FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 29. marts 2006 [1]

I — Indledning

1. Ved kendelse af 29. juli 2004 har Rechtbank van Koophandel te Brussel (Handelsretten i Bruxelles, herefter »Rechtbank van Koophandel«) i henhold til artikel 234 EF forelagt Domstolen fem spørgsmål til præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 3a, stk. 1, litra a), b) og c), i Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame [2] (herefter »direktiv 84/450« eller blot »direktivet«), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6. oktober 1997 [3] for at medtage sammenlignende reklame (herefter »direktiv 97/55«).

1 — Originalsprog: italiensk.
2 — EFT L 250, s. 17.
3 — EFT L 290, s. 18.

II — Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

2. Direktiv 84/450 har til formål at »beskytte forbrugerne, de personer, der udøver virksomhed som handlende, håndværkere eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv, samt offentligheden i almindelighed mod vildledende reklame og urimelige følger heraf og at fastsætte, på hvilke betingelser sammenlignende reklame anses for tilladt« (artikel 1).

3. I henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, forstås ved vildledende reklame »enhver reklame, som på nogen måde, herunder dens udformning, skaber eller er egnet til at skabe et urigtigt indtryk hos de personer, den er rettet til eller når ud til, og som på grund af sin vildledende karakter kan antages at påvirke deres økonomiske adfærd, eller som af disse grunde skader eller er egnet til at skade en konkurrent«.

4. Direktivets artikel 3 fastslår følgende:

»Ved afgørelsen af, hvorvidt en reklame er vildledende, skal der tages hensyn til alle dens bestanddele, og især til oplysninger vedrørende:

a) egenskaberne ved varerne eller tjenesteydelserne [...]

b) prisen eller den måde, hvorpå prisen beregnes, samt betingelserne for levering af varerne og erlæggelse af tjenesteydelserne

c) annoncørens status, egenskaber og rettigheder [...]«.

5. Direktivets artikel 3a, stk. 1, bestemmer:

»1. Sammenlignende reklame er tilladt, for så vidt angår sammenligningen, når følgende betingelser er opfyldt:

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

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

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

6. Endeligt har Europa-Parlamentet og Rådet den 11. maj 2005 udstedt direktiv 2005/29/EF (herefter »direktiv 2005/29«) om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 [4], som indfører visse ændringer til direktiv 84/450 om vildledende reklame, idet direktivets bestemmelser om sammenlignende reklame dog er uændrede. Dette direktiv skal være gennemført af medlemsstaterne senest den 12. juni 2007.

4 — EUT L 149, s. 22.

De nationale bestemmelser

7. Direktiv 84/450 er blevet gennemført i belgisk ret ved lov af 14. juli 1991 [5] om handelspraksis og forbrugeroplysning og -beskyttelse, som i den konsoliderede udgave af 8. april 2003 [6] også omfatter alle de ændringer, som er blevet indført med direktiv 97/55 om sammenlignende reklame.

8. Artikel 23a, stk. 1 i den sidstnævnte lov angiver kriterier til vurdering af den sammenlignende reklames lovlighed. Denne artikel gentager hele teksten i direktivets artikel 3a, stk. 1.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

9. Lidl Belgium GmbH & Co KG (herefter »Lidl«) er et tysk selskab, som driver en varehuskæde, der især er aktiv inden for detailhandel med fødevarer og har talrige filialer i Belgien. Etablissementen Franz Colruyt NV (herefter »Colruyt«) er et andet selskab i samme branche, som leder over 170 supermarkeder i Belgien under mærket »Colruyt«.

10. Den 19. januar sendte Colruyt en standardskrivelse til sine kunder med følgende ordlyd:

»Kære kunde.

De har i det forgangne år 2003 igen kunnet spare rigtig meget hos Colruyt. På grundlag af vores gennemsnitlige prisindeks for det forløbne år har vi beregnet, at en familie, som giver 100 EUR ud om ugen hos Colruyt, har sparet mellem 366 og 1 129 EUR ved at handle hos Colruyt i stedet for hos et andet supermarked (som f.eks. Carrefour, Cora, Delhaize osv.) og har sparet mellem 155 og 293 EUR ved at handle hos Colruyt i stedet i en discountforretning eller hos en grossist (Aldi, Lidl, Makro). Omstående ser De udviklingen i prisforskellen i forhold til de andre butikker i løbet af 2003. [...] For fortsat at kunne garantere de laveste priser sammenligner vi dagligt 18 000 priser i andre butikker. [...] Hver måned beregner vi herudfra prisforskellen mellem Colruyt og de andre butikker. Dette kalder vi vores prisindeks, som certificeres af Quality Control, det uafhængige institut for kvalitetskontrol. Dette betyder: Hos Colruyt får De hver dag, på et hvilket som helst tidspunkt af året, fordelen ved de laveste priser. Også i 2004 fastholder vi denne garanti.«

5 — *Moniteur belge*, 29.8.1991.
6 — *Moniteur belge*, 8.4.2003.

11. Derudover bragte Colruyt den følgende tekst på sine kasseboner samt en henvisning til kædens hjemmeside, hvor der fandtes nærmere forklaringer af det prissammenligningssystem, der anvendtes:

»Hvor meget har De sparet i 2003? Såfremt De har givet 100 EUR ud om ugen hos Colruyt, så sparede De ifølge vores prisindeks: mellem 366 og 1 129 EUR i sammenligning med et andet supermarked (f.eks. Carrefour, Cora, Delhaize osv.); mellem 155 og 293 EUR i sammenligning med en discountforretning eller en grossist (Aldi, Lidl, Makro).«

12. Desuden lancerede Colruyt i 2003 et sortiment af basisvarer under navnet »BASIS«. Nogle passager i kædens reklameløbesedler havde den følgende ordlyd: »BASIS: absolut den laveste pris i Belgien. Endnu billigere end det tilsvarende sortiment i discountforretningerne (Aldi, Lidl) [...]«; »BASIS = ABSOLUTTE BUNDPRISER. Oveni et stærkt generelt prisfald tilbyder vi Dem fremover også en lang række varer, som De kan sammenligne med varerne fra de typiske discountforretninger (f.eks. Aldi og Lidl) og med andre supermarkeders »førsteklassespris«-varer. Dette er vores basisvarer: basale dagligvarer til absolutte bundpriser.« På kassebonerne bragte Colruyt også reklameslogans med samme ordlyd.

13. Da Lidl bedømte denne adfærd til at være illoyal sammenlignende reklame og derfor ulovlig i henhold til den anførte belgiske lov af 14. juli 1991, anlagde Lidl sag ved Rechtbank van Koophandel.

14. Da denne ret var i tvivl om fortolkningen af direktivet, fandt den det nødvendigt at stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 3a, stk. 1, litra a), i direktiv 84/450/EØF (som indsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame) fortolkes således, at en sammenligning af annoncørens generelle prisniveau med konkurrenternes, hvorved der på grundlag af en sammenligning af prisen på et udsnit af varer foretages en ekstrapolation, er ulovlig, fordi den under alle omstændigheder fremkalder det indtryk, at annoncøren er billigere med hensyn til hele sit varesortiment, skønt den foretagne sammenligning kun vedrører et begrænset udsnit af varer, medmindre reklamen gør det muligt at bringe på det rene, hvilke og hvor mange af på den ene side annoncørens varer og på den anden side de i sammenligningen inddragne konkurrenters varer, der sammenlignes, og den gør det muligt at få kendskab til,

hvor de i sammenligningen inddragne konkurrenter befinder sig i sammenligningen, og hvad deres priser ville være i sammenligning med annoncørens og de andre i sammenligningen inddragne konkurrenters?

2) Skal artikel 3a, stk. 1, litra b), i direktiv 84/450/EØF (som indsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame) fortolkes således, at sammenlignende reklame kun er tilladt, såfremt sammenligningen vedrører individuelle varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål, med udelukkelse af varesortimenter, selv såfremt disse sortimenter i deres helhed, men ikke nødvendigvis med hensyn til hver enkelt del deraf, opfylder samme behov eller tjener samme formål?

3) Skal artikel 3a, stk. 1, litra c), i direktiv 84/450/EØF (som indsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame) fortolkes således, at sammenlignende reklame, hvori der foretages en sammenligning af priserne på varer eller konkurrenternes generelle prisniveau, kun er objektiv, når den indeholder en opregning af annoncørens og alle de i sammenligningen inddragne konkurrenters sammenlignede varer og priser, og når den gør det muligt at få kendskab til annoncørens og hans konkurrenters priser, i hvilket tilfælde alle de varer, der inddrages i sammenligningen, skulle nævnes udtrykkeligt for hver leverandør for sig?

4) Skal artikel 3a, stk. 1, litra c), i direktiv 84/450/EØF (som indsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame) fortolkes således, at en egenskab i sammenlignende reklame kun opfylder kravet om at kunne dokumenteres i denne artikel, såfremt denne egenskabs rigtighed kan dokumenteres af dem, til hvem reklamen er rettet, eller er det tilstrækkeligt, at egenskaben kan dokumenteres af tredjemænd, som reklamen ikke er rettet til?

5) Skal artikel 3a, stk. 1, litra c), i direktiv 84/450/EØF (som indsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame) fortolkes således, at prisen på varer og

konkurrenters generelle prisniveau i sig selv er en egenskab, der kan dokumenteres?«

15. Under retsforhandlingerne ved Domstolen har Colruyt, Lidl, Republikken Frankrig, Republikken Polen og Kommissionen indgivet skriftlige indlæg.

16. Desuden har Colruyt, Kongeriget Belgien og Kommissionen afgivet indlæg under retsmødet den 7. december 2005.

IV — Retlig gennemgang

Indledning

17. Med sine mange og detaljerede spørgsmål udtrykker den forelæggende ret tvivl om lovligheden af to specifikke former for sammenlignende reklame, som begge tager udgangspunkt i en prissammenligning, dog uden at det i reklamen gøres klart, hvilke varer og tilhørende priser der sammenlignes.

18. Især drejer det sig om en reklame, der på den ene side sammenligner de generelle prisniveauer i forskellige supermarkeder, idet disse beregnes på grundlag af et antal varer, der er udvalgt blandt alle de varer, der sælges af de forskellige konkurrerende virksomheder (herefter »reklamen om prisniveauet«), mens den på den anden side på kategorisk vis hævder, at et bestemt varesortiment er det absolut billigste på markedet (herefter »BASIS-reklamen«).

19. Indledningsvis skal jeg dog bemærke, at nogle af de spørgsmål, som Rechtbank van Koophandel har stillet i forbindelse med den beskrevne reklame, ikke forekommer mig fuldstændigt klare, og tilsyneladende rejser de de samme problemer flere gange (f.eks. at de anfægtede reklamer ikke eksplicit anfører, hvilke varer og hvilke priser annoncøren har sammenlignet).

20. Jeg finder det derfor passende at se bort fra, hvorledes disse spørgsmål skal formuleres eller omformuleres, for at koncentrere mig om deres substans. Set på baggrund af sammenhængen og helheden af de elementer, som er forelagt for Domstolen, mener jeg derfor, at der grundlæggende er tre spørgsmål, som den forelæggende ret stiller os, og det er disse spørgsmål, som jeg i dette forslag til afgørelse vil besvare.

21. Således må man spørge:

i) Kan en sammenlignende reklame henset til kravet om »ensartethed« [7], som fastlagt af direktivets artikel 3a, stk. 1, litra b), ikke blot sammenligne enkelte varer, men også varesortimenter (spørgsmål 2)?

ii) I tilfælde af, at dette spørgsmål besvares bekræftende, følger da af de betingelser, der er indeholdt i samme bestemmelses litra c), om, at sammenligningen skal være »objektiv« og kunne »dokumenteres«, at de varer der indgår i de sammenlignede sortimenter og varernes priser skal nævnes eksplicit i reklamemeddelelsen (spørgsmål 3, 4 og 5)?

iii) Kan en reklame, der sammenligner det generelle prisniveau på grundlag af en kurv af varer, der er udvalgt blandt de varer, der sælges af de forskellige virksomheder, anses for at være »vildledende« som omhandlet i samme bestemmelses litra a), hvis den kan tænkes at forlede forbrugeren til at antage, at alle varer fra en bestemt virksomhed er billigere (spørgsmål 1)?

7 — Kravet om »ensartethed« er således at forstå, at den sammenlignende reklame skal sammenligne »varer [...] der opfylder samme behov eller tjener samme formål« [direktivets artikel 3a, stk. 1, litra b)].

22. Det fremgår således, at det drejer sig om at vurdere, om den her behandlede type reklamer opfylder de betingelser for lovlighed, som direktivet om sammenlignende reklame opstiller i den forbindelse, herunder især, om en sådan reklame opfylder kravene om at være »ensartet«, »objektiv«, at kunne »dokumenteres« og være »ikke vildledende«, hvilke betingelser er kumulative, hvilket vil sige, som det præciseres i 11. betragtning til direktiv 97/55, at en sammenlignende reklame skal overholde alle betingelserne fuldt ud for at være forenelig med fællesskabsretten.

23. Efter denne præcisering skal jeg behandle de enkelte spørgsmål i den ovenfor nævnte form og rækkefølge.

Spørgsmålet om, hvorvidt det er lovligt at sammenligne varesortimenter

24. Med sit andet spørgsmål spørger den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen, om betingelsen om »ensartethed« i henhold til direktivets artikel 3a, stk. 1, litra b), er til hinder for en reklame, der ikke sammenligner enkelte varer eller tjenesteydelser, men foretager en sammenligning af sortimenter af produkter eller tjenesteydelser.

25. Vedrørende dette punkt har parterne fremført divergerende argumenter. Lidl er i lighed med den polske og den franske regering tilbøjelig til at besvare dette spørgsmål bekræftende. Dette begrundes med, at en sådan reklame ville være i modstrid med selve ordlyden i den behandlede bestemmelse (de franske og polske myndigheder), og under alle omstændigheder ville den kunne vildlede forbrugerne, fordi varerne i sortimentet er forskelligartede (jf. Lidl).

26. For sin del mener Kommissionen ikke, at en sammenligning mellem grupper af produkter som sådan er utilladelig. Det afgørende i den forbindelse er den udsendte reklames konkrete egenskaber, og om den overholder direktivets betingelser for lovlighed.

27. Colruyt — der her støttes af den belgiske regering — hævder derimod, at en reklame, der tager udgangspunkt i produktsortimenter, er fuldt lovlig, eftersom de varer, der indgår heri, er udvalgt således, at sammenligningen altid sker mellem produkter, »der opfylder samme behov eller tjener samme formål«.

28. For min del skal jeg straks anføre, at jeg ikke deler den opfattelse, at direktivets artikel 3a, stk. 1, litra b), principielt ikke tillader reklamer, der tager udgangspunkt i en sammenligning af sortimenter af forskellige produkter.

29. Især mener jeg ikke, at den undersøgte bestemmelses ordlyd udelukker en sådan sammenligning. Bestemmelsen fastslår alene, at reklame skal »[sammenligne] varer eller tjenesteydelser, der opfylder samme behov eller tjener samme formål«. Efter min mening har denne betingelse en betydning, der adskiller sig klart fra den betydning, som Lidl og den polske og den franske regering tillægger den, idet den ikke angår mængden eller forskelligartetheden af det produkt, der reklameres for, men produktets art i to henseender.

30. På den ene side fastslår den i litra b) anførte betingelse, at sammenligningen i reklamen altid skal være mellem »varer eller tjenesteydelser«, hvilket betyder, at den forbyder en sammenligning af forskellige konkurrenter uden henvisning til de varer eller tjenesteydelser, som de tilbyder forbrugeren. F.eks. ville en reklame af typen »virksomhed x er mere pålidelig end virksomhed y« efter min mening ikke være tilladelig, idet denne sammenligning ikke vedrører et produkt eller en tjenesteydelse, men en egenskab eller et kendetegn ved de virksomheder, reklamen nævner.

31. På den anden side har den nævnte betingelse til formål at begrænse sammenlignende reklame til at omfatte varer, der indbyrdes kan erstatte hinanden og er af samme art. Igen, for at give et eksempel, mener jeg ikke, at en reklame, der sammenligner en bil med en cykel, kan anses for at være lovlig, eftersom det er indlysende, at disse varer opfylder forskellige behov.

32. Således har den undersøgte betingelse til formål at udelukke »kunstige« former for reklame, der tager udgangspunkt i uforenelige sammenstillinger eller nærmer sig det paradoksale, fordi de overhovedet ikke vedrører varer eller tjenesteydelser eller drejer sig om usammenlignelige varer eller tjenesteydelser.

33. Her skal jeg tilføje, at den opfattelse, at reklame, der tager udgangspunkt i produktsortimenter, som sådan er forbudt, også synes at være i strid med direktivets formål. Direktivet fastslår faktisk, at sammenlignende reklame er et meget vigtigt middel til at »stimulere konkurrencen mellem vare- og tjenesteydelsesleverandørerne«, fordi den vil »bidrage objektivt til at klarlægge fortrinnene ved de forskellige sammenlignelige produkter« (anden betragtning), hvorved den styrker forbrugernes »[ret] til oplysning« (femte betragtning) [8].

34. Med andre ord mener fællesskabslovgiveren, at sammenlignende reklame er egnet til at øge markedets gennemsigtighed, idet den udgør et effektivt middel til forbrugeroplysning og -vejledning. Og faktisk har Domstolen, netop ud fra en sådan betragtning påpeget, at »betingelserne for sammenlignende reklame [skal] fortolkes på den for denne gunstigste måde« [9].

35. En løsning, der altid og i alle tilfælde ville forbyde sammenligning mellem varesortimenter, opfylder klart ikke denne målsætning, da en sådan løsning ville være klart begrænsende for sammenlignende reklame. En reklame af denne informative art, der indeholder sammenfattede strukturerede oplysninger, kan faktisk være nyttig for forbrugeren.

36. Dette gælder især for stordistributionssektoren, inden for hvilken parterne i hovedsagen virker. Det forekommer mig faktisk indlysende, som anført af Colruyt, at den gennemsnitlige forbruger ikke blot vælger, hvilket supermarked han vil købe ind i, på grundlag af de enkelte produkters priser, men også på grundlag af supermarkedernes generelle prispolitik. Derfor kan en reklame, der sammenligner mere generelle og omfattende oplysninger end blot oplysninger om de enkelte produkter, hvis den udføres korrekt, være til hjælp for forbrugeren, idet den viser ham, hvilke supermarkeder der generelt kan tilbyde de laveste priser.

8 — Angående den nære forbindelse mellem forbrugerbeskyttelse og -oplysning, som præger hele fællesskabspolitikken inden for forbrugerbeskyttelse, jf. dom af 7.3.1990, sag C-362/88, GB-INNO-BM, Sml. I, s. 667, præmis 14, og af 18.5.1993, sag C-126/91, Yves Rocher, Sml. I, s. 2361, præmis 17.

9 — Jf. dom af 25.10.2001, sag C-112/99, Toshiba Europe, Sml. I, s. 7945, præmis 37, og af 8.4.2003, sag C-44/01, Pippig Augenoptik, Sml. I, s. 3095, præmis 42.

37. På den anden side og hvis jeg ikke tager fejl, forekommer reklamer, der ikke kun omhandler enkelte varer eller tjenesteydelser, men varekurve eller produktsortimenter ikke sjældent i medlemsstaterne. Jeg skal f.eks. nævne, at den samme handelsret i Bruxelles i en tidligere dom ikke har anset denne form for reklame som sådan for at være retsstridig, men har vurderet dens konkrete indhold og form i lyset af de kriterier, som fastsættes af direktivet [10].

38. Jeg mener derfor, at betingelsen om »ensartethed« i henhold til den undersøgte bestemmelse ikke kan medføre, at reklamer, der tager udgangspunkt i en sammenligning af produktsortimenter som sådan anses for at være utilladelige. Det er klart, at en sådan reklame for at være fuldt lovlig skal overholde alle de anførte betingelser, der er fastlagt i direktivets artikel 3a, stk. 1 (se ovenfor, punkt 22). Jeg skal senere nærmere undersøge, om dette er tilfældet for de reklamer, der er genstand i hovedsagen.

39. I lyset af det anførte foreslår jeg derfor Domstolen at svare den nationale ret, at betingelsen i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra b), ikke er til hinder for en sammenligning i reklameøjemed af sortimenter af varer eller tjenesteydelser.

10 — Dom af 30.6.2004, Cora/Colruyt-sagen, s. 6. En kopi af denne dom indgår i de sagsakter, som Colruyt har indgivet under sagens behandling.

Betingelsen om, at sammenligningen kan dokumenteres

40. Med sit tredje, fjerde og femte spørgsmål spørger Rechtbank van Koophandel, om betingelserne om »objektivitet« og om, at sammenligningen »kan dokumenteres«, jf. direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), medfører, at reklamen eksplicit skal anføre, hvilke enkeltprodukter der indgår i de sammenlignede sortimenter, samt disse produkters priser.

41. Også til dette punkt fremfører parterne divergerende argumenter. Lidl, den polske regering og de franske myndigheder mener, at spørgsmålet må besvares bekræftende. Efter deres mening ville en reklame, der ikke nævner de væsentlige elementer i sammenligningen, hverken være objektiv eller kunne dokumenteres, idet den ikke gør det muligt for modtagerne at kontrollere, om annoncørens påstande er korrekte og præcise. Og det er netop det, der er tilfældet i denne sag, da de reklamer, der er genstand for hovedsagen, ikke sætter forbrugerne i stand til umiddelbart at forstå, hvilke varer og priser der henvises til, og dermed til at kunne efterprøve, om sammenligningen er korrekt.

42. Også Kommissionen mener, at direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), og især den af

denne bestemmelse fastlagte betingelse om, at reklamen skal kunne dokumenteres, uomgængeligt indebærer, at reklamen frem for alt skal gøre det muligt at identificere de produkter, der er genstand for sammenligningen. Alligevel mener Kommissionen ikke, at en entydig henvisning nødvendigvis skal indgå i reklamen, idet det er tilstrækkeligt, hvis reklamen gør det muligt at identificere produkterne indirekte. Også set i dette lys kan denne sags reklame om prisniveauet, som Colruyt har udsendt, ikke anses for lovlig, idet forbrugeren ikke har mulighed for at vide, hvilke varer annoncøren har sammenlignet for at nå frem til de anførte prisniveauer. Derimod ville reklamen om BASIS-produkterne være lovlig, idet sammenligningen her omfatter alle de produkter, som Colruyt har etiketteret med dette mærke, og de tilsvarende produkter i de konkurrerende supermarkeder, hvilket således indirekte sætter forbrugeren i stand til at forstå, hvilke produkter der er blevet sammenlignet.

43. Colruyt og den belgiske regering mener derimod, at det ikke er nødvendigt med nogen form for identifikation af de produkter, der reklameres for, idet et sådant krav ikke udtrykkeligt fremgår af direktivets artikel 3a, stk. 1. De har anført, at kriteriet om »dokumenterbarhed« ikke medfører, at alle de udsagn, der fremsættes i reklamen, skal kunne efterprøves af forbrugeren, men blot, at deres troværdighed skal kunne bevises objektivt af annoncøren, om nødvendigt for domstolene. Desuden føjer kriteriet om »objektivitet« i henhold til den samme bestemmelse intet til kriteriet om, at udsagn skal kunne »dokumenteres«. Hvis denne sidstnævnte betingelse er opfyldt, er dette nemlig i sig selv tilstrækkeligt til at kunne betegne en sammenlignende reklame som »objektiv«.

44. For min del skal jeg straks bemærke, at betingelsen om »objektivitet« som anført i artikel 3a, stk. 1, litra c), ikke forekommer mig reelt relevant for at besvare det spørgsmål, som er blevet stillet af den forelæggende ret. Efter min mening indebærer denne betingelse blot, at de produkter, der reklameres for, skal have egenskaber, der gør det muligt at sammenligne dem på en rimelig og upartisk måde; det vil sige, at den sammenligning, der foretages i reklamen, skal angå kendetegn, som kan beskrives objektivt, og ikke egenskaber, der afhænger af subjektiv smag eller præferencer.

45. For at udtrykke det enkelt og med et konkret eksempel kan en virksomhed sammenligne prisen på to produkter, der svarer til hinanden, og påstå, at det ene er billigere end det andet, eftersom prisen er en objektiv og indiskutabel egenskab. Men virksomheden må derimod ikke hævde over for offentligheden, at dens egne produkter er æstetisk smukkere og mere elegante end konkurrentens, eftersom det er indlysende,

at sådanne egenskaber afhænger af en subjektiv bedømmelse, der kan være forskellig fra person til person [11].

46. Derfor skal det spørgsmål, som Rechtbank van Koophandel stiller, især behandles ud fra kravet om, at reklamen skal kunne »dokumenteres« i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra c).

47. Set i det perspektiv finder jeg Lidls, den polske og den franske regerings samt Kommissionens argument overbevisende, nemlig, at en reklame kun kan anses for at kunne »dokumenteres«, hvis den sætter sine modtagere i stand til at identificere de sammenlignede varer eller tjenesteydelser.

48. Nærmere betragtet ville denne betingelse være helt nytteløs, hvis de berørte (frem for alt forbrugerne eller annoncørens konkurrenter), som kunne have interesse i at efterprøve, om annoncørens påstande er troværdige og korrekte, ikke er i stand til at udføre denne kontrol, idet det klart ville være umuligt at foretage en sammenligning, hvis dens enkelte dele hverken er eller kan blive kendte.

49. På den anden side ville en sammenlignende reklame, der ikke gør det muligt at identificere de sammenlignede varer eller deres egenskaber, heller ikke være i overensstemmelse med den allerede nævnte informationsmålsætning, som direktivet repræsenterer (jf. punkt 33 og 34 ovenfor). En sådan reklame ville således som følge af sin ubestemthed og vaghed ikke være egnet til at vejlede forbrugeren korrekt i forbindelse med hans købsvalg.

50. Jeg skal derfor fastslå, at en sådan reklame ville udvise alle de risici, der traditionelt forbindes med nogle former for sammenlignende reklame (konkurrenter bliver bagtalt, forbrugerne snydt, produkter forvekslet osv.) uden dog at tilbyde de fordele, som denne type reklame kan give forbrugerne (markedet bliver mere gennemsigtigt, konkurrencen mellem de forskellige virksomheder stimuleres osv.).

51. Når dette er sagt, må jeg dog tage afstand fra Lidls og den polske og den franske regerings standpunkt, hvorefter reklamerne skal anføre alle de sammenlignede produkter enkeltvis og med de tilhørende priser.

11 — Jf. også generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 8.2.2001 i Toshiba-sagen, punkt 50 og 51.

52. Først og fremmest mener jeg nemlig ikke, at direktivet rummer mulighed for en sådan fortolkning. I artikel 2 fastslås, at der ved sammenlignende reklame forstås »reklame, som direkte eller indirekte henviser til en konkurrent eller til varer eller tjenesteydelser, som udbydes af en konkurrent« [12]. Direktivet fastsætter heller ikke forskellige betingelser, alt efter om reklamerne indeholder direkte eller indirekte henvisninger; det opregner alene en række krav, som skal overholdes af hvilken som helst form for (direkte eller indirekte) reklame, der svarer til definitionen af »sammenlignende reklame« i henhold til den ovenfor nævnte artikel 2.

53. For det andet ville den anfægtede fortolkning gøre den sammenlignende reklame til et vanskeligt eller uanvendeligt redskab, såfremt de fremskaffede oplysninger er komplekse og talrige. Netop i denne sag hævder Colruyt f.eks., at man har sammenlignet tusindvis af forskellige produkter og priser; det er således klart, at i så fald ville det være så meget desto vanskeligere at tilføje en meget lang liste over de sammenlignede produkter sammen med de dertil hørende priser til reklamen. Men tilsvarende krav om kortfattethed og enkelthed til en reklameannonce kan i forskellige andre tilfælde også foreligge, f.eks. når der foretages sammenligninger af forskellige rengøringsmidlers kemiske bestanddele eller bestemte fødevarers næringsværdier.

54. Faktisk mener jeg, at man altid bør kunne kræve korrekthed og nøjagtighed af en reklame, men ikke, at den altid er detaljeret og fuldstændig, som hvis der var tale om en videnskabelig eller statistisk offentliggørelse. Her kan man f.eks. blot tænke på tilfælde, hvor der udelades aspekter, der ikke er væsentlige eller relevante for reklamen, eller på tilfælde, hvor forbrugeren også ad anden vej kan finde frem til oplysninger, der er nødvendige for at kunne identificere de væsentlige elementer i reklamens sammenligning (f.eks. på annoncørens hjemmeside, som der eventuelt kan henvises til i reklamen).

55. Jeg mener derfor at kunne konkludere, at betingelsen om, at annoncørens udsagn skal kunne dokumenteres, ikke kun skal anses for at være overholdt, når alle sammenligningens dele indgår direkte i reklamen, men også når reklamen angiver, hvor og hvorledes disse dele let kan findes af en gennemsnitlig forbruger, eller i hvert fald giver mulighed for, at forbrugeren under hensyntagen til sammenhængen og de faktiske omstændigheder kan få kendskab hertil.

56. Når dette er sagt, er det næppe nødvendigt at præcisere, at der ikke foreligger en af

12 — Min fremhævelse. Angående fortolkningen af begrebet sammenlignende reklame, jf. også Toshiba-dommen, præmis 31, og Pippig-dommen, præmis 35.

disse opstillede muligheder, hvis man kun kan få dette kendskab ved anlæg af en sag ved den retlige eller administrative kontrolmyndighed. Dette er nemlig det resultat, man ville nå frem til, hvis man fulgte Colruyts opfattelse, hvorefter det her diskuterede krav om dokumenterbarhed også skal anses for overholdt, hvis en forbruger eller en konkurrent ikke har anden mulighed for at identificere de oplysninger, der ligger til grund for den offentliggjorte sammenligning, end at henvende sig til en af disse myndigheder.

57. En sådan opfattelse ville ikke blot gøre garantien om dokumenterbarhed over for forbrugerne ubrugelig, idet den ville tvinge dem til at påtage sig indviklede og bekostelige procedurer, men også føre til en reel forvanskning af logikken i det system, som direktivet indfører. Muligheden for judiciel kontrol bør være begrænset til vurdering af reklamens eventuelle vildledende eller på anden måde utilladelige karakter og til pålæggelse af de deraf følgende sanktioner, men skal under ingen omstændigheder anvendes blot for at tilvejebringe oplysninger.

58. Det kan heller ikke indvendes, at de oplysninger, der ligger til grund for sammenligningerne, kan tænkes at være omfattet af forretningshemmelighed, eller at det kan være vanskeligt at gøre dem tilgængelige i fuldt omfang og i detaljer på grund af deres antal og/eller omfang. Faktisk forekommer argumentet om forretningshemmelighed, som sagsøgte fremsatte under retsmødet, mig i denne sag at være lidet overbevisende, da de oplysninger, der er tale om, alene vedrører en liste over varer, der tilbydes offentligheden, samt de tilhørende priser. På den anden side har jeg allerede understreget, at denne samlede mængde af oplysninger — hvor omfangsrig den end er — også kunne have været fremskaffet ad anden vej, og især kunne oplysningerne have været gjort tilgængelige for forbrugeren ved hjælp af almindeligt anvendte kommunikationsmidler (jf. punkt 54 ff. ovenfor).

59. Jeg bekræfter derfor, at kravet om fuld gennemsigtighed og dokumenterbarhed af de udsagn, der fremsættes i reklamer, efter min mening hverken retligt eller faktisk kan betragtes som en uoverstigelig byrde for annoncøren.

60. Jeg skal tilføje, at denne løsning i øvrigt forekommer mig forenelig med ånden bag det omtalte direktiv 2005/29 om ændring af direktiv 84/450. Det er korrekt, at dette ikke omhandler sammenlignende reklame, men urimelig handelspraksis mellem virksomheder og forbrugere; jeg mener dog alligevel, at det kan give nyttige fingerpeg om fællesskabslovgiverens generelle indfaldsvinkel. Dette direktiv fastslår nemlig i artikel 7, stk. 1 og 3, at en handelspraksis betragtes som vildledende, »hvis den [...] udelader

væsentlige oplysninger [...]. Når det medie, der anvendes til at formidle denne handelspraksis, indebærer begrænsninger i rum eller tid, skal der tages hensyn til disse begrænsninger og til foranstaltninger, som den erhvervsdrivende har truffet *for at gøre oplysningerne tilgængelige for forbrugerne på anden måde*, når det afgøres, om oplysninger er blevet udeladt« [13].

61. Jeg skal nu undersøge de reklamekampagner, som Colruyt har iværksat, i lyset af de anførte betragtninger. Jeg er på baggrund af den test, som jeg tidligere har beskrevet (jf. punkt 55 ovenfor), ikke sikker på, at en reklame som den om BASIS-produkterne kan give mulighed for at identificere de sammenlignede varer og følgelig, om de tilhørende priser kan dokumenteres. Også selv om det på baggrund af de oplysninger, reklamen indeholder, rent faktisk skulle lykkes forbrugeren at identificere de af annoncørens produkter, som reklamen henviser til, ville det i hvert tilfælde endnu skulle dokumenteres, om disse oplysninger også tillader at identificere de produkter fra Colruyts konkurrenter, som indgår i sammenligningen (udtrykt konkret skal forbrugeren ikke blot være i stand til at forstå, hvilken ost der er »Basis«-osten fra Colruyt, men også til at genkende den tænkte »tilsvarende« ost hos Lidl).

62. Dernæst nærer jeg stærk tvivl hvad angår reklamen om prisniveauet. Jeg mener faktisk ikke, at den undersøgte reklame gør det muligt at identificere de varer, der indgår i sammenligningen, eller dokumentere de udsagn, der fremsættes i de omtvistede reklamer. Faktisk er disse varer og de tilhørende priser hverken anført i reklamen eller kan findes ad anden vej. Desuden har Colruyt selv under retsmødet påpeget, »[at give konkurrenter og forbrugere mulighed for at få adgang til de oplysninger, som danner grundlag for prissammenligningen] er der aktuelt ingen planer om«.

63. Når dette er sagt, skal jeg dog minde om, at det er den forelæggende ret, der har det sidste ord i sagen, og denne ret givetvis bedst kan bedømme, om de former for sammenlignende reklame, som Colruyt har udsendt, reelt overholder betingelsen om »dokumenterbarhed« eller ej i den forstand, som jeg tidligere har forsøgt at redegøre for.

64. På baggrund af de anførte betragtninger, foreslår jeg derfor Domstolen at svare, at kravene til den sammenlignende reklames »objektivitet« og »dokumenterbarhed« som fastlagt i direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), ikke er til hinder for reklamer, der ikke udtrykkeligt nævner de sammenlignede varer og priser, når reklamerne angiver, hvor og hvorledes disse oplysninger let kan fremskaffes af en gennemsnitlig forbruger, eller i hvert fald under hensyntagen til sagens sammenhæng og omstændigheder gør det

13 — Min fremhævelse.

klart for ham, hvorledes han kan få kendskab til disse oplysninger.

Reklamens vildledende karakter på grundlag af prisniveauet

65. Endelig spørger den forelæggende ret, om en reklame, der sammenligner de prisniveauer, som visse supermarkeder praktiserer, idet den beregner disse niveauer på grundlag af en varekurv, skal anses for at være »vildledende«, idet den kan forlede forbrugeren til at antage, at det samlede udbud af produkter er billigere.

66. Parterne har fremført divergerende argumenter til dette punkt. Lidl og de polske myndigheder mener, at en sådan reklame bør anses for at være vildledende. Ved at hævde, at Colruyt generelt praktiserer lavere priser end sine konkurrenter, uden dog hverken præcist at angive de priser eller de produkter, der henvises til, giver man indtryk af, at denne supermarkedskæde altid og under alle omstændigheder er billigere.

67. Den franske regering og Kommissionen mener derimod, at det afhænger af sagens omstændigheder, og især af de metoder, hvorved prisniveauet beregnes, om den nævnte sammenligning er egnet til at vildlede forbrugerne. Det påhviler derfor den nationale ret konkret at påvise, om den reklame, som Colruyt har udsendt, er vildledende.

68. Ifølge Colruyt og de belgiske myndigheder er en sammenlignende reklame, der tager udgangspunkt i prisniveauet, ikke vildledende i direktivets forstand, medmindre det udvalg af produkter, der danner grundlag for sammenligningen, ikke er tilstrækkeligt repræsentativt.

69. For min del erindrer jeg om, at i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, er vildledende reklame »enhver reklame, som på nogen måde, herunder dens udformning, skaber eller er egnet til at skabe et urigtigt indtryk hos de personer, den er rettet til eller når ud til, og som på grund af sin vildledende karakter kan antages at påvirke deres økonomiske adfærd, eller som af disse grunde skader eller er egnet til at skade en konkurrent«.

70. For at efterprøve, om disse betingelser er til stede, skal man i henhold til fællesskabs-

retten tage »udgangspunkt i den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger« [14]. Bedømmelsen skal altså foretages sag for sag, idet der tages hensyn til »alle relevante omstændigheder, herunder de forhold, hvorunder varerne sælges, [...] de forskellige former for reklame og denne reklames indhold samt risikoen for vildledning som følge af den forbrugergruppe, der kommer i betragtning« [15].

71. På baggrund af disse kriterier, mener jeg, at en sammenlignende reklame for prisniveauet, hvorved der på grundlag af en sammenligning af prisen på et udsnit af varer foretages en ekstrapolation, og som forleder forbrugeren til at antage, at de fremhævede prisforskelle vedrører alle de produkter, som annoncøren sælger, kan anses for at være vildledende i henhold til direktivet. Faktisk er denne reklame egnet til at fremkalde en falsk forventning hos gennemsnitsforbrugeren, der kan forvente et bestemt besparelsesniveau uafhængigt af, hvilken slags og hvilken mængde varer han køber.

72. Når dette er sagt, skal jeg dog anføre, at det ikke påhviler Domstolen at afgøre, om Colruyts udsagn i den konkrete sag faktisk er af en sådan art, at de forleder et tilstrækkeligt betydeligt antal forbrugere [16] til at antage, at denne annoncør er billigere med hensyn til hele det sortiment af produkter, han markedsfører. Det drejer sig her om en vurdering af de faktiske forhold, der som bekendt påhviler den forelæggende ret [17]. Således er jeg enig med den franske regering og Kommissionen i, at det er denne ret, der skal undersøge den faktiske vildledende karakter af de reklamer, som er blevet påklaget af Lidl, i lyset af alle de relevante omstændigheder.

73. Derfor foreslår jeg Domstolen at svare, at en sammenlignende reklame, der sammenligner de prisniveauer, som forskellige supermarkeder praktiserer, på grundlag af en ekstrapolation af udvalgte oplysninger, og som kan forlede til at antage, at de fremhævede prisforskelle gælder for det samlede sortiment af produkter, som disse supermarkeder sælger, er vildledende i henhold til direktivets artikel 3a, stk. 1, litra a).

14 — Dom af 13.1.2000, sag C-220/98, Estée Lauder, Sml. I, s. 117, præmis 27. Jf. også dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 37.

15 — Dom af 26.11.1996, sag C-313/94, Graffione, Sml. I, s. 6039, præmis 26. Jf. også dom af 16.1.1992, sag C-373/90, X, Sml. I, s. 131, præmis 15 og 16.

16 — Angående denne betingelse, jf. Estée Lauder-dommen, præmis 31, og Gut Springenheide-dommen, præmis 34.

17 — Jf. i denne betydning dom af 17.3.1983, sag 94/82, De Kikvorsch, Sml. s. 947, og af 25.2.1992, sag C-203/90, Gutshof-Ei, Sml. I, s. 1003, samt Graffione-dommen og Gut Springenheide-dommen.

V — Forslag til afgørelse

74. I lyset af de fremsatte overvejelser foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle forespørgsler, som Rechtbank van Koophandel har indgivet, på følgende måde:

»1) Betingelsen om lovlighed i henhold til artikel 3a, stk. 1, litra b), i direktiv 84/450/EØF er ikke til hinder for sammenligninger i reklameøjemed af sortimenter af varer eller tjenesteydelser.

2) Kravene om, at sammenligningen i reklamen skal være »objektiv« og »kunne dokumenteres« som fastsat af direktivets artikel 3a, stk. 1, litra c), er ikke til hinder for, at reklamer ikke udtrykkeligt nævner de sammenlignede varer og priser, når reklamerne angiver, hvor og hvorledes disse oplysninger let kan fremskaffes af en gennemsnitlig forbruger, eller i hvert fald under hensyntagen til sagens sammenhæng og omstændigheder gør det klart for ham, hvorledes han kan få kendskab til disse oplysninger.

3) En sammenlignende reklame, der sammenligner de prisniveauer, som forskellige supermarkeder praktiserer, på grundlag af en ekstrapolation af udvalgte oplysninger, og som forleder til at antage, at de fremhævede prisforskelle gælder for det samlede sortiment af produkter, som disse supermarkeder sælger, er vildledende i henhold til direktivets artikel 3a, stk. 1, litra a).«