CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 8 februari 2001 [1]

1. Vergelijkende reclame is een nieuw begrip in het gemeenschapsrecht. Na lange tijd de argwaan van de lidstaten te hebben opgewekt, is de invoering ervan in de nationale rechtsorden, na de vaststelling van richtlijn 97/55/EG [2], onlangs slechts binnen een zeer strikt kader van toepassingsvoorwaarden in beginsel aanvaard.

2. Door een marktdeelnemer in reclame gemaakte vergelijkingen met de activiteiten van andere marktdeelnemers houden niet te verwaarlozen risico's in. Te vrezen valt dat ondernemingen, wanneer zij de verdiensten en tekortkomingen van concurrerende goederen en diensten mogen vergelijken, zich denigrerend of parasitair gaan opstellen.

3. Zoals traditionele reclame, strekt vergelijkende reclame zowel tot bevordering van de bedrijfsactiviteit als tot voorlichting van de consument. Ook dit soort reclame wil verleiden, waardoor bij het maken van vergelijkingen in het handelsverkeer steeds oneerlijk gedrag dreigt.

4. De noodzaak om de rechtmatigheid van vergelijkende reclame afhankelijk te stellen van de naleving van strikte voorwaarden, gebaseerd op overwegingen van loyaliteit in het handelsverkeer, valt dus bezwaarlijk te ontkennen.

5. De onderhavige zaak is een goede illustratie van de dubbelzinnige rol van reclame, in het spanningsveld tussen objectieve informatie en commerciële mededeling. Zij is een treffend voorbeeld van praktijken die uit functionele overwegingen gerechtvaardigd kunnen zijn en tegelijk de auteur ervan oneerlijk voordeel kunnen opleveren ten gevolge van een bekendheid waartoe hij niet heeft bijgedragen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PB L 290, blz. 18).

I — Feiten en hoofdgeding

6. Toshiba Europe GmbH (hierna: „Toshiba"), verzoekster in het hoofdgeding, is de Duitse dochteronderneming van Toshiba Corporation. Zij verkoopt in Europa fotokopieerapparaten en benodigdheden zoals reserveonderdelen en verbruiksartikelen daarvoor.

7. Katun Germany GmbH (hierna: „Katun", verweerster in het hoofdgeding, verkoopt reserveonderdelen en verbruiksartikelen die geschikt zijn voor Toshiba-fotokopieerapparaten.

8. Ter identificatie van haar fotokopieerapparaten gebruikt Toshiba specifieke aanduidingen, bijvoorbeeld „Toshiba 5010". Haar benodigdheden identificeert zij ook met verkorte artikelaanduidingen, bijvoorbeeld „T-50 P" voor toner en met bestelnummers.

9. In haar catalogi gebruikt Katun Toshiba's modelaanduidingen en bestelnummers. Deze nummers staan naast die van Katun en dienen zoals die nummers ter identificatie van Katun's artikelen die geschikt zijn voor Toshiba-fotokopieerapparaten. De bestelnummers van Toshiba staan in een kolom met het opschrift „OEM Art.-Nr." („Original Equipment Manufacturer") (hierna: „artikelnummers") en die van Katun in een kolom met het opschrift „Katun Art.-Nr.".

Voor een bepaald product ziet de catalogus eruit als volgt:

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

(uittreksel uit de catalogus)

10. Volgens Toshiba is het gedrag van Katun in strijd met de eerlijke mededinging. Zij vordert onder meer, Katun te verbieden de litigieuze gegevens te publiceren en haar te veroordelen tot betaling van schadevergoeding.

11. De verwijzende rechter heeft dit verzoek gedeeltelijk toegewezen en Katun op grond van het etiket dat zij voor de door haar verkochte toner gebruikt, veroordeeld wegens inbreuk op Toshiba's merkrechten. Tegelijkertijd heeft hij beslist de onderhavige procedure van de hoofdzaak te splitsen.

II — Rechtskader

A — *De gewijzigde richtlijn 84/450/EEG*

12. Richtlijn 84/450/EEG[3] werd gewijzigd bij richtlijn 97/55 en draagt sindsdien de titel richtlijn „inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen".

13. De zevende overweging van de considerans van richtlijn 97/55 luidt:

„Overwegende dat er voorwaarden voor — wat de vergelijking betreft — geoorloofde vergelijkende reclame moeten worden vastgesteld om te bepalen welke praktijken in verband met vergelijkende reclame de concurrentie kunnen verstoren, de concurrenten schade kunnen berokkenen en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument; dat die voorwaarden voor geoorloofde reclame criteria moeten omvatten voor een objectieve vergelijking van de kenmerken van goederen en diensten."

14. Volgens artikel 2, punt 2 bis, van de 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".

15. Volgens artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn is „vergelijkende reclame [...], wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:

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

3 — 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 L 250, blz. 17; hierna: „richtlijn").

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

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

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

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

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

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

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

B — *De Duitse wetgeving*

16. Volgens § 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [4] (Duitse wet tegen oneerlijke mededinging) kan „eenieder die in het handelsverkeer voor concurrentiedoeleinden in strijd met de goede zeden handelt, in rechte worden aangesproken tot het staken van die handelingen alsmede tot betaling van schadevergoeding".

17. Volgens vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof handelt een onderneming die haar eigen goederen vergelijkt met die van een concurrent, in beginsel in strijd met de goede zeden in de zin van § 1 UWG. [5]

4 — Hierna: „UWG".

5 — Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking, blz. 7, derde alinea.

18. Op de datum van de verwijzingsbeschikking was richtlijn 97/55 nog niet omgezet in intern recht.

III — Prejudiciële vragen

19. Het Landgericht Düsseldorf (Duitsland) wijst erop, dat het Bundesgerichtshof na de inwerkingtreding van richtlijn 97/55 heeft verklaard dat vergelijkende reclame voortaan toegelaten moest worden geacht, voorzover aan de voorwaarden van artikel 3 bis, lid 1, sub a-h, was voldaan.

20. Ofschoon de Duitse wetgever richtlijn 97/55 nog niet heeft omgezet[6], is het Bundesgerichtshof, aldus de verwijzende rechter, van oordeel dat niets zich verzet tegen een uitlegging van § 1 UWG conform de richtlijn.

21. Van oordeel dat de opvatting van het Bundesgerichtshof, dat § 1 UWG conform de richtlijn moet worden uitgelegd, gerechtvaardigd is en dat het voor de beslechting van het geschil noodzakelijk is het gemeenschapsrecht uit te leggen, heeft het Landgericht Düsseldorf het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Kan de reclame van een verkoper van reserveonderdelen en verbruiksartikelen die geschikt zijn voor het product van een fabrikant van apparaten, als vergelijkende reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn worden aangemerkt wanneer in deze reclame de artikelnummers (OEM-artikelnummers) van de fabrikant van de overeenkomstige originele reserveonderdelen en verbruiksartikelen worden vermeld ter identificatie van de producten van de verkoper?

2) Wanneer de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord:

a) Vormt het naast elkaar plaatsen van de artikelnummers (OEM-artikelnummers) van de fabrikant van apparaten en de eigen bestelnummers van de verkoper een volgens artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn geoorloofde vergelijking van goederen, in het bijzonder een vergelijking van de prijzen?

b) Zijn artikelnummers (OEM-artikelnummers) een onderscheidend kenmerk van een concurrent in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g?

6 — De omzettingstermijn was op de datum van de prejudiciële verwijzing niet verstreken.

3) Wanneer de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord:

a) Volgens welke criteria moet worden beoordeeld, of reclame in de zin van artikel 2, punt 2 bis, op een oneerlijke wijze voordeel haalt uit de bekendheid van een onderscheidend kenmerk van een concurrent in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g?

b) Volstaat het naast elkaar plaatsen van de artikelnummers (OEM-artikelnummers) van de fabrikant van apparaten en de eigen bestelnummers van de verkoper om te kunnen spreken van oneerlijk gebruik van bekendheid van een onderscheidend kenmerk van een concurrent in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, wanneer de verkoper in plaats daarvan kan verwijzen naar het product waarvoor het verbruiksartikel of het reserveonderdeel geschikt is?

c) Is het voor de beoordeling van de oneerlijkheid van belang, dat wanneer alleen mag worden verwezen naar het product waarvoor het verbruiksartikel of het reserveonderdeel geschikt is, en niet naar de artikelnummers (OEM-artikelnummers), de afzet van de producten van de verkoper wordt bemoeilijkt, in het bijzonder omdat de afnemers zich plegen te oriënteren aan de hand van de artikelnummers (OEM-artikelnummers) van de fabrikant van de apparaten?"

IV — De kwalificatie als vergelijkende reclame (eerste vraag)

22. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of reclame van een marktdeelnemer voor benodigdheden die geschikt zijn voor de werking van een apparaat, gefabriceerd door een andere marktdeelnemer, als „vergelijkende reclame" in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn geldt, wanneer de adverteerder in deze reclame de door deze andere marktdeelnemer voor zijn eigen benodigdheden gebruikte referenties naast de referenties van zijn benodigdheden vermeldt ter identificatie van deze laatste.

23. Volgens artikel 2, punt 1, van de richtlijn wordt onder reclame in de zin van de richtlijn verstaan „iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriele of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen".

24. Het Landgericht Düsseldorf betwijfelt niet dat de betrokken praktijk reclame in de zin van deze tekst is, aangezien het het gebruik van catalogi door een marktdeelnemer ter informatie van zijn klanten over het bestaan en de kenmerken van zijn producten aldus kwalificeert. [7]

25. Vaststaat dat de betrokken catalogi tot doel hebben de verkoop van de producten van Katun te bevorderen, door de consumenten [8] in te lichten over de reserveonderdelen en verbruiksartikelen die voor de werking van Toshiba-fotokopieerapparaten noodzakelijk zijn.

26. Vervolgens rijst de vraag of het om vergelijkende reclame gaat. Behalve Toshiba wijst geen van de partijen die opmerkingen hebben ingediend, deze kwalificatie formeel af. De verwijzende rechter is van oordeel, hoewel hij daarover een prejudiciële vraag heeft gesteld, dat richtlijn 97/55 van toepassing is op het hoofdgeding, hetgeen betekent dat hij de litigieuze reclame reeds als vergelijkende reclame heeft gekwalificeerd. [9]

27. Om aan de nationale rechter te kunnen antwoorden, moet worden herinnerd aan de punten van de richtlijn waaruit het doel van de gemeenschapswetgever blijkt, en moet de tekst van de relevante bepalingen ervan worden besproken.

28. Zowel de tekst van de richtlijn als het oogmerk ervan pleit voor een ruime uitlegging van het betrokken begrip.

29. Artikel 2, punt 2 bis, omvat alle reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.

30. Deze bepaling vertoont twee bijzonderheden.

In de eerste plaats ontbreekt een duidelijke verwijzing naar het maken van een vergelijking. Om als „vergelijkende reclame" te gelden, hoeft een reclame, naar blijkt uit de definitie van het litigieuze begrip, geen vergelijkende beschrijving van de verdiensten van de producten of diensten te bevatten. Dit vereiste wordt verderop in de richtlijn gesteld bij de voorwaarden waaraan de betrokken reclame moet voldoen om geoorloofd te zijn. Deze bijzonderheid kan worden beschouwd als de uiting van de wil van de gemeenschapswetgever om het grootst mogelijk aantal praktijken van commerciële mededeling te omvatten, die verschillende concurrerende marktdeelnemers betreffen. Aangenomen kan worden, dat de vergelijking in ruime zin begint, wanneer twee concurrerende

7 — Zie de tekst van de eerste prejudiciële vraag.

8 — Het begrip „consument" omvat ook beroepsbeoefenaars die kennelijk de kern van de klanten vormen die fotokopieerapparaten en de daarbij horende benodigdheden kopen.

9 — Nederlandse vertaling van verwijzingsbeschikking, blz. 10.

marktdeelnemers in een reclameactie met elkaar in verband worden gebracht, ook al gebeurt zulks zonder nadere beschrijving. Zodra een reclame dit soort vergelijkingen maakt, zou de richtlijn hoe dan ook toepassing vinden.

Ook het ontbreken van een vereiste dat de concurrent expliciet wordt genoemd, duidt op een ruime opvatting van het begrip vergelijkende reclame. Om binnen de werkingssfeer van de richtlijn te vallen, is het voldoende dat de doelgroep uit de inhoud van de reclame kan opmaken welke andere concurrerende marktdeelnemer van de adverteerder wordt bedoeld.

31. Het streefdoel van de gemeenschapswetgever, het grootst mogelijk aantal situaties te bestrijken, wordt bevestigd in de zesde overweging van de considerans, naar luid waarvan „het wenselijk is te voorzien in een ruim concept van vergelijkende reclame om alle vormen van vergelijkende reclame te bestrijken".

32. In casu is de vermelding van het merk Toshiba ter aanduiding van het fotokopieerapparaat een van de inlichtingen in Katun's catalogi. Ook worden de artikelnummers vermeld, waarvan niemand betwist dat zij eigen zijn aan verzoekster in het hoofdgeding, aangezien zij de door haar voor haar fotokopieerapparaten geproduceerde reserveonderdelen en verbruiksartikelen aanduiden.

33. Het hoofdgeding betreft uitsluitend het gebruik van de artikelnummers. Toshiba komt niet op tegen het gebruik van haar merk om het fotokopieerapparaat aan te duiden, waarvoor de benodigdheden met de artikelnummers zijn bestemd. [10]

34. De gestelde vraag is dus beperkt tot de aard van de informatie die deze nummers, alleen doordat zij worden vermeld, de lezer kunnen verstrekken. Uitgemaakt moet namelijk worden of de gewone vermelding van deze nummers het mogelijk maakt de benodigdheden van Toshiba en dus Toshiba zelf te identificeren.

35. Uiteraard staat het niet aan het Hof daarover uitspraak te doen, aangezien de nationale rechter aan de hand van de feitelijke gegevens waarover hij beschikt, daartoe het best in staat is. Hooguit kan worden opgemerkt dat deze er al op heeft gewezen dat „de vermelding van verzoeksters OEM-nummers in verweersters catalogi in de eerste plaats verzoeksters producten en daarmee impliciet ook verzoekster zelf identificeert". [11] Hij moet dus beslissen of deze eerste benadering moet worden bevestigd.

36. Wat de uitlegging van artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn betreft, ben ik van mening dat een reclame als „vergelij-

10 — Volgens Toshiba kan „de bestemming van de producten afdoende worden aangegeven door het type fotokopieerapparaat te vermelden" (titel IV van haar schriftelijke opmerkingen).

11 — Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking, blz. 10.

kende reclame" in de zin van deze tekst moet worden gekwalificeerd, wanneer zij het, zelfs impliciet, mogelijk maakt een concurrent dan wel door hem geproduceerde goederen te identificeren.

37. De concurrent of zijn producten wordt impliciet geïdentificeerd, wanneer kan worden aangetoond dat de door hem ter aanduiding van zijn eigen benodigdheden gebruikte nummers voor een gemiddeld geïnformeerd persoon volstaan om deze benodigdheden of de fabrikant ervan te identificeren.

38. Ik kom dus tot de conclusie dat de reclame van een marktdeelnemer voor benodigdheden die geschikt zijn voor de werking van een apparaat, gefabriceerd door een andere marktdeelnemer, waarbij de adverteerder de door de fabrikant van het apparaat voor zijn eigen benodigdheden gebruikte referenties naast de referenties van zijn benodigdheden vermeldt ter identificatie van deze laatste, „vergelijkende reclame" in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn vormt, wanneer deze vermelding een gemiddeld geïnformeerd persoon in staat stelt de marktdeelnemer te identificeren, wiens referenties in de reclame zijn overgenomen.

39. Het Landgericht Düsseldorf moet vaststellen of de gewone vermelding van de artikelnummers in Katun's catalogus voor een gemiddeld geïnformeerd persoon volstaat om de benodigdheden van Toshiba te identificeren.

V — De objectieve vergelijking van de goederen (tweede vraag, sub a)

40. Vergelijkende reclame is geoorloofd mits wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn. Volgens de elfde overweging van de considerans van richtlijn 97/55 moeten „de voorwaarden voor vergelijkende reclame cumulatief [...] zijn en in hun geheel [...] worden nageleefd".

41. De in de richtlijn gestelde voorwaarden zijn positief en negatief, in die zin dat reclame, om als „vergelijkend" te gelden, bepaalde kenmerken moet en bepaalde andere kenmerken niet mag hebben.

42. Een van de positieve voorwaarden is het vereiste van artikel 3 bis, lid 1, sub c, dat de goederen op objectieve wijze worden vergeleken.

43. De aan de verwijzende rechter voorgelegde situatie is bijzonder, doordat de vermelding van de artikelnummers naast elkaar geen enkele vergelijkende beschrijving van de litigieuze goederen inhoudt. Dat maakt het onderzoek ervan er niet gemakkelijker op.

44. Katun heeft niet de respectieve kenmerken van de twee producten opgenoemd om de punten van overeenstemming of verschil aan te geven. Derhalve zou de betrokken reclame, ondanks de juridische kwalificatie ervan, kunnen worden geacht geen vergelijking te bevatten.

45. Die aarzeling is te verklaren door een dubbelzinnigheid in de feitelijke context van het hoofdgeding. In de reclame van Katun zijn de twee rechtvaardigingsgronden van de vergelijkende reclame te vinden: zij wil zowel de informatie van de consument verbeteren als de mededinging verscherpen.

46. Zoals Katun beklemtoont, betekent de vermelding naast elkaar van de artikelnummers, dat de verschillende artikelen die zij produceert, technisch identiek zijn aan de overeenkomstige artikelen van de fabrikant van de apparaten en dus op dezelfde wijze in de apparaten van laatstgenoemde kunnen worden gebruikt. [12] Zo kan het er de schijn van hebben dat Katun haar klanten enkel inlicht over de bestemming en de functies van haar eigen producten, zonder evenwel actief tot vergelijkende beschrijving van de twee concurrerende producten over te gaan.

47. De betrokken reclame is evenwel niet vrij van alle vergelijking. De vermelding naast elkaar van de twee referenties van de benodigdheden houdt een vergelijking in, ook al garandeert dat nog niet dat de gevolgde methode geoorloofd is.

48. Indien vergelijken bestaat uit het „naast elkaar stellen, in verband met elkaar beschouwen om overeenstemming of verschil vast te stellen tussen de betrokken personen, zaken, toestanden, grootheden enz." [13], kan het naast elkaar vermelden van nummers die op zichzelf een betekenis hebben, worden beschouwd als een impliciete vergelijking die gelijkstelling beoogt. Anders gezegd, de voorstelling van twee producten, zonder dat wordt ingegaan op de punten van overeenstemming of verschil, leidt logisch gesproken tot de conclusie dat zij onderling vervangbaar zijn. De algemeenheid en vaagheid van de passieve vergelijking van de twee producten noopt in dit geval tot de conclusie, dat het de bedoeling is het ene product volledig met het andere gelijk te stellen.

49. Rest de vraag of een impliciete vergelijking nog als een objectieve vergelijking in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn kan worden beschouwd. Dat lijkt twijfelachtig wanneer de impliciete vergelijking zo algemeen is, dat zij aannemelijk maakt dat de producten strikt identiek zijn.

12 — Schriftelijke opmerkingen van Katun, blz. 5.

13 — Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal, Utrecht, Antwerpen, Van Dale lexicografie, 1992; zie voor het Franse begrip „comparaison", *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, Édition Dictionnaires Le Robert, 1999: „le fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les ressemblances ou les différences".

50. Wil de vergelijking objectief zijn, dan moeten de gegevens over de kwaliteiten of gebreken van het product controleerbaar zijn. [14]

51. Een impliciete vergelijking is niet noodzakelijkerwijs subjectief wanneer de daarin verstrekte informatie, vooropgesteld dat zij objectief is, ondubbelzinnig is. Wie bijvoorbeeld zegt dat een goed mooier en beter is dan een ander, geeft een subjectieve beoordeling. Wie twee producten zonder nadere beschrijving ervan gelijktijdig presenteert, zodanig dat daaruit valt af te leiden dat zij voor hetzelfde gebruik zijn bestemd, moet, ofschoon de informatie impliciet is, op dit punt worden geacht een objectieve vergelijking te maken, omdat zij controleerbaar is.

52. Dienaangaande is de vermelding naast elkaar van de artikelnummers een objectieve vergelijking, omdat daarmee de bestemming of het gebruik van de reserveonderdelen en verbruiksartikelen wordt aangegeven. De gelijkstelling van de benodigdheden van de ene en de andere oorsprong geeft in de eerste plaats duidelijk aan dat zij dezelfde functie hebben, daar impliciet, maar ondubbelzinnig wordt meegedeeld dat het product van Katun, zoals het overeenkomstige product van Toshiba, bestemd is voor gebruik in een Toshiba-fotokopieerapparaat.

53. Dezelfde conclusie geldt voor de vergelijking van de prijzen. Volgens artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn behoort de prijs tot de mogelijke kenmerken waarop de vergelijking betrekking kan hebben. De prijs wordt als voorbeeld genoemd, zoals blijkt uit de tekst van het artikel, volgens hetwelk „de prijs kan behoren" tot de wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de goederen.

Volgens Katun bevatten haar catalogi een prijsvergelijking in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn, aangezien daarin sprake is van een gunstiger prijs voor producten van dezelfde kwaliteit. [15] Een dergelijke bewering moet, ook al bevatten de catalogi volgens het dossier geen enkele prijsaanduiding, als vrij van subjectiviteit worden beschouwd. Een benadeelde concurrent kan zonder meer aantonen dat de toegepaste prijzen de informatie in de reclame tegenspreken. Ook kunnen de consumenten deze informatie op haar waarheidsgehalte toetsen aan andere bronnen zoals de prijslijsten van de twee concurrerende marktdeelnemers.

54. Aldus bevat de in de litigieuze reclame gesuggereerde gelijkstelling een aantal

14 — Deze voorwaarde is gesteld in artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn, krachtens hetwelk de kenmerken van de vergeleken producten ook wezenlijk, relevant en representatief voor deze goederen moeten zijn. Deze eigenschappen zijn in casu niet echt aan de orde, aangezien de hier beschouwde kenmerken, zoals wij zullen zien, de kern van de vergelijking vormen, en niet bijkomstig zijn, maar beslissend in de keuze van de betrokken producten.

15 — Katun heeft onweersproken gesteld dat de catalogi de volgende vermelding: „met Katun-toner voor Toshiba-fotokopieerapparaten 2510/2550 en 3220/4010 kan u uw kosten verminderen zonder verlies van kwaliteit of prestaties" (schriftelijke opmerkingen, blz. 6). Dat is wellicht de enige nuance op het zuiver naast elkaar vermelden van artikelnummers.

objectieve inlichtingen zoals de prijs en het gebruik, die gemakkelijk zijn te identificeren en te controleren. Uit dit oogpunt kan zij worden geacht de wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de betrokken goederen op objectieve wijze te vergelijken in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn.

55. Wanneer in reclame echter twee producten — of twee referenties — naast elkaar worden gepresenteerd zonder enig commentaar over de punten van overeenstemming of verschil, kan dit, nu deze vergelijkingspunten niet precies worden aangegeven, mijns inziens evenwel een voor de concurrerende marktdeelnemer nadelige verwarring veroorzaken.

56. Het impliciete karakter van een vergelijking moge op zich de reclame niet oneerlijk maken, dat geldt niet voor het algemene karakter ervan. Wanneer de producten passief naast elkaar worden geplaatst, dan is dat een uitnodiging om kenmerken gelijk te stellen, die niet allemaal kunnen worden geïdentificeerd. Afgezien van de prijs of het gebruik van de betrokken benodigdheden, lijkt de adverteerder in zijn reclame alle kwaliteiten van het concurrerende product, waaronder die van het concurrerende merk zelf, aan zijn product te willen verbinden.

57. In casu herinner ik eraan dat niet alleen de twee bestelnummers naast elkaar op de regel van het overeenkomstige artikel worden vermeld, maar dat Katun haar producten aanprijst als goedkoper bij dezelfde kwaliteit en prestaties. [16]

58. De vermelding naast elkaar van de referenties van de benodigdheden, zonder beschrijvende commentaar duidt erop dat de adverteerder de indruk wil wekken dat zijn producten en die van zijn concurrent dezelfde kwaliteit hebben. De kwaliteit van een product volgt evenwel uit een veelvoud aan positieve eigenschappen die ook bij eenvoudige producten veelal moeilijk nauwkeurig en volledig zijn te identificeren.

59. De objectiviteit van de informatie wordt versluierd doordat niet kan worden nagegaan op welke kenmerken de vergelijking betrekking heeft, en de daaraan toegeschreven verdiensten dus niet kunnen worden gecontroleerd. Uit dit oogpunt en gelet op het dossier lijkt dit soort reclame mij niet te voldoen aan de voorwaarde van een objectieve voorstelling van de goederen.

60. De verwijzende rechter zal zich daarvan moeten vergewissen door na te gaan of bij deze voorstelling geen concrete en nauwkeurige beschrijving van de kwaliteiten of gebreken van de voorgestelde benodigdheden wordt gegeven, zoals onder meer de levensduur, de soliditeit en de bediening ervan.

16 — Ibidem.

61. Vergelijkende reclame die de door een concurrerende marktdeelnemer aan zijn eigen benodigdheden gegeven referenties naast de referenties van de benodigdheden van de adverteerder vermeldt, zonder nadere informatie over de respectieve kenmerken van de voorgestelde producten, kan dus niet worden geacht de goederen op objectieve wijze te vergelijken in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn.

A fortiori kan daarvan geen sprake zijn wanneer de betrokken benodigdheden volgens deze vergelijkende reclame van dezelfde kwaliteit zijn, zonder dat de controleerbare kenmerken worden beschreven die deze beoordeling rechtvaardigen, ook al is de prijs van de benodigdheden van de adverteerder volgens deze vergelijkende reclame lager.

62. Volledigheidshalve zal ik de gebruikte methode ook toetsen aan artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn inzake het verbod van mogelijk misbruik van bekendheid in vergelijkende reclame, dat in de tweede vraag, sub b, en de derde vraag van het Landgericht Düsseldorf aan de orde is.

VI — Misbruik van bekendheid

63. Noodzakelijkerwijs maakt vergelijkende reclame ook gebruik van het merk van een concurrent of in elk geval van de kenmerken die hem onderscheiden in de ogen van de klanten. Het gevaar bestaat dus, dat onder het voorwendsel de mededinging en de consumentenvoorlichting te bevorderen, oneerlijk voordeel wordt gehaald uit verwijzingen naar een concurrerende marktdeelnemer. Het recht om in het kader van vergelijkende reclame iemand anders merk te gebruiken, moet dus nauwgezet worden afgebakend. Alvorens te proberen de contouren van dit recht te bepalen, zal ik in de eerste plaats nagaan wat is te verstaan onder „onderscheidende kenmerken" in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn.

A — *Het begrip „onderscheidende kenmerken" (tweede vraag, sub b)*

64. Met de ingevoerde regeling heeft de gemeenschapswetgever de objectieve vergelijking tussen goederen en diensten willen bevorderen en tegelijk de met name door het gemeenschapsrecht aan de marktdeelnemers verleende rechten op hun merken en andere middelen ter identificatie van de marktdeelnemers willen beschermen. [17]

17 — Twaalfde en dertiende overweging van de considerans. Volgens deze laatste worden „bij artikel 5 van de Eerste richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten de houder van een ingeschreven merk exclusieve rechten [...] verleend waaronder het recht derden te verbieden in het economisch verkeer hetzelfde of een vergelijkbaar teken te gebruiken voor dezelfde producten of diensten, of in voorkomend geval zelfs voor andere producten".

65. Wil vergelijkende reclame doeltreffend en eerlijk zijn, moet zij haar doelgroep evenwel in staat stellen de gepresenteerde producten te identificeren en de producten van een onderneming te onderscheiden van die van haar concurrent. [18] Derhalve kan niet iedere verwijzing door een marktdeelnemer naar onderscheidende kenmerken van zijn concurrenten worden uitgesloten. [19]

66. De herkenning te vergemakkelijken is de belangrijkste eigenschap van een „onderscheidend kenmerk". Als „onderscheidend kenmerk" in de zin van de richtlijn kan dus niet gelden een element dat niet kan dienen om een marktdeelnemer op een of andere wijze te identificeren.

67. Omgekeerd is het, ter voorkoming van parasiterende praktijken als gevolg van de ontwikkeling van de vergelijkende reclame, onontbeerlijk het begrip „onderscheidende kenmerken" zeer ruim op te vatten.

68. Anders dan Katun stelt, kan het begrip „onderscheidende kenmerken" bezwaarlijk worden beperkt tot het begrip „merk" of „handelsnaam" [20], op het gevaar af gedragingen te gedogen waarmee getracht wordt misbruik te maken van de bekendheid van de concurrenten op een wijze die in strijd is met artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn.

69. In die opvatting zou een marktdeelnemer eender welk identificatiemiddel van een concurrent kunnen gebruiken voorzover het juridisch niet is beschermd, om oneerlijk voordeel uit de bekendheid van laatstgenoemde te trekken.

70. Het is gemakkelijk zich reclame voor te stellen die niet rechtstreeks verwijst naar een merk, maar bijvoorbeeld naar de vorm of de kleur van een product, waarbij deze vorm of kleur bij de meeste consumenten onmiddellijk een concurrerend product oproept. Een enge uitlegging van artikel 3 - bis, lid 1, sub g, van de richtlijn zou de bescherming verminderen waarop de concurrerende marktdeelnemers aanspraak hebben. Vergelijkende reclame waarin een marktdeelnemer door het gebruik van dat niet-beschermde identificatie-element, in dit geval de vorm of de kleur, de bekendheid van een merk in zijn voordeel probeert te benutten, zou dan geoorloofd zijn.

71. Deze uitlegging wordt bevestigd door de tekst van het betrokken artikel. Daarin wordt gesproken over de bekendheid van

18 — Volgens de veertiende overweging van de considerans kan „het voor een doeltreffende vergelijkende reclame evenwel noodzakelijk [...] zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te maken van een merk waarvan deze laatste de houder is of van diens handelsnaam".

19 — Vijftiende overweging van de considerans.

20 — Schriftelijke opmerkingen, blz. 7.

een merk, een handelsnaam *of* andere onderscheidende kenmerken.[21] Dat duidt erop dat het begrip „onderscheidende kenmerken" het merk en de handelsnaam omvat, maar inhoudelijk ruimer is.

72. Ten vervolge op de eerste prejudiciële vraag moet de verwijzende rechter voor de kwalificatie van de litigieuze reclame op basis van artikel 2, punt 2 bis, van de richtlijn vaststellen of de benodigdheden van Toshiba aan de hand van de artikelnummers kunnen worden geïdentificeerd.[22] Naar gelang van zijn bevindingen kan hij deze nummers in voorkomend geval als „onderscheidende kenmerken" in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn kwalificeren.

73. Referenties die een marktdeelnemer ter vergemakkelijking van de identificatie aan de door hem geproduceerde benodigdheden toekent, kunnen dus „onderscheidende kenmerken" in de zin van deze bepaling zijn, wanneer deze referenties een gemiddeld geïnformeerd persoon in staat stellen de betrokken marktdeelnemer te identificeren.

B — *Oneerlijk voordeel trekken uit de bekendheid van een concurrent (derde vraag)*

74. Met de derde vraag wenst het Landgericht Düsseldorf in wezen te vernemen of een fabrikant van benodigdheden die geschikt zijn voor een apparaat, geproduceerd door een andere marktdeelnemer, kan worden geacht oneerlijk voordeel te trekken uit de bekendheid van de onderscheidende kenmerken van een concurrent in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn, wanneer hij in een reclame de door laatstgenoemde voor zijn benodigdheden gebruikte referenties naast de referenties van de door hem te koop aangeboden benodigdheden vermeldt ter identificatie van deze laatste.

75. Hier wordt dus gevraagd, aan de hand van welke criteria de verwijzende rechter moet beoordelen of de adverteerder een oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van zijn concurrent (derde vraag, sub a en b). De verwijzende rechter wenst ook te vernemen, of bij de vaststelling van deze criteria ermee rekening moet worden gehouden dat het verbod om artikelnummers naast elkaar te vermelden, zodat alleen mag worden verwezen naar het apparaat waarvoor de benodigdheden zijn bestemd, in voorkomend geval een hinderpaal voor de verkoop van de benodigdheden van de adverteerder vormt (derde vraag, sub c).

76. Zoals blijkt uit de tekst van artikel 3 - bis, lid 1, sub g, van de richtlijn, kan vergelijkende reclame bezwaarlijk worden toegestaan zonder het gevaar op de koop toe te nemen, dat de adverteerder zich een deel van de bekendheid van zijn concurrent toe-eigent. Daarom verbiedt de betrokken bepaling alleen reclame die een *oneerlijk* voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van de concurrent. De gedachte dat de concurrerende adverteerder zich

21 — In de vijftiende overweging van de considerans is dezelfde opsomming te vinden.

22 — Zie de punten 34, 35 en 39 van de onderhavige conclusie.

onvermijdelijk een deel van het voordeel van deze bekendheid toe-eigent, kan moeilijk beter worden uitgedrukt.

77. Inderdaad kan een marktdeelnemer, doordat hij de suprematie of gewoonweg de plaats van een concurrent op eenzelfde markt kan betwisten alleen door hem te noemen, ertoe worden verleid om, wanneer die concurrent een bepaalde reputatie geniet, in zijn kielzog te varen om in de vruchten van zijn bekendheid te delen. In dat geval haalt de adverteerder, alleen door zijn naam en die van zijn concurrent naast elkaar te vermelden, hetzij om de producten gelijkwaardig te doen lijken, hetzij om te stellen dat het ene superieur is aan het andere, voordeel uit de bekendheid van zijn concurrent.

78. Dat blijkt in het bijzonder in een geval als het onderhavige, waarin de reclame een toebehoren betreft dat noodzakelijk is voor de werking van een apparaat dat het merk van een concurrent draagt. De fabrikant van benodigdheden voor een apparaat van een voor de consumenten vertrouwd merk haalt een bepaald voordeel uit de bekendheid van dit merk. Door vergelijkende reclame toe te staan, aanvaardt men dat dit fenomeen tot op zekere hoogte wordt versterkt.

79. Het is dus van belang te weten vanaf wanneer een adverteerder oneerlijk handelt.

80. Dat is het geval wanneer de adverteerder er alleen op uit is de bekendheid van zijn concurrent te benutten om zijn eigen activiteit te bevorderen. Daarentegen kan niet echt worden gesproken van misbruik van bekendheid, wanneer de inhoud van de vergelijkende reclame door bepaalde vereisten kan worden gerechtvaardigd.

81. Volgens de veertiende overweging van de considerans kan het voor een doeltreffende vergelijkende reclame noodzakelijk zijn de producten van een concurrent aan te duiden met zijn merk of handelsnaam. Volgens de vijftiende overweging wordt met de mogelijkheid voor een adverteerder onderscheidingstekens van een concurrent te gebruiken „er uitsluitend naar [...] gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen".

82. Uit een en ander volgt dat een concurrent gebruik kan maken van het exclusieve recht van een marktdeelnemer op zijn merk of op andere onderscheidende kenmerken, wanneer de verwijzing daarnaar gerechtvaardigd is door de vereisten van de vergelijkende reclame. De adverteerder mag deze verwijzingen gebruiken, wanneer de vergelijking van de respectieve kwaliteiten en gebreken van de concurrerende producten zonder identificatie van de concurrent onmogelijk is of wordt bemoeilijkt.

83. Het recht te verwijzen naar de concurrent, wordt in beginsel niet betwist. Het

valt te betwijfelen of vergelijkende reclame wel mogelijk is zonder dat de adverteerder ergens naar de concurrerende marktdeelnemer verwijst. Dit vormt overigens een van de bestanddelen van de definitie van vergelijkende reclame in artikel 2, punt 2 - bis, van de richtlijn, krachtens hetwelk de concurrent of de aangeboden goederen moeten worden genoemd. [23]

84. Veeleer dient te worden gepreciseerd op welke wijze gebruik kan worden gemaakt van de onderscheidende kenmerken van de concurrent. Aangezien uitzonderingen eng moeten worden uitgelegd [24], kunnen afwijkingen van de beschermde rechten van de houders slechts worden toegestaan binnen de grenzen van wat strikt noodzakelijk is voor het nastreven van het doel van de richtlijn, te weten vergelijking van de objectieve kenmerken van de producten mogelijk te maken.

85. Bijgevolg wordt oneerlijk voordeel getrokken uit de bekendheid van een concurrent, wanneer de verwijzing naar deze laatste of de wijze waarop wordt verwezen, niet noodzakelijk is om de klanten te informeren over de respectieve kwaliteiten van de vergeleken producten. Omgekeerd kan deze grief niet slagen, wanneer de punten waarop de vergelijking betrekking heeft, niet kunnen worden beschreven zonder dat de adverteerder naar zijn concurrent verwijst, ook al kan hij daaruit een zeker voordeel halen.

86. Dezelfde gedachtegang ligt op merkengebied ten grondslag aan richtlijn 89/104/EEG [25], waarvan artikel 6, lid 1, sub c, luidt: „Het aan het merk verbonden recht staat de houder niet toe een derde te verbieden om in het economisch verkeer gebruik te maken van het merk, wanneer dit nodig is om de bestemming van een product of dienst, met name als accessoire of onderdeel, aan te geven."

87. Om de regelmatigheid van een vergelijkende reclame aan artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn te toetsen, moet mijns inziens dus worden uitgegaan van het criterium van de noodzaak.

88. In dit opzicht vormt de vermelding naast elkaar van artikelnummers, zoals gezegd, een ambivalente reclamevorm.

89. Inhoudelijk vertoont de litigieuze reclame twee aspecten.

Volgens Katun beoogt de vermelding naast elkaar van de nummers alleen, de consumenten in te lichten over het gebruik van haar producten, dat identiek is aan dat van de producten van Toshiba, aangezien zij zijn bestemd voor Toshiba-fotokopieerapparaten. Ook al heeft Katun uiteindelijk tot doel Toshiba op de markt van de benodigd-

23 — Punten 22 en volgende van de onderhavige conclusie.

24 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 6 juli 2000, Dietrich (C-11/99, Jurispr. blz. I-5589, punt 50).

25 — Eerste richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 40, blz. 1).

heden voor Toshiba-fotokopieerapparaten te beconcurreren, lijkt het naast elkaar plaatsen van de referenties in dit geval in de eerste plaats te strekken tot voorlichting van de doelgroep van de reclame over de bestemming van de betrokken producten.

Anderzijds lijkt de reclame, door de vaagheid en algemeenheid ervan, veeleer aan te geven dat de producten onderling vervangbaar zijn, zonder te preciseren op welke punten die gelijkheid bestaat. Hier is zij duidelijker concurrentiegericht, in het bijzonder wanneer zij bij de naast elkaar gegeven referenties erop wijst dat de producten van Katun bij dezelfde hoeveelheid gunstiger in prijs zijn. Op dit laatste punt bestaat een gevaar van gelijkstelling, wat niet kan worden aanvaard wanneer de gelijkstelling niet is gerechtvaardigd door het informatiedoel van de reclame.

90. Technische uitleg over de bestemming van producten of diensten hoeft niet noodzakelijkerwijs de vorm van vergelijkende reclame aan te nemen. De consumenten eenvoudig informeren over het gebruik van het aangeboden product zou in beginsel met andere beschrijvende middelen dan een vergelijking kunnen plaatsvinden.

91. In casu zijn de door Katun verkochte benodigdheden evenwel bestemd voor apparaten van een ander merk, zodat het noemen daarvan gerechtvaardigd kan zijn. Volgens artikel 6, lid 1, sub c, van richtlijn 89/104 kunnen derden een merk gebruiken, wanneer dit nodig is om de bestemming van een product als accessoire of onderdeel aan te geven, voorzover er sprake is van gebruik volgens de eerlijke gebruiken in nijverheid en handel.

92. Katun wil de consumenten evenwel niet alleen inlichten over de functie van haar producten. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking, stelt zij ook dat de vermelding naast elkaar van de artikelnummers de klant in staat stelt de prijzen te vergelijken.[26] Door deze nummers naast elkaar, dat wil zeggen op een niet-beschrijvende wijze, te vermelden, stelt zij per saldo de producten gelijk wat andere kenmerken betreft dan alleen de bestemming ervan. In het bijzonder wordt gesuggereerd dat zij dezelfde kwaliteit hebben.

93. Op dit laatste punt zal ik niet ingaan, aangezien dit soort vergelijking, zoals gezegd, principieel in strijd lijkt met het vereiste van objectieve vergelijking van de kenmerken van de producten. Zij kan dus geenszins worden gerechtvaardigd.

94. Daarentegen lijkt het dienstig na te gaan, op basis van welke criteria kan worden beoordeeld of de vermelding van deze nummers voor de adverteerder noodzakelijk is, wanneer hij enerzijds de consumenten wil inlichten over de bestemming

26 — Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking, blz. 6.

van de producten en anderzijds het prijsniveau wil vergelijken.

De bestemming van de producten

95. Nagegaan moet worden in hoeverre het gebruik van artikelnummers en hun vermelding naast elkaar, zonder commentaar over de kenmerken van de producten, noodzakelijk kan worden geacht om de consumenten over de bestemming van de benodigdheden in te lichten.

96. Dat de adverteerder artikelnummers vermeldt, levert op zich geen andere specifieke problemen op dan een gewone verwijzing naar het merk door een leverancier van reserveonderdelen en verbruiksartikelen. Het is niet uitgesloten dat de gebruikers van Toshiba-fotokopieerapparaten — de verwijzende rechter zal zich daarvan moeten vergewissen — deze nummers beschouwen als onderscheidende kenmerken van dit merk. In dat geval komt de vermelding van de artikelnummers neer op de vermelding van het merk zelf.

97. Blijkens het betoog van Toshiba ter terechtzitting is haar standpunt primair dat er geen sprake van een vergelijking is, en betwist zij ook de vermelding van haar artikelnummers en van haar merk ter identificatie van de benodigdheden van Katun. Toshiba verdedigt uiteindelijk het standpunt dat ter identificatie van de benodigdheden van Katun en van hun bestemming verwijzing naar haar eigen benodigdheden niet nodig is.

98. Bij de beoordeling of er sprake is van een gedraging waarmee oneerlijk voordeel wordt getrokken uit de bekendheid van de concurrent, moet aandacht worden besteed aan het feit dat de verwijzingen van de concurrerende onderneming naast elkaar worden vermeld, wat uitnodigt tot gelijkstelling van de twee benodigdheden.

99. Het staat niet aan het Hof zich in casu uit te spreken over de noodzaak voor de adverteerder om naast de referenties van zijn eigen benodigdheden die van zijn concurrent te vermelden. Het moet de verwijzende rechter wel de gegevens verschaffen om deze analyse te kunnen maken.

100. Om de doelstellingen van de richtlijn te bereiken, is het mijns inziens van belang dat de informatie over de bestemming van de benodigdheden die de adverteerder aan de consumenten wil geven, op doeltreffende wijze kan worden verstrekt.

101. Daartoe moet de voorkeur uitgaan naar middelen die spaarzaam omgaan met de bekendheid van de concurrent. Het gebruik van een onderscheidend kenmerk van deze marktdeelnemer dient slechts te worden aanvaard voorzover de vergelijking niet met andere middelen mogelijk is.

102. In casu zal de verwijzende rechter moeten nagaan of de bestemming van de benodigdheden van Katun niet met andere middelen dan de verwijzing naar de artikelnummers van Toshiba kan worden aangegeven. Hij zal er rekening mee moeten houden dat de vermelding van het merk van het apparaat waarvoor de benodigdheden zijn bestemd, volstrekt wettig is. Hij moet nagaan of de plaats waar de verschillende benodigdheden inzetbaar zijn, niet op een grafische voorstelling van het apparaat kan worden aangegeven. De Duitse rechter zal elk ander alternatief in overweging kunnen nemen waarbij Katun de nummering van Toshiba niet hoeft te gebruiken, zoals de letterlijke beschrijving van de bestemming van de benodigdheden.

103. Dat een andere vergelijkingswijze de verkoop door de leverancier bemoeilijkt, behoort mijns inziens buiten beschouwing te blijven bij de beoordeling van de moeilijkheden die zich zouden voordoen ingeval de artikelnummers niet konden worden vermeld.

104. Wie zegt dat het gebruik van de artikelnummers van een concurrerende marktdeelnemer de verkoop van zijn eigen producten gemakkelijker maakt, geeft toe dat hij voordeel haalt uit de bekendheid van deze marktdeelnemer. Het systeem van nummering vormt namelijk een van de middelen van laatstgenoemde om deze bekendheid in stand te houden, doordat het zijn identificatie door de consumenten vergemakkelijkt.

105. Derhalve kan het gebruik ervan door een concurrerende marktdeelnemer niet worden aanvaard zolang niet vaststaat dat er geen enkele andere werkbare oplossing is die hem de mogelijkheid biedt de aldus geïdentificeerde producten te beconcurreren. De voordelen die uit het gebruik van de artikelnummers voortvloeien voor de verkoop, zijn dus niet noodzakelijkerwijs rechtmatig, aangezien ze door de concurrent zelf in het leven zijn geroepen. [27]

106. Bijgevolg kan slechts rekening worden gehouden met de gevolgen van de onmogelijkheid naar het artikelnummer van het concurrerende product te verwijzen, wanneer de adverteerder geen enkele andere mogelijkheid heeft om de vergelijkende reclame te kunnen maken.

De prijsvergelijking

107. Voor de prijzen moet dezelfde vraag worden beantwoord als voor de bestemming van de producten.

27 — Over het argument, dat de adverteerder het bijzonder moeilijk krijgt wanneer hij de benodigdheden gedetailleerd moet beschrijven, zijn twee opmerkingen te maken. Enerzijds stond de fabrikant van de benodigdheden wiens referenties mede worden vermeld, te zijner tijd zelf voor deze moeilijkheid voordat zijn nummering bij de consumenten bekend was. Anderzijds kan het totale aantal voor een apparaat te koop aangeboden benodigdheden een rol spelen om de betrokken moeilijkheidsgraad te beoordelen, gesteld dat daarmee rekening moet worden gehouden. Bij aanbod van een gering aantal stukken is het niet zo moeilijk de producten grafisch of letterlijk te beschrijven, dan wanneer het aanbod zeer ruim is.

108. Ik herinner eraan dat de litigieuze reclame geen directe prijsvergelijking bevat, maar wel een duidelijke aanwijzing dat de prijzen van Katun's benodigdheden minder hoog zijn dan die van Toshiba.

109. Zoals gezegd, is vergelijkende reclame, zelfs in deze impliciete vorm en ook wanneer zij daartoe beperkt is, mijns inziens niet in strijd met het vereiste van objectieve prijsvergelijking in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, van de richtlijn. De niet becijferde uitspraak dat goed × goedkoper is dan goed Y, vormt als zodanig geen beoordeling met subjectieve elementen.

110. Toch moet, gelet op de noodzaak de bekendheid van een onderscheidend kenmerk te beschermen, de vraag worden gesteld of de vermelding naast elkaar van de nummers noodzakelijk is voor de in deze vorm gemaakte prijsvergelijking.

111. Het gebruik van artikelnummers van een concurrent is geen oneerlijk voordeel trekken uit de bekendheid van een concurrent ingeval de nummers „onderscheidende kenmerken" in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van de richtlijn vormen en de prijzen expliciet worden genoemd.

112. Prijsvergelijking zonder het noemen van de concurrerende marktdeelnemer met wiens goederen wordt vergeleken, lijkt immers niet goed mogelijk. Aangezien de concurrerende producten nauwkeurig moeten worden geïdentificeerd, moet deze marktdeelnemer ondubbelzinnig worden aangewezen, hetgeen, voorzover een en ander duidelijk is, impliciet kan gebeuren.

113. Het is echter even noodzakelijk om de corresponderende prijzen expliciet aan te geven. Vermelding van een artikelnummer van Toshiba of van een gelijkwaardig onderscheidend kenmerk zonder vermelding van de prijs kan niet worden aanvaard, wanneer de adverteerder een vergelijkende reclame over de prijzen wil maken.

114. Wanneer een onderscheidend kenmerk als het artikelnummer wordt vermeld, maar de prijs niet, is de functie van die vermelding namelijk niet meer alleen de concurrent te identificeren, zoals het geval is wanneer prijzen expliciet worden vergeleken. Zoals ik reeds heb gezegd in verband met het vereiste van objectieve vergelijking, zou de aandacht van de consument daardoor ook worden gevestigd op de kwalitatieve gelijkwaardigheid van de producten.

Dan valt te vrezen dat de adverteerder oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van zijn concurrent. De verwijzing naar

laatstgenoemde dient dan niet meer uitsluitend tot identificatie van het concurrerende product ten behoeve van vergelijking van een objectief element zoals de prijs ervan. Zij wordt dan alleen gebruikt om te suggereren dat de producten dezelfde kwaliteit hebben, op basis waarvan de adverteerder zich in voorkomend geval zal proberen te onderscheiden door erop te wijzen dat zijn prijzen interessanter zijn, zonder die evenwel aan te geven.

115. Daarom zal de adverteerder die het onderscheidend kenmerk van een concurrent naast zijn eigen referenties gebruikt, maar de prijzen impliciet vergelijkt, mijns inziens eerder oneerlijk voordeel halen uit de bekendheid van deze concurrent dan degene die hetzelfde doet met opgave van de prijs van de voorgestelde producten.

116. Bijgevolg mag in een vergelijkende reclame die strekt tot vergelijking van de prijzen, het onderscheidend kenmerk van een concurrent niet worden gebruikt zonder de prijs van elk van de vergeleken producten expliciet aan te geven.

Conclusie

117. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Landgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

„1) De reclame van een marktdeelnemer voor benodigdheden die geschikt zijn voor de werking van een apparaat, gefabriceerd door een andere marktdeelnemer, waarbij de adverteerder de door de fabrikant van het apparaat voor zijn eigen benodigdheden gebruikte referenties naast de referenties van zijn

benodigdheden vermeldt ter identificatie van deze laatste, vormt ‚vergelijkende reclame' in de zin van artikel 2, punt 2 bis, van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, gewijzigd bij richtlijn 97/55/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, wanneer deze vermelding een gemiddeld geïnformeerd persoon in staat stelt de marktdeelnemer te identificeren, wiens referenties in de reclame zijn overgenomen.

2) Vergelijkende reclame die de door een andere marktdeelnemer aan zijn eigen benodigdheden gegeven referenties naast de referenties van de benodigdheden van de adverteerder vermeldt ter identificatie van deze laatste, zonder nadere informatie over de respectieve kenmerken van de voorgestelde producten, vergelijkt de goederen niet ‚op objectieve wijze' in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van richtlijn 84/450.

Hetzelfde geldt, wanneer de betrokken benodigdheden volgens deze vergelijkende reclame van dezelfde kwaliteit zijn, zonder dat de controleerbare kenmerken van deze benodigdheden worden beschreven die deze beoordeling rechtvaardigen, ook al is de prijs van de benodigdheden van de adverteerder volgens deze vergelijkende reclame lager.

3) Referenties die een marktdeelnemer ter vergemakkelijking van identificatie aan de door hem geproduceerde benodigdheden geeft, vormen ‚onderscheidende kenmerken' in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van richtlijn 84/450, wanneer deze referenties een gemiddeld geïnformeerd persoon in staat stellen de betrokken marktdeelnemer te identificeren.

4) Wanneer een fabrikant van benodigdheden die geschikt zijn voor de werking van een apparaat, gefabriceerd door een andere marktdeelnemer, in een reclame de door laatstgenoemde voor zijn eigen benodigdheden gebruikte referenties naast de referenties van de te koop aangeboden benodigdheden vermeldt ter identificatie van deze laatste, moet hij worden geacht oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een concurrent in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van richtlijn 84/450, ingeval enerzijds de eigen referenties van de concurrerende marktdeelnemer ‚onderscheidende kenmerken' in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van richtlijn 84/450 vormen en anderzijds het gebruik van deze referenties niet noodzakelijk is om de consumenten in te lichten over de kenmerken van de vergeleken benodigdheden.

Bij de beoordeling of een adverteerder oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van een concurrent in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub g, van richtlijn 84/450, kan buiten beschouwing blijven dat een andere vergelijkingswijze dan vermelding van de door de concurrent voor zijn eigen benodigdheden gebruikte referenties de verkoop van de benodigdheden van de adverteerder zou bemoeilijken."