CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. TIZZANO
van 29 maart 2006 [1]

I — Opmerking vooraf

1. Bij beslissing van 29 juli 2004 heeft de Rechtbank van Koophandel te Brussel het Hof krachtens artikel 234 EG vijf prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 3 bis, lid 1, sub a, b en c, van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame [2] (hierna: „richtlijn 84/450" of kortweg „richtlijn"), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 [3] (hierna: „richtlijn 97/55") waarbij ook vergelijkende reclame binnen de werkingssfeer van de richtlijn is gebracht.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.
2 — PB L 250, blz. 17.
3 — PB L 290, blz. 18.

II — Juridisch kader

Communautaire regeling

2. Richtlijn 84/450 beoogt „de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd" (artikel 1).

3. Overeenkomstig artikel 2, lid 2, van de richtlijn wordt onder misleidende reclame verstaan „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen".

4. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt:

„Bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is, moeten alle bestanddelen, in het bijzonder de daarin voorkomende mededelingen omtrent de volgende punten, in aanmerking worden genomen:

a) de kenmerken van de goederen of diensten [...]

b) de prijs of de wijze van prijsberekening, alsmede de voorwaarden waarop de goederen worden geleverd of de diensten worden verricht;

c) de hoedanigheid, kwalificaties en rechten van de adverteerder [...]"

5. Artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

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

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

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

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

[...]"

6. Ten slotte hebben het Europees Parlement en de Raad op 11 mei 2005 richtlijn 2005/29/EG (hierna: „richtlijn 2005/29") [4] betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, vastgesteld. Deze richtlijn behelst enkele wijzigingen van richtlijn 84/450 op het gebied van misleidende reclame, doch laat de bepalingen inzake vergelijkende reclame ongewijzigd in stand. Zij dient uiterlijk op 12 juni 2007 door de lidstaten in nationaal recht te zijn omgezet.

4 — PB L 149, blz. 22.

Nationaal recht

7. Richtlijn 84/450 is in de Belgische rechtsorde omgezet bij wet van 14 juli 1991 [5] betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, die in de geconsolideerde versie van 8 april 2003 [6] tevens alle wijzigingen omvat die richtlijn 97/55 inzake vergelijkende reclame heeft doorgevoerd.

8. Artikel 23 bis, §1, van deze wet formuleert de criteria aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of vergelijkende reclame geoorloofd is. Dit artikel bevat een integrale weergave van artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn.

III — Feiten en procesverloop

9. Lidl Belgium GmbH & Co KG (hierna: „Lidl") is een vennootschap naar Duits recht die een warenhuisketen exploiteert en met name actief is in de detailhandel in voedingsmiddelen. Zij heeft tal van filialen in België. Etablissementen Franz Colruyt NV (hierna: „Colruyt") is een andere vennootschap die in dezelfde economische sector actief is. Zij exploiteert meer dan 170 supermarkten in België onder de naam „Colruyt".

10. Op 19 januari 2004 richtte Colruyt een mailing tot haar klanten met de volgende inhoud:

„Beste klant. U hebt het voorbije jaar 2003 weer heel wat kunnen besparen bij Colruyt. Op basis van onze gemiddelde prijsindex van het afgelopen jaar berekenden we dat een gezin dat wekelijks 100 [EUR] uitgeeft bij Colruyt: van [...] 366 tot [...] 1129 [EUR] heeft bespaard door bij Colruyt te winkelen in plaats van bij een andere supermarkt (zoals Carrefour, Cora, Delhaize, enz.); en van [...] 155 tot [...] 293 [EUR] heeft bespaard door bij Colruyt te winkelen in plaats van bij een hard discounter of groothandel (Aldi, Lidl, Makro). Op de keerzijde ziet U de evolutie van het prijzenverschil met de andere winkels, in de loop van 2003. [...] Om continu de laagste prijzen te kunnen garanderen, vergelijken we dagelijks 18 000 prijzen in andere winkels. [...] Elke maand berekenen we aan de hand daarvan het prijsverschil tussen Colruyt en de andere winkels. Dat noemen we onze prijsindex die gecertificeerd wordt door Quality Control, het onafhankelijke Instituut voor Kwaliteitscontrole. Besluit: bij Colruyt geniet u elke dag, op elk moment van het jaar van de laagste prijzen. Ook in 2004 blijven we trouw aan die garantie."

5 — *Belgisch Staatsblad*, 29 augustus 1991.

6 — *Belgisch Staatsblad*, 8 april 2003.

11. Verder stond op de kassabonnen van Colruyt de volgende tekst vermeld, waarbij werd verwezen naar de website van deze onderneming, waar het door Colruyt toegepaste systeem van prijsvergelijking nader wordt uitgelegd:

„Hoeveel hebt u in 2003 bespaard? Stel dat u wekelijks 100 [EUR] hebt uitgegeven bij Colruyt, dan bespaarde u volgens onze prijsindex:

— 366 [EUR] tot 1 129 [EUR] in vergelijking met een andere supermarkt (zoals Carrefour, Cora, Delhaize, enz.);

— 155 [EUR] tot 293 [EUR] in vergelijking met een hard discounter of groothandel (Aldi, Lidl, Makro)."

12. Voorts heeft Colruyt in 2003 een assortiment basisproducten gelanceerd onder de naam „BASIC". Haar reclamefolders bevatten onder meer de volgende passages: „BASIC: absoluut de laagste prijs in België. Nog goedkoper dan het vergelijkbare assortiment van de hard discounters (Aldi, Lidl) [...]" en „BASIC = ABSOLUTE BODEMPRIJZEN. Bovenop een sterke algemene prijsdaling bieden we u voortaan ook heel wat producten die u kan vergelijken met die van de typische hard discounters (zoals Aldi en Lidl) en met de ‚Eerste prijs/Premier prix'-producten van andere supermarkten. [...] Dat zijn onze BASIC-producten: basisproducten voor elke dag, tegen absolute bodemprijzen." Ook op de kassabonnen vermeldde Colruyt reclameslogans van dezelfde strekking.

13. Volgens Lidl kwamen deze praktijken neer op oneerlijke vergelijkende reclame en waren zij dus in strijd met voornoemde Belgische wet van 14 juli 1991. Om deze reden heeft zij beroep ingesteld bij de Rechtbank van Koophandel.

14. Aangezien deze rechter twijfel koesterde omtrent de uitlegging van de richtlijn, heeft hij het noodzakelijk geacht het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de [richtlijn] zo worden uitgelegd dat de vergelijking van het algemeen prijzenpeil van adverteerders met dat van concurrenten, waarbij op basis van een vergelijking van de prijs van een staal van producten een extrapolatie wordt gemaakt, ongeoorloofd is, omdat zij sowieso de indruk creëert dat de adverteerder goedkoper is voor zijn gehele productenassortiment, daar waar de toegepaste vergelijking slechts betrekking heeft op een beperkt staal van producten, tenzij de reclame toelaat om te achterhalen welke en hoeveel producten van enerzijds de adverteerder en anderzijds de in de vergelijking betrokken concurrenten worden vergeleken en zij toelaat te kennen waar de in de vergelijking betrokken concurrenten zich situeren in de vergelijking en wat

hun prijzen dan wel zouden zijn in vergelijking met die van de adverteerder en de andere in de vergelijking betrokken concurrenten?

2) Moet artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de [richtlijn] zo worden uitgelegd dat vergelijkende reclame enkel geoorloofd is indien de vergelijking betrekking heeft op individuele goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, met de uitsluiting van productenassortimenten, zelfs indien deze assortimenten in hun geheel en niet noodzakelijk voor wat betreft elk onderdeel in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd?

3) Moet artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de [richtlijn] zo worden uitgelegd dat vergelijkende reclame, waarin een vergelijking van de prijzen van producten of het algemeen prijzenpeil van concurrenten wordt opgenomen, slechts objectief is wanneer zij een opsomming geeft van de vergeleken producten en prijzen van de adverteerder en alle in de vergelijking betrokken concurrenten en zij toelaat om de door de adverteerder en zijn concurrenten toegepaste prijzen te kennen, in welk geval alle producten die in de vergelijking betrokken werden expliciet zouden moeten worden vermeld, per aparte leverancier?

4) Moet artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de [richtlijn] zo worden uitgelegd dat een kenmerk in vergelijkende reclame slechts aan het controleerbaarheidsvereiste in dit artikel voldoet, indien dit kenmerk op zijn juistheid kan gecontroleerd worden door degenen tot wie de reclame is gericht, of volstaat het dat het kenmerk door derden, tot wie de reclame niet gericht is, kan worden gecontroleerd?

5) Moet artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de [richtlijn] zo worden uitgelegd dat de prijs van producten en het algemeen

prijzenpeil van concurrenten op zichzelf een controleerbaar kenmerk is?"

15. In het aldus bij het Hof aanhangig gemaakte geding zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Colruyt, Lidl, de Franse Republiek, de Poolse Republiek en de Commissie.

16. Verder zijn Colruyt, het Koninkrijk België en de Commissie gehoord ter terechtzitting, die op 7 december 2005 heeft plaatsgevonden.

IV — Juridische analyse

Opmerking vooraf

17. Blijkens zijn verschillende, nader onderverdeelde vragen betwijfelt de verwijzende rechter de rechtmatigheid van twee specifieke vormen van vergelijkende reclame, die beide gebaseerd zijn op een prijsvergelijking, zonder dat in de reclameboodschap echter wordt vermeld welke goederen en prijzen precies worden vergeleken.

18. Meer in het bijzonder gaat het om een reclame die enerzijds het algemene prijspeil van de door verschillende supermarkten gehanteerde prijzen vergelijkt, welk prijspeil wordt berekend op basis van een steekproef van de producten die door de verschillende concurrerende ondernemingen worden verkocht (hierna: „reclame op basis van het prijspeil"), en anderzijds categorisch beweert dat een bepaald productassortiment absoluut het goedkoopste op de markt is (hierna: „reclame betreffende de BASIC-producten").

19. Ik wil echter op voorhand reeds opmerken, dat sommige vragen van de Rechtbank van Koophandel met betrekking tot de beschreven reclamevormen mij niet geheel duidelijk zijn. Bovendien lijken zij telkens dezelfde vraagstukken op te werpen (bijvoorbeeld dat de bestreden reclameboodschappen niet uitdrukkelijk de goederen en de prijzen vermelden die door de adverteerder worden vergeleken).

20. Ik acht het derhalve zinvol mij, los van de formulerings- of herformuleringsproblemen van deze vragen, op de kern ervan te concentreren. Gelet op de context en de aan het Hof voorgelegde gegevens lijkt het mij, dat de verwijzende rechter in wezen drie vragen stelt. Deze vragen zal ik in het kader van de onderhavige procedure trachten te beantwoorden.

21. Derhalve moet worden onderzocht:

i) of vergelijkende reclame, gelet op het in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de richtlijn neergelegde vereiste van „homogeniteit" [7], niet alleen afzonderlijke producten maar ook productassortimenten mag betreffen (tweede vraag);

ii) zo ja, of de in voornoemde bepaling sub c gestelde voorwaarden van „objectiviteit" en „controleerbaarheid" van de vergelijking vereisen dat de reclameboodschap uitdrukkelijk vermeldt, uit welke producten de vergeleken assortimenten bestaan en wat de prijzen daarvan zijn (derde, vierde en vijfde vraag);

iii) of een reclame die het algemeen prijspeil vergelijkt op basis van een steekproef van de producten van verschillende ondernemingen, moet worden aangemerkt als „misleidend" in de zin van voornoemde bepaling sub a, aangezien zij bij de consument de indruk zou kunnen wekken dat een bepaalde onderneming minder duur is ten aanzien van al haar producten (eerste vraag).

7 — Het vereiste van homogeniteit betekent dat de vergelijkende reclame „goederen of diensten [moet vergelijken] die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd".

22. Zoals wij zien, gaat het dus uiteindelijk om de vraag of het in geding zijnde type reclameboodschappen voldoet aan de in de richtlijn gestelde voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame, en met name aan de vereisten van „homogeniteit", „objectiviteit" en „controleerbaarheid en „niet-misleidendheid" van dergelijke reclame. Zoals in de elfde overweging van de considerans van richtlijn 97/55 wordt gepreciseerd, zijn deze voorwaarden cumulatief, hetgeen betekent dat vergelijkende reclame aan al deze voorwaarden in hun geheel moet voldoen om verenigbaar met het gemeenschapsrecht te zijn.

23. Thans zal ik de afzonderlijke vragen onderzoeken volgens de hierboven genoemde aanpak en volgorde.

De geoorloofdheid van de vergelijking van productassortimenten

24. De tweede vraag van de verwijzende rechter komt erop neer, of het in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de richtlijn geformuleerde vereiste van „homogeniteit" in de weg staat aan reclame die geen afzonderlijke goederen of diensten, doch assortimenten van producten of diensten vergelijkt.

25. Partijen in het hoofdgeding voeren op dit punt verschillende argumenten aan. Lidl alsook de Poolse en de Franse regering stellen een bevestigend antwoord op deze vraag voor, en wel omdat een dergelijke reclame indruist tegen de letter van de betrokken bepaling (Franse en Poolse regering) en de consument hoe dan ook zou kunnen misleiden wegens de heterogeniteit van de producten die deel uitmaken van het assortiment (Lidl).

26. De Commissie acht een vergelijking van groepen producten niet per se onrechtmatig. Volgens haar zijn in dit verband doorslaggevend de concrete kenmerken van de verspreide reclameboodschap en de vraag of de reclameboodschap aan de geoorloofdheidsvereisten van de richtlijn voldoet.

27. Colruyt — daarin ondersteund door de Belgische regering — stelt daarentegen, dat een reclame gebaseerd op productassortimenten volkomen rechtmatig is, mits de daarvan deel uitmakende goederen zodanig zijn gekozen dat de vergelijking altijd plaatsvindt tussen producten „met dezelfde kenmerken" die „in dezelfde behoeften voorzien".

28. Ik zeg meteen dat ik de stelling dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de richtlijn reclameboodschappen gebaseerd op een vergelijking tussen diverse productassortimenten in beginsel verbiedt, niet onderschrijf.

29. Om te beginnen denk ik niet dat de letter van deze bepaling een dergelijke vergelijking uitsluit. Hierin wordt immers enkel voorgeschreven dat de reclame „goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd". Mijns inziens heeft deze voorwaarde een heel andere strekking dan door Lidl alsook de Poolse en de Franse regering wordt gesuggereerd, in die zin dat zij niet doelt op de hoeveelheid of de diversiteit van de geadverteerde producten, maar op de aard daarvan en wel vanuit twee invalshoeken.

30. Enerzijds moet vergelijkende reclame op grond van de voorwaarde sub b altijd betrekking hebben op „goederen of diensten", zodat een vergelijking tussen verschillende concurrenten is uitgesloten wanneer zij geen betrekking heeft op de goederen of diensten die door deze concurrenten aan de consument worden aangeboden. Zo is naar mijn mening niet aanvaardbaar een reclame van het type „onderneming X is betrouwbaarder dan onderneming Y", aangezien een dergelijke vergelijking geen producten of diensten betreft, maar een hoedanigheid of kenmerk van de in de reclame genoemde ondernemingen.

31. Anderzijds heeft deze voorwaarde tot doel, vergelijkende reclame te beperken tot goederen die onderling vervangbaar of homogeen zijn. Ik geef weer een voorbeeld: een reclame waarin een auto met een fiets wordt vergeleken, kan niet geoorloofd worden geacht, omdat deze goederen duidelijk in andere behoeften voorzien.

32. Kortom, de betrokken voorwaarde beoogt „gekunstelde" reclamevormen die mank lopende of aan het parodoxale grenzende vergelijkingen bevatten, te verbieden, omdat deze hetzij niet op goederen of diensten, hetzij niet op vergelijkbare goederen of diensten zijn gebaseerd.

33. Voorts acht ik het ook in strijd met het doel van de richtlijn om reclameboodschappen op basis van productassortimenten zonder meer als verboden aan te merken. De richtlijn beschouwt vergelijkende reclame juist als een zeer belangrijk middel om „in het belang van de consument [...] de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten [te bevorderen]", omdat deze reclame „ertoe bijdra[agt] dat de voordelen van de verschillende vergelijkbare producten objectief kunnen worden belicht" (tweede overweging van de considerans), waardoor „het recht op voorlichting" van de consument wordt versterkt (vijfde overweging van de considerans). [8]

34. Met andere woorden, de gemeenschapswetgever acht vergelijkende reclame geschikt om de transparantie van de markt te verhogen, aangezien het een doeltreffend middel is om de consument te informeren en te oriënteren. Juist vanuit deze optiek heeft het Hof verklaard dat „de aan vergelijkende reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest gunstige zin [moeten] worden uitgelegd". [9]

35. Een oplossing echter die een vergelijking van assortimenten van goederen altijd en in alle gevallen verbiedt, stelt duidelijk beperkingen aan vergelijkende reclame en valt derhalve moeilijk met deze doelstelling te verenigen. Een reclamefolder van dit type, die samengevoegde en beknopte gegevens bevat, kan in werkelijkheid nuttig zijn voor de consument.

36. En wel in het bijzonder in de supermarktsector, waar partijen in het hoofdgeding actief zijn. Het ligt mijns inziens namelijk voor de hand dat, zoals Colruyt betoogt, de gemiddelde consument de supermarkt waar hij boodschappen doet, niet alleen selecteert op basis van de prijs van afzonderlijke producten maar ook op basis van het algemene prijsbeleid van deze supermarkt. Derhalve kan een reclame waarin gegevens worden vergeleken die algemener en volledi ger zijn dan die met betrekking tot individuele goederen, mits zij op correcte wijze wordt gemaakt, de consument van nut zijn, omdat daarin de supermarkten worden vermeld die in staat zijn algemeen lagere prijzen aan te bieden.

8 — Zie, met betrekking tot het nauwe verband tussen bescherming en voorlichting van de consument in het gehele communautaire beleid op het gebied van consumentenbescherming, arresten van 7 maart 1990, GB-INNO-BM (362/88, Jurispr. blz. I-667, punt 14), en 18 mei 1993, Yves Rocher (C-126/91, Jurispr. blz. I-2361, punt 17).

9 — Zie arresten van 25 oktober 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Jurispr. blz. I-7945, punt 37), en 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punt 42).

37. Bovendien komt, als ik mij niet vergis, reclame voor een reeks producten of een productassortiment, in plaats van voor individuele goederen of diensten, regelmatig in de lidstaten voor. Ik herinner er bijvoorbeeld aan, dat dezelfde Rechtbank van Koophandel te Brussel in een eerder geding een dergelijke reclamevorm niet zonder meer als ongeoorloofd heeft aangemerkt, doch concreet de inhoud en de modaliteiten ervan heeft getoetst aan de criteria van de richtlijn. [10]

38. Het in de betrokken bepaling neergelegde vereiste van „homogeniteit" kan er echter niet toe leiden, dat reclameboodschappen waarin een vergelijking tussen productassortimenten wordt gemaakt, zonder meer onrechtmatig zijn. Het is duidelijk dat een dergelijke reclame, wil zij volkomen geoorloofd zijn, zal moeten voldoen aan elk van de vereisten van artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn afzonderlijk en gezamenlijk (zie hierboven, punt 22). Hierna zullen wij zien of dit het geval is met de in het hoofdgeding centraal staande reclameboodschappen.

39. In het licht van de voorgaande overweging stel ik het Hof dus voor, de nationale rechter te antwoorden dat de voorwaarde van artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de richtlijn zich niet verzet tegen een vergelijkende reclame van assortimenten van goederen of diensten.

10 — Beslissing van 30 juni 2004, Cora/Colruyt, blz. 6. Een afschrift van deze beslissing is als bijlage bij de memorie van Colruyt in de onderhavige procedure gevoegd.

De voorwaarde van de controleerbaarheid van de vergelijking

40. Met zijn derde, vierde en vijfde vraag wil de Rechtbank van Koophandel weten of uit de voorwaarden van „objectiviteit" en „controleerbaarheid" in artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn voortvloeit dat de reclameboodschap uitdrukkelijk dient te vermelden uit welke producten de vergeleken assortimenten bestaan en wat de prijs daarvan is.

41. Ook op dit punt voeren partijen in het hoofdgeding uiteenlopende argumenten aan. Lidl, de Poolse regering en de Franse autoriteiten stellen voor, deze vraag bevestigend te beantwoorden. Naar hun mening is een reclame die niet de wezenlijke elementen van de vergelijking vermeldt, objectief noch controleerbaar, omdat zij de adressaten ervan niet in staat stelt de juistheid en de nauwkeurigheid van de beweringen van de adverteerder na te gaan. En dit nu is in casu precies het geval, omdat de reclameboodschappen die voorwerp zijn van het hoofdgeding de consument niet in staat stellen onmiddellijk te begrijpen, om welke goederen en prijzen het gaat, en dus om de juistheid van de gemaakte vergelijking te controleren.

42. Ook de Commissie acht het op grond van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn

en met name het daaruit voortvloeiende controleerbaarheidsvereiste onontbeerlijk, dat de reclame in de eerste plaats het identificeren van de vergeleken producten mogelijk maakt. Dit betekent echter niet, dat de producten noodzakelijkerwijs in de reclameboodschap zelf moeten worden vermeld; het volstaat dat uit de reclame kan worden opgemaakt om welke producten het gaat. Dan nog steeds kan de door Colruyt verspreide reclame over het prijspeil in casu niet geoorloofd worden geacht, omdat de consument daaruit niet kan afleiden, welke goederen de adverteerder heeft vergeleken om het vermelde prijspeil te berekenen. De reclame voor de BASIC-producten is daarentegen wèl geoorloofd, want daarin worden alle producten van Colruyt waarop dit merk is aangebracht, vergeleken met de equivalente producten van de concurrerende supermarkten, zodat de consument indirect kan weten op welke producten wordt gedoeld.

43. Volgens Colruyt en de Belgische regering is het niet noodzakelijk dat de producten waarvoor reclame wordt gemaakt, kunnen worden geïdentificeerd, omdat artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn dit niet uitdrukkelijk voorschrijft. Zij stellen met name, dat het criterium van de „controleerbaarheid" niet inhoudt dat de consument alle beweringen in reclame-uitingen moet kunnen controleren; als enige vereiste geldt, dat de adverteerder de waarachtigheid daarvan objectief moet kunnen aantonen, zo nodig in rechte. Bovendien voegt het vereiste van „objectiviteit" in deze bepaling niets toe aan het vereiste van „controleerbaarheid". Indien namelijk aan laatstgenoemd vereiste is voldaan, volstaat dit automatisch om een vergelijkende reclame als „objectief" te kunnen aanmerken.

44. Van mijn kant wijs ik er terstond op, dat ik het vereiste van „objectiviteit" van artikel 3 bis, lid 1, sub c, niet echt relevant acht voor de beantwoording van de door de verwijzende rechter gestelde vraag. Dit vereiste vergt mijns inziens namelijk slechts, dat de kwaliteiten van de geadverteerde producten van dien aard zijn dat zij op billijke en onpartijdige wijze kunnen worden vergeleken. Welnu, de vergelijking in de reclameboodschap heeft betrekking op kenmerken die objectief kunnen worden vastgesteld en niet op kwaliteiten die afhankelijk zijn van subjectieve smaken of voorkeuren.

45. Ter vereenvoudiging noem ik het volgende voorbeeld. Een onderneming kan wel degelijk de prijs van twee soortgelijke producten vergelijken door te stellen dat het ene product goedkoper is dan het andere, omdat de prijs een objectief en onbetwistbaar kenmerk is. Zij kan echter geen reclame voor haar eigen producten maken door te beweren dat deze mooier of sierlijker zijn dan die van de concurrent, want het spreekt voor zich dat dergelijke kenmerken een subjectief

oordeel inhouden dat van persoon tot persoon kan verschillen. [11]

46. De vraag van de Rechtbank van Koophandel moet derhalve vooral worden onderzocht in het licht van het vereiste van de „controleerbaarheid" van reclame, zoals bedoeld in artikel 3 bis, lid 1, sub c.

47. In dit licht bezien, lijkt mij het argument van Lidl, de Poolse en de Franse regering alsook de Commissie overtuigend, namelijk dat een reclameboodschap uitsluitend als „controleerbaar" kan worden aangemerkt, indien de adressaten ervan daaruit kunnen afleiden, om welke goederen of diensten het in de vergelijking gaat.

48. Welbeschouwd zou deze voorwaarde namelijk van elk nuttig effect worden beroofd, indien degenen die er potentieel belang bij hebben om de waarachtigheid en de juistheid van de beweringen van de adverteerder te controleren (in primis, de consumenten of de concurrenten van de adverteerder), niet in staat zouden worden gesteld een dergelijke controle te verrichten, want het moge duidelijk zijn dat het onmogelijk is een vergelijking te maken wanneer de factoren bekend noch kenbaar zijn.

49. Bovendien strookt een vergelijkende reclame waaruit niet kan worden opgemaakt welke goederen of kenmerken daarvan worden vergeleken, evenmin met het reeds genoemde doel van de richtlijn om de consument te informeren (zie hierboven, punten 33-34). Wegens de onbepaaldheid en de vaagheid ervan is een dergelijke reclame immers niet geschikt om de consument naar behoren te oriënteren bij zijn aankoopkeuzes.

50. Ten slotte merk ik op, dat een dergelijke reclame alle risico's met zich brengt die traditioneel worden geassocieerd met sommige vormen van vergelijkende reclame (laatdunkendheid ten opzichte van concurrenten, misleiding van de consument, verwarring van producten, enz.), zonder evenwel de voordelen te bieden die deze reclame voor de consument zou moeten opleveren (grotere markttransparantie, prikkel tot concurrentie tussen de verschillende ondernemingen, enz.).

51. Daarentegen kan ik mij niet aansluiten bij het standpunt van Lidl alsook van de Poolse en de Franse regering, dat reclameboodschappen alle vergeleken producten, met inbegrip van hun prijzen, gedetailleerd moeten vermelden.

11 — Zie ook conclusie van advocaat-generaal Léger van 8 februari 2001 in de zaak Toshiba Europe, reeds aangehaald, punten 50-51.

52. In de eerste plaats lijkt de richtlijn geen steun te bieden voor een dergelijke uitlegging. Artikel 2 ervan bepaalt immers, dat onder vergelijkende reclame moet worden verstaan „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of *impliciet* worden genoemd". [12] Evenmin legt de richtlijn andere voorwaarden op, volgens welke reclameboodschappen uitdrukkelijke of impliciete verwijzingen zouden moeten bevatten; zij somt enkel een reeks vereisten op waaraan iedere vorm van (uitdrukkelijke of impliciete) boodschap die onder de definitie van „vergelijkende reclame" in de zin van voornoemd artikel 2 valt, moet voldoen.

53. In de tweede plaats zou de bekritiseerde uitlegging ertoe leiden, dat vergelijkende reclame een moeilijk of helemaal niet bruikbaar middel wordt telkens wanneer de uitgewerkte gegevens complex en talrijk zijn. In casu bijvoorbeeld stelt Colruyt, dat duizenden producten en prijzen zijn vergeleken; het is duidelijk dat het in een dergelijk geval des te moeilijker zou zijn om een uiterst lange lijst van vergeleken producten met hun respectieve prijzen in de reclameboodschap op te nemen. Soortgelijke vereisten van beknoptheid en eenvoud van advertenties kunnen echter ook in tal van andere gevallen bestaan, bijvoorbeeld wanneer de chemische bestanddelen van verschillende schoonmaakproducten of de voedingswaarde van bepaalde levensmiddelen worden vergeleken.

54. In feite moet volgens mij van een reclameboodschap altijd worden verlangd dat zij correct en nauwkeurig is, maar niet daarenboven dat zij gedetailleerd en volledig is, als ware het een wetenschappelijke of statistische publicatie. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval dat in de boodschap aspecten worden weggelaten die niet van wezenlijk belang of kenmerkend voor de reclame zijn, of het geval dat de consument de noodzakelijke gegevens om de wezenlijke factoren van de in de reclame gemaakte vergelijking te kennen, langs andere wegen kan achterhalen (bijvoorbeeld via de internetsite van de adverteerder, waarnaar de reclame eventueel verwijst).

55. Concluderend ben ik derhalve van mening, dat aan het vereiste van de controleerbaarheid van de beweringen van de adverteerder niet alleen is voldaan — uiteraard — wanneer alle elementen van de vergelijking rechtstreeks in de reclameboodschap zijn opgenomen, maar ook wanneer in de boodschap wordt aangegeven waar en op welke wijze die elementen gemakkelijk door de gemiddelde consument kunnen worden achterhaald, of wanneer de boodschap hem hoe dan ook, gelet op de context en de omstandigheden van het geval, duidelijk in staat stelt om deze elementen te kennen.

56. Dit gezegd zijnde, behoeft het amper betoog dat zulks niet het geval is wanneer

12 — Cursivering van mij. Ten aanzien van de reikwijdte van het begrip vergelijkende reclame, zie ook reeds aangehaalde arresten Toshiba Europe, punt 31, en Pippig Augenoptik, punt 35.

een dergelijke kennis slechts kan worden verworven door het instellen van een procedure bij de rechter of bij de controlerende administratieve instantie. Dit zou echter het resultaat zijn, indien de stelling van Colruyt werd aanvaard, dat het vereiste van controleerbaarheid ook vervuld moet worden geacht wanneer een consument of concurrent over geen ander middel beschikt om de vergeleken gegevens te kennen dan het adiëren van een van deze autoriteiten.

57. Een dergelijke stelling zou immers niet alleen de garantie van controleerbaarheid ten opzichte van de consumenten tenietdoen door hun te verplichten ingewikkelde en kostbare procedures in te leiden, maar ook ernstig afbreuk doen aan de systematiek van de richtlijn. De gerechtelijke weg staat namelijk enkel open met het oog op de vaststelling dat de reclame eventueel misleidend of hoe dan ook onrechtmatig is, en de toepassing van de daaruit voortvloeiende sancties, en zeker niet met het oog op de loutere vergaring van gegevens.

58. Evenmin kan worden tegengeworpen dat de vergeleken gegevens eventueel onder het handelsgeheim vallen of dat het, gezien het aantal en/of de omvang ervan, moeilijkheden zou kunnen opleveren om ze volledig en gedetailleerd te verstrekken. Ik acht namelijk het argument van de vertrouwelijkheid van de commerciële gegevens, waarop de gedaagde onderneming ter terechtzitting heeft gezinspeeld, in casu weinig overtuigend, omdat de betrokken gegevens niets anders zijn dan een opsomming van de aan het publiek aangeboden producten en hun prijzen. Anderzijds heb ik reeds onderstreept, dat al deze gegevens — ook indien zij volumineus zijn — tevens langs andere wegen kunnen worden achterhaald, welke met name voor de consument toegankelijk zijn geworden via algemeen gangbare communicatiemiddelen (zie hierboven, punten 54 e.v.).

59. Derhalve ben ik van mening dat het voor de adverteerder — juridisch of feitelijk — geen ondraaglijke last vormt, indien van hem wordt verlangd dat de beweringen in een reclameboodschap volkomen doorzichtig en controleerbaar zijn.

60. Deze oplossing lijkt mij bovendien in overeenstemming met de geest van voornoemde richtlijn 2005/29, waarbij richtlijn 84/450 is gewijzigd. Weliswaar heeft deze richtlijn geen betrekking op vergelijkende reclame maar op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, doch niettemin kan zij naar mijn mening nuttige aanwijzingen verschaffen voor de algemene koers van de gemeenschapswetgever. Artikel 7, leden 1 en 3, van deze richtlijn bepaalt namelijk, dat als misleidend wordt beschouwd „een handelspraktijk die [...] essentiële informatie [...] weglaat. Indien het voor de handelspraktijk gebruikte medium

beperkingen qua ruimte of tijd meebrengt, wordt bij de beoordeling of er informatie werd weggelaten met deze beperkingen rekening gehouden, alsook met maatregelen die de handelaar genomen heeft *om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen*". [13]

61. Indien ik de reclamecampagnes van Colruyt in het licht van de voorgaande overwegingen bezie, ben ik er, gelet op de hierboven door mij voorgestelde toets (punt 55), niet zeker van of een reclame zoals die voor de BASIC-producten het mogelijk maakt, de vergeleken goederen te identificeren en dus de prijzen daarvan te controleren. Ook al slaagt de consument er namelijk op basis van de informatie in de reclameboodschap in, om de producten van de adverteerder waarnaar de reclame verwijst, te identificeren, dan nog moet hoe dan ook nog steeds worden onderzocht, of deze informatie het ook mogelijk maakt de in de vergelijking betrokken producten van de concurrenten van Colruyt te kennen (concreet gezegd: de consument moet niet alleen kunnen begrijpen welke kaas met „BASIC"-kaas van Colruyt wordt bedoeld, maar hij moet ook kunnen achterhalen wat het gestelde „equivalente" product van Lidl is).

62. Daarnaast koester ik ook sterke twijfel omtrent de reclame op basis van het prijspeil. Deze lijkt mij in casu namelijk geen identificatie van de vergeleken producten, noch een controle van de beweringen in de litigieuze reclame mogelijk te maken, want deze producten en hun respectieve prijzen worden niet vermeld in de reclameboodschap, noch kunnen zij langs andere wegen worden achterhaald. Bovendien heeft Colruyt ter terechtzitting gepreciseerd, dat momenteel niet is voorzien in de mogelijkheid voor concurrenten en consumenten om toegang te krijgen tot de gegevens waarop de prijsvergelijking is gebaseerd.

63. Ik wil er echter aan herinneren, dat het laatste woord hierover aan de verwijzende rechter is, die ongetwijfeld het best in staat is om te beoordelen of de door Colruyt verspreide vormen van vergelijkende reclame daadwerkelijk voldoen aan het vereiste van „controleerbaarheid" in de zin die ik hierboven heb trachten te preciseren.

64. Op basis van de voorgaande overwegingen stel ik het Hof derhalve voor, te antwoorden dat de in artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn neergelegde vereisten van „objectiviteit" en „controleerbaarheid" van vergelijkende reclame zich niet verzetten tegen reclameboodschappen die niet uitdrukkelijk de vergeleken goederen en prijzen vermelden, wanneer deze boodschappen aangeven waar en op welke wijze deze gegevens gemakkelijk door de gemiddelde consument kunnen worden achterhaald, of

13 — Cursivering van mij.

althans wanneer zij de consument duidelijk de mogelijkheid bieden, gelet op de context en de omstandigheden van het geval, kennis van deze gegevens te nemen.

67. De Franse regering en de Commissie zijn daarentegen van mening, dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of deze vergelijking de consumenten kan misleiden, en met name van de methode die wordt gehanteerd om het prijspeil te berekenen. Het staat volgens hen dan ook aan de nationale rechter om concreet vast te stellen of de door Colruyt verspreide reclameboodschap misleidend is.

Het misleidende karakter van reclame op basis van het prijspeil

68. Volgens Colruyt en de Belgische autoriteiten ten slotte is een type vergelijkende reclame dat gebaseerd is op het prijspeil, niet misleidend in de zin van de richtlijn, tenzij het gamma van producten dat ten grondslag ligt aan de vergelijking, niet voldoende representatief is.

65. Tot slot vraagt de verwijzende rechter in wezen of reclame die het door sommige supermarkten gehanteerde prijspeil vergelijkt, waarbij dit prijspeil wordt berekend op basis van een steekproef van producten, moet worden aangemerkt als „misleidend", voor zover hierdoor bij de consument de indruk zou kunnen worden gewekt dat het aanbod voordeliger is ten aanzien van alle producten.

69. Ik wijs er om te beginnen op, dat in de zin van artikel 2, lid 2, van de richtlijn misleidend is „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen".

66. Partijen in het hoofdgeding voeren op dit punt tegengestelde argumenten aan. Lidl en de Poolse autoriteiten menen dat een dergelijke reclame misleidend is. Door namelijk te beweren dat Colruyt prijzen hanteert die algemeen lager zijn dan die van haar concurrenten, zonder echter te specificeren op welke prijzen en goederen zij doelt, wordt de indruk gewekt dat deze supermarktketen altijd en hoe dan ook goedkoper is.

70. Om na te gaan of aan deze voorwaarden is voldaan, moet volgens de communautaire

rechtspraak „worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument". [14] De beoordeling vindt derhalve plaats van geval tot geval, waarbij rekening wordt gehouden „met alle relevante gegevens, met inbegrip van de omstandigheden waaronder de producten worden verkocht, [...] de presentatie en de inhoud van de reclame, alsmede het risico van misleiding naar gelang van de betrokken groep consumenten". [15]

71. In het licht van deze criteria kan mijns inziens een vergelijkende reclame die gebaseerd is op het prijspeil, dat op zijn beurt weer berust op een extrapolatie van steekproefgegevens, en die bij de consument de indruk wekt dat de vermelde prijsverschillen voor het totale productaanbod van de adverteerder gelden, als misleidend in de zin van de richtlijn kan worden aangemerkt. Een dergelijke reclame is naar mijn mening namelijk geëigend om valse verwachtingen te wekken bij de gemiddelde consument, die een bepaald besparingsniveau zou kunnen verwachten, ongeacht het type en de hoeveelheid gekochte goederen.

72. Ik wil er niettemin op wijzen, dat het niet de taak van het Hof is om vast te stellen of de reclameboodschappen van Colruyt in casu daadwerkelijk een voldoende significant percentage consumenten [16] doen geloven dat deze adverteerder minder duur is ten aanzien van zijn volledige productaanbod. Dit is immers een feitelijke beoordeling, die, zoals bekend, aan de verwijzende rechter is voorbehouden. [17] Ik onderschrijf derhalve het standpunt van de Franse regering en de Commissie, dat de verwijzende rechter in het licht van alle relevante omstandigheden zal moeten beoordelen of de door Lidl bestreden reclame daadwerkelijk misleidend is.

73. Mitsdien stel ik het Hof voor, te antwoorden dat een vergelijkende reclame die het door diverse supermarkten gehanteerde prijspeil vergelijkt op basis van een extrapolatie van steekproefgegevens en die de indruk wekt dat de vermelde prijsverschillen voor het totale productaanbod van die supermarkten gelden, misleidend is in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn.

14 — Arrest van 13 januari 2000, Estée Lauder (C-220/98, Jurispr. blz. I-117, punt 27). Zie ook arrest van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky (C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 37).

15 — Arrest van 26 november 1996, Graffione (C-313/94, Jurispr. blz. I-6039, punt 26); zie ook arrest van 16 januari 1992, strafzaak tegen X (C-373/90, Jurispr. blz. I-131, punten 15 en 16).

16 — Zie ten aanzien van deze voorwaarde reeds aangehaalde arresten Estée Lauder, punt 31, en Gut Springenheide en Tusky, punt 34.

17 — Zie in die zin arresten van 25 februari 1992, Gutshof-Ei (C-203/90, Jurispr. blz. I-1003), en 17 maart 1983, De Kikvorsch (94/82, Jurispr. blz. 947), alsook reeds aangehaalde arresten Graffione en Gut Springenheide en Tusky.

V — Conclusie

74. In het licht van de voorgaande overwegingen stel ik het Hof voor, de door de Rechtbank van Koophandel gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) De in artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450/EEG gestelde geoorloofdheidsvoorwaarde verzet zich niet tegen een vergelijkende reclame van assortimenten van goederen of diensten.

2) De in artikel 3 bis, lid 1, sub c, van de richtlijn neergelegde vereisten van „objectiviteit" en „controleerbaarheid" van vergelijkende reclame verzetten zich niet tegen reclameboodschappen die niet uitdrukkelijk de vergeleken goederen en prijzen vermelden, wanneer deze boodschappen aangeven waar en op welke wijze deze gegevens gemakkelijk door de gemiddelde consument kunnen worden achterhaald, of althans wanneer zij de consument duidelijk de mogelijkheid bieden, gelet op de context en de omstandigheden van het geval, kennis van deze gegevens te nemen.

3) Een vergelijkende reclame die het door diverse supermarkten gehanteerde prijspeil vergelijkt op basis van een extrapolatie van steekproefgegevens en die de indruk wekt dat de vermelde prijsverschillen voor het totale productaanbod van die supermarkten gelden, is misleidend in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub a, van de richtlijn."