FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 8. februar 2001 [1]

1. Sammenlignende reklame er et nyt begreb i fællesskabsretten. Princippet, som længe blev betragtet med mistænksomhed i medlemsstaterne, er først for ganske nylig blevet accepteret i national ret efter vedtagelsen af direktiv 97/55/EF [2] på betingelse af, at der gælder meget strenge betingelser for dets gennemførelse.

2. Det sammenlignende tiltag, som en erhvervsdrivende kan beslutte sig for i relation til andre erhvervsdrivendes virksomhed på reklameområdet, er ganske risikobetonet. Det kan befrygtes, at virksomhederne, så snart de får lov til at sammenholde fortjenesterne og manglerne ved konkurrenternes goder eller tjenesteydelser, forledes til nedvurdering eller snyltervirksomhed.

3. Ligesom det er tilfældet med den traditionelle reklame, tager den sammenlignende reklame sigte på dels at begunstige udviklingen af virksomhedens aktivitet, dels at oplyse forbrugerne. Ligesom den traditionelle reklame vil man med den type reklame spille på hele forførelsesregistret, hvilket ud fra et sammenligningssynspunkt er belastende for forretningsforbindelserne, idet der konstant består en risiko for illoyal adfærd.

4. Det er således svært at benægte, at der består et behov for kun at anse en plan om sammenlignende reklame for lovlig, såfremt strenge betingelser overholdes, der er begrundet med overvejelser knyttet til, at forretningsforbindelser skal være loyale.

5. Nærværende sag illustrerer udmærket den tvetydighed, som karakteriserer reklamens funktion, der er opdelt mellem objektiv oplysning og kommerciel kommunikation. Sagen giver os et markant eksempel på en adfærd, som på én og samme tid kan være berettiget af funktionelle overvejelser og mistænkelig i den forstand, at der utilbørligt drages fordel af den anseelse, som den, der benytter den omtalte praksis, ikke har nogen del i.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame (EFT L 290, s. 18).

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger i hovedsagen

6. Toshiba Europe GmbH (herefter »Toshiba«), der er sagsøger i hovedsagen, er det tyske datterselskab af Toshiba Corporation. Sagsøgeren sælger i Europa fotokopimaskiner og driftsmateriel såsom reservedele og forbrugsmaterialer til disse maskiner.

7. Katun Germany GmbH (herefter »Katun«), sagsøgte i hovedsagen, sælger reservedele og forbrugsmaterialer, der kan anvendes til Toshiba's fotokopimaskiner.

8. Toshiba anvender bestemte modelbetegnelser til at kendetegne sine fotokopimaskiner, f.eks. betegnelsen »Toshiba 5010«. Til at kendetegne sine materialer anvender sagsøgeren bestemte korte varebetegnelser, f.eks. betegnelsen »T-50 P« for toneres vedkommende, ligesom der anvendes bestillingsnumre.

9. I sine kataloger anvender Katun Toshiba's modelbetegnelser og bestillingsnumre. Disse numre anføres sammen med Katun's numre, og de anvendes, som de, for at kendetegne de vareartikler hos Katun, der kan anvendes i Toshiba's fotokopimaskiner. Toshiba's bestillingsnumre befinder sig i en kolonne med titlen »OEM Art.-Nr« (»Original Equipment Manufacturer« — herefter »bestillingsnumrene«), og Katun's bestillingsnumre befinder sig i en kolonne med titlen »Katun Art.-Nr«.

For en bestemt vare præsenterer kataloget sig i denne form (uddrag af kataloget):

KATUN

Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550

OEM Art.-Nr	Katun Art.-Nr	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche (Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

10. Ifølge Toshiba udviser Katun konkurrencestridig adfærd. Selskabet kræver blandt andet, at det forbydes Katun at offentliggøre de omtvistede oplysninger, og at Katun pålægges at betale erstatning.

11. Den forelæggende ret har delvis givet Toshiba medhold og dømt Katun for at have krænket Toshiba's varemærkerettigheder på grund af den etiket, som Katun anvender for den af Katun solgte toner. Samtidig har retten udskilt den foreliggende sag fra hovedsagen.

II — Retsregler

A — *Det ændrede direktiv 84/450/EØF*

12. Ved direktiv 97/55 ændredes direktiv 84/450/EØF[3], som siden har været benævnt direktivet »om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame«.

13. Det hedder i syvende betragtning til direktiv 97/55, at

»der bør fastsættes betingelser for, hvornår sammenlignende reklame er tilladt, for så vidt angår sammenligningen, således at det kan fastslås, hvilke former for sammenlignende reklame der vil kunne fordreje konkurrencen, skade konkurrenterne og påvirke forbrugernes valg i uheldig retning; disse betingelser for lovlig reklame bør omfatte kriterier for en objektiv sammenligning af varers og tjenesteydelsers karakteristiske træk«.

14. Ifølge direktivets artikel 2, nr. 2a, betragtes som sammenlignende reklame »reklame, som direkte eller indirekte henviser til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent«.

15. I direktivets artikel 3a, stk. 1, hedder det: »Sammenlignende reklame er tilladt, for så vidt angår sammenligningen, når følgende betingelser er opfyldt:

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

3 — Rådets direktiv af 10.9.1984 om tilnærmelse af medlemsstaternes lov- og administrative bestemmelser om vildledende reklame (EFT L 250, s. 17, herefter »direktivet«).

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

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

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

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

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

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

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

B — *Den tyske lov*

16. Det hedder i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb[4], § 1: »Over for den, der erhvervsmæssigt i reklameøjemed handler på en måde, som krænker en god markedsføringsskik, kan der gøres krav om undladelse og erstatning gældende«.

17. Det fremgår af fast praksis ved Bundesgerichtshof, at en sammenligning mellem egne og en konkurrents varer eller ydelser ikke er forenelig med begrebet »god markedsføringsskik« i UWG's § 1's forstand[5].

4 — Herefter »UWG«.

5 — S. 8, tredjesidste afsnit i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

18. På datoen for afsigelsen af forelæggelseskendelsen var direktiv 97/55 endnu ikke gennemført i national ret.

III — Præjudicielle spørgsmål

19. Landgericht Düsseldorf (Tyskland) udtaler, at Bundesgerichtshof efter ikrafttrædelsen af direktiv 97/55 har fastslået, at sammenlignende reklame fra nu af må betragtes som lovlig, såfremt de betingelser, der nævnes i artikel 3a, stk. 1, litra a)-h), er opfyldt.

20. Den forelæggende ret udtaler videre, at selv om den tyske lovgiver endnu ikke har inkorporeret direktiv 97/55 i tysk ret[6], finder Bundesgerichtshof intet til hinder for en direktivkonform fortolkning af UWG's § 1.

21. Landgericht Düsseldorf har forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, da retten finder dels, at Bundesgerichtshof's opfattelse — hvorefter UWG's § 1 skal fortolkes direktivkonformt — er berettiget, dels at en fortolkning af fællesskabsretten er nødvendig for tvistens løsning. Spørgsmålene lyder:

»1) Skal en reklame, som en udbyder af reservedele og forbrugsmaterialer iværksætter for sine produkter, set i forhold til en maskinproducents produkt, i henhold til direktivets artikel 2, nr. 2a, anses for sammenlignende reklame, når der i reklamen som identifikationsreference for udbyderens produkter angives maskinproducentens bestillingsnumre (OEM-numre) for de tilsvarende originale reservedele og forbrugsmaterialer?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, spørges:

a) Er sammenholdningen af maskinproducentens bestillingsnumre (OEM-numre) med udbyderens egne bestillingsnumre en lovlig sammenligning af varerne, og især priserne, i henhold til direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c)?

b) Er bestillingsnumrene (OEM-numrene) udtryk for en konkurrents karakteristiske kendetegn i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra g)?

6 — Fristen for gennemførelse var ikke udløbet på datoen for den præjudicielle forelæggelse.

3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende, spørges:

a) Efter hvilke kriterier skal det bedømmes, om en reklame i artikel 2, nr. 2a's forstand ifølge artikel 3a, stk. 1, litra g), drager utilbørligt fordel af den anseelse, der er knyttet til en konkurrents karakteristiske kendetegn?

b) Er det forhold, at maskinproducentens bestillingsnumre (OEM-numre) sammenholdes med udbyderes egne bestillingsnumre, tilstrækkeligt til, at der i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra g), drages utilbørligt fordel af den anseelse, der er knyttet til en konkurrents karakteristiske kendetegn, når udbyderen i stedet for kan henvise til det respektive produkt, som forbrugsmaterialet eller reservedelen kan anvendes til?

c) Er det afgørende for bedømmelsen af, hvorvidt reklamen er utilbørlig, om (blot) en henvisning til det produkt, som forbrugsmaterialet eller reservedelen kan anvendes til, i stedet for en henvisning til bestillingsnumrene (OEM-numrene) kan vanskeliggøre salget af udbyderens produkter, især fordi aftagerne plejer at orientere sig efter maskinproducentens bestillingsnumre (OEM-numre)?«

IV — Kvalifikationen af begrebet sammenlignende reklame (første spørgsmål)

22. Med det første præjudicielle spørgsmål søger den forelæggende ret klarlagt, om man som »sammenlignende reklame« efter betydningen i direktivets artikel 2, nr. 2a, skal kvalificere reklame iværksat af en erhvervsdrivende for at fremme salget af materialer bestemt til funktionen af et apparat, der er fremstillet af en anden erhvervsdrivende, når nævnte reklame nævner de referencer, den anden erhvervsdrivende har angivet for sine egne materialer, ved siden af annoncørens materialereferencer med det formål at identificere de sidstnævnte.

23. Efter ordlyden af direktivets artikel 2, nr. 1, forstår man ved reklame i direktivets forstand »enhver form for tilkendegivelse i forbindelse med udøvelse af virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøvelse af et liberalt erhverv, som har til formål at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser«.

24. Landgericht Düsseldorf nærer ingen tvivl om, at den pågældende praksis udgør reklame i bestemmelsens forstand, eftersom det er således, at den kvalificerer brugen af kataloger bestemt til at oplyse kundekredsen om eksistensen og egenskaberne ved produkterne [7].

25. I faktisk henseende ligger det fast, at de pågældende kataloger har til formål at fremme salget af Katun's goder ved at meddele forbrugerne [8] oplysninger om reservedele og forbrugeraccessoirer, der er nødvendige for Toshiba- fotokopimaskinernes funktion.

26. Herefter opstår spørgsmålet, om der foreligger sammenlignende reklame. Med undtagelse af Toshiba afviser ingen af sagsdeltagerne formelt denne kvalifikation. Den forelæggende ret selv udtaler, skønt den har forelagt et præjudicielt spørgsmål herom, at direktiv 97/55 finder anvendelse på hovedsagen, hvilket forudsætter, at den forinden har kvalificeret den omtvistede reklame som sammenlignende [9].

27. For at kunne svare den nationale ret bliver jeg nødt til at henvise til de dele af direktivet, som udtrykker det formål, der søges opnået af EF-lovgiver, og at undersøge ordlyden af de relevante bestemmelser i direktivet.

28. Det fremgår, at såvel direktivets ordlyd som dets formål taler for en udvidende fortolkning af det pågældende begreb.

29. Artikel 2, nr. 2a, tager sigte på enhver reklame, som direkte eller indirekte henviser til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent.

30. Denne bestemmelse frembyder to egenskaber.

Den første er, at der ikke er nogen klar henvisning til en sammenlignende behandling. Det er ikke, på stadiet for definitionen af det omtvistede begreb, klart, at en reklame, for at kunne kvalificeres som »sammenlignende reklame«, skal indeholde en sammenlignende beskrivelse af fordelene ved produkterne eller ydelserne. Vi skal se, at dette krav formuleres senere i direktivet, hvor man angiver betingelserne for lovligheden af den undersøgte reklame. Denne særegenhed kan opfattes som et tegn fra EF-lovgivers side på, at han har ønsket at inddrage det størst mulige antal former for kommercielle meddelelser, der tager sigte på flere konkurrerende erhvervsdrivende. Det kan formodes, at sammenligningen i bred forstand begynder dér, hvor to konkurrerende erhvervsdrivende er knyttet til

7 — Jf. ordlyden af det første præjudicielle spørgsmål.

8 — Begrebet »forbruger« skal her forstås således, at det også omfatter professionelle, der helt åbenbart udgør den væsentlige andel af de kunder, som interesserer sig for fotokopimaskinerne og de materialer, der medfølger.

9 — S. 11 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

hinanden i en reklameoperation, selv om det sker på en ikke-beskrivende måde. Under alle omstændigheder vil direktivet finde anvendelse, så snart en reklame virkeliggør denne type af sammenholdelse.

Det andet element i definitionen, som vidner om en bred opfattelse af begrebet sammenlignende reklame, angår det forhold, at der ikke foreligger noget krav om en udtrykkelig identificering af konkurrenten. Det er tilstrækkeligt, at indholdet af reklamen gør det muligt for de kunder, der er dens adressater, at få at vide, hvilken anden erhvervsdrivende, som konkurrerer med annoncøren, der er nævnt, for at den pågældende reklame omfattes af direktivets anvendelsesområde.

31. EF-lovgivers ønske om at dække det størst mulige antal situationer bekræftes af sjette betragtning, hvorefter »en bred definition af sammenlignende reklame, der kan dække alle former for sammenlignende reklamer, er ønskelig«.

32. I sagen her finder man blandt de oplysninger, der indeholdes i Katun's katalog, en omtale af mærket Toshiba for at betegne fotokopimaskinen. Der nævnes også bestillingsnumre, hvor der ikke er strid om, at de er sagsøgeren i hovedsagens egne, eftersom de angiver de reservedele og forbrugsaccessoirer, som sagsøgeren fremstiller for at benytte fotokopimaskinerne.

33. Hovedsagen drejer sig udelukkende om anvendelsen af bestillingsnumrene. Toshiba bestrider ikke brugen af selskabets mærke for at betegne den fotokopimaskine, som de materialer, der er forsynet med bestillingsnumrene, skal bruges til [10].

34. Det forelagte spørgsmål er således begrænset til karakteren af den oplysning, som disse numre ved deres blotte tilstedeværelse er i stand til at give dem, der læser dem. Der er således tale om at afgøre, om den blotte omtale af disse numre gør det muligt at identificere Toshiba's materialer og dermed Toshiba selv.

35. Det tilkommer åbenbart ikke Domstolen at afgøre dette spørgsmål, da den nationale ret har det bedste udgangspunkt for at gøre det ved at benytte de oplysninger i faktisk henseende, som den råder over. Derfor kan det højst bemærkes, at retten allerede har præciseret følgende: »Angivelsen af sagsøgerens OEM-numre i sagsøgtes brochure identificerer i første række sagsøgerens produkter og dermed indirekte også sagsøgeren selv« [11]. Det er op til retten at afgøre, om denne foreløbige antagelse skal bekræftes.

36. Hvad angår fortolkningen af direktivets artikel 2, nr. 2a, finder jeg, at en reklame skal kvalificeres som »sammenlig-

10 — Toshiba gør således gældende, at »det, for at angive produkternes bestemmelse, er tilstrækkeligt at nævne fotokopimaskinens type« (afsnit IV i Toshiba's skriftlige indlæg).

11 — S. 11 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

nende reklame« i direktivets forstand, når den muliggør en endog blot indirekte identificering af en konkurrent eller af de goder, han fremstiller.

37. Der foreligger en indirekte identificering af konkurrenten eller hans produkter, såfremt det påvises, at de numre, konkurrenten har benyttet for at betegne sine egne materialer, er tilstrækkelige for en normalt oplyst person til at identificere disse materialer eller fremstilleren heraf.

38. Følgelig vil jeg konkludere, at reklame, der er iværksat af en erhvervsdrivende for at fremme salget af materialer bestemt til funktionen af et apparat fremstillet af en anden erhvervsdrivende, og som nævner de referencer, maskinproducenten har tildelt sine materialer, ved siden af referencerne på annoncørens materialer med det formål at identificere disse, er »sammenlignende reklame« efter betydningen i direktivets artikel 2, nr. 2a, når denne angivelse gør det muligt for en normalt oplyst person at identificere den erhvervsdrivende, hvis referencer er optaget i reklamen.

39. Det tilkommer Landgericht Düsseldorf at bringe på det rene, om den blotte angivelse af bestillingsnumrene i Katun's katalog i en normalt oplyst persons øjne er tilstrækkeligt til at identificere Toshiba's materialer.

V — Den objektive sammenligning af goderne [andet spørgsmål, litra a)]

40. Det er afgørende for lovligheden af en sammenlignende reklame, at man har overholdt betingelserne i direktivets artikel 3a, stk. 1. I ellevte betragtning til direktiv 97/55 hedder det bl.a., at »betingelserne for sammenlignende reklame bør være kumulative og overholdes fuldt ud«.

41. De betingelser, der fastsættes i direktivet, er enten positive eller negative i den forstand, at reklamen for at kunne kvalificeres som »sammenlignende« skal frembyde visse karakteristika, men være uden andre.

42. Blandt de positive betingelser finder man kravet om en objektiv sammenligning af goderne, der er indsat i artikel 3a, stk. 1, litra c).

43. Det særlige og vanskelige ved den situation, der foreligger for den nationale ret, vedrører det forhold, at den parallelle angivelse af bestillingsnumrene ikke indeholder nogen sammenlignende beskrivelse af de omtvistede produkter.

44. Katun har ikke foretaget opregningen af de respektive egenskaber ved de to produkter for at identificere, hvad der adskiller dem, eller hvad der nærmer dem til hinanden. På grund heraf kan det formodes, at den omtvistede reklame, trods den juridiske kvalifikation, ikke passer til nogen logisk figur for sammenligning.

45. Hovedsagens faktuelle kontekst er præget af en tvetydighed, som kan forklare denne vanskelighed. I Katun's reklame finder man den dobbelte begrundelse for sammenlignende reklame, som både skal forbedre oplysningen af forbrugerne og skærpe konkurrencen.

46. Som af Katun fremhævet betyder den parallelle angivelse af bestillingsnumrene, at de forskellige artikler, Katun fremstiller, teknisk set er identiske med de tilsvarende artikler fra maskinproducenten, og at de af den grund på samme måde kan anvendes i dennes maskiner [12]. Hermed synes Katun at nøjes med at oplyse sine kunder om, hvorhen firmaets egne produkter skal gå, og hvad deres funktioner er, uden at Katun for så vidt foretager en aktiv handling med sammenlignende beskrivelse af de to konkurrerende produkter.

47. Imidlertid er den pågældende reklame ikke uden ethvert sammenlignende element. Sammenholdelsen af de to referencer for materialerne udgår fra en sådan overvejelse, selv om den anvendte metode ikke kan siges at være den sædvanlige.

48. Såfremt en sammenligning består i »at tage sigte under ét (på to eller flere forhold) for heraf at udfinde ligheder eller forskelle« [13], er det muligt at antage, at sammenholdelsen af numrene i sig selv har en betydning som en indirekte sammenligning med det sigte at sidestille produkterne. Med andre ord fører præsentationen af to produkter, når den ikke ledsages af nogen kommentar, der klart viser deres ligheder eller deres forskelligheder, ganske logisk til den konklusion, at produkterne kan skiftes ud med hinanden. Den almindelige og vage karakter af den passive sammenholdelse af de to produkter indbyder til den konklusion, at der i det tilfælde består en vilje til fuldstændig at sidestille et produkt med et andet.

49. Tilbage står at finde ud af, om en indirekte sammenligning også kan betragtes som en objektiv sammenligning efter betydningen i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c). Man kan i øvrigt rejse det spørgsmål, om det forholder sig således, når den indirekte sammenligning frembyder en almindelig karakter, således at den synes at styrke tankegangen om en fuldstændig identitet mellem produkterne.

12 — S. 7 i den franske oversættelse af Katun's skriftlige indlæg.

13 — Jf. *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, Édition Dictionnaires Le Robert, 1999.

50. Det må påpeges, at en objektiv karakter af sammenligningen kræver, at oplysningerne om produktets kvaliteter eller mangler kan verificeres [14].

51. En indirekte sammenligning er ikke nødvendigvis subjektiv, hvis den information, som den indeholder, forudsat at den er objektiv, ikke er tvetydig. Man foretager f.eks. en subjektiv bedømmelse ved at sige, at et gode er smukkere eller bedre end et andet produkt. En samtidig præsentation af to produkter uden at foretage en form for beskrivelse, således at man kan udlede, at de er bestemt til samme brug, må på dette punkt antages at være en objektiv sammenligning, idet den kan verificeres uanset den indirekte karakter af oplysningen.

52. I den henseende foreligger der med den parallelle angivelse af bestillingsnumrene en objektiv sammenligning, da der er tale om bestemmelsen eller brugen af reservedelene og forbrugsartiklerne. Det er klart, at sidestillingen af materialerne med de to oprindelser i første række udtrykker en funktionsidentitet, da den indirekte, men utvetydigt udtrykte meddelelse er, at Katun-produktet, ligesom ækvivalenten Toshiba, er bestemt til brug i en Toshiba-fotokopimaskine.

53. Den samme konklusion trænger sig på hvad angår sammenligningen af priser. Direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), angiver, at prisen er en af de mulige egenskaber, som kan gøres til genstand for sammenligning. Prisen er nævnt som eksempel, hvilket fremgår af artiklens ordlyd, idet den taler om relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for goderne, »herunder prisen«.

Katun har forklaret, at firmaets kataloger indeholder en prissammenligning efter betydningen i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), for så vidt som det dér antydes, at man tilbyder en mere fordelagtig pris for produkter af samme kvalitet [15]. Selv om der ifølge sagens oplysninger ikke findes nogen prisangivelse i brochurerne, må en sådan udtalelse betragtes som blottet for subjektivitet. En konkurrent, som anser sig for krænket, kan udmærket bevise, at de anvendte priser dementerer oplysningen i reklamen. Forbrugerne kan på samme måde verificere sandhedsværdien af oplysningen ved at gå til andre kilder, såsom de prislister, der stilles til deres rådighed af to konkurrerende erhvervsdrivende.

54. Sådan set indeholder den sidestilling, der antydes ved den omtvistede reklame, en

14 — Denne betingelse nævnes i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), der også kræver, at egenskaberne ved de goder, der er genstand for sammenligningen, er væsentlige, relevante og repræsentative for goderne. Disse egenskaber tages der egentlig ikke sigte på i denne sag, for så vidt som det ikke er tvivlsomt, at de egenskaber, vi taler om, og som, således som vi skal se, befinder sig i centrum af sammenligningen, ikke er sekundære, men derimod udgør afgørende elementer for valget af de pågældende produkter.

15 — Ifølge Katun, som står uimodsagt på dette punkt, indeholder katalogerne følgende bemærkning: »Med Katuntoneren til fotokopimodellerne Toshiba 2510/2550 og 3220/4010 kan De reducere Deres omkostninger uden tab af kvalitet eller ydelse« (s. 9 i Katun's skriftlige indlæg). Det er uden tvivl den eneste nuance, som må tilføres tankegangen om en simpel sammenholdelse af bestillingsnumrene.

række objektive oplysninger, såsom pris og brug, der er lette både at identificere og at dokumentere. Ud fra dette synspunkt kan den opfattes således, at der foretages en objektiv sammenligning af konkrete og relevante egenskaber, der kan dokumenteres, og som er repræsentative for de pågældende varer i den forstand, der forudsættes i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c).

55. Imidlertid kan en sammenligningsmåde, som består i at præsentere to produkter — eller to referencer — parallelt uden at udstyre reklamen med et minimum af kommentarer vedrørende de elementer, der ligner eller er forskellige, efter min mening — ved at undlade netop at angive disse sammenligningspunkter — skabe forvirring til skade for den konkurrerende erhvervsdrivende.

56. Selv om den indirekte karakter af sammenligningen i sig selv ikke kan gøre en reklame illoyal, gælder det samme ikke om dens almindelige karakter. Den passive sammenholdelse af produkterne opfordrer til at sidestille egenskaber, som ikke alle kan identificeres. Hvis man bortser fra prisen eller brugen af de omtvistede materialer, må reklamen klart bedømmes således, at der er en hensigt fra annoncørens side til at ville tildele sit eget produkt samtlige fordele ved det konkurrerende produkt, herunder dem, der er knyttet til det konkurrerende varemærke selv.

57. Konkret vil jeg påpege, at ikke blot er hver enkelt bestillingsnummer opført ved siden af det andet på linjen for den tilsvarende artikel, men at Katun gør gældende, at selskabets produkter er billigere, men dog af samme kvalitet og ydeevne [16].

58. Sammenholdelsen af materialereferencer uden beskrivende kommentar udtrykker hensigten fra annoncørens side om at ville formidle, at hans egne og konkurrentens produkter har ganske samme kvalitet. Imidlertid er kvaliteten af et produkt resultatet af en hel række fordele, som det ofte er svært at identificere med nøjagtighed og fuldstændighed, selv om det pågældende produkt er ganske ukompliceret.

59. Oplysningens objektivitet er maskeret af, at det er umuligt at udsondre de egenskaber, sammenligningen angår, og dermed at kontrollere de fordele, som tillægges dem. Ud fra dette synspunkt, og henset til sagens akter, forekommer det mig ikke, at en reklame af den type opfylder betingelsen om en objektiv præsentation af varerne.

60. Det tilkommer den forelæggende ret at skaffe sig vished herfor ved at undersøge, om denne præsentation ikke er ledsaget af en konkret og præcis beskrivelse af kvaliteterne eller ulemperne ved de præsenterede materialer, herunder f.eks. deres levetid, soliditet og omgangen med dem.

16 — Jf. fodnote 18.

61. Det må derfor antages, at der ikke foreligger en objektiv sammenligning af varer som forudsat i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), i forbindelse med en sammenlignende reklame, som nævner de referencer, annoncøren har tildelt de af ham fremstillede materialer, ved siden af de referencer, en konkurrerende erhvervsdrivende har tildelt sine egne materialer, uden yderligere angivelser vedrørende de respektive egenskaber ved de præsenterede produkter.

Det gælder ganske særlig, når den nævnte sammenlignende reklame præsenterer de pågældende materialer således, at de angives at have samme kvalitet, uden beskrivelse af materialernes verificerbare egenskaber, som begrunder denne bedømmelse, selv om den nævnte sammenlignende reklame præsenterer annoncørens materialer med angivelse af en lavere salgspris.

62. For fuldstændighedens skyld må jeg også undersøge den anvendte metode ud fra synsvinklen i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g), om forbud mod misbrug af den anseelse, som vil kunne opstå i anledning af praksis med sammenlignende reklame, der er genstand for andet spørgsmål, litra b), og tredje spørgsmål fra Landgericht Düsseldorf.

VI — Misbrug af anseelse

63. Når man anvender sammenlignende reklame, anvender man nødvendigvis også en konkurrents varemærke eller i hvert fald de kendetegn, som fremhæver ham i kundernes øjne. Under foregivende af at ville deltage i den frie konkurrence og at udvikle forbrugeroplysningen består der altså en risiko for at drage utilbørlig fordel af referencer foretaget af en konkurrerende erhvervsdrivende. Den ret, som skabes ved den sammenlignende reklame til at anvende en andens varemærke, må altså ganske nøje afgrænses. Før der gøres forsøg på at fastlægge konturerne herfor, må der først foretages en præcisering af, hvad man skal forstå ved »karakteristiske kendetegn« i den betydning, der forudsættes i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g).

A — *Begrebet »karakteristiske kendetegn« [andet spørgsmål, litra b)]*

64. Ved den indførte retlige ordning har EF-lovgiver søgt at favorisere den objektive sammenligning, der kan foretages mellem varer eller tjenesteydelser, samtidig med at man bevarer de rettigheder, som er tildelt de erhvervsdrivende, bl.a. ved fællesskabsretten, vedrørende deres varemærker og andre identifikationsmåder for de erhvervsdrivende [17].

17 — Tolvte og trettende betragtning. Det hedder i sidstnævnte betragtning, at »ifølge artikel 5 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [...] giver et registreret varemærke indehaveren en eneret, som indebærer, at han kan forbyde tredjemand at gøre erhvervsmæssig brug af et tegn, der er identisk med eller ligner et givet varemærke, når der er tale om identiske varer eller tjenesteydelser, eller eventuelt endog når der er tale om varer af anden art«.

65. Imidlertid skal den sammenlignende reklame for at være effektiv og loyal gøre det muligt for adressaterne at identificere de præsenterede produkter og at udsondre dem, som tilbydes af en virksomhed, fra dem, der kommer fra konkurrenten [18]. Man kan derfor ikke udelukke, at en erhvervsdrivende kan referere til karakteristiske kendetegn, som anvendes af konkurrenterne [19].

66. Den væsentligste kvalitet ved et »karakteristisk kendetegn« er at lette genkendelsen. Et »karakteristisk kendetegn« i direktivets forstand kan altså ikke antages i forbindelse med et forhold, som ikke på den ene eller den anden måde muliggør identifikationen af en erhvervsdrivende.

67. Omvendt er det uomgængeligt nødvendigt — såfremt man ønsker at undgå, at udviklingen af den sammenlignende reklame ikke giver frit løb for kommerciel snyltervirksomhed — at begrebet »karakteristiske kendetegn« udvides generøst.

68. Modsat Katun's opfattelse kan begrebet »karakteristiske kendetegn« kun vanskeligt reduceres til et begreb om »varemærke« eller »firmanavn« [20] uden risiko for at medføre en tolerance i forhold til adfærd, der tager sigte på at misbruge konkurrenternes anseelse på en måde, som er i strid med direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g).

69. Sådan set ville en erhvervsdrivende have ret til at anvende en hvilken som helst identifikationsfaktor hos en konkurrent, hvis faktoren ikke er retsbeskyttet, og at benytte den for at skaffe sig en utilbørlig fordel ved sidstnævntes anseelse.

70. Man kan let forestille sig en reklame, som ikke direkte refererer til et varemærke, men f.eks. til formen eller farven på et produkt, og at den nævnte form eller farve øjeblikkeligt fremkalder et konkurrerende produkt i flertallet af forbrugernes bevidsthed. En restriktiv fortolkning af direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g), ville svække den beskyttelse, som retmæssigt tilkommer de konkurrerende erhvervsdrivende. Den ville lovliggøre former for sammenlignende reklame, ved hvilke en erhvervsdrivende misligt søger til sin fordel at anvende anseelsen ved et mærke ved hjælp af dette ikke-beskyttede identifikationselement, som i dette eksempel udgøres af formen eller farven.

71. Denne fortolkning bekræftes af selve ordlyden af den pågældende artikel. Den tager sigte på den anseelse, der er knyttet til

18 — Det hedder i fjortende betragtning, at »for at gøre sammenlignende reklame effektiv kan det imidlertid være nødvendigt at identificere en konkurrents produkter eller tjenesteydelser ved at henvise til hans firmanavn eller til et varemærke, som han er indehaver af«.

19 — Femtende betragtning.

20 — S. 11 og 12 i Katun's skriftlige indlæg.

et varemærke, firmanavn *eller* andre karakteristiske kendetegn [21], hvilket synes at vise, at begrebet »karakteristiske kendetegn« omfatter varemærket og firmanavnet, men at disse ord ikke udtømmer indholdet af udtrykket.

72. Efter det første præjudicielle spørgsmål skal den forelæggende ret afgøre, om bestillingsnumrene gør det muligt at identificere Toshiba's materialer med henblik på at kvalificere den omtvistede reklame i forhold til direktivets artikel 2, nr. 2a [22]. De konstateringer, retten kommer frem til, vil være nyttige for den for at kvalificere de samme numre, om nødvendigt som »karakteristiske kendetegn« i den forstand, der forudsættes i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g).

73. Følgelig må det antages, at der i denne bestemmelses forstand foreligger »karakteristiske kendetegn« i forbindelse med referencer tildelt af en erhvervsdrivende til de af ham fremstillede materialer med henblik på at lette deres identifikation, når disse referencer gør det muligt for en normalt oplyst person at identificere den pågældende erhvervsdrivende.

B — *Spørgsmålet om der foreligger en fordel, der utilbørligt er draget af konkurrentens anseelse (tredje spørgsmål)*

74. Ved det tredje spørgsmål søger Landgericht Düsseldorf nærmere bestemt klarlagt, om der kan anses at foreligge det forhold, at der drages utilbørlig fordel af den anseelse, som er knyttet til en konkurrents karakteristiske kendetegn efter betydningen i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g), såfremt en fremstiller af materialer, bestemt til brug i funktionen af et apparat fremstillet af en anden erhvervsdrivende, i en reklame nævner de referencer, som sidstnævnte har tildelt sine egne materialer, ved siden af referencerne til de udbudte materialer med det formål at identificere disse.

75. Spørgsmålet tager sigte på at fastlægge de kriterier, den forelæggende ret skal anvende for at bedømme, om annoncøren utilbørligt drager fordel af konkurrentens anseelse [tredje spørgsmål, punkt a) og punkt b)]. Den forelæggende ret søger også klarlagt, om man for at fastsætte kriterierne skal tage hensyn til det forhold, at forbuddet mod parallelt at angive bestillingsnumrene med samtidig tilladelse til blot at referere til det apparat, som materialerne skal bruges til, muligvis er en hindring for salget af annoncørens materialer [tredje spørgsmål, punkt c)].

76. Således som det fremgår af ordlyden af direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g), er det vanskeligt at tillade anvendelse af sammenlignende reklame uden at medgive, at der består en risiko for, at annoncøren tilegner sig en del af konkurrentens anseelse. Derfor begrænser den pågældende bestemmelse sig til et forbud mod reklame, som *utilbørligt* drager fordel af konkurrentens anseelse. Bedre kan man ikke udtrykke tanken om,

21 — Samme opregning findes i femtende betragtning.

22 — Jf. punkt 34, 35 og 39 i dette forslag til afgørelse.

at en del af fordelen ved denne anseelse uundgåeligt havner hos den konkurrerende annoncør.

77. Rent faktisk kan det tiltag, hvorved en erhvervsdrivende kan bekæmpe en konkurrents overlegenhed eller blotte plads på ét og samme marked ved alene at udpege ham, anspore ham til, når konkurrenten har en vis reputation, at placere sig i hans kølvand for at få del i frugterne af anseelsen. I dette tilfælde fører det blotte forhold, at annoncøren sammenholder sit navn med konkurrentens, det være sig for at forsvare forestillingen om ligestilling mellem produkterne eller for at bekræfte tanken om det ene produkts overlegenhed i forhold til det andet, den pågældende til at opnå fordel af konkurrentens anseelse.

78. Dette bliver til virkelighed, navnlig i tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, hvor reklamens genstand er et nødvendigt accessorium til funktionen af et apparat, der bærer konkurrentens mærke. Producenten af materialer bestemt til et apparat med et velkendt varemærke i forhold til forbrugerne opnår en vis fordel af varemærkets anseelse. Ved at tillade den sammenlignende reklame erkender man, at den i et vist omfang har forstærkende virkninger på dette fænomen.

79. Det er følgelig vigtigt at kende grænsen for, hvornår en annoncør må antages at handle illoyalt.

80. Det er tilfældet med et tiltag, som kunne være inspireret af det ene ønske fra annoncørens side om at drage fordel af konkurrentens anseelse for at favorisere sin egen aktivitet. Derimod kan man dog ikke antage misbrug af anseelse, når indholdet af den sammenlignende reklame kan retfærdiggøres ved visse krav.

81. Ifølge direktivets fjortende betragtning kan det, for at gøre sammenlignende reklame effektiv, være nødvendigt at identificere en konkurrents produkter eller tjenesteydelser ved at henvise til hans firmanavn eller til et varemærke, som han er indehaver af. Ifølge femtende betragtning er formålet med at give en annoncør adgang til at anvende en konkurrents karakteristiske kendetegn alene »at skelne og således sætte forskellene objektivt i relief«.

82. Det følger af disse udtalelser, at en konkurrent kan gøre brug af en erhvervsdrivendes eneret til hans varemærke eller andre karakteristiske tegn, såfremt den således foretagne henvisning er retfærdiggjort af kravene ifølge den sammenlignende reklame. Annoncøren har ret til at anvende disse referencer, såfremt sammenligningen af kvaliteter og mangler ved de respektive konkurrerende produkter gøres umulig eller blot må lide under fraværet af en identifikation af konkurrenten.

83. Retten til at henvise til konkurrenten er der principielt ikke tvist om. Det er tvivl-

somt, om en sammenlignende reklame kan iværksættes, uden at annoncøren på et vist stadium henviser til den konkurrerende erhvervsdrivende. Dette punkt udgør i øvrigt et af elementerne i den definition, som direktivets artikel 2, nr. 2a, giver af den sammenlignende reklame, som kræver identifikation af konkurrenten eller de tilbudte varer [23].

84. Man skal snarere præcisere de nærmere betingelser for, hvornår det er muligt at gøre brug af konkurrentens karakteristiske kendetegn. Da undtagelserne skal fortolkes strengt [24], må afvigelser fra de rettigheder, som er beskyttet for indehaverne, kun tillades inden for de grænser, der er absolut nødvendige for at opnå direktivets formål, som er at muliggøre en sammenligning mellem produkternes objektive karakteristika.

85. Der foreligger følgelig utilbørlig fordel af den anseelse, der knytter sig til en konkurrent, når henvisningen til denne, eller henvisningsmåden ikke er nødvendig for at oplyse kunderne om de respektive kvaliteter af de sammenlignede varer. Omvendt kan dette klagepunkt ikke lægges til grund, når de faktorer, som sammenligningen angår, ikke kan beskrives, uden at annoncøren anvender henvisninger til konkurrenten, selv om han herved kan opnå en vis fordel.

86. På varemærkeområdet ligger den samme tankegang til grund for direktiv 89/104/EØF [25], som i artikel 6, stk. 1, litra c), bestemmer, at »[de] til varemærket knyttede rettigheder [ikke giver] indehaveren ret til at forhindre tredjemand i at gøre erhvervsmæssig brug [...] af varemærket, når dette er nødvendigt for at angive anvendelsen af en vare eller tjenesteydelse, navnlig som tilbehør eller reservedele«.

87. Nødvendighedskriteriet er altså mit grundlag for at bedømme, om en sammenlignende reklame er lovlig set i forhold til direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g).

88. I den henseende er som tidligere påvist den parallelle angivelse af bestillingsnumre en tvetydig reklamemåde.

89. Indholdet af den omtvistede reklame frembyder et dobbelt aspekt.

Katun hævder, at den parallelle angivelse af numrene alene tager sigte på at oplyse forbrugerne om anvendelsen af produkterne, som ganske svarer til anvendelsen af Toshiba's produkter, eftersom de tjener til at indgå Toshiba-fotokopimaskinernes funktion. Selv om det formål, man, når alt kommer til alt, kan tillægge Katun, er at

23 — Punkt 22 ff. i dette forslag til afgørelse.

24 — Jf. f.eks. dom af 6.7.2000, Dietrich, sag C-11/99, Sml. I, s. 5589, præmis 50.

25 — Rådets første direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 1989 40, s. 1).

konkurrere med Toshiba på markedet for materialer til Toshiba-fotokopimaskiner, bliver det klart, at sammenstillingen i dette tilfælde af referencerne i første række ville have til formål at oplyse adressaterne for reklamen om, hvad de pågældende produkter skal bruges til.

På den anden side synes reklamen ved sin vage og generelle karakter snarere at angive, at produkterne kan skiftes ud med hinanden, uden at det præciseres, på hvilke punkter denne identitet kommer til udtryk. Den er her konkurrencepræget på en klarere måde, navnlig når man til de referencer, der fremlægges parallelt, tilføjer en omtale af, at der består en bedre salgspris for Katun-produkterne i relation til to kvalitetsmæssigt ens produkter. Der er på det sidstnævnte punkt en risiko for sidestilling, som ikke kan tillades, såfremt den ikke er begrundet med reklamens informative formål.

90. En teknisk forklaring vedrørende bestemmelsen for varer eller tjenesteydelser tager ikke nødvendigvis form af en sammenlignende reklame. Den simple informative beskrivelse rettet til forbrugerne om det tilbudte produkts anvendelse kunne i princippet realiseres ved andre beskrivende midler end en sammenligning.

91. I dette tilfælde kunne allerede det forhold, at de af Katun solgte materialer er bestemt til apparater med et andet mærke, legitimere, at dette nævnes. Artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104 tillader i øvrigt tredjemand at gøre brug af et mærke, når det er nødvendigt for at angive bestemmelsen for et produkt som accessoire eller reservedel, forudsat at denne brug sker i samklang med god industri- eller handelssædvane.

92. Imidlertid begrænser Katun's formål sig ikke til at skaffe forbrugerne en funktionel information. Katun gør også gældende, således som det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den parallelle angivelse af bestillingsnumrene sætter kunden i stand til at foretage en prissammenligning [26]. Ved at foretage en parallel angivelse, dvs. uden en beskrivelse, af disse numre, foretager selskabet altså en sidestilling af produkterne i relation til egenskaber, der går videre end deres blotte bestemmelse. Navnlig antydes en identisk kvalitet.

93. Jeg skal ikke gå ind på det sidstnævnte punkt, da denne type sammenligning som ovenfor påvist synes principielt at være i strid med kravet om en objektiv sammenligning af produkternes egenskaber. Den kan følgelig ikke begrundes på nogen måde.

94. Det er derimod klart nyttigt at finde ud af, hvilke betingelser der gør det muligt at bedømme, om det er nødvendigt for annoncøren at nævne disse numre, når han dels vil oplyse forbrugerne om produkternes

26 — S. 7 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

bestemmelse, dels foretage en prissammenligning.

Produkternes bestemmelse

95. Det må klarlægges, i hvilket omfang anvendelsen af bestillingsnumrene og angivelsen parallelt af dem, uden kommentarer vedrørende produkternes egenskaber, kan bedømmes som nødvendige for at oplyse forbrugerne om materialernes bestemmelse.

96. Den omstændighed, at annoncøren anvender bestillingsnumre, forekommer mig ikke i sig selv at rejse særlige problemer, der er forskellige fra en ganske simpel henvisning til et mærke for en leverandør af reservedele og forbrugstilbehør. Som den forelæggende ret skal finde ud af, er det ikke udelukket, at disse numre af brugerne af Toshiba-fotokopimaskiner opfattes som tegn, der er karakteristiske for dette mærke. I så fald bliver angivelsen af bestillingsnumrene det samme som en angivelse af varemærket selv.

97. Det fremgår i øvrigt af Toshiba's udtalelser i retsmødet, at klagepunkterne frem for alt angår den manglende sammenligning, men at de også angår såvel angivelsen af Toshiba's bestillingsnumre som angivelsen af Toshiba's varemærke for at identificere Katun's materialer. Den af Toshiba forsvarede tankegang er, når alt kommer til alt, at identifikationen af Katun's materialer og deres bestemmelse ikke kræver en henvisning til Toshiba's egne materialer.

98. Det er over for det forhold, at den konkurrerende virksomheds henvisning angives parallelt og dermed leder tanken hen på en sidestilling af de to materialegrupper, at man må udvise opmærksomhed for at fastslå, om der foreligger en adfærd, som på mislig vis drager fordel af konkurrentens anseelse.

99. Det tilkommer ikke Domstolen konkret at udtale sig om, hvorvidt annoncøren har behov for ved siden af henvisningerne til sine egne materialer at nævne henvisningerne til konkurrentens. Derimod skal Domstolen forsyne den forelæggende ret med en sådan vejledning, at retten sættes i stand til at foretage denne analyse.

100. Det væsentlige er efter min opfattelse, for at nå de ved direktivet fastsatte mål, at oplysningen om materialernes bestemmelse, som annoncøren søger at meddele forbrugerne, faktisk også kan bringes.

101. De midler, som vælges med henblik herpå, skal anvendes forsigtigt i relation til konkurrentens anseelse. Anvendelsen af et karakteristisk kendetegn hos konkurrenten kan kun tillades, såfremt der ikke er andre veje til at foretage sammenligningen.

102. Konkret skal den forelæggende ret afklare, om der ikke er andre midler til at vise, hvad Katun's materialer skal bruges til, end at henvise til Toshiba's bestillingsnumre. Retten skal tage hensyn til det forhold, at mærket på det apparat, som materialerne skal bruges til, helt legalt kan nævnes. Retten skal undersøge, om det ikke er muligt at gå frem via en grafisk beskrivelse af apparatet, på hvilken man lokaliserer placeringen af de forskellige accessoirer. Den tyske ret vil herved kunne bruge ethvert alternativ, der måtte fritage Katun fra at anvende Toshiba's nummereringssystem, såsom den ordrette beskrivelse af materialerne ud fra synspunktet om deres bestemmelse.

103. Jeg finder ikke, at det forhold, at et andet sammenligningssystem vanskeliggør leverandørens salg, bør tages i betragtning for at bedømme niveauet for de problemer, som eventuelt kan opstå, fordi det er umuligt at anvende bestillingsnumrene.

104. At udtale, at anvendelsen af en konkurrents bestillingsnumre letter salget af egne produkter, er det samme som at sige, at man drager fordel af denne erhvervsdrivendes anseelse. Nummereringssystemet udgør faktisk et af den sidstnævntes aktionsmidler, ved hvilket han opretholder denne anseelse ved at lette sin egen identifikation hos forbrugerne.

105. Man kan følgelig ikke tolerere en konkurrerende erhvervsdrivendes brug heraf uden først at sikre sig, at der ikke findes nogen anden praktisabel løsning, der vil sætte sidstnævnte i stand til at konkurrere med de således identificerede produkter. De faciliteter, der tilgår salget af produkterne via bestillingsnumrene, er som følge heraf ikke nødvendigvis berettigede, eftersom de har deres oprindelse hos konkurrenten selv.[27].

106. Heraf følger, at der kun kan tages hensyn til følgerne af, at det er umuligt at henvise til bestillingsnummeret for det konkurrerende produkt, såfremt ingen anden løsning gør det muligt for annoncøren at virkeliggøre den sammenlignende reklame.

Prissammenligningen

107. Det samme spørgsmål som det, der er stillet angående bestemmelsen for produkterne, skal løses med hensyn til priserne på dem.

27 — Argumentet om, at anvendelsen af en detaljeret beskrivelse af materialerne for annoncøren er i ganske særlig grad vanskeligt, kræver i forbifarten to bemærkninger. For det første er producenten af materialerne, hvis henvisninger er angivet parallelt, selv i sin tid blevet stillet over for denne hindring, før hans nummereringssystem blev kendt af forbrugerne. For det andet er det ikke sikkert, at det samlede antal materialer til salg for ét og samme apparat er ligegyldigt for at bedømme styrken af den pågældende vanskelighed, forudsat at denne skal tages i betragtning. Den grafiske eller skriftlige beskrivelse af produkterne er ikke lige så uhåndterlig, når de udbudte dele er begrænset i antal, som når de tælles i dusiner.

108. Jeg skal minde om, at den omtvistede reklame ikke indeholder nogen direkte prissammenligning, men at den indeholder en formulering, som klart lader forstå, at priserne på de af Katun fremstillede materialer er lavere end Toshiba's.

109. Jeg har antaget, at under den nævnte indirekte form, og i og med, at den er begrænset på dette punkt, kan en sammenlignende reklame ikke bedømmes som stridende mod kravet om en objektiv prissammenligning efter betydningen i direktivets artikel 3, stk. 1, litra c). At udtale, uden at belægge udsagnet med tal, at vare x er billigere end en vare Y, udgør ikke som sådan en bedømmelse indeholdende subjektive elementer.

110. Man må imidlertid rejse det spørgsmål, om angivelsen parallelt af numrene er nødvendig for prissammenligningen, således som den foretages under denne form, henset til kravene om beskyttelse af den anseelse, som er knyttet til et karakteristisk kendetegn.

111. Det kan antages, at anvendelsen af bestillingsnumre tilhørende en konkurrent ikke betyder, at der utilbørligt drages fordel af konkurrentens anseelse i det tilfælde, hvor numrene udgør »karakteristiske kendetegn« efter betydningen i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra g), såfremt priserne angives udtrykkeligt.

112. Man kan faktisk klart ikke forestille sig at sammenligne priser uden at identificere den konkurrerende erhvervsdrivende, hvis varer benyttes som sammenligningsgrundlag. Kravet om en præcis identificering af de konkurrerende produkter medfører, at der skal foretages en utvetydig udpegelse af nævnte erhvervsdrivende, selv om den under denne betingelse kan være indirekte.

113. Det er imidlertid lige så nødvendigt at opføre de tilsvarende priser udtrykkeligt. Angivelsen af Toshiba's bestillingsnumre eller af ethvert tilsvarende karakteristisk kendetegn kan ikke tillades uden at nævne prisen, såfremt annoncørens hensigt er at iværksætte en sammenlignende prisreklame.

114. For den parallelle angivelse af et karakteristisk kendetegn, såsom bestillingsnummeret, uden at nævne prisen, vil ikke længere blot opfylde rollen for identificering af konkurrenten, der sikres i tilfælde af en udtrykkelig prissammenligning. Som jeg allerede har fremhævet i forbindelse med betingelsen om objektiv sammenligning, henleder denne også forbrugerens opmærksomhed på produkternes kvalitative ligeværdighed.

Da er det, at man kan frygte, at annoncøren drager utilbørlig fordel af konkurrentens anseelse. Henvisningen til denne ville ikke

længere alene tjene til at identificere det konkurrerende produkt for at sammenligne et objektivt element, som kunne være prisen. Den anvendes udelukkende med henblik på at antyde, at samme kvalitet foreligger, og det ville være annoncørens grundlag for eventuelt at fremhæve sig selv ved at anføre, at hans priser er mere interessante, men dog uden at nævne dem.

115. Derfor finder jeg, at den annoncør, som anvender en konkurrents karakteristiske kendetegn ved siden af sine egne henvisninger, men som foretager en indirekte prissammenligning, i højere grad vil kunne drage utilbørlig fordel af konkurrentens anseelse end den, der iværksætter samme parallelle angivelse med en præcisering af størrelsen af prisen på de udbudte produkter.

116. Følgelig kan en sammenlignende reklame, hvis formål er prissammenligning, ikke anvende en konkurrents karakteristiske kendetegn uden udtrykkeligt at nævne prisen på hvert af de sammenlignede produkter.

VII — Forslag til afgørelse

117. På grundlag af disse betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at give følgende besvarelse på Landgericht Düsseldorf's præjudicielle spørgsmål:

»1) Reklame, der er iværksat af en erhvervsdrivende for at fremme salget af materialer bestemt til funktionen af et apparat fremstillet af en anden erhvervsdrivende, og som nævner de referencer, maskinproducenten har tildelt sine materialer, ved siden af referencerne på annoncørens materialer

med det formål at identificere disse, er 'sammenlignende reklame' — i den betydning, der forudsættes i artikel 2, nr. 2a, i Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6. oktober 1997 om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame — når denne angivelse gør det muligt for en normalt oplyst person at identificere den erhvervsdrivende, hvis referencer er optaget i reklamen.

2) Der foreligger ikke en 'objektiv sammenligning' af varer som forudsat i artikel 3a, stk. 1, litra c), i direktiv 84/450 i forbindelse med en sammenlignende reklame, som nævner de referencer, annoncøren har tildelt de af ham fremstillede materialer, ved siden af de referencer, en konkurrerende erhvervsdrivende har tildelt sine egne materialer, uden yderligere angivelser vedrørende de respektive egenskaber ved de præsenterede produkter.

Dette gælder også, når den nævnte sammenlignende reklame præsenterer de pågældende materialer således, at de angives at have samme kvalitet, uden beskrivelse af materialernes verificerbare egenskaber, som begrunder denne bedømmelse, selv om den nævnte sammenlignende reklame præsenterer annoncørens materialer med angivelse af en lavere salgspris.

3) Der foreligger 'karakteristiske kendetegn' som forudsat i artikel 3a, stk. 1, litra g), i direktiv 84/450 i forbindelse med referencer tildelt af en erhvervsdrivende til de af ham fremstillede materialer med henblik på at lette deres identifikation, når disse referencer gør det muligt for en normalt oplyst person at identificere den pågældende erhvervsdrivende.

4) Der drages utilbørlig fordel af en konkurrents anseelse som forudsat i artikel 3a, stk. 1, litra g), i direktiv 84/450, såfremt en producent af materialer bestemt til funktionen af et apparat, fremstillet af en anden erhvervsdrivende, der i en reklame henviser til sine egne materialer ved siden af henvisningerne til de udbudte materialer for at identificere disse, når dels den konkurrerende erhvervsdrivendes egne referencer udgør 'karakteristiske kendetegn' som forudsat i artikel 3a, stk. 1, litra g), i direktiv 84/450, dels anvendelsen af referencerne ikke er nødvendig for at oplyse forbrugerne om egenskaberne ved de sammenlignede materialer.

For at afgøre, om en annoncør utilbørligt drager fordel af en konkurrents anseelse som forudsat i artikel 3a, stk. 1, litra g), i direktiv 84/450, er det ikke nødvendigt at tage hensyn til det forhold, at et andet sammenligningssystem end det, som består i at angive konkurrentens referencer til egne materialer, gør det vanskeligere at sælge annoncørens materialer.«