Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 19 oktober 2016[1]

Zaak C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS
tegen
ITM Alimentaire International SASU

[verzoek van de cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg, Parijs, Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Misleidende reclame — Vergelijkende reclame — Richtlijn 2006/114/EG — Artikel 4, onder a) en c) — Reclame waarbij de prijzen van producten worden vergeleken die verkocht worden in winkels die in omvang en type van elkaar verschillen — Geoorloofdheid — Oneerlijke handelspraktijken — Richtlijn 2005/29/EG — Artikel 7 — Misleidende omissie — Essentiële informatie"

I – Inleiding

1. Het Hof heeft zich al herhaaldelijk beziggehouden met vergelijkende reclame, waarbij het de voorwaarden voor de geoorloofdheid van dergelijke reclame[2], die staan opgesomd in artikel 4 van richtlijn 2006/114/EG[3], heeft verduidelijkt. De onderhavige prejudiciële verwijzing past in het kader van de ontwikkeling van die rechtspraak. De cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg, Parijs, Frankrijk) stelt volkomen nieuwe aspecten aan de orde met betrekking tot de uitlegging van het bepaalde onder a) en c) van dat artikel, waar als voorwaarde wordt gesteld dat de vergelijkende reclame niet misleidend is en dat zij op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de vergeleken goederen en diensten met elkaar vergelijkt.

2. In het hoofdgeding dat aanleiding gaf tot deze prejudiciële verwijzing, staan twee concurrerende grootwinkelbedrijven tegenover elkaar, namelijk ITM Alimentaire International SASU (hierna: „ITM"), die verantwoordelijk is voor de strategie en het commercieel beleid van de winkels van Intermarché, en Carrefour Hypermarchés SAS (hierna: „Carrefour"), een onderdeel van de Carrefour-groep. Voorwerp van het geding is een reclamecampagne die Carrefour in 2012 is gestart, waarbij de prijzen van producten van grote merken in de winkels van Carrefour werden vergeleken met die in de winkels van concurrenten, waaronder die van Intermarché. ITM voert met name aan dat Carrefour de nationale

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Zie met name arresten van 25 oktober 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566); 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205); 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), en 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696).

3 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (PB 2006, L 376, blz. 21).

bepalingen inzake de neutraliteit en de objectiviteit van vergelijkende-reclamecampagnes niet heeft nageleefd door prijzen in de *hypermarkten* van Carrefour te vergelijken met die in de *supermarkten* van Intermarché, zonder daarbij het publiek te informeren over de criteria voor de keuze van de winkels en over het verschil in type van de vergeleken verkooppunten.

3. In die context wenst de verwijzende rechter te vernemen of een vergelijking van de prijzen van door winkelbedrijven verkochte producten volgens artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 slechts geoorloofd is als de producten worden verkocht in winkels van hetzelfde type of van dezelfde omvang. Bovendien vraagt hij het Hof of de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken in omvang en type van elkaar verschillen, essentiële informatie is in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29/EG [4] en, zo ja, in welke mate die informatie aan de consumenten moet worden meegedeeld. In dit opzicht stelt deze zaak ook de wisselwerking tussen richtlijn 2006/114 en richtlijn 2005/29 aan de orde.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

1. Richtlijn 2006/114

4. Artikel 2, aanhef en onder b), van richtlijn 2006/114 bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

b) ‚misleidende reclame': elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen."

5. Artikel 4, aanhef en onder a) en c), van richtlijn 2006/114 bepaalt:

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

a) niet misleidend is in de zin van artikel 2, onder b), artikel 3 en artikel 8, lid 1, van deze richtlijn of de artikelen 6 en 7 van richtlijn [2005/29]

[…]

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."

4 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken") (PB 2005, L 149, blz. 22).

2. Richtlijn 2005/29

6. Artikel 6 („Misleidende handelingen”) van richtlijn 2005/29, bepaalt in lid 1, aanhef en onder d), het volgende:

„Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen:

[…]

d) de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel.”

7. Artikel 7 van („Misleidende omissies”) richtlijn 2005/29 bepaalt in de leden 1 en 2 het volgende:

„1. Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument [ertoe] brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

2. Als misleidende omissie wordt voorts beschouwd een handelspraktijk die essentiële informatie als bedoeld in lid 1, rekening houdend met de in dat lid geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.”

B – *Frans recht*

8. Artikel L. 121-8 van de Code de la consommation (wetboek consumentenrecht) bepaalt:

„Reclame die goederen of diensten vergelijkt door impliciet of uitdrukkelijk een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten te noemen, is slechts geoorloofd indien zij:

1° niet misleidend is of kan misleiden;

2° goederen of diensten betreft die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;

3° 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.”

9. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de artikelen L. 121-8 en volgende van de Code de la consommation richtlijn 2006/114 omzetten in Frans recht.

III – Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

10. In de loop van december 2012 is Carrefour onder de slogan „Garantie prix le plus bas" (laagsteprijsgarantie) op televisie een grootschalige reclamecampagne gestart, waarin de prijzen van 500 producten van grote merken in haar winkels werden vergeleken met die in winkels van haar concurrenten. De consument werd terugbetaling van tweemaal het prijsverschil aangeboden indien hij het product elders goedkoper zou vinden. Deze uit acht reclamespots bestaande campagne toonde prijsverschillen in het voordeel van de winkels van Carrefour ten opzichte van de winkels van concurrenten, waaronder die van Intermarché.

11. Vanaf de tweede televisiespot waren alle voor de prijsvergelijking gekozen winkels van Intermarché supermarkten, terwijl de winkels van Carrefour alle hypermarkten waren. In de televisiespots verscheen onder de naam Intermarché in kleinere letters de vermelding „super".

12. Na Carrefour te hebben aangemaand de uitzending van die reclamespots te staken heeft ITM Carrefour op 2 oktober 2013 gedagvaard voor het tribunal de commerce de Paris (handelsrechter, Parijs, Frankrijk). Zij heeft onder andere gevorderd Carrefour te veroordelen tot betaling van een bedrag van 3 miljoen EUR als vergoeding van de door haar geleden schade, te verbieden de betrokken reclamespots via televisie en internet uit te zenden en te gelasten elke vorm van vergelijkende reclame te staken die op een soortgelijke vergelijkingsmethode berust.

13. Het tribunal de commerce de Paris heeft bij vonnis van 31 december 2014 Carrefour veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 800 000 EUR aan ITM, het gevorderde verbod tot uitzending van de reclamespots toegewezen en de publicatie van het vonnis gelast.

14. Het tribunal was onder andere van oordeel dat Carrefour de verkooppunten op misleidende wijze had geselecteerd, waardoor de representativiteit van de prijsnoteringen was vervalst en niet was voldaan aan de objectiviteitsvereisten van artikel L. 121-8 van de Code de la consommation, en dat die inbreuken op de objectiviteit bij een vergelijkende-reclamecampagne oneerlijke handelspraktijken opleveren. [5]

15. In dit verband heeft het tribunal het volgende overwogen:

„dat de geselecteerde winkels van CARREFOUR hypermarkten zijn, wat de consument niet duidelijk bekend is aangezien die informatie alleen op de internetsite – en niet in de televisiespots – wordt verstrekt, met een vermelding in kleine letters op de homepage van de website van CARREFOUR, waar staat te lezen dat de laagsteprijsgarantie ‚alleen geldt in de winkels van CARREFOUR en CARREFOUR PLANET. Zij geldt dus niet in de winkels van CARREFOUR Market, CARREFOUR contact en CARREFOUR city';

dat alle geselecteerde winkels van INTERMARCHÉ vanaf de tweede spot supermarkten zijn en dat de basis voor de vergelijking is gewijzigd zonder dat de consument hierover is geïnformeerd;

dat die wijziging in de omvang van de geselecteerde verkooppunten van INTERMARCHÉ waarbij de prijzen zijn genoteerd (INTERMARCHÉ heeft 1 336 supermarkten en 79 hypermarkten, dat wil zeggen 5 % van het totaal), aantoont dat de wijze van prijsvergelijking tendentieus en absoluut niet objectief is, aangezien CARREFOUR haar 223 hypermarkten vergelijkt met de 1 336 supermarkten van INTERMARCHÉ, zonder dat expliciet te zeggen;"

5 — Het tribunal de commerce de Paris was ook van oordeel dat Carrefour haar verplichtingen op grond van artikel L. 121-12 van de Code de la consommation niet was nagekomen om de inhoudelijke juistheid van haar beweringen in de betrokken reclameboodschappen te bewijzen. Bovendien was het van oordeel dat het gebruik van prijsvergelijkingen die enkele maanden vóór de uitzending van de televisiespots waren uitgevoerd misleidend was in de zin van dit artikel.

16. Carrefour heeft tegen het vonnis van het tribunal de commerce de Paris hoger beroep ingesteld bij de Cour d'appel de Paris, die de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

„1) Moet artikel 4, onder a) en c), van richtlijn [2006/114] aldus worden uitgelegd dat een vergelijking van de prijzen van door winkelbedrijven verkochte producten enkel geoorloofd is, indien de producten worden verkocht in winkels van hetzelfde type of dezelfde omvang?

2) Is de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken in omvang en type van elkaar verschillen, essentiële informatie in de zin van richtlijn [2005/29] waarvan de consument noodzakelijkerwijs in kennis dient te worden gesteld?

3) Zo ja, in welke mate en/of via welk medium dient deze informatie aan de consument te worden meegedeeld?"

17. Carrefour, ITM, de Franse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en deelgenomen aan de terechtzitting van 6 juli 2016.

IV – Juridische analyse

A – *Uitlegging van artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 (eerste vraag)*

1. Voorgestelde uitleggingen

18. Beide partijen in het hoofdgeding zijn van mening dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, met andere woorden dat artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 niet als voorwaarde stelt dat een vergelijking van de prijzen van door winkelbedrijven verkochte producten betrekking moet hebben op producten die in winkels van eenzelfde type of omvang worden verkocht.

19. De Franse regering is van mening dat een prijsvergelijking van producten die worden verkocht in winkels die wat type en omvang betreft van elkaar verschillen, weliswaar een objectieve vergelijking in de zin van artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 is, maar misleidende vergelijkende reclame in de zin van artikel 4, onder a), van die richtlijn kan zijn; het staat aan de verwijzende rechter om dit laatste na te gaan.

20. De Commissie meent dat het feit dat adverteerder en concurrent in omvang en type van elkaar verschillen de consument in de meeste gevallen niet zal misleiden en evenmin zijn gedrag zal beïnvloeden. Volgens de Commissie kan echter niet worden uitgesloten dat dergelijke verschillen onder bepaalde omstandigheden misleidend in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 kunnen zijn, hetgeen met name afhangt van de mate van informatie die aan de consument is verstrekt. Evenzo moet volgens haar van geval tot geval worden onderzocht of wordt voldaan aan de voorwaarde van objectiviteit in punt c) van dat artikel.

21. Om de hieronder uiteengezette redenen ben ik van mening dat artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 er in beginsel niet aan in de weg staat dat een adverteerder voor reclamedoeleinden prijzen vergelijkt van winkels die wat type of omvang betreft van elkaar verschillen (onderdeel A.2).[6] Desalniettemin ben ik van mening dat een reclameboodschap zoals die in het hoofdgeding onder bepaalde omstandigheden misleidend kan zijn in de zin van voornoemd artikel 4, onder a) (onderdeel A.3), en in strijd met de objectiviteitsvoorwaarde die onder c) van dit artikel wordt gesteld (onderdeel A.4).

2. Principiële mogelijkheid om prijzen te vergelijken van producten die worden verkocht in winkels die wat type of omvang betreft van elkaar verschillen

22. Artikel 4 van richtlijn 2006/114 somt cumulatief de voorwaarden op waaraan vergelijkende reclame moet voldoen om geoorloofd te zijn.[7] Tot die voorwaarden behoren met name de voorwaarde onder a) van dat artikel, dat de vergelijkende reclame niet misleidend is, en die onder c) dat de reclame 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.

23. Uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot richtlijn 84/450/EEG[8], die is ingetrokken en vervangen bij richtlijn 2006/114[9], blijkt dat de eerstgenoemde richtlijn de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in de lidstaten is geoorloofd, uitputtend heeft geharmoniseerd, hetgeen betekent dat in de gehele Europese Unie uitsluitend aan de hand van de door de Uniewetgever vastgestelde criteria moet worden beoordeeld of vergelijkende reclame geoorloofd is.[10]

24. Gezien het feit dat richtlijn 2006/114 richtlijn 84/450 heeft gecodificeerd[11], ben ik van mening dat de rechtspraak van het Hof over de uitlegging van de laatstgenoemde richtlijn volledig van toepassing is op situaties die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2006/114 vallen.

25. Om de volgende redenen ben ik van mening dat artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 er in beginsel niet aan in de weg staat dat een prijsvergelijking voor reclamedoeleinden betrekking heeft op producten die in winkels worden verkocht die wat type of omvang betreft van elkaar verschillen, voor zover die vergelijking niet misleidend is in de zin van het bepaalde onder a) en objectief is in de zin van het bepaalde onder c).

6 — Uit de verwijzingsbeslissing wordt niet duidelijk wat de verwijzende rechter verstaat onder de begrippen „type” en „omvang”. Op basis van de opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend, neem ik aan dat „type” betrekking heeft op het soort winkel (bijvoorbeeld een hypermarkt, een supermarkt of een buurtsuper), terwijl „omvang” op het verkoopoppervlak van de winkel ziet.

7 — Zie overweging 11 van richtlijn 2006/114. Volgens artikel 2, onder c), van deze richtlijn wordt onder „vergelijkende reclame” verstaan „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”. Zie over het begrip „vergelijkende reclame” arrest van 19 april 2007, De Landtsheer Emmanuel (C-381/05, EU:C:2007:230, punten 14-24).

8 — Richtlijn van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame (PB 1984, L 250, blz. 17), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (PB 1997, L 290, blz. 18) en bij richtlijn 2005/29.

9 — Zie overweging 1 en artikel 10 van richtlijn 2006/114.

10 — Zie arresten van 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205, punt 44), en 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punt 22). Zie ook artikel 8, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2006/114 en artikel 7, lid 2, van richtlijn 84/450.

11 — Zie overweging 1 van richtlijn 2006/114 en punt 4 van de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame van 19 mei 2006 [COM(2006) 222 definitief] dat geleid heeft tot vaststelling van die richtlijn.

26. Ten eerste vindt een algemeen verbod van prijsvergelijkingen van producten die verkocht worden in winkels die wat type of omvang betreft van elkaar verschillen, geen enkele steun in de tekst van richtlijn 2006/114. Terwijl artikel 4, onder b), van die richtlijn de voorwaarde stelt dat de vergelijkende reclame vergelijkbare goederen of diensten vergelijkt [12], wordt een dergelijke voorwaarde niet gesteld voor de verkooppunten waar die goederen worden verkocht [13].

27. Ten tweede zou een dergelijk verbod mijns inziens in strijd zijn met de doelstellingen van artikel 4 van richtlijn 2006/114, namelijk – in de bewoordingen van het Hof – „[*het stimuleren van] de concurrentie* tussen de leveranciers van goederen en diensten in het belang van de consument […], door concurrenten de mogelijkheid te bieden om objectief de voordelen van verschillende vergelijkbare waren te belichten en door tegelijk praktijken te verbieden die de concurrentie kunnen verstoren, de concurrenten schade kunnen berokkenen en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument". [14]

28. In het licht van de stimulering van de mededinging heeft het Hof vastgesteld dat de voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame „*in de meest gunstige zin* moeten worden uitgelegd teneinde reclame toe te staan waarin de kenmerken van goederen of diensten objectief worden vergeleken, waarbij ervoor moet worden gezorgd dat vergelijkende reclame niet op een anticoncurrentiële en oneerlijke wijze wordt aangewend of op een zodanige manier dat de belangen van de consument worden geschaad". [15] Een enge uitlegging van artikel 4, onder a) en c), die zou uitmonden in een algemeen verbod van prijsvergelijkingen van producten die verkocht worden in winkels die wat type en omvang betreft van elkaar verschillen, zou zeker niet de voor de vergelijkende reclame meest gunstige zijn en het risico met zich brengen dat de prijsconcurrentie wordt belemmerd.

29. Ten derde zou een dergelijk verbod moeilijk verenigbaar zijn met de door het Hof in zijn rechtspraak over vergelijkende reclame benadrukte vrije economische keuze van de adverteerder met betrekking tot de wijzen van vergelijking. Het Hof heeft met name uitgesproken dat het de vrije economische keuze van de adverteerder is om te bepalen hoe vaak hij zijn eigen producten met die van zijn concurrenten vergelijkt. [16] Bovendien heeft het Hof onder bepaalde voorwaarden de geoorloofdheid aanvaard van vergelijkende reclame die collectief ziet op assortimenten van gangbare consumptiegoederen die door twee concurrerende warenhuisketens worden verkocht, en betrekking heeft op het algemene niveau van de prijzen van twee concurrenten voor hun vergelijkbare assortiment. [17]

30. Mijns inziens is er geen enkele reden om a priori aan te nemen dat de vrije economische keuze van de adverteerder niet tevens de mogelijkheid omvat om prijzen te vergelijken die worden toegepast in winkels die wat type en omvang betreft van elkaar verschillen. Voor zover de adverteerder door het type, het aantal of de omvang van zijn winkels schaalvoordelen kan realiseren en dientengevolge lagere prijzen kan hanteren dan zijn concurrenten, moet hij de mogelijkheid hebben om daar voor marketingdoeleinden zijn voordeel mee te doen.

12 — Op grond van dat artikel 4, onder b), is vergelijkende reclame geoorloofd indien zij „goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd". Zie met betrekking tot die voorwaarde arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punten 24-39), en 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punten 25-40).

13 — Zie met betrekking tot de vergelijking van producten die via verschillende distributiekanalen worden aangeschaft arrest van 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205, punt 65).

14 — Cursivering van mij. Arrest van 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak), met betrekking tot de overeenkomstige bepaling in artikel 3 bis van richtlijn 84/450. Zie ook overwegingen 6, 8 en 9 van richtlijn 2006/114 en arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punt 33).

15 — Cursivering van mij. Arrest van 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 25 oktober 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566, punt 37). Die uitspraken hebben betrekking op de uitlegging van artikel 3 bis van richtlijn 84/450, dat in wezen is overgenomen in artikel 4 van richtlijn 2006/114.

16 — Arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punt 39).

31. Bovendien kan op dergelijke prijsverschillen gebaseerde reclame heel nuttig blijken voor de consument omdat zij hem – zoals het Hof heeft vastgesteld – de mogelijkheid biedt zo veel mogelijk profijt van de interne markt te trekken, aangezien reclame een zeer belangrijk middel is om overal in de Unie voor alle goederen en diensten reële afzetmogelijkheden te scheppen.[18] Ik ben van mening dat de gemiddelde consument heel goed in staat is om voor zichzelf uit te maken of een prijsverschil de aankoop in een van de betrokken winkels rechtvaardigt indien zij wat type of omvang betreft van elkaar verschillen, waarbij het ook kan gaan om verschillen in de geografische nabijheid van de winkels.

32. Ik ben derhalve van mening dat artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 er in beginsel niet aan in de weg staat dat een hypermarkt prijzen in zijn winkel vergelijkt met die in concurrerende winkels van een ander type of andere omvang, zoals supermarkten of buurtsupers, voor zover die vergelijking vergelijkbare producten betreft, niet misleidend is in de zin van het bepaalde onder a), en objectief is in de zin van het bepaalde onder c).

33. Dezelfde slotsom geldt voor grootwinkelbedrijven als Carrefour en Intermarché.[19] Ik zie geen enkele wettelijke basis op grond waarvan aan dergelijke ketens strengere of aanvullende voorwaarden met betrekking tot vergelijkende reclame zouden mogen worden gesteld dan de voorwaarden die richtlijn 2006/114 stelt aan de overige marktdeelnemers.

34. Niettemin ben ik net als de Franse regering en de Commissie van mening dat een verschil in type of omvang tussen de winkels van de adverteerder en die van de concurrent onder bepaalde omstandigheden in het licht van de voorwaarden van artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114 gevolgen kan hebben voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame.

35. Dit kan met name het geval zijn indien, zoals in het hoofdgeding, de adverteerder prijzen vergelijkt in winkels die wat type of omvang betreft van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels beschikken van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang.

36. In een dergelijk geval kan de vergelijkende reclame misleidend in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 zijn en mogelijkerwijs niet voldoen aan de voorwaarde van objectiviteit onder c) van dat artikel, wat ik nader zal uitwerken in de volgende onderdelen (onderdelen A.3 en A.4).

3. Voorwaarde van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 dat de vergelijkende reclame niet misleidend is

37. Artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 bepaalt als voorwaarde voor de geoorloofdheid dat de vergelijkende reclame niet misleidend is in de zin van met name artikel 2, onder b), van deze richtlijn of van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29.[20]

18 — Arrest van 23 februari 2006, Siemens (C-59/05, EU:C:2006:147, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook overweging 6 van richtlijn 2006/114. Zie over het nut van vergelijkende informatie over het algemene prijsniveau van warenhuisketens arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punt 35).

19 — In deze conclusie wordt onder „winkelbedrijf" een keten van winkels verstaan die onder dezelfde of een soortgelijke naam opereren. Tijdens de terechtzitting heeft Carrefour naar voren gebracht dat de naam Carrefour gebruikt wordt voor de hypermarkten die deel uitmaken van de Carrefour-groep, terwijl de supermarkten van die groep de naam Carrefour Market dragen. Uit de door ITM ingediende opmerkingen blijkt dat de hypermarkten van de Intermarché-groep onder de naam Intermarché Hyper opereren, terwijl de supermarkten de naam Intermarché Super dragen.

20 — Artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 verwijst eveneens naar artikel 3 van deze richtlijn, dat de factoren opsomt die in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of reclame misleidend is, met inbegrip van – onder b) – „de prijs of de wijze van prijsberekening, alsmede de voorwaarden waarop de goederen worden geleverd of de diensten worden verricht", en naar artikel 8 van die richtlijn, dat bepaalt dat deze richtlijn de lidstaten niet belet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming van handelaren en concurrenten met betrekking tot misleidende reclame.

38. Uit de voornoemde – in hun onderlinge samenhang beschouwde – bepalingen [21] volgt dat de vaststelling dat vergelijkende reclame misleidend in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 is, enerzijds ervan afhangt of zij de consument door handelingen of omissies kan misleiden, en anderzijds of zij het economische gedrag van de consument, met name zijn besluit over een transactie [22], negatief kan beïnvloeden, of dat zij schade kan toebrengen aan een concurrent. Vergelijkende reclame is eveneens misleidend in de zin van dit artikel indien de adverteerder essentiële informatie in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/29 weglaat, voor zover die omissie de gemiddelde consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. [23]

39. Volgens de rechtspraak van het Hof staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of vergelijkende reclame, gelet op de omstandigheden van het geval en rekening houdend met de consumenten tot wie zij zich richt, in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 misleidend kan zijn. [24] Of vergelijkende reclame misleidend is, dient dus van geval tot geval te worden beoordeeld. [25]

40. In dit verband moet de verwijzende rechter enerzijds rekening houden met de perceptie die een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument heeft van de producten of diensten waarover het gaat in de betrokken reclame. Voor de vereiste beoordeling moet hij anderzijds alle relevante gegevens van de zaak in aanmerking nemen, met inachtneming, zoals blijkt uit artikel 3 van richtlijn 2006/114, van de informatie vermeld in de betwiste reclame en meer algemeen van alle bestanddelen ervan. [26]

41. In het onderhavige geval heeft Carrefour de prijzen vergeleken in winkels die vanaf de tweede televisiespot alleen bestonden uit aan de ene kant hypermarkten van Carrefour en aan de andere kant supermarkten van Intermarché, terwijl beide ketens zowel hypermarkten als supermarkten hebben.

42. Ik ben van mening dat een dergelijke asymmetrische vergelijking de gemiddelde consument kan misleiden over de werkelijke prijsverschillen tussen de winkels van de adverteerder en die van de concurrent, door bij die consument de indruk te wekken dat alle winkels van beide ketens in aanmerking zijn genomen om de in de reclame vermelde prijzen te berekenen, terwijl die vermeldingen slechts kloppen voor winkels van een bepaald type van die ketens.

43. In dit verband moet ervan worden uitgegaan dat in het algemeen de prijzen van gangbare consumptiegoederen afhankelijk van de omvang en het type van de winkel kunnen verschillen [27] en dat een dergelijke asymmetrische vergelijking er derhalve toe kan leiden dat afhankelijk van de voor de vergelijking gekozen winkels op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot.

21 — Zie de punten 4, 6 en 7 van deze conclusie.

22 — Zie met betrekking tot het begrip „besluit over een transactie” artikel 2, onder k), van richtlijn 2005/29.

23 — Zie met betrekking tot het begrip „essentiële informatie” in de zin van artikel 7, lid 1, de punten 62-71 van deze conclusie.

24 — Zie arrest van 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 — Zie naar analogie, met betrekking tot de vaststelling of een handelspraktijk „oneerlijk” is in het licht van de criteria in de artikelen 5-9 van richtlijn 2005/29, beschikking van 8 september 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — Zie in die zin arrest van 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punten 47 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook overweging 18 van richtlijn 2005/29.

27 — Uit de aan het Hof verstrekte informatie kan echter niet het precieze verband tussen enerzijds de omvang en het type van de winkel en anderzijds het prijsniveau worden vastgesteld.

44. Bovendien ben ik van mening dat van dergelijke reclame, waarin het algemene prijsniveau bij de adverteerder als lager dan bij zijn concurrenten wordt voorgesteld, in het algemeen een aanzienlijke invloed op het economische gedrag van de consument kan uitgaan, met name op zijn besluit welke winkel van beide ketens hij zal binnengaan. [28]

45. Hieruit volgt dat reclame als die in het hoofdgeding misleidend kan zijn in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114. Het staat aan de verwijzende rechter dit na te gaan. Daarbij zal hij met name moeten vaststellen of – gelet op alle relevante omstandigheden van het geval en in het bijzonder op alle vermeldingen of weglatingen in de omstreden reclame [29] – een aanzienlijk aantal consumenten tot wie deze reclame zich richt, een besluit over een transactie kan nemen in de onjuiste overtuiging dat alle winkels van de winkelketens in aanmerking zijn genomen bij de berekening van het algemene prijsniveau en van het bedrag van de besparingen dat de reclame vermeldt, en dat zij derhalve besparingen tot het in de reclame vermelde bedrag zullen realiseren door hun gangbare consumptiegoederen geregeld in de winkels van de adverteerder te kopen in plaats van in die van de concurrent. [30]

46. Indien dit het geval zou blijken te zijn, moet de reclame mijns inziens als misleidend in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 worden beschouwd, tenzij de adverteerder kan aantonen dat de in de reclame vermelde prijzen wel degelijk voor alle winkels van de ketens gelden. [31]

4. Voorwaarde van artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 dat de vergelijking objectief is

47. Volgens artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 is vergelijkende reclame geoorloofd op voorwaarde dat zij op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt.

48. Gelet op de rechtspraak van het Hof stelt deze bepaling tweeërlei vereisten ter zake van de objectiviteit van de vergelijking. In de eerste plaats dragen de in voormelde bepaling neergelegde cumulatieve criteria van wezenlijkheid, relevantie, controleerbaarheid en representativiteit van het vergeleken kenmerk van een product bij tot het waarborgen van de objectiviteit van die vergelijking. In de tweede plaats benadrukt dit artikel uitdrukkelijk dat de kenmerken die aan de vier bovengenoemde criteria beantwoorden, objectief moeten worden vergeleken. Dit laatste vereiste beoogt in wezen vergelijkingen uit te sluiten die een subjectieve beoordeling van degene die vergelijkt en niet zozeer een objectieve vaststelling inhouden. [32]

49. In het hoofdgeding heeft het tribunal de commerce de Paris Carrefour met name verweten dat zij de verkooppunten heeft gekozen op een wijze die de representativiteit van de prijsnoteringen heeft vervalst en niet in overeenstemming is met de objectiviteitsvereisten van de nationale bepalingen, doordat prijzen in de eigen hypermarkten zijn vergeleken met die in de supermarkten van Intermarché. [33]

28 — Gelet op de rechtspraak van het Hof omvat het begrip „besluit over een transactie” in de zin van richtlijn 2005/29 dus niet alleen het besluit om een product al dan niet te kopen maar tevens het besluit dat daarmee rechtstreeks verband houdt, met name het besluit om de winkel binnen te gaan. Zie arrest van 19 december 2013, Trento Sviluppo en Centrale Adriatica (C-281/12, EU:C:2013:859, punt 36).

29 — In dit geval verscheen de vermelding „super” in de televisiespots in kleinere letters onder de naam Intermarché. Zie punt 11 van deze conclusie.

30 — Zie naar analogie arresten van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punten 83-85), en 18 november 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, punten 50 en 56).

31 — Zie met betrekking tot de verplichting van de adverteerder om de materiële juistheid aan te tonen van de in zijn reclame vervatte feitelijke gegevens, overweging 19 van richtlijn 2006/114 en arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punten 68 en 70). In dit geval lijkt onbetwist dat de in de omstreden reclamecampagne vermelde prijsverschillen alleen golden voor de hypermarkten van Carrefour ten opzichte van de supermarkten van Intermarché.

32 — Arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, punten 43-46), dat betrekking had op artikel 3 bis, lid 1, onder c), van richtlijn 84/450. Zie ook overweging 9 van richtlijn 2006/114.

33 — Zie de punten 13-15 van deze conclusie.

50. Carrefour heeft tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof aangevoerd dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de keuze van de parameters voor de vergelijking, die een vrije economische keuze van de adverteerder is, en anderzijds de praktische uitvoering van de vergelijking, waarop de objectiviteitsvoorwaarde van artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 van toepassing is. Ook is Carrefour van mening dat de keuze met welke concurrenten de adverteerder zich wil vergelijken, zijn vrije keuze is en niet kan worden beperkt tot winkels van eenzelfde type of omvang.

51. De argumenten van Carrefour kunnen mij niet overtuigen om de volgende redenen.

52. Ten eerste beschikt de adverteerder volgens de rechtspraak van het Hof weliswaar over een ruime keuzevrijheid ten aanzien van de wijzen van vergelijking [34], maar ik zie geen reden om aan te nemen dat die vrijheid absoluut is. Bovendien zie ik in richtlijn 2006/114 geen wettelijke basis voor het door Carrefour voorgestelde onderscheid. Integendeel, volgens de tekst van artikel 4 zijn de onder a) tot en met h) van dat artikel genoemde voorwaarden van toepassing „wat de vergelijking betreft" en niet alleen op enkele aspecten daarvan.

53. Ten tweede ben ik met de Commissie van mening dat in dit geval niet zozeer de keuze van de concurrent in het geding is, maar veeleer de *wijze* waarop die keuze door de adverteerder is gemaakt en de informatie die in dit verband aan de consumenten is verstrekt.

54. Derhalve meen ik dat in deze zaak vooral de vraag aan de orde is of reclame zoals die in het hoofdgeding voldoet aan de voorwaarde van artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114 dat de reclame een of meer kenmerken van de goederen „op objectieve wijze […] met elkaar vergelijkt".

55. In de context van een prijsvergelijking betekent het objectiviteitsvereiste van de vergelijking mijns inziens dat elke prijsaanduiding in de reclameboodschap de prijzen moet weergeven die daadwerkelijk door de adverteerder en de concurrent worden toegepast. Met andere woorden: het objectiviteitsvereiste verplicht de adverteerder ertoe de marktomstandigheden op juiste en eerlijke wijze weer te geven. [35] Ik herinner er in dit verband aan dat richtlijn 2006/114 met name beoogt handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan. [36]

56. Zoals in punt 41 van deze conclusie aangegeven, heeft Carrefour in het onderhavige geval de prijzen vergeleken in winkels die vanaf de tweede televisiespot alleen bestonden uit aan de ene kant hypermarkten van Carrefour en aan de andere kant supermarkten van Intermarché, terwijl beide ketens zowel hypermarkten als supermarkten hebben.

57. Ik heb er al eerder op gewezen dat in het algemeen de prijzen van gangbare consumptiegoederen kunnen verschillen naargelang van de omvang en het type van de winkel en dat een dergelijke asymmetrische vergelijking er derhalve toe kan leiden dat afhankelijk van de voor de vergelijking gekozen winkels op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot. [37] In dat geval geeft de vergelijking de marktomstandigheden niet op juiste en eerlijke wijze weer en voldoet zij derhalve niet aan het objectiviteitsvereiste van artikel 4, onder c), van richtlijn 2006/114.

34 — Zie punt 29 van deze conclusie.

35 — Zie in dit verband punt 18 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, dat bepaalt dat „[het verstrekken van] [f]eitelijk onjuiste informatie […] over marktomstandigheden […] met de bedoeling de consument het product te doen aanschaffen tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden" een handelspraktijk is die onder alle omstandigheden als oneerlijk wordt beschouwd. Zie met betrekking tot instrumenten voor klantenbeoordeling en prijsvergelijkingswebsites, punt 3.4.2 van het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van richtlijn 2005/29.

36 — Artikel 1 van richtlijn 2006/114. Zie ook arrest van 13 maart 2014, Posteshop (C-52/13, EU:C:2014:150, punten 22 en 27).

37 — Zie punt 43 van deze conclusie.

58. In het onderhavige geval staat het aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de keuze van de winkels voor de omstreden vergelijking tot gevolg heeft dat op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot.

B – *Uitlegging van richtlijn 2005/29 (tweede vraag)*

1. Prejudiciële vraag en voorgestelde uitleggingen

59. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen in vergelijkende reclame worden vergeleken wat omvang en type betreft van elkaar verschillen, essentiële informatie in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29 is.[38]

60. Carrefour stelt voor om die vraag ontkennend te beantwoorden. Volgens haar is de consument klant van een winkelbedrijf en wordt zijn gedrag niet door het type of de oppervlakte van de winkel bepaald. ITM is evenwel van mening dat het verschil in type of omvang van de vergeleken winkels wel essentiële informatie in de zin van richtlijn 2005/29 is wanneer het de representativiteit van de prijsnoteringen aantast, aangezien het in dat geval de beslissing tot koop van de consument aanzienlijk kan beïnvloeden.

61. De Franse regering en de Commissie zijn van mening dat kennis van het feit dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken wat omvang of type betreft van elkaar verschillen, in dit geval voor de consument essentiële informatie in de zin van richtlijn 2005/29 kan zijn en dat het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan.

2. Uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2005/29

62. Richtlijn 2005/29 geeft geen definitie van het begrip „essentiële informatie", behalve voor het specifieke geval van een „uitnodiging tot aankoop" in de zin van artikel 2, onder i), van deze richtlijn.[39]

63. Uit artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/29 blijkt dat het weglaten van „essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen", misleidend is als zij hem „[ertoe] brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen".

64. Om de volgende redenen ben ik van mening dat de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen in vergelijkende reclame worden vergeleken, wat omvang of type betreft van elkaar verschillen, niet per definitie „essentiële informatie" in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/29 is.

65. Ten eerste: ook al is het zeker niet uitgesloten dat een verschil in type of omvang van de winkels van invloed kan zijn op de keuze van de consument om zijn aankopen in een van beide winkels te doen, het begrip „essentiële informatie" in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/29 ziet niet op elke factor die op de een of andere wijze het gedrag van een consument kan beïnvloeden, maar enkel op informatie die de gemiddelde consument „nodig heeft" om een geïnformeerd besluit over een

38 — Ik merk op dat richtlijn 2005/29 volgens artikel 3, lid 1, ervan, alleen van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Niettemin kunnen de artikelen 6 en 7 van die richtlijn door de verwijzing in artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114 naar die bepalingen, indirect van toepassing zijn op de betrekkingen tussen ondernemingen zoals die in het hoofdgeding. Zie punt 5 van deze conclusie.

39 — Uit de door de verwijzende rechter aan het Hof verstrekte informatie kan niet worden opgemaakt of de omstreden reclame een uitnodiging tot aankoop in de zin van artikel 2, onder i), van richtlijn 2005/29 is. Mocht dit het geval zijn, dan wordt de informatie genoemd in artikel 7, lid 4, onder a) tot en met e), van deze richtlijn, indien deze niet reeds uit de context blijkt, als essentieel beschouwd. Zie voor het begrip „uitnodiging tot aankoop" arrest van 12 mei 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299).

transactie te nemen.[40] Zoals blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van richtlijn 2005/29, is dit artikel gebaseerd op een benadering die inhoudt „de behoefte van de consument aan informatie [af te wegen] tegen de erkenning dat te veel informatie voor de consument een even groot probleem kan zijn als te weinig informatie”.[41]

66. Ten tweede zij eraan herinnerd dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/29 handelaren de positieve verplichting oplegt om consumenten alle als essentieel beschouwde informatie te verstrekken[42], waarbij de niet-verstrekking onderworpen is aan sancties naar nationaal recht, voor zover die omissie de consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet zou hebben genomen[43]. Hetzelfde geldt op grond van lid 2 van dat artikel waarbij dergelijke informatie verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig wordt verstrekt. Bovendien betekent het weglaten van essentiële informatie in de context van vergelijkende reclame dat de reclame als misleidend wordt beschouwd in de zin van artikel 4, onder a), van richtlijn 2006/114, voor zover die weglating de gemiddelde consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet zou hebben genomen.

67. Nu er op Unierechtelijk niveau geen gemeenschappelijke definitie van de begrippen „type” en „omvang” bestaat, zou het opleggen van een algemene verplichting aan de adverteerder om de consument te informeren dat de vergeleken winkels qua type of omvang van elkaar verschillen, mijns inziens eerder tot verwarring kunnen leiden dan bijdragen aan een hoog niveau van consumentenbescherming, hetgeen de doelstelling is van richtlijn 2005/29.[44] Gezien de verscheidenheid aan distributievormen zou een dergelijke verplichting, naar het mij toeschijnt, erop neerkomen dat die informatie in bijna alle gevallen van vergelijkende reclame moet worden verstrekt, hetgeen de informatieve waarde van een dergelijke vermelding in sterke mate zou verminderen.

68. Desalniettemin ben ik van mening dat de omstandigheid dat de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken, qua type of omvang van elkaar verschillen, onder bepaalde omstandigheden essentiële informatie in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29 kan zijn.

69. Dit kan met name het geval zijn indien, zoals in het onderhavige geval, de adverteerder de prijzen vergelijkt van winkels die qua type of omvang van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels beschikken van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang.

70. Zoals ik al eerder heb opgemerkt[45], ben ik van mening dat een dergelijke asymmetrische vergelijking ertoe kan leiden dat afhankelijk van de voor de vergelijking gekozen winkels op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot. Indien dit het geval is, lijkt het logisch dat het verschil in omvang of type tussen de winkels van de adverteerder en de concurrent essentiële informatie kan zijn, die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29.

40 — Zie ook punt 3.4.1 van het staff working document van de Commissie van 25 mei 2016, *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial pratiques* [SWD(2016) 163 final, blz. 69].

41 — Punt 65 van de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke „business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken) van 18 juni 2003 [COM(2003) 356 definitief], dat geleid heeft tot vaststelling van richtlijn 2005/29. Zie evenwel artikel 7, lid 5, van richtlijn 2005/29, dat bepaalt dat overeenkomstig de Uniewetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing, en waarvan een niet-limitatieve lijst in bijlage II staat, als essentieel wordt beschouwd.

42 — Zie in die zin punt 3.4.1 van het staff working document van de Commissie van 25 mei 2016 (op. cit.).

43 — Zie artikel 13 van richtlijn 2005/29.

44 — Zie artikel 1 en de overwegingen 5 en 11 van richtlijn 2005/29. Zie over het verband tussen de economische belangen van consumenten en de belangen van concurrenten, overweging 8 van die richtlijn.

45 — Zie de punten 43 en 57 van deze conclusie.

71. In casu staat het aan de verwijzende rechter om vast te stellen of de keuze van de winkels voor de omstreden vergelijking op kunstmatige wijze heeft geleid tot een prijsverschil dan wel tot een groter prijsverschil tussen adverteerder en concurrent, en – in deze context – of het verschil in omvang en type tussen de winkels van de adverteerder en die van de concurrent essentiële informatie in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29 is.

C – Mededeling van essentiële informatie aan de consument (derde vraag)

72. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen, ingeval de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, in welke mate en/of via welk medium de essentiële informatie dat de vergeleken winkels qua omvang en type verschillen, aan de consument moet worden meegedeeld.

73. Allereerst zij opgemerkt dat richtlijn 2005/29 niet precies aangeeft op welke wijze essentiële informatie aan de consument moet worden meegedeeld. Uit artikel 7, lid 2, van die richtlijn blijkt dat essentiële informatie niet verborgen mag worden gehouden of „op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig" worden verstrekt. A contrario geredeneerd volgt hieruit dat zulke informatie op duidelijke, begrijpelijke, ondubbelzinnige wijze en op tijd aan de consument moet worden verstrekt.

74. Ter herinnering: in het onderhavige geval heeft Carrefour prijzen vergeleken in winkels die vanaf de tweede televisiespot alleen bestonden uit aan de ene kant hypermarkten van Carrefour en aan de andere kant supermarkten van Intermarché, terwijl beide ketens zowel hypermarkten als supermarkten hebben.

75. In een dergelijk geval ben ik van mening dat, indien de nationale rechter vaststelt dat het verschil in type of omvang van de winkels waarvan de prijzen worden vergeleken essentiële informatie is in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29[46], die informatie in de reclameboodschap zelf moet worden vermeld.

76. Mijn overwegingen zijn de volgende.

77. Ten eerste voorziet artikel 7, lid 3, van richtlijn 2005/29 weliswaar in de mogelijkheid voor de adverteerder om essentiële informatie „langs andere wegen" aan de consument te verstrekken, met name indien het voornaamste gebruikte medium beperkingen qua ruimte of tijd meebrengt.[47] Ik ben echter van mening dat die bepaling geen toepassing kan vinden indien de verplichting om de consumenten die informatie te verstrekken niet voortvloeit uit het intrinsieke karakter van de informatie, maar alleen uit de keuze van de handelaar voor een handelspraktijk die mogelijk niet voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 2006/114.

78. Indien immers de adverteerder, zoals in casu, een asymmetrische vergelijking van de prijzen verricht in winkels die wat type of omvang betreft van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang beschikken, vloeit de mogelijke verplichting van de adverteerder om aan de consumenten duidelijk te maken dat de vergeleken winkels qua type of omvang verschillen, enkel voort uit de keuze van de adverteerder voor een dergelijke vergelijking.

46 — Zie de punten 68-71 van deze conclusie.

47 — Zie ook artikel 7, lid 1, en – met betrekking tot de uitnodiging tot aankoop – artikel 7, lid 4, onder a), van richtlijn 2005/29 en arrest van 12 mei 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, punten 50-59).

79. Ten tweede ben ik van mening dat ingeval de prijsvermeldingen die verduidelijkingen over type of omvang van de vergeleken winkels noodzakelijk maken, in de reclameboodschap zelf staan, dit dan ook moet gelden voor die verduidelijkende informatie. Die oplossing waarborgt mijns inziens dat de aan de consumenten gerichte reclameboodschap evenwichtig is.

80. Kortom, ik geef het Hof in overweging om de derde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat, wanneer een adverteerder prijzen vergelijkt in winkels die qua type of omvang van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels beschikken van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang, en de nationale rechter vaststelt dat het verschil in type en omvang van de winkels essentiële informatie in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29 is, die informatie in de reclameboodschap zelf moet worden opgenomen.

V – Conclusie

81. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de cour d'appel de Paris te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 4, onder a) en c), van richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een adverteerder prijzen vergelijkt in winkels die qua type of omvang van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang beschikken,

— indien wordt vastgesteld dat, gelet op alle relevante omstandigheden van het geval en in het bijzonder op alle vermeldingen of weglatingen in de betrokken reclame, een aanzienlijk aantal consumenten tot wie deze reclame zich richt, een besluit over een transactie kan nemen in de onjuiste overtuiging dat alle winkels van die winkelketens in aanmerking zijn genomen bij de berekening van het algemene prijsniveau en van het bedrag van de besparingen dat de reclame vermeldt, en dat zij derhalve besparingen tot het in de reclame vermelde bedrag zullen realiseren door hun gangbare consumptiegoederen geregeld in de winkels van de adverteerder te kopen in plaats van in die van de concurrent, of

— indien de keuze van de winkels voor de vergelijking tot gevolg heeft dat op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot.

2) De omstandigheid dat de winkels waarvan prijzen in vergelijkende reclame worden vergeleken, qua omvang en type van elkaar verschillen, kan essentiële informatie zijn in de zin van artikel 7 van 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 en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (‚richtlijn oneerlijke handelspraktijken'), indien de adverteerder prijzen vergelijkt in winkels die qua type of omvang van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels beschikken van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang, en de keuze van de winkels voor de vergelijking tot gevolg heeft dat op kunstmatige wijze een prijsverschil tussen adverteerder en concurrent ontstaat of wordt vergroot.

3) Indien een adverteerder prijzen vergelijkt in winkels die qua type of omvang van elkaar verschillen, terwijl de adverteerder en de concurrent deel uitmaken van winkelbedrijven die beide over winkels beschikken van eenzelfde of gelijksoortig type of omvang, en de nationale rechter vaststelt dat het verschil in type en omvang van de winkels essentiële informatie in de zin van artikel 7 van richtlijn 2005/29 is, moet die informatie in de reclameboodschap zelf worden opgenomen."