

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

PAOLO MENGOZZI

föredraget den 7 september 2010¹

1. Domstolen har redan vid flera tillfällen haft anledning att behandla jämförande reklam, och den har utarbetat en praxis som numera är tämligen omfattande. I förevarande mål avser dock den fråga som den nationella domstolen, Tribunal de commerce de Bourges, har ställt en ny aspekt, nämligen frågan huruvida bestämmelserna om jämförande reklam kan tillämpas på en jämförelse som avser livsmedel.

2. I det sammanhanget har den nationella domstolen bett domstolen att bekräfta eller underkänna fransk rättspraxis, i vilken man tenderar att anse att jämförande reklam avseende livsmedel är otillåten, eftersom livsmedel anses vara av sådan beskaffenhet att de inte går att jämföra.

I — Tillämpliga bestämmelser

3. De bestämmelser som är relevanta för att besvara den fråga som har ställts består enbart av bestämmelser i unionsrätten. Som den

nationella domstolen har påpekat i sitt beslut om hänskjutande inskränker sig de tillämpliga nationella bestämmelserna, det vill säga artiklarna 121-8 och 121-9 i konsumentlagen (code de la consommation), till att återge lydelsen i de bestämmelser i unionsrätten som var tillämpliga vid den aktuella tidpunkten.

A — *Direktiv 84/450/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 97/55/EG*

4. I förevarande mål består den relevanta lagstiftningen av direktiv 84/450/EEG² (nedan även kallat direktivet), i dess lydelse enligt direktiv 97/55/EG³.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om vilseledande och jämförande reklam (EGT L 250, s. 17; svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211). Innan direktiv 84/450/EEG ändrades genom direktiv 97/55/EG hade det en annan titel, som återspeglade lagtextens snävare innehåll (direktiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam).

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).

5. I artikel 2 punkt 2 i direktivet definieras vilseledande reklam som "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". I efterföljande punkt 2a definieras jämförande reklam som "all reklam som uttryckligen eller indirekt pekar ut en konkurrent eller varor eller tjänster som tillhandahålls av en konkurrent".

- b) Priset eller hur priset beräknas och leveransvillkoren för varorna eller utförandet av tjänsterna ifråga.
- c) Annonsörens 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."

6. I artikel 3 i direktivet föreskrivs följande:

7. I artikel 3a föreskrivs följande:

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

"När man skall avgöra om viss reklam är vilseledande skall hänsyn tas till alla inslagen i reklamen och särskilt till sådan information som reklamen innehåller om följande:

- 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,
 - 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,
- 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.

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

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,

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.

8. Artikel 7 i direktivet har slutligen följande lydelse:

”1. Detta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna från att bibehålla eller anta bestämmelser [som] avser att tillförsäkra konsumenterna, näringsidkarna och allmänheten ett mera omfattande skydd mot vilseledande reklam.

2. Punkt 1 skall inte tillämpas på jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen.

...”

B — *Direktiv 84/450/EEG, i dess senare ändrade lydelse enligt direktiv 2005/29/EG*

9. Direktiv 84/450/EEG har även ändrats genom direktiv 2005/29/EG⁴. De ändringar som är av intresse i förevarande mål avser artiklarna 3a och 7.

⁴ — Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (EUT L 149, s. 22).

...”

10. Artikel 3a i direktiv 84/450/EEG har numera följande lydelse:

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

a) den inte är vilseledande enligt artikel 2.2, artikel 3 och artikel 7.1 i detta direktiv eller artiklarna 6 och 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden,

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

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

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

e) den i fråga om produkter med ursprungsbeteckning alltid avser produkter med samma beteckning,

f) den inte drar otillbörlig fördel av det anseende som en konkurrents varumärke, firmanamn eller andra kännetecken åtnjuter eller av en konkurrerande produkts ursprungsbeteckning,

g) den inte framställer en vara eller tjänst som en imitation av eller ersättning för en vara eller tjänst som har ett skyddat varumärke eller firmanamn,

h) den inte skapar förvirring bland näringsidkare, mellan annonsören och en konkurrent eller mellan annonsörens varumärken, firmanamn, andra utmärkande kännetecken, varor eller tjänster och en konkurrents.”

11. Artikel 7 har numera följande lydelse:

”1. Detta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna från att bibehålla eller anta bestämmelser som avser att tillförsäkra näringsidkare och konkurrenter ett mera omfattande skydd avseende vilseledande reklam.

2. Punkt 1 skall inte tillämpas på jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen.

...”

utformningen – även om informationen är korrekt i sak – vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda genomsnittskonsumenten i ett eller flera av följande avseenden, samt i endera fallet medför eller sannolikt kommer att medföra att denne fattar ett affärsbeslut som han annars inte skulle ha fattat:

12. Vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen hade direktiv 2005/29/EG redan trätt i kraft. Där emot hade fristen för att införliva nämnda direktiv med de nationella rättsordningarna, vilken hade fastställts till den 12 juni 2007,⁵ ännu inte löpt ut.

- a) Produktens förekomst eller beskaffenhet.
- b) Produktens utmärkande egenskaper ...

...

C — Direktiv 2005/29/EG

13. Artiklarna 6 och 7 i direktiv 2005/29/EG, till vilka det numera hänvisas i artikel 3a i direktiv 84/450/EEG för definitionen av begreppet vilseledande reklam, avser ”vilseledande handlingar” respektive ”vilseledande underlåtenhet”.

2. En affärsmetod skall också anses vara vilseledande om den, i sitt sammanhang, med beaktande av alla dess särdrag och av omständigheterna kring den, medför eller sannolikt kommer att medföra att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne normalt inte skulle ha fattat, och metoden omfattar

14. I artikel 6 föreskrivs följande:

”1. En affärsmetod skall anses vara vilseledande om den inbegriper oriktig information och således är falsk eller om den på något sätt, även genom den allmänna

- a) marknadsföring av en produkt, inbegripet jämförande reklam, som orsakar förväxling med en konkurrents produkter, varumärken, varunamn eller särskiljande kännetecken,

5 — Se artikel 19 i direktiv 2005/29/EG.

...”

15. Artikel 7 har följande lydelse:

”1. En affärsmetod skall anses vara vilseledande om den, i sitt sammanhang och med beaktande av alla dess särdrag och omständigheterna kring den samt av kommunikationsmediets begränsningar, innebär att näringsidkaren underlåter att lämna väsentlig information som genomsnittskonsumenten, beroende på sammanhanget, behöver för att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därigenom medför, eller sannolikt kommer att medföra, att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.

...

4. Vid ett köperbudande skall följande information anses som väsentlig, om den inte framgår av sammanhanget:

a) Produktens utmärkande egenskaper i den omfattning som är lämplig för mediet och produkten.

...

c) Priset inklusive skatter ...”

16. Efter direktiv 2005/29/EG har bestämmelserna om vilseledande och jämförande reklam, utan några väsentliga ändringar, konsoliderats genom direktiv 2006/114/EG.⁶

II — Bakgrund och tolkningsfrågan

17. Målet vid den nationella domstolen avser två bolag som driver stormarknader, nämligen bolaget Lidl och bolaget Vierzon. Sistnämnda bolag, som bedriver verksamhet under beteckningen Leclerc, lät den 23 september 2006, i en lokal tidning, publicera jämförande reklam där man jämförde kvittona från inköp som gjorts hos fyra olika stormarknader.

18. Förteckningarna över de köpta varorna, tillsammans med de respektive priserna, omfattade 34 varor per stormarknad. Det rörde sig om dagligvaror, huvudsakligen livsmedel, som till stor del motsvarade varandra. De olika varornas varumärken angavs inte. Totalpriset för varje sådan ”varukorg” visade att stormarknaden Leclerc var billigast av alla, med ett sammanlagt pris, för de angivna varorna, på 46,30 euro. Stormarknaden

⁶ — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (kodifierad version) (EUT L 376, s. 21).

Lidl kom på andra plats, med ett totalpris på 51,40 euro. De två andra berörda stormarknaderna visade sig vara ännu dyrare. Redogörelsen för de fyra varuförteckningarna med tillhörande priser åtföljdes av en slogan som framhöll att stormarknaderna under beteckningen Leclerc var billigast.

på förhållandena och platsen för varornas tillverkning, de ingredienser som har använts och tillverkarens erfarenhet?”

III — Förfarandet vid domstolen

19. På grund av publiceringen av den reklam som beskrivits ovan väckte Lidl talan mot Vierzon vid den nationella domstolen och gjorde särskilt gällande att bestämmelserna om jämförande reklam hade åsidosatts.

21. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolens kansli den 8 maj 2009. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den tjeckiska, den österrikiska och den franska regeringen samt kommissionen har ingett skriftliga yttranden.

20. Den nationella domstolen anser att det, för att den ska kunna avgöra målet, är nödvändigt att tolka unionsbestämmelserna om jämförande reklam, och den vilandeförklarade därför målet och ställde följande tolkningsfråga till domstolen:

22. Vid förhandlingen den 1 juli 2010 yttrade sig parterna i målet vid den nationella domstolen, den franska regeringen och kommissionen.

IV — Prövning av tolkningsfrågan

”Ska artikel 3a i direktiv 84/450/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 97/55/EG, tolkas så, att det inte är tillåtet att göra jämförande reklam som avser priserna på varor som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål, det vill säga som sinsemellan är tillräckligt utbytbara, enbart av det skälet att, när det gäller livsmedel, var och en av dessa varors ätlighet, eller i vart fall nöjet av att förtära dessa, varierar helt och hållet beroende

A — Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning

23. Den franska regeringen har i sitt skriftliga yttrande i första hand gjort gällande att

tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning, på grund av att beslutet om hänskjutande inte innehåller tillräckliga uppgifter för att exakt kunna fastställa vilka varor den jämförande reklamen avsåg och deras utmärkande egenskaper.

24. Det ska dock påpekas att den fråga som den nationella domstolen har ställt, även om den hänför sig till en faktisk situation som har beskrivits relativt summariskt, i själva verket är en renodlad rättsfråga, vilken som sådan har uttryckts klart. Att ha detaljerad kännedom om de särskilda faktiska omständigheter som ligger till grund för tvisten vid den nationella domstolen är visserligen inte överflödigt men krävs inte för att kunna ge ett – rättsligt och abstrakt – svar på en fråga som också är abstrakt.

25. Det ska även erinras om att en kopia av den jämförande reklam som tvisten vid den nationella domstolen avser bifogades yttrandet från en av de parter som yttrat sig i målet vid domstolen och ingår numera bland handlingarna i målet. Vid förhandlingen uttryckte sig den franska regeringen på ett sätt som tyder på att den anser att det inte längre föreligger något problem med att ta upp tolkningsfrågan till sakprövning.

26. Invändningen om att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning ska följaktligen avslås.

B — *Betydelsen av direktiv 2005/29/EG*

27. En särskild fråga i förevarande mål, vilken särskilt väcktes i den österrikiska regeringens yttrande, avser den eventuella betydelse som ska tillmätas direktiv 2005/29/EG vid besvarandet av tolkningsfrågan. Som jag redan har angett ovan vid redogörelsen för de tillämpliga bestämmelserna var nämnda direktiv redan i kraft vid tidpunkten för omständigheterna, men fristen för dess införlivande hade ännu inte löpt ut.

28. I sådana fall följer det av domstolens praxis att bestämmelserna i den nationella rätten i den utsträckning det är möjligt ska tolkas på ett sätt som inte allvarligt äventyrar de mål som eftersträvas med ett direktiv vars införlivandefrist ännu inte har löpt ut.⁷

29. I förevarande mål anser jag dock att den grundläggande frågan är huruvida ett eventuellt beaktande av direktiv 2005/29/EG konkret skulle kunna ändra det svar som ska lämnas till den nationella domstolen. Enligt min mening är svaret på denna fråga nekande.

30. Det ska framför allt påpekas att det genom direktiv 2005/29/EG, såvitt är av intresse

⁷ — Dom av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkt 123, och av den 23 april 2009 i de förenade målen C-261/07 och C-299/07, VTB-VAB (REG 2009, s. I-2949), punkt 39.

här, endast har införts några preciseringar vad gäller vilseledande reklam. Den nationella domstolens fråga avser dock inte villkoren för att reklam ska kunna betecknas som vilseledande, utan endast huruvida villkoren för att jämförande reklam ska vara tillåten generellt kan tillämpas på livsmedel. Det förhållandet att ett av villkoren för att jämförande reklam ska vara tillåten är att reklamen inte är vilseledande förändrar inte det förhållandet att frågan inte avser definitionen av vilseledande reklam.

domstolens formulering – riskera att ”efter utgången av införlivandefristen ... allvarligt äventyra de mål som eftersträvas”⁸ med det senare direktivet.

32. Jag anser därför inte att domstolen måste beakta innehållet i direktiv 2005/29/EG för att kunna ge den nationella domstolen ett svar.

C — Karaktären på de rättigheter som har åberopats

31. Även om man skulle vilja beakta de ändringar som har införts genom direktiv 2005/29/EG anser jag att det står klart att det inte skulle medföra några särskilda problem. Konkret sett inskränker sig nämligen detta direktiv, framför allt i artiklarna 6 och 7 i nämnda direktiv som det hänvisas till i den omformulerade bestämmelsen i artikel 3a i direktiv 84/450/EEG, till att ge en rad klargöranden som har preciserat, *men inte har ändrat och än mindre har förvrängt*, begreppet vilseledande reklam i direktiv 84/450/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 97/55. Det är följaktligen svårt att se hur en tolkning av begreppet vilseledande reklam som är inriktad enbart på den vagare och mer obestämda lydelsen i direktiv 84/450/EEG, vilket var tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna, skulle kunna – för att använda

33. Målet vid den nationella domstolen avser två privata rättssubjekt. Man skulle följaktligen kunna ställa sig frågan huruvida tolkningsfrågan innebär en så kallad horisontell tillämpning av ett direktiv, i strid med domstolens fasta praxis enligt vilken ett direktiv i princip inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild och således inte direkt kan åberopas gentemot denne.⁹

34. Som den franska regeringen påpekat i sitt yttrande har dock den nationella domstolen i förevarande mål att tolka en bestämmelse i den nationella rätten varigenom

⁸ — Domen i de förenade målen VTB-VAB (ovan fotnot 7), punkt 39.

⁹ — Se exempelvis senast dom av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Küçükdeveci (REU 2010, s. I-365), punkt 46 och där angiven rättspraxis.

direktiv 84/450/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 97/55/EG, har införlivats i stort sett ordagrant.

jämförbara produkter och samtidigt förbjuda metoder som kan snedvrída konkurrensen, skada en konkurrent och negativt påverka konsumenternas valmöjligheter¹¹.

35. Med beaktande särskilt av de nationella domstolarnas skyldighet att i så stor utsträckning som möjligt tolka de nationella bestämmelser som antagits för att införliva ett direktiv mot bakgrund av direktivets lydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås,¹⁰ uppstår det inte heller i det avseendet något problem vad gäller upptagandet till sakprövning och/eller relevansen av den tolkningsfråga som Tribunal de commerce de Bourges har ställt.

37. På grundval av dessa överväganden har det i domstolens praxis upprepade gånger slagits fast att direktivets bestämmelser ska tolkas på ett sätt som är fördelaktigt för jämförande reklam, samtidigt som man alltid ska se till att konsumenterna skyddas mot eventuell vilseledande reklam.¹²

D — *Direktiv 84/450/EEG och jämförande reklam: allmänna överväganden*

36. Artikel 3a i direktiv 84/450/EEG, vari de allmänna villkoren för att jämförande reklam ska vara tillåten anges, har till syfte att "till konsumentens fördel stimulera konkurrensen mellan leverantörer av varor och tjänster, och härigenom ge konkurrenter möjlighet att på ett objektivt sätt visa fördelarna med olika

38. Det ska hållas i minnet att begreppet jämförande reklam i direktivet är mycket omfattande. Det enda villkoret för att det ska föreligga jämförande reklam är nämligen att det finns ett meddelande i någon form som pekar ut, även indirekt, en konkurrent eller varor eller tjänster som tillhandahålls av denne. Det krävs inte ens att det görs en verklig jämförelse mellan annonsörens varor och tjänster, å ena sidan, och konkurrentens varor och tjänster, å andra sidan.¹³

39. Regleringen av jämförande reklam i direktivet är vidare uttömmande. Eventuella

10 — Se exempelvis senast dom av den 28 januari 2010 i mål C-406/08, Uniplex (UK) (REU 2010, s. I-817), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

11 — Dom av den 18 juni 2009 i mål C-487/07, L'Oréal m.fl. (REG 2009, s. I-5185), punkt 68.

12 — *Ibidem*, punkt 69 och där angiven rättspraxis.

13 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-112/99, Toshiba Europe (REG 2001, s. I-7945), punkt 31.

strängare nationella bestämmelser på området kan följaktligen inte tillämpas.¹⁴

kännetecken och är följaktligen inte tillämpliga i detta fall.

E — *De allmänna villkoren för att jämförande reklam ska vara tillåten*

40. De allmänna villkoren för att jämförande reklam ska vara tillåten anges i artikel 3a.1 i direktivet. De aktuella villkoren är sammanlagt åtta till antalet och de är kumulativa, det vill säga det räcker att endast ett av dessa har åsidosatts för att den jämförande reklamen ska vara otillåten.¹⁵ Endast de tre första villkoren är dock relevanta för att besvara den aktuella tolkningsfrågan. De övriga villkoren avser nämligen användning av eller hänvisning till varumärken, firmanamn eller andra

41. Det första villkoret för att jämförande reklam ska vara tillåten är att reklamen inte får vara vilseledande. Jag har redan haft tillfälle att beröra detta rekvisit, och jag kommer att återkomma till detta nedan.¹⁶ Faktum kvarstår dock att den nationella domstolen i sin fråga inte har bett domstolen att klargöra begreppet vilseledande reklam. Frågan avser nämligen endast huruvida bestämmelserna om jämförande reklam generellt och abstrakt kan tillämpas på livsmedel.

42. Det andra och det tredje villkoret är däremot mer direkt relevanta i förevarande mål. Enligt det andra villkoret krävs det, såsom har framgått, att den jämförande reklamen ”jämför varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål”. I det avseendet har det i domstolens praxis, med beaktande av den välvilliga inställning till jämförande reklam som lagstiftaren har gett uttryck för i direktivet, preciserats att ovan nämnda villkor för att jämförande reklam ska vara tillåten inte ska tolkas alltför restriktivt. I synnerhet har detta villkor tolkats så, att de

14 — Dom av den 8 april 2003 i mål C-44/01, Pippig Augenoptik (REG 2003, s. I-3095), punkt 44. Vad däremot beträffar vilseledande reklam skedde det genom direktivet, i den lydelse som är tillämplig på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, endast en minimiharmonisering som möjliggjorde för den nationella lagstiftaren att tillämpa strängare bestämmelser, särskilt för att skydda konsumenterna (*ibidem*, punkt 40), förutsatt att det inte påverkade bestämmelserna om jämförande reklam såvitt avser jämförelsens utformning och innehåll (*ibidem*, punkt 44). Det ska för övrigt påpekas att unionsbestämmelserna, till följd av direktiv 2005/29/EG, numera ska anses uttömmande även på vissa områden av regleringen av vilseledande reklam, eftersom det numera står medlemsstaterna fritt att föreskriva strängare bestämmelser på området endast såvitt avser skyddet för näringsidkare och konkurrenter (se skäl 6 i direktiv 2005/29/EG och den nya lydelsen i artikel 7 i direktiv 84/450/EEG).

15 — Se skäl 11 i direktiv 97/55/EG, där det anges att "[v]illkoren för jämförande reklam bör vara kumulativa och iaktas i sin helhet ...". Se även domen i målet Pippig Augenoptik (ovan fotnot 14), punkt 54.

16 — Se nedan punkt 54 och följande punkter.

jämförda varorna helt enkelt ska vara ”tillräckligt utbytbara för konsumenten”¹⁷.

43. Enligt det tredje villkoret för att jämförande reklam ska vara tillåten krävs det slutligen att reklamen ”på ett objektivt sätt jämför en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper ..., vilket även kan inbegripa priset”, hos de jämförda produkterna. I det avseendet ska det preciseras att det är tillåtet med jämförande reklam i de fall då priset, såsom i förevarande fall, är den enda uppgift som ligger till grund för jämförelsen av produkterna.¹⁸

44. Efter att ha klargjort vilka villkor för att jämförande reklam ska vara tillåten som generellt är relevanta i förevarande mål, övergår jag nu till att pröva själva kärnan i den fråga som den nationella domstolen har ställt, nämligen huruvida ovannämnda villkor är tillämpliga på en jämförelse som avser livsmedel.

F — Tillämpningen av direktivet på jämförande reklam som avser livsmedel

45. Som framgått ovan avser kärnpunkten i den nationella domstolens tolkningsfråga huruvida unionsrättens bestämmelser i fråga om

jämförande reklam generellt kan tillämpas på en jämförelse av livsmedel. Det ska i det avseendet påpekas att den reklam som målet vid den nationella domstolen avser i själva verket inte bara rör livsmedel. Sist i förteckningarna över jämförda varor finns till exempel några tvättmedel. Den överväldigande majoriteten av de jämförda varorna består dock faktiskt av livsmedel, vilket förklarar och motiverar tolkningsfrågans avfattning.

46. Det förhållandet att jämförelsen i det aktuella fallet inte avser enskilda varor, utan förteckningar över varor, medför inte något problem vad gäller frågan huruvida den jämförande reklamen är tillåten. Denna särskilda typ av reklam har nämligen i domstolens praxis redan ansetts vara tillåten, förutsatt att de varor som är införda i de förteckningar som jämförs i sin tur går att jämföra med varandra.¹⁹ Det ankommer naturligtvis på den nationella domstolen att kontrollera huruvida detta villkor för att den jämförande reklamen ska vara tillåten är för handen, men utifrån handlingarna i målet tycks man kunna hävda att det aktuella villkoret är uppfyllt i förevarande fall, eftersom de varor som ingick i varje ”varukorg” är förtecknade i en viss ordning och tycks vara utbytbara med de varor som är placerade på samma plats i alla de övriga ”varukorgarna”.

17 — Dom av den 19 september 2006 i mål C-356/04, Lidl Belgium (REG 2006, s. I-8501), punkt 26, och av den 19 april 2007 i mål C-381/05, De Landtsheer Emmanuel (REG 2007, s. I-3115), punkt 44.

18 — Se skäl 8 i direktiv 97/55/EG, där det anges att ”[j]ämförelse av enbart priset på varor och tjänster bör vara möjlig om denna jämförelse uppfyller vissa villkor, framför allt att den inte är vilseledande”. Se även domen i målet Lidl Belgium (ovan fotnot 17), punkt 56.

19 — Domen i målet Lidl Belgium (ovan fotnot 17), punkterna 34–36.

47. Direktiv 84/450/EEG innehåller inte något uttryckligt undantag eller någon särskild bestämmelse för livsmedel. Det är följaktligen svårt att se på vilken grund jämförande reklam som avser livsmedel generellt skulle kunna anses vara otillåten, särskilt mot bakgrund av tolkningsprincipen att man vid tveksamhet alltid ska ge företräde åt en tolkning av direktivet som är fördelaktig för jämförande reklam.²⁰ Vidare har domstolen redan haft tillfälle att behandla jämförande reklam som avser livsmedel, och vid dessa tillfällen har det aldrig uppkommit något problem som hänger samman med att direktivet påstås inte vara tillämpligt på sådana varor.²¹ Man får inte heller glömma bort att bland de villkor för att jämförande reklam ska vara tillåten som anges i artikel 3a.1 i direktivet finns, i led f, en bestämmelse som avser produkter med ursprungsbezeichnung, vilken skulle sakna mening om livsmedel inte kunde bli föremål för jämförelse.

48. Jag har redan påpekat ovan att enligt domstolens tolkning innebär det förhållandet att de jämförda varorna svarar mot samma behov eller har samma ändamål, vilket krävs enligt artikel 3a.1 b i direktivet, att dessa varor ska vara tillräckligt utbytbara.²² Jag anser att det står klart att det enligt denna formulering inte krävs att de jämförda livsmedlen har samma smakegenskaper. Detta gäller naturligtvis under förutsättning att det inte är fråga om vilseledande reklam, såsom kommer

att framgå nedan. Domstolen har i linje med detta slagit fast att det är tillåtet med jämförande reklam där en produkt som inte har någon ursprungsbezeichnung jämförs med en produkt som har en ursprungsbezeichnung.²³

49. Som kommissionen påpekade i sitt skriftliga yttrande skulle jämförande reklam, om det endast var tillåtet med jämförande reklam som avser identiska produkter eller i vart fall produkter vars utmärkande egenskaper helt motsvarar varandra, till stor del förlora sin mening, vilken just är att jämföra olika produkter genom att framhäva deras fördelar (och brister).

50. Vad beträffar det särskilda tillvägagångssättet för att kontrollera huruvida de jämförda produkterna är tillräckligt utbytbara har det i domstolens praxis uppställts några hållpunkter. Det rör sig om en bedömning som det ankommer på den nationella domstolen att göra, vilken ska ske utifrån direktivets syften och de principer som har slagits fast i rättspraxis. Vid prövningen ska både den aktuella marknadssituationen och möjligheterna till utveckling av denna beaktas, inte nödvändigtvis begränsat till de konsumtionsvanor som finns i en enda medlemsstat eller i en viss region. Vid denna bedömning kan även den

20 — Se ovan punkt 37.

21 — Se exempelvis domarna i målen Lidl Belgium och De Landtsheer Emmanuel (ovan fotnot 17).

22 — Se ovan punkt 42.

23 — Domen i målet De Landtsheer Emmanuel (ovan fotnot 17), punkt 66.

bild som annonsören avser att ge av produkten spela en roll.²⁴

51. Det är inte möjligt att på förhand ange vilka faktorer som den nationella domstolen kan tillmäta avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida de jämförda produkterna är utbytbara för konsumenterna. Det rör sig nämligen om en bedömning som ska göras från fall till fall, med beaktande av de särskilda omständigheter som kännetecknar situationen.²⁵ Sådana uppgifter som de jämförda produkternas kvalitet eller deras tillhörighet till ett visst varusortiment kan dock utgöra viktiga faktorer i det avseendet, om dessa kan påverka de jämförda produkternas utbytbarhet för konsumenterna.

52. Förutsatt att de smakskillnader som föreligger mellan de jämförda livsmedlen inte medför att jämförande reklam är otillåten, är sådan reklam tillåten endast på villkor att a) produkterna är tillräckligt utbytbara, vilket det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera, b) reklamen inte är vilseledande (jag återkommer till denna aspekt nedan) och c) de övriga villkoren i artikel 3a.1 i direktivet för att jämförande reklam ska vara tillåten är uppfyllda.

24 — *Ibidem*, punkterna 33–37 och 43.

25 — Jag hänvisar i det avseendet till mitt förslag till avgörande av den 30 november 2006 i målet *De Landtsheer Emmanuel* (ovan fotnot 17), punkterna 98–105.

53. Om man införde ett krav på *fullständig likvärdighet i smakhänseende* bland kriterierna för att jämförande reklam ska vara tillåten på livsmedelsområdet, skulle det leda till samma resultat som om man slog fast att direktivet inte alls är tillämpligt på livsmedel. Som den tjeckiska regeringen påpekat i sitt skriftliga yttrande skulle det nämligen genom ett sådant krav, vilket inte har föreskrivits av lagstiftaren, införas ett subjektivt inslag i kontrollen av huruvida jämförande reklam ska anses tillåten, vilket alltid skulle möjliggöra för en konkurrent att stoppa en rivals jämförande reklam genom att hävda att det föreligger skillnader mellan de respektive produkterna vad gäller kvalitet och/eller smak.

G — Kontrollen av att reklamen inte är vilseledande

54. Som jag redan tidigare har påpekat har den nationella domstolen inte bett domstolen om vägledning i fråga om vilseledande reklam. Eftersom ett av de grundläggande villkoren för att jämförande reklam ska vara tillåten är att reklamen inte är vilseledande, och eftersom man skulle kunna ställa sig frågan huruvida begreppet vilseledande reklam som är tillämpligt på livsmedel skiljer sig från det "vanliga" begreppet, anser jag dock att det är lämpligt att göra några kortfattade påpekanden i det avseendet.

55. Såsom framgått ovan finns den allmänna definitionen av vilseledande reklam i artikel 2 punkt 2 i direktiv 84/450/EEG.²⁶ I denna definition finns det två väsentliga beståndsdelar. För det första vilseleder vilseledande reklam de personer den riktar sig till (eller kan i vart fall potentiellt sett vilseleda dessa). För det andra kan den vilseledande reklamen, till följd av sitt första särdrag, påverka det ekonomiska beteendet hos de personer den riktar sig till eller skada en konkurrent till annonsören.

56. Det ankommer alltjämt på den nationella domstolen att bedöma huruvida reklamen är vilseledande. Det är nämligen fråga om en kontroll som ska göras utifrån de särskilda omständigheterna i varje konkret fall, med beaktande särskilt av de konsumenter som reklamen riktar sig till, genom att som referenspunkt använda en genomsnittskonsument som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och medveten.²⁷

57. I förevarande mål går det enligt min mening, utan avsikt att frånta den nationella domstolen dess exklusiva behörighet i det avseendet, att fastställa några hållpunkter som ska beaktas för att avgöra huruvida de konsumenter som den aktuella jämförande reklamen riktar sig till har vilseletts eller har löpt risk att vilseledas.

58. Först och främst kan det inte generellt anses utgöra vilseledande reklam att de jämförda produkternas varumärke inte anges i den aktuella jämförande reklamen. Det är riktigt att domstolen har slagit fast att det i vissa fall kan utgöra vilseledande reklam att inte ange de jämförda produkternas varumärken. Som angavs i domen i målet Pippig är emellertid så endast fallet om en varas varumärke kan vara av avgörande betydelse för konsumenternas val och jämförelsen avser konkurrerande varor där stor skillnad föreligger mellan de olika varumärkenas renommé.²⁸

59. Med andra ord kan utelämnandet av varumärken utgöra vilseledande reklam endast i tämligen begränsade fall. Den tröskel som domstolen fastställde i domen i det ovan nämnda målet Pippig är mycket hög. I det målet var det nämligen varumärken på glas till glasögon som inte hade angetts, en produkt som således hör till en helt annan kategori, vad beträffar pris och utbytbarhet, jämfört med en rad baslivsmedel. Det ska vidare hållas i minnet att domstolen, även i det fallet, överlät på den nationella domstolen att avgöra huruvida reklamen var vilseledande.

26 — Domen i målet Lidl Belgium (ovan fotnot 17), punkt 76.

27 — Dom av den 16 januari 1992 i mål C-373/90, X (REG 1992, s. I-131), punkt 15, domarna i målen Pippig Augenoptik (ovan fotnot 14), punkt 55, och Lidl Belgium (ovan fotnot 17), punkterna 77 och 78 samt där angiven rättspraxis.

28 — Domen i målet Pippig Augenoptik (ovan fotnot 14), punkt 53.

60. Det är visserligen endast den nationella domstolen som kan avgöra frågan, men jag har svårt att se, i förevarande fall, hur utelämnandet av de jämförda produkternas varumärken skulle kunna utgöra ett beteende som uppfyller rekvisiten för vilseledande reklam. Det skulle däremot förhålla sig annorlunda om, exempelvis, utelämnandet av de jämförda produkternas varumärken användes av annonsören för att ge konsumenterna en felaktig uppfattning om produkterna. Man skulle kunna tänka sig fallet med en jämförelse som utformats så, att den på ett vilseledande sätt antyder att den produkt som säljs till ett betydligt lägre pris är av samma varumärke som den dyrare produkten.

produkterna är de enda av den typen som säljs i de berörda stormarknaderna (det vill säga, för att använda exemplen som angetts ovan, det enda margarinet, den enda sortens passerade tomater etcetera) eller om de till sin art är helt utbytbara med konkurrerande produkter, uppstår det inte något problem på grund av att dessa inte har identifierats eller inte går att identifiera.

61. Att varumärkena inte anges skulle däremot kunna vara av betydelse, om det medförde att det var omöjligt att identifiera de produkter som jämfördes. Som slagits fast i rättspraxis krävs det, i fråga om de produkter som jämförelsen avser, att det går att identifiera "de enskilda och konkreta varor[na]".²⁹ Om produkterna, såsom i förevarande fall, identifieras generiskt i reklamen ("margarin", "bredbar kräm", "passerade tomater" etcetera) och utan att varumärket anges, finns det en risk för att de jämförda produkterna inte går att identifiera med tillräcklig precision. Det rör sig dock även här om en bedömning som det ankommer på den nationella domstolen att göra. Om till exempel de jämförda

62. Domstolen har vidare påpekat att även sättet att välja ut de specifika produkter som ska ingå i den "varukorg" som är föremål för jämförande reklam teoretiskt sett skulle kunna utgöra vilseledande reklam. Så skulle kunna vara fallet om urvalet av produkter kunde skapa villfarelsen hos konsumenterna att annonsörens *alla produkter* är billigare än konkurrenternas *alla produkter*.³⁰ Jag vill dock påpeka att dessa uttalanden i rättspraxis inte är relevanta i detta fall. Domstolen gjorde nämligen dessa uttalanden med avseende på en situation där den jämförande reklamen inte jämförde specifika produkter, utan den allmänna prisnivån hos konkurrerande stormarknader. I förevarande mål är det däremot inte fråga om allmänna påståenden om att priserna alltid är lägre hos en stormarknad jämfört med hos en annan. I den jämförande reklam som den nationella domstolen ska ta ställning till jämförs nämligen, såsom framgått, ett bestämt antal produkter som säljs hos

29 — Domen i målet Lidl Belgium (ovan fotnot 17), punkt 61.

30 — *Ibidem*, punkt 83.

konkurrerande stormarknader. Det förhållan-
det att denna jämförelse åtföljs av en allmän
slogan om att annonsörens stormarknad är
mycket billigare, utan några uppgifter om
kvantitet och/eller sifferuppgifter, saknar en-
ligt min mening helt relevans.

V — Förslag till avgörande

63. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som ställts av Tribunal de commerce de Bourges på följande sätt:

Enligt rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om vilseledande och jämförande reklam är det tillåtet med jämförande reklam som, endast på grundval av priset, jämför livsmedel som, även om de skiljer sig åt i smakhänseende, är tillräckligt utbytbara. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera huruvida detta villkor är uppfyllt, liksom de övriga villkor som föreskrivs i artikel 3a i direktiv 84/450/EEG, i synnerhet det villkor som avser förbudet mot vilseledande reklam.