SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PAOLA MENGOZZIJA, predstavljeni 30. novembra 2006[1]

1. Cour d'appel de Bruxelles zastavlja s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe Sodišču več vprašanj, ki se nanašajo na razlago nekaterih določb o primerjalnem oglaševanju, vsebovanih v Direktivi Sveta št. 84/450/EGS z dne 10. septembra 1984 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju,[2] kot je bila spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta št. 97/55/ES z dne 6. oktobra 1997[3].

2. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (medpanožni odbor za vino iz Šampanje, v nadaljevanju: CIVC) in družbo Veuve Clicquot Ponsardin (v nadaljevanju: Veuve Clicquot) ter družbo De Landtsheer Emmanuel (v nadaljevanju: De Landtsheer) zaradi oglaševalske prakse, ki jo je slednja uporabila za trženje piva „Malheur Brut Réserve".

Pravni okvir

Ureditev Skupnosti

3. Z Direktivo št. 97/55/ES je bilo v Direktivo št. 84/450/EGS, ki se je sprva nanašala le na zavajajoče oglaševanje, vnesenih več določb s področja primerjalnega oglaševanja.

4. V členu 2, točka 2a, Direktive št. 84/450/EGS, kot je bila spremenjena z Direktivo št. 97/55/ES (v nadaljevanju: Direktiva 84/450),[4] je določeno, da pomeni

1 – Jezik izvirnika: italijanščina.

2 – UL L 250, str. 17.

3 – UL L 290, str. 18.

4 – Direktiva 84/450 je bila nazadnje dodatno spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (UL L 149, str. 22). Določene spremembe, uvedene z Direktivo 2005/29/ES, se nanašajo na določbe Direktive 84/450, ki obravnavajo primerjalno oglaševanje, in med temi tudi na člen 3a, vendar za ta postopek niso pomembne. Poleg tega je v Direktivi 2005/29/ES določeno, da morajo države članice predpise, potrebne za prenos teh določb v nacionalno zakonodajo, sprejeti do 12. junija 2007 in jih začeti uporabljati do 12. decembra 2007. V okviru teh sklepnih predlogov bom torej upošteval besedilo Direktive 84/450, kot je bilo spremenjeno z Direktivo 97/55/ES, in ne besedila, ki vključuje spremembe, uvedene z Direktivo 2005/29/ES.

„primerjalno oglaševanje“ v tej direktivi „vsako oglaševanje, ki izrecno ali z nakazovanjem določa identiteto konkurenta ali blaga oziroma storitev, ki jih ponuja konkurent“.

5. V členu 3a Direktive 84/450 je določeno:

„1 Kar zadeva primerjavo, se dovoli primerjalno oglaševanje, če so izpolnjeni ti pogoji:

(a) oglaševanje ni zavajajoče v skladu s členi 2(2), 3 in 7(1);

(b) primerja blago ali storitve, ki zadovoljujejo iste potrebe ali imajo enak namen;

(c) objektivno primerja eno ali več objektivnih materialov, pomembnih, preverljivih in reprezentativnih lastnosti takega blaga ali storitev, s čimer so mišljene tudi cene;

(d) ne ustvarja zmede na trgu med oglaševalcem in konkurenti ali med blagovnimi znamkami, trgovskimi imeni, drugimi znaki razlikovanja, blagom ali storitvami oglaševalca in konkurentov;

(e) ne diskreditira ali očrni blagovnih znamk, trgovskih imen, drugih znakov razlikovanja, blaga, storitev, dejavnosti ali razmer konkurenta;

(f) pri izdelkih z navedbo porekla v vsakem primeru obravnava izdelke z enakim poreklom;

(g) se ne okorišča nepošteno z ugledom blagovne znamke, trgovskega imena ali drugih znakov razlikovanja konkurenta ali z navedbo porekla konkurenčnih izdelkov;

(h) ne predstavlja blaga ali storitev kot imitacije ali kopije blaga ali storitev, ki imajo zaščiteno blagovno znamko ali trgovsko ime.

[…]“

konkurenta ali blaga in storitev, ki jih ponuja konkurent“; s členom 23a LPCC so predvideni pogoji za dopustnost v zvezi s primerjavo, pri čemer besedilo člena 23a(1) dobesedno povzema [5] besedilo člena 3a(1) Direktive št. 84/450, v členu 23a(3) pa je izrecno določeno, da je prepovedano vsako oglaševanje, ki ne izpolnjuje navedenih pogojev.

Nacionalna ureditev

6. Belgijski zakon z dne 14. julija 1991 o praksah trženja in informiranja ter varstva potrošnikov (loi sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur; v nadaljevanju: LPCC) v različici, ki je veljala v času dejstev postopka v glavni stvari, vsebuje določbe, s katerimi je Kraljevina Belgija prenesla direktivi 84/450 in 97/55/ES v nacionalno zakonodajo.

7. V členu 23(1) LPCC je določena prepoved zavajajočega oglaševanja.

8. V členu 22 LPCC je primerjalno oglaševanje opredeljeno kot „vsako oglaševanje, ki izrecno ali z nakazovanjem določa identiteto

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

9. Dejstva, iz katerih izvira spor o glavni stvari in kot izhajajo iz predložitvene odločbe, je mogoče povzeti, kot sledi.

10. De Landtsheer, delniška družba s sedežem v Belgiji, proizvaja in trži več vrst piva pod znamko „MALHEUR“. Leta 2001 je na trgu predstavila nov izdelek, poimenovan „Malheur Brut Réserve“, in sicer pivo, ki je izdelano po postopku, podobnem postopku

5 – Razen prilagoditve točke a, na katero se LPCC sklicuje v zvezi s pojmom zavajanja v členu 23, od (1) do (5).

izdelave penečega se vina in mu je nameravala dati značaj izjemnega proizvoda, s tem da ga je predstavljala v podobi, ki se razlikuje od običajne podobe za pivo, ljudsko pijačo. Leta 2002 je znašala cena tega izdelka, prodajanega v steklenicah po 750 ml, približno 8 eurov.

11. Na steklenici, na zloženki, pritrjeni okrog vratu steklenice, in/ali na kartonski embalaži so bile med drugimi navedene oznake „BRUT RESERVE“, „La première bière BRUT au monde“ (prvo pivo BRUT na svetu), „Bière blonde à la méthode traditionnelle“ (svetlo pivo po tradicionalnem postopku) in „Reims-France“ ter sklicevanje na vinogradnike iz Reimsa in Epernaya.

12. Upravitelj družbe De Landtsheer je v okviru predstavitve izdelka uporabil še izraz „Champagnebier“, s čimer je želel poudariti, da gre sicer za pivo, ki pa je izdelano po postopku „champenois“.

13. Družba De Landtsheer je tudi ob drugih priložnostih hvalila izvirnost svojega piva s sklicevanjem na značilnosti penečega se vina in zlasti šampanjca, kot na primer v okviru intervjuja, objavljenega v časopisu („Izjemna izvirnost tega piva je njegov kisel okus, ki jasno spominja na šampanjec.“; „V nasprotju s penečimi se vini se to pivo peni zelo dolgo.“) ali opravljenega v nekaterih televizijskih oddajah („Izdelano na enak način kot šampanjec, pa vendar gre za pivo.“).

14. Odbor CIVC in družba Veuve Clicquot sta 8. maja 2002 proti družbi De Landtsheer pri Tribunal de commerce de Nivelles vložili tožbo in mu predlagali, naj ugotovi, da je družba De Landtsheer – zlasti z uporabo navedenih oznak in izrazov za pivo – kršila člena 23(1) in 23a(3) LPCC, ki se nanašata na zavajajoče oglaševanje in na primerjalno oglaševanje, ter naj toženi stranki naloži, naj s temi kršitvami preneha.

15. To sodišče je s sodbo z dne 26. julija 2002 družbi De Landtsheer naložilo, naj v zvezi z zadevnim pivom opusti vsakršno uporabo geografskih označb „Reims-France“, navedbe porekla „Champagne“, besedne zveze „méthode traditionnelle“ in vsa druga sklicevanja na proizvajalce, okus ali postopek izdelave šampanjca. Zavrnilo pa je zahtevek odbora CIVC in družbe Veuve Clicquot v delu, ki se je nanašal na uporabo izrazov „BRUT“, „RESERVE“, „BRUT RESERVE“ in „La première bière BRUT au monde“ v zvezi s pivom.

16. Družba De Landtsheer je 13. septembra 2002 zoper navedeno sodbo pri Cour d'appel de Bruxelles vložila pritožbo, s katero sodbe ni izpodbijala le v delu, ki se je nanašal na prepoved uporabe navedbe porekla „Champagne" v izrazu „Champagnebier" Odbor CIVC in družba Veuve Clicquot pa sta vložili nasprotno tožbo zaradi delne zavrnitve njunega zahtevka.

17. V predložitveni odločbi pa je pojasnjeno, da je družba De Landtsheer izjavila, da se v zvezi z oglaševanjem svojega piva dokončno odreka uporabi oznake „Reims-France" [6] in sklicevanju na vinogradnike iz Reimsa in Epernaya.

18. Odbor CIVC in družba Veuve Clicquot sta pred Cour d'appel de Bruxelles zagovarjala stališče, da uporaba – v zvezi s pivom družbe De Landtsheer – izrazov „BRUT", „RESERVE", „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde" in „méthode traditionnelle", kot tudi sklicevanje v sporočilih, namenjenih spodbujanju prodaje zadevnega piva, penečega se vina in šampanjca, na okus ali na postopek izdelave šampanjca nista le v nasprotju s prepovedjo zavajajočega oglaševanja v smislu člena 23(1) LPCC, temveč da gre pri tem tudi za nedopustno primerjalno oglaševanje v smislu členov 22 in 23a LPCC. Družba De Landtsheer pa je te trditve zavračala, in sicer glede zavajajočega in glede primerjalnega značaja zadevnih praks.

19. Ker je Cour d'appel de Bruxelles menilo, da je za odločitev o sporu potrebna razlaga določb Direktive 84/450, je Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja, ki se vsa nanašajo na določbe o primerjalnem oglaševanju:

„1. Ali opredelitev primerjalnega oglaševanja zajema oglase, v katerih se oglaševalec sklicuje samo na vrsto proizvoda, tako da bi bilo treba v tem primeru šteti, da se tak oglas sklicuje na vsa podjetja, ki ponujajo to vrsto proizvoda, in da lahko vsako izmed njih trdi, da je bila njegova identiteta določena?

2. Z namenom, da se ugotovi, ali si oglaševalec in podjetje, na katerega se oglas sklicuje, konkurirata v smislu člena [2, točka 2a,] Direktive [84/450]:

a) Ali je treba zlasti na podlagi primerjave člena [2, točka] 2a, s členom 3a(1)

6 – Čeprav je Cour d'appel de Bruxelles – potem ko je ugotovilo, da družba De Landtsheer izpodbija očitke, da uporaba navedb „Reims-France" za njeno pivo ni zakonita – te navedbe označilo za zavajajoče, z utemeljitvijo, da navedenih geografskih označb ni mogoče uporabljati za izdelek, proizveden v Belgiji, in potrdilo odredbo prvostopenjskega sodišča, da mora družba De Landtsheer navajanje teh označb opustiti.

(b), šteti, da je v smislu te določbe konkurent vsako podjetje, katerega identiteto je mogoče ugotoviti na podlagi oglasa, ne glede na to, katere proizvode ali storitve ponuja?

b) Če je treba na prejšnje vprašanje odgovoriti nikalno in če se za to, da se ugotovi konkuriranje, zahteva izpolnitev drugih pogojev: ali je treba upoštevati sedanje stanje na trgu in obstoječe navade potrošnikov v Skupnosti ali pa je treba upoštevati tudi možnosti za razvoj teh navad?

c) Ali je treba to ugotavljanje omejiti na del ozemlja Skupnosti, na katerem se oglasi objavijo?

d) Ali se je treba pri ugotavljanju obstoja konkurence opreti na vrsto proizvodov, ki se primerjajo, in na način, na katerega se te vrste proizvodov na splošno zaznavajo, ali pa je treba pri presoji stopnje mogoče nadomestljivosti upoštevati tudi posebne značilnosti proizvoda, ki ga želi oglaševalec promovirati v spornem oglasu, in podobo, ki mu jo želi dati?

e) Ali so merila, s katerimi se lahko ugotovi konkuriranje v smislu člena 2, točka 2a, in merila, s katerimi se lahko preveri, ali primerjava izpolnjuje pogoj, ki je določen v členu 3a(1)(b), enaka?

3. Ali iz primerjave člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 in člena 3a te direktive izhaja:

f) bodisi, da v primeru, da sklicevanje ne omogoča ugotovitve identitete konkurenta ali proizvodov, ki jih ta ponuja, ni dovoljeno nobeno primerjalno oglaševanje, na podlagi katerega se lahko ugotovi identiteta vrste proizvodov?

g) bodisi, da je treba dopustnost primerjave preučiti zgolj glede na nacionalne določbe, ki ne prenašajo določb direktive na področju primerjalnega oglaševanja, kar bi lahko privedlo do manjšega varstva potrošnikov ali podjetij, ki ponujajo vrsto proizvoda, ki ima zvezo s proizvodom, ki ga ponuja oglaševalec?

4. Ali je treba, če se ugotovi, da gre za primerjalno oglaševanje v smislu člena 2, točka 2a, na podlagi člena 3a(1)(f) Direktive sklepati, da ni dovoljena nobena primerjava, ki se v primeru proizvodov, ki nimajo navedbe porekla, sklicuje na proizvode, ki imajo navedbo porekla[?]“

Pravna presoja

Prvo vprašanje za predhodno odločanje

Postopek pred Sodiščem

20. Družba De Landtsheer, odbor CIVC, družba Veuve Clicquot, belgijska vlada in Komisija so na podlagi člena 23 Statuta Sodišču predložili pisna stališča.

21. Zastopniki družbe De Landtsheer, odbora CIVC in družbe Veuve Clicquot, ter francoske vlade in Komisije so na obravnavi 21. septembra 2006 predstavili ustna stališča.

22. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem Sodišču v bistvu predlaga, naj pojasni, ali je treba na podlagi sklicevanja v oglasnem sporočilu le na eno vrsto proizvoda in ne na določeno podjetje ali na proizvod, ki ga to ponuja, ta oglas opredeliti kot primerjalno oglaševanje v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450. Navedeno sodišče torej sprašuje, ali je treba šteti, da gre pri sklicevanju na določeno vrsto proizvoda za določitev identitete vseh podjetij, ki tak proizvod ponujajo, in s tem za vsako od teh podjetij ali njihovih proizvodov te vrste.

23. Predhodno naj poudarim, da se – kot izhaja iz predložitvene odločbe – spor o glavni stvari nanaša na več sporočil družbe De Landtsheer, natisnjenih na embalaži njenega proizvoda (na papirnati nalepki, zloženki, pritrjeni okrog vratu steklenice, kartonski embalaži)[7] ali izrečenih ob različnih

7 – To velja za navedbe in izraze „BRUT RESERVE“, „La première bière BRUT au monde“, „Bière blonde à la méthode traditionnelle“, „Reims-France“ in za sklicevanje na vinogradnike iz Reimsa in Epernaya.

priložnostih: v okviru nedoločneje opredeljene „predstavitve“ proizvoda,[8] intervjuja za časopis ali televizijskih oddaj[9].

24. Predložitveno sodišče ugotavlja, da je lastnost teh sporočil taka, da jih je treba uvrstiti med oglase, ni pa prepričano, ali jih je treba glede na navedbe in izraze, ki jih vsebujejo, obravnavati kot primerjalno oglaševanje v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450.

25. Kot je na obravnavi poudarila Komisija, je predložitveno sodišče nekatere izmed navedenih oznak in izrazov razlagalo kot sklicevanje na peneče se vino,[10] druge pa kot sklicevanje na šampanjec.[11] Odbor CIVC in družba Veuve Clicquot nasprotujeta takemu razlikovanju in trdita, da je umetno, ter poudarjata zlasti, da navedbe, ki povezujejo izdelek s penečim se vinom, nujno vključujejo tudi povezavo s (penečim se) vinom pokrajine Šampanje.

26. Vendar za odgovor na predhodna vprašanja, ki jih zastavlja Cour d'appel de Bruxelles, ni treba preučiti utemeljenosti teh stališč, saj gre za vprašanja, za katera je pristojno nacionalno sodišče. Sodišče namreč ni pozvano, naj odloči o primerjalni lastnosti ali o tem, ali so oglasi, ki so predmet spora o glavni stvari, dovoljeni, predložitvenemu sodišču mora pomagati le glede razlage določb Direktive 84/450, ki jih dobesedno povzemajo predpisi zgoraj navedenega zakona LPCC.

27. Za odgovor na prvo predhodno vprašanje bo zadoščalo upoštevanje dejstva, da je nacionalno sodišče štelo, da zadevna oglasna sporočila vsebujejo sklicevanje na določeno vrsto izdelka.

28. Sodišče je v sodbi v zadevi Toshiba[12] ugotovilo, da je dejavnik, zahtevan v skladu s členom 2, točka 2a, Direktive 84/450 za ugotovitev, da gre za primerjalno oglaševanje, določitev identitete, izrecno ali z nakazovanjem, konkurenta ali blaga oziroma storitev, ki jih ponuja konkurent. Poudarilo je, da je tudi glede tega dejavnika opredelitev zakonodajalca dokaj široka, saj je, kot izhaja iz šeste uvodne

8 – To velja za izraz „Champagnebier“.

9 – To velja za nekatera sklicevanja na peneče se vino ali na šampanjec, na okus ali na postopek izdelave slednjega.

10 – Gre za navedbe „BRUT“ „RESERVE“ in „méthode traditionnelle“: glej predložitveno odločbo, točka 21.

11 – Glej predložitveno odločbo, točka 24.

12 – Sodba z dne 25. oktobra 2001 (C-112/99, Recueil, str. I-7945, točke od 29 do31).

izjave Direktive 97/55/ES, [13] želel določiti širši koncept, ki bi zajemal vse oblike primerjalnega oglaševanja. Sodišče je torej sklenilo, da za ugotovitev, da gre v posameznem primeru za primerjalno oglaševanje v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, zadošča navedba, ki se v kakršni koli obliki, čeprav le z nakazovanjem, sklicuje na konkurenta ali izdelke ali storitve, ki jih ponuja. [14] V zvezi s tem po mnenju Sodišča ni ključnega pomena dejstvo, ali obstaja primerjava med izdelki in storitvami, ki jih ponuja oglaševalec, ter izdelki in storitvami konkurenta.

29. Odbor CVIC, družba Veuve Clicquot in belgijska vlada menijo, da to stališče Sodišča podpira široko razlago pojma primerjalnega oglaševanja iz člena 2, točka 2a, ki lahko pokriva tudi primere, v katerih vsebuje oglasno sporočilo sklicevanje le na določeno vrsto izdelka in ne na eno ali več podjetij ali na njihove izdelke ali storitve.

30. Sam menim, da vprašanje široke razlage opredelitve primerjalnega oglaševanja, predvidene z navedeno določbo, ni odločilno za odgovor na vprašanje predložitvenega sodišča.

31. Predvsem ugotavljam, da je zakonodajalec v šesti uvodni izjavi Direktive 97/55/ES poudaril, da je *zaželeno* opredeliti širši koncept primerjalnega oglaševanja. Sicer je res, da je v tej uvodni izjavi navedeno tudi, da mora ta koncept zajemati *vse vrste* primerjalnega oglaševanja, na podlagi česar bi lahko sklepali, da zahteva zakonodajalec široko opredelitev navedenega splošnega koncepta. Kljub temu pa ni mogoče spregledati tavtološke napake, vsebovane v tej uvodni izjavi, saj se zdi, da je končni sklep, ki ga lahko izpeljemo na njeni podlagi, ta, da je treba kot primerjalno oglaševanje šteti vsako primerjalno oglaševanje. Zato menim, da pri presoji prvega vprašanja za predhodno odločanje ne more biti v veliko pomoč.

32. Če upoštevamo ugotovitev Sodišča iz sodbe Toshiba, da je dejavnik, ki je v skladu s členom 2, točka 2a, Direktive 84/450 ključen za ugotovitev, ali gre za primerjalno oglaševanje, določitev, izrecna ali z nakazovanjem, identitete konkurenta ali blaga ali storitev, ki jih ponuja konkurent, se po drugi strani pokaže, da je mogoče navedbo v šesti uvodni izjavi Direktive 97/55/ES razumeti v smislu, da se nanaša na vse številne oblike, v katerih se lahko pojavi taka določitev identitete, vendar ob tem ni opredeljeno, kaj pomeni določitev identitete.

13 – V tej uvodni izjavi je navedeno, da „je zaželeno nuditi širši koncept primerjalnega oglaševanja, ki bi zajemal vse vrste primerjalnega oglaševanja“.

14 – Glej v tem smislu tudi sodbo z dne 8. aprila 2003 v zadevi Pipping Augenoptik (C-44/01, Recueil, str. I-3095, točka 35).

33. Samo na podlagi besedila Direktive 97/55/ES bi bilo torej dokaj drzno sklepati o tem, ali je nameraval zakonodajalec s temi določbami urediti primere oglaševanja, v katerih gre za primerjave (ali za kakršno koli sklicevanje nanj) z določenim ali določljivim konkurentom ali z njegovim blagom oziroma storitvami (ali za sklicevanje nanje) v vseh mogočih oblikah, v katerih se lahko te primerjave (ali sklicevanja) izvedejo, ali pa je želel na enoten način, skupaj s takim oglaševanjem, urediti tudi druge oblike oglaševanja, med katere sodijo, na primer, primerjava z namišljenim ali nedoločljivim konkurentom, primerjava z vsemi konkurenti (na primer v obliki tako imenovanega presežniškega oglaševanja), primerjava med proizvodnimi ali distribucijskimi sistemi.

34. Bolj kot trditev, da je z Direktivo 97/55/ES predviden širok koncept primerjalnega oglaševanja, je po mojem mnenju ustrezna ugotovitev, da dopušča ta akt določeno negotovost glede razlage navedenega koncepta in glede drugih vidikov, obravnavanih v zadevni direktivi, ki je bila sprejeta po razmeroma dolgem in težavnem zakonodajnem postopku, saj je bil za predhodno veljavne pravne ureditve posameznih držav članic značilen zelo različen pristop k obravnavi tega področja. [15]

35. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev menim, da iz dobesedne razlage člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, zlasti glede na v njem uporabljena izraza „določati“ in „konkurent“ (v ustreznem sklonu ednine), izhaja, da je treba iz zadevne opredelitve izključiti oglaševanje, ki se nanaša na določeno vrsto izdelka in ne omogoča, niti z nakazovanjem, določitve identitete enega ali več *določenih* konkurentov (ali njihovega blaga), *izvzetih iz skupine vseh konkurentov*.

36. Glede ciljev, zasledovanih z Direktivo 97/55/ES, pa ugotavljam, da je z njo zakonodajalec nameraval poenotiti „temeljna načela, ki urejajo obliko in vsebino primerjalnega oglaševanja“, ter uskladiti pogoje za uporabo primerjalnega oglaševanja v vseh državah članicah (druga uvodna izjava), zlasti pa določiti „pogoje, pod katerimi je primerjalno oglaševanje dovoljeno“ (osemnajsta uvodna izjava).

37. S tem namenom so bili z navedeno direktivo, in sicer z uvedbo člena 3a v Direktivo 84/450, opredeljeni pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, da je dovoljeno primerjalno oglaševanje, [16] in v skladu s katerimi – kot

15 – Prvi predlog Komisije za sprejetje direktive o primerjalnem oglaševanju in spremembi Direktive 84/450 sega v leto 1991 (UL C 180, str. 14). Predlog, spremenjen na podlagi mnenj Ekonomsko-socialnega odbora in Evropskega parlamenta, je bil nato predstavljen Komisiji leta 1994 (UL C 136, str. 4) in z nadaljnjimi spremembami sprejet šele oktobra 1997 po dolgotrajnem postopku soodločanja.

16 – Glej člen 1 Direktive 84/450, v katerem je določeno, da je „[n]amen te direktive […] varstvo potrošnikov, oseb, ki opravljajo trgovsko, poslovno, obrtno dejavnost ali svobodno poklicno dejavnost, in varstvo interesov širše javnosti proti zavajajočemu oglaševanju in nepravičnim posledicam takega oglaševanja, ter *določiti pogoje, pod katerimi je dovoljeno primerjalno oglaševanje*“ (moj poudarek).

izhaja iz sedme uvodne izjave Direktive 97/55/ES – je mogoče „določi[ti], katere prakse v zvezi s primerjalnim oglaševanjem lahko povzročajo izkrivljanje konkurence, škodijo konkurentom in škodljivo vplivajo na izbiro potrošnikov“.

38. Iz člena 3a Direktive 84/450 torej ne izhaja le obveznost za države članice, da kot dovoljeno primerjalno oglaševanje – v skladu z opredelitvijo iz člena 2, točka 2a, te direktive, o vsebini katere sprašuje predložitveno sodišče – štejejo le tisto oglaševanje, ki izpolnjuje v Direktivi naštete pogoje. Če bi bilo tako, bi lahko države članice same prosto urejale primerjalno oglaševanje, ki teh pogojev ne bi izpolnjevalo. Učinek člena 3a namreč hkrati obsega za države članice tudi prepoved, da bi dovoljevale primerjalno oglaševanje, ki ne bi izpolnjevalo navedenih pogojev.

39. Videti je torej, da bo obseg različnih oblik oglaševanja, za katere velja razmeroma stroga ureditev iz člena 3a, toliko večji, kolikor širša bo opredelitev primerjalnega oglaševanja v smislu Direktive 84/450. V členu 3a(1)(c) je na primer določeno, da je primerjalno oglaševanje dovoljeno, če „objektivno primerja enega ali več objektivnih materialov, pomembnih, preverljivih in reprezentativnih lastnosti“ blaga ali storitev, na katere se nanaša.

40. V enajsti uvodni izjavi Direktive 97/55/ES je pojasnjeno, da „morajo biti pogoji za primerjalno oglaševanje kumulativno izpolnjeni in jih je treba spoštovati v celoti“ [17]. Iz tega izhaja, da mora *vsako* primerjalno oglaševanje izpolnjevati, „kar zadeva primerjavo“, [18] *vse* pogoje, naštete v členu 3a, in da mora torej, če vsebuje primerjavo, zadoščati zahtevam iz člena 3a(1)(c).

41. Glede na to bi morali pri pritrdilnem odgovoru na prvo vprašanje za predhodno odločanje, ki ga predlagajo odbor CIVC, družba Veuve Clicquot in belgijska vlada, posledično prepovedati – zaradi neskladja s členom 3a(1)(c) – tudi manj agresivne oblike oglaševanja, med katere sodijo *posplošene* trditve ali izjave [19] o večvrednosti, vodilnem položaju,

17 – Da morajo biti pogoji za primerjalno oglaševanje, določeni v členu 3a(1) Direktive 84/450, izpolnjeni kumulativno, je poudarilo tudi Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Pippig Augenoptik, točka 54.

18 – Besedna zveza „kar zadeva primerjavo“ se v Direktivi 97/55/ES pojavlja na več mestih: v sedmi uvodni izjavi, členu 3a(1), vstavljenem v Direktivo 84/450 z Direktivo 97/55/ES, in v členu 7(2) Direktive 84/450, kot je bil spremenjen z Direktivo 97/55/ES.

19 – Oziroma izjave, ki ne vsebujejo sklicevanj na konkretne okoliščine.

edinstvenosti ali izključnosti oglaševalca glede na vse njegove konkurente (večinoma izražene s presežniki: najboljši, najpogosteje zahtevan), ki so bile v času sprejetja Direktive 97/55/ES v nacionalnih pravnih redih držav članic dovoljene, [20] če niso vsebovale navedb, namenjenih diskreditiranju konkurentov, saj so se štele za izraz neškodljivega bahanja (*puffery*).

42. Sklepam torej, da bi zakonodajalec Skupnosti, če bi želel državam članicam naložiti, naj prepovejo take oblike oglaševanja, ki so jih njihove notranje ureditve dopuščale, to jasneje izrazil v besedilu Direktive 97/55/ES. Iz uvodnih izjav Direktive 97/55/ES pa je mogoče razbrati, da je bil cilj zakonodajalca Skupnosti prav nasproten, to je sprostitev, čeprav pod določenimi pogoji, take oblike oglaševanja, ker je menil, da so lahko zakonito sredstvo obveščanja potrošnikov, čeprav so jih določene države članice prepovedovale. [21]

43. Da razlaga pojma primerjalnega oglaševanja iz člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, ki bi nalagala uporabo Direktive in torej upoštevanje v njej določenih pogojev za dopustnost primerjalnega oglaševanja v smislu prepovedi tudi najmilejših oblik tako imenovanega presežniškega oglaševanja, ni primerna, po mojem mnenju potrjuje tudi dejstvo, da je v Direktivi 84/450 upoštevano zaznavanje povprečnega, običajno obveščenega ter razumno pozornega in preudarnega potrošnika, [22] ki je, ko se odloča za nakup, sposoben kritičnega ločevanja med posplošenim bahaštvom in sporočili informativne vsebine.

44. Poleg tega bi, če bi sprejeli razlago, v skladu s katero pojem primerjalnega oglaševanja v smislu Direktive 84/450 ne predvideva določitve identitete enega ali več *določenih* konkurentov ali njihovega blaga ali storitev, iz Direktive 97/55/ES izhajal učinek izrazitega omejevanja tudi glede oblik oglaševanja, ki vključujejo neposplošeno primerjavo z vsemi konkurenčnimi proizvajalci ali z nedoločljivim konkurentom („*X brand*“). Glede na

20 – Celo, kolikor mi je znano, v Nemčiji, Italiji in Luksemburgu, v katerih so sicer veljali zelo strogi predpisi na področju primerjalnega oglaševanja.

21 – Glej zlasti peto uvodno izjavo, v kateri je med drugim navedeno, da „je lahko primerjalno oglaševanje, če primerja material, pomembne, preverljive in značilne lastnosti in če ni zavajajoče, zakonito sredstvo informiranja potrošnikov o prednostih“.

22 – Glej zgoraj navedeno sodbo Pippig Augenoptik, točka 55, in sodbo z dne 19. septembra 2006 v zadevi Lidl Belgium (C-356/04, ZOdl., str. I-8501, točka 78). V zvezi z drugimi predpisi Skupnosti, namenjenimi varstvu potrošnika pred zavajajočimi navedbami, vsebovanimi v Uredbi Sveta (EGS) št. 1907/90 z dne 26. junija 1990 o določenih tržnih standardih za jajca (UL L 173, str. 5) in v Direktivi Sveta 76/768/EGS z dne 27. julija 1976 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi s kozmetičnimi izdelki (UL L 262, str. 169) glej še sodbo z dne 16. julija 1998 v zadevi Gut Springenheide in Tusky (C-210/96, Recueil, str. I-4657, točka 37) ter sodbi z dne 13. januarja 2000 v zadevi Estée Lauder (C-220/98, Recueil, str. I-117, točke od 27 do 30) in z dne 24. oktobra 2002 v zadevi Linhart in Biffl (C-99/01, Recueil, str. I-9375, točka 31).

nejasno opredeljen pojem primerjave, uporabljene za tako primerjavo, bi namreč te oblike oglaševanja težko izpolnjevale pogoj *preverljivosti*, ki se zahteva v skladu s členom 3a(1)(c).

45. Po drugi strani ni videti, da bi bilo treba oblike oglaševanja, ki sem jih navedel v točkah 41 in 44, prištevati med oblike primerjalnega oglaševanja v smislu Direktive 84/450 zaradi tega, ker temeljijo na primerjavi, vsaj z nakazovanjem. V zvezi s tem naj spomnim, da dejavnik, ki je v skladu s sodbo Toshiba [23] odločilen za ugotovitev, ali gre za primerjalno oglaševanje v smislu člena 2, točka 2a, te direktive, ni primerjava, *ki je lahko celo ni*, pač pa navedba, ki se, čeprav le z nakazovanjem, sklicuje na konkurenta ali na izdelke in storitve, ki jih ta ponuja.

46. Ob upoštevanju zgoraj navedenega in vsebine člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 menim, da je primerno to določbo razlagati v smislu, da je treba oglaševanje šteti kot primerjalno, kadar se sporočilo nanaša, čeprav le z nakazovanjem, na enega ali več *določenih* konkurentov oziroma na njihove proizvode ali storitve.

47. Naj poudarim še, da je treba sklep o tem, ali je mogoče iz oglasnega sporočila razbrati določitev identitete enega ali več *določenih* konkurentov oziroma njihovih proizvodov ali storitev, sprejeti na podlagi presoje, opravljene s stališča potrošnika, in sicer povprečnega, običajno obveščenega ter razumno pozornega in preudarnega potrošnika, ne pa s stališča konkurenta. Pomembno je torej ugotoviti, ali bo potrošnik oglasno sporočilo dojel tako, da bo v njem prepoznal enega ali več konkurentov (ali njihovih proizvodov ali storitev), katerih identiteto je *določil* oglaševalec. Kako zaznava oglasno sporočilo določen konkurent in ali ta meni, da se oglas nanaša nanj, torej ni odločilnega pomena.

48. Oblik določitve identitete konkurenta (ali njegovih proizvodov ali storitev) je lahko več: poleg oblik izrecne določitve identitete (navajanje trgovskega imena konkurenta ali njegovih znamk ali drugih znakov razlikovanja) je mogočih še več oblik določitve identitete z nakazovanjem, in sicer z navajanjem dejanskih okoliščin njegovega podjetja, njegovega sporočanja (na primer *slogana* ali *oglasnega pričevanja*), njegovega položaja na trgu (na primer položaja vodilnega podjetja), posebnih značilnosti njegovih proizvodov ali storitev oziroma z omembo katerega koli drugega elementa, ki jo lahko potrošnik razume kot nakazovanje na tega *določenega* konkurenta oziroma na njegove proizvode ali storitve.

23 – Točki 29 in 31.

49. Seveda nič ne preprečuje možnosti, da bo potrošnik v posebnih okoliščinah tudi sklicevanje v oglasu na določeno vrsto proizvoda dojel tako, da ga bo povezal z enim ali več *določenimi* konkurenti oziroma ali z njihovimi proizvodi ali s storitvami.

50. To se zgodi, kadar vrsto proizvoda, na katero se nanaša oglas, poleg oglaševalca ponuja le še eno podjetje (duopol) ali kadar se oglas nanaša na vrsto proizvoda, ki jo ponuja samo eno podjetje in se sicer razlikuje od vrste proizvoda, ki jo ponuja oglaševalec, vendar je kljub temu s tem v konkurenčnem razmerju.

51. Dopuščam tudi možnost, na katero je opozorila Komisija, da lahko potrošniki v določenih okoliščinah sklicevanje na določeno vrsto proizvoda razumejo v smislu določitve identitete z nakazovanjem večjega števila konkurentov (dveh ali več), če jih potrošniki zaznavajo *kot individualno določene*. Tako zlasti ni mogoče izključiti, da bodo potrošniki v okoliščinah oligopolnega trga, za katerega je značilno, da na njem nastopa omejeno število javnosti dobro znanih podjetij, sklicevanje na določeno vrsto proizvoda povezali z vsakim od teh individualno določenih podjetij.

52. Ne soglašam pa s stališčem odbora CIVC in družbe Veuve Clicquot, ki ga je na obravnavi delno podprla tudi francoska vlada, da sklicevanje na proizvod z navedbo porekla zadošča za določitev identitete v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450.

53. Odgovor na vprašanje, ali je mogoče tako navedbo razlagati kot sklicevanje na določeno vrsto proizvoda ali pa na – kot trdita odbor CIVC in družba Veuve Cliquot – „dobro določene proizvode“ z natančno določenimi lastnostmi, povezanimi zlasti s posebnim geografskim izvorom, ni ključnega pomena. Res je, kot sta opozorili navedeni stranki in francoska vlada, da predmet določitve identitete, predvidene z zadevno določbo, ni nujno *konkurent*, saj se lahko nanaša tudi na *blago ali storitve* določenega konkurenta. Vendar razlaga, ki jo v zvezi s tem predlagajo odbor CIVC, družba Veuve Clicquot in francoska vlada, ni uspešna, kolikor se določba nanaša na blago ali storitve *konkurenta*, pri čemer je treba, kot sem ugotovil zgoraj, navedbo „konkurenta“ v tej določbi razumeti v smislu *določenega* konkurenta.

54. Enako ugotavljam tudi v zvezi z argumentom, ki ga odbor CIVC in družba Veuve

Clicquot utemeljujeta z dejstvom, da je število gospodarskih subjektov, ki lahko uporabljajo navedbo porekla, omejeno. To, da gre pri teh subjektih za neki zaprt krog in da jih je mogoče abstraktno natančno določiti, še ne pomeni, da bo povprečen potrošnik ob dojemanju oglasnega sporočila, ki se sklicuje na navedbo porekla, te navedbe povezal z vsakim od teh individualno določenih subjektov.

55. Nacionalno sodišče bo torej moralo preučiti, ali so sporne navedbe in izrazi, ki jih uporablja družba De Landtsheer, ob upoštevanju vseh okoliščin, povezanih z oglasom, v katerega so vključene, [24] ter torej tudi drugih dejavnikov, vključno z grafično in dekorativno podobo, ki spremljajo to sporočilo, taki, da lahko glede na poznavanje trga, znano povprečnemu, običajno obveščenemu ter razumno pozornemu in preudarnemu potrošniku, temu omogočijo, da iz sporočila razbere identiteto enega ali več *določenih* konkurentov oziroma njihovih proizvodov ali storitev.

56. Zato Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori:

Sklicevanje na določeno vrsto proizvoda v oglasu še ne izpolnjuje pogojev za določitev identitete iz člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 v smislu, da bi lahko to sklicevanje določalo identiteto vsakega izmed podjetij, ki ponujajo to vrsto proizvoda, ali njihovega blaga. Tako sklicevanje lahko z nakazovanjem določa identiteto konkurenta ali blaga, ki ga ta ponuja, v smislu zgoraj navedene določbe, le če ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera povprečnemu, običajno obveščenemu ter razumno pozornemu in preudarnemu potrošniku omogoči, da razbere identiteto enega ali več določenih podjetij, ki ponujajo to vrsto proizvoda, ali njihovega blaga.

Drugo vprašanje za predhodno odločanje

57. Drugo vprašanje za predhodno odločanje, ki je razčlenjeno na več vprašanj, se, prvič, nanaša na opredelitev obstoja konkurenčnega razmerja v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 med oglaševalcem in drugim podjetjem, katerega identiteto (ali identiteto njegovega blaga ali storitev) določa oglas. Predložitveno sodišče želi torej tudi s tem vprašanjem dobiti pojasnilo v zvezi s področjem uporabe predpisov, uvedenih z Direktivo 97/55/ES.

24 – Iz zgoraj navedene sodbe Toshiba, točki 57 in 58, izhaja, da je treba pri presoji učinka, ki ga lahko ima določena navedba, uporabljena v oglasu, na dojemanje potrošnikov, ki jim je oglas namenjen, upoštevati celovito predstavitev oglasa. Glej tudi zgoraj navedeno sodbo Lidl Belgium, točka 79.

Poleg tega vprašanje za predhodno odločanje zahteva tudi razlago vsebine pogoja dopustnosti iz člena 3a(1)(b) Direktive 84/450.

58. Predložitveno sodišče najprej sprašuje, ali je treba na podlagi primerjave med besedilom člena 2, točka 2a, in besedilom člena 3a(1)(b) Direktive 84/450 šteti, da je „konkurent“ v smislu prve izmed navedenih določb vsako podjetje, katerega identiteto je mogoče določiti na podlagi oglasa in torej ne glede na blago ali storitve, ki jih ponuja (vprašanje iz točke a).

59. Če je odgovor na prejšnje vprašanje nikalen, predložitveno sodišče sprašuje Sodišče o merilih, ki jih je treba uporabiti za presojo, ali obstaja konkurenčno razmerje v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 (vprašanja iz točk b, c in d).

60. Končno, predložitveno sodišče sprašuje, ali so ta merila in merila za ugotavljanje, ali je izpolnjen pogoj dopustnosti iz člena 3a(1)(b), enaka (vprašanje iz točke e).

61. Na vprašanje iz točke a je treba po mojem mnenju prav gotovo odgovoriti nikalno. Kot sta poudarili družba De Landtsheer in Komisija, besedilo člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 ne dopušča nobenega dvoma: za primerjalno oglaševanje gre, če oglas omogoča določitev identitete *konkurenčnega* podjetja (ali njegovega blaga ali storitev) in ne katerega koli podjetja (ali njegovega blaga ali storitev). Upoštevanje proizvodov in storitev, ki jih ponuja podjetje, katerega identiteta je določena, kot tudi proizvodov in storitev, ki jih ponuja oglaševalec, je torej ključno pri preverjanju, ali se zadevno oglaševanje nanaša na konkurenta in ali ga je torej treba obravnavati kot primerjalno oglaševanje v smislu zgoraj navedene določbe.

62. Dejstvo, za katero se zdi, da povzroča predložitvenemu sodišču določene dvome, in sicer da je na podlagi člena 3a(1)(b) konkurenčno razmerje med proizvodi, ki so v oglasu predmet primerjave, zahtevano tudi v smislu pogoja dopustnosti oglaševanja, ne zahteva razlage člena 2, točka 2a, ki bi se tako očitno odmikala od njegovega dobesednega smisla.

63. Pojasniti je treba, da zakonska opredelitev primerjalnega oglaševanja ne zahteva

konkurenčnosti med proizvodi, ki so morda predmet primerjave v oglasu. Pomembno je, ali obstaja med oglaševalcem in drugim podjetjem – katerega identiteto (ali identiteto njegovega proizvoda) je mogoče na podlagi oglasa določiti – konkurenčno razmerje *glede katerega koli dela ponudbe* proizvodov ali storitev, ki ju ponujata.

64. Ugotovitev, da o obstoju konkurence v smislu člena 2, točka 2a, ni mogoče sklepati le na podlagi blaga ali storitev, na katere se nanaša oglas, potrjuje tudi dejstvo, da je v tej določbi predvidena določitev identitete, in sicer ne *konkurenčnih* storitev ali blaga, temveč „blaga oziroma storitev, ki jih ponuja konkurent“ ali, alternativno, osebe oziroma položaja „konkurenta“ (institucionalno ali osebno oglaševanje). V zadnjem primeru je očitno, da brez določitve identitete določenega blaga ali storitve ne bi bilo mogoče preveriti, ali v zvezi s proizvodi ali storitvami, ki so predmet oglasa, obstaja konkurenčni odnos.

65. Z belgijsko vlado in s Komisijo soglašam, da je treba konkurenčno razmerje v smislu člena 2, točka 2a, razlagati široko. Preizkus, ali je v konkretnem primeru tak odnos podan, ne bi smel v celoti slediti merilom za opredelitev upoštevnega trga, navedenih v Obvestilu Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za konkurenčno pravo Skupnosti (v nadaljevanju: Obvestilo o upoštevnem trgu), [25] na katero se je nasprotna stranka sklicevala v pisnih stališčih.

66. Kot je namreč znano, je namen opredelitve upoštevnega trga v okviru uporabe konkurenčnih pravil predvsem določiti konkurenčne pritiske na udeležena podjetja in s tem omogočiti presojo tržne moči vsakega izmed teh. [26] V okviru te presoje je zlasti pomembna zamenljivost povpraševanja, to je stopnja zamenljivosti med proizvodi z vidika potrošnika. Taka zamenljivost je očitno odvisna od tega, v kolikšni meri lahko proizvodi zadovoljujejo iste potrebe potrošnika.

67. Glede na to, da je namen opredelitve upoštevnega trga v okviru konkurenčnega prava določiti dejanske konkurente udeleženih podjetij, ki so sposobni omejevati ravnanje udeleženih podjetij in vplivati zlasti na njihove odločitve glede oblikovanja cen, pa je

25 – UL 1997, C 372, str. 5.

26 – Glej v tem smislu točko 2 Obvestila o upoštevnem trgu.

treba presojo v teh okoliščinah usmeriti k iskanju – predvsem z opazovanjem navzkrižne cenovne elastičnosti povpraševanja v zvezi z obravnavanimi proizvodi – pomembne stopnje zamenljivosti med proizvodi. Kot je poudarjeno v Obvestilu o upoštevnem trgu, [27] se opredelitev upoštevnega trga za operativne in praktične namene osredotoča na zamenljivost povpraševanja, ki izhaja iz majhnih, stalnih sprememb v relativnih cenah. Šteje se zlasti, da proizvod drugega podjetja kratkoročno dovolj omejuje ali vpliva na oblikovanje cen proizvodov udeleženega podjetja, če bi hipotetično majhno, trajno povečanje navedene cene na obravnavanem območju vplivalo na stopnjo zamenljivosti v tolikšni meri, da dvig cene ne bi bil donosen. [28]

68. Uporaba teh meril za presojo, ali obstaja med podjetji konkurenčen odnos v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, se mi ne zdi primerna. Po mojem mnenju je treba v zadevnih okoliščinah uporabiti popolnoma drugačen pristop.

69. Osnovni cilj oglaševanja je namreč prav vplivati na izbiro potrošnikov, da bi se povečalo povpraševanje po oglaševanem proizvodu na trgu, cilj primerjalnega oglaševanja pa je predvsem preusmeriti povpraševanje po proizvodu drugega podjetja k proizvodu oglaševalca. Zakonodajalec Skupnosti je primerjalnemu oglaševanju naklonjen, ker je lahko pod določenimi pogoji sredstvo informiranja potrošnikov in spodbujanja konkurence med dobavitelji blaga in storitev v interesu potrošnikov. [29] Vendar je zanj predvidel vrsto pogojev, s katerimi je želel preprečiti prakse, ki bi povzročale izkrivljanje konkurence, škodovanje konkurentom in škodljive vplive na izbiro potrošnikov. [30]

70. Iz tega izhaja, da konkurenčno razmerje v skladu s členom 2, točka 2a, Direktive 84/450 ni tisto, ki bi predstavljalo dejansko konkurenčno oviro svobodnemu poslovnemu ravnanju udeleženega podjetja, temveč tisto, ki pomeni plodna tla, za vzpostavitev ugodnih pogojev za večji obseg izbire potrošnikov, hkrati pa lahko privede do teženj, in torej do tveganja, nepoštenih oglaševalskih praks.

27 – Glej točko 15.
28 – Glej Obvestilo o upoštevnem trgu, točke od 16 do 18.
29 – Glej drugo in peto uvodno izjavo Direktive 97/55/ES.
30 – Glej sedmo uvodno izjavo Direktive 97/55/ES.

71. Menim, da je treba v tem smislu ugotoviti, da v členu 2, točka 2a, Direktive 84/450 glede konkurenčnega odnosa ni vsebovana zahteva po pomembni stopnji zamenljivosti med proizvodi udeleženih podjetij, ki je v okviru konkurenčnega prava dejavnik za presojo, ali pripadajo zadevni proizvodi istemu upoštevnemu trgu.

72. Kot je predlagala Komisija, zadošča za to že ugotovitev, da je med proizvodi udeleženih podjetij določena stopnja zamenljivosti. Ta je lahko torej tudi omejena. Povedano drugače, šteti je mogoče, da obstaja med podjetji konkurenčen odnos, čeprav bi do pomembnega učinka zamenljivosti prišlo le ob občutni spremembi relativne cene izdelkov in, tako menim, celo če bi občutna sprememba navedene cene povzročila le zmeren učinek zamenljivosti.

73. Zato za uporabo člena 2, točka 2a, med konkurente ni mogoče prištevati izključno podjetij, ki bi bila, kot trdi družba De Landtsheer, šteta kot konkurenčna na istem upoštevnem trgu v okviru uporabe konkurenčnega prava.

74. Poleg tega menim, da ob upoštevanju tveganja za podjetje, katerega identiteta je določena v oglasu, da zaradi primerjalnega oglaševanja utrpi konkretno škodo (ali samo zaradi tega, ker je bila določena njegova identiteta, čeprav brez primerjave), ni mogoče izključiti možnosti obstoja konkurenčnega razmerja v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, niti če oglaševalec ne ponuja proizvodov, ki so z vidika povpraševanja zamenljivi z izdelki navedenega podjetja, oziroma če take izdelke sicer ponuja, vendar na drugem geografskem trgu. Oglaševalec bi namreč lahko bil potencialni konkurent podjetja, čigar identiteta je določena na podlagi oglasa, in bi lahko imel interes diskreditirati podobo navedenega podjetja, da bi ustvaril ugodne razmere za svoj bodoči vstop na trg, na katerem je to podjetje prisotno.

75. Zato soglašam z belgijsko vlado in s Komisijo, ki trdita, da je treba za uporabo člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 upoštevati tudi samo potencialno konkurenco. [31]

76. Okoliščina potencialne konkurence je pomembna zlasti pri izraziti zamenljivosti

31 – Spomnim pa naj, da se v konkurenčnem pravu potencialna konkurenca, razen tiste, ki izhaja iz visoke stopnje zamenljivosti ponudbe, pri opredelitvi upoštevnih trgov ne upošteva, temveč se vključi šele v presoje na kasnejši stopnji, na primer v presojo prevladujočega položaja na tem trgu v smislu člena 82 ES ali presojo vpliva koncentracije na upoštevni trg: glej Obvestilo o upoštevnem trgu, točki 14 in 24.

z vidika ponudbe. Zamenljivost z vidika ponudbe je, kot je znano, ključna za opredelitev upoštevnega trga v okviru uporabe pravil konkurenčnega prava, če je za udeležena podjetja dejavnik dejanskega konkurenčnega omejevanja. Pri oblikovanju svoje tržne politike mora namreč podjetje upoštevati sposobnosti določenih drugih podjetij – ki sicer trenutno ne proizvajajo istega proizvoda (ali proizvoda iste vrste), temveč drugačen proizvod (ali drugačno vrsto proizvoda), ki z vidika potrošnikov z njegovim ni zamenljiv – da ob majhnih in stalnih spremembah relativnih cen svoje proizvodne postopke hitro in brez precejšnjih dodatnih stroškov ali tveganj spremenijo, tako da lahko tudi ta na trgu ponudijo zadevni proizvod (ali vrsto izdelka). Če je ta sposobnost dovolj verjetna, bo proizvodni trg za uporabo konkurenčnih pravil obsegal ne le vse proizvode, ki so zamenljivi z vidika povpraševanja, temveč tudi proizvode, ki so zamenljivi le z vidika ponudbe. [32]

77. Vendar je razlogov za utemeljenost takega stališča še več. Pogosto se poudarja, da je namen oglaševanja krepiti zvestobo blagovni znamki in zmanjševati elastičnost povpraševanja po oglaševanem proizvodu oziroma bistveno zamenljivost. Vendar ugotavljam, da je lahko cilj oglaševanja tudi nasproten, in sicer potrošniku predlagati, naj izrabljeni proizvod zamenja z nadomestnim proizvodom, in torej zmanjševati nezamenljivost.

78. Zato je treba upoštevati, da je namen oglaševanja povzročiti ne le prenos tržnih deležev, temveč tudi prenos povpraševanja z enega trga na drugega (zlasti na drugo vrsto proizvoda) in torej vplivati na velikost trgov.

79. Zdi se, da zato že narava instrumenta zahteva tako pojmovanje konkurenčnega razmerja, upoštevnega za uporabo člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, ki temelji na dinamični viziji trgov.

80. Iz tega izhaja in s tem želim podati stališče v zvezi z vprašanjem iz točke b drugega vprašanja za predhodno odločanje, da je treba pri presoji, ali je podano zgoraj obravnavano konkurenčno razmerje, upoštevati ne le sedanje razmere na trgu in obstoječe potrošniške navade, temveč tudi možnosti za razvoj teh navad in torej trgov. Povedano drugače, treba bo presoditi, ali obstajajo med proizvodi ali

32 – Glej Obvestilo o upoštevnem trgu, točke od 20 do 23.

storitvami, ki jih ponuja oglaševalec, in tistimi, ki jih ponuja drugo podjetje, na katero se oglaševanje nanaša, čeprav z vidika potrošnikov trenutno niso zamenljivi, taka razmerja, na podlagi katerih bi lahko sklepali o potencialni preusmeritvi, čeprav delni in omejeni, povpraševanja od prvih k drugim proizvodom ali storitvam v bližnji prihodnosti.

81. Poleg tega ugotavljam in s tem prehajam na vprašanje iz točke d, da se takrat, ko pripadata proizvod, ki ga ponuja oglaševalec, in proizvod drugega podjetja, na katero se oglaševanje nanaša, različnima vrstama blaga, [33] ne bi smeli omejiti na upoštevanje zamenljivosti med dvema vrstama proizvodov le v abstraktnem smislu, temveč bi morali preučiti tudi zamenljivost med zadevnimi konkretnimi proizvodi glede na njihove lastnosti. Očitno je namreč, da obstajajo zlasti na blagovnih področjih, za katera je značilna visoka stopnja diferenciacije proizvoda, „mejna področja“, na katerih so lahko konkretni proizvodi, ki pripadajo v abstraktnem smislu med seboj nezamenljivim blagovnim vrstam, dejansko v konkurenčnem razmerju.

82. Ob upoštevanju sklepa, da lahko primerjalno oglaševanje vpliva na zamenljivost med izdelki z vidika povpraševanja, pa po drugi strani ne bi smeli zanemariti niti načina, ki ga uporabi oglaševalec za uveljavljanje svojega proizvoda z oglaševanjem, niti podobe, ki mu jo želi dati. Če oglaševalec predstavlja svoj proizvod kot upravičeno zamenjavo za proizvod podjetja, na katero se oglaševanje nanaša, je treba po mojem mnenju, ne glede na to, ali pripadata isti vrsti blaga, šteti, da gre za konkurenčni odnos v smislu člena 2, točka 2a, razen če je mogoče glede na naravo, lastnosti, namembnost in relativno ceno proizvodov razumno izključiti vsako tveganje za prerazporeditev kupcev v korist oglaševanega izdelka.

83. Glede vprašanja iz točke c tudi sam, tako kot vse stranke v tem postopku, menim, da je treba obstoj konkurenčnega odnosa v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 med oglaševalcem in drugim podjetjem, na katero se nanaša oglas, preveriti ob upoštevanju dela ozemlja Skupnosti, na katerem so oglasi objavljeni.

84. Vendar bi želel v zvezi s tem opozoriti na dvoje.

33 – Kot izhaja iz ugotovitev predložitvenega sodišča, naj bi šlo v obravnavanem primeru prav za tak položaj, saj to sodišče meni, da vsebujejo sporna oglasna sporočila sklicevanje na določeno vrsto izdelka (ali na peneče se vino ali na šampanjec), ki se razlikuje od vrste izdelka (piva), ki ga ponuja družba De Landtsheer.

85. Prvič, ugotavljam, da lahko nacionalni organi (pravosodni in upravni), ki morajo v skladu s členom 4(1) Direktive 84/450 zagotavljati nadzor nad primerjalnim oglaševanjem, izvršujejo te naloge le v zvezi z oglasi, objavljenimi na ozemlju, za katero so pristojni. Iz tega sledi, da dejstvo, da obsega območje, na katerem je zadevni oglas objavljen, tudi ozemlje drugih držav članic, temu organu onemogoča, da bi ugotovil, ali je podano konkurenčno razmerje v smislu člena 2, točka 2a, če se to pojavlja le na ozemlju drugih držav članic in ne tudi na ozemlju, za katero je pristojen.

86. Tako, na primer, v obravnavanem primeru Cour d'appel de Bruxelles ne bo pristojno za presojo, da se sporni oglasi nanašajo na določenega konkurenta ali na proizvode določenega konkurenta v smislu člena 22 LPCC in člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, če bo ugotovilo, da konkurenčni odnos med družbo De Landtsheer in med proizvajalci penečega se vina ali šampanjca, katerih identiteta je hipotetično določena na podlagi navedenih oglasov, ne obstaja v Belgiji, temveč na drugem delu ozemlja Skupnosti, na katerem so oglasi objavljeni. [34]

34 – Upoštevati je treba, da so nekatera oglasna sporočila, ki so predmet postopka v glavni stvari, natisnjena na embalaži proizvoda. Z morebitnim trženjem zadevnega proizvoda z enako embalažo tudi v drugih državah članicah bi bila sporna oglasna sporočila torej objavljena tudi na ozemlju teh.

87. Seveda pa bo lahko obstoj sedanjega konkurenčnega odnosa med zadevnim blagom na drugem delu ozemlja Skupnosti upoštevan v okviru presoje mogočega razvoja potrošniških navad na belgijskem ozemlju.

88. Drugič, poudarjam, da omejitev presoje obstoja konkurenčnega odnosa v smislu člena 2, točke 2a, Direktive 84/450 na ozemlje, na katerem je oglas objavljen, posledično vključuje dejstvo, da se bo lahko enak oglas, če je objavljen v več državah članicah, glede na potrošniške navade in strukturo trgov v posameznih državah štel kot primerjalen v smislu navedene direktive samo v določenih državah članicah.

89. Čeprav se lahko zdi, da je tak sklep v nasprotju z enim od ciljev Direktive 97/55/ES, in sicer s spodbujanjem prostega pretoka oglaševanja na notranjem trgu, [35] pa se mu kljub temu ne da izogniti, saj nikakor ne bi bilo smiselno sistemsko naložiti nadzornim organom, naj presojo o obstoju konkurenčnega razmerja izvajajo na evropski ravni ne glede na dejanski geografski obseg trgov.

35 – Glej tretjo uvodno izjavo Direktive 97/55/ES.

90. Kakor koli, pomen tega vprašanja zmanjšujejo ne le trenutna težnja po geografski širitvi trgov in postopen razvoj notranjega trga, temveč tudi indicijski pomen, ki ga ima konkurenčna dinamika, spremljana na drugih območjih Skupnosti, pri presoji v dinamičnem ključu obstoja zadevnega konkurenčnega odnosa na ozemlju, na katerem je objavljen oglas in za katero je pristojen nadzorni organ.

91. Glede, nazadnje, vprašanja iz točke e, s katerim predložitveno sodišče sprašuje, ali so merila za ugotavljanje konkurence, upoštevne za uporabo člena 2, točka 2a, enaka merilom, s katerimi se preveri, ali je izpolnjen pogoj iz člena 3a(1)(b) Direktive 84/450, naj spomnim, da je v skladu s tem pogojem, pogosto opisanim kot pogoj „homogenosti" primerjave, primerjalno oglaševanje, ki vsebuje primerjavo, dovoljeno, če „primerja blago ali storitve, ki zadovoljujejo enake potrebe ali imajo enak namen".

92. Zdi se, da predložitveno sodišče s tem, da zastavlja tako vprašanje, ki zahteva tudi razlago člena 3a(1)(b), šteje, čeprav tega ne navaja izrecno, da vsebujejo oglasi, ki so predmet spora o glavni stvari, če jih je treba obravnavati v smislu primerjalnega oglaševanja, primerjavo in da morajo zato, da bodo lahko šteti kot dovoljeni, izpolnjevati pogoje, naštete v členu 3a. Predložitveno sodišče pa ne predlaga, naj Sodišče pojasni pojem primerjave ali opredeli področje uporabe člena 3a. Zato v okviru tega postopka teh vprašanj ni treba preučiti.

93. Soglašam s Komisijo, ki trdi, da merila za ugotavljanje konkurenčnega odnosa, upoštevnega za uporabo člena 2, točka 2a, niso enaka merilom, namenjenim preverjanju, ali je izpolnjen pogoj iz člena 3a(1)(b). Jasno je namreč, da bi bil člen 3a(1)(b), če bi šlo za enaka merila, brez vsakršnega ustreznega učinka, saj posledično za nobeno oglaševanje, ki bi bilo v skladu s členom 2, točka 2a, opredeljivo kot primerjalno, ne bi bilo mogoče sklepati, da je v nasprotju z zadevnim pogojem dopustnosti.

94. Vsebina meril, ki jih predvidevata primerjani določbi, je torej nujno različna. Pojem konkurence iz člena 2, točka 2a, bi moral

pokrivati večje število primerov kot pogoj dopustnosti iz člena 3a(1)(b), tako da bi dejansko obstajali primeri primerjalnega oglaševanja, ki ne bi izpolnjevali tega pogoja.

95. V tem smislu predvsem ugotavljam, da se člen 3a(1)(b) nanaša na odnos, ki mora obstajati med proizvodi ali storitvami, ki so predmet primerjave v oglasu, pri čemer, kot sem poudaril zgoraj, se upoštevno konkurenčno razmerje iz člena 2, točka 2a, ne nanaša nujno na navedene proizvode ali storitve, temveč lahko obstaja na ravni celotne ponudbe proizvodov ali storitev, ki jih ponujata oglaševalec in drugo podjetje, na katero se oglas nanaša. [36]

96. Poleg tega za uporabo člena 3a(1)(b) ni pomembna nobena presoja v zvezi z zamenljivostjo med proizvodi ali storitvami z vidika povpraševanja, ki pa se lahko izkaže za upoštevno (glej zgoraj navedeni točki 75 in 76) za člen 2, točka 2a. Če torej izdelka nista zamenljiva z vidika povpraševanja, oglas, ki ju primerja, ne bo izpolnjeval pogoja iz člena 3a(1)(b).

97. To ugotovitev potrjuje tudi nedavna sodba Lidl Belgium, [37] v kateri je Sodišče pojasnilo, da je treba pogoj dopustnosti iz člena 3a(1)(b) razlagati v smislu, da mora imeti blago, ki je predmet primerjave, „za potrošnika zadostno stopnjo medsebojne zamenljivosti“. Sodišče je navedlo, da je v tej določbi pojasnjena zahteva primerljivosti izdelkov, poudarjena v drugi in deveti uvodni izjavi Direktive 97/55/ES, iz katerih izhaja, da je namen te zahteve omogočiti, da se potrošniku s primerjalnim oglaševanjem zagotovijo informacije, ki mu bodo koristile pri izbiri proizvodov, in preprečiti, da bi bilo primerjalno oglaševanje uporabljeno nepošteno in v nasprotju s pravili o varstvu konkurence.

98. Zakonodajalec torej v členu 3a(1)(b) ne zahteva, naj se primerjajo proizvodi ali storitve enake oziroma podobne narave ali naj pripadajo isti blagovni vrsti, temveč predvideva

36 – V tem smislu je ustrezen tudi primer, ki ga navaja Komisija, dveh „splošnih“ proizvajalcev avtomobilov, ki bi bila v smislu člena 2, točka 2a, v konkurenčnem odnosu, če bi se njuna ponudba proizvodov vsaj deloma prekrivala. Oglaševanje prvega proizvajalca, na podlagi katerega je mogoče določiti identiteto drugega, bi bilo primerjalno, vendar ne bi bilo dovoljeno, ker ne bi izpolnjevalo pogoja iz člena 3a(1)(b), če bi vsebovalo primerjavo med enoprostorskim vozilom, ki ga ponuja prvi proizvajalec, in kupejem drugega proizvajalca oziroma med dvema proizvodoma, ki ne zadovoljujeta istih potreb.

37 – Točke od 25 do 27.

medsebojno zamenljivost teh proizvodov z vidika potrošnika.

99. Poleg tega menim, da navedbe Sodišča o *zadostni* stopnji medsebojne zamenljivosti za potrošnika ni treba razlagati v smislu, da mora biti v okviru preverjanja, ali je izpolnjen pogoj iz člena 3a(1)(b), izkazana višja stopnja zamenljivosti na strani povpraševanja, kakršna bi zadoščala za ugotovitev, da obstaja med dobavitelji teh proizvodov konkurenčni odnos v smislu člena 2, točka 2a.

100. Seveda pa je mogoče – glede na to, da je s členom 3a(1)(b) predviden pogoj dopustnosti primerjalnega oglaševanja –, da se v okviru tega člena uporabijo taka merila za preverjanje zamenljivosti povpraševanja, ki so strožja od tistih, uporabljenih za člen 2, točka 2a.

101. Ker pa je treba v skladu z ustaljeno sodno prakso pogoje dopustnosti, predpisane za primerjalno oglaševanje, razlagati tako, da so zanj ugodnejši, [38] in upoštevati dejstvo, da je lahko oglaševanje novega proizvoda, ki lahko nadomesti konkurenčne proizvode, sredstvo učinkovitega informiranja potrošnikov in spodbujanja konkurence med dobavitelji proizvodov ali storitev v korist potrošnikov, kar je skladno s cilji Direktive 97/55/ES, ne vidim razlogov, ki bi podpirali stališče, da je treba v okviru presoje zamenljivosti na strani povpraševanja uporabiti merila, ki bi bila strožja glede na merila, upoštevana za člen 2, točka 2a. Dodatni razlog za nasprotovanje tej možnosti izhaja iz dejstva, da pogoji dopustnosti, določeni v členu 3a(1)(b), prispevajo k zagotavljanju, da se primerjava med proizvodi, ki so predstavljeni kot medsebojno zamenljivi, izvaja na pošten in za potrošnike koristen način.

102. Poleg tega vidiki, obravnavani zgoraj v točkah 95 in 96, zadoščajo za razlikovanje med vsebino pogoja o konkurenčnem odnosu iz člena 2, točka 2a, in vsebino pogoja iz člena 3a(1)(b) ter s tem za zagotavljanje ustreznega učinka slednjega.

103. Menim torej, da so ugotovitve, navedene zgoraj v točkah od 80 do 90 v zvezi z dejavniki

38 – Zgoraj navedeni sodbi Toshiba, točka 37, in Pippig Augenoptik , točka 42, sodba z dne 23. februarja 2006 v zadevi Siemens (C-59/05, ZOdl., str. I-2147, točke od 22 do 24) in zgoraj navedena sodba Lidl Belgium, točki 22 in 32.

presoje, o katerih sprašuje predložitveno sodišče v točkah b, c in d drugega vprašanja za predhodno odločanje, upoštevne tudi za uporabo pogoja iz člena 3a(1)(b).

104. Dopustili bi lahko kvečjemu stališče, da mora biti dosledneje izvedena presoja o možnostih za razvoj potrošniških navad, če oglas kot zamenljive predstavlja proizvode ali storitve, ki jih potrošniki trenutno ne dojemajo kot take, v okviru uporabe člena 3a(1)(b). Lahko bi namreč sklepali, da za dokaz, da je zadevni pogoj izpolnjen, ni dovolj ugotovitev, da je oglaševalec blago, ki je predmet primerjave, izrecno ali z nakazovanjem, predstavil kot zamenljivo, in da je treba preveriti še, ali se bo na podlagi oglasa povpraševanje kupcev blaga drugega podjetja, na katero se oglas nanaša, vsaj deloma preusmerilo k proizvodom, ki jih ponuja oglaševalec.

105. Glede vprašanja na konkretni ravni, ki se nanaša na zamenljivost na belgijskem ozemlju, na katerem so objavljena oglasna sporočila, med pivom in penečim se vinom ali šampanjcem oziroma, natančneje, med pivom proizvajalca De Landtsheer in penečim se vinom ali šampanjcem, ki ga proizvajajo določena podjetja, katerih identiteta je domnevno določena v spornih oglasih, je očitno, da bo moralo o njem presojati nacionalno sodišče. Zato v okviru tega postopka za sprejetje predhodne odločbe ni treba preučiti argumentov, ki temeljijo tudi na nekaterih odločbah pravosodnih ali upravnih organov Skupnosti, ki so jih stranke navedle ali v podporo ali v smislu nasprotovanja trditvi o obstoju zadevne zamenljivosti.

106. Sodišču torej predlagam, naj na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovori:

Za ugotovitev, ali obstaja med oglaševalcem in podjetjem, na katero se prvi sklicuje v oglasu, konkurenčen odnos v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, je treba upoštevati blago ali storitve, ki jih ponuja to podjetje. Konkurenca, dejanska ali potencialna, med oglaševalcem in navedenim podjetjem mora namreč obstajati glede katerega koli dela ponudbe proizvodov ali storitev, ki jih ponujata. V tem smislu zadošča ugotovitev, da med proizvodom ali storitvijo prvega in proizvodom ali storitvijo drugega obstaja določena zamenljivost z vidika povpraševanja, čeprav omejena.

Za presojo glede obstoja navedenega konkurenčnega odnosa mora nacionalni nadzorni organ upoštevati sedanje razmere na delu ozemlja Skupnosti, na katerem so objavljeni oglasi in za katero je pristojen, ter med drugimi dejavniki upoštevati tudi možnost razvoja potrošniških navad, posebnih lastnosti blaga ali storitev, ki so predmet oglaševanja, in podobo, ki jo želi dati oglaševalec proizvodu, ki ga oglašuje.

Merila za ugotavljanje obstoja konkurenčnega odnosa v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 in merila, s katerimi se lahko preveri, ali primerjava izpolnjuje pogoj, ki je določen v členu 3a(1)(b) Direktive, niso enaka.

Tretje vprašanje za predhodno odločanje

107. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem Sodišču v bistvu predlaga, naj pojasni, ali je treba na podlagi člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 oglaševanje, ki vsebuje primerjavo z določeno vrsto proizvoda in ne omogoča določitve identitete določenega konkurenta ali proizvoda, ki ga ta ponuja, samodejno šteti kot nedovoljeno in ali je treba presojo glede njegove dopustnosti opraviti na podlagi nacionalnih določb, različnih od tistih, ki v nacionalno ureditev prenašajo navedeno direktivo o primerjalnem oglaševanju, čeprav so morda manj ugodne za potrošnike ali podjetja, ki ponujajo vrsto proizvoda, na katero se nanaša oglaševanje.

108. Oblikovanje tega vprašanja vzbuja nekaj negotovosti, ker je primer oglaševanja, ki je predmet vprašanja, že opredeljen kot „primerjalno oglaševanje“. Vendar menim, da lahko to zanemarimo, ker gre ali za preprosto napako pri oblikovanju vprašanja ali za uporabo te navedbe v smislu oglaševanja, ki vsebuje primerjavo.

109. Iz točke 23 predložitvene odločbe namreč jasno izhaja, da se tretje vprašanje za predhodno odločanje Cour d'appel de Bruxelles nanaša na možnost, ki bi obveljala, če bi bilo treba na podlagi odgovorov Sodišča na prvi vprašanji za predhodno odločanje skleniti, da v obravnavanem primeru ne gre za primerjalno oglaševanje v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450.

110. Tretje vprašanje za predhodno odločanje očitno predvideva, da je na prvo vprašanje za predhodno odločanje mogoče odgovoriti v smislu, ki ga predlagam tudi sam, in sicer da oglaševanje, ki vsebuje primerjavo z določeno vrsto proizvoda, ni primerjalno oglaševanje v skladu in za namene uporabe Direktive 84/450.

111. S tega stališča so stranke v tem postopku za sprejetje predhodne odločbe – razen belgijske vlade, ki to razlago zavrača in navaja le, da to vprašanje ni bistveno – v bistvu soglasno menile, da oglaševanje, ki ne izpolnjuje pogojev, da bi bilo lahko opredeljeno kot primerjalno v smislu člena 2, točka 2a, ni samodejno nedovoljeno na podlagi določb Direktive 84/450, ki se nanašajo na primerjalno oglaševanje, in ne sodi na področje uporabe teh določb. Posledično bi bilo treba o dopustnosti takega oglaševanja presojati na podlagi drugih nacionalnih določb, drugačnih od tistih, ki prenašajo Direktivo 84/450 in se nanašajo na primerjalno oglaševanje, ter drugih, morda upoštevnih, določb prava Skupnosti. [39]

39 – Na tem mestu naj navedem samo nacionalne predpise, ki sicer prenašajo določbe Direktive 84/450, vendar se nanašajo na zavajajoče oglaševanje, ali – kot je na obravnavi poudarila Komisija – določbe o poimenovanju, označevanju in predstavitvi nekaterih proizvodov ter zaščiti nekaterih označb, navedb in izrazov, vsebovane v Uredbi sveta (ES) št. 1493/1999 z dne 17. maja 1999 o skupni ureditvi trga za vino (UL L 179, str. 1).

112. Menim, da takemu stališču ni mogoče nasprotovati. Zato Sodišču predlagam, naj na tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovori:

Oglaševanje, ki čeprav vsebuje primerjavo, ne izpolnjuje pogojev, da bi bilo lahko opredeljeno kot primerjalno v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450, ne sodi na področje uporabe določb te direktive, ki se nanašajo na primerjalno oglaševanje. O njegovi dopustnosti je torej treba presojati na podlagi upoštevnih nacionalnih določb, ki ne prenašajo navedenih določb, ali drugih morda upoštevnih določb prava Skupnosti, čeprav bi bila ob uporabi teh predpisov stopnja varstva interesov potrošnikov in dobaviteljev izdelkov te vrste posledično manjša.

Četrto vprašanje za predhodno odločanje

113. Četrto vprašanje za predhodno odločanje se nanaša na pogoj dopustnosti primerjalnega oglaševanja, ki je določen v členu 3(1)(f) Direktive 84/450. Predložitveno sodišče

spraševanje, ali iz te določbe izhaja, da vsaka primerjava, ki proizvode brez navedbe porekla primerja s proizvodi z navedbo porekla, ni dovoljena.

114. Vzrok za to vprašanje je dejstvo, da vsebujejo oglasi, ki so premet postopka v glavni stvari, sklicevanje na šampanjec, proizvod z istoimensko navedbo porekla, zaščiteno tudi v okviru pravnega reda Skupnosti.

115. Na podlagi člena 3a(1)(f) je primerjalno oglaševanje dovoljeno, če – glede primerjave – „pri proizvodih z navedbo porekla v vsakem primeru obravnava proizvode z enakim poreklom“.

116. Čeprav z vidika uporabljenih izrazov ta določba gotovo ni jasna, menim, da glede njene razlage ne more biti nobenega resnega dvoma.

117. Družba De Landtsheer trdi, da je treba člen 3a(1)(f) uporabiti pri oglasih, ki primerjajo le proizvode z navedbo porekla, in da je torej pogoj dopustnosti izpolnjen, če imata primerjana proizvoda enako navedbo porekla. Predpis naj bi bilo mogoče uporabiti kvečjemu v zvezi z oglaševanjem, s katerim se s pomočjo primerjave s proizvodi brez navedb poskuša spodbujati prodajo izdelkov z navedbo porekla. Določbe naj torej ne bi bilo mogoče, niti po prvi niti po drugi razlagi, uporabiti v obravnavanem primeru, saj je namen spornega oglaševanja spodbujati prodajo proizvoda – piva proizvajalca De Landtsheer –, in sicer brez navedbe porekla.

118. Tudi jaz, tako kot odbor CIVC, družba Veuve Clicquot, belgijska in francoska vlada ter Komisija, menim, da tega pristopa ni mogoče sprejeti.

119. Prvič, zdi se mi razmeroma nenavadno in malo verjetno, da bi zakonodajalec Skupnosti ob opredelitvi pogojev za dopustnost primerjalnega oglaševanja posebno skrb posvetil prepovedi primerjave proizvodov z različnimi navedbami porekla, ne da bi ob tem poskrbel za prepoved primerjave med proizvodom z navedbo porekla in proizvodom brez te navedbe. Nobenega smisla ne vidim

v prepovedi primerjave, na primer, med sirom „Grana Padano“ in sirom „Parmigiano Reggiano“, ki imata oba navedbo porekla, ter hkratnemu neobstoju prepovedi primerjave enega od teh sirov z drugim sirom brez navedbe porekla.

120. Drugič, menim, da tudi drugačna razlaga, in sicer da je treba obravnavano določbo uporabiti le pri primerjalnem oglaševanju, namenjenem spodbujanju prodaje proizvodov z navedbo porekla, očitno ne bi bila ustrezna. Če bi bilo oglaševanje, ki vsebuje primerjavo med proizvodom brez navedbe porekla in proizvodom z navedbo porekla, dovoljeno le dobavitelju prvega proizvoda, bi se sorazmerje na izkrivljen in nedoumljiv način porušilo v škodo dobaviteljev proizvodov z navedbo porekla, saj bi bil na področju oglaševanja onemogočen enakovreden boj.

121. Menim, da je treba člen 3a(1)(f) razlagati v smislu opredelitve v zvezi s primerjavo, ki vključuje proizvod z navedbo porekla, pogoja homogenosti primerjave iz točke b, saj je prepoved tako imenovanega pripenjanja (ali parazitskega oglaševanja) za zaščito navedb porekla vsebovana že v točki g člena 3a(1), v točki f pa je nameraval zakonodajalec po mojem mnenju pojasniti, da za primerjavo med proizvodom z navedbo porekla in proizvodom brez navedbe porekla oziroma za primerjavo med proizvodi z različnimi navedbami porekla ne moremo šteti, da je homogena.

122. Gre torej za prepoved nehomogenih primerjav, namenjeno krepitvi zaščite proizvodov z navedbo porekla in preprečevanju, da bi bili ti predmet primerjalnega oglaševanja, ki dopolnjuje zaščito teh proizvodov, predvideno z drugimi določbami prava Skupnosti.

123. Potrditev take razlage izhaja tudi iz dvanajste uvodne izjave Direktive 97/55/ES, ki edina ustrezno pojasnjuje pravilo, vsebovano v členu 3a(1)(f), saj je v njej navedeno, da mora biti v pogoje za primerjalno oglaševanje „zajeto tudi upoštevanje določb, ki so rezultat Uredbe Sveta (EGS) št. 2081/92 z dne 14. julija 1992 o zaščiti geografskih označb in navedb porekla za kmetijske proizvode in živila [40], in zlasti člena 13 Uredbe ter drugih

40 – UL L 208, str. 1. Ta uredba je bila nedavno razveljavljena in 31. marca 2006 nadomeščena z Uredbo Sveta (ES) št. 510/2006 z dne 20. marca 2006 o zaščiti geografskih označb in označb porekla za kmetijske proizvode in živila (UL L 93, str. 12).

določb Skupnosti, ki so bile sprejete za področje kmetijstva“.

124. Obravnavana določba je bila predmet številnih kritik strokovnjakov, ki so menili, da gre za obliko nepotrebnega privilegija v korist proizvodov z navedbo porekla, ki omejuje konkurenco. Vendar menim, da ta določba, čeprav navedenim proizvodom nedvomno zagotavlja visoko stopnjo zaščite, ni v nasprotju s cilji Direktive 97/55/ES, zaradi česar soglašam s Komisijo, da gre za zavestno izbiro zakonodajalca Skupnosti, ki ne dopušča dvomov ali drugačne razlage.

125. Zato sem mnenja, da je treba člen 3a(1)(f) razlagati v smislu, da je primerjalno oglaševanje, ki se nanaša na proizvod z navedbo porekla, dopustno le, če je ta proizvod primerjan z drugim proizvodom z enako navedbo porekla.

126. Sodišču torej predlagam, naj na četrto vprašanje za predhodno odločanje odgovori pritrdilno.

Predlog

127. Ob upoštevanju zgoraj navedenih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je predložilo Cour d’appel de Bruxelles, odgovori:

1. Sklicevanje v oglasu na določeno vrsto izdelka še ne izpolnjuje pogojev za določitev identitete iz člena 2, točka 2a, Direktive Sveta 84/450/EGS z dne

10. septembra 1984 s področja zavajajočega oglaševanja in primerjalnega oglaševanja, kot je bila spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 97/55/ES z dne 6. oktobra 1997, v smislu, da bi lahko to sklicevanje določalo identiteto vsakega izmed podjetij, ki ponujajo to vrsto proizvoda, ali njihovega blaga. Tako sklicevanje lahko z nakazovanjem določa identiteto konkurenta ali blaga, ki ga ta ponuja, v smislu zgoraj navedene določbe le, če ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera povprečnemu, običajno obveščenemu ter razumno pozornemu in preudarnemu potrošniku omogoči, da razbere identiteto enega ali več določenih podjetij, ki ponujajo to vrsto proizvoda, ali njihovega blaga.

2. Za ugotovitev, ali obstaja med oglaševalcem in podjetjem, na katero se prvi sklicuje v oglasu, konkurenčni odnos v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/4502 je treba upoštevati blago ali storitve, ki jih ponuja to podjetje. Konkuriranje, dejansko ali potencialno, med oglaševalcem in navedenim podjetjem mora namreč obstajati glede katerega koli dela ponudbe proizvodov ali storitev, ki jih ponujata. V tem smislu zadošča ugotovitev, da med proizvodom ali storitvijo prvega in proizvodom oziroma storitvijo drugega obstaja določena zamenljivost z vidika povpraševanja, čeprav omejena.

Za presojo glede obstoja navedenega konkurenčnega odnosa mora nacionalni nadzorni organ upoštevati sedanje razmere na delu ozemlja Skupnosti, na katerem so objavljeni oglasi in za katerega je pristojen, ter med drugimi dejavniki upoštevati tudi možnost razvoja potrošniških navad, posebnih lastnosti blaga ali storitev, ki so predmet oglaševanja, in podobo, ki jo želi dati oglaševalec proizvodu, ki ga oglašuje.

Merila za ugotavljanje obstoja konkurenčnega odnosa v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/450 in merila, s katerimi se lahko preveri, ali primerjava izpolnjuje pogoj, ki je določen v členu 3a(1)(b) Direktive, niso enaka.

3. Oglaševanje, ki čeprav vsebuje primerjavo, ne izpolnjuje pogojev, da bi bilo lahko opredeljeno kot primerjalno v smislu člena 2, točka 2a, Direktive 84/4502, ne sodi na področje uporabe določb te direktive, ki se nanašajo na primerjalno oglaševanje. O njegovi dopustnosti je torej treba presojati na podlagi upoštevnih nacionalnih določb, ki ne prenašajo navedenih določb, ali drugih morebiti upoštevnih določb prava Skupnosti, čeprav bi bila stopnja varstva interesov potrošnikov in dobaviteljev proizvodov te vrste posledično manjša.

4. Iz člena 3a(1)(f) Direktive 84/450 izhaja, da vsaka primerjava, ki proizvode brez navedbo porekla primerja s proizvodi z navedbo porekla, ni dovoljena.