FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

fremsat den 30. november 2006 [1]

1. Med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse har Cour d'appel de Bruxelles forelagt Domstolen en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af visse bestemmelser om sammenlignende reklame i Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om vildledende og sammenlignende reklame [2], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6. oktober 1997 [3].

2. Disse spørgsmål er blevet forelagt i forbindelse med en sag, hvor Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (brancheudvalget for vin fra Champagne, herefter »CIVC«) og selskabet Veuve Clicquot Ponsardin (herefter »Veuve Clicquot«) har sagsøgt selskabet De Landtsheer Emmanuel (herefter »De Landtsheer«) på grund af nogle af dette selskabs reklamemetoder under markedsføringen af øllet »Malheur Brut Réserve«.

Den lovgivningsmæssige referenceramme

Fællesskabsbestemmelser

3. Med direktiv 97/55 blev der indsat en række bestemmelser vedrørende sammenlignende reklame i direktiv 84/450, der oprindeligt kun omhandlede vildledende reklame.

4. I artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, som ændret ved direktiv 97/55 (herefter »direktiv

1 — Originalsprog: italiensk.
2 — EFT L 250, s. 17.
3 — EFT L 290, s. 18.

84/450«) [4], defineres »sammenlignende reklame« i direktivets betydning som »reklame, som direkte eller indirekte henviser til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent«.

5. Artikel 3a i direktiv 84/450 bestemmer:

»1. Sammenlignende reklame er tilladt for så vidt angår sammenligningen, når følgende betingelser er opfyldt:

a) Reklamen er ikke vildledende i henhold til artikel 2, nr. 2, artikel 3 og artikel 7, stk. 1.

b) Den sammenligner varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål.

c) Den er objektiv og sammenligner en eller flere konkrete og relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for disse varer eller tjenesteydelser, herunder prisen.

d) Den skaber ikke forveksling på markedet mellem annoncøren og en konkurrent eller mellem annoncørens og en konkurrents varemærker, firmanavne, andre karakteristiske kendetegn, varer eller tjenesteydelser.

e) Den bringer ikke en konkurrents varemærker, firmanavne, andre karakteristiske kendetegn, varer, tjenesteydelser, aktiviteter eller situation i miskredit eller udsætter dem for nedvurdering.

f) For produkter med oprindelsesbetegnelse vedrører den i hvert enkelt tilfælde produkter med samme betegnelse.

g) Den drager ikke utilbørligt fordel af den anseelse, der er knyttet til en konkurrents varemærke, firmanavn eller andre karakteristiske kendetegn, eller af konkurrerende produkters oprindelsesbetegnelser.

4 — Direktiv 84/450 er senest blevet ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 om urimelig handelspraksis mellem erhvervsdrivende og forbrugere på det indre marked (»direktiv om urimelig handelspraksis«) (EUT L 149, s. 22). Nogle af de ændringer, der indføres ved direktiv 2005/29, vedrører bestemmelser i direktiv 84/450 om sammenlignende reklame, blandt andre artikel 3a, men med hensyn til aspekter, som ikke er relevante i forbindelse med den foreliggende sag. Desuden foreskriver direktiv 2005/29, at de nødvendige nationale bestemmelser til dets gennemførelse i national lovgivning skal vedtages inden den 12.6.2007, og at disse bestemmelser skal anvendes fra den 12.12.2007. I forbindelse med dette forslag til afgørelse vil jeg derfor tage hensyn til teksten i direktiv 84/450, som ændret ved direktiv 97/55, og ikke den tekst, som er resultatet af de ændringer, der er blevet indført ved direktiv 2005/29.

h) Reklamen fremstiller ikke en vare eller tjenesteydelse som en imitation eller en kopi af en vare eller tjenesteydelse, der er dækket af et beskyttet varemærke eller firmanavn.

[...]«

De nationale bestemmelser

6. Den belgiske lov af 14. juli 1991 om handelspraksis og forbrugerinformation og forbrugerbeskyttelse (loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, herefter »LPCC«) indeholder i den tekst, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, de bestemmelser, med hvilke Kongeriget Belgien gennemførte direktiverne 84/450 og 97/55.

7. LPCC's artikel 23, stk. 1, forbyder vildledende reklame.

8. LPCC's artikel 22 definerer sammenlignende reklame som »reklame, der udtrykkeligt eller stiltiende identificerer en konkurrent eller de af en konkurrent udbudte varer eller tjenesteydelser«, mens artikel 23a i LPCC fastsætter de betingelser, hvorunder denne form for reklame er tilladt for så vidt angår sammenligningen, idet stk. 1 ordret gengiver [5] indholdet af artikel 3a, stk. 1, i direktiv 84/450, og stk. 3 udtrykkeligt forbyder enhver reklame, der ikke overholder disse betingelser.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9. De faktiske omstændigheder, der lå til grund for tvisten i hovedsagen, som de fremgår af forelæggelsesdommen, kan sammenfattes som følger.

10. De Landtsheer, et aktieselskab med hjemsted i Belgien, fremstiller og markedsfører flere slags øl under varemærket »MALHEUR«. I løbet af 2001 lancerede selskabet under betegnelsen »Malheur Brut Réserve« en øl, der er fremstillet efter en forarbejdningsmetode, som er inspireret af produktionsmetoden ved fremstilling af

5 — Med forbehold for tilpasning af litra a), som med hensyn til begrebet vildledende reklame henviser til artikel 23, stk. 1-5, i LPCC.

mousserende vin, og som selskabet har villet give præg af at være en exceptionel vare, og hvis image det har villet adskille fra det, der sædvanligvis knytter sig til øl som en folkelig drik. I 2002 solgtes denne vare til en pris af ca. 8 EUR i 750 ml flasker.

11. På flasken, på folderen, som var hængt om flaskens hals, og/eller på papemballagen var der bl.a. trykt følgende angivelser: »BRUT RESERVE«, »La première bière BRUT au monde« (den første BRUT-øl i verden), »Bière blonde à la méthode traditionnelle« (lys øl efter traditionel metode) og »Reims-France« samt en henvisning til vinavlerne i Reims og Epernay.

12. Desuden anvendte direktøren for De Landtsheer i forbindelse med præsentationen af produktet udtrykket »Champagnebier« for at lade forstå, at der ganske vist var tale om en øl, men at den var fremstillet efter champagnemetoden.

13. Endelig har De Landtsheer i andre sammenhænge lovprist sin øls originalitet ved at henvise til kendetegnene ved mousserende vin og især til champagne, som f.eks. i forbindelse med et interview med et dagblad (»det særligt originale ved denne øl er dens syreholdighed, som helt åbenbart minder om champagne«; »i modsætning til mousserende vine bliver den ved med at bruse i lang tid«) eller i nogle fjernsynsudsendelser (»den er fremstillet på samme måde som champagne, og dog er det en øl«).

14. Den 8. maj 2002 indstævnede CIVC og Veuve Cliquot De Landtsheer for Tribunal de commerce de Nivelles med påstand om, at det blev fastslået, at selskabet særligt ved brug af de nævnte angivelser og udtryk i forbindelse med en øl havde handlet i modstrid især med artikel 23, stk. 1, og artikel 23a, stk. 3, i LPCC, henholdsvis om vildledende reklame og sammenlignende reklame, samt at disse overtrædelser skulle bringes til ophør.

15. Ved dom af 26. juli 2002 pålagde Tribunal de commerce De Landtsheer i forbindelse med øllet at ophøre med enhver brug af den geografiske betegnelse »Reims-France«, af oprindelsesbetegnelsen »Champagne«, af betegnelsen »méthode traditionelle« og af enhver anden henvisning til producenter af champagne, smagen af champagne eller metoden til fremstilling af champagne. CIVC's og Veuve Clicquots påstand hvad angår brugen af betegnelserne »BRUT«, »RESERVE«, »BRUT RESERVE« og »La première bière BRUT au monde« i forbindelse med øl blev forkastet.

16. Den 13. september 2002 appellerede De Landtsheer dommen til Cour d'appel de Bruxelles med undtagelse af den del, hvori det forbydes selskabet at anvende oprindelsesbetegnelsen »Champagne« i udtrykket »Champagnebier«. CIVC og Veuve Clicquot iværksatte kontraappel mod den delvise forkastelse af deres påstand.

17. I forelæggelsesdommen bliver det desuden understreget, at De Landtsheer har erklæret endeligt at ville afholde sig fra at anvende betegnelsen »Reims-France« [6] og henvisninger til vinavlere i Reims og Epernay i forbindelse med sin øl.

18. For Cour d'appel de Bruxelles har CIVC og Veuve Clicquot fremført, at brugen af betegnelserne »BRUT«, »RESERVE«, »BRUT RESERVE«, »La première bière BRUT au monde« og »méthode traditionnelle« for den øl, som bliver fremstillet af De Landtsheer, samt henvisninger i salgsmaterialet vedrørende denne øl til mousserende vin og champagne, til champagnens smag og til dens fremstillingsmetode ikke blot overtræder forbuddet mod vildledende reklame i henhold til artikel 23, stk. 1, i LPCC, men også udgør en ulovlig sammenlignende reklame i henhold til artikel 22 og artikel 23a i LPCC. De Landtsheer har derimod bestridt, at disse reklamer skulle være vildledende og sammenlignende.

19. For at løse tvisten anså Cour d'appel de Bruxelles det for nødvendigt at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen, der alle vedrører fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 84/450 om sammenlignende reklame:

»1) Dækker definitionen af sammenlignende reklame de reklamer, hvori annoncøren udelukkende henviser til en varetype, således at det i givet fald kan antages, at en sådan reklame henviser til alle virksomheder, der udbyder denne varetype, og at enhver af disse virksomheder kan påstå at være blevet identificeret?«

2) Med henblik på at afgøre, om der er et konkurrenceforhold mellem annoncøren og den virksomhed, der er henvist til i direktivets [84/450] artikel [2, nr.] 2a's forstand:

a) Skal det da antages, navnlig på grundlag af artikel [2, nr.] 2a, sam-

6 — Cour d'appel de Bruxelles, der har bemærket, at De Landtsheer bestrider, at brugen af betegnelsen »Reims France« er ulovlig, har dog betegnet denne betegnelse som vildledende med hensyn til den geografiske oprindelse for den omhandlede vare, der er fremstillet i Belgien, og den har stadfæstet førsteinstansrettens pålæg om at bringe denne brug til ophør.

menholdt med artikel 3a, [stk. 1] litra b), at en konkurrent i denne bestemmelses forstand er enhver virksomhed, som reklamen gør det muligt at identificere, uanset de varer eller tjenesteydelser, virksomheden udbyder?

b) Hvis ovenstående spørgsmål besvares benægtende, og andre betingelser skal være opfyldt, for at der er et konkurrenceforhold, skal der da tages hensyn til markedets aktuelle tilstand og de forbrugsvaner, der findes i Fællesskabet, eller skal der ligeledes tages hensyn til mulighederne for, at disse vaner udvikler sig?

c) Skal undersøgelsen begrænses til den del af Fællesskabets område, hvor reklamerne spredes?

d) Skal konkurrenceforholdet bedømmes under hensyn til de varetyper, der er genstand for sammenligningen, og til den måde, hvorpå disse varetyper generelt opfattes, eller skal der ved vurderingen af substitutionsgraden ligeledes tages hensyn til de særlige kendetegn ved den vare, som annoncøren ønsker at markedsføre i den omtvistede reklame, og til det billede, han ønsker at give heraf?

e) Er de kriterier, der gør det muligt at fastslå, om der er et konkurrenceforhold i artikel 2, nr. 2a's forstand, identiske med de kriterier, der gør det muligt at efterprøve, om sammenligningen opfylder betingelsen i artikel 3a, litra b)?

3) Følger det af artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, sammenholdt med direktivets artikel 3a,

a) at enhver sammenlignende reklame, der gør det muligt at identificere en varetype, er ulovlig, når angivelsen ikke gør det muligt at identificere en konkurrent eller de varer, han udbyder?

b) at lovligheden af sammenligningen kun skal undersøges i lyset af andre nationale bestemmelser end dem, der gennemfører direktivets bestemmelser om sammenlignende reklame, hvilket kan føre til en dårligere beskyttelse af forbrugeren eller af virksomheder, der udbyder varetypen, set i forhold til den af annoncøren udbudte vare?

4) For det tilfælde, at det skal konkluderes, at der er tale om sammenlignende reklame i artikel 2, nr. 2a's forstand, skal det da udledes af direktivets artikel 3a, stk. 1, litra f), at enhver sammenligning, der for så vidt angår varer, der ikke har en oprindelsesbetegnelse, henviser til varer, der har en oprindelsesbetegnelse, er ulovlig?«

Retsforhandlingerne for Domstolen

20. I henhold til artikel 23 i Domstolens statut har De Landtsheer, CIVC, Veuve Clicquot, den belgiske regering og Kommissionen indgivet skriftlige indlæg for Domstolen.

21. Under retsmødet den 21. september 2006 afgav repræsentanterne for De Landtsheer, CIVC og Veuve Clicquot, den franske regering samt Kommissionen mundtlige indlæg.

Retlige bemærkninger

Det første præjudicielle spørgsmål

22. Med det første spørgsmål anmoder den forelæggende ret Domstolen om grundlæggende at præcisere, om en reklame kan henhøre under begrebet sammenlignende reklame i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, når der i reklamen kun henvises til en varetype og ikke til en bestemt virksomhed eller netop til den vare, som fremstilles af denne virksomhed. Den forelæggende ret spørger Domstolen, om det således er tænkeligt, at henvisningen til en varetype kan virke således, at den henviser til hver af disse virksomheder eller deres varer på baggrund af den samlede mængde virksomheder, der udbyder denne varetype.

23. Indledningsvis bemærker jeg, at på baggrund af, hvad der fremgår af forelæggelsesdommen, drejer tvisten i hovedsagen sig om flere meddelelser, der kan tilskrives De Landtsheer, som indgår i det omhandlede produkts emballage (etiketten, folderen om flaskens hals og papemballagen) [7], eller som er fremsat i andre sammenhænge, nemlig en

7 — Jf. betegnelserne og udtrykkene »BRUT RESERVE«, »La première bière BRUT au monde«, »Bière blonde à la méthode traditionnelle«, »Reims-France« og henvisningen til vinavlerne i Reims og Epernay.

ikke nærmere beskrevet »præsentation« af produktet [8], et interview med et dagblad eller et antal fjernsynsudsendelser [9].

24. Den forelæggende ret anser det for ubestridt, at det ved disse meddelelser drejer sig om reklame; den overvejer derimod, om de er sammenlignende i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 set i lyset af nogle af de betegnelser og udtryk, som de indeholder.

25. Som Kommissionen understregede under retsmødet, blev nogle af de nævnte betegnelser og udtryk af den forelæggende ret fortolket som henvisninger til mousserende vin [10], andre som henvisninger til champagne [11]. Denne sondring blev bestridt af CIVC og Veuve Clicquot, som mener, at den er kunstig, idet de især understreger, at betegnelser, som vækker mindelser om mousserende vin, nødvendigvis også vækker mindelser om (mousserende) vin fra Champagne.

26. For at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Cour d'appel de Bruxelles har forelagt, er det dog ikke nødvendigt at undersøge korrektheden af disse vurderinger, der henhører under den nationale rets kompetence. Domstolen har faktisk ikke til opgave at udtale sig om, hvorvidt de reklamer, som er genstand for tvisten i hovedsagen, er sammenlignende eller lovlige, men blot at bistå den forelæggende ret i fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 84/450, som de bestemmelser, som LPCC påberåbte sig for retten, nøje gengiver.

27. Især med henblik på at besvare det første præjudicielle spørgsmål er det tilstrækkeligt at tage hensyn til, at den forelæggende ret fortolker de omhandlede budskaber som henvisninger til en varetype.

28. Domstolen har i Toshiba-dommen [12] udtalt, at for at der ifølge artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 er tale om en sammenlignende reklame, skal den henvise direkte eller indirekte til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent. Domstolen fremhævede, at også med hensyn hertil har fællesskabslovgiver givet en bred definition, idet den understre-

8 — Jf. udtrykket »Champagnebier«.

9 — Jf. visse henvisninger til mousserende vin eller champagne og til champagnens smag og fremstillingsmetode.

10 — Her henviser jeg især til betegnelserne »BRUT«, »RESERVE« og »méthode traditionnelle«: jf. forelæggelsesdommen, præmis 21.

11 — Jf. forelæggelsesdommen, præmis 24.

12 — Dom af 25.10.2001, sag C-112/99, Sml. I, s. 7945, præmis 29-31.

gede, at fællesskabslovgiver i henhold til sjette betragtning til direktiv 97/55 [13] har anset det for ønskeligt med en generel definition, der kan dække alle former for sammenlignende reklame. Domstolen har derfor konkluderet, at for at der foreligger sammenlignende reklame i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, er det tilstrækkeligt, at der er tale om et budskab, der i en hvilken som helst form, også indirekte, henviser til en konkurrent eller til varer og tjenesteydelser, som denne udbyder [14]. I denne forbindelse er det ifølge Domstolen af ringe relevans, om der sker en sammenligning mellem de varer og tjenesteydelser, som den reklamerende part udbyder, og konkurrentens.

29. CVIC, Veuve Clicquot og den belgiske regering mener, at de ud af dette standpunkt fra Domstolens side kan udlede en støtte til en fortolkning af begrebet sammenlignende reklame i henhold til artikel 2, nr. 2a, der er tilstrækkelig bred til også at dække en eventuel henvisning i reklamen til en varetype snarere end til en eller flere bestemte virksomheder eller til deres varer eller tjenesteydelser.

30. For min del finder jeg ikke, at den brede definition af sammenlignende reklame, som gives i den pågældende bestemmelse, i sig selv har ophævende virkning i forhold til besvarelsen af det spørgsmål, som er blevet fremsat af den forelæggende ret.

31. Snarere vedrører sjette betragtning til direktiv 97/55 *muligheden* for at give en definition af sammenlignende reklame som generelt begreb. Det er sandt, at den nævnte betragtning også angiver, at dette begreb også bør dække *alle former* for sammenlignende reklame, hvormed den giver indtryk af at kræve en bred definition af det anførte generelle begreb. Alligevel kan man ikke se bort fra den tautologiske blindgyde, som denne betragtning havner i, idet den i sidste konsekvens lader til at betyde, at enhver sammenlignende reklame må betragtes som sammenlignende. Hermed viser den sig at være af ringe nytte for behandlingen af det første præjudicielle spørgsmål.

32. På den anden side, hvis det, som Domstolen udtalte i Toshiba-dommen, i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 er nødvendigt, at der foreligger en direkte eller indirekte henvisning til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som denne konkurrent udbyder, for at der er tale om sammenlignende reklame, synes henvisningen i sjette betragtning til direktiv 97/55 at kunne opfattes som møntet på alle de forskellige former, som denne henvisning kan antage, uden at der dog redegøres for, hvad der skal forstås ved en henvisning.

13 — Det anføres i den nævnte betragtning, at »en bred definition af sammenlignende reklame, der kan dække alle former for sammenlignende reklamer, er ønskelig«.

14 — Jf. i samme retning dom af 8.4.2003, sag C-44/01, Pippig, Sml. I, s. 3095, præmis 35.

33. Det forekommer vanskeligt at uddrage af ordlyden af direktiv 97/55, om det har været lovgivers hensigt at regulere sammenligninger med (eller om muligt blot hentydninger til) en bestemt eller identificerbar konkurrent eller med (nogle af) dennes produkter eller tjenesteydelser i alle de forskellige former, som denne sammenligning (eller hentydning) kan antage, eller om lovgiver derimod med direktivet har villet indføre en ensartet regulering også af andre former for reklame, som f.eks. sammenligning med en fiktiv eller ikke identificerbar konkurrent, sammenligning med den samlede mængde konkurrenter (f.eks. i form af såkaldt superlativ-reklame) eller sammenligning mellem forskellige produktions- eller distributionssystemer.

34. Det er efter min mening altså ikke så meget selve begrebet sammenlignende reklame, som det anvendes i direktiv 97/55, der er bredt, men usikkerhedsmargenen for fortolkningen af dette begreb, der er bred, ligesom for andre aspekter, der behandles i dette direktiv, der i øvrigt først blev vedtaget efter en lang og besværlig lovbehandling som følge af den meget uensartede tilgang til det behandlede emne, som forinden kendetegnede medlemsstaternes ret [15].

35. Derfor mener jeg, at ordlyden af artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 især på grund af ordene »henviser til« og »en konkurrent« (dvs. i ental) leder i retning af den fortolkning, at den omhandlede definition udelukker reklame, der henviser til en varetype, og som ikke gør det muligt, heller ikke i en udelukkende indirekte form, at identificere en eller flere *bestemte* konkurrenter (eller den tilhørende vare), *ved at sondre mellem dem og den samlede mængde konkurrenter.*

36. Med hensyn til de målsætninger, som direktiv 97/55 skal opfylde, kan det bemærkes, at det har haft til formål at tilpasse »de grundlæggende bestemmelser for [den sammenlignende reklames] form og indhold« til hinanden og harmonisere »betingelserne for anvendelse af sammenlignende reklame i medlemsstaterne« (anden betragtning), herunder særligt ved at fastsætte »de betingelser, [hvorunder] sammenlignende reklame er tilladt« (18. betragtning).

37. Med henblik på det sidstnævnte formål fastsætter det nævnte direktiv med indsættelsen af artikel 3a i direktiv 84/450 betingelser for, hvornår sammenlignende reklame er tilladt [16], så det, som det fremgår af

15 — Kommissionens første forslag til et direktiv om sammenlignende reklame og om ændring af direktiv 84/450 stammer fra 1991 (EFT C 180, s. 14). Et forslag, der blev ændret efter udtalelser fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Europa-Parlamentet, blev dernæst fremlagt af Kommissionen i 1994 (EFT C 136, s. 4) og først vedtaget i 1997 med ændringer efter en fælles beslutningsprocedure med flere behandlinger.

16 — Jf. ordlyden af artikel 1 i direktiv 84/450: »[f]ormålet med dette direktiv er at beskytte forbrugerne, personer, der udøver virksomhed som handlende, håndværkere eller industridrivende, eller som udøver et liberalt erhverv, samt offentligheden i almindelighed mod vildledende reklame og urimelige følger heraf *og at fastsætte, på hvilke betingelser sammenlignende reklame anses for tilladt*« (mine fremhævelser).

syvende betragtning til direktiv 97/55, »kan fastslås, hvilke former for sammenlignende reklame der vil kunne fordreje konkurrencen, skade konkurrenterne og påvirke forbrugernes valg i uheldig retning«.

38. Dette betyder, at artikel 3a i direktiv 84/450 ikke er begrænset til at pålægge medlemsstaterne at behandle sammenlignende reklame som tilladt — ifølge definitionen i direktivets artikel 2, nr. 2a, hvis rækkevidde her drøftes — såfremt den opfylder de anførte betingelser. Hvis det forholdt sig sådan, kunne medlemsstaterne frit skride ind over for sammenlignende reklame, der ikke opfylder disse betingelser. Artikel 3a har derimod også den virkning at forbyde medlemsstaterne at tillade sammenlignende reklame, der ikke opfylder de samme betingelser.

39. Det fremgår derfor, at jo bredere definitionen på sammenlignende reklame i henhold til direktiv 84/450 bliver, i desto højere grad underkastes forskellige former for reklame de temmelig strenge regler i artikel 3a. Disse regler bestemmer f.eks. i stk. 1, litra c), at sammenlignende reklame, der indeholder en sammenligning, »[...] er objektiv og sammenligner en eller flere konkrete og relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for disse varer eller tjenesteydelser«.

40. 11. betragtning til direktiv 97/55 gør det klart, at »betingelserne for sammenlignende reklame bør være kumulative og overholdes fuldt ud« [17]. Heraf må man udlede, at *enhver* sammenlignende reklame, »for så vidt angår sammenligningen« [18], skal overholde *alle* de betingelser, der anføres i artikel 3a, således at reklamen skal have de kendetegn, der anføres i stk. 1, litra c), hvis den indeholder en sammenligning.

41. Set i lyset heraf ville et bekræftende svar på det første præjudicielle spørgsmål, som CIVC, Veuve Clicquot og den belgiske regering ønsker, frem for alt medføre en stadfæstelse af, at mindre aggressive former for reklame, f.eks. *generelle* [19] påstande eller krav om overlegenhed, en førende rolle, enestående eller eksklusivitet i forhold til

17 — At betingelserne, der anføres i artikel 3a, stk. 1, i direktiv 84/450, er kumulative, fremgår af Domstolens dom i Pippig-sagen, jf. ovenfor, præmis 54.

18 — Udtrykket »for så vidt angår sammenligningen« forekommer forskellige steder i direktiv 97/55: jf. syvende betragtning, artikel 3a, stk. 1, som er indsat i direktiv 84/450 ved direktiv 97/55, og artikel 7, stk. 2 i direktiv 84/450, som ændret ved direktiv 97/55.

19 — Dvs. uden henvisning til særskilte omstændigheder.

den samlede mængde konkurrenter (som regel udtrykt ved hjælp af superlativer: f.eks. den bedste, den mest efterspurgte), ikke er tilladte, da de ville være i strid med artikel 3a, stk. 1, litra c), selv om de på tidspunktet for vedtagelsen af direktiv 97/55 generelt blev anset for tilladte inden for de enkelte medlemsstaters egne regelsystemer [20], hvis ikke de indeholdt nedværdigende henvisninger til konkurrenter og således blot var harmløs selvros (*puffery*).

42. Nu er jeg tilbøjelig til at tage hensyn til, at hvis fællesskabslovgiver havde ønsket at pålægge medlemsstaterne at forbyde disse former for reklame, som overvejende var tilladt i deres retsordener, ville det have fremgået klarere af ordlyden af direktiv 97/55. Betragtningerne til direktiv 97/55 giver dog snarere indtryk af, at fællesskabslovgivers væsentlige målsætning er at liberalisere, om end under præcise betingelser for lovlighed, nogle former for reklame, der er i stand til at informere forbrugerne, og som alligevel stadig er forbudt i flere medlemsstaters ret [21].

43. En fortolkning af begrebet sammenlignende reklame i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, som ender med at underkaste selv de mest milde former for såkaldt superlativreklame direktivet og dets bestemmelser med det resultat, at de forbydes, forekommer mig at være så meget desto mere uegnet, hvis man holder sig for øje, at direktiv 84/450 tager udgangspunkt i den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger [22], der altså råder over tilstrækkelig kritisk sans til at kunne skelne generel selvros fra et budskab med informativt indhold, inden han foretager sin beslutning om at købe.

44. Hvis man desuden accepterede den fortolkning, hvorefter begrebet sammenlignende reklame i direktiv 84/450 ikke forudsætter, at der henvises til en eller flere *bestemte* konkurrenter eller produkter eller tjenesteydelser, ville direktiv 97/55 have en stærkt restriktiv virkning også over for former for reklame, der foretager en ikke generel sammenligning med det samlede antal konkurrerende producenter eller med en konkurrent (»*mærket X*«), der ikke kan

20 — Dette så vidt jeg kan se endog i lande som Tyskland, Italien og Luxembourg, hvor der var meget strenge regler for sammenlignende reklame.

21 — Jf. især femte betragtning, der bl.a. giver udtryk for, at »sammenlignende reklame kan være et legitimt middel til oplysning af forbrugerne om deres interesse, når sammenligningen vedrører konkrete, relevante, dokumenterbare og repræsentative træk og ikke er vildledende«.

22 — Pippig-dommen, jf. ovenfor, præmis 55, og dom af 19.9.2006, sag C-356/04, Lidl, Sml. I, s. 8501, præmis 78. Jf. også under henvisning til andre fællesskabsbestemmelser til beskyttelse af forbrugerne mod vildledende oplysninger, som er indeholdt henholdsvis i Rådets forordning (EØF) nr. 1907/90 af 26.6.1990 om handelsnormer for æg (EFT L 173, s. 5) og i Rådets direktiv 76/768/EØF af 27.7.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler (EFT L 262, s. 169), på den ene side dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 37, og på den anden side dom af 13.1.2000 i sag C-220/98, Estée Lauder, Sml. I, s. 117, præmis 27-30, og af 24.10.2002, sag C-99/01, Linhart og Biffl, Sml. I, s. 9375, præmis 31.

identificeres. Da det i disse sammenligninger er ubestemt, hvem der sammenlignes med, lader det til, at disse former for reklame kun vanskeligt vil kunne opfylde kravet i artikel 3a, stk. 1, litra c), om, at de skal kunne *dokumenteres*.

45. På den anden side kan man heller ikke blot gå ud fra, at de former for reklame, som jeg har nævnt under punkt 41 og 44 ovenfor, skal indgå i begrebet sammenlignende reklame i henhold til direktiv 84/450, fordi der under alle omstændigheder ligger en sammenligning til grund for dem, selv om den ganske vist er indirekte. I denne forbindelse bør man erindre, at ifølge Toshiba-dommen [23] er den nødvendige forudsætning, som kræves, for at der er tale om sammenlignende reklame i henhold til direktivets artikel 2, nr. 2a, ikke, at der er en sammenligning, som *oven i købet ligefrem kan mangle*, men en henvisning, der også kan være indirekte, til en konkurrent eller til varer og tjenesteydelser, som denne udbyder.

46. I lyset af de ovenfor fremsatte betragtninger og på baggrund af ordlyden af artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 mener jeg, at den nævnte bestemmelse skal fortolkes således, at for at der kan være tale om sammenlignende reklame, er det nødvendigt, at reklamen henviser til en eller flere *bestemte* konkurrenter eller til deres produkter eller tjenesteydelser, også hvis det sker indirekte.

47. Jeg mener, at det bør præciseres, at spørgsmålet, om der henvises til en eller flere *bestemte* konkurrenter eller deres produkter eller tjenesteydelser i reklamen, skal vurderes ud fra forbrugerens synsvinkel, mere nøjagtigt ud fra den almindeligt oplyste, nogenlunde opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbrugers synsvinkel, og ikke ud fra konkurrentens synsvinkel. Det afgørende er, om reklamen fremkalder en forestilling i bevidstheden hos en sådan forbruger, der møder reklamen, om en eller flere *bestemte* konkurrenter (eller deres produkter eller tjenesteydelser) til annoncøren. Det er altså ikke af betydning, hvis en særskilt konkurrent føler sig individuelt berørt af reklamen.

48. Der kan være flere måder, hvorpå konkurrenten (eller dennes produkter eller tjenesteydelser) kan identificeres: Ud over den direkte henvisning (henvisning til konkurrentens handelsnavn eller dennes mærker eller kendetegn) kan man forestille sig, at der henvises indirekte til konkurrenten på forskellig vis, f.eks. ved at der henvises til faktiske omstændigheder, der er særlige for konkurrentens virksomhed, til konkurrentens kommunikation (f.eks. *reklameslogans* eller *-testimonials*), hans position på markedet (f.eks. som *førende* på markedet), særlige kendetegn ved konkurrentens produkter eller tjenesteydelser eller ethvert andet element, som forbrugeren kan opfatte som en hentydning til denne *bestemte* konkurrent eller hans produkter eller tjenesteydelser.

23 — Præmis 29 og 31.

49. Der er selvfølgelig intet til hinder for, at henvisningen i reklamen til en varetype under givne omstændigheder også kan fremkalde en forestilling i den nævnte forbrugers bevidsthed om en eller flere *bestemte* konkurrenter eller deres produkter eller tjenesteydelser.

50. Dette kan f.eks. ske, når den varetype, som reklamen henviser til, kun udbydes af en enkelt anden konkurrent ud over annoncøren (duopol), eller når reklamen henviser til en varetype, som kun udbydes af en enkelt virksomhed, og som er forskellig fra den varetype, der udbydes af annoncøren, men alligevel er en konkurrent hertil.

51. Jeg medgiver også, som Kommissionen påpeger, at en henvisning til en varetype alt efter omstændighederne kan anvendes til indirekte at henvise til et større antal konkurrenter (to eller flere), såfremt de i forbrugerens bevidsthed optræder *individuelt*. I særdeleshed kan det ikke udelukkes, som Kommissionen har påpeget det, at en henvisning til en varetype, der udbydes i en situation med et begrænset oligopol af virksomheder, der alle er kendte i offentligheden, får forbrugeren til at forestille sig hver enkelt af dem individuelt.

52. Derimod er jeg uenig i CIVC's og Veuve Clicquots standpunkt, som jeg fik indtryk af, at den franske regering grundlæggende tilsluttede sig under retsmødet, hvorefter en henvisning til et produkt med en oprindelsesbetegnelse i sig selv er tilstrækkelig til at gøre det muligt at identificere produktet som krævet ved artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450.

53. Det er uvæsentligt, om en sådan henvisning kan fortolkes som en henvisning til en varetype eller derimod, som CIVC og Veuve Cliquot anfører, til »bestemte produkter« med præcise kendetegn, der er forbundet med en særlig geografisk oprindelse. Ganske vist, som bemærket af de nævnte parter og den franske regering, skal den henvisning, som den nævnte bestemmelse forlanger, ikke nødvendigvis have en *konkurrent* som sin genstand, idet den også kan omhandle en konkurrents *varer og tjenesteydelser*. Men for så vidt som bestemmelsen under alle omstændigheder henviser til *en konkurrents* varer og tjenesteydelser, og idet der ved »en konkurrent« skal forstås en *bestemt* konkurrent, dvs. en, som forbrugeren opfatter individuelt, som jeg har gjort rede for ovenfor, viser den argumentation, som CIVC, Veuve Cliquot og den franske regering fremlægger, sig alligevel at ramme ved siden af.

54. Det samme kan siges om det argument, som CIVC og Veuve Cliquot fremsætter, der

tager udgangspunkt i, at der kun er et bestemt antal erhvervsdrivende, der har tilladelse til at anvende en oprindelsesbetegnelse. Den omstændighed, at disse erhvervsdrivende kan udgøre en sluttet kreds, og at det således abstrakt set er muligt at udpege dem præcist, betyder ikke, at den gennemsnitlige forbruger, der bliver stillet over for en reklame, der henviser til oprindelsesbetegnelsen, nødvendigvis vil forestille sig hver enkelt af disse erhvervsdrivende individuelt.

55. Det tilkommer således den forelæggende ret at vurdere, om de omtvistede betegnelser og udtryk, der anvendes af De Landtsheer, når de betragtes i sammenhæng med den samlede reklame, som de optræder i[24], og således også i lyset af andre elementer af grafisk og dekorativ art, som samlet udgør den nævnte reklame, henset til det kendskab til markedet, som en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger kan have, er af en sådan art, at de gør det muligt for en sådan forbruger at identificere en eller flere *bestemte* virksomheder eller disses varer og tjenesteydelser.

56. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»En henvisning i en reklame til en varetype opfylder ikke i sig selv kravet om henvisning i artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 i den forstand, at den ville gøre det muligt at identificere hver enkelt virksomhed, der udbyder denne varetype eller de pågældende varer. En lignende henvisning kan kun indirekte identificere en konkurrent eller de varer, som denne udbyder, i henhold til den ovennævnte bestemmelse, såfremt den under hensyn til alle den konkrete sags omstændigheder gør det muligt for en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger at forestille sig en eller flere bestemte virksomheder, der udbyder denne varetype eller de pågældende varer.«

Det andet præjudicielle spørgsmål

57. Det andet præjudicielle spørgsmål, der er opdelt i flere led, angår først og fremmest afgørelsen af, om der er et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 mellem annoncøren og den anden virksomhed (eller dennes varer eller tjenesteydelser), som den nævnte reklame identificerer. Dette spørgsmål har således også til formål at få afklaret anvendelsesområdet for den ordning, der indførtes med direktiv 97/55. Desuden ønskes der med det præjudicielle spørgsmål tillige en fortolkning af

24 — Det fremgår af Toshiba-dommen, præmis 57 og 58, at det ved undersøgelsen af, hvilken forbindelse en angivelse i en reklame kan skabe i bevidstheden hos den offentlighed, som reklamen tager sigte på, er vigtigt at tage i betragtning, hvorledes denne reklame fremtræder i sin helhed. Jf. ligeledes Lidl-dommen, præmis 79.

rækkevidden af betingelsen for lovlighed i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra b), i direktiv 84/450.

58. Den forelæggende ret spørger først og fremmest, om der bør tages hensyn til, at på baggrund af ordlyden af artikel 2, nr. 2a, sammenholdt med ordlyden af artikel 3a, stk. 1, litra b), i direktiv 84/450, er enhver virksomhed, som reklamen gør det muligt at identificere, en »konkurrent« i henhold til den første af disse bestemmelser, dvs. uafhængigt af de varer eller tjenesteydelser, den udbyder [spørgsmål 2, litra a)].

59. I tilfælde af et benægtende svar på dette spørgsmål spørger den forelæggende ret Domstolen, hvilke kriterier der skal lægges til grund for vurderingen af, om der er tale om et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 [spørgsmål 2, litra b), c) og d)].

60. Endelig spørger den forelæggende ret, om disse kriterier er identiske med dem, der skal anvendes for at afgøre, om betingelsen for lovlighed i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra b), er opfyldt [spørgsmål 2, litra e)].

61. Spørgsmål 2, litra a), skal efter min mening i hvert fald besvares benægtende. Som påvist af De Landtsheer og Kommissionen, giver ordlyden af artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 ikke anledning til tvivl: For at en reklame er sammenlignende, skal den henvise til en *konkurrerende* virksomhed (eller dennes varer eller tjenesteydelser) og ikke til hvilken som helst virksomhed (eller dennes varer og tjenesteydelser). Det er således af afgørende betydning både at tage de varer og tjenesteydelser i betragtning, som den virksomhed, der henvises til, udbyder, og de, som annoncøren udbyder, for at kunne fastslå, om den pågældende reklame henviser til en konkurrent og derfor er sammenlignende i henhold til den ovennævnte bestemmelse.

62. Den omstændighed, som lader til at give anledning til tvivl hos den forelæggende ret, nemlig at der i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra b), skal være et konkurrenceforhold mellem de varer, der er genstand for sammenligningen i reklamen, hvilket også er en betingelse for, at reklamen er lovlig, overflødiggør en fortolkning af artikel 2, nr. 2a, der således afviger åbenlyst fra sin ordrette betydning.

63. Jeg mener, det er på sin plads at gøre opmærksom på, at den normative definition

af sammenlignende reklame ikke forudsætter, at der er konkurrence mellem de produkter, der eventuelt bliver sammenlignet i reklamen. Det afgørende er, at der er konkurrence mellem annoncøren og den anden virksomhed, som (eller hvis produkt) reklamen henviser til, *hvad angår hvilken som helst del af sortimentet* af varer og tjenesteydelser, som de hver især udbyder.

64. At det ikke kun skal vurderes i forhold til de varer og tjenesteydelser, som reklamen henviser til, om der er tale om et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, fremgår af, at denne bestemmelse ikke forlanger, at der henvises til *konkurrerende* varer eller tjenesteydelser, men til »varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent«, eller alternativt hertil, til en »konkurrent« og dennes person eller situation (institutionel eller personlig reklame). I det sidstnævnte tilfælde ville det ganske klart ikke være muligt at vurdere, om der er tale om et konkurrenceforhold hvad angår de varer eller tjenesteydelser, som er genstand for reklamen, idet der mangler en henvisning til en bestemt vare eller tjenesteydelse.

65. Jeg er enig med den belgiske regering og Kommissionen i, at det er nødvendigt at anlægge en bred fortolkning af konkurrenceforholdet i henhold til artikel 2, nr. 2a. Påvisningen af, at der konkret er tale om et sådant forhold, burde i særdeleshed ikke *in toto* følge kriterierne til definition af det relevante marked, som der redegøres for i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (herefter »meddelelsen om det relevante marked«) [25], som der er blevet henvist til i de skriftlige indlæg.

66. Som bekendt tager afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med anvendelse af konkurrencereglerne fortrinsvis sigte på at indkredse de konkurrencebegrænsninger, som de involverede virksomheder udsættes for, hvilket gør det muligt at vurdere deres individuelle markedsstyrke [26]. I forbindelse med denne analyse er det først og fremmest vigtigt, om produkterne lader sig erstatte set fra efterspørgselssiden, dvs. i hvor høj grad forbrugeren anser produkterne for at kunne træde i stedet for hinanden. Muligheden for, at produkterne indbyrdes kan erstatte hinanden, afhænger selvfølgelig af, om produkterne egner sig til at opfylde det samme behov hos forbrugeren.

67. Eftersom formålet med afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med konkurrenceretten er at fastslå, hvilke virksomheder der udgør en effektiv konkurrencebegrænsning for de involverede virksomheder, idet de er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd, herunder

25 — EFT 1997 C 372, s. 5.

26 — Jf. i denne retning punkt 2 i meddelelsen om det relevante marked.

især deres prissætning, er analysen i denne forbindelse imidlertid koncentreret om at undersøge, hvorvidt produkterne i sig selv er indbyrdes substituerbare, især ved at betragte krydspriselasticiteten i efterspørgslen efter de undersøgte produkter. Som det anføres i meddelelsen om det relevante marked [27], koncentrerer man sig ved markedsafgrænsningen af praktiske og operative årsager om efterspørgselssubstitution, der skyldes små, varige ændringer i de relative priser. Særligt mener man, at produktet fra en anden virksomhed påvirker prisen på den involverede virksomheds produkter tilstrækkeligt på kort sigt, hvis substitutionen mellem de to produkter på grund af en hypotetisk, lille varig stigning i denne pris i det pågældende område ville medføre, at den hypotetiske prisstigning ikke ville være rentabel [28].

68. Anvendelsen af disse kriterier med henblik på at fastslå, om der er tale om et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, forekommer mig ikke at være formålstjenlig. Det perspektiv, som bør anlægges i denne sammenhæng, er et noget andet.

69. Reklamens væsentligste formål er netop at påvirke forbrugernes købsbeslutninger for at øge efterspørgslen efter den vare, der reklameres for, og formålet med sammenlignende reklame i særdeleshed er desuden at bevirke forskydninger i efterspørgslen fra en anden virksomheds vare til annoncørens vare. Den sammenlignende reklame betragtes med velvilje af fællesskabslovgiver, idet den under bestemte vilkår kan oplyse forbrugerne og stimulere konkurrencen mellem vare- og tjenesteydelsesleverandørerne i forbrugernes interesse [29]. Alligevel er den af fællesskabslovgiver underlagt en række betingelser, så det undgås, at den fordrejer konkurrencen, skader konkurrenterne og påvirker forbrugernes valg i uheldig retning [30].

70. Heraf følger, at det konkurrenceforhold, der skal identificeres i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, ikke er et forhold, der virker konkurrencehæmmende ved at indskrænke den berørte virksomheds forretningsmæssige handlefrihed, men et forhold, der virker befordrende både for en udvidelse af forbrugernes købsmuligheder og for interessen i og dermed også risikoen for upassende reklameadfærd.

27 — Jf. punkt 15.

28 — Jf. meddelelsen om det relevante marked, punkt 16-18.

29 — Jf. anden og femte betragtning til i direktiv 97/55.

30 — Jf. syvende betragtning til direktiv 97/55.

71. Set i dette perspektiv mener jeg ikke, at artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 på baggrund af det konkurrenceforhold, den forudsætter, kræver, at der skal være en betydelig grad af substituerbarhed mellem de berørte virksomheders varer, som det derimod sædvanligvis kræves, for at man inden for konkurrenceretten kan fastslå, at disse varer hører til det samme relevante marked.

72. Som foreslået af Kommissionen er det tilstrækkeligt, at der er en vis grad af substituerbarhed mellem virksomhedernes produkter. Denne grad kan således også være begrænset. Med andre ord kan man anse konkurrenceforholdet for at være til stede, selv om der kun ville vise sig en betydelig substitutionseffekt ved store udsving i varernes relative pris og, efter min mening, endog i tilfælde af, at store udsving kun ville medføre en begrænset substitutionseffekt.

73. Derfor er det ikke kun virksomheder, der under anvendelse af konkurrencereglerne er omfattet af det samme relevante marked, der må anses for at være konkurrenter i henhold til artikel 2, nr. 2a, således som De Landtsheer derimod hævder det.

74. I betragtning af, at den virksomhed, der henvises til i reklamen, kan lide en konkret skade som følge af sammenligningen i reklamen (eller også blot som følge af en henvisning, der gennemføres uden en sammenligning), mener jeg derfor ikke, at man bør udelukke muligheden for også at fastslå et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 i tilfælde, hvor annoncøren ikke aktuelt tilbyder produkter, der på efterspørgselssiden kan erstattes af produkter fra den nævnte virksomhed, eller hvor han ganske vist tilbyder sådanne produkter, men er aktiv på et andet geografisk marked. Annoncøren kunne udgøre en potentiel konkurrent til den virksomhed, der henvises til i reklamen, og have interesse i at bringe dennes anseelse i miskredit for at gøde jorden for sin senere indtræden på det marked, hvor denne virksomhed er aktiv.

75. Jeg er derfor enig med den belgiske regering og Kommissionen i, at der også bør tages hensyn til den udelukkende potentielle konkurrence i forbindelse med artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 [31].

76. Især hvis der er en høj grad af udbudssubstitution, kan der være tale om potentiel

31 — Derimod minder jeg om, at inden for konkurrenceretten bliver den potentielle konkurrence, medmindre den hidrører fra en høj grad af udbudssubstitution, ikke taget i betragtning ved afgrænsningen af det relevante marked, men eventuelt på et senere tidspunkt, når det på dette marked er blevet fastslået, at der er tale om en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF, eller det er blevet vurderet, at et givent tiltag til koncentration påvirker konkurrencen, jf. meddelelsen om det relevante marked, punkt 14 og 24.

konkurrence. Som bekendt tages udbudssubstitutionen i betragtning ved afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med anvendelsen af konkurrencereglerne, når den medfører en effektiv konkurrencebegrænsning for de berørte virksomheder. Når en virksomhed fastlægger sin forretningspolitik, skal den tage hensyn til, at nogle virksomheder — der ikke aktuelt fremstiller det samme produkt (eller den samme produktvariant), men et andet produkt (eller en anden produktvariant), der ud fra forbrugernes synspunkt ikke kan erstatte virksomhedens produkt — er i stand til at omstille deres produktion på kort sigt og uden at pådrage sig betydelige ekstraomkostninger eller for store risici for også selv at kunne udbyde det pågældende produkt (eller den pågældende produktvariant) som reaktion på små, varige ændringer i den relative pris. Hvis denne evne er til stede i tilstrækkelig grad, omfatter produktmarkedet for anvendelsen af konkurrencereglerne ikke blot de produkter, der er efterspørgselssubstituerbare, men også de produkter, der er udbudssubstituerbare [32].

77. Men det er ikke alt. Det kan ofte iagttages, at reklamen bl.a. stræber efter at styrke loyaliteten over for varemærket og nedsætte elasticiteten i efterspørgslen efter det annoncerede produkt, dvs. dets substituerbarhed. Dog vil jeg gerne påpege, at reklamen omvendt også har tendens til at anvise forbrugeren nye muligheder for at erstatte den konsumerede vare med andre varer og dermed til at mindske varernes manglende indbyrdes substituerbarhed.

78. Man bør derfor være opmærksom på, at reklamen ikke blot kan have til formål at flytte markedsandele i en bestemt retning, men også at flytte efterspørgslen fra et marked til et andet (især til en anden varetype) og dermed påvirke selve omfanget af markederne.

79. Dette redskabs natur gør det derfor nødvendigt med en opfattelse af et relevant konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, der tager udgangspunkt i en dynamisk betragtning af markederne.

80. Heraf følger, og dermed tager jeg stilling til det andet præjudicielle spørgsmål, litra b), at for at vurdere, om der er tale om et sådant konkurrenceforhold, skal man ikke blot tage markedernes aktuelle tilstand og de nuværende forbrugeres vaner i betragtning, men også mulighederne for, at disse vaner og dermed selve markederne udvikler sig. Med andre ord er det nødvendigt at vurdere, om der kunne være relationer mellem de varer

32 — Jf. meddelelsen om det relevante marked, punkt 20-23.

eller tjenesteydelser, som annoncøren udbyder, og dem, som udbydes af en anden virksomhed, som reklamen henviser til, der gør det muligt, at efterspørgslen kunne flyttes fra de førstnævnte til de sidstnævnte inden for en nær fremtid, selv om de aktuelt ikke er substituerbare ud fra forbrugernes synspunkt.

81. Desuden, og hermed kommer jeg til spørgsmål 2, litra d), når den vare, som udbydes af annoncøren, og varen fra den anden virksomhed, som reklamen henviser til, tilhører forskellige varetyper [33], bør man på den ene side ikke begrænse sig til at betragte substituerbarheden mellem de to varetyper abstrakt, men mellem de særskilte varer, det drejer sig om, under hensyntagen til deres konkrete egenskaber. Det viser sig nemlig, især hvad angår de produktmarkeder, der er kendetegnet ved en høj grad af produktdifferentiering, at der kan opstå »grænseområder«, hvor særskilte varer, der abstrakt set tilhører produktmarkeder, der ikke er substituerbare, faktisk kan vise sig at konkurrere med hinanden.

82. Hvis man på den anden side tager i betragtning, at sammenlignende reklame er særligt egnet til at påvirke produkternes efterspørgselssubstitution, bør man heller ikke se bort fra, hvordan annoncøren positionerer sit produkt ved hjælp af reklamen, og det image, han ønsker at give det. Hvis annoncøren selv fremstiller sit produkt som et gyldigt alternativ til produktet fra den anden virksomhed, som reklamen henviser til, selv om det kan tænkes at tilhøre et andet produktmarked, må man efter min mening antage, at der foreligger et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, medmindre man på baggrund af produkternes art, kendetegn, bestemmelse og relative pris kan udelukke enhver risiko for, at kundekredsen flytter sig til fordel for det annoncerede produkt.

83. Hvad angår spørgsmål 2, litra c), mener også jeg i lighed med den enstemmige holdning blandt alle parter, der har deltaget i den foreliggende sag, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450 mellem annoncøren og den anden virksomhed, som reklamen henviser til, skal afgøres ud fra det område i Fællesskabet, hvor reklamen spredes.

33 — Således forholder det sig ifølge den forelæggende ret i den aktuelle sag, idet den fortolker de omstridte reklamer således, at de rummer en henvisning til en varetype (mousserende vin eller champagne), der adskiller sig fra den varetype (øl), som De Landtsheer udbyder.

84. Alligevel ønsker jeg i denne forbindelse at fremsætte to bemærkninger.

85. For det første minder jeg om, at den nationale (juridiske eller administrative) myndighed, der i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 84/450 sikrer, at bestemmelserne om sammenlignende reklame overholdes, kun har kompetence hvad angår de reklamer, der offentliggøres inden for det område, der er underlagt dens jurisdiktion. Heraf følger, at den omstændighed, at udbredelsesområdet for den her behandlede reklame også kan tænkes at omfatte andre medlemsstater, ikke berettiger den nævnte myndighed til at betragte kravet om et konkurrenceforhold, som fremsættes i artikel 2, nr. 2a, som opfyldt, når det kun er synligt på andre medlemsstaters område og ikke også i det område, der er underlagt myndighedens jurisdiktion.

86. Således er det i den foreliggende sag ikke tilladt for Cour d'appel de Bruxelles at tage i betragtning, at de omstridte reklamer henviser til en konkurrent eller til en konkurrents produkter i henhold til artikel 22 i LPCC og artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, hvis den konstaterer, at der mellem De Landtsheer på den ene side og producenterne af mousserende vin eller champagne på den anden side, som der henvises til i de nævnte reklamer, er tale om et konkurrenceforhold, dog ikke i Belgien, men inden for en anden del af Fællesskabets område, hvor reklamerne er blevet spredt [34].

87. Selvfølgelig vil et aktuelt konkurrenceforhold mellem de omhandlede varer i en anden del af Fællesskabets område kunne tages i betragtning i forbindelse med en undersøgelse af den mulige udvikling i forbrugsvanerne på belgisk område.

88. For det andet understreger jeg, at den omstændighed, at undersøgelsen af, om der foreligger et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, er begrænset til det område, hvor reklamen er distribueret, har til følge, at en og samme reklame, der distribueres i flere medlemsstater, i én medlemsstat kan betragtes som sammenlignende i henhold til den nævnte bestemmelse og ikke i en anden, afhængigt af forbrugsvanerne og strukturen på hver af deres markeder.

89. Selv om dette kan synes at være i modstrid med en af målsætningerne i direktiv 97/55, nemlig at fremme den »frie bevægelighed for reklamer« på det indre marked [35], lader det alligevel til at være uundgåeligt, idet det ikke på nogen måde virker rimeligt systematisk at pålægge kontrolmyndighederne at foretage en vurdering af, om der foreligger et konkurrenceforhold på europæisk plan, uafhængigt af markedernes reelle geografiske størrelse.

34 — Bemærk, at nogle af de reklamer, som den nationale sag drejer sig om, optræder på produktets emballage. En eventuel markedsføring af produktet med den samme emballage også i andre medlemsstater ville samtidig medføre udbredelsen af de ovennævnte udsagn.

35 — Jf. tredje betragtning til direktiv 97/55.

90. I alle tilfælde lader problemet til ikke blot at være relativeret af den aktuelle tendens, der går i retning af, at markederne ekspanderer geografisk, og det indre marked fortsat udvikler sig, men også af den afgørende betydning, som konkurrencen, der kan iagttages i andre af Fællesskabets områder, kan få for en dynamisk vurdering af, om der foreligger et sådant konkurrenceforhold inden for det område, som reklamen er distribueret i, og som er underkastet kontrolmyndighedens jurisdiktion.

91. Idet jeg endelig kommer til spørgsmål 2, litra e), hvormed den forelæggende ret spørger, om de kriterier, der gør det muligt at fastslå, om der er et konkurrenceforhold i artikel 2, nr. 2a's forstand, er identiske med de kriterier, der gør det muligt at efterprøve, om sammenligningen opfylder betingelsen i artikel 3a, stk. 1, litra b), i direktiv 84/450, minder jeg om, at denne betingelse, der ofte betegnes som sammenligningens »ensartethed«, foreskriver, at en sammenlignende reklame, der indeholder en sammenligning, »sammenligner varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål«, for at den er lovlig.

92. Ved at stille et lignende spørgsmål, der også gør en fortolkning af artikel 3a, stk. 1, litra b), nødvendig, kunne det se ud, som om den forelæggende ret i tilfælde af, at spørgsmålet om, hvorvidt de reklamer, der er genstand for tvisten i hovedsagen, er af sammenlignende art, afgøres bekræftende, implicit går ud fra, at de indeholder en sammenligning, og at de derfor skal opfylde de betingelser, der er anført i artikel 3a for at være tilladelige. Den forelæggende ret anmoder dog ikke Domstolen om nærmere forklaringer angående begrebet sammenligning eller anvendelsesområdet for artikel 3a som sådan. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge disse aspekter i forbindelse med denne anmodning om præjudiciel afgørelse.

93. Jeg er enig med Kommissionen i, at kriterierne for henholdsvis at fastslå et relevant konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, og for at bedømme, om betingelsen i artikel 3a, stk. 1, litra b), er opfyldt, ikke er identiske. Det er klart, at hvis de var det, ville artikel 3a, stk. 1, litra b), være uden nogen effektiv virkning, idet enhver reklame, der kunne betegnes som sammenlignende i henhold til artikel 2, nr. 2a, ikke nogensinde ville kunne stå i modsætning til den behandlede betingelse for lovlighed.

94. Rækkevidden af de respektive kriterier i de to sammenlignede bestemmelser er således nødvendigvis forskellig. Begrebet konkurrence i henhold til artikel 2, nr. 2a, må

omfatte et større antal tilfælde end betingelsen om lovlighed i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra. b), således at der faktisk kan findes tilfælde af sammenlignende reklame, som ikke opfylder denne betingelse.

95. I denne forbindelse bemærker jeg især, at artikel 3a, stk. 1, litra b), omhandler forholdet mellem de varer eller tjenesteydelser, som udgør genstanden for sammenligningen i reklamen, når det relevante konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, ikke nødvendigvis skal kunne forefindes mellem de nævnte varer og tjenesteydelser, som jeg har nævnt ovenfor, men kan bestå mellem hele sortimentet af varer og tjenesteydelser, som udbydes af annoncøren og den anden virksomhed, som reklamen henviser til [36].

96. Desuden er enhver vurdering angående efterspørgselssubstitutionen mellem varer eller tjenesteydelser uden betydning med henblik på artikel 3a, stk. 1, litra b), mens den derimod kunne have betydning i forbindelse med artikel 2, nr. 2a (jf. punkt 75 og 76 ovenfor). Hvis to produkter således ikke er efterspørgselssubstituerbare, opfylder den reklame, der sammenligner dem, ikke betingelsen i artikel 3a, stk. 1, litra b).

97. Denne sidstnævnte betragtning finder bekræftelse i den nylige Lidl-dom [37], hvor Domstolen har redegjort for, at betingelsen for lovlighed i artikel 3a, stk. 1, litra b), betyder, at de varer, der er genstand for sammenligningen, skal have en »tilstrækkelig grad af indbyrdes udskiftelighed for forbrugeren«. Domstolen har bemærket, at den nævnte bestemmelse indskærper det krav om produkternes sammenlignelighed, som fremsættes i anden og niende betragtning til direktiv 97/55, hvoraf det fremgår, at dette krav især har til formål at skabe mulighed for, at den sammenlignende reklame forsyner forbrugeren med nyttige oplysninger som grundlag for hans købsvalg, og at undgå, at den anvendes på uhæderlig vis og til ulempe for konkurrencen.

98. Artikel 3a, stk. 1, litra b), stiller således ikke krav om, at de sammenlignede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art, eller at de tilhører den samme

36 — I denne forstand forekommer det eksempel passende, som Kommissionen har fremlagt, med to »all-round«-automobilproducenter, som kan anses for at være i konkurrence med hinanden i henhold til artikel 2, nr. 2a, hvis deres produktsortimenter i det mindste overlapper hinanden delvist. En reklame for det ene firma, som henviser til det andet, vil derfor i følge Kommissionen være sammenlignende, men den vil være ulovlig og overtræde betingelsen i artikel 3a, stk. 1, litra b), hvis den sammenligner en MPV fra det ene firma med en sportcoupé fra det andet, dvs. produkter, der ikke opfylder de samme behov.

37 — Jf. præmis 25-27.

varetype, men tager udgangspunkt i varernes indbyrdes udskiftelighed ud fra forbrugerens synspunkt.

99. Desuden mener jeg ikke, at Domstolens henvisning til en tilstrækkelig grad af indbyrdes udskiftelighed for forbrugeren kan fortolkes således, at der i forbindelse med en vurdering af, om artikel 3a, stk. 1, litra b), er overholdt, mellem de varer, der er genstand for sammenligningen, skal være tale om en højere grad af efterspørgselssubstitution end den, der ville være tilstrækkelig for et konkurrenceforhold mellem udbyderne af varerne i henhold til artikel 2, nr. 2a.

100. Eftersom artikel 3a, stk. 1, litra b), fastsætter en betingelse for lovligheden af sammenlignende reklame, er det ganske vist tænkeligt, at der inden for dette område anvendes mere restriktive kriterier til vurdering af, om der foreligger efterspørgselssubstitution, end i forbindelse med artikel 2, nr. 2a.

101. Da de gældende betingelser for lovlighed af sammenlignende reklame ifølge den nu faste retspraksis imidlertid skal fortolkes så velvilligt som muligt [38], og under hensyn til, at forslag til nye mulige produkter til erstatning for de gamle kan udgøre en nyttig oplysning for forbrugerne og kan fremme konkurrencen mellem udbyderne af varer og tjenesteydelser i forbrugernes interesse i overensstemmelse med målsætningerne i direktiv 97/55, kan jeg ikke se nogen grund til at indføre strengere kriterier til vurdering af, om der er tale om efterspørgselssubstitution end de, der er relevante i forbindelse med artikel 2, nr. 2a. Dette er så meget desto mere tilfældet, som de betingelser for lovlighed, der fastsættes i artikel 3a, stk. 1, litra a) og c), bidrager til at sikre, at sammenligningen af varer, der præsenteres som udskiftelige, foretages på en loyal måde, der er til nytte for forbrugerne.

102. På den anden side forekommer de aspekter, der redegøres for under punkt 95 og 96 ovenfor, tilstrækkelige til at sondre mellem rækkevidden henholdsvis af betingelsen om konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, og af betingelsen i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra b), og dermed at sikre den sidstnævnte betingelses effektive virkning.

103. Jeg mener derfor, at de betragtninger, der er fremført under punkt 80-90 ovenfor

38 — Toshiba-dommen, præmis 37, Pippig-dommen, præmis 42, dom af 23.2.2006, sag C-59/05, Siemens, Sml. I, s. 2147, præmis 22-24, og Lidl-dommen, præmis 22 og 32.

angående de elementer til vurdering, som den forelæggende ret har påpeget i det præjudicielle spørgsmål 2, litra b), c) og d), også er relevante for betingelsen i artikel 3a, stk. 1, litra b).

104. I alle tilfælde kunne man antage, at den fremadskuende vurdering i forbindelse med anvendelsen af artikel 3a, stk. 1, litra b), af mulighederne for udvikling af forbrugsvanerne i de tilfælde, hvor reklamen præsenterer varer eller tjenesteydelser som substituerbar, der aktuelt ikke betragtes sådan af forbrugerne, burde være strengere. I særdeleshed kunne man mene, at det ikke er tilstrækkeligt, at annoncøren præsenterer de varer, der er genstand for sammenligningen, ligefremt eller ved brug af hentydninger som mulige erstatninger for hinanden, for at antage, at den nævnte betingelse er opfyldt, og at det i stedet bør påvises, at reklamen faktisk er i stand til at flytte i hvert fald en del af kundekredsen hos den anden virksomhed, som reklamen henviser til, til den vare, som udbydes af annoncøren.

105. Hvad angår det konkrete spørgsmål, om der på belgisk område, hvor reklamen er udbredt, er tale om substituerbarhed mellem øl og mousserende vin eller champagne og mere specifikt mellem den øl, som De Landtsheer fremstiller, og mousserende vin eller champagne, som fremstilles af de enkelte virksomheder, som de omstridte reklamer kunne tænkes at henvise til, er det klart, at enhver vurdering i den henseende påhviler den nationale ret. I forbindelse med denne præjudicielle procedure er det derfor ikke nødvendigt at undersøge de argumenter, der også tager udgangspunkt i forskellige juridiske eller administrative afgørelser truffet af fællesskabsinstanser, som nogle parter har fremsat henholdsvis for at påvise eller afkræfte denne substituerbarhed.

106. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Med henblik på at afgøre, om der er et konkurrenceforhold mellem annoncøren og den virksomhed, som der er henvist til i reklamen, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2a i direktiv 84/450, kan man ikke se bort fra en betragtning af de varer og tjenesteydelser, som denne virksomhed udbyder. Det skal tværtimod undersøges, om annoncøren og den pågældende virksomhed aktuelt eller potentielt konkurrerer med hinanden hvad angår en vilkårlig del af det sortiment af varer eller tjenesteydelser, som de henholdsvis udbyder. Særlig er det tilstrækkeligt, hvis der foreligger en vis, også blot en begrænset, efterspørgselssubstitution mellem den enes vare eller tjenesteydelse og den andens vare eller tjenesteydelse.

Med henblik på at bedømme, om det nævnte konkurrenceforhold foreligger, skal den nationale kontrolmyndighed henholde sig til den eksisterende situation i den del af Fællesskabets område, hvor reklamen spredes, og som er underlagt dens myndighed, og den skal blandt andre faktorer også tage hensyn til muligheden for en udvikling i forbrugsvanerne, særlige træk ved de varer eller tjenesteydelser, som er genstand for reklamen, og det billede, som annoncøren ønsker at give af det annoncerede produkt.

Kriterierne til konstatering af, om der foreligger et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, og til bedømmelse af, om sammenligningen opfylder den betingelse, der er fastsat i samme direktivs artikel 3a, stk. 1, litra b), er ikke identiske.«

Det tredje præjudicielle spørgsmål

107. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en reklame, der indeholder en sammenligning med en varetype, og som ikke gør det muligt at identificere en bestemt konkurrent eller den vare, som denne udbyder, på grundlag af artikel 2, nr. 2a, og artikel 3a i direktiv 84/450 automatisk skal anses for at være ulovlig, eller om dens lovlighed skal bedømmes på grundlag af andre nationale bestemmelser end dem, hvormed bestemmelserne i dette direktiv om sammenlignende reklame gennemføres, selv om de kan tænkes at være mindre fordelagtige for forbrugerne eller de virksomheder, der udbyder den varetype, som reklamen henviser til.

108. Spørgsmålets nøjagtige ordlyd giver anledning til nogen usikkerhed, idet det reklameeksempel, det omhandler, under alle omstændigheder betegnes som »sammenlignende reklame«. Jeg mener, at der kan ses bort fra denne betegnelse, enten fordi den blot er resultatet af en skrivefejl under formuleringen af spørgsmålet, eller fordi der hermed menes en reklame, der foretager en sammenligning.

109. Det fremgår klart af forelæggelsesdommens præmis 23, at Cour d'appel de Bruxelles stiller det tredje præjudicielle spørgsmål i tilfælde af, at det på grundlag af de svar, som Domstolen giver på de første to præjudicielle spørgsmål, må konkluderes, at der i den foreliggende sag ikke er tale om en sammenlignende reklame i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450.

110. Det tredje præjudicielle spørgsmål forudsætter ganske klart, at det første præjudicielle spørgsmål bliver besvaret således, som også jeg ser det, at en reklame, der foretager en sammenligning med en varetype, ikke i sig selv er en sammenlignende reklame i henhold til ordlyden af og målsætningerne i direktiv 84/450.

111. Set i dette perspektiv er parterne i den foreliggende præjudicielle sag — med undtagelse af den belgiske regering, der ikke deler denne anskuelse og har begrænset sig til at påpege, at det tredje spørgsmål er uden genstand — enige om, at en reklame, der ikke opfylder betingelserne for at kunne betegnes som sammenlignende i henhold til artikel 2, nr. 2a, ikke automatisk er ulovlig i kraft af bestemmelserne i direktiv 84/450 angående sammenlignende reklame, men står uden for disse bestemmelsers anvendelsesområde. Som følge heraf bør lovligheden af en sådan reklame vurderes på grundlag af andre nationale bestemmelser end dem, hvormed bestemmelserne i direktiv 84/450 angående sammenlignende reklame gennemføres, og andre bestemmelser i fællesskabsretten, der eventuelt er relevante [39].

39 — I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at henvise til de nationale bestemmelser til gennemførelse af bestemmelserne om vildledende reklame i direktiv 84/450 eller som fremhævet af Kommissionen under retsmødet bestemmelserne om beskrivelse, betegnelse og præsentation af visse produkter og om beskyttelse af visse angivelser, benævnelser og udtryk, som indgår i Rådets forordning (EF) nr. 1493/1999 af 17.5.1999 om den fælles markedsordning for vin (EFT L 179, s. 1).

112. Jeg kan ikke se, hvordan man kan være uenig i dette standpunkt. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det tredje præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»En reklame, der indeholder en sammenligning, men ikke opfylder betingelserne for at kunne anses for at være en sammenlignende reklame i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, henhører ikke under anvendelsesområdet for bestemmelserne i dette direktiv om sammenlignende reklame. Dens lovlighed skal derfor bedømmes på grundlag af de gældende nationale bestemmelser, som adskiller sig fra de bestemmelser, hvormed de ovennævnte bestemmelser gennemføres og under hensyn til andre eventuelt relevante bestemmelser i fællesskabsretten, selv om det måtte medføre en lavere grad af beskyttelse af forbrugernes interesser og interesserne hos leverandørerne af denne varetype.«

Det fjerde præjudicielle spørgsmål

113. Det fjerde præjudicielle spørgsmål drejer sig om betingelsen for lovlighed af sammenlignende reklame i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra f), i direktiv 84/450. Den forelæggende ret ønsker at vide, om denne bestemmelse medfører, at enhver

sammenligning af varer uden oprindelsesbetegnelse med varer, der derimod har en sådan, er ulovlig.

114. Spørgsmålets anledning er, at nogle af de reklamer, som den nationale sag omhandler, indeholder henvisninger til champagne, et produkt, hvis navn samtidig er en oprindelsesbetegnelse, der også er beskyttet i medfør af Fællesskabets retsforskrifter.

115. Artikel 3a, stk. 1, litra f), bestemmer, at den sammenlignende reklame for så vidt angår sammenligningen »for produkter med oprindelsesbetegnelse [...] i hvert enkelt tilfælde [vedrører] produkter med samme betegnelse«.

116. Selv om ordlyden i sig selv givetvis er flertydig, kan der efter min mening ikke herske alvorlig tvivl om, hvordan denne bestemmelse skal fortolkes.

117. De Landtsheer fremfører, at artikel 3a, stk. 1, litra f), finder anvendelse på reklamer, der udelukkende sammenligner produkter med oprindelsesbetegnelse, og gør det til en betingelse for lovligheden af en sådan sammenligning, at de sammenlignede produkter bærer den samme oprindelsesbetegnelse. Bestemmelsen kunne i hvert fald finde anvendelse på reklamer, hvor en sammenligning med produkter uden oprindelsesbetegnelse tjener til at fremme salget af produkter med oprindelsesbetegnelse. Hverken i henhold til den ene eller den anden af disse fortolkninger kan bestemmelsen altså anvendes i den foreliggende sag, idet de omtvistede reklamer tilsigter at fremme salget af et produkt — den øl, som De Landtsheer fremstiller — som er uden en oprindelsesbetegnelse.

118. I lighed med CIVC, Veuve Clicquot, den belgiske og franske regering og Kommissionen mener jeg heller ikke, at disse fortolkninger bør følges.

119. På den ene side forekommer det mig noget besynderligt og usandsynligt, at fællesskabslovgiver ved fastlæggelsen af betingelserne for lovlighed af reklamesammenligninger skulle have tænkt på at forbyde sammenligninger mellem produkter med forskellig oprindelsesbetegnelse uden i den forbindelse at have tænkt på at opstille et tilsvarende forbud mod sammenligninger mellem et produkt med oprindelsesbetegnelse og et produkt uden. Jeg kan ikke se

meningen med et forbud mod en sammenligning f.eks. mellem osten »Grana Padano« og osten »Parmigiano Reggiano«, der begge har oprindelsesbetegnelser, når der ikke findes et tilsvarende forbud mod en sammenligning mellem en af disse og en anden ost, der ikke har en oprindelsesbetegnelse.

120. På den anden side forekommer den anden fortolkningsløsning, hvorefter den her behandlede bestemmelse kun kan anvendes på sammenligninger, der sigter mod at fremme produkter med oprindelsesbetegnelse, mig også at være utilfredsstillende. Hvis en reklamesammenligning mellem et produkt uden oprindelsesbetegnelse og et produkt med denne betegnelse kun var tilladt for udbyderen af det førstnævnte produkt, ville vi have at gøre med en usædvanlig og uforklarlig asymmetri, som ville hindre ligestilling af parterne ved reklamesammenligning og straffe udbyderne af produkter med oprindelsesbetegnelse.

121. Artikel 3a, stk. 1, litra f), forekommer mig i forbindelse med en sammenligning, der involverer et produkt med en oprindelsesbetegnelse, snarere at være en nærmere forklaring af betingelsen om sammenligningens ensartethed i henhold til litra b), idet forbuddet mod såkaldt snyltende reklame (eller parasitær markedsføring) til beskyttelse af oprindelsesbetegnelserne allerede indgår i samme artikel 3a, stk. 1, litra g). Grundlæggende er formålet med litra f) efter min mening at understrege, at en sammenligning mellem en vare, som har en oprindelsesbetegnelse, og en vare, som mangler den, eller en sammenligning mellem varer med forskellige oprindelsesbetegnelser ikke kan anses for at være en ensartet sammenligning.

122. Det drejer sig således om en slags forudantagelse om manglende ensartethed af den sammenligning, som har til formål at indføre en øget beskyttelse af produkter med oprindelsesbetegnelse mod reklamesammenligninger og at bidrage til den beskyttelse af disse produkter, som har hjemmel i andre af fællesskabsrettens bestemmelser.

123. Dette bekræftes af 12. betragtning til direktiv 97/55, som er den eneste, der kan forklare reglen i artikel 3a, stk. 1, litra f), hvor det fastslås, at i betingelserne for sammenlignende reklame »bør der navnlig tages hensyn til bestemmelser baseret på Rådets forordning (EØF) nr. 2081/92 af 14. juni 1992 om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og levnedsmidler [40], særlig

40 — EFT L 208, s. 1. Denne forordning er for nylig blevet ophævet og erstattet med Rådets forordning (EF) nr. 510/2006 af 20.3.2006 om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og fødevarer (EUT L 93, s. 12).

artikel 13, og andre fællesskabsbestemmelser, der er vedtaget på landbrugsområdet«.

124. Den behandlede bestemmelse har været genstand for heftig kritik i teorien, der har anset den for at være et nytteløst privilegium til fordel for produkter med oprindelsesbetegnelse til hinder for den frie konkurrence. Selv om den ganske vist sikrer en stærk beskyttelse af disse produkter, mener jeg dog ikke, at den er i modstrid med målsætningerne i direktiv 97/55, og jeg er enig med Kommissionen i, at der er tale om et bevidst valg fra fællesskabslovgivers side, som ikke kan tages op til fornyet diskussion ved hjælp af fortolkninger.

125. Derfor mener jeg, at artikel 3a, stk. 1, litra f), bør fortolkes således, at en sammenligning i reklameøjemed, som berører et produkt med en oprindelsesbetegnelse, kun er lovlig, hvis den foretages i forhold til et andet produkt med den samme oprindelsesbetegnelse.

126. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det fjerde præjudicielle spørgsmål bekræftende.

Forslag til afgørelse

127. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Cour d'appel de Bruxelles forelagte spørgsmål således:

»1) En henvisning i en reklame til en varetype opfylder ikke i sig selv kravet om henvisning i artikel 2, nr. 2a, i Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984

om vildledende og sammenlignende reklame, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6. oktober 1997, i den forstand, at den ville gøre det muligt at identificere hver enkelt virksomhed, der udbyder denne varetype eller de pågældende varer. En lignende henvisning kan kun indirekte identificere en konkurrent eller de varer, som denne udbyder, i henhold til den ovennævnte bestemmelse, såfremt den under hensyn til alle den konkrete sags omstændigheder gør det muligt for en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger at forestille sig en eller flere bestemte virksomheder, der udbyder denne varetype eller de pågældende varer.

2) Med henblik på at afgøre, om der er et konkurrenceforhold mellem annoncøren og den virksomhed, som der er henvist til i reklamen, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2a i direktiv 84/450, kan man ikke se bort fra en betragtning af de varer og tjenesteydelser, som denne virksomhed udbyder. Det skal tværtimod undersøges, om annoncøren og den pågældende virksomhed aktuelt eller potentielt konkurrerer med hinanden hvad angår en vilkårlig del af det sortiment af varer eller tjenesteydelser, som de henholdsvis udbyder. Særlig er det tilstrækkeligt, hvis der foreligger en vis, også blot en begrænset, efterspørgselssubstitution mellem den enes vare eller tjenesteydelse og den andens vare eller tjenesteydelse.

Med henblik på at bedømme, om det nævnte konkurrenceforhold foreligger, skal den nationale kontrolmyndighed henholde sig til den eksisterende situation i den del af Fællesskabets område, hvor reklamen spredes, og som er underlagt dens myndighed, og den skal blandt andre faktorer også tage hensyn til muligheden for en udvikling i forbrugsvanerne, særlige træk ved de varer eller tjenesteydelser, som er genstand for reklamen, og det billede, som annoncøren ønsker at give af det annoncerede produkt.

Kriterierne til konstatering af, om der foreligger et konkurrenceforhold i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, og til bedømmelse af, om sammenligningen opfylder den betingelse, der er fastsat i samme direktivs artikel 3a, stk. 1, litra b), er ikke identiske.

3) En reklame, der indeholder en sammenligning, men ikke opfylder betingelserne for at kunne anses for at være en sammenlignende reklame i henhold til artikel 2, nr. 2a, i direktiv 84/450, henhører ikke under anvendelsesområdet for bestemmelserne i dette direktiv om sammenlignende reklame. Dens lovlighed skal derfor bedømmes på grundlag af de gældende nationale bestemmelser, som adskiller sig fra de bestemmelser, hvormed de ovennævnte bestemmelser gennemføres, og under hensyn til andre eventuelt relevante bestemmelser i fællesskabsretten, selv om det måtte medføre en lavere grad af beskyttelse af forbrugernes interesser og interesserne hos leverandørerne af denne varetype.

4) I henhold til artikel 3a, stk. 1, litra f), i direktiv 84/450 er enhver sammenligning, der for så vidt angår varer, der ikke har en oprindelsesbetegnelse, henviser til varer, der har en oprindelsesbetegnelse, ulovlig.«