktivet, endast uppgifter om jämförelsens resultat, så att felaktiga föreställningar beträffande andra egenskaper hos de jämförda varorna/tjänsterna kan bedömas enligt eventuellt strängare nationella kriterier rörande vilseledande?

Skall artikel 3a.1 a i direktivet tolkas så, att jämförelsen mellan en märkesvaras pris och priset för en vara av ett okänt märke av samma kvalitet är förbjuden, när tillverkarnas namn inte anges, eller utgör artikel 3a.1 c och artikel 3a.1 g i direktivet hinder för att ange tillverkarna? Är en (märkes)varas image en egenskap hos varan eller tjänsten i den mening som avses i artikel 3a.1 c i direktivet? Om svaret på denna fråga är nej, är då varje (pris)jämförelse mellan en märkesvara och en vara av ett okänt märke av samma kvalitet förbjuden?

2. Skall artikel 7.2 i direktivet tolkas så, att även skillnader avseende sättet för införskaffande av den vara eller den tjänst vars egenskaper jämförs med egenskaperna hos annonsörens vara eller tjänst enbart skall bedömas enligt artikel 3a i direktivet?

Är hänvisningen i artikel 3a.1 a i direktivet till artikel 7.1 i direktivet att anse som *lex specialis* i förhållande till artikel 7.2 i direktivet, så att de eventuellt strängare nationella kriterierna rörande vilseledande kan tillämpas på samtliga delar av jämförelsen?

Om svaret på denna fråga är ja, skall då artikel 3a i direktivet tolkas så, att en (pris)jämförelse är tillåten endast om de jämförda varorna har införskaf-

fats genom samma distributionskanaler och därför finns i ett jämförbart urval hos annonsören och hans konkurrent(er)?

sådana prisjämförelser görs upprepade gånger, så att man får intrycket att konkurrentens/konkurrenternas priser generellt sett är orimligt höga?

3. Skall uttrycket 'jämförelse', i den mening som avses i artikel 7.2 i direktivet, även anses omfatta skapandet av underlaget för jämförelsen genom ett testköp?

Skall artikel 3a.1 e i direktivet tolkas så, att de uppgifter som gör det möjligt att identifiera konkurrenten skall begränsas till vad som är absolut nödvändigt och det alltså är förbjudet att förutom konkurrentens namn även visa hans firmalogotyp (om sådan finns) och affär?"

Om svaret på denna fråga är ja, skall då artikel 3a i direktivet tolkas så, att jämförelsen är förbjuden, om annonsören medvetet väljer att göra en för honom själv fördelaktig (pris)jämförelse genom ett testköp som genomförs redan innan hans eget erbjudande börjar gälla?

18. I det förfarande som inletts vid domstolen har förutom parterna i målet vid den nationella domstolen även den österrikiska regeringen och kommissionen yttrat sig. Samtliga, med undantag för den österrikiska regeringen, har även yttrat sig muntligen vid förhandlingen den 23 april 2002.

#### Rättslig bedömning

4. Är en jämförelse misskrediterande, i den mening som avses i artikel 3a.1 e i direktivet, om annonsören väljer ut den hos konkurrenten inköpta varan på ett sätt som gör att det uppnås en pris-skillnad som är större än den genomsnittliga prisskillnaden och/eller om

#### *Den första frågan*

19. Den första frågan har utformats i flera punkter avseende dels möjligheten att i fråga om jämförande reklam tillämpa en



restriktivare nationell lagstiftning än den gemenskapsrättsliga lagstiftningen, dels nödvändigheten att ange tillverkarnas namn vid en prisjämförelse mellan märkesvaror och varor av ett okänt märke av samma kvalitet. Det är lämpligt att undersöka dessa två punkter var för sig och för följdriktigheten i framställningen därvid börja med den andra punkten.

a) Uppgiften om tillverkarnas namn som villkor för prisjämförelsen mellan märkesvaror och varor av ett okänt märke av samma kvalitet

Pippig tillämpat på Eschenbach-bågarna med glas av märket Zeiss och det pris som Hartlauer begärt för samma båge med glas av märket Optimed (som just är ett mindre känt märke) med likvärdiga egenskaper är otillåten i alla de fall då märket på de olika glasen som monterats på de jämförda glasögonen inte har angetts.<sup>8</sup> Den nationella domstolen vill i detta hänseende i huvudsak få klarlagt i första hand huruvida en sådan jämförande reklam skall anses vara otillåten i den mening som avses i artikel 3a.1 a i direktivet, på grund av att den är vilseledande, och i andra hand huruvida bestämmelserna i artikel 3a.1 c och g i samma situation utgör hinder för att märket på de glas som monteras på de jämförda glasögonen anges.

20. Den nationella domstolen har på denna punkt i praktiken utgått från konstaterandet att de nationella domstolarna i första och andra instans har ansett att när tillverkarens namn inte anges är prisjämförelser mellan märkesvaror och varor av ett okänt märke (eller rättare sagt av ett mindre känt märke<sup>7</sup>) av samma kvalitet otillåtna. Efter vad jag förstår har dessa domstolar särskilt ansett att den jämförande reklamen avseende det pris som

21. Hartlauer har angående den första punkten påpekat att det i artikel 3a.1 a i direktivet inte föreskrivs att de jämförda varornas märken skall anges, bland annat på grund av att en sådan skyldighet i många fall skulle medföra att det blev orimligt svårt, om inte omöjligt, att göra jämförande reklam. Pippig och kommissionen har däremot påpekat att märket på glasen är en avgörande faktor för konsumenternas val vid förvärv av ett par glasögon. Enligt deras bedömning skall sådana reklambudskap som de som här är

7 — Av yttrandena från samtliga som deltagit i detta förfarande (även som svar på en uttrycklig fråga från domstolen under förhandlingen) och av detta beslut om hänskjutande framgår tydligt att när den nationella domstolen talar om varor "som är av ett okänt märke" menas i själva verket ett föga känt märke (i förevarande fall glasögon från Optimed). Jag vill i detta avseende klargöra att jag här på ett oegentligt sätt använder ordet "märke" som allmän beteckning på varukännetecknen i fråga, eftersom det inte är klart huruvida det i förevarande fall är fråga om registrerade varumärken, givna varumärken, handelsnamn eller andra kännetecken.

8 — Efter vad som framgår angavs inte i reklamslagen i radio och TV att prisjämförelsen avsåg glasögon med glas av olika märken.

i fråga, som jämför glasögonpriset utan att ange något märke på glasen, av detta skäl anses vara vilseledande. Även den österrikiska regeringen har, fastän mindre tydligt, uttalat sig i huvudsakligen samma riktning.

för att reklamen av dessa skäl skadar en konkurrent.<sup>10</sup> I gemenskapens rättspraxis har det vidare angivits att den vilseledande karaktären hos ett reklambudskap i princip skall bedömas mot bakgrund av ”de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha”.<sup>11</sup>

22. Den andra uppfattningen som framförts är enligt min mening utan tvekan mer övertygande. Jag erinrar nämligen om att enligt artikel 2.2 i direktivet avses med vilseledande reklam ”all reklam som på något sätt, däribland genom sin presentation, vilseleder eller [kan komma] att vilseleda de personer den riktar sig till eller dem som nås av den, och som genom sin vilseledande karaktär [kan komma] att skada en konkurrent”. För att reklam skall anses vara vilseledande i den mening som avses i artikel 2.2 är det således tillräckligt att det finns en *risk* för att reklamen kan komma att vilseleda konsumenterna och påverka<sup>9</sup> deras ekonomiska beteende eller

23. När dessa kriterier tillämpas<sup>12</sup> är den vilseledande karaktären av sådana reklammeddelanden som i förevarande fall enligt min mening således tydlig. Med dessa jämförs nämligen försäljningspriset på ett par glasögon hos två affärsidkare, varvid det anges att bågen är densamma och att glasen har samma egenskaper, utan att det anges att glasen är av två olika märken, varav det ena är mycket känt och det andra föga känt av allmänheten.<sup>13</sup> Sådana meddelanden kan nämligen vilseleda en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument, vilken kan vara benägen att tro att prisjämförelsen avser samma par glasögon, med samma båge och samma glas. Eftersom märket på glasen är en faktor som utan tvekan kan inverka på konsumenternas val

9 — Vad gäller verbet ”skada” (”pregiudicare”) som används i den italienska versionen av denna bestämmelse anser jag att det skall förstås så, att det har den mer neutrala innebörden ”påverka” (”incidere”) (se de andra språkversionerna, på engelska ”affect”, på franska ”affecter”, på spanska ”afectar”, på tyska ”beeinflussen” etcetera), utan att inverkan på konsumenternas ekonomiska beteende ges en negativ nyans (om nödvändigheten av att beakta de olika språkversionerna vid tolkningen av en gemenskapsbestämmelse, se bland annat domstolens dom av den 20 november 2001 i mål C-268/99, Aldona Malgorzata Jany, REG 2001, s. I-8615, punkt 47, och de domar som nämns där).

10 — Den eventuella skada som kan åsamkas konkurrenterna förefaller i själva verket inte vara en nödvändig förutsättning för att fastställa att ett reklammeddelande är vilseledande, eftersom det enligt bestämmelsen synes krävas att denna skada skall vara en följd av att konsumenterna har vilseletts och att deras ekonomiska beteende har påverkats, och alltså av två omständigheter som redan i sig innebär att reklam kan betecknas som vilseledande.

11 — Dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide (REG 1998, s. I-4657), punkt 31.

12 — I fråga om problemen i samband med en eventuell tillämpning av en mer restriktiv nationell bestämmelse, se punkterna 34—47 nedan.

13 — Se i detta avseende det meddelande som sänts i Hartlauer's radio- och TV-inslag, (ovan fotnot 6).

vid förvärv av ett par glasögon, måste det anses att den vilseledande karaktären av sådana meddelanden kan inverka på konsumenternas ekonomiska beteende och på så sätt skada de konkurrenter som de avser. Det förhållandet att märket på glaset inte nämns gör enligt min mening att den typ av reklammeddelande som här är i fråga är vilseledande.

24. Hartlauer's invändning att skyldigheten att ange märket på de jämförda varorna skulle göra det orimligt svårt, om inte omöjligt, att göra jämförande reklam, har enligt min mening inte heller någon betydelse. Det påstås exempelvis vara omöjligt att jämföra priset på två motorfordon av samma märke om det vore obligatoriskt att i detalj ange märket på alla tillbehör (däck, stereo, alarm etcetera). Jag tror att om en sådan skyldighet kan framstå som överdriven när det är fråga om att ange märket på ett stort antal tillbehör som har liten betydelse för konsumenternas val, kan detsamma förvisso inte anses när det gäller väsentliga och särskiljande komponenter i de varor som är föremål för reklam, som just glaset i glasögon. Det är vidare uppenbart att det i förevarande fall inte skulle ha varit omöjligt att göra en jämförelse om uppgift om märket på glaset hade lämnats, vilket visas av att märket var klart angivet i reklambladen.

25. Meddelanden av den typ som här är i fråga skall enligt min mening således anses vara vilseledande på grund av att de inte innehåller någon uppgift om märket på glaset som monterats på de jämförda bågarna. För att kunna besvara den nationella domstolens fråga måste emellertid även bedömas huruvida bestämmelserna i artikel 3a.1 c och g i direktivet utgör hinder för att sådana uppgifter lämnas i dessa fall. Särskilt som det i artikel 3a.1 c anges att den jämförande reklamen, för att vara tillåten, på ett objektivt sätt måste jämföra en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos dessa varor, vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida märket kan utgöra en sådan egenskap. Den nationella domstolen har därefter frågat huruvida bestämmelsen i artikel 3a.1 g utgör hinder för att lämna uppgift om märket. I denna bestämmelse fastställs nämligen att reklamen inte skall dra otillbörlig fördel av en konkurrents varumärkes, firmanamns eller andra känneteckens renommé eller av en konkurrerande produkts ursprungsbeteckning.

26. Samtliga som har yttrat sig i målet är eniga om att de två bestämmelserna i fråga inte utgör hinder för att märket på de konkurrerande varorna anges. Hartlauer och den österrikiska regeringen har särskilt noterat att möjligheten att i reklammeddelanden införa sådana uppgifter indirekt tillåts genom bestämmelserna i direktivet. I dessa förklaras nämligen att jämförande reklam är tillåten under förutsättning att den inte skapar risk för förväxling mellan konkurrenternas märken, firmanamn eller andra kännetecken, att den varken misskrediterar eller uttrycker sig nedsättande

om dessa märken, firmanamn eller kännetecken, att den inte drar otillbörlig fördel av deras renommé, och att den inte framställer en vara eller en tjänst som en imitation eller ersättning för en vara eller tjänst som har ett skyddat varumärke eller firmanamn (artikel 3a.1 d, e, g och h). De har dessutom påpekat att möjligheten att ange konkurrenternas varumärke uttryckligen fastställs i fjortonde och femtonde skälet i direktivet. I dessa anges nämligen att

i) "[f]ör att jämförande reklam skall vara verkningsfull kan det emellertid vara absolut nödvändigt att peka ut en konkurrents varor eller tjänster genom att hänvisa till ett varumärke eller ett firmanamn som tillhör konkurrenten" och att

ii) "[e]n sådan användning av en annans varumärke, firmanamn eller andra särskiljande märken utgör inte något intrång i ensamrätten i fall då villkoren i detta direktiv är uppfyllda, eftersom det avsedda syftet endast är att särskilja dem och därigenom framhäva skillnader på ett objektivt sätt".

27. Det är även min mening att de ovan nämnda bestämmelserna i artikel 3a.1 i direktivet förutsätter möjligheten att ange märket på de jämförda varorna. Det är såsom framgått just av detta skäl som lagligheten av jämförande reklam i dessa

bestämmelser görs beroende av en rad villkor avsedda att förhindra att jämförelserna ger upphov till illojal konkurrens. Jag instämmer även i uppfattningen att möjligheten att ange märket på konkurrerande produkter klart fastställts genom fjortonde och femtonde skälet i direktivet, i vilka det varit angeläget att påpeka att en sådan uppgift i vissa fall är nödvändig för att kunna göra en effektiv jämförande reklam och att direktivet, såvida de villkor som fastställts i detta iaktas, inte strider mot bestämmelserna om skydd av varumärken.

28. Det skall dessutom påpekas att möjligheten att ange kännetecknen för de varor som tagits upp i jämförande reklam uttryckligen har godtagits i generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet Toshiba. I förslaget har angivits att "[j]ämförande reklam skall dock för att vara effektiv och lojal möjliggöra för dem den riktas till att peka ut de framställda produkterna och att särskilja produkter som tillhandahålls av ett företag från produkter som tillhandahålls av dess konkurrent. Varje hänvisning av en aktör till kännetecken som används av hans konkurrenter kan således inte uteslutas".<sup>14</sup> Detta resonemang har därefter indirekt bekräftats i domstolens dom. Domstolen har under vissa förutsättningar i huvudsak godtagit att en konkurrents kännetecken kan få

14 — Generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-112/99, Toshiba (REG 2001, s. I-7945), punkt 65, i vilket han i en fotnot har hänvisat till femtonde skälet i direktivet.

anges i jämförande reklam.<sup>15</sup> I denna dom har domstolen dessutom klargjort att ”[d]et följer emellertid av artikel 6.1 c i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178) och domstolens rättspraxis (dom av den 23 februari 1999 i mål C-63/97 BMW, REG 1999, s. I-905, punkterna 58—60) att *användningen av någon annans varumärke kan anses vara berättigad om det är nödvändigt för att upplysa allmänheten om en produkts art eller om ändamålet med en erbjuden tjänst*”.<sup>16</sup>

29. När det sedan särskilt gäller frågan huruvida en varas märke kan anses vara en väsentlig, relevant, kontrollerbar och utmärkande egenskap för denna, och således som ett inslag som kan jämföras i den mening som avses i artikel 3a.1 c i direktivet, måste jag notera att frågan från den österrikiska domstolen härvidlag förefaller ha sin grund i ett missförstånd. Till grund för frågan synes nämligen den uppfattningen ligga att uppgiften om märket på de varor som anges i reklam av den typ som här är i fråga ger upphov till en jämförelse mellan olika varumärken, vilka just är föremål för den jämförande reklamen. Det är däremot tydligt att jämförelsen i en sådan reklam huvudsakligen rör varornas pris (och eventuellt deras kvalitet, som förutsätts vara likvärdig), medan den framställda uppgiften om märket på varorna

endast tjänar till att peka ut dem, såsom angivits i fjortonde skälet i direktivet. Mot denna bakgrund tror jag således inte att det kan anses att artikel 3a.1 c i direktivet utgör hinder för att märket på de varor som tagits upp i reklam av den typ som här är i fråga skall kunna anges.

30. Vad slutligen beträffar artikel 3a.1 g, enligt vilken varan som är föremål för reklam inte skall dra otillbörlig fördel av en konkurrents varumärkes, firmanamns eller andra känneteckens renommé, är det enligt min mening uppenbart att denna bestämmelse inte utgör ett generellt hinder för att märket på konkurrenternas varor anges (vilket indirekt tillåts enligt bestämmelsen), utan endast syftar till att förhindra eventuellt missbruk.

31. Jag noterar i detta avseende att domstolen i den ovannämnda domen i målet Toshiba har angivit att vid bedömningen av om bestämmelsen i fråga har uppfyllts skall ”femtonde [skälet] i direktiv 97/55 beaktas, enligt vilket användningen av ett varumärke eller ett särskiljande märke inte utgör något intrång i rätten till varumärket då villkoren i direktiv 84/450 i ändrad lydelse är uppfyllda, eftersom det avsedda syftet endast är att särskilja annonsörens produkter och tjänster från konkurrentens och därigenom framhäva skillnader på ett objektivi sätt”.<sup>17</sup> Domstolen har mot denna bakgrund fastställt att “[e]n annon-

15 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-112/99, Toshiba (REG 2001, s. I-7945).

16 — Punkt 34; min kursivering.

17 — Punkt 53.

sör kan i detta hänseende inte anses dra otillbörlig fördel av [renomméet] hos en konkurrents andra kännetecken, men hänvisning till dessa tecken är en förutsättning för att en effektiv konkurrens på marknaden i fråga skall kunna åstadkommas".<sup>18</sup> Domstolen har därefter tillagt att användningen av en konkurrents kännetecken i jämförande reklam gör det möjligt att "dra otillbörlig fördel av deras renommé endast om angivelsen av dem medför att ett samband mellan den apparattillverkare vars produkter pekas ut och den konkurrerande leverantören uppstår i medvetandet hos den målgrupp som reklamen är riktad till, på så sätt att målgruppen låter denne tillverkares anseende gälla även den konkurrerande leverantörens produkter. För att kontrollera om detta villkor är uppfyllt är det av vikt att hänsyn tas till den allmänna framställningen i den omtvistade reklamen samt till vilken målgrupp som reklamen är riktad".<sup>19</sup>

konkurrentens varumärkes, firmanamns eller andra känneteckens renommé. Detta under förutsättning att man inte med hänsyn till de särskilda omständigheterna i förevarande fall måste konstatera att denna uppgift utmärks på ett sådant sätt att det hos allmänheten skapas en association mellan annonsören och konkurrenten, varvid anseendet i fråga om konkurrentens varor överförs till annonsörens varor.<sup>21</sup> Jag tror således inte att uppgiften om märket på glaset i förevarande fall strider mot artikel 3a.1 g i direktivet, eftersom det dels redan klarlagts att denna uppgift var nödvändig för att exakt identifiera de varor som var föremål för reklaminslagen och förhindra ett eventuellt missledande av konsumenterna, dels inte framgår att denna uppgift skulle ge upphov till en association mellan glaset av märket Zeiss och märket Optimed med en överföring av Zeiss-glaset anseende till Optimed-glaset.

32. Även mot bakgrund av denna dom anser jag således att uppgiften om märket på en konkurrents varor inte strider mot artikel 3a.1 g, när denna uppgift motiveras av det objektiva behovet av att identifiera konkurrentens varor och framhålla egenskaperna hos dem som är föremål för reklamen (eventuellt genom en direkt jämförelse mellan dessa<sup>20</sup>) och således inte uteslutande är avsedd att dra fördel av

33. Avslutningsvis anser jag på denna punkt att reklammeddelanden av den typ som här är i fråga, varigenom försäljningspriset på ett par glasögon hos två affärsidkare jämförs och vari anges att bågen är densamma och att glaset har samma egenskaper, utan att det anges att glaset är av två olika märken, av vilka det ena är av ett välkänt och det andra är av ett för all-

18 — Punkt 54.

19 — Punkt 60.

20 — Jag noterar i detta avseende att det i domen i målet Toshiba anges att "[f]ör att det skall vara fråga om jämförande reklam i den mening som avses i artikel 2.2a i direktiv 84/450 i ändrad lydelse, är det... tillräckligt att det finns ett meddelande i någon form som pekar ut en konkurrent eller varor och tjänster som tillhandahålls av denne, även om det bara sker indirekt. I detta hänseende spelar det föga roll att en jämförelse görs mellan annonsörens och konkurrentens varor och tjänster" (punkt 31).

21 — I detta sistnämnda fall kan uppgiften om en konkurrents märke dock strida även mot artikel 3a.1 d, enligt vilken den jämförande reklamen inte får medföra förväxling på marknaden mellan annonsören och en konkurrent eller mellan annonsörens och en konkurrents varumärken, firmanamn eller andra kännetecken, varor eller tjänster.

mänheten föga känt märke, skall anses vara vilseledande och således otillåtna enligt artikel 3a.1 a i direktivet. I sådana fall utgör bestämmelserna i artikel 3a.1 c och g i direktivet inte hinder för att uppgift om märket på glaset som monterats på glasögonen i fråga lämnas.

b) Möjligheten att i fråga om jämförande reklam tillämpa en nationell lagstiftning som är restriktivare än den gemenskapsrättsliga lagstiftningen

34. Med utgångspunkt förmodligen från uppfattningen att bedömningen av domstolarna i första och andra instans av den ovan undersökta frågan grundas på tillämpningen av en nationell lagstiftning som innehåller restriktivare bestämmelser om vilseledande reklam än de gemenskapsrättsliga, har den nationella domstolen med denna del av frågan i praktiken velat få klarhet i huruvida det är möjligt att tillämpa en restriktivare nationell lagstiftning på jämförande reklam.

35. I detta hänseende har den nationella domstolen framför allt noterat att det i artikel 3a.1 a i direktivet vid uppräkningsav förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten anges att sådan reklam inte får vara vilseledande i den mening som avses i artikel 2.2, i artikel 3 och i artikel 7.1. Den får därför inte vara vilseledande i den mening som avses i artiklarna 2.2 och 3 i direktivet eller vilse-

ledande enligt eventuella nationella bestämmelser i vilka, med stöd av medlemsstaternas möjlighet enligt artikel 7.1, vilseledande reklam definieras mer restriktivt i syfte att tillförsäkra "konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten ett mera omfattande skydd". Den nationella domstolen har dock påpekat att det förhållandet att sådana restriktivare nationella bestämmelser kan tillämpas på jämförande reklam inte synes omfattas av artikel 7.2 i direktivet, eftersom artikel 7.1 enligt denna inte skall tillämpas på jämförande reklam "såvitt avser själva jämförelsen". Den nationella domstolen har inför denna uppenbara inkonsekvens frågat domstolen huruvida medlemsstaterna, när det gäller definitionen av vilseledande reklam, kan göra lagligheten av jämförande reklam beroende av att nationella bestämmelser följs som är strängare än de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Om så är fallet vill den nationella domstolen dessutom få klarlagt huruvida de strängare nationella bestämmelserna kan tillämpas endast i förhållande till beskrivningen av de jämförda varorna eller tjänsterna (de två jämförelsebegreppen) eller tvärtom även kan avse resultatet av jämförelsen (förhållandet mellan de jämförda varorna eller tjänsterna).

36. Pippig och den österrikiska regeringen har med stöd av den hänvisning till artikel 7.1 som görs i artikel 3a.1 a anför att strängare nationella kriterier bör tillämpas på jämförande reklam. För att komma ifrån den uppenbara inkonsekvensen mellan artikel 3a.1 a och artikel 7.2 i direktivet har Pippig särskilt påpekat att möjligheten enligt den sistnämnda bestäm-

melsen att jämföra varor och tjänster inte bör vara föremål för ytterligare villkor än dem som föreskrivs i direktivet, såvitt det inte är fråga om vilseledande reklam i den mening som avses i artikel 7.1. Den österrikiska regeringen har på motsvarande sätt ansett att medlemsstaterna kan tillämpa strängare kriterier i fråga om reklammeddelandens vilseledande karaktär, men inte när det gäller definitionen av jämförande reklam och förutsättningarna för att den skall vara tillåten enligt artikel 3a.1 b—h. Även om den österrikiska regeringen inte uttryckligen har anfört detta måste det förstås så att båda anser att strängare nationella kriterier i fråga om vilseledande reklam kan tillämpas på alla delarna av en jämförelse.

37. I rakt motsatt riktning går däremot synpunkterna från kommissionen och Hartlauer, vilka har hänvisat särskilt till artonde skälet i direktiv 97/55. I detta anges nämligen att "[i] enlighet med artikel 7 i direktiv 84/450/EEG får medlemsstaterna bibehålla eller anta bestämmelser som syftar till att tillförsäkra konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten ett mer omfattande skydd, och den bestämmelsen bör inte vara tillämplig på jämförande reklam, eftersom ändringen av detta direktiv är avsedd att fastställa på

*vilka villkor jämförande reklam är tillåten*".<sup>22</sup> Vid eftersträvandet av detta mål (som bekräftats även i den nya ordalydelsen av artikel 1 i direktiv 84/450) har gemenskapslagstiftaren uttömmande fastställt förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten och därmed således uttömmande reglerat samtliga inslag i jämförande reklam. På så sätt förklaras enligt kommissionen och Hartlauer förbudet att tillämpa restriktivare nationella kriterier "på jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen" (artikel 7.2).<sup>23</sup> Beträffande den hänvisning till artikel 7.1 som finns i artikel 3a.1 a har kommissionen under förhandlingen klargjort att det enligt dess bedömning inte kan vara fråga om annat än ett misstag från gemenskapslagstiftarens sida.

38. För min del vill jag framför allt understryka den bristfälliga karaktären av beslutet om hänskjutande. I detta förklaras nämligen inte tydligt bakgrunden till att det i den nationella bestämmelsen har införts ett restriktivare begrepp i fråga om vilseledande reklam än det gemenskapsrättsliga begreppet. Att beslutet i detta avseende är oklart framgår för övrigt tydligt av följande avsnitt: "Det är i förevarande fall viktigt att fastställa räckvidden av artikel 7.2 i direktivet. Detta är avgörande för om svarandenas reklam helt eller

22 — Min kursivering.

23 — Beträffande innebörden av detta uttryck har Hartlauer förklarat att det enligt dess bedömning samtidigt avser uppgifterna om erbjudandet från annonsören, om erbjudandet från konkurrenten och om förhållandet mellan de två erbjudandena.



delvis skall bedömas enligt de *eventuellt strängare* kriterierna i nationell rätt.”<sup>24</sup> Härav kan nämligen slutsatsen dras att den österrikiska domstolen har tillfrågat domstolen utan att dessförinnan ha fastställt huruvida, och i vilka avseenden, det nationella kriteriet i fråga om vilseledande reklam i verkligheten är restriktivare än det gemenskapsrättsliga kriteriet. Det förhållandet att beslutet om hänskjutande inte innehåller en klar och tydlig redogörelse för de tillämpliga nationella bestämmelserna och att den delen av frågan framstår som hypotetisk kan således medföra att det fastställs att den inte kan upptas till sakprövning.<sup>25</sup>

rättsliga begreppet ligger till grund för dessa bedömningar. Även om så vore fallet är det mot bakgrund av vad som tidigare sagts dock inte nödvändigt att svara den nationella domstolen på denna punkt. Om man nämligen anser att redan frånvaron av uppgift om märket på glaset i ett fall som det förevarande medför att den jämförande reklamen skall anses vara vilseledande enligt den ovannämnda bestämmelsen i artikel 2.2 och således är otillåten, följer härav att det inte är nödvändigt att bedöma huruvida de nationella myndigheterna i sådana fall kan tillämpa ett vilseledande-begrepp som är strängare än det som följer av den ovannämnda bestämmelsen i direktivet. Jag kommer således endast i andra hand, och alltså för det fall att domstolen inte skulle dela min uppfattning om fråga a ovan skall besvaras, att här i det följande behandla denna fråga.

39. Även om man skulle bortse från bris-terna i beslutet och, även mot bakgrund av parternas synpunkter, i en anda av samarbete skulle försöka klargöra skälen till begäran om förhandsavgörandet, kan man anta att den nationella domstolen delar den bedömning som de lägre domstolarna har gjort i fråga om att en jämförelse mellan glasögon med märkesglas och glasögon med glas av ett föga känt märke i sig är vilseledande. Den nationella domstolen har således ansett att ett strängare begrepp avseende vilseledande än det gemenskaps-

40. Jag erkänner att det i detta hänseende förefaller finnas en inkonsekvens mellan artikel 3a.1 a i direktivet, i vilken det vid fastställandet av förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten hänvisas till artikel 7.1, och artikel 7.2, enligt vilken punkt 1 i artikeln däremot inte skall tillämpas ”på jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen”. Jag tror dock inte att man, såsom Hartlauer och kommissionen har försökt att göra, genom att bortse från en av de två bestämmelserna (artikel 3a.1 a) kan kringgå detta problem, som endast anses vara följderna av ett fel eller

24 — Min kursivering.

25 — Jämför i detta hänseende bland annat dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Lourenço Dias (REG 1992, s. I-4673), punkterna 17 och 18, av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871), punkt 25, av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 61, av den 9 mars 2000 i mål C-437/97, EKW och Wein & Co. (REG 2000, s. I-1157), punkt 52, och av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, Idéal Tourisme (REG 2000, s. I-6049), punkt 20.

ett missförstånd från lagstiftarens sida. Jag anser tvärtom att det är nödvändigt att söka en tolkning av bestämmelserna i fråga som gör att man kan komma ifrån den uppenbara ovannämnda inkonsekvensen och förena de olika syften som ligger bakom bestämmelserna i fråga.

41. I detta syfte noterar jag inledningsvis att avsikten med direktiv 84/450 framför allt är att ”skydda konsumenterna, dem som bedriver närings- eller affärsverksamhet eller som utövar hantverk eller ett fritt yrke och den stora allmänheten mot vilseledande reklam och de otillbörliga följderna av denna” (artikel 1). Just på grund härav anges i artikel 7.1 att direktivet ”inte [skall] hindra medlemsstaterna från att bibehålla eller anta bestämmelser som avser att tillförsäkra konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten ett mera omfattande skydd mot vilseledande reklam”, som till exempel sådana nationella bestämmelser enligt vilka ett begrepp för vilseledande reklam som är strängare och restriktivare än motsvarande begrepp i artiklarna 2.2 och 3 i direktivet skall tillämpas.

42. I överensstämmelse med detta syfte föreskrivs i artikel 3a.1 a vid angivande av förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten, att sådan reklam inte får vara vilseledande enligt de relevanta artiklarna i direktivet eller enligt eventuella strängare nationella bestämmelser som antagits med stöd av artikel 7.1. På detta sätt har gemenskapslagstiftaren således velat förhindra att konsumenterna,

näringsidkarna och allmänheten tillförsäkras ett annat och lägre skydd mot risken för vilseledande i reklammeddelanden i de fall då det i dessa endast görs en jämförelse mellan konkurrerande varor och tjänster.

43. Såsom Hartlauer och kommissionen med fog har noterat är avsikten med direktiv 84/450, till följd av de ändringar som införts genom direktiv 97/55, dock även att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning i fråga om jämförande reklam, i syfte att undanröja hindren för den fria rörligheten av varor som härrör från skillnaderna i de nationella lagstiftningarna på området och att säkerställa friheten att tillhandahålla tjänster på detta område (tredje skälet i direktiv 97/55). I detta syfte har i direktiv 84/450 införts en ny artikel, artikel 3a, enligt vilken jämförande reklam ”såvitt avser själva jämförelsen” skall vara tillåten under förutsättningar som anges i artikeln.<sup>26</sup> Det är just därför att ändringarna som införts genom direktiv 97/55 syftar till att fastställa villkoren för att jämförande reklam skall vara tillåten — såsom även framgår av artonde skälet — som det i artikel 7.2 i direktiv 84/450 har fastställts att punkt 1 i artikeln ”inte [skall] tillämpas på jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen”.

26 — Till följd av de ändringar som vidtogts genom direktiv 97/55 har syftet att fastställa förutsättningarna för lagligheten av jämförande reklam uttryckligen angivits i artikel 1 i direktivet.

44. Till skillnad från Hartlauer och kommissionen anser jag dock inte att artikel 7.2 i direktivet utgör hinder för att på jämförande reklam tillämpa en nationell bestämmelse som är mer restriktiv än den gemenskapsrättsliga bestämmelsen i sin definition av vilseledande reklam. Enligt min uppfattning syftar denna artikel nämligen endast till att förhindra att den jämförande reklamen för att vara tillåten skall omfattas av ytterligare villkor utöver dem som fastställts i artikel 3a "såvitt avser själva jämförelsen". Med andra ord är avsikten med denna artikel att ange den uttömmande karaktären av förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten, just eftersom avsikten med direktivet är att under angivna villkor säkerställa att sådana jämförelser kan utföras och spridas i samtliga medlemsstater. Eftersom emellertid en av de förutsättningar som uttryckligen föreskrivs i artikel 3a.1 är att jämförande reklam inte är vilseledande i den mening som avses i artikel 2.2 och 2.3 eller enligt eventuella mer restriktiva nationella bestämmelser som antagits med stöd av artikel 7.1, drar jag härav slutsatsen att artikel 7.2 inte utesluter tillämpningen av liknande nationella bestämmelser på jämförande reklam.

45. Den tolkning enligt vilken artikel 7.2 uteslutande utgör hinder för införandet av villkor som inte föreskrivits i artikel 3a kan dessutom indirekt bekräftas av det förhållandet att båda bestämmelserna endast avser själva jämförelsen. Jag anser nämligen

att det i artikel 7.2 i direktivet anges att punkt 1 inte skall tillämpas på jämförande reklam "såvitt avser själva jämförelsen" just eftersom det i artikel 3a fastställs förutsättningarna för lagligheten av denna reklam endast "såvitt avser själva jämförelsen", utan att det krävs att dessa förutsättningar skall uppfyllas för den jämförande reklamen som, även om den pekar ut en konkurrent eller varor eller tjänster som tillhandahålls av denne, inte gör en verklig och egentlig jämförelse mellan dessa varor eller tjänster och annonsörens varor eller tjänster.<sup>27</sup>

46. Framför allt är dock den lösning som här godtagits att föredra eftersom den, förutom att den gör att man kan komma ifrån den uppenbara inkonsekvensen mellan de olika bestämmelserna i direktivet, lyckas att effektivt förena de två syften som ligger bakom direktivet, nämligen att dels skydda konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten från riskerna med vilseledande reklam (vilket motiverar den nationella tillämpningen av ännu strängare kriterier mot eventuellt "vilseledande" som dolts i reklammeddelanden), dels uttömmande fastställa förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten, så att genomförandet och spridningen av sådana jämförelser kan säkerställas i samtliga medlemsstater. Den motsatta uppfattning-

27 — Jag erinrar i detta avseende om att domstolen, såsom redan angivits i fotnot 20, i domen i målet Toshiba har fastställt att "I för att det skall vara fråga om jämförande reklam i den mening som avses i artikel 2.2a i direktiv 84/450 i ändrad lydelse, är det... tillräckligt att det finns ett meddelande i någon form som pekar ut en konkurrent eller varor och tjänster som tillhandahålls av denne, även om det bara sker indirekt. I detta hänseende spelar det föga roll att en jämförelse görs mellan annonsörens och konkurrentens varor och tjänster" (punkt 31).

en, som Hartlauer och kommissionen har framfört, har däremot den bristen att det utan en objektiv motivering ställs i utsikt ett annat och lägre skydd i förhållande till konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten mot risken för ”vilsledande” i reklammeddelanden i de fall där det i dessa meddelanden görs en jämförelse mellan konkurrerande varor eller tjänster. Det kvarstår dock att förklara — om denna uppfattning skulle vara riktig — hur det i artikel 3a.1 a kan anges att den jämförande reklamen inte får vara vilsledande enligt artikel 7.1 i direktivet.

47. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag således att de nationella myndigheterna på jämförande reklam kan tillämpa en nationell bestämmelse enligt vilken ett begrepp avseende vilsledande reklam som är mer restriktivt än det gemenskapsrättsliga begreppet skall tillämpas. Utifrån dessa överväganden är det lätt att besvara den ytterligare fråga som den österrikiska regeringen har ställt angående vilka delar av den jämförande reklamen som en sådan mer restriktiv nationell bestämmelse kan tillämpas på. Om det är sant att avsikten med artikel 7.2 är att endast förhindra införandet av ytterligare förutsättningar för lagligheten av jämförande reklam, är det uppenbart att denna bestämmelse inte utgör hinder för tillämpningen av en sådan nationell bestämmelse på samtliga delar av jämförelsen. Det är således inte nödvändigt

att i detta avseende skilja mellan beskrivningen av jämförda varor eller tjänster och resultatet av jämförelsen.

#### *Den andra frågan*

48. Den andra tolkningsfrågan har sin bakgrund i det förhållandet att Pippig upprätthåller direktförbindelser med företaget Eschenbach, från vilket det regelbundet förvärvar de bågar i olika färger och storlekar som är föremål för reklamen, medan Hartlauer införskaffar dessa bågar i ett mindre sortiment genom parallelimport. Den österrikiska domstolen vill i detta avseende, såvitt jag förstår, i praktiken få klarlagt huruvida medlemsstaterna med stöd av artikel 7.1 i direktivet själva kan fastställa att en prisjämförelse är tillåten endast om annonsören och hans konkurrenter införskaffar de jämförda varorna genom samma distributionskanaler och således tillhandahåller dem i ett motsvarande sortiment, eller huruvida en sådan förutsättning för laglighet av den jämförande reklamen enligt artikel 7.2 däremot kan vara tillåten endast i den mån den ingår i de förutsättningar som föreskrivs i artikel 3a i direktivet. I detta andra fall vill den nationella domstolen då få klarhet i huruvida den angivna förutsättningen faktiskt omfattas av artikel 3a.

49. Ingen av de som har yttrat sig i målet har hävdats att artikel 3a i direktivet i

allmänhet skulle tillåta att priset på vissa varor kan jämföras endast om dessa kommer från samma distributionskanaler. Ingen har heller hävdats att medlemsstaterna med stöd av artikel 7.1 självständigt skulle kunna föreskriva ett sådant villkor. Även om den österrikiska regeringen och kommissionen anser att detta inte har skett i förevarande fall, har de ändå noterat att en utebliven uppgift om en annan distributionskanal teoretiskt kan ge upphov till fall av vilseledande reklam, och således i särskilda fall, då det är viktigt för konsumenterna att det finns en direktförbindelse mellan återförsäljaren och tillverkaren, kan innebära att den jämförande reklamen är otillåten i den mening som avses i artikel 3a.1 a. Pippig har på ett mer oklart sätt framfört att när de olika distributionskanalerna eller det annorlunda varusortimentet avsevärt påverkar priset, när reklamen hänvisar till sådana uppgifter eller när konsumenten förleds att tro att distributionskanalerna är desamma, skall den jämförande reklamen anses vara tillåten endast om den inte vilseleder konsumenterna i fråga om dessa uppgifter.

50. Jag vill först av allt instämma i att det ingenstans i artikel 3a i direktivet föreskrivs att priset på vissa varor kan jämföras endast såvida de kommer från samma distributionskanaler. Med hänsyn således till att förutsättningarna, som redan sagts, för att jämförande reklam skall vara tillåten uttömmande fastställt i denna artikel i direktivet, är det enligt min mening

uppenbart att medlemsstaterna inte urskilningslöst kan förbjuda all reklam som jämför de priser som konkurrerande näringsidkare som införskaffar varor genom olika distributionskanaler begär för vissa varor.<sup>28</sup>

51. Detta hindrar dock inte att, såsom den österrikiska regeringen och kommissionen med fog har noterat, en sådan jämförelse i särskilda fall kan vara vilseledande, och således otillåten enligt artikel 3a.1 a, såvida den inte åtföljs av någon uppgift om olika distributionskanaler. Så kan exempelvis vara fallet om det är viktigt för konsumenterna att när som helst hos den egna återförsäljaren kunna förvärva reservdelar eller originaltillbehör eller utnyttja en särskild kundtjänst som kräver en direktförbindelse med tillverkaren. Jag anser emellertid inte att det föreligger sådana särskilda omständigheter i det förevarande fallet, eftersom det i enlighet med beslutet om hänskjutande "[f]ör köparen [inte] gör [någon] skillnad om säljaren har fått glasögonen på grund av varaktiga leveransförbindelser med tillverkaren eller på annan väg".

52. Jag noterar dessutom att om de olika distributionskanalerna medför betydande

28 — Jag måste dock även med hänvisning till denna fråga understryka den bristfälliga karaktären av beslutet om hänskjutande som gör att det råder viss tvekan om huruvida det finns någon nationell bestämmelse enligt vilken prisjämförelser mellan varor som kommer från olika distributionskanaler är förbjudna.

skillnader i det varusortiment som erbjuds allmänheten, kan en prisjämförelse vara vilseledande, såvida det i reklammeddelandena anges (eller görs gällande) att återförsäljarna erbjuder ett motsvarande sortiment av varorna i fråga. I detta fall kan meddelandena nämligen vilseleda konsumenterna i fråga om det sortiment som de konkurrerande affärsidkarna erbjuder, och således i fråga om en faktor som kan påverka valet mellan två eller flera återförsäljare av samma vara. Jag tror dock inte att meddelanden av den typ som här är i fråga, i vilka priset på en specifik modell av både jämförs utan att det ens indirekt eller underförstått ges någon uppgift om det sortiment som de berörda affärsidkarna erbjuder, i sig är sådana att de kan vilseleda konsumenterna i detta hänseende.

53. En annan fråga uppkommer slutligen om affärsidkaren som införskaffar varor genom parallellimport endast sporadiskt förvärvar de varor som är föremål för reklamen och sedan under kort tid, till dess att det lager som var gång är tillgängligt är uttömt, erbjuder dem till ett fördelaktigt pris. I ett sådant fall skall nämligen den särskilda bestämmelsen i artikel 3a.2 i direktivet tillämpas. Enligt denna skall "varje jämförelse som avser ett särskilt erbjudande... på ett klart och entydigt sätt ange när erbjudandet upphör att gälla eller, i förekommande fall, att det särskilda erbjudandet är beroende av tillgången på varan eller tjänsten och, om det särskilda

erbjudandet ännu inte har börjat gälla, när specialpriset eller andra särskilda villkor börjar gälla".

54. För detta ändamål skall dock påpekas att det förhållandet att den jämförande reklamen i de tre ovannämnda fallen eventuellt är otillåten inte i sig avgörs av den prisjämförelse som begärs för varor som kommer från olika distributionskanaler, utan snarare av det förhållandet att de uppgifter som lämnats i reklammeddelandena är otillräckliga eller "vilseledande". Jag anser därför att denna tolkningsfråga skall besvaras så, att ingen bestämmelse i artikel 3a i direktivet gör lagligheten av reklam som jämför de priser som konkurrerande affärsidkare begär för vissa varor beroende av villkoret att dessa införskaffar sina varor genom samma distributionskanaler. Med hänsyn till den uttömmande karaktären av förutsättningarna för att den jämförande reklamen skall vara tillåten enligt denna artikel, kan de nationella myndigheterna inte självständigt föreskriva ett sådant villkor.

### *Den tredje frågan*

55. Den tredje frågan avser det testköp som ligger till grund för den jämförande reklamen, och särskilt det förhållandet att

- i) detta köp gjorts redan innan Hartlauer sålde de jämförda glasögonen och

- ii) att det för detta ändamål just valts glasögon (bågar och glas) som innebär största möjliga prisskillnad, eller åtminstone en högre skillnad än den genomsnittliga.

Den österrikiska domstolen vill i detta hänseende framför allt få klarlagt huruvida artikel 7.2 innebär att medlemsstaterna inte ens beträffande metoderna för jämförande av jämförande reklam får föreskriva sådana villkor för laglighet som inte föreskrivs i artikel 3a. Om detta skulle vara förbjudet vill den nationella domstolen vidare få klarlagt huruvida en jämförelse på grundval av ett testköp av den typ som här undersöks skall anses vara otillåten i den mening som avses i artikel 3a i direktivet.

56. Hartlauer har i detta avseende noterat dels att artikel 7.2 i direktivet även omfattar de sätt på vilka jämförande reklam genomförs, dels att det enligt artikel 3a inte krävs att den som utför jämförelsen redan den dag då testköpet genomförs säljer de varor som är föremål för reklamen, eftersom det är tillräckligt att dessa säljs vid den tidpunkt då reklamen sprids. Kommissionen anser på motsvarande sätt att frågan bör bedömas uteslutande mot bakgrund av artikel 3a i direktivet, vilken inte utgör hinder för att en annonsör, för att genomföra jämförande reklam, tar reda på konkurrenternas priser med alla tillåtna medel (däribland ett testköp), redan innan han erbjuder de berörda varorna på marknaden. Den österrikiska regeringen anser även att lagligheten av en sådan jämförande reklam uteslutande bör bedömas i förhållande till de förutsättningar som

anges i artikel 3a i direktivet. Den österrikiska regeringen har dock tillagt att det är den nationella domstolens sak att fastställa huruvida det förhållandet att det medvetet görs en prisjämförelse, som är mer fördelaktig för den som utför den genom ett testköp som genomförs redan innan reklamkampanjen lanseras, kan ge upphov till ett fall av vilseledande reklam. Detta har i huvudsak även varit utgångspunkten för Pippigs synpunkter. Även om Pippig erkänner att artikel 7.2 i direktivet även omfattar de sätt på vilka jämförande reklam genomförs, anser företaget inte att detta är av avgörande betydelse i förevarande fall utan har föreslagit att domstolen skall fastställa att den vilseledande karaktären av jämförande reklam skall bedömas även med beaktande av det sätt på vilket jämförelsen genomförts.

57. Innan jag besvarar denna fråga vill jag först erinra om att medlemsstaterna enligt artikel 7.2 i direktivet inte kan göra lagligheten av jämförande reklam beroende av förutsättningar som inte föreskrivs i artikel 3a. Detta gäller även om dessa förutsättningar avser de sätt på vilka jämförelserna genomförs.<sup>29</sup> Eftersom således — vilket samtliga som har yttrat sig i målet har vitsordat — ingen bestämmelse i artikel 3a gör lagligheten av jämförande reklam beroende av att den inte har genomförts genom ett testköp av den typ som här

29 — Jag måste även på denna punkt emellertid påpeka de brister i beslutet om hänskjutande som gör att det råder viss tvekan om huruvida det finns någon nationell bestämmelse enligt vilken jämförande reklam som görs genom ett "testköp" av den typ som här är i fråga är förbjuden.

är i fråga kan de nationella myndigheterna inte självständigt föreskriva ett sådant villkor.

58. Vad avser den eventuellt vilseledande karaktären av reklammeddelandena anser jag att en prisjämförelse av den typ som här är i fråga eventuellt kan visa sig vara vilseledande, och således, om meddelandena sprids redan innan de berörda varorna erbjuds till det angivna priset eller om jämförelsen framställs på ett sätt som gör att det felaktigt anses att den angivna prisskillnaden föreligger även för andra varor, kan vara otillåten enligt artikel 3a.1 a i direktivet. Jag tror däremot inte att en jämförelse kan anses vara vilseledande enbart på grund av att den utförts genom ett testköp som skett innan den som genomfört jämförelsen har börjat att saluföra de berörda varorna, eller på grund av att varor har valts som konkurrerande affärsidkare sålt till helt andra priser. Enligt min mening är det tvärtom logiskt och naturligt, vad gäller det senare fallet, att återförsäljarna endast jämför priset på de varor de säljer till särskilt fördelaktiga villkor i förhållande till sina konkurrenter.

59. Jag anser avslutningsvis att den tredje frågan skall besvaras så, att ingen bestämmelse i artikel 3a gör lagligheten av reklam, som jämför det pris som konkurrerande affärsidkare begär för vissa varor, beroende av villkoret att den inte har genomförts

genom ett testköp som skett innan den som utför jämförelsen har börjat att saluföra de berörda varorna och att den inte avser varor som valts just för att en mycket stor prisskillnad skall kunna uppvisas. Mot bakgrund av den uttömmande karaktären av förutsättningarna för att den jämförande reklamen skall vara tillåten enligt denna artikel i direktivet, kan de nationella myndigheterna inte självständigt föreskriva ett sådant villkor.

#### *Den fjärde frågan*

60. Med den fjärde frågan vill den österrikiska domstolen slutligen få klarlagt huruvida prisjämförelserna misskrediterar konkurrenterna, och således är otillåtna i den mening som avses i artikel 3a.1 e i direktivet, nämligen i) om det för detta ändamål valts varor beträffande vilka prisskillnaden är större än den genomsnittliga prisskillnaden och/eller om sådana prisjämförelser görs upprepade gånger, så att man får intrycket att konkurrenternas priser generellt sett är för höga, och ii) om uppgifterna om konkurrenternas identitet inte begränsas till vad som är absolut nödvändigt, och särskilt om förutom konkurrentens namn även dennes firmalogotyp (om sådan finns) och affär visas.

61. Pippig har föreslagit att denna fråga skall besvaras jakande och påpekat att



konkurrenterna kan misskrediteras både av det vilseledande intryck som reklammeddelandena ger och av angivandet av deras kännetecken när detta inte är nödvändigt för att genomföra objektiva prisjämförelser.

genomsnittligt högt pris, utan att de objektiva egenskaperna anges som utmärker sortimentet (däri inbegripet märket på de sålda varorna). Enligt den österrikiska regeringen är det dock den nationella domstolens sak att utföra denna kontroll och att särskilt ta hänsyn till den definition av vilseledande reklam som anges i artikel 2.2 i direktivet.

62. Hartlauer's synpunkter går uppenbarligen i motsatt riktning. På den första punkten har företaget särskilt noterat att en informerad och uppmärksam genomsnittskonsument inte inges tron att den prisskillnad som anges i reklammeddelandena med avseende på vissa varor motsvarar den genomsnittliga skillnaden mellan priset på samtliga varor som säljs av de konkurrerande affärsidkarna. Hartlauer har därefter tillagt att det skulle strida mot artikel 3a om prisjämförelsen avseende vissa varor tilläts endast om den föreliggande skillnaden motsvarade den genomsnittliga prisskillnaden eller om speciella restriktioner infördes i fråga om eventuella jämförelsernas antal och frekvens. Hartlauer har på den andra punkten vidare noterat att det förhållandet att en konkurrents affär visas med tillhörande skylt i sig inte innebär att den konkurrenten otillbörligen misskrediteras eller förtalas, utan tvärtom är ett effektivt sätt att identifiera konkurrenten.

64. Kommissionen slutligen har påpekat att reklamen inte kan misskreditera konkurrenterna i den mening som avses i artikel 3a.1 e i direktivet enbart på grund av att priset på icke jämförbara varor jämförs eller att en icke objektiv eller till och med vilseledande jämförelse utförs, utan att lagligheten av den jämförande reklamen i dessa fall snarare skall bedömas enligt bestämmelserna i artikel 3a.1 a—c. Kommissionen har dessutom noterat att vid prisjämförelser kan konkurrenternas affärer och skyltar i princip visas (utan förvanskning), men har angivit att sådana jämförelser kan vara otillåtna enligt artikel 3a.1 e, om det i dessa slumpvis pekas ut en eller flera konkurrenter för att framhäva den höga nivån på de priser som normalt begärs inom en bransch.

63. Den österrikiska regeringen har däremot noterat att en konkurrent kan misskrediteras av att en särskilt dyrbar artikel väljs för jämförelsen och på så sätt ger intryck av att hela varusortimentet har ett

65. Vad gäller den första delen av den aktuella frågan vill jag först erinra om att en jämförelse mellan de priser som två eller flera konkurrerande affärsidkare begär för

vissa varor kan vara vilseledande om den framställs på ett sätt som felaktigt ger intrycket att den prisskillnad som anges även föreligger i fråga om andra varor. I detta fall är den eventuella misskreditering som orsakas konkurrenterna en direkt följd av den vilseledande karaktären av den jämförande reklamen, vilken således på grundval av artikel 3a.1 a i direktivet skall förklaras vara otillåten.

66. Jag tror dock inte, som jag redan har påpekat, att enbart det förhållandet att man jämför varor som olika affärsidkare sålt till mycket olika priser i sig kan ge intrycket av att samma prisskillnad även föreligger i fråga om andra varor. På samma sätt tror jag inte heller att det är den särskilda frekvens med vilken reklammeddelandena sprids som kan ge detta intryck. Om reklammeddelandena således inte ger intrycket att denna prisskillnad även föreligger i fråga om andra varor, och det felaktiga intrycket av att konkurrenternas priser i allmänhet är för höga således inte framkallas, saknas uppenbarligen själva förutsättningen för den påstådda misskrediteringen av konkurrenterna, som i det fall som anges i frågan just beror på detta intryck.

67. När det sedan gäller den andra punkten i frågan anser jag, i likhet med Hartlauer

och kommissionen, att det förhållandet att en konkurrent pekas ut även genom en bild av hans affär (med tillhörande skylt) i sig inte innebär att han misskrediteras i den mening som avses i artikel 3a.1 e i direktivet. En eventuell misskreditering som hypotetiskt kan vara en följd av jämförande reklam av den typ som här är i fråga beror nämligen inte på att konkurrenter pekas ut genom bilder av deras affärer (förutom med namn och adress), utan snarare på jämförelsens innehåll och presentation. Antingen är jämförelsen nämligen sådan att konkurrenterna misskrediteras, i vilket fall den är otillåten enligt artikel 3a.1 e, även om konkurrenterna pekas ut enbart med namn och adress, eller misskrediterar jämförelsen inte konkurrenterna och blir då förvisso inte otillåten enligt denna bestämmelse enbart på grund av att konkurrenter pekas ut även med bilder på deras affärer.

68. Jag anser därför att domstolen skall besvara den fjärde frågan så, att prisjämförelser av den typ som här är i fråga inte misskrediterar konkurrenterna, och således inte är otillåtna enligt artikel 3a.1 e i direktivet enbart på grund av i) att varor har valts beträffande vilka det föreligger en prisskillnad som är större än den genomsnittliga prisskillnaden och/eller att jämförelserna görs upprepade gånger, och ii) att konkurrenterna som dessa jämförelser avser, förutom med namn och adress pekas ut även genom bilder på deras affärer med tillhörande skyltar.

## Förslag till avgörande

Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall svara Oberster Gerichtshof enligt följande:

- ”1) Reklammeddelanden varigenom försäljningspriset på ett par glasögon jämförs hos två affärsidkare och vari anges att bågen är densamma och att glaset har samma egenskaper, utan att det anges att de är av två olika märken, av vilka det ena är mycket känt och det andra är ett för allmänheten föga känt märke, skall anses vara vilseledande och således otillåtna enligt artikel 3a.1 a i direktiv 85/450/EEG, i ändrad lydelse enligt direktiv 97/55/EG. I sådana fall utgör bestämmelserna i artikel 3a.1 c och g inte hinder för att uppgift om märket på de glas som monterats på glasögonen i fråga lämnas.
  
- 2) Ingen bestämmelse i artikel 3a i direktiv 84/450/EEG, i ändrad lydelse enligt direktiv 97/55/EG, gör lagligheten av reklam, som jämför det pris som konkurrerande affärsidkare begär för vissa varor, beroende av villkoret att den inte har genomförts genom ett testköp som skett innan den som utför jämförelsen har börjat att saluföra de berörda varorna och att den inte avser varor som valts just för att en mycket stor prisskillnad skall kunna uppvisas. Mot bakgrund av den uttömmande karaktären av förutsättningarna för att

den jämförande reklamen skall vara tillåten enligt denna artikel i direktivet, kan de nationella myndigheterna inte självständigt föreskriva ett sådant villkor.

- 3) Ingen bestämmelse i artikel 3a i direktiv 84/450/EEG, i ändrad lydelse enligt direktiv 97/55/EG, gör lagligheten av jämförande reklam avseende det pris som konkurrerande affärsidkare begär för vissa varor beroende av villkoret att den skall ha genomförts genom ett testköp som skett innan den som utför jämförelsen erbjuder de berörda varorna, och att den inte skall omfatta varor som valts just för att en mycket stor prisskillnad skall visas. Mot bakgrund av den slutgiltiga karaktären av förutsättningarna för att den jämförande reklamen skall vara tillåten enligt denna artikel i direktivet, kan de nationella myndigheterna inte självständigt föreskriva ett sådant villkor.
  
- 4) Prisjämförelser av den typ som här är i fråga misskrediterar inte konkurrenterna, och är således inte otillåtna enligt artikel 3a.1 e i direktiv 84/450/EEG, i ändrad lydelse enligt direktiv 97/55/EG, enbart på grund av
  - i) att varor har valts beträffande vilka det föreligger en prisskillnad som är större än den genomsnittliga prisskillnaden och/eller att jämförelserna görs upprepade gånger, och
  
  - ii) att konkurrenterna som dessa jämförelser avser, förutom med namn och adress pekats ut även genom bilder på deras affärer med tillhörande skyltar.”