CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 30 november 2006 [1]

1. Met dit verzoek om een prejudiciële beslissing legt het Hof van Beroep te Brussel het Hof een reeks vragen voor over de uitlegging van een aantal bepalingen aangaande vergelijkende reclame van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende en vergelijkende reclame [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 [3] (hierna: „richtlijn 84/450"). [4]

2. Deze vragen zijn gerezen in een geschil tussen het Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (hierna: „CIVC") en de vennootschap Veuve Clicquot Ponsardin (hierna: „Veuve Clicquot"), enerzijds, en de vennootschap De Landtsheer Emmanuel (hierna: „De Landtsheer"), anderzijds, met betrekking tot de reclamepraktijken die deze laatste gebruikt in het kader van de verhandeling van het bier „Malheur Brut Réserve".

Rechtskader

Gemeenschapsrecht

3. Bij richtlijn 97/55 zijn in richtlijn 84/450, die oorspronkelijk alleen over misleidende reclame handelde, een aantal bepalingen inzake vergelijkende reclame ingevoegd.

4. Artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55, definieert

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — PB L 250, blz. 17.

3 — PB L 290, blz. 18.

4 — Richtlijn 84/450 is laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken") (PB L 149, blz. 22). Een aantal van de bij richtlijn 2005/29 aangebrachte wijzigingen betreffen de bepalingen van richtlijn 84/450 over vergelijkende reclame, waaronder artikel 3 bis, maar dan aspecten die geen belang hebben voor deze zaak. Bovendien schrijft richtlijn 2005/29 voor dat de nodige nationale bepalingen moeten worden vastgesteld om uiterlijk op 12 juni 2007 daaraan te voldoen en dat die bepalingen uiterlijk op 12 december 2007 moeten worden toegepast. Daarom ga ik in deze conclusie uit van de tekst van richtlijn 84/450 in de versie van richtlijn 97/55 en niet van de bij richtlijn 2005/29 gewijzigde versie.

„vergelijkende reclame" in de zin van deze richtlijn als „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd".

5. Artikel 3 bis van richtlijn 84/450 bepaalt:

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

a) niet misleidend is in de zin van artikel 2, lid 2, artikel 3 en artikel 7, lid 1;

b) goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;

c) op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;

d) er niet toe leidt dat op de markt de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward;

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

f) voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;

g) geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten;

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

[...]"

Nationaal recht

6. De Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna: „WHPC"), in de versie die ten tijde van de feiten van toepassing was, bevat de bepalingen waarmee het Koninkrijk België uitvoering heeft gegeven aan de richtlijnen 84/450 en 97/55.

7. Artikel 23, § 1, WHPC verbiedt misleidende reclame.

8. In artikel 22 WHPC wordt vergelijkende reclame gedefinieerd als „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd", terwijl artikel 23 bis van deze wet de voorwaarden vaststelt waaronder deze vorm van reclame geoorloofd is, wat de vergelijking betreft, en daarbij in § 1 letterlijk [5] de inhoud van artikel 3 bis, lid 1, van richtlijn 84/450 overneemt. § 3 verbiedt uitdrukkelijk elke vergelijkende reclame die deze voorwaarden niet eerbiedigt.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

9. De feiten van het hoofdgeding, zoals in de verwijzingsbeslissing beschreven, kunnen als volgt worden samengevat.

10. De Landtsheer, een naamloze vennootschap met maatschappelijke zetel in België, vervaardigt en verhandelt verschillende soorten bier onder het merk „MALHEUR". In de loop van het jaar 2001 heeft zij onder de benaming „Malheur Brut Réserve" een bier op de markt gebracht dat wordt gebrouwen

5 — Met uitzondering van de aanpassing van de voorwaarde sub a, waarbij in de WHPC met betrekking tot het begrip misleidende reclame wordt verwezen naar artikel 23, 1° tot 5°, van deze wet.

volgens een procedé naar het voorbeeld van de wijze van productie van mousserende wijn en dat zij de eigenschap wilde opdrukken van een uitzonderlijk product, door daaraan een imago te geven dat verschilde van dat van de volksdrank bier. In 2002 werd het product verkocht voor ongeveer 8 EUR per fles van 750 ml.

11. Zowel op de fles als op het label aan de hals van de fles en/of op de kartonnen verpakking kwamen onder de meer de vermeldingen „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde (het eerste BRUT-bier ter wereld)", „Bière blonde à la méthode traditionnelle (blond bier volgens de traditionele methode)" en „Reims — France" voor, alsook een verwijzing naar de wijnbouwers van Reims en Épernay.

12. Bovendien heeft de bestuurder van De Landtsheer bij de voorstelling van het product het woord „Champagnebier" gebruikt om aan te geven dat het, ofschoon een bier, is gemaakt op de wijze van champagne.

13. Ten slotte heeft de Landtsheer bij andere gelegenheden de originaliteit van het bier geprezen door te wijzen op de kenmerken van mousserende wijn en vooral champagne, zoals bijvoorbeeld tijdens een interview met een krant („De uitzonderlijke originaliteit van dit bier zit in de zuurgraad, die uiteraard aan champagne doet denken"; „in tegenstelling tot mousserende wijn, blijft het schuimig") of in het kader van bepaalde tv-uitzendingen („Het wordt gebrouwen op dezelfde manier als champagne, maar blijft toch een bier").

14. Op 8 mei 2002 hebben CIVC en Veuve Clicquot De Landtsheer gedagvaard voor de Rechtbank van Koophandel te Nijvel om voor recht te doen verklaren dat De Landtsheer inbreuk had gemaakt op onder meer de artikelen 23, § 1, en 23 bis, § 3, WHPC inzake respectievelijk misleidende en vergelijkende reclame, door voor bier in het bijzonder van de hierboven beschreven vermeldingen en uitdrukkingen gebruik te maken, en om haar te doen gelasten deze inbreuken te staken.

15. Bij vonnis van 26 juli 2002 heeft de Rechtbank van Koophandel te Nijvel De Landtsheer gelast elk gebruik — voor bier — te staken van de oorsprongsbenaming „Champagne", van de aanduiding van herkomst „Reims-France", van de aanduiding „méthode traditionelle", alsook van elke andere aanduiding die verwijst naar de wijnbouwers, de smaak en de productiemethode van champagne. De vordering van CIVC en Veuve Clicquot is afgewezen wat betreft het gebruik — voor bier — van de vermeldingen „BRUT", „RESERVE", „BRUT RESERVE", en „La première bière BRUT au monde".

16. Op 13 september 2002 heeft De Landtsheer beroep tegen dit vonnis ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel, behoudens wat het deel van het vonnis betreft waarin haar het gebruik van de oorsprongsbenaming „Champagne" in het woord „Champagnebier" werd verboden. CIVC en Veuve Clicquot van hun kant hebben incidenteel beroep ingesteld tegen de gedeeltelijke afwijzing van hun vordering.

17. In de verwijzingsbeslissing wordt overigens gepreciseerd dat De Landtsheer heeft verklaard definitief af te zien van het gebruik van de aanduiding „Reims-France" [6] voor zijn bier, alsook van de verwijzingen naar de wijnbouwers van Reims en Épernay.

18. Voor het Hof van Beroep te Brussel hebben CIVC en Veuve Clicquot betoogd dat het gebruik van de vermeldingen „BRUT", „RESERVE", „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde" en „méthode traditionnelle" voor het door De Landtsheer gebrouwen bier, alsmede de verwijzingen naar mousserende wijn en champagne, de smaak en de methode van productie van champagne in mededelingen ter bevordering van de verkoop van dat bier, niet enkel misleidend waren in de zin van artikel 23, § 1, WHPC, maar ook ongeoorloofde vergelijkende reclame vormden in de zin van de artikelen 22 en 23 bis WHPC. De Landtsheer van zijn kant betwistte dat deze praktijken misleidend of vergelijkend van aard waren.

19. Voor de beslechting van het geding vond het Hof van Beroep te Brussel het nodig het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen, alle met betrekking tot de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 84/450 betreffende vergelijkende reclame:

„1) Bestrijkt de definitie van vergelijkende reclame reclameboodschappen waarin de adverteerder enkel verwijst naar een soort product, in die zin dat in dat geval een dergelijke reclameboodschap moet worden geacht te verwijzen naar alle ondernemingen die dit soort product aanbieden en dat elk van deze ondernemingen kan beweren te zijn geïdentificeerd?

2) Om te bepalen of er een concurrentieverhouding bestaat tussen de adverteerder en de onderneming waarnaar wordt verwezen in de zin van artikel [2, punt 2] bis, van de richtlijn:

a) Moet, onder meer op basis van artikel [2, punt 2] bis, juncto

6 — Ondanks dat De Landtsheer betwist dat het gebruik voor zijn bier van de aanduiding „Reims-France" ongeoorloofd is, heeft het Hof van Beroep te Brussel deze aanduiding toch als misleidend aangemerkt wat de geografische oorsprong van het betrokken product betreft, dat immers wordt gebrouwen in België, en de door de rechter in eerste aanleg gelaste staking van het gebruik ervan bevestigd.

artikel 3 bis, sub b, elke onderneming die met de reclame kan worden geïdentificeerd, ongeacht de producten of diensten die zij aanbiedt, worden beschouwd als concurrent in de zin van deze bepaling?

b) Ingeval het antwoord op de voorgaande vraag ontkennend luidt en andere voorwaarden moeten zijn vervuld om te kunnen spreken van een concurrentieverhouding, moet dan worden uitgegaan van de huidige marktsituatie en de huidige consumptiegewoonten in de Gemeenschap of moet mede rekening worden gehouden met een mogelijke ontwikkeling van deze gewoonten?

c) Moet enkel het gedeelte van het communautaire grondgebied waar de reclame wordt verspreid bij het onderzoek worden betrokken?

d) Moet de concurrentieverhouding worden beoordeeld aan de hand van de soorten producten die worden vergeleken en aan de hand van de manier waarop deze soorten producten gewoonlijk worden gepercipieerd of moet, om te beoordelen in welke mate de betrokken producten substitueerbaar zijn, ook rekening worden gehouden met de bijzondere kenmerken van het product dat de adverteerder in de betrokken reclame wil promoten en met het imago dat hij eraan wenst te geven?

e) Zijn de criteria om te bepalen of sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, dezelfde als de criteria om na te gaan of de vergelijking beantwoordt aan de in artikel 3 bis, sub b, gestelde voorwaarde?

3) Volgt uit artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn [...], juncto artikel 3 bis van deze richtlijn:

a) ofwel dat elke vergelijkende reclame waarmee een soort product kan worden geïdentificeerd, ongeoorloofd is wanneer de vermelding het niet mogelijk maakt, een concurrent of de door deze aangeboden goederen te identificeren?

b) ofwel dat de geoorloofdheid van de vergelijking enkel moet worden onderzocht in het licht van andere nationale bepalingen dan die welke uitvoering geven aan de bepalingen van de richtlijn op het gebied van vergelijkende reclame, wat zou kunnen leiden tot een verminderde bescherming van de consument of van de ondernemingen die het soort product aanbieden dat in verband wordt gebracht met het door de adverteerder aangeboden product?

4) Ingeval moet worden geconcludeerd dat er sprake is van vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, [volgt dan] uit artikel 3 bis, punt 1, sub f, van de richtlijn dat elke vergelijking die voor producten zonder een benaming van oorsprong betrekking heeft op producten met een benaming van oorsprong, ongeoorloofd is[?]"

Procesverloop voor het Hof

20. De Landtsheer, CIVC, Veuve Clicquot, de Belgische regering en de Commissie hebben overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend.

21. De vertegenwoordigers van De Landtsheer, CIVC, Veuve Clicquot, de Franse regering en de Commissie hebben pleidooi gehouden ter terechtzitting van 21 september 2006.

Juridische analyse

De eerste prejudiciële vraag

22. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de verwijzing in een reclameboodschap naar louter een soort product en niet naar een bepaalde onderneming of een specifiek, door die onderneming aangeboden product, tot gevolg heeft dat deze boodschap onder het begrip vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 valt. De verwijzende rechter vraagt het Hof dus of met de verwijzing naar een soort product, met alle ondernemingen die het product aanbieden, elk van die ondernemingen of de relevante producten kan worden geacht te zijn geïdentificeerd.

23. Vooraf wijs ik erop dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het hoofdgeding betrekking heeft op een aantal, aan De Landtsheer toe te schrijven mededelingen op de verpakking van het product van deze vennootschap (het etiket, het label aan de hals van de fles en de kartonnen verpakking) [7] of in een andere context, bijvoorbeeld

7 — Het gaat om de vermeldingen en uitdrukkingen „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde", „Bière blonde à la méthode traditionnelle", „Reims-France" en de verwijzing naar de wijnbouwers van Reims en Épernay.

een „voorstelling" (niet nader omschreven) van hetzelfde product [8], een interview in een krant en een aantal televisie-uitzendingen. [9]

24. Volgens de verwijzende rechter staat vast dat het bij deze mededelingen om reclame gaat. Hij vraagt zich evenwel af of het vergelijkende reclame betreft in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, gelet op een aantal vermeldingen of uitdrukkingen die zij bevatten.

25. Sommige van de bovengenoemde vermeldingen en uitdrukkingen worden meer bepaald — zoals de Commissie ter terechtzitting heeft benadrukt — door de verwijzende rechter als verwijzingen naar mousserende wijn [10] en andere als verwijzingen naar champagne [11] geïnterpreteerd. CIVC en Veuve Clicquot verwerpen dit volgens hen kunstmatige onderscheid en benadrukken vooral dat vermeldingen die de voorstelling van mousserende wijn oproepen, noodzakelijkerwijs ook de voorstelling van (mousserende) wijn van Champagne oproepen.

26. Om de door het Hof van Beroep te Brussel gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden, hoeft echter niet te worden onderzocht of deze beweringen kloppen. Dat staat aan de nationale rechter. Het Hof wordt niet gevraagd om te beslissen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclameboodschappen vergelijkende reclame vormen en of zij geoorloofd zijn, maar alleen om de verwijzende rechter te helpen bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 84/450, waarvan de voor het Hof aangehaalde bepalingen van de WHPC de getrouwe weergave zijn.

27. Om met name de eerste prejudiciële vraag te beantwoorden, volstaat het om vast te stellen dat de verwijzende rechter de betrokken boodschappen aldus uitlegt dat zij een verwijzing naar een soort product bevatten.

28. In het arrest Toshiba Europe [12] heeft het Hof erop gewezen dat om van vergelijkende reclame te kunnen spreken, blijkens artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 is vereist dat een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Het Hof wijst er op dat de gemeenschapswetgever ook hier een ruime definitie heeft gegeven, door te onderstrepen dat de gemeenschaps-

8 — Het gaat om de uitdrukking „Champagnebier".

9 — Het gaat om bepaalde verwijzingen naar mousserende wijn of champagne, of naar de smaak of productiemethode van champagne.

10 — Vooral de vermeldingen „BRUT", „RESERVE" en „méthode traditionnelle"; zie verwijzingsbeslissing, punt 21.

11 — Zie verwijzingsbeslissing, punt 24.

12 — Arrest van 25 oktober 2001 (C-112/99, Jurispr. blz. I-7945, punten 29-31).

wetgever het blijkens overweging 6 van de considerans van richtlijn 97/55 [13] wenselijk acht te voorzien in een ruim concept om alle vormen van vergelijkende reclame te bestrijken. Het Hof concludeert hieruit dat, om van vergelijkende reclame te kunnen spreken in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, dus een vermelding onder welke vorm ook volstaat, waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten, zij het impliciet, worden genoemd. [14] Volgens het Hof is het in dit verband van weinig belang of de goederen en de diensten van de adverteerder worden vergeleken met die van de concurrent.

29. CIVC, Veuve Clicquot en de Belgische regering menen uit dit standpunt van het Hof elementen te kunnen afleiden voor een uitlegging van het begrip vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, die ruim genoeg is om ook het geval te bestrijken van verwijzing — in een reclameboodschap — naar een soort product en niet naar een of meerdere welbepaalde ondernemingen of naar hun goederen of diensten.

30. Mijns inziens is het feit dat vergelijkende reclame in deze bepaling ruim wordt gedefinieerd, op zich niet van doorslaggevend belang voor het antwoord dat op de door de verwijzende rechter gestelde vraag moet worden gegeven.

31. Om te beginnen zij erop gewezen dat in overweging 6 van de considerans van richtlijn 97/55 vooral de *wenselijkheid* wordt benadrukt van een ruim concept van vergelijkende reclame. De overweging vermeldt weliswaar ook dat dit concept *alle vormen* van vergelijkende reclame moet bestrijken en wekt zo de indruk dat een ruime definitie van dit algemene concept vereist is. De overweging is echter duidelijk tautologisch, aangezien zij uiteindelijk lijkt te poneren dat alle vergelijkende reclame als vergelijkend moet worden beschouwd. Deze overweging is dus niet bepaald nuttig voor het onderzoek van de eerste prejudiciële vraag.

32. Wanneer bovendien, zoals het Hof in het arrest Toshiba Europe heeft geoordeeld, volgens artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet moeten worden genoemd om van vergelijkende reclame te kunnen spreken, dan lijkt de verwijzing in overweging 6 van de considerans van richtlijn 97/55 aldus te kunnen worden opgevat dat zij betrekking heeft op alle verschillende vormen waaronder dat noemen kan gebeuren, zonder evenwel te verduidelijken wat onder noemen moet worden verstaan.

13 — Volgens deze overweging van de considerans „[is] het wenselijk [...] te voorzien in een ruim concept van vergelijkende reclame om alle vormen van vergelijkende reclame te bestrijken".

14 — Zie in deze zin ook arrest van 18 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punt 35).

33. Uit de tekst van richtlijn 97/55 kan moeilijk worden afgeleid of de wetgever met deze richtlijn een regeling wilde vaststellen voor de vergelijking met een welbepaalde of bepaalbare concurrent of met zijn producten en diensten (of in elk geval voor het oproepen van de voorstelling daarvan), in alle vormen die de vergelijking (of de voorstelling) kan aannemen, dan wel of hij een uniforme regeling wilde invoeren die ook van toepassing is op andere vormen van reclame, zoals bijvoorbeeld de vergelijking met een denkbeeldige of niet-identificeerbare concurrent, de vergelijking met alle concurrenten (bijvoorbeeld in de zogenoemde superlatieve reclame) of de vergelijking tussen productie- of distributiesystemen.

34. Wat mij in casu ruim lijkt, is dus niet zozeer het concept van vergelijkende reclame van richtlijn 97/55, maar de mate van onzekerheid rond de uitlegging van dit concept en van andere aspecten van deze richtlijn, die trouwens pas is goedgekeurd na een wetgevingsproces dat vanwege de ter zake sterk uiteenlopende wetgevingen van de lidstaten lang en ingewikkeld was. [15]

35. Mijns inziens duidt de letterlijke betekenis van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 — en dan vooral het gebruik van de termen „worden genoemd" en „een concurrent" (dus enkelvoud) — veeleer erop dat reclame die betrekking heeft op een soort product en die het niet — zelfs niet louter impliciet — mogelijk maakt om één of meerdere *welbepaalde* concurrenten (of hun product) te individualiseren *door hem of hen van het gros van de concurrenten te onderscheiden*, niet onder deze definitie valt.

36. Wat daarentegen de doelstellingen van richtlijn 97/55 betreft, zij erop gewezen dat deze richtlijn „de basisbepalingen die de vorm en inhoud van reclame regelen" wilde uniformiseren en „de voorwaarden voor het gebruik van vergelijkende reclame in de lidstaten" wilde harmoniseren (overweging 2 van de considerans), met name door „voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is" (overweging 18 van de considerans).

37. Zo gezien stelt deze richtlijn met de invoeging van artikel 3 bis in richtlijn 84/450 de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame [16] vast die het, zoals blijkt uit

15 — Het eerste voorstel van de Commissie voor een richtlijn inzake vergelijkende reclame en tot wijziging van richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame dateert van 1991 (PB C 180, blz. 14). Naar aanleiding van het advies van het Economisch en Sociaal Comité en van het Europees Parlement heeft de Commissie in 1994 een gewijzigd voorstel ingediend (PB C 136, blz. 4), dat na amendering en via een ingewikkelde medebeslissingsprocedure pas in oktober 1997 is goedgekeurd.

16 — Zie artikel 1 van richtlijn 84/450, volgens hetwelk deze richtlijn „beoogt de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en *de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd*" (cursivering van mij).

overweging 7 van de considerans van richtlijn 97/55, mogelijk maken „om te bepalen welke praktijken in verband met vergelijkende reclame de concurrentie kunnen verstoren, de concurrenten schade kunnen berokkenen en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument".

38. Dat betekent dat artikel 3 bis van richtlijn 84/450 niet enkel de lidstaten verplicht om vergelijkende reclame — volgens de, zoals gezegd onduidelijke, definitie van dat concept in artikel 2, punt 2 bis, van deze richtlijn — geoorloofd te achten die voldoet aan de daarin opgesomde voorwaarden. Was dat het geval, dan zou het de lidstaten ook verder vrijstaan om een regeling vast te stellen voor vergelijkende reclame die niet aan die voorwaarden voldoet. Artikel 3 bis verbiedt de lidstaten in feite ook om vergelijkende reclame toe te staan die niet aan deze voorwaarden voldoet.

39. Hoe ruimer derhalve de definitie van vergelijkende reclame in de zin van richtlijn 84/450 wordt opgevat, hoe meer uiteenlopende vormen van reclame onder de nogal strenge regels van artikel 3 bis zullen vallen. Zo schrijft lid 1, sub c, van dit artikel bijvoorbeeld voor dat vergelijkende reclame die een vergelijking bevat, „op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken" van de goederen en diensten waarop zij betrekking heeft, „met elkaar vergelijkt".

40. Overweging 11 van de considerans van richtlijn 97/55 verduidelijkt dat „de voorwaarden voor vergelijkende reclame cumulatief moeten zijn en in hun geheel moeten worden nageleefd".[17] Daaruit volgt dat *alle* vergelijkende reclame, „wat de vergelijking betreft"[18], aan *alle* in artikel 3 bis opgesomde voorwaarden moet voldoen, zodat, wanneer die reclame een vergelijking bevat, deze met name de in lid 1, sub c, vermelde kenmerken moet vertonen.

41. Daarom zou een door CIVC, Veuve Clicquot en de Belgische regering gewenst bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag met name erop neerkomen dat het wegens schending van artikel 3 bis, lid 1, sub c, ongeoorloofde karakter werd bekrachtigd van minder agressieve vormen van reclame, zoals *algemene*[19] beweringen of claims van superioriteit, leadership, uniek-

17 — In punt 54 van het reeds aangehaalde arrest Pippig Augenoptik benadrukt het Hof dat de voorwaarden van artikel 3 bis, lid 1, van richtlijn 84/450 cumulatief zijn.

18 — De uitdrukking „wat de vergelijking betreft" staat in verschillende zinsneden van richtlijn 97/55: zie overweging 7 van de considerans, lid 1 van artikel 3 bis, ingevoegd in richtlijn 84/450 bij richtlijn 97/55, en lid 2 van artikel 7 van richtlijn 84/450, zoals vervangen door richtlijn 97/55.

19 — Dat wil zeggen zonder verwijzing naar specifieke omstandigheden.

heid of exclusiviteit ten aanzien van alle concurrenten (meestal door middel van relatieve superlatieven: bijvoorbeeld de beste, de meest gevraagde) die ten tijde van de vaststelling van richtlijn 97/55 in het algemeen geoorloofd werden geacht in het nationale recht van de lidstaten [20], als onschuldige grootspraak (*puffery*), zolang niet de goede naam van concurrenten werd geschaad.

42. Ik ben geneigd te geloven dat als de gemeenschapswetgever de lidstaten had willen verplichten dergelijke vormen van reclame, die in hun rechtsorde meestal toegestaan waren, te verbieden, hij dat in de tekst van richtlijn 97/55 duidelijker zou hebben gezegd. De overwegingen van de considerans van richtlijn 97/55 wijzen er veeleer op dat het voornaamste doel van de communautaire wetgever was om vormen van reclame die de consumenten konden informeren, maar die door de wetgeving van de verschillende lidstaten nog verboden waren, te liberaliseren, zij het onder strikte voorwaarden voor de geoorloofdheid daarvan. [21]

43. Het begrip vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 aldus uitleggen dat zelfs de meest banale vormen van superlatieve reclame onder deze richtlijn zouden vallen, en dus onder de daarin gestelde voorwaarden voor geoorloofdheid, waardoor zij verboden zouden zijn, lijkt mij niet passend, zeker gezien het belang dat in richtlijn 84/450 wordt gehecht aan de verwachting van een gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument [22], die dus voldoende kritische zin heeft om bij zijn aankoopbeslissingen vage grootspraak te kunnen onderscheiden van informatieve boodschappen.

44. Zou voorts de uitlegging worden toegestaan volgens welke het begrip vergelijkende reclame in de zin van richtlijn 84/450 niet vereist dat een of meerdere *welbepaalde* concurrenten of hun producten en diensten worden genoemd, dan zou richtlijn 97/55 een zeer restrictief effect sorteren, ook ten aanzien van vormen van reclame die een niet-generieke vergelijking inhouden met alle concurrerende producenten of met een niet-identificeerbare concurrent („*merk X*"). Aan-

20 — Volgens mijn vaststellingen behoren daartoe landen zoals Duitsland, Italië en Luxemburg, die erg strenge regels hebben inzake vergelijkende reclame.

21 — Zie met name overweging 5 van de considerans, die onder meer vermeldt „dat vergelijkende reclame waarin wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken worden vergeleken en die niet misleidend is, een gewettigd middel kan zijn om de consumenten over hun voordelen voor te lichten".

22 — Arresten Pippig Augenoptik, reeds aangehaald, punt 55, en van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Jurispr., blz. I-8501, punt 78). Zie ook, met verwijzing naar andere communautaire regels tot bescherming van de consument tegen misleidende aanduidingen in verordening (EEG) nr. 1907/90 van de Raad van 26 juni 1990 betreffende bepaalde handelsnormen voor eieren (PB L 173, blz. 5) respectievelijk richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten (PB L 262, blz. 169), enerzijds, arrest van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky (C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 37) en, anderzijds, arresten van 13 januari 2000, Estée Lauder (C-220/98, Jurispr. blz. I-117, punten 27-30), en 24 oktober 2002, Linhart en Biffl (C-99/01, Jurispr. blz. I-9375, punt 31).

gezien de daarbij gebruikte vergelijkingsbasis onbepaald is, kunnen dergelijke vormen van reclame namelijk moeilijk voldoen aan de in artikel 3 bis, lid 1, sub c, vastgestelde voorwaarde van *controleerbaarheid.*

45. Anderzijds kan niet worden aangenomen dat de in de punten 41 en 44 hierboven genoemde vormen van reclame onder het begrip vergelijkende reclame in de zin van richtlijn 84/450 moeten vallen, op grond dat zij hoe dan ook een — althans impliciete — vergelijking bevatten. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, om te kunnen spreken van vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, er volgens het arrest Toshiba Europe [23] geen vergelijking is vereist — *die mag zelfs ontbreken* — maar een, zelfs impliciete, verwijzing naar een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten.

46. Gelet op de hierboven uiteengezette overwegingen en op de letterlijke inhoud van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, ben ik van mening dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat er pas sprake is van vergelijkende reclame wanneer de boodschap, al was het maar impliciet, betrekking heeft op een of meerdere *welbepaalde* concurrenten of op de goederen of diensten die zij aanbieden.

23 — Reeds aangehaald, punten 29 en 31.

47. Ik vind het nuttig te verduidelijken dat de mogelijkheid om een of meerdere *welbepaalde* concurrenten of hun producten of diensten in de reclameboodschap te identificeren, moet worden beoordeeld vanuit het standpunt van de consument, en meer bepaald van de gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument, en niet vanuit het standpunt van de concurrent. Belangrijk is dat wordt nagegaan of bij een dergelijke consument, wanneer hij met de reclameboodschap wordt geconfronteerd, het beeld van een of meerdere *welbepaalde* concurrenten van de adverteerder (of van hun producten of diensten) wordt opgeroepen. Het feit dat een bepaalde concurrent zich individueel geviseerd voelt door de reclameboodschap, is dus niet relevant.

48. Er zijn vele mogelijke manieren om de concurrent (of zijn producten of diensten) te identificeren: behalve de vormen van expliciet identificeren (verwijzing naar de handelsnaam van de concurrent of naar zijn merken of onderscheidende tekens), zijn er diverse vormen van impliciet identificeren denkbaar, bijvoorbeeld door verwijzing naar feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan zijn onderneming, naar zijn mededelingen (bijvoorbeeld reclameslogans of testimonial advertising), naar zijn positie op de markt (bijvoorbeeld van marktleider), naar bijzondere kenmerken van zijn producten of diensten of naar andere elementen die de consument als verwijzingen naar die *welbepaalde* concurrent of naar zijn producten of diensten kan opvatten.

49. Niets belet natuurlijk dat de verwijzing naar een soort product in de reclameboodschap in bepaalde omstandigheden bij de betrokken consument ook het beeld kan oproepen van een of meerdere *welbepaalde* concurrenten of van hun producten of diensten.

50. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het soort product waarnaar de reclameboodschap verwijst, behalve door de adverteerder, slechts door één concurrent wordt aangeboden (duopolie) of wanneer de boodschap betrekking heeft op een soort product dat slechts door één onderneming wordt aangeboden en dat verschilt van het soort product dat de adverteerder aanbiedt, maar toch hiermee concurreert.

51. Ik erken ook dat, zoals de Commissie voorstelt, door de verwijzing naar een soort product, afhankelijk van de omstandigheden, impliciet een groter aantal concurrenten (twee of meer) kan worden geïdentificeerd, op voorwaarde dat zij de consument *individueel* voor de geest komen. Het valt met name niet uit te sluiten dat de verwijzing naar een soort product, dat bij een beperkt oligopolie wordt aangeboden door bij het publiek welbekende ondernemingen, het de consument mogelijk maakt elk van deze ondernemingen individueel voor de geest te halen.

52. Ik ben het daarentegen niet eens met het standpunt van CIVC en Veuve Clicquot, dat — naar het mij voorkomt — ter terechtzitting ook is ingenomen door de Franse regering, volgens hetwelk de verwijzing naar een product met een oorsprongsbenaming op zich volstaat om de in artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 vereiste identificatie mogelijk te maken.

53. Het is van weinig belang of een dergelijke verwijzing kan worden uitgelegd als een verwijzing naar een soort product of daarentegen, zoals CIVC en Veuve Clicquot betogen, naar „welbepaalde producten" met precieze kenmerken die verband houden met een specifieke geografische herkomst. Zoals deze partijen en de Franse regering opmerken, hoeft volgens de betrokken bepaling weliswaar niet noodzakelijkerwijs een *concurrent* te worden genoemd, maar kunnen ook de *goederen of diensten* van een concurrent worden genoemd. Aangezien deze richtlijn hoe dan ook betrekking heeft op goederen of diensten *van een concurrent* en, zoals ik hierboven heb uiteengezet, onder „een concurrent" een *welbepaalde* concurrent, dat wil zeggen een door de consument *individueel waargenomen* concurrent, moet worden verstaan, treft het argument van CIVC, Veuve Clicquot en de Franse regering evenwel geen doel.

54. Hetzelfde geldt voor het argument dat CIVC en Veuve Clicquot puren uit het

beperkte aantal marktdeelnemers die een oorsprongsbenaming mogen gebruiken. Het feit dat deze marktdeelnemers een gesloten kring kunnen vormen en zij theoretisch dus nauwkeurig kunnen worden geïndividualiseerd, impliceert niet dat de gemiddelde consument, wanneer hij wordt geconfronteerd met een reclameboodschap die de oorsprongsbenaming vermeldt, er noodzakelijkerwijs toe wordt gebracht elk van deze marktdeelnemers individueel voor de geest te halen.

55. Het staat dus aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de betwiste, door De Landtsheer gebruikte vermeldingen en uitdrukkingen, beoordeeld in de algemene context van de reclameboodschap waarvan zij deel uit maken [24] — dus ook rekening houdend met de andere aspecten, met name van grafische of decoratieve aard, die deze boodschap vormen —, gelet op de marktkennis waarover de gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument kan beschikken, deze laatste in staat kunnen stellen om een of meerdere *welbepaalde* ondernemingen dan wel hun producten of diensten te identificeren.

56. Ik geef het Hof dan ook in overweging om de eerste prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt :

„De verwijzing in een reclameboodschap naar een soort product voldoet op zich niet aan het in artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 gestelde vereiste van genoemd worden, in die zin dat het daardoor mogelijk zou zijn om elke onderneming die dit soort producten of betrokken goederen aanbiedt, te identificeren. Door een dergelijke verwijzing zouden een concurrent of de door een concurrent aangeboden goederen enkel impliciet kunnen worden geïdentificeerd in de zin van deze bepaling, wanneer, gelet op alle omstandigheden van het concrete geval, een gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument daardoor in staat is om een of meerdere welbepaalde ondernemingen die dit soort product aanbieden, dan wel hun goederen, voor de geest te halen."

De tweede prejudiciële vraag

57. De tweede prejudiciële vraag, die in meerdere kleinere vragen is opgedeeld, betreft in de eerste plaats het bestaan van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 tussen de adverteerder en de andere onderneming (of haar producten of diensten) die in de reclameboodschap wordt genoemd. Ook met deze vraag wordt dus verzocht om verduidelijking van de werkingssfeer van de bij richtlijn 97/55 ingevoerde regeling. Bovendien moet de draagwijdte worden

24 — Uit het reeds aangehaalde arrest Toshiba Europe (punten 57 en 58) blijkt dat voor de beoordeling van het effect dat een vermelding in een reclameboodschap bij de doelgroep kan hebben, rekening moet worden gehouden met de globale presentatie van deze reclame. Zie eveneens het reeds aangehaalde arrest Lidl Belgium (punt 79).

uitgelegd van de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 vastgestelde voorwaarde voor geoorloofdheid.

58. De verwijzende rechter vraagt allereerst of op basis van artikel 2, punt 2 bis, juncto artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 elke onderneming die met de reclameboodschap kan worden geïdentificeerd, dus ongeacht de goederen of diensten die zij aanbiedt, als „concurrent" in de zin van eerstgenoemde bepaling moet worden beschouwd (vraag 2, sub a).

59. Ingeval het antwoord op deze vraag ontkennend luidt, vraagt de verwijzende rechter het Hof welke criteria moeten worden toegepast bij de beoordeling of er sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 (vraag 2, sub b, c en d).

60. Ten slotte vraagt hij of deze criteria dezelfde zijn als de criteria om na te gaan of is voldaan aan de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, gestelde voorwaarde voor geoorloofdheid (vraag 2, sub e).

61. De vraag sub a moet mijns inziens in elk geval ontkennend worden beantwoord. Zoals De Landtsheer en de Commissie hebben betoogd, laat de tekst van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 geen ruimte voor twijfel: om van vergelijkende reclame te kunnen spreken, moet een *concurrerende* onderneming (of haar goederen en diensten) kunnen worden geïdentificeerd en niet een willekeurige onderneming (of haar goederen en diensten). Voor het onderzoek of die reclame betrekking heeft op een concurrent en dus vergelijkend is in de zin van die bepaling, is het derhalve van wezenlijk belang om rekening te houden met de door de genoemde onderneming aangeboden producten en diensten, alsmede met die welke door de adverteerder worden aangeboden.

62. Het feit — en in dat verband lijkt de verwijzende rechter enige twijfel te hebben — dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, als voorwaarde voor de geoorloofdheid van de reclame ook vereist dat er een concurrentieverhouding bestaat tussen de producten die het voorwerp vormen van de vergelijkende reclame, verlangt geenszins een uitlegging van artikel 2, punt 2 bis, die zo sterk afwijkt van de letterlijke betekenis van deze bepaling.

63. Het lijkt mij nuttig te verduidelijken dat de wettelijke definitie van vergelijkende

reclame niet voorschrijft dat de producten die eventueel het voorwerp vormen van de vergelijkende reclame, met elkaar in concurrentie zijn. Wat telt is dat de adverteerder en de andere onderneming die in de reclameboodschap wordt genoemd (of waarvan het product wordt genoemd), met elkaar concurreren met betrekking tot *een willekeurig deel van het assortiment* van door hen aangeboden producten of diensten.

64. Dat het bestaan van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, niet alleen moet worden beoordeeld op basis van de goederen of diensten waarnaar de reclameboodschap verwijst, blijkt uit het feit dat deze bepaling niet vereist dat *concurrerende* goederen of diensten worden genoemd, maar „door een concurrent aangeboden goederen of diensten", of, in het andere geval, de persoon of situatie van „een concurrent" (institutionele of persoonlijke reclame). In dat laatste geval zal het, daar geen specifiek goed of geen specifieke dienst wordt genoemd, uiteraard niet mogelijk zijn om na te gaan of er sprake is van een concurrentieverhouding wat de producten of diensten betreft die het voorwerp van de reclame vormen.

65. Ik ben het eens met de Belgische regering en de Commissie dat de concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, ruim moet worden uitgelegd. Met name hoeft bij de beoordeling van het concrete bestaan van dergelijke verhouding niet op *alle punten* te zijn voldaan aan de criteria voor de definitie van de relevante markt, die zijn opgesteld in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht [25] (hierna „bekendmaking inzake de relevante markt"), waarnaar in de schriftelijke opmerkingen is verwezen.

66. Zoals bekend, is de voornaamste doelstelling van de bepaling van de relevante markt in het kader van de toepassing van de mededingingsregels het onderkennen van de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd, om het mogelijk te maken de macht op de markt van elk van hen te beoordelen. [26] In het kader van die analyse moet in de eerste plaats worden gekeken naar de substitueerbaarheid van de producten aan de vraagzijde, dat wil zeggen naar de mate waarin de consument deze producten als onderling verwisselbaar beschouwt. De substitueerbaarheid hangt uiteraard af van de geschiktheid van de producten om in dezelfde behoefte van de consument te voorzien.

67. Aangezien de bepaling van de relevante markt op het vlak van het mededingingsrecht tot doel heeft de ondernemingen te identificeren die een daadwerkelijke concurrentiedwang ten aanzien van de betrokken ondernemingen kunnen uitoefenen, met andere woorden het gedrag van deze laatste en met

25 — PB 1997, C 372, blz. 5.

26 — Zie in die zin punt 2 van de bekendmaking inzake de relevante markt.

name hun prijsbeleid kunnen beïnvloeden, zal de analyse in deze context vooral gericht zijn op de vaststelling van een significante mate van substitueerbaarheid tussen dezelfde producten, met name door te kijken naar de kruiselingse prijselasticiteit met betrekking tot de vraag naar de betrokken producten. Zoals in de bekendmaking inzake de relevante markt is gepreciseerd [27], is de marktbepaling om procedurele en praktische redenen toegespitst op de substitutie aan de vraagzijde welke voortvloeit uit kleine permanente wijzigingen van de relatieve prijzen. Het product van een andere onderneming heeft met name op korte termijn voldoende invloed op de prijs van de producten van de betrokken onderneming wanneer in geval van een hypothetische geringe, maar duurzame verhoging van die prijs in het betrokken geografische gebied, de mate van substitutie tussen de twee producten volstaat om de prijsverhoging onrendabel te maken. [28]

68. Het lijkt mij niet gepast deze criteria te hanteren bij de beoordeling van het bestaan van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450. In deze context is een heel andere aanpak aangewezen.

69. Het voornaamste doel van reclame is juist de aankoopbeslissingen van de consumenten te beïnvloeden teneinde de vraag naar het product waarvoor reclame wordt gemaakt te doen toenemen. Het voornaamste doel van vergelijkende reclame bestaat in het bijzonder erin de vraag naar het product van een andere onderneming te verplaatsen naar het product van de adverteerder. De gemeenschapswetgever staat welwillend tegenover vergelijkende reclame, omdat zij onder bepaalde voorwaarden de consument kan voorlichten en de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten kan stimuleren, in het voordeel van de consument. [29] De gemeenschapswetgever verbindt aan deze vorm van reclame echter een aantal voorwaarden die met name moeten voorkomen dat zij de concurrentie verstoort, de concurrenten schade berokkent of een negatieve invloed heeft op de keuze van de consument. [30]

70. Daaruit volgt dat de op grond van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 vereiste concurrentieverhouding niet die is waarvan een daadwerkelijke concurrentiedwang uitgaat ten aanzien van de vrijheid van commercieel handelen van de betrokken onderneming, maar die welke enerzijds voor grotere aankoopkeuzes voor de consument kan zorgen en anderzijds het belang bij, en bijgevolg ook het risico van, onjuiste reclamepraktijken kan verhogen.

27 — Zie punt 15.

28 — Zie punten 16-18 van de bekendmaking inzake de relevante markt.

29 — Zie overwegingen 2 en 5 van de considerans van richtlijn 97/55.

30 — Zie overweging 7 van de considerans van richtlijn 97/55.

71. Zo gezien, is mijns inziens voor de concurrentieverhouding van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 geen aanzienlijke mate van substitueerbaarheid van de producten van de betrokken ondernemingen vereist, zoals die normaliter nodig is om in het mededingingsrecht te kunnen concluderen dat die producten tot een en dezelfde relevante markt behoren.

72. Zoals de Commissie suggereert, volstaat een zekere mate van substitueerbaarheid tussen de producten van de betrokken ondernemingen. Die kan dus ook gering zijn. Het bestaan van een concurrentieverhouding kan met andere woorden zelfs worden aangenomen wanneer er pas bij een sterke schommeling van de relatieve prijs van de producten sprake is van een aanzienlijke mate van substitutie, en volgens mij zelfs wanneer een sterke schommeling van de prijs slechts een geringe mate van substitutie tot gevolg heeft.

73. Daarom kunnen niet, zoals De Landtsheer betoogt, alleen ondernemingen die in het kader van de toepassing van de mededingingsregels tot dezelfde relevante markt behoren, als concurrenten in de zin van artikel 2, punt 2 bis, worden aangemerkt.

74. Bovendien mag mijns inziens, gelet op het risico dat de in de reclame genoemde onderneming concrete schade lijdt door de vergelijkende reclame (of zelfs doordat zij daarin wordt genoemd zonder vergelijking), ook niet worden uitgesloten dat er eveneens een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 kan worden vastgesteld wanneer de adverteerder momenteel geen producten aanbiedt die aan de vraagzijde substitueerbaar zijn voor die van de betrokken ondernemingen of wanneer hij ze wel aanbiedt, maar op een andere geografische markt. De adverteerder zou een potentiële concurrent kunnen zijn van de in de reclame genoemde onderneming en er belang bij kunnen hebben om het imago van deze onderneming te bekladden, teneinde zijn latere intrede op de markt waarop die laatste actief is voor te bereiden.

75. Daarom ben ik het eens met de Belgische regering en de Commissie dat in het kader van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 ook met louter potentiële mededinging rekening moet worden gehouden. [31]

76. Vooral bij een hoge graad van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde kan

31 — Ik herinner er daarentegen aan dat in het mededingingsrecht potentiële mededinging, eventueel met uitzondering van de concurrentie die ontstaat door een hoge mate van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde, bij de bepaling van de relevante markt buiten beschouwing wordt gelaten, maar eventueel in een later stadium opnieuw wordt onderzocht, bijvoorbeeld om na te gaan of er sprake is van een dominante marktpositie in de zin van artikel 82 EG of voor de beoordeling van de gevolgen voor de mededinging van een bepaalde concentratie. Zie de bekendmaking inzake de relevante markt (punten 14 en 24).

een situatie van potentiële mededinging bestaan. Zoals bekend, is de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde van belang voor de bepaling van de relevante markt in het kader van de toepassing van de mededingingsregels, wanneer zij een daadwerkelijke concurrentiedwang kan uitoefenen ten aanzien van de betrokken ondernemingen. Bij de vaststelling van haar commercieel beleid moet een onderneming rekening houden met de capaciteit van bepaalde ondernemingen — die nu nog niet hetzelfde product (of dezelfde productvariant) maken als zij, maar een ander product (of andere productvariant) dat in de ogen van de consument hun product niet kan vervangen — om hun productieproces zonder aanzienlijke extra kosten of buitensporige risico's op korte termijn te wijzigen en het betrokken product (of de betrokken productvariant) zelf ook op de markt te brengen als reactie op geringe maar duurzame wijzigingen van de betrokken prijs. Als die capaciteit in aanzienlijke mate aanwezig is, zal de productmarkt voor de toepassing van de mededingingsregels niet alleen alle producten omvatten die substitueerbaar zijn aan de vraagzijde, maar ook die welke enkel substitueerbaar zijn aan de aanbodzijde. [32]

77. Maar er is meer. Er wordt vaak beweerd dat reclame vooral tot doel heeft om de merkgetrouwheid te verhogen en de vraag naar het product waarvoor reclame wordt gemaakt minder elastisch te maken, met andere woorden het product minder vervangbaar te maken. Mijns inziens heeft reclame daarentegen echter ook tot doel de consument attent te maken op nieuwe mogelijkheden ter vervanging van het geconsumeerde goed en dus om de niet-vervangbaarheid van goederen af te zwakken.

78. Men moet dus goed voor ogen houden dat reclame niet alleen tot doel kan hebben om marktaandelen te doen verschuiven, maar ook om de vraag van de ene markt naar de andere te verplaatsen (met name naar een ander soort product), en dus om de omvang zelf van de markten te beïnvloeden.

79. De aard zelf van dit instrument verlangt derhalve een concept van de concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 dat is gebaseerd op een dynamische marktvisie.

80. Daaruit volgt — en nu kom ik tot mijn antwoord op punt b van de tweede prejudiciële vraag — dat er bij de beoordeling of er sprake is van die concurrentieverhouding niet alleen rekening moet worden gehouden met de huidige staat van de markten en de bestaande consumptiegewoonten, maar ook met de mogelijke ontwikkelingen van die gewoonten en dus van de markten zelf. Er moet met andere woorden worden nagegaan

32 — Zie de bekendmaking inzake de relevante markt, punten 20-23.

of tussen de door de adverteerder aangeboden goederen en diensten en die welke worden aangeboden door de andere onderneming waarop de reclame betrekking heeft, zelfs wanneer zij op dit ogenblik in de ogen van de consument niet substitueerbaar zijn, betrekkingen bestaan op grond waarvan kan worden aangenomen dat in de nabije toekomst een — zij het gedeeltelijke en beperkte — verschuiving van de vraag van de ene producten of diensten naar de andere mogelijk is.

81. Wanneer het door de adverteerder aangeboden product en het product van de andere onderneming waarop de reclame betrekking heeft, tot verschillende soorten waren behoren [33], dan mag bovendien — en dat brengt mij bij vraag 2, sub d — niet enkel rekening worden gehouden met de substitueerbaarheid in abstracto van beide soorten producten, maar moet ook worden gekeken naar de substitueerbaarheid tussen de betrokken specifieke producten op basis van hun concrete kenmerken. Het spreekt immers vanzelf dat — vooral voor soorten waren die worden gekenmerkt door een sterke productdifferentiatie — „grenszones" kunnen worden vastgesteld waar specifieke producten, die tot in abstracto niet-vervangbare soorten waren behoren, de facto met elkaar concurreren.

82. Aangezien vergelijkende reclame, zoals reeds opgemerkt, van invloed kan zijn op de vervangbaarheid van producten aan de vraagzijde, mag voorts ook niet worden voorbijgegaan aan de manier waarop de adverteerder zijn product via reclame positioneert en het imago dat hij het wil meegeven. Als de adverteerder zijn product zelf voorstelt als een aanvaardbaar alternatief voor het product van de andere onderneming waarop de reclame betrekking heeft, ook al behoort het in theorie tot een andere soort waar, dan moet mijns inziens worden aangenomen dat er sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, tenzij, gelet met name op de aard, de kenmerken, de bestemming en de relatieve prijs van de producten, het risico van verschuiving van klanten naar het gepromote product redelijkerwijs kan worden uitgesloten.

83. Wat vraag 2, sub c, betreft, meen ik, net als alle partijen die aan deze procedure hebben deelgenomen, dat het bestaan van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 tussen de adverteerder en de andere onderneming waarop de reclame betrekking heeft, moet worden onderzocht met betrekking tot het deel van het grondgebied van de Gemeenschap waarop de reclame wordt verspreid.

84. Hierover wil ik evenwel twee opmerkingen maken.

33 — Wat in casu het geval zou zijn volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter, die de betwiste reclameboodschappen zo uitlegt dat ze verwijzen naar een soort product (nu eens mousserende wijn, dan weer champagne) dat verschilt van het door De Landtsheer aangeboden soort product (bier).

85. In de eerste plaats herinner ik eraan dat de nationale (rechterlijke of administratieve) instantie die overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 84/450 belast is met het toezicht op vergelijkende reclame, enkel bevoegd is voor reclame verspreid op het grondgebied waarvoor zij bevoegd is. Daaruit volgt dat de genoemde instantie op grond van het feit dat de betrokken reclame in theorie ook verspreid kan worden op het grondgebied van andere lidstaten, niet mag aannemen dat er sprake is van de door artikel 2, punt 2 bis, vereiste concurrentieverhouding wanneer die zich enkel manifesteert op het grondgebied van andere lidstaten en niet ook op het grondgebied waarvoor zij bevoegd is.

86. Zo is bijvoorbeeld het Hof van Beroep te Brussel niet bevoegd om in rechte vast te stellen dat de betwiste reclameboodschappen betrekking hebben op een concurrent of op producten van een concurrent in de zin van artikel 22 WHPC en van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, wanneer het van oordeel zou zijn dat tussen De Landtsheer, enerzijds, en de producenten van mousserende wijn of champagne die in de genoemde boodschappen worden genoemd, anderzijds, niet op het Belgische grondgebied, maar op een ander deel van het grondgebied van de Gemeenschap, waar de boodschappen worden verspreid, een concurrentieverhouding bestaat. [34]

87. Uiteraard kan bij de analyse van de mogelijke ontwikkelingen van de consumptiegewoonten in België rekening worden gehouden met een bestaande concurrentieverhouding tussen de betrokken goederen op een ander deel van het grondgebied van de Gemeenschap.

88. In de tweede plaats wil ik benadrukken dat de beperking van het onderzoek naar het bestaan van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 tot het grondgebied waarop de reclame wordt verspreid, meebrengt dat een in verschillende lidstaten verspreide zelfde reclameboodschap, afhankelijk van de consumptiegewoonten en de marktstructuur in elk van die staten, in de ene lidstaat kan worden beschouwd als vergelijkende reclame in de zin van de genoemde bepaling en in een andere lidstaat niet.

89. Hoewel dit strijdig kan lijken met een van de doelstellingen van richtlijn 97/55, namelijk het bevorderen van „het vrije verkeer van reclame" op de interne markt [35], is dit evenwel onvermijdelijk, aangezien het niet redelijk lijkt om de toezichtsinstantie systematisch te verplichten na te gaan of er sprake is van een concurrentieverhouding op Europees niveau, los van de echte geografische omvang van de markten.

34 — Men mag niet vergeten dat sommige in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclameboodschappen op de verpakking van het product staan. Als het product ook in andere lidstaten met dezelfde verpakking in de handel zou worden gebracht, zouden dus tegelijk ook de genoemde reclameboodschappen worden verspreid.

35 — Zie overweging 3 van de considerans van richtlijn 97/55.

90. Dit probleem lijkt hoe dan ook betrekkelijk, niet alleen vanwege de huidige tendens tot geografische uitbreiding van de markten en de geleidelijke ontwikkeling van de interne markt, maar ook omdat het spel van de mededinging dat kan worden waargenomen in andere delen van de Gemeenschap, een belangrijke aanwijzing kan zijn voor een in wezen dynamische beoordeling van het bestaan van de betrokken concurrentieverhouding op het grondgebied waarop de reclame wordt verspreid en waarvoor de toezichtsinstantie bevoegd is.

91. Ten slotte kom ik bij vraag 2, sub e, waarmee de verwijzende rechter wil vernemen of de criteria om te bepalen of er sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, dezelfde zijn als de criteria om na te gaan of de vergelijking beantwoordt aan de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 gestelde voorwaarde. Volgens deze voorwaarde, ook wel voorwaarde van „homogeniteit" van de vergelijking genoemd, is vergelijkende reclame met een vergelijking geoorloofd op voorwaarde dat zij „goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd".

92. Door deze vraag te stellen, die ook een uitlegging van artikel 3 bis, lid 1, sub b, vereist, lijkt de verwijzende rechter, voor het geval dat zou moeten worden geconcludeerd dat de reclameboodschappen in het hoofdgeding vergelijkend zijn, impliciet van oordeel te zijn dat deze boodschappen een vergelijking bevatten en dus alleen geoorloofd zijn wanneer zij beantwoorden aan de in artikel 3 bis vastgestelde voorwaarden. De verwijzende rechter vraagt het Hof in elk geval niet om het begrip vergelijking of de werkingssfeer van artikel 3 bis als zodanig te verduidelijken. Het is dan ook niet nodig om deze aspecten in het kader van de onderhavige prejudiciële procedure te behandelen.

93. Ik ben het eens met de Commissie dat de criteria om te bepalen of er sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, niet dezelfde zijn als de criteria om na te gaan of de voorwaarde van artikel 3 bis, lid 1, sub b, is vervuld. Waren deze criteria dezelfde, dan is het duidelijk dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, geen enkel nuttig effect zou hebben, aangezien reclame die als vergelijkend in de zin van artikel 2, punt 2 bis, kan worden beschouwd, nooit strijdig zou kunnen zijn met de betrokken voorwaarde voor geoorloofdheid.

94. De criteria van de twee bepalingen hebben dus noodzakelijkerwijs een verschillende draagwijdte. Het in artikel 2, punt 2 bis, bedoelde concurrentiebegrip

moet meer gevallen bestrijken dan de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, bedoelde voorwaarde voor geoorloofdheid, zodat er gevallen van vergelijkende reclame kunnen zijn die niet aan deze voorwaarde voldoen.

95. In dat verband wil ik er eerst op wijzen dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, betrekking heeft op een verhouding die moet bestaan tussen de producten of diensten die het voorwerp vormen van de vergelijkende reclame, terwijl, zoals ik eerder heb uiteengezet, de relevante concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, niet noodzakelijkerwijs tussen de betrokken producten of diensten moet worden vastgesteld, maar ook betrekking kan hebben op het volledige assortiment van producten of diensten die worden aangeboden door de adverteerder en door de andere onderneming waarop de reclameboodschap betrekking heeft. [36]

96. Bovendien is het onderzoek van de substitueerbaarheid van de producten of diensten aan de aanbodzijde niet ter zake dienend voor artikel 3 bis, lid 1, sub b, maar kan het wel relevant zijn (zie punten 75 en 76 hierboven) voor artikel 2, punt 2 bis. Wanneer twee producten niet substitueerbaar zijn aan de vraagzijde, dan beantwoordt de reclameboodschap waarin beide producten worden vergeleken dus niet aan de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, vastgestelde voorwaarde.

97. Deze laatste opmerking wordt bevestigd door het onlangs gewezen arrest Lidl Belgium [37], waarin het Hof verklaart dat de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, vastgestelde voorwaarde voor geoorloofdheid betekent dat de consument de vergeleken concurrerende goederen „in voldoende mate kan substitueren". Het Hof wijst erop dat deze bepaling het in de overwegingen 2 en 9 van de considerans van richtlijn 97/55 genoemde vereiste van vergelijkbaarheid van de producten preciseert. Volgens deze overwegingen heeft dit vereiste meer in het bijzonder tot doel dat de vergelijkende reclame de consument inlichtingen kan verschaffen die hem kunnen helpen bij zijn aankoopkeuzes en te voorkomen dat vergelijkende reclame op mededingingsverstorende en oneerlijke wijze wordt aangewend.

98. Artikel 3 bis, lid 1, sub b, schrijft dus niet voor dat de vergeleken producten of diensten identiek of soortgelijk moeten zijn, of dat zij tot dezelfde categorie van waren moeten

36 — Relevant in dit verband lijkt het voorbeeld dat de Commissie geeft van twee „algemene" autofabrikanten die met elkaar concurreren in de zin van artikel 2, punt 2 bis, wanneer hun assortimenten elkaar tenminste gedeeltelijk overlappen. Reclame van de ene fabrikant waarin de andere wordt genoemd, is volgens de Commissie dus vergelijkende reclame, die echter ongeoorloofd is op grond dat de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, gestelde voorwaarde niet in acht wordt genomen, wanneer een ruimtewagen van de ene wordt vergeleken met een sportwagen van de andere, met andere woorden producten die niet in dezelfde behoeften voorzien.

37 — Reeds aangehaald, punten 25-27.

behoren, maar verwijst naar de substitueerbaarheid van de goederen vanuit het oogpunt van de consument.

99. Overigens komt het mij niet voor dat de verwijzing van het Hof naar een *voldoende* mate van substitueerbaarheid voor de consument zo moet worden uitgelegd dat — in het kader van de beoordeling van de naleving van artikel 3 bis, lid 1, sub b — tussen de vergeleken goederen aan de vraagzijde een substitueerbaarheidsgraad moet worden vastgesteld die hoger is dan die welke zou volstaan voor een concurrentieverhouding tussen de betrokken leveranciers in de zin van artikel 2, punt 2 bis.

100. Het is zeker niet ondenkbaar dat, aangezien artikel 3 bis, lid 1, sub b, een voorwaarde voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame vaststelt, bij de toepassing ervan voor het onderzoek naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde strengere criteria worden gehanteerd dan in het kader van artikel 2, punt 2 bis.

101. Ik zie evenwel geen reden waarom met betrekking tot de voorliggende materie voor het onderzoek naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde strengere criteria zouden moeten worden toegepast dan die welke relevant zijn in het kader van artikel 2, punt 2 bis. Volgens thans vaste rechtspraak moeten de eisen die worden gesteld aan vergelijkende reclame, in de voor deze reclame meest gunstige zin worden uitgelegd. [38] Het suggereren van nieuwe mogelijke vervangende producten kan nuttige informatie zijn voor consumenten en de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten aanwakkeren in het belang van de consument, wat overeenstemt met de doelstellingen van richtlijn 97/55. Bovendien dragen de in artikel 3 bis, lid 1, sub a en c, vastgestelde voorwaarden voor geoorloofdheid ertoe bij te waarborgen dat de als vervangende producten voorgestelde goederen op eerlijke en voor de consument nuttige manier met elkaar worden vergeleken.

102. Verder lijken de in de punten 95 en 96 hierboven benadrukte aspecten te volstaan om de draagwijdte van de voorwaarde van de concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, te onderscheiden van die van de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, vastgestelde voorwaarde, en om aldus de nuttige werking van die laatste bepaling te verzekeren.

103. Ik ben daarom van mening dat de in de punten 80 tot 90 hierboven uiteengezette

38 — Arresten Toshiba, reeds aangehaald (punt 37); Pippig Augenoptik, reeds aangehaald (punt 42); van 23 februari 2006, Siemens (C-59/05, Jurispr. blz. I-2147, punten 22-24), en Lidl Belgium, reeds aangehaald (punten 22 en 32).

overwegingen met betrekking tot de door de verwijzende rechter in vraag 2, sub b, c en d, genoemde beoordelingselementen ook relevant zijn voor de toepassing van de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, vastgestelde voorwaarde.

104. Hoogstens zou kunnen worden aangenomen dat, wanneer in de reclameboodschap producten of diensten als substitueerbaar worden voorgesteld die momenteel door de consument niet als zodanig worden beschouwd, de prognosticerende beoordeling van de mogelijke ontwikkeling van de consumptiegewoonten in het kader van de toepassing van artikel 3 bis, lid 1, sub b, strenger moet zijn. Meer in het bijzonder zou kunnen worden aangenomen dat het voor het vermoeden dat de betrokken voorwaarde is nageleefd, niet volstaat dat de adverteerder de vergeleken goederen expliciet als vervangende producten voorstelt of daarop alludeert, en dat daarentegen moet worden nagegaan of de reclame daadwerkelijk geschikt is om minstens een deel van de klanten van de andere onderneming waarop de reclame betrekking heeft, naar het door de adverteerder aangeboden product te doen overstappen.

105. De beoordeling van de concrete substitueerbaarheid, op het Belgisch grondgebied waar de reclame wordt verspreid, van bier en mousserende wijn of champagne en, meer bepaald, van het door De Landtsheer gebrouwen bier en de mousserende wijn of champagne geproduceerd door de specifieke ondernemingen die in de litigieuze reclameboodschappen zouden worden genoemd, staat uiteraard aan de nationale rechter. In het kader van de onderhavige prejudiciële procedure behoeft dus geen onderzoek plaats te vinden van de met name op bepaalde rechterlijke uitspraken of administratieve beslissingen van de communautaire organen gebaseerde argumenten, die bepaalde partijen hebben aangevoerd om de substitueerbaarheid aan te tonen of juist te verwerpen.

106. Ik geef het Hof dan ook in overweging om de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Om vast te stellen of er een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 bestaat tussen de adverteerder en de onderneming waarop de reclame betrekking heeft, kunnen de door die onderneming aangeboden goederen of diensten niet buiten beschouwing worden gelaten. Veeleer moet worden nagegaan of de adverteerder en die onderneming daadwerkelijk of potentieel met elkaar concurreren met betrekking tot enig deel van het assortiment van producten of diensten die zij aanbieden. Met name volstaat het dat er een zekere, zij het beperkte, mate van substitueerbaarheid aan de vraagzijde tussen een product of dienst van de een en een product of dienst van de ander bestaat.

Bij de beoordeling van het bestaan van die concurrentieverhouding moet de nationale toezichtsinstantie zich baseren op de situatie die bestaat op het deel van het grondgebied van de Gemeenschap waarop de reclame wordt verspreid en waarop zij bevoegd is, en zal zij, naast andere factoren, ook rekening moeten houden met de mogelijke ontwikkelingen van de consumptiegewoonten, met de bijzondere kenmerken van de producten of diensten die het voorwerp van de reclame vormen en met het imago dat de adverteerder aan het gepromote product wil geven.

De criteria om te bepalen of er sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, zijn niet dezelfde als de criteria om na te gaan of de vergelijking aan de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van die richtlijn gestelde voorwaarde beantwoordt."

De derde prejudiciële vraag

107. Met de derde prejudiciële vraag wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of reclame met een vergelijking met een soort product, die het niet mogelijk maakt een bepaalde concurrent of het door deze aangeboden product te identificeren, op basis van de artikelen 2, punt 2 bis, en 3 bis van richtlijn 84/450 automatisch ongeoorloofd moet worden geacht, dan wel of de geoorloofdheid daarvan moet worden onderzocht tegen de achtergrond van andere nationale bepalingen dan die welke uitvoering geven aan de bepalingen van de richtlijn op het gebied van vergelijkende reclame, ook al zijn deze bepalingen in theorie minder gunstig voor de consument of de ondernemingen die het soort product aanbieden waarop de reclame betrekking heeft.

108. De formulering van deze vraag is verwarrend, voor zover het voorbeeld van reclame waarover de vraag gaat, er niettemin als „vergelijkende reclame" wordt gekwalificeerd. Ik meen dat ik deze kwalificatie mag negeren, op grond dat het een zuiver materiële vergissing bij de formulering van de vraag betreft of dat reclame wordt bedoeld die een vergelijking inhoudt.

109. Uit punt 23 van de verwijzingsbeslissing van het Hof van Beroep te Brussel blijkt immers duidelijk dat de derde prejudiciële vraag wordt gesteld voor het geval dat op basis van de antwoorden van het Hof op de eerste twee prejudiciële vragen zou moeten worden geconcludeerd dat er in casu geen sprake is van vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450.

110. De derde prejudiciële vraag veronderstelt uiteraard dat de eerste vraag aldus wordt beantwoord dat, zoals ik meen, reclame die een vergelijking bevat met een soort product op zich geen vergelijkende reclame is in de zin van en voor de toepassing van richtlijn 84/450.

111. In dit verband zijn de partijen bij deze prejudiciële procedure — met uitzondering van de Belgische regering, die dit standpunt niet deelt en enkel verklaart dat de derde vraag zonder voorwerp is — het er in wezen over eens dat reclame die niet voldoet aan de voorwaarden om te worden gekwalificeerd als vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, niet automatisch ongeoorloofd is krachtens de bepalingen van richtlijn 84/450 inzake vergelijkende reclame, maar buiten de werkingssfeer van deze bepalingen valt. Bijgevolg moet de geoorloofdheid van dergelijke reclame worden beoordeeld in het licht van andere nationale bepalingen dan die welke uitvoering geven aan de bepalingen van richtlijn 84/450 op het gebied van vergelijkende reclame en van andere eventueel relevante bepalingen van gemeenschapsrecht. [39]

112. Ik zie niet in hoe een ander standpunt kan worden ingenomen. Ik geef het Hof dan ook in overweging de derde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Reclame die weliswaar een vergelijking bevat, maar niet voldoet aan de voorwaarden om als vergelijkend in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 te worden gekwalificeerd, valt buiten de werkingssfeer van de bepalingen van deze richtlijn inzake vergelijkende reclame. De geoorloofdheid ervan moet dus worden beoordeeld op basis van de toepasselijke nationale bepalingen die niet zijn vastgesteld ter uitvoering van de genoemde bepalingen, alsook van de andere eventueel relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht, ook indien het hieruit voortvloeiende niveau van bescherming van de belangen van de consumenten en van de leveranciers van dit soort product lager is."

De vierde prejudiciële vraag

113. De vierde prejudiciële vraag heeft betrekking op de voorwaarde voor geoorloofdheid van vergelijkende reclame die in artikel 3 bis, lid 1, sub f, van richtlijn 84/450 is vastgesteld. De verwijzende rechter vraagt of uit deze bepaling volgt dat elke vergelij-

39 — Hier volstaat de vermelding van de nationale bepalingen tot uitvoering van die van richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame, of, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, de bepalingen betreffende de omschrijving, de aanduiding en de aanbiedingsvorm van bepaalde producten, alsook de bescherming van bepaalde aanduidingen en vermeldingen en van bepaalde termen, die zijn vervat in verordening (EG) nr. 1493/1999 van de Raad van 17 mei 1999 houdende een gemeenschappelijke ordening van de wijnmarkt (PB L 179, blz. 1).

king die voor producten zonder oorsprongsbenaming betrekking heeft op producten met oorsprongsbenaming, ongeoorloofd is.

114. De vraag wordt gesteld omdat sommige van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclameboodschappen verwijzingen bevatten naar champagne, een product met een eponieme oorsprongsbenaming, die ook door de communautaire regeling wordt beschermd.

115. Artikel 3 bis, lid 1, sub f, eist dat vergelijkende reclame, wat de vergelijking betreft, „voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming".

116. Ondanks de weliswaar dubbelzinnige formulering kunnen er mijns inziens geen ernstige twijfels bestaan omtrent de uitlegging van deze bepaling.

117. De Landtsheer betoogt dat artikel 3 bis, lid 1, sub f, enkel van toepassing is op reclame die producten met een oorsprongsbenaming met elkaar vergelijkt, en dat deze bepaling als voorwaarde voor geoorloofdheid van een dergelijke vergelijking stelt dat de vergeleken producten dezelfde oorsprongsbenaming hebben. De bepaling zou hoogstens kunnen worden toegepast op reclame die de verkoop van producten met een oorsprongsbenaming tracht te bevorderen door ze te vergelijken met producten zonder oorsprongsbenaming. Volgens geen van deze twee interpretatieve benaderingen zou deze regeling in casu dus van toepassing zijn, aangezien de litigieuze reclameboodschappen tot doel hebben de verkoop te bevorderen van een product — het door De Landtsheer gebrouwen bier — zonder oorsprongsbenaming.

118. Net als CIVC, Veuve Clicquot, de Belgische regering, de Franse regering en de Commissie ben ik van mening dat deze benaderingen niet kunnen worden aanvaard.

119. Enerzijds lijkt het mij ietwat vreemd en onwaarschijnlijk dat de gemeenschapswetgever bij het vaststellen van de voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame een verbod zou hebben gesteld op vergelijkingen tussen producten met verschillende oorsprongsbenamingen zonder tegelijkertijd ook een regeling met een overeenkomstig verbod te treffen voor vergelijkingen tussen producten met respectievelijk zonder oorsprongsbenaming. Ik zie niet in welk nut het zou hebben om een

vergelijking tussen bijvoorbeeld „Grana Padano"- en „Parmigiano Reggiano"-kaas, twee producten met een beschermde oorsprongsbenaming, te verbieden, zonder meteen ook de vergelijking tussen een van deze kazen en een andere kaas zonder oorsprongsbenaming te verbieden.

120. Anderzijds is de andere mogelijke uitlegging, volgens welke de onderzochte bepaling alleen van toepassing is op vergelijkingen die tot doel hebben de verkoop van producten met een oorsprongsbenaming te bevorderen, ook misplaatst. Indien alleen de leverancier van een product zonder oorsprongsbenaming middels reclame een vergelijking zou mogen maken tussen dat product en een product met een oorsprongsbenaming, dan zou dit een abnormale en onverklaarbare asymmetrische situatie opleveren waardoor er geen sprake zou zijn van gelijke wapens in de reclamestrijd, en de leveranciers van producten met een oorsprongsbenaming benadeeld zouden worden.

121. Artikel 3 bis, lid 1, sub f, lijkt mij eerder een specifieke regeling — wat betreft vergelijkingen waarbij een product met een oorsprongsbenaming betrokken is — van de sub b vastgestelde voorwaarde van homogeniteit van de vergelijking, aangezien het verbod op gekoppelde reclame (of parasitaire reclame) ter bescherming van oorsprongsbenamingen al is vastgesteld in artikel 3 bis, lid 1, sub g. De sub f vastgestelde bepaling strekt er mijns inziens in wezen toe te verduidelijken dat een vergelijking tussen een goed met en een goed zonder oorsprongsbenaming of een vergelijking tussen goederen met een verschillende oorsprongsbenaming niet als een homogene vergelijking kan worden beschouwd.

122. Het gaat dus om een soort vermoeden van ontbreken van homogeniteit van de vergelijking, teneinde producten met een oorsprongsbenaming beter te beschermen tegen vergelijkende reclame en de bescherming te vervolledigen die andere bepalingen van gemeenschapsrecht deze producten bieden.

123. Deze uitlegging wordt bevestigd door overweging 12 van de considerans van richtlijn 97/55, de enige die de regel van artikel 3 bis, lid 1, sub f, kan verklaren en waarin staat dat in de voorwaarden voor vergelijkende reclame „met name rekening dient te worden gehouden met de voorschriften die voortvloeien uit verordening (EEG) nr. 2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen [40], inzonderheid artikel 13 daarvan, en

40 — PB L 208, blz. 1. Deze verordening is onlangs ingetrokken en met ingang van 31 maart 2006 vervangen door verordening (EG) nr. 510/2006 van de Raad van 20 maart 2006 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen (PB L 93, blz. 12).

met de andere communautaire bepalingen op landbouwgebied".

124. De onderzochte bepaling is in de rechtsleer zwaar bekritiseerd door hen die hierin een soort overbodig privilege hebben gezien dat ten goede komt aan producten met een oorsprongsbenaming en de mededinging belemmert. Hoewel die bepaling zeker geschikt is om een uitgebreide bescherming te bieden aan deze producten, lijkt zij mij niet strijdig te zijn met de doelstellingen van richtlijn 97/55 en ben ik het eens met de Commissie dat het om een duidelijke keuze van de gemeenschapswetgever gaat die niet bij wege van uitlegging in twijfel mag worden getrokken.

125. Ik ben dan ook van mening dat artikel 3 bis, lid 1, sub f, aldus moet worden uitgelegd dat vergelijkende reclame die betrekking heeft op een product met een oorsprongsbenaming, alleen geoorloofd is wanneer vergelijking met een ander product met dezelfde oorsprongsbenaming plaatsvindt.

126. Derhalve geef ik het Hof in overweging een bevestigend antwoord te geven op de vierde prejudiciële vraag.

Conclusie

127. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Hof van Beroep te Brussel te beantwoorden als volgt:

„1) De verwijzing in een reclameboodschap naar een soort product voldoet op zich niet aan het vereiste van genoemd worden, gesteld in artikel 2, punt 2 bis, van

richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende en vergelijkende reclame, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, in die zin dat het daardoor mogelijk zou zijn om elke onderneming die dit soort producten of betrokken goederen aanbiedt, te identificeren. Door een dergelijke verwijzing zouden een concurrent of de door een concurrent aangeboden goederen enkel impliciet kunnen worden geïdentificeerd in de zin van deze bepaling, wanneer, gelet op alle omstandigheden van het concrete geval, een gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument daardoor in staat is om een of meerdere welbepaalde ondernemingen die dit soort product aanbieden, dan wel hun goederen, voor de geest te halen.

2) Om vast te stellen of er een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 bestaat tussen de adverteerder en de onderneming waarop de reclame betrekking heeft, kunnen de door die onderneming aangeboden goederen of diensten niet buiten beschouwing worden gelaten. Veeleer moet worden nagegaan of de adverteerder en die onderneming daadwerkelijk of potentieel met elkaar concurreren met betrekking tot enig deel van het assortiment van producten of diensten die zij aanbieden. Met name volstaat het dat er een zekere, zij het beperkte, mate van substitueerbaarheid aan de vraagzijde tussen een product of dienst van de een en een product of dienst van de ander bestaat.

Bij de beoordeling van het bestaan van die concurrentieverhouding moet de nationale toezichtsinstantie zich baseren op de situatie die bestaat op het deel van het grondgebied van de Gemeenschap waarop de reclame wordt verspreid en waarop zij bevoegd is, en zal zij, naast andere factoren, ook rekening moeten houden met de mogelijke ontwikkelingen van de consumptiegewoonten, met de bijzondere kenmerken van de producten of diensten die het voorwerp van de reclame vormen en met het imago dat de adverteerder aan het gepromote product wil geven.

De criteria om te bepalen of er sprake is van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450, zijn niet dezelfde als de criteria om na te gaan of de vergelijking aan de in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van die richtlijn gestelde voorwaarde beantwoordt.

3) Reclame die weliswaar een vergelijking bevat, maar niet voldoet aan de voorwaarden om als vergelijkend in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450 te worden gekwalificeerd, valt buiten de werkingssfeer van de bepalingen van deze richtlijn inzake vergelijkende reclame. De geoorloofdheid ervan moet dus worden beoordeeld op basis van de toepasselijke nationale bepalingen die niet zijn vastgesteld ter uitvoering van de genoemde bepalingen, alsook van de andere eventueel relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht, ook indien het hieruit voortvloeiende niveau van bescherming van de belangen van de consumenten en van de leveranciers van dit soort product lager is.

4) Uit artikel 3 bis, lid 1, sub f, van richtlijn 84/450 volgt dat elke vergelijking die voor producten zonder oorsprongsbenaming betrekking heeft op producten met oorsprongsbenaming, ongeoorloofd is".