JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PHILIPPE LÉGER
8 päivänä helmikuuta 2001 [1]

1. Vertaileva mainonta on uusi käsite yhteisön oikeudessa. Jäsenvaltiot suhtautuivat kauan epäilevästi periaatteen ottamiseen osaksi yhteisön oikeutta, joten siitä tuli osa kansallista oikeutta direktiivillä 97/55/EY vasta, kun periaatteeseen vetoamiselle asetettiin erittäin tiukat edellytykset. [2]

2. Elinkeinonharjoittajan mainonnassaan käyttämä vertailu toisten elinkeinonharjoittajien toimintaan sisältää huomattavasti riskejä. Voidaan pelätä, että kun elinkeinonharjoittajat saavat vertailla omien ja kilpailevien tuotteiden hyviä ja huonoja ominaisuuksia, ne syyllistyvät halventamiseen tai pyrkivät hyötymään kilpailijoiden tuotteiden kustannuksella.

3. Vertailevalla mainonnalla pyritään perinteisen mainonnan tavoin edistämään yrityksen toiminnan kehittymistä ja antamaan tietoa kuluttajille. Perinteisen mainonnan tavoin sillä pyritään houkuttelemaan kuluttajia, ja koska on kyse vertailusta, on aina olemassa vaara syyllistymisestä sopimattomaan menettelyyn liiketoiminnassa.

4. Voidaan siis tuskin kiistää, että on välttämätöntä, että vertaileva mainonta on laillista ainoastaan hyvää liiketapaa koskevien tiukkojen edellytysten täyttyessä.

5. Nyt käsiteltävänä oleva asia antaa hyvän kuvan siitä, miten kaksijakoinen mainonnan tehtävä on: toisaalta on kyse objektiivisesta tiedottamisesta ja toisaalta kaupallisesta ilmoittelusta. Tässä asiassa on käsiteltävänä merkittävä esimerkki toimintatavoista, jotka ovat perusteltavissa käytännöllisillä näkökohdilla mutta joilla saatetaan käyttää epäoikeutetusti hyväksi mainetta, joka ei ole mitenkään kyseisen toimijan ansiota.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — Harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin 84/450/ETY muuttamisesta sisällyttämällä siihen vertaileva mainonta 6 päivänä lokakuuta 1997 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 97/55/EY (EYVL L 290, s. 18).

I Tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet

6. Kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian kantaja Toshiba Europe GmbH (jäljempänä Toshiba) on Toshiba Corporationin saksalainen tytäryhtiö. Se jälleenmyy Euroopassa kopiokoneita sekä niiden tarvikkeita kuten varaosia ja käytössä kuluvia tarvikkeita.

7. Kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian vastaaja Katun Germany GmbH (jäljempänä Katun) myy Toshiban kopiokoneisiin sopivia varaosia ja käytössä kuluvia tarvikkeita.

8. Toshiba yksilöi kopiokoneensa erityisillä nimityksillä, esimerkiksi nimityksellä Toshiba 5010. Se yksilöi tarvikkeensa käyttämällä niistä myös erityisiä lyhenteitä, esimerkiksi väriainepakkauksesta lyhennettä T-50 P, ja tilausnumeroita.

9. Katun käyttää tuoteluetteloissaan Toshiban tuotteiden mallien nimityksiä ja tilausnumeroita. Nämä numerot mainitaan Katunin numeroiden rinnalla; molempien tarkoituksena on yksilöidä Katunin tuotteet, joita voidaan käyttää Toshiban kopiokoneissa. Toshiban tilausnumerot ovat sarakkeessa "OEM Art.-Nr" (Original Equipment Manufacturer) (jäljempänä tuotenumerot) ja Katunin tilausnumerot ovat sarakkeessa "Katun Art.-Nr".

Tuoteluettelossa on kustakin tuotteesta seuraavat tiedot (ote tuoteluettelosta):

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. Toshiban mukaan Katun syyllistyy vilpilliseen kilpailuun. Se vaatii erityisesti, että Katunia kielletään julkaisemasta riidanalaisia tietoja ja että Katun velvoitetaan maksamaan sille vahingonkorvausta.

11. Kansallinen tuomioistuin on katsonut tämän vaatimuksen olevan osittain oikeutettu ja on todennut Katunin loukanneet Toshiban tavaramerkkiä myymissään väriainepakkauksissa käyttämillään etiketeillä. Samalla kansallinen tuomioistuin on erottanut tämän asian ja nyt käsiteltävänä olevan asian toisistaan.

II Sovellettavat oikeussäännöt

A *Muutettu direktiivi 84/450/ETY*

12. Direktiivillä 97/55/EY muutettiin direktiiviä 84/450/ETY,[3] jonka nimi on muutettuna harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta annettu direktiivi.

13. Direktiivin 97/55/EY seitsemännessä perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"Olisi vahvistettava sallitun vertailevan mainonnan edellytykset siltä osin, kuin on kyse vertailemisesta, jotta voidaan ratkaista, mitkä vertailevaan mainontaan liittyvät käytännöt voivat vääristää kilpailua, aiheuttaa vahinkoa kilpailijoille ja vaikuttaa epäedullisesti kuluttajan valintoihin; sallitun mainonnan edellytyksiin on kuuluttava perusteet tavaroiden ja palvelujen vertailemiseksi puolueettomasti."

14. Direktiivin 2 artiklan 2 a kohdassa säädetään, että vertailevalla mainonnalla tarkoitetaan "kaikkea mainontaa, josta suoraan tai epäsuorasti voidaan tunnistaa kilpailija tai kilpailijan tarjoamat tavarat tai palvelut".

15. Direktiivin 3 a artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa: "Vertaileva mainonta on vertailun osalta sallittua, jos seuraavat edellytykset täyttyvät:

a) se ei ole 2 artiklan 2 kohdan, 3 artiklan ja 7 artiklan 1 kohdan mukaisesti harhaanjohtavaa;

3 — Harhaanjohtavaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 10 päivänä syyskuuta 1984 annettu neuvoston direktiivi 84/450/ETY (EYVL L 250, s. 17; jäljempänä direktiivi).

b) siinä verrataan samoja tarpeita tyydyttäviä tai samaan tarkoitukseen aiottuja tavaroita tai palveluja;

c) siinä vertaillaan puolueettomasti näiden tavaroiden tai palvelujen yhtä tai useampaa olennaista, merkityksellistä, todennettavissa olevaa ja edustavaa piirrettä, joihin voi kuulua myös hinta;

d) se ei aiheuta markkinoilla sekaannusta mainostajan ja kilpailijan välillä tai mainostajan ja kilpailijan tavaramerkkien, kauppanimitysten tai muiden erottavien tunnusten taikka tavaroiden ja palvelujen välillä;

e) siinä ei vähätellä tai panetella kilpailijan tavaramerkkiä, kauppanimeä, muuta erottavaa tunnusta, tavaroita, palveluja, toimintaa tai olosuhteita;

f) alkuperänimityksellä varustettujen tuotteiden osalta vertailu kohdistuu kussakin tapauksessa tuotteisiin, joiden nimitys on sama;

g) siinä ei käytetä epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan tavaramerkin, kauppanimityksen tai muiden erottavien tunnusten mainetta taikka kilpailevan tuotteen alkuperänimitystä;

h) siinä ei esitetä tavaroita tai palveluja sellaisten tavaroiden tai palvelujen jäljitelminä tai toisintoina, joilla on suojattu tavaramerkki tai kauppanimitys."

B *Saksan lainsäädäntö*

16. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerbin [4] (vilpillisestä kilpailusta annettu Saksan laki) 1 §:ssä säädetään seuraavaa: "Joka elinkeinotoiminnassa ryhtyy kilpailutarkoituksissa hyvän tavan vastaisiin toimiin, voidaan kieltää jatkamasta näitä toimia ja velvoittaa maksamaan vahingonkorvausta."

17. Bundesgerichtshofin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sitä, että yritys vertaa omia tuotteitaan kilpailijan tuotteisiin, on lähtökohtaisesti pidettävä UWG:n 1 §:ssä tarkoitetulla tavalla hyvän tavan vastaisena. [5]

4 — Jäljempänä UWG.

5 — Ennakkoratkaisukysymyksen suomenkielisen version s. 6.

18. Ennakkoratkaisupyynnön esittämisen ajankohtana direktiiviä 97/55/EY ei vielä ollut saatettu osaksi kansallista oikeutta.

III Ennakkoratkaisukysymykset

19. Landgericht Düsseldorf (Saksa) selvittää, että direktiivin 97/55/EY voimaantulosta lähtien Bundesgerichtshof on katsonut, että vertailevaa mainontaa on pidettävä sallittuna, jos direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan a—h alakohdassa säädetyt edellytykset täyttyvät.

20. Landgericht Düsseldorf katsoo, että vaikka Saksan lainsäätäjä ei vielä ole täytäntöönpannut direktiiviä,[6] UWG:n 1 §:ää voidaan Bundesgerichtshofin käsityksen mukaan aivan hyvin tulkita direktiivin mukaisesti.

21. Landgericht Düsseldorf pitää ensinnäkin perusteltuna Bundesgerichtshofin käsitystä, jonka mukaan UWG:n 1 §:ää on tulkittava direktiivin mukaisesti, ja katsoo toiseksi, että yhteisön oikeuden tulkinta on tarpeen asian ratkaisemiseksi, joten se esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko tietyn laitevalmistajan tuotteisiin varaosia ja käytössä kuluvia tarvikkeita tarjoavan tavarantoimittajan mainontaa pidettävä direktiivin 2 artiklan 2 a kohdassa tarkoitettuna vertailevana mainontana, kun tämä yritys mainonnassaan yksilöi tuotteensa käyttämällä viitenumeroina laitevalmistajan vastaaville alkuperäisille varaosille ja käytössä kuluville tarvikkeille antamia tuotenumeroita (OEM-numerot)?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi:

a) Onko laitevalmistajan tuotenumeroiden (OEM-numerot) mainitseminen rinnakkain tavarantoimittajan omien tilausnumeroiden kanssa direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa sallittua tavaroiden vertailua, erityisesti hintojen vertailua?

b) Ovatko tuotenumerot (OEM-numerot) 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitettuja kilpailijan erottavia tunnuksia?

6 — Ennakkoratkaisupyynnön esittämisajankohtana määräaika direktiivin täytäntöönpanemiselle ei vielä ollut päättynyt.

3) Jos toiseen kysymykseen vastataan myöntävästi:

a) Mitkä ovat ne kriteerit, joilla arvioidaan sitä, käytetäänkö 2 artiklan 2 a kohdassa tarkoitetussa mainonnassa 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitetulla tavalla epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan erottavien tunnusten mainetta?

b) Onko laitevalmistajan tuotenumerojen (OEM-numerot) mainitseminen rinnakkain yrityksen omien tilausnumeroiden kanssa riittävä peruste katsoa, että kilpailijan erottavaa tunnusta käytetään 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitetulla tavalla epäoikeutetusti hyväksi, jos mainostaja voisi tämän sijaan viitata siihen kulloiseenkin tuotteeseen, johon käytössä kuluva tarvike tai varaosa on tarkoitettu?

c) Onko epäoikeutetun hyväksikäytön arvioinnissa ratkaiseva kriteeri se, vaikeuttaisiko kyseisiin tuotenumeroihin (OEM-numerot) viittaamisen sijasta viittaus (pelkästään) tuotteeseen, johon käytössä kuluva tarvike tai varaosa on tarkoitettu, tavarantoimittajan jälleenmyyntiä erityisesti siksi, että ostajat ovat tottuneet käyttämään laitevalmistajan tuotenumeroita (OEM-numerot)?"

IV Vertailevan mainonnan luonnehdinta (ensimmäinen kysymys)

22. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, onko direktiivin 2 artiklan 2 a kohdassa tarkoitettuna vertailevana mainontana pidettävä elinkeinonharjoittajan sellaisten tarvikkeiden menekin edistämiseksi harjoittamaa mainontaa, jotka on tarkoitettu toisen elinkeinonharjoittajan valmistaman laitteen käyttöä varten, kun mainonnassa mainitaan tarvikkeiden yksilöimiseksi tämän toisen elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamat viitetiedot mainostajan viitetietojen rinnalla.

23. Direktiivin 2 artiklan 1 kohdan mukaan direktiivissä tarkoitetaan mainonnalla "missä tahansa muodossa olevaa tietoa tai esitystä, joka annetaan kaupan, liiketoiminnan, käsityön tai ammatin harjoittamisen yhteydessä tavaroiden tai palvelujen, mukaan lukien kiinteä omaisuus, oikeudet ja velvollisuudet, menekin edistämiseksi".

24. Landgericht Düsseldorf pitää selvänä, että kyseessä oleva käytäntö on tässä kohdassa tarkoitettua mainontaa, sillä se luonnehtii näin sellaisten tuoteluetteloiden käytön, joilla on tarkoitus tiedottaa asiakkaille tuotteista ja niiden ominaispiirteistä. [7]

25. On nimittäin selvää, että kyseessä olevien tuoteluetteloiden tarkoituksena on Katunin tuotteiden myynti ja menekin edistäminen antamalla kuluttajille [8] tietoja Toshiban kopiokoneiden käytössä tarpeellisista varaosista ja käytössä kuluvista tuotteista.

26. Seuraavaksi on pohdittava sitä, onko mainonta vertailevaa. Toshibaa lukuun ottamatta väliintulijat eivät nimenomaisesti riitauta tätä luonnehdintaa. Vaikka kansallinen tuomioistuin on esittänyt tästä asiasta ennakkoratkaisukysymyksen, se katsoo, että direktiiviä 97/55/EY voidaan soveltaa tässä asiassa, mikä tarkoittaa, että se on jo lähtökohtaisesti katsonut riidanalaisen mainonnan olevan vertailevaa. [9]

27. Jotta kansalliselle tuomioistuimelle voidaan vastata, on muistutettava direktiivin kohdista, joista ilmenee yhteisön lainsäätäjän tavoittelema päämäärä, ja tutkittava relevanttien direktiivin säännösten sanamuotoa.

28. Sekä direktiivin sanamuodosta että sen tarkoituksesta käy selvästi ilmi, että kyseessä olevaa käsitettä on tulkittava laajasti.

29. Direktiivin 2 artiklan 2 a kohdassa tarkoitetaan kaikkea mainontaa, josta suoraan tai epäsuorasti voidaan tunnistaa kilpailija tai kilpailijan tarjoamat tavarat tai palvelut.

30. Tästä säännöksestä voidaan tehdä kaksi päätelmää.

Ensimmäinen koskee sitä, että säännöksessä ei ole nimenomaisesti edellytetty vertailun suorittamista. Riidanalaisen käsitteen määrittelemiseksi on todettava, että mainonta voidaan perustellusti luokitella vertailevaksi, vaikka siinä ei ole vertailtu tavaroiden tai palvelujen hyviä ominaisuuksia. Tämä vaatimus on asetettu jäljempänä direktiivissä, kun siinä on säädetty tutkittavana olevan mainonnan laillisuuden edellytyksistä. Tämän erityispiirteen voidaan katsoa olevan osoitus yhteisön lainsäätäjän tahdosta sisällyttää soveltamisalaan mahdollisimman suuri osa kaupallisesta ilmoittelusta, jossa on kyse useista kilpailevista elinkeinonharjoittajista. Voidaan ajatella, että vertailusta sanan laajassa merkityksessä olisi kyse, kun kaksi kilpailevaa elinkeinonharjoittajaa yhdistetään

7 — Ks. ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen sanamuoto.

8 — Kuluttaja on tässä ymmärrettävä niin, että sillä tarkoitetaan myös ammatinharjoittajia, joita kopiokoneista ja niiden tarvikkeista kiinnostuneista asiakkaista suurin osa ilmiselvästi on.

9 — Ennakkoratkaisupyynnön suomenkielisen version s. 12.

toisiinsa mainoksessa, vaikka tämä ei tapahtuisikaan deskriptiivisesti. Direktiiviä sovellettaisiin joka tapauksessa, jos mainoksessa on kyse tällaisesta vastakkainasettelusta.

Toinen määritelmästä tehtävä päätelmä, joka osoittaa vertailevan mainonnan käsitteen olevan laaja, koskee sitä, että kilpailijan nimenomaista yksilöintiä ei edellytetä. Mainos kuuluu direktiivin soveltamisalaan jo, jos mainonnan kohteena olevat asiakkaat voivat mainoksen sisällön perusteella tietää, ketä mainostajan kanssa kilpailevaa elinkeinonharjoittajaa tarkoitetaan.

31. Yhteisön lainsäätäjä on halunnut saattaa direktiivin soveltamisalaan mahdollisimman suuren määrän tilanteita, mikä vahvistetaan kuudennessa perustelukappaleessa, jonka mukaan "on suotavaa määritellä vertailevan mainonnan käsite laajasti, jotta se kattaisi kaikki vertailevan mainonnan muodot".

32. Käsiteltävänä olevassa asiassa Katunin tuoteluetteloissa mainitaan Toshiba-merkki kopiokoneen yksilöimiseksi. Niissä mainitaan myös tuotenumerot, eikä kukaan kiistä sitä, että ne ovat kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian kantajan tuotenumeroita, sillä niillä yksilöidään varaosat ja käytössä kuluvat tarvikkeet, joita se valmistaa kopiokoneitaan varten.

33. Kansallisessa tuomioistuimessa vireillä oleva asia koskee ainoastaan tuotenumeroiden käyttämistä. Toshiba ei riitauta sitä, että sen merkkiä käytetään sen kopiokoneen yksilöimiseksi, johon tuotenumeroilla tarkoitetut tarvikkeet on tarkoitettu. [10]

34. Esitetty kysymys koskee siis ainoastaan sitä, minkälaista tietoa lukijoille voi välittyä pelkästään näistä numeroista. On siis ratkaistava, voidaanko pelkästään nämä numerot mainitsemalla tunnistaa Toshiban tarvikkeet ja siis itse Toshiba.

35. Tämän asian ratkaiseminen ei selvästikään kuulu yhteisöjen tuomioistuimelle, sillä siihen on parhaat mahdollisuudet kansallisella tuomioistuimella sen käytettävissä olevien tosiseikkojen perusteella. On enintään mahdollista todeta kansallisen tuomioistuimen jo täsmentäneen, että "kantajan OEM-numeroiden ilmoittaminen vastaajan myyntiesitteissä yksilöi ensisijaisesti kantajan tavarat ja siten epäsuorasti myös kantajan itsensä". [11] Kansallisen tuomioistuimen asiana on ratkaista, onko tämä lähestymistapa vahvistettava.

36. Direktiivin 2 artiklan 2 a kohdan tulkinnasta totean, että mainontaa on pidettävä säännöksessä tarkoitettuna vertai-

10 — Toshiba nimittäin väittää, että tuotteiden käyttötarkoitus voidaan ilmoittaa mainitsemalla kopiokonetyyppi (sen kirjallisten huomautusten IV kohta).

11 — Ennakkoratkaisupyynnön suomenkielisen version s. 7.

levana mainontana, jos sen perusteella voidaan vaikka vain epäsuorasti tunnistaa kilpailija tai kilpailijan valmistamat tavarat.

37. Kilpailija tai sen tuotteet ovat epäsuorasti tunnistettavissa, jos osoitetaan, että sen omien tarvikkeidensa yksilöimiseksi käyttämät numerot mahdollistavat sen, että tavanomaisesti valistunut henkilö kykenee tunnistamaan tarvikkeet tai niiden valmistajan.

38. Päättelen siis, että direktiivin 2 artiklan 2 a kohdassa tarkoitettuna vertailevana mainontana on pidettävä elinkeinonharjoittajan sellaisten tarvikkeiden menekin edistämiseksi harjoittamaa mainontaa, jotka on tarkoitettu toisen elinkeinonharjoittajan valmistaman laitteen käyttöä varten, kun mainonnassa tarvikkeiden yksilöimiseksi mainitaan tämän toisen elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamat viitetiedot mainostajan viitetietojen rinnalla, jos tämä maininta mahdollistaa sen, että tavanomaisesti valistunut henkilö kykenee tunnistamaan elinkeinonharjoittajan, jonka viitetiedot mainonnassa toistetaan.

39. Landgericht Düsseldorfin asiana on tutkia, mahdollistaako se, että Katunin tuoteluettelossa ainoastaan mainitaan tuotenumerot, sen, että tavanomaisesti valistunut henkilö kykenee tunnistamaan Toshiban tarvikkeet.

V Tavaroiden puolueeton vertailu (toisen kysymyksen a kohta)

40. Vertaileva mainonta on laillista, jos direktiivin 3 a artiklan 1 kohdassa säädettyjä edellytyksiä noudatetaan. Direktiivin 97/55/EY 11 perustelukappaleessa todetaan, että "vertailevan mainonnan edellytysten olisi oltava kumulatiivisia ja niitä olisi noudatettava kokonaisuudessaan".

41. Direktiivissä säädetyt edellytykset ovat joko positiivisia tai negatiivisia, joten mainonnalla on oltava tietynlaisia erityispiirteitä, jotta sen voitaisiin katsoa olevan vertailevaa, ja tietynlaisia erityispiirteitä sillä taas ei saa olla.

42. Yksi positiivisista edellytyksistä on 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetty vaatimus tavaroiden puolueettomasta vertailusta.

43. Kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä olevan asian erityispiirre on, että tuotenumeroiden mainitseminen rinnakkain ei sisällä minkäänlaista riidanalaisten tuotteiden vertailevaa kuvausta, mikä tekee asian arvioinnin hankalaksi.

44. Katun ei ole luetellut kahden tuotteen ominaispiirteitä ja siis yksilöinyt, miltä osin ne ovat erilaisia ja miltä osin samanlaisia. Voitaisiin siis ajatella, että riidanalaisessa mainonnassa ei ole vertailua sen oikeudellisesta luonnehdinnasta huolimatta.

45. Tämä epäröinti voi selittyä sillä, että kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävänä olevan asian tosiseikkoja voidaan tulkita monella tavalla. Katunin mainontaa voidaan perustella kahdella vertailevan mainonnan oikeuttamisperusteella: sillä parannetaan kuluttajien tiedonsaantia ja edistetään kilpailua.

46. Kuten Katun korostaa, tuotenumeroiden rinnakkainen mainitseminen tarkoittaa, että sen valmistamat tuotteet ovat teknisesti identtisiä kuin vastaavat laitevalmistajan tuotteet ja että niitä voidaan tästä syystä käyttää samalla tavalla laitevalmistajan laitteissa. [12] Voi vaikuttaa siltä, että näin tehdessään Katun ainoastaan tiedottaa asiakkailleen omien tuotteidensa käyttötarkoituksesta ja toiminnasta vertaamatta kuitenkaan aktiivisesti kilpailevia tuotteita.

47. Tässä mainonnassa on kuitenkin kyse vertailusta. Tarvikkeiden kaksien viitetietojen rinnastaminen perustuu vertailuun, vaikka menetelmä ei olisikaan tavanomainen.

48. Vaikka vertailussa onkin kyse siitä, että "d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les ressemblances ou les différences" (vertaillaan [kahta tai useampaa] kohdetta vastaavuuksien ja erojen löytämiseksi), [13] on mahdollista katsoa, että sellaisten numeroiden rinnastaminen, joilla itsellään on jokin merkitys, on epäsuoraa vertailua, jolla pyritään tuotteiden samaistamiseen. Toisin sanoen silloin, kun kahta tuotetta esiteltäessä ei mitenkään ilmaista, miten ne muistuttavat toisiaan tai poikkeavat toisistaan, on loogisesti pääteltävä, että ne ovat toisensa korvaavia tuotteita. Jos kahta tuotetta vertaillaan toisiinsa passiivisesti yleisellä ja epämääräisellä tavalla, annetaan tällaisessa tapauksessa ymmärtää, että tuotteet on haluttu täysin samaistaa.

49. On vielä pohdittava, voidaanko epäsuoraa vertailua pitää direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettuna puolueettomana vertailuna. Voidaan sitä paitsi pohtia, onko asia näin silloin, kun epäsuora vertailu on yleisluonteista siten, että annetaan ymmärtää tuotteiden olevan täysin identtiset.

12 — Katunin kirjallisten huomautusten s. 5.

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

50. On muistettava, että vertailun puolueettomuus tarkoittaa, että tuotteen hyvistä tai huonoista ominaisuuksista esitetyn on oltava todennettavissa. [14]

51. Epäsuora vertailu ei välttämättä ole subjektiivista, jos sen sisältämä tieto ei ole kaksiselitteistä ja jos tämä tieto on puolueetonta. Kyseessä on subjektiivinen arvio, jos esimerkiksi väitetään, että tietty tuote on kauniimpi tai parempi kuin jokin toinen. Jos esitellään samanaikaisesti kaksi tuotetta niitä kuvaamatta siten, että on pääteltävissä, että niiden käyttötarkoitus on sama, on tältä osin kyse puolueettomasta vertailusta, sillä se on todennettavissa huolimatta tiedon implisiittisyydestä.

52. Tältä osin tuotenumeroiden mainitseminen rinnakkain on puolueetonta vertailua, sillä näin tiedotetaan varaosien ja käytössä kuluvien tarvikkeiden käyttötarkoituksesta ja käytöstä. On selvää, että kahta eri alkuperää olevien tarvikkeiden rinnastaminen ilmaisee ensisijaisesti identtistä käyttötarkoitusta, jolloin epäsuora mutta yksiselitteinen viesti on, että Katunin tuotetta voidaan käyttää vastaavan Toshiban tuotteen tavoin Toshiban kopiokoneen käytössä.

53. Näin on pääteltävä myös hintavertailun osalta. Direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaan hinta voi olla yksi mahdollisista vertailtavista ominaispiirteistä. Hinta mainitaan esimerkkinä, kuten ilmenee artiklan sanamuodosta, jonka mukaan olennaisiin, merkityksellisiin, todennettavissa oleviin ja edustaviin ominaispiirteisiin "voi kuulua myös hinta".

Katun väittää, että sen tuoteluetteloissa on vertailtu hintoja direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetulla tavalla, koska niissä annetaan ymmärtää, että samanlaatuisia tuotteita myydään halvemmalla. [15] Vaikka tuoteluetteloissa ei asiakirja-aineiston mukaan ole lainkaan hintoja, tällaista väitettä ei voida pitää subjektiivisena. Loukattu kilpailija voi aivan hyvin osoittaa, että käytetyt hinnat ovat ristiriidassa mainoksessa esitetyn kanssa. Myös kuluttajat voivat muihin lähteisiin eli esimerkiksi kilpailevien elinkeinonharjoittajien hinnastoihin turvautumalla tarkistaa, pitävätkö tiedot paikkansa.

54. Riidanalaisen mainonnan vihjaama samaistaminen sisältää siis tiettyjä puo-

14 — Tästä säädetään direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa, jonka mukaan vertailun kohteena olevien tuotteiden ominaispiirteiden on oltava myös olennaisia, merkityksellisiä ja edustavia. Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa ei oikeastaan ole kyse tällaisista ominaisuuksista, koska on selvää, että ominaispiirteet, jotka jäljempänä esitettävän mukaisesti ovat vertailun kohteena, eivät ole liitännäisiä vaan päinvastoin ratkaisevia seikkoja valittaessa kyseessä olevia tuotteita.

15 — Katunin mukaan tuoteluetteloissa todetaan seuraavaa, mitä ei ole kiistetty: "Katunin väriaineilla, joita voi käyttää Toshiban kopiokonemalleissa 2510/2550 ja 3220/4010, voitte alentaa kulujanne laadun tai suorituskyvyn siitä kärsimättä." (Katunin kirjallisten huomautusten s. 9.) Tämä on epäilemättä ainoa huomioon otettava vivahde tuotenumeroiden pelkkään rinnastamiseen.

lueettomia tietoja, kuten hinnan ja käyttötarkoituksen, jotka on helppo yksilöidä ja todentaa. Tältä kannalta tarkasteltaessa voidaan katsoa, että mainonnassa vertaillaan direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetulla tavalla puolueettomasti näiden tavaroiden olennaisia, merkityksellisiä, todennettavissa olevia ja edustavia ominaispiirteitä.

55. Jos vertailukeinona kuitenkin on kahden tuotteen tai kaksien viitetietojen esittäminen rinnakkain mainitsematta mainonnassa mitenkään, miltä osin tuotteet ovat toistensa kaltaiset tai miltä osin ne poikkeavat toisistaan, saatetaan aiheuttaa sekaannusta, joka on vahingollista kilpailevalle elinkeinonharjoittajalle, sillä tällaisessa mainonnassa ei täsmällisesti määritellä vertailtuja seikkoja.

56. Vaikka mainonta ei ole sopimatonta pelkästään sillä perusteella, että vertailu on epäsuoraa, se voi olla sopimatonta sillä perusteella, että se on yleisluonteista. Tuotteiden passiivisen rinnastamisen perusteella on mahdollista, että samaistetaan ominaispiirteet, joista kaikkia ei voida yksilöidä. Jos jätetään huomiotta kyseessä olevien tarvikkeiden hinta ja käyttötarkoitus, mainonnasta käy selvästi ilmi mainostajan väite, jonka mukaan sen tuotteella on samat hyvät ominaisuudet kuin kilpailevalla tuotteella, mukaan lukien kilpailevaan merkkiin itseensä liitetyt hyvät ominaisuudet.

57. Muistutan, että tilausnumerot merkitään rinnakkain kunkin tuotteen kohdalle, minkä lisäksi Katun väittää, että sen tuotteet ovat halvempia mutta samanlaatuisia ja yhtä suorituskykyisiä. [16]

58. Tarvikkeiden viitetietojen rinnastaminen ilman tuotekuvausta on selvä ilmaus mainostajan tarkoituksesta väittää, että sen tuotteet ovat samanlaatuisia kuin kilpailijan tuotteet. Tuotteen laatu on kuitenkin seurausta useista hyvistä ominaisuuksista, jotka on usein vaikeata yksilöidä täsmällisesti ja täydellisesti, vaikka tuote olisi alkeellinenkin.

59. Tiedottamisen puolueettomuutta hämärtää se, että on mahdotonta luetteloida vertailtuja ominaispiirteitä ja siis tutkia niiden väitettyjä hyviä puolia. Kun otetaan huomioon asiakirja-aineisto, tämänkaltainen mainonta ei mielestäni tältä kannalta tarkasteltuna täytä edellytystä, jonka mukaan tavaroita on esiteltävä puolueettomasti.

60. Kansallisen tuomioistuimen asiana on varmistautua tästä tutkimalla, onko tavaroita esiteltäessä annettu konkreettinen ja täsmällinen kuvaus tarjottujen tarvikkeiden sellaisista hyvistä tai huonoista puolista, jotka liittyvät esimerkiksi käyttöikään, kestävyyteen ja käyttötapaan.

16 — Ibidem.

61. On siis katsottava, että vertaileva mainonta, jossa mainitaan mainostajan tuottamilleen tarvikkeille antamat viitetiedot rinnakkain kilpailevan elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamien viitetietojen kanssa täsmentämättä muuten esiteltyjen tuotteiden ominaispiirteitä, ei ole direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettua tavaroiden puolueetonta vertailua.

Sitä suuremmalla syyllä puolueettomasta vertailusta ei ole kyse, kun vertailevassa mainonnassa esitellään kyseessä olevat tarvikkeet samanlaatuisina ilmoittamatta tarvikkeiden todennettavissa olevia ominaispiirteitä, joiden perusteella tämä käsitys olisi perusteltu, vaikka kyseessä olevassa vertailevassa mainonnassa väitetään mainostajan tarvikkeita myytävän halvemmalla.

62. Täydellisyyden vuoksi tutkin kyseessä olevaa mainoskeinoa myös ottamalla huomioon direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdan, jossa säädetään kiellosta käyttää epäoikeutetusti hyväksi toisen mainetta vertailevassa mainonnassa; tästä on kyse Landgericht Düsseldorfin esittämissä toisen ennakkoratkaisukysymyksen b kohdassa ja kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessä.

VI Maineen epäoikeutettu hyväksikäyttö

63. Vertailevan mainonnan harjoittaja käyttää väistämättä hyväksi kilpailijan merkkiä tai joka tapauksessa tunnusta, joka erottaa kilpailijan muista asiakkaiden keskuudessa. Kilpailevaan elinkeinonharjoittajaan viittaamista saatetaan siis käyttää epäoikeutetusti hyväksi sillä verukkeella, että edistetään kilpailua ja annetaan kuluttajille lisätietoja. On siis hyvin tarkkaan rajattava vertailevan mainonnan sisältämä oikeus käyttää toisen merkkiä. Ennen kuin yritän tehdä tämän rajauksen, täsmennän, mitä tarkoitetaan direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdan käsitteellä "erottavat tunnukset".

A *Käsite erottavat tunnukset (toisen kysymyksen b kohta)*

64. Yhteisöjen lainsäätäjä on säätämällään järjestelmällä pyrkinyt edistämään tavaroiden tai palvelujen puolueetonta vertailua säilyttämällä kuitenkin elinkeinonharjoittajille muun muassa yhteisön oikeudessa annetut oikeudet tavaramerkkeihin ja muihin erottautumiskeinoihin. [17]

17 — Direktiivin 12 ja 13 perustelukappale. Direktiivin 13 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa: "Jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY 5 artiklassa — — annetaan rekisteröidyn tavaramerkin haltijalle yksinoikeudet, joihin kuuluu oikeus estää kaikkia muita käyttämästä elinkeinotoiminnassa tunnusta, joka on sama tai samankaltainen kuin samoja tavaroita tai palveluja tai tarvittaessa jopa muita tavaroita varten rekisteröity tavaramerkki."

65. Jotta vertaileva mainonta olisi toimivaa ja sopivaa, sen kohderyhmän on voitava tunnistaa esitellyt tuotteet ja erottaa tietyn yrityksen tuotteet kilpailevan yrityksen tuotteista. [18] Ei siis voida sulkea täysin pois sitä, että elinkeinonharjoittaja viittaa kilpailijoidensa käyttämiin erottaviin tunnuksiin. [19]

66. Erottavan tunnuksen tärkein ominaisuus on tunnistamisen helpottaminen. Direktiivissä tarkoitettuna erottavana tunnuksena ei siis voida pitää seikkaa, jonka avulla ei millään tavalla ole mahdollista yksilöidä elinkeinonharjoittajaa.

67. Toisaalta on välttämätöntä, että käsitettä erottava tunnus tulkitaan hyvin laajasti, jos halutaan välttää se, että vertailevan mainonnan yleistyessä liikealan loiselämä yleistyy.

68. Toisin kuin Katun väittää, erottavan tunnuksen käsitteen voidaan tuskin katsoa tarkoittavan vain tavaramerkkiä tai kauppanimeä, [20] sillä tällöin vaarana on, että sallitaan toiminta, jolla käytetään hyväksi kilpailijoiden mainetta direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdan vastaisesti.

69. Jos ajateltaisiin näin, elinkeinonharjoittajalla olisi oikeus käyttää mitä tahansa kilpailijan yksilöivää tunnistinta, kunhan tämä tunnistin ei saa oikeussuojaa, ja käyttää tunnistinta hyötyäkseen epäoikeutetusti kilpailijan maineesta.

70. On helppoa kuvitella mainontaa, jossa ei suoraan viitata johonkin merkkiin vaan esimerkiksi jonkin tuotteen muotoon tai väriin, jotka tuovat valtaosalle kuluttajista välittömästi mieleen kilpailevan tuotteen. Direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdan suppea tulkinta rajoittaisi suojaa, johon kilpailevilla elinkeinonharjoittajilla on oikeus. Suppea tulkinta aiheuttaisi, että laillisena olisi pidettävä vertailevaa mainontaa, jolla elinkeinonharjoittaja pyrkii omaksi edukseen väärinkäyttämään merkin mainetta tällaisen suojaamattoman ja yksilöivän tunnistimen avulla eli tässä esimerkissä muodon tai värin avulla.

71. Kyseessä olevan säännöksen sanamuoto vahvistaa tätä tulkintaa. Säännöksessä tarkoitetaan tavaramerkin, kauppa-

18 — Direktiivin 14 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa: "Vertailevan mainonnan tehostamiseksi voi kuitenkin olla välttämätöntä yksilöidä kilpailijan tavarat tai palvelut viittaamalla viimeksi mainitun hallussa olevaan tavaramerkkiin tai kauppanimitykseen."

19 — Direktiivin 15 perustelukappale.

20 — Katunin kirjallisten huomautusten s. 6 ja 7.

nimen *tai* muiden erottavien tunnusten mainetta,[21] mikä osoittaa, että käsite erottava tunnus kattaa tavaramerkin ja kauppanimen mutta että ne eivät ole tyhjentävä luettelo käsitteen sisällöstä.

72. Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen perusteella kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava, voidaanko Toshiban tarvikkeet yksilöidä tuotenumeroiden perusteella ja riidanalainen mainonta siis luonnehtia oikeudellisesti direktiivin 2 artiklan 2 a kohdan perusteella.[22] Kansallisen tuomioistuimen tältä osin tekemästä päätelmästä on sille hyötyä, kun se mahdollisesti katsoo näiden tuotenumeroiden olevan direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitettuja erottavia tunnuksia.

73. Elinkeinonharjoittajan tuottamilleen tarvikkeille niiden yksilöimiseksi antamat viitetiedot siis ovat tässä säännöksessä tarkoitettuja erottavia tunnuksia, jos tavanomaisesti valistunut henkilö voi näiden viitetietojen perusteella tunnistaa kyseessä olevan elinkeinonharjoittajan.

B *Kilpailijan maineen epäoikeutettu hyväksikäyttö (kolmas kysymys)*

74. Landgericht Düsseldorf kysyy kolmannella kysymyksellään, voidaanko katsoa, että valmistaja, joka tuottaa tarvikkeita toisen elinkeinonharjoittajan valmistamaa laitetta varten ja joka tarvikkeidensa yksilöimiseksi mainitsee mainonnassaan tämän toisen elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamat viitetiedot myymiensä tarvikkeiden viitetietojen rinnalla, käyttää epäoikeutetuksi hyväkseen kilpailijan erottavien tunnusten mainetta direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitetulla tavalla.

75. Tällä kysymyksellä pyritään määrittelemään kriteerit, joita kansallisen tuomioistuimen on sovellettava arvioidessaan, käyttääkö mainostaja epäoikeutetusti hyväkseen kilpailijansa mainetta (kolmannen kysymyksen a ja b kohta). Kansallinen tuomioistuin haluaa myös tietää, onko näitä kriteereitä valittaessa otettava huomioon se, että jos tuotenumeroita ei saa mainita rinnakkain eli jos sallitaan ainoastaan viittaaminen laitteeseen, johon tarvikkeet on tarkoitettu, kyseessä saattaa olla mainostajan tarvikkeiden jälleenmyynnille asetettu rajoitus (kolmannen kysymyksen c kohta).

76. Kuten direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdasta käy ilmi, vertailevan mainonnan salliminen on vaikeata, jollei samalla hyväksytä vaaraa siitä, että mainostaja saa osansa kilpailijan maineesta. Tämän takia kyseessä olevassa säännöksessä kielletään ainoastaan mainonta, jolla käytetään *epäoikeutetusti* hyväksi kilpailijan mainetta. On tuskin mahdollista

21 — Direktiivin 15 perustelukappaleessa on sama luettelo.

22 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 34, 35 ja 39 kohta.

ilmaista paremmin sitä, että kilpaileva mainostaja saa väistämättä hyötyä maineesta.

77. Elinkeinonharjoittaja voi horjuttaa kilpailijan valta-asemaa tai yksinkertaisesti tämän asemaa samoilla markkinoilla jo nimeämällä kilpailijan, ja siinä tapauksessa, että kilpailija on jo tunnettu, tämä mahdollisuus voi yllyttää elinkeinonharjoittajaa kulkemaan kilpailijan vanavedessä hyötyäkseen sen maineesta. Tällaisessa tilanteessa mainostaja hyötyy kilpailijan maineesta jo rinnastamalla oman nimensä kilpailijan nimeen, tapahtuipa tämä sitten sen käsityksen tukemiseksi, että niiden tuotteet vastaavat toisiaan, tai sen tukemiseksi, että kyseessä olevan elinkeinonharjoittajan tuotteet ovat parempia.

78. Tämän käsityksen paikkansapitävyys ilmenee erityisesti nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa, jossa mainostettava tuote on kilpailevaa merkkiä edustavan laitteen toiminnan kannalta välttämätön tarvike. Kun valmistaja valmistaa tarvikkeita, jotka on tarkoitettu kuluttajille tuttua merkkiä edustavaan laitteeseen, valmistaja hyötyy merkin maineesta. Kun vertaileva mainonta sallitaan, hyväksytään, että tällaisella mainonnalla tietyiltä osin vahvistetaan tätä ilmiötä.

79. On siis tiedettävä rajat, jotka ylittäessään mainostajan on katsottava toimivan sopimattomasti.

80. Asia on näin, jos mainostajan ainoa tarkoitus on käyttää hyväksi kilpailijan mainetta oman toimintansa edistämiseksi. Maineen väärinkäytöstä ei sitä vastoin varsinaisesti ole kyse, jos vertailevan mainonnan sisältö on perusteltavissa tietyillä vaatimuksilla.

81. Direktiivin 14 perustelukappaleen mukaan vertailevan mainonnan tehokkuus voi riippua siitä, että kilpailijan tavarat yksilöidään viittaamalla sen merkkiin tai kauppanimeen. Direktiivin 15 perustelukappaleen mukaan silloin, kun mainostajalle annetaan mahdollisuus käyttää kilpailijan erottavia tunnuksia, aiottuna tavoitteena on "ainoastaan erottaa tavarat tai palvelut toisistaan ja siten puolueettomasti korostaa eroja".

82. Edellä esitetystä ilmenee, että kilpailija voi käyttää elinkeinonharjoittajan yksinoikeutta merkkiin tai muuhun erottavaan tunnukseen, jos tällainen viittaus on perusteltavissa vertailevaa mainontaa koskevilla vaatimuksilla. Mainostajalla on oikeus käyttää viittauksia, jos kilpailevien tuotteiden hyvien ja huonojen ominaisuuksien vertailu on mahdotonta tai yksinkertaisesti vaikeaa, ellei kilpailijaa yksilöidä.

83. Oikeutta viitata kilpailijaan ei lähtökohtaisesti kyseenalaisteta. Vertaileva mai-

nonta tuskin on mahdollista, ellei mainostaja jossakin vaiheessa viittaa kilpailevaan elinkeinonharjoittajaan. Tämä on yksi direktiivin 2 artiklan 2 a kohdassa säädetyistä vertailevan mainonnan määritelmän osatekijöistä; tässä säännöksessä edellytetään kilpailijan tai kilpailijan tarjoamien tavaroiden tunnistettavuutta. [23]

84. On määriteltävä pikemminkin se, millä edellytyksillä on mahdollista käyttää kilpailijan erottavia tunnuksia. Koska oikeudenhaltijoiden suojattujen oikeuksien osalta tehtyjä poikkeuksia on tulkittava suppeasti, [24] poikkeukset voidaan hyväksyä ainoastaan, jos ne ovat ehdottoman tarpeellisia, jotta saavutetaan direktiivillä tavoiteltu päämäärä, joka on tuotteiden objektiivisten ominaispiirteiden vertailun mahdollistaminen.

85. Siten kilpailijan mainetta käytetään epäoikeutetusti hyväksi, jos viittaaminen kilpailijaan tai viittaamistapa ei ole tarpeen sitä varten, että asiakkaille annettaisiin tietoja verrattujen tuotteiden ominaisuuksista. Epäoikeutetusta hyväksikäytöstä ei sitä vastoin ole kyse, jos seikkoja, joita verrataan, ei voida kuvata, ellei mainostaja viittaa kilpailijaan, vaikka mainostaja tästä hieman hyötyisikin.

86. Sama ajatus on lähtökohtana tavaramerkkien osalta direktiivissä 89/104/ETY, [25] jonka 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetään seuraavaa: "Tavaramerkin haltija ei saa kieltää toista käyttämästä elinkeinotoiminnassa tavaramerkkiä, milloin sen käyttäminen on tarpeen tavaran tai palvelun, erityisesti lisätarvikkeiden tai varaosien, käyttötarkoituksen osoittamiseksi."

87. Mielestäni arvioitaessa vertailevan mainonnan laillisuutta direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdan perusteella kriteerinä on käytettävä tarpeellisuutta.

88. Tältä osin olen jo todennut, että tuotenumeroiden rinnakkainen mainitseminen on kaksiselitteinen mainoskeino.

89. Riidanalaista mainontaa voidaan tarkastella kahdesta näkökulmasta.

Katun väittää, että numeroiden rinnakkaisella mainitsemisella pyritään ainoastaan antamaan kuluttajille tietoa tuotteiden käyttötarkoituksesta, joka on sama kuin Toshiban tuotteiden käyttötarkoitus, koska niitä tarvitaan Toshiban kopiokoneiden käytössä. Vaikka Katunin tavoitteena on

23 — Tämän ratkaisuehdotuksen 22 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

24 — Ks. esim. asia C-11/99, Dietrich, tuomio 6.7.2000 (Kok. 2000, s. I-5589, 50 kohta).

25 — Jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annettu ensimmäinen neuvoston direktiivi 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1).

loppujen lopuksi kilpailla Toshiban kanssa Toshiban kopiokoneiden tarvikemarkkinoilla, on selvää, että viitetietojen rinnastamisella pyritään tässä tilanteessa ennen kaikkea ilmoittamaan mainonnan kohderyhmälle kyseessä olevien tuotteiden käyttötarkoitus.

Toisaalta mainonta on niin epämääräistä ja yleisluonteista, että sillä saatetaan pikemminkin tarkoittaa, että nämä tuotteet korvaavat toisensa, täsmentämättä kuitenkaan, miltä osin ne ovat identtisiä. Tältä osin mainonnalla pyritään selvemmin kilpailemaan, varsinkin kun mainoksessa mainitaan rinnakkain annettujen viitetietojen lisäksi, että Katunin tuotteet ovat halvempia mutta samanlaatuisia. Tältä osin on olemassa samaistamisen vaara, joka on hyväksyttävissä ainoastaan, jos se voidaan perustella tarpeella antaa yleisölle tietoa.

90. Tavaroiden tai palvelujen käyttötarkoitusta koskevaa teknistä selvitystä ei välttämättä esitetä vertailevan mainonnan muodossa. Kuluttajille voidaan lähtökohtaisesti ilmoittaa myytävän tuotteen käyttötarkoituksesta yksinkertaisesti muulla kuvaavalla tavalla kuin vertaamalla.

91. Käsiteltävänä olevassa asiassa Katunin myymät tarvikkeet on tarkoitettu toista merkkiä edustaviin laitteisiin, ja tämän takia toisen merkin mainitseminen saattaa olla perusteltavissa. Direktiivin 89/104/ETY 6 artiklan 1 kohdan mukaan kolmas saa käyttää tavaramerkkiä, milloin sen käyttäminen on tarpeen tavaran tai palvelun, erityisesti lisätarvikkeiden tai varaosien, käyttötarkoituksen osoittamiseksi, kunhan hän käyttää niitä hyvää liiketapaa noudattaen.

92. Katun ei kuitenkaan halua pelkästään antaa käyttötarkoitusta koskevaa tietoa kuluttajille. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, Katun väittää myös, että asiakas voi vertailla hintoja, koska tuotenumerot on mainittu rinnakkain.[26] Kun Katun ilmoittaa numerot rinnakkain ilman mitään kuvausta, se samaistaa tuotteet myös muiden ominaispiirteiden kuin vain käyttötarkoituksen osalta. Erityisesti annetaan ymmärtää tuotteiden olevan samanlaatuisia.

93. En käsittele viimeksi mainittua seikkaa, koska tällainen vertailu on lähtökohtaisesti ristiriidassa sen vaatimuksen kanssa, että tuotteiden ominaispiirteitä on verrattava puolueettomasti. Tällainen vertailu ei siis ole mitenkään perusteltavissa.

94. Sitä vastoin on tarkoituksenmukaista tutkia, millä edellytyksillä voidaan katsoa, että mainostajan on välttämätöntä ilmoittaa nämä numerot, kun hän haluaa ensinnäkin tiedottaa kuluttajille tuotteiden

26 — Ennakkoratkaisupyynnön suomenkielisen version s. 5.

käyttötarkoituksesta ja toiseksi vertailla hintoja.

Tuotteiden käyttötarkoitus

95. On tutkittava, missä määrin välttämättömänä voidaan pitää sitä, että kilpailijan tuotenumerot mainitaan ja että ne mainitaan omien tuotenumeroiden rinnalla ilman mainintoja tuotteiden ominaispiirteistä, kun halutaan antaa kuluttajille tietoa tarvikkeiden käyttötarkoituksesta.

96. Sinänsä siitä, että mainostaja ilmoittaa tuotenumerot, ei mielestäni aiheudu erityisiä ongelmia verrattuna siihen, että mainostaja mainitsisi pelkästään merkin, jota varten se valmistaa varaosia ja käytössä kuluvia tarvikkeita. Ei ole mahdotonta, että Toshiban kopiokoneiden käyttäjät pitävät näitä numeroita tämän tavaramerkin erottavina tunnuksina, mikä kansallisen tuomioistuimen on tutkittava. Jos näin on, tuotenumeroiden ilmoittaminen vastaa tavaramerkin itsensä mainitsemista.

97. Toshiban suullisessa käsittelyssä esittämän perusteella se riitauttaa ennen kaikkea sen, että mainonnassa ei ole vertailua, ja se riitauttaa yhtä lailla tuotenumeroidensa kuin tavaramerkkinsä mainitsemisen Katunin tarvikkeiden tunnistamiseksi. Toshiba väittää, että Toshiban tarvikkeisiin viittaaminen ei ole välttämätöntä Katunin tarvikkeiden ja niiden käyttötarkoituksen yksilöimiseksi.

98. Arvioitaessa, onko Katun väärinkäyttänyt kilpailijan mainetta, on kiinnitettävä huomiota siihen, että kilpailevan yrityksen viitetiedot on mainittu omien viitetietojen rinnalla, mikä houkuttelee samaistamaan nämä tarvikkeet.

99. Yhteisöjen tuomioistuimen asiana ei ole tässä asiassa ratkaista, onko mainostajalle välttämätöntä ilmoittaa omien tarvikkeidensa viitetietojen rinnalla kilpailijan viitetiedot. Sitä vastoin sen on annettava kansalliselle tuomioistuimelle tiedot, joiden perusteella se voi tehdä tämän analyysin.

100. Jotta direktiivillä tavoitellut päämäärät saavutettaisiin, mielestäni on tärkeää, että on mahdollista välittää tehokkaasti tarvikkeiden käyttötarkoitusta koskeva tieto, jonka mainostaja yrittää välittää kuluttajille.

101. Tätä tarkoitusta varten soveliaimmilla keinoilla on käytettävä mahdollisimman vähän hyväksi kilpailijan mainetta. Toisen elinkeinonharjoittajan erottavan tunnuksen käyttö voidaan hyväksyä ainoastaan, jos ei ole muita keinoja vertailun toteuttamiseksi.

102. Tässä asiassa kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, onko Katunin tarvikkeiden käyttötarkoituksen ilmaisemiseksi olemassa muita keinoja kuin Toshiban tuotenumeroiden mainitseminen. Kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon, että on täysin laillista mainita sen laitteen merkki, johon tarvikkeet on tarkoitettu. Kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, olisiko mahdollista antaa laitteesta graafinen kuvaus, jossa paikannettaisiin tarvikkeiden sijainti. Saksalainen tuomioistuin voi harkita, onko muita vaihtoehtoja, joihin turvautuessaan Katunin ei tarvitsisi käyttää Toshiban numerointijärjestelmää; tällainen voisi olla tarvikkeiden kirjallinen kuvaus niiden käyttötarkoituksen perusteella.

103. Sitä, että toisen vertailukeinon takia tavarantoimittajan jälleenmyynti on vaikeampaa, ei mielestäni tarvitse ottaa huomioon arvioitaessa, miten suuria vaikeuksia saattaa aiheutua siitä, että tuotenumeroita ei voida käyttää.

104. Jos todetaan, että kilpailijan tuotenumeroiden käyttäminen helpottaa omien tuotteiden jälleenmyyntiä, myönnetään, että hyödytään tämän toisen elinkeinonharjoittajan maineesta. Numerointijärjestelmä on nimittäin yksi tämän toisen elinkeinonharjoittajan toimintatavoista, jolla se vahvistaa mainettaan helpottamalla sitä, että kuluttajat voivat sen tunnistaa.

105. Ei siis voida hyväksyä sitä, että kilpaileva elinkeinonharjoittaja käyttää tuotenumeroita, ellei ensin varmistauduta, ettei ole mitään muuta toteuttamiskelpoista keinoa, jonka avulla elinkeinonharjoittaja voi kilpailla omilla tuotteillaan näin yksilöityjen tuotteiden kanssa. Tuotteiden myynnin helpottaminen tuotenumeroiden maininnalla ei siis ole välttämättä laillista, koska se perustuu suoraan kilpailijaan.[27]

106. Tästä seuraa, että seuraukset, joita aiheutuu siitä, että kilpailevan tuotteen tuotenumeroa ei voida mainita, voidaan ottaa huomioon ainoastaan, jos mainostajalla ei ole mitään muuta keinoa vertailevan mainonnan toteuttamiseksi.

Hintojen vertailu

107. Hintoja koskee sama kysymys kuin tuotteiden käyttötarkoitusta.

27 — On esitettävä kaksi huomautusta väitteestä, jonka mukaan mainostajalle aiheutuu erityisiä vaikeuksia siitä, että sen on kuvattava tarvikkeet yksityiskohtaisesti. Ensinnäkin niiden tarvikkeiden valmistaja, joiden viitetiedot mainitaan rinnakkain omien viitetietojen rinnalla, on itsekin aikoinaan joutunut kohtaamaan tämän vaikeuden ennen kuin kuluttajat ovat oppineet tuntemaan sen numerointijärjestelmän. Toiseksi tiettyä laitetta varten myynnissä olevien tarvikkeiden kokonaismäärä ei välttämättä ole samantekevä, kun arvioidaan kyseessä olevaa vaikeutta, jos tämä vaikeus nyt on otettava huomioon. Tuotteiden graafinen tai kirjallinen kuvaus ei ole niin hankalaa toteuttaa, jos myynnissä on vain muutama tuote, kuin se on silloin, jos tuotteita on kymmeniä.

108. Muistutan, että riidanalaisessa mainonnassa ei ole verrattu suoraan hintoja, mutta sen sanamuodolla annetaan selvästi ymmärtää, että Katunin valmistamat tarvikkeet ovat halvempia kuin Toshiban.

109. Olen todennut, että vaikka vertaileva mainonta on tällä tavalla implisiittistä ja vaikka siinä rajoitutaan tällaiseen mainintaan, se ei ole ristiriidassa direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetun, hintojen puolueetonta vertailua koskevan vaatimuksen kanssa. Jos mitään lukuja ilmoittamatta väitetään, että tuote X on halvempi kuin tuote Y, kyseessä ei ole sinänsä subjektiivisia seikkoja sisältävä arviointi.

110. On kuitenkin pohdittava, onko numeroiden rinnakkainen mainitseminen välttämätöntä, kun hintoja vertaillaan tällä tavalla; tällöin on otettava huomioon erottavan tunnuksen maineen suojaamista koskevat vaatimukset.

111. Voidaan myöntää, että mainitsemalla kilpailijan tuotenumerot ei käytetä epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan mainetta, jos nämä numerot ovat direktiivin 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitettuja erottavia tunnuksia ja jos hinnat mainitaan nimenomaisesti.

112. Ei nimittäin ole mahdollista verrata hintoja, jos ei yksilöidä kilpailevaa elinkeinonharjoittajaa, jonka tuotteet ovat vertailun kohteina. Vaatimus siitä, että kilpailevat tuotteet on voitava täsmällisesti tunnistaa, edellyttää kyseessä olevan elinkeinonharjoittajan yksiselitteistä nimeämistä, vaikka tämä nimeäminen voi tällä edellytyksellä olla myös implisiittinen.

113. On kuitenkin aivan samalla tavalla tarpeellista ilmoittaa vastaavat hinnat nimenomaisesti. Jos mainostajan tavoitteena on hintoja koskeva vertaileva mainonta, Toshiban tuotenumeron tai jonkin muun erottavan tunnuksen ilmoittaminen ei ole hyväksyttävää, jollei samalla ilmoiteta hintaa.

114. Tuotenumeron kaltaisen erottavan tunnuksen rinnakkainen mainitseminen ilman hintatietoja ei täytä enää pelkästään sitä tehtävää, että kilpailija tunnistetaan, kuten on asia vertailtaessa nimenomaisesti hintoja. Kuten olen jo todennut puolueetonta vertailua koskevasta edellytyksestä, kuluttaja saa rinnakkaisesta mainitsemisesta sellaisen käsityksen, että tuotteet ovat samanlaatuisia.

Tällöin on pelättävissä, että mainostaja käyttää epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan mainetta. Viittaaminen kilpailijaan ei enää

palvele pelkästään kilpailevan tuotteen tunnistamista sitä varten, että voidaan verrata objektiivista seikkaa, kuten hintaa. Viittaamiseen turvaudutaan pelkästään, jotta voidaan vihjata samaan laatuun; tällöin mainostaja voi tarpeen vaatiessa erottautua väittämällä, että sen hinnat ovat edullisemmat, vaikka se ei niitä mainitsekaan.

115. Tämän takia mainostaja, joka käyttää kilpailijan erottavaa tunnusta omien tuotteidensa viitetietojen rinnalla mutta joka implisiittisesti vertailee hintoja, käyttää todennäköisemmin epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan mainetta kuin mainostaja, joka antaa rinnakkain samat tiedot mutta joka ilmoittaa esiteltyjen tuotteiden hinnat.

116. Vertailevassa mainonnassa, jolla pyritään hintojen vertailuun, ei siis voida käyttää kilpailijan erottavaa tunnusta, jollei nimenomaisesti mainita jokaisen verailun tuotteen hintaa.

Ratkaisuehdotus

117. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa seuraavasti Landgericht Düsseldorfin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin:

1) Harhaanjohtavaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 10 päivänä syyskuuta 1984 annetun neuvoston direktiivin 84/450/ETY 2 artiklan 2 a kohdassa, sellaisena kuin tämä direktiivi on muutettuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevan

direktiivin 84/450/ETY muuttamisesta sisällyttämällä siihen vertaileva mainonta 6 päivänä lokakuuta 1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/55/EY, tarkoitettuna vertailevana mainontana on pidettävä elinkeinonharjoittajan sellaisten tarvikkeiden menekin edistämiseksi harjoittamaa mainontaa, jotka on tarkoitettu toisen elinkeinonharjoittajan valmistaman laitteen käyttöä varten, kun mainonnassa tarvikkeiden yksilöimiseksi mainitaan tämän toisen elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamat viitetiedot mainostajan tarvikkeiden viitetietojen rinnalla, jos tämä maininta mahdollistaa sen, että tavanomaisesti valistunut henkilö kykenee tunnistamaan elinkeinonharjoittajan, jonka viitetiedot mainonnassa toistetaan.

2) Vertaileva mainonta, jossa tarvikkeiden yksilöimiseksi mainitaan toisen elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamat viitetiedot mainostajan tarvikkeiden viitetietojen rinnalla täsmentämättä muuten esiteltyjen tuotteiden ominaispiirteitä, ei ole direktiivin 84/450/ETY 3 a artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettua tavaroiden puolueetonta vertailua.

Puolueettomasta vertailusta ei ole kyse myöskään, kun vertailevassa mainonnassa esitellään kyseessä olevat tarvikkeet samanlaatuisina ilmoittamatta tarvikkeiden todennettavissa olevia ominaispiirteitä, joiden perusteella tämä käsitys olisi perusteltu, vaikka kyseessä olevassa vertailevassa mainonnassa väitetään mainostajan tarvikkeita myytävän halvemmalla.

3) Elinkeinonharjoittajan tuottamilleen tarvikkeille niiden yksilöimiseksi antamat viitetiedot ovat direktiivin 84/450/ETY 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitettuja erottavia tunnuksia, jos tavanomaisesti valistunut henkilö voi näiden viitetietojen perusteella tunnistaa kyseessä olevan elinkeinonharjoittajan.

4) Kun elinkeinonharjoittaja harjoittaa sellaisten tarvikkeiden menekin edistämiseksi mainontaa, jotka on tarkoitettu toisen elinkeinonharjoittajan valmistaman laitteen käyttöä varten, ja tässä mainonnassa tarvikkeiden yksilöimiseksi mainitsee tämän toisen elinkeinonharjoittajan omille tarvikkeilleen antamat viitetiedot omien tarvikkeidensa viitetietojen rinnalla, mainonnassa käytetään direktiivin 84/450/ETY 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitetulla tavalla epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan mainetta, jos kilpailevan elinkeinonharjoittajan viitetietojen katsotaan olevan direktiivin 84/450/ETY 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitettuja erottavia tunnuksia ja jos viitetietojen mainitseminen ei ole tarpeen, jotta kuluttajille voidaan antaa tietoa vertailtujen tarvikkeiden ominaispiirteistä.

Sen ratkaisemiseksi, käyttääkö mainostaja epäoikeutetusti hyväksi kilpailijan mainetta direktiivin 84/450/ETY 3 a artiklan 1 kohdan g alakohdassa tarkoitetulla tavalla, ei tarvitse ottaa huomioon sitä, että muu vertailukeino kuin kilpailijan omille tarvikkeilleen antamien viitetietojen mainitseminen aiheuttaa sen, että mainostajan tarvikkeiden jälleenmyynti on vaikeampaa.