FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 29 mars 2006 [1]

I — Inledning

1. Rechtbank te Brussel (handelsdomstolen i Bryssel) har genom beslut av den 29 juli 2004, med stöd av artikel 234 EG, ställt fem frågor till domstolen om tolkningen av artikel 3a.1 a, b och c i rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam [2] (nedan kallat direktiv 84/450, eller direktivet), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 [3] om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam (nedan kallat direktiv 97/55).

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EGT L 250, s. 17; svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211.

3 — EGT L 290, s. 18.

II — Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrättsliga bestämmelser

2. Direktiv 84/450 har till syfte att "skydda konsumenterna, dem som bedriver närings- eller affärsverksamhet eller som utövar hantverk eller ett fritt yrke och den stora allmänheten mot vilseledande reklam och de otillbörliga följderna av denna" (artikel 1).

3. Enligt artikel 2.2 i direktivet avses med vilseledande reklam "all reklam som på något sätt, däribland genom sin presentation, vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda de personer den riktar sig till eller dem som nås av den, och som genom sin vilseledande karaktär sannolikt kommer att påverka deras ekonomiska beteende, eller som av dessa skäl skadar eller sannolikt kommer att skada en konkurrent".

4. I artikel 3 i direktivet föreskrivs följande:

"När man skall avgöra om viss reklam är vilseledande skall hänsyn tas till alla inslagen i reklamen och särskilt till sådan information som reklamen innehåller om följande :

a) De utmärkande egenskaperna för varor eller tjänster ...

b) Priset eller hur priset beräknas och leveransvillkoren för varorna eller utförandet av tjänsterna ifråga.

c) Annonsörens status, hans näringskännetecken och rättigheter ..."

5. I artikel 3a.1 i direktivet föreskrivs följande:

"Jämförande reklam skall, såvitt avser själva jämförelsen, vara tillåten under förutsättning att

a) den inte är vilseledande enligt artiklarna 2.2, 3 och 7.1,

b) den jämför varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål,

c) den på ett objektivt sätt jämför en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos dessa varor och tjänster, vilket även kan inbegripa priset,

..."

6. Den 11 maj 2005, slutligen, antog Europaparlamentet och rådet direktiv 2005/29/EG (nedan kallat direktiv 2005/29) om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 [4], vilket innebär vissa ändringar av direktiv 84/450 om vilseledande reklam, dock utan att detta påverkar bestämmelserna i detsamma om jämförande reklam. Medlemsstaterna skall senast den 12 juni 2007 införliva detta direktiv.

4 — EGT L 149, s. 22.

Nationella bestämmelser

7. Direktiv 84/450 har införlivats med den belgiska rättsordningen genom lag den 14 juli 1991 [5] om affärsmetoder samt om information till och skydd av konsumenter, som i den konsoliderade versionen av den 8 april 2003 [6] inbegriper alla ändringar som även tillkommit genom direktiv 97/55 om jämförande reklam.

8. I artikel 23a.1 i sistnämnda lag anges kriterierna för att bedöma huruvida jämförande reklam är tillåten. I denna artikel återges ordalydelsen av artikel 3a.1 i direktivet i sin helhet.

III — Bakgrund och förfarande

9. Lidl Belgium GmbH & Co. KG (nedan kallat Lidl) är ett bolag bildat enligt tysk rätt som driver en varuhuskedja, som framför allt är verksamt inom detaljhandeln i livsmedelsbranschen och som har många filialer i Belgien. Etablissementen Franz Colruyt NV (nedan kallat Colruyt) är ett annat bolag, som är verksamt inom samma ekonomiska sektor och som driver mer än 170 stormarknader i Belgien med varumärket Colruyt.

10. Den 19 januari 2004 skickade Colruyt ut ett flygblad till sina kunder med följande innehåll:

"Kära kund, Ni har under det nyss gångna året 2003 återigen kunnat spara en hel del pengar hos Colruyt. På grundval av vårt medelprisindex från förra året har vi beräknat att en familj som varje vecka handlar för 100 euro hos Colruyt har sparat mellan 366 och 1129 euro genom att handla hos Colruyt, i stället för på andra stormarknader (såsom Carrefour, Cora, Delhaize etcetera), och mellan 155 och 293 euro genom att handla hos Colruyt i stället för i andra lågprisaffärer och partihandeln (Aldi, Lidl, Makro). På bladets andra sida kan Ni se prisskillnadens utveckling i förhållande till andra affärer under år 2003. ... För att alltid kunna garantera de lägsta priserna jämför vi dagligen 18 000 priser i andra affärer. ... Varje månad beräknar vi utifrån dessa uppgifter prisskillnaden mellan Colruyt och de andra affärerna. Detta motsvarar vad vi kallar vårt prisindex som har intygats av Quality Control, vilket är ett oberoende institut för kvalitetskontroll. Slutligen: hos Colruyt hittar Ni varje dag, under hela året, de lägsta priserna. Vi kommer även under år 2004 att fortsätta att hålla denna garanti."

5 — *Moniteur Belge* av den 29 augusti.1991.
6 — *Moniteur Belge* av den 8 april. 2003.

11. På Colruyts kassakvitton återfanns dessutom — med hänvisning till bolagets webbplats för ytterligare förklaringar avseende det system som använts vid prisjämförelsen — följande text:

"Hur mycket har Ni sparat under år 2003? Om vi antar att Ni varje vecka har handlat för 100 euro hos Colruyt, då har Ni enligt vårt prisindex sparat mellan 366 och 1 129 euro jämfört med de andra stormarknaderna (som Carrefour, Cora, Delhaize etcetera), och mellan 155 och 293 euro jämfört med de andra lågprisaffärerna och partihandlarna (Aldi, Lidl, Makro)."

12. Under år 2003 lanserade Colruyt dessutom en serie basprodukter kallade BASIC. Vissa avsnitt i dess reklamblad hade följande lydelse: "BASIC: det absolut lägsta priset i Belgien. Ännu billigare än jämförbara sortiment hos lågprisaffärer (Aldi, Lidl) ..." "BASIC = DE ABSOLUT LÄGSTA PRISERNA ... Förutom en kraftig allmän prissänkning erbjuder vi Er även ett visst antal produkter som Ni kan jämföra med produkterna hos de andra lågprisaffärerna (som Aldi och Lidl) och med 'förstaprisprodukterna' på de andra stormarknaderna. Våra BASIC-produkter är basprodukter för alla dagar till absolut lägsta pris". Colruyt återgav reklamslogans av samma lydelse också på sina kassakvitton.

13. Lidl, som anser att dessa metoder är jämförande reklam som är illojal och därför inte tillåten enligt den ovannämnda belgiska lagen av den 14 juli 1991, har väckt talan vid Rechtbank van Koophandel.

14. Rechtbank van Koophandel anser att det är oklart hur direktivet skall tolkas och bedömde därför att det var nödvändigt att ställa följande frågor till domstolen :

"1) Skall artikel 3a.1 a i direktiv 84/450/EEG (som införts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam) tolkas så att det inte är tillåtet att jämföra annonsörens allmänna prisnivå med konkurrenternas, när det sker genom en extrapolering från en prisjämförelse av ett visst antal produkter, eftersom det därmed ger ett intryck av att hela produktsortimentet hos annonsören är billigare, trots att nämnda jämförelse endast avser ett begränsat antal produkter, eller gäller detta inte såvida reklamen gör det möjligt att fastställa vilka och hur många produkter från annonsören respektive från de i jämförelsen berörda konkurrenterna som jämförs, och den gör det möjligt för de i jämförelsen berörda konkurren-

terna att få veta var de befinner sig i jämförelsen, och således var deras priser befinner sig i jämförelse med annonsören och de andra av jämförelsen berörda konkurrenterna?

2) Skall artikel 3a.1 b i direktiv 84/450/EEG (som införts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam) tolkas så att jämförande reklam endast är tillåten om jämförelsen avser enskilda varor eller tjänster som tillgodoser samma behov och som är avsedda för samma ändamål, med undantag av produktsortiment, även om produktsortimenten i sin helhet, men inte nödvändigtvis i varje del, tillgodoser samma behov och är avsedda för samma ändamål?

3) Skall artikel 3a.1 c i direktiv 84/450/EEG (som införts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam) tolkas så att jämförande reklam, i vilken konkurrenternas produktpriser eller allmänna prisnivå jämförs, endast är objektiv när den innehåller en uppräkning av de produkter och de priser som ingår i jämförelsen av annonsören och av alla de konkurrenter som berörs av jämförelsen, och den gör det möjligt att få kännedom om de priser som tillämpas av annonsören och av hans konkurrenter, i vilka fall alla de produkter som berörs av jämförelsen uttryckligen måste anges med separata uppgifter för varje leverantör.

4) Skall artikel 3a.1 c i direktiv 84/450/EEG (som införts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam) tolkas så att en utmärkande egenskap i jämförande reklam endast uppfyller kontrollerbarhetskravet i denna artikel om de personer till vilka reklamen riktas kan kontrollera att denna utmärkande egenskap är riktig, eller är det tillräckligt att denna kan kontrolleras av tredje man, till vilken reklamen inte har riktats?

5) Skall artikel 3a.1 c i direktiv 84/450/EEG (som införts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande

reklam så att detta omfattar jämförande reklam) tolkas så att konkurrenternas produktpriser och allmänna prisnivå i sig utgör kontrollerbara utmärkande egenskaper?"

15. I målet vid domstolen har Colruyt, Lidl, Republiken Frankrike, Republiken Polen och kommissionen ingett skriftliga yttranden.

16. Colruyt, Konungariket Belgien och kommissionen har dessutom hörts vid förhandlingen den 7 december 2005.

IV — Rättslig bedömning

Inledning

17. Den hänskjutande domstolen har ställt sina många och indelade frågor för att få klarhet i huruvida två specifika former av jämförande reklam är lagliga, som båda grundar sig på en jämförelse av priser, dock utan att det i reklammeddelandet förklaras vilka varor och priser som jämförs.

18. Det är särskilt fråga om reklam i vilken dels de allmänna prisnivåer som tillämpas av olika stormarknader jämförs, genom att de beräknas på grundval av ett urval av produkter som valts bland alla de produkter som säljs av olika konkurrerande företag (nedan kallad reklamen angående prisnivån), dels det kategoriskt påstås att en viss produktserie är den som är absolut billigast på marknaden (nedan kallad reklamen för BASIC-produkterna).

19. Jag skall inledningsvis påpeka att vissa av frågorna från Rechtbank van Koophandel avseende den beskrivna reklamen, enligt min mening, inte alls är tydliga och dessutom tycks innebära att samma frågor återkommer flera gånger (till exempel den omständigheten att de omtvistade reklammeddelandena inte uttryckligen anger vilka varor och priser som annonsören har jämfört).

20. Det är enligt min mening således lämpligt att jag, med bortseende från problemen med dessa frågors formulering eller omformulering, koncentrerar mig på deras innehåll. I detta syfte är det, mot bakgrund av sammanhanget och samtliga uppgifter som lämnats till domstolen, enligt min mening i huvudsak tre frågor som den hänskjutande domstolen har ställt till denna domstol, och mitt förslag till avgörande i detta mål skall avse dessa frågor.

21. Frågan skall därför ställas

i) huruvida, mot bakgrund av det krav på "homogenitet" [7] som föreskrivs i artikel 3a.1 b i direktivet, i jämförande reklam inte enbart enskilda produkter utan även produktsortiment får jämföras (andra frågan),

ii) huruvida, för det fall att föregående fråga besvaras jakande, villkoren för att jämförelsen skall vara objektiv och kontrollerbar enligt artikel 3a.1 c innebär att det i reklammeddelandet uttryckligen måste anges vilka varor som avses samt priset på de produkter som omfattas av de jämförda sortimenten (tredje, fjärde och femte frågorna),

iii) huruvida reklam, i vilken den allmänna prisnivån jämförs och som grundar sig på en varukorg av sådana produkter som säljs av olika företag, skall anses vara "vilseledande" i den mening som avses i artikel 3a.1 a, eftersom den kan vilseleda konsumenten till att anse att ett visst företag är billigare på samtliga sina produkter (första frågan).

7 — Kravet på homogenitet skall förstås så att den jämförande reklamen skall jämföra "varor ... som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål" (artikel 3a.1 b i direktivet).

22. Det är slutligen, såsom framgår, fråga om att bedöma huruvida den ifrågavarande typen av reklammeddelanden är förenlig med de villkor för att den skall vara tillåten som i detta avseende uppställs i direktivet om jämförande reklam, och särskilt kraven på att reklamen skall vara homogen, objektiv, kontrollerbar och inte vilseledande. Härvid skall beaktas att dessa villkor såsom angetts i skäl 11 i direktiv 97/55 är kumulativa, på så sätt att jämförande reklam skall uppfylla alla villkor i sin helhet för att vara förenlig med gemenskapsrätten.

23. Sedan detta klargjorts övergår jag således till att undersöka de enskilda frågorna i den form och den ordning som angetts ovan.

Huruvida jämförelsen av produktsortiment är tillåten

24. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida villkoret enligt artikel 3a.1 b i direktivet att jämförelsen skall vara homogen utgör hinder för reklam i vilken enskilda varor och tjänster inte jämförs, utan i vilken en jämförelse mellan produktsortiment eller tjänster görs.

25. Härvidlag har parterna framfört olika meningar. Lidl förespråkar, i likhet med den polska och den franska regeringen, att denna fråga skall besvaras jakande. Skälet härtill är att en sådan reklam strider mot själva ordalydelsen av den aktuella bestämmelsen (de franska och de polska myndigheterna) och att den således kan vilseleda konsumenterna på grund av att produkterna som ingår i sortimentet inte är heterogena (Lidl).

26. Kommissionen anser inte att en jämförelse mellan produktkategorier i sig är rättsstridig. Det som i detta avseende är avgörande är däremot de konkreta utmärkande egenskaperna hos det reklammeddelande som skickats ut och frågan huruvida detta svarar mot de krav enligt direktivet som skall vara uppfyllda för att jämförande reklam skall vara tillåten.

27. Colruyt har däremot — och i detta fått stöd av den belgiska regeringen — hävdat att reklam som grundats på produktsortiment är fullt lagenlig, förutsatt att de varor som den omfattar har valts på så sätt att jämförelsen alltid sker mellan produkter "som har samma utmärkande egenskaper och som svarar mot samma behov".

28. Det skall omedelbart sägas att jag inte delar den uppfattningen att artikel 3a.1 b i direktivet i princip inte tillåter reklammeddelanden som grundas på en jämförelse mellan olika produktsortiment.

29. Först och främst utesluter den aktuella bestämmelsens ordalydelse enligt min mening inte en sådan jämförelse. I bestämmelsen föreskrivs nämligen endast att reklamen skall "jämför[a] varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål". Detta villkor har enligt min mening dock en helt annan omfattning är den som Lidl, den polska och den franska regeringen har hävdat, på så sätt att den inte avser kvantitet eller olikhet med avseende på den produkt för vilken det görs reklam, utan dess karaktär. Detta gäller i två avseenden.

30. Dels innebär villkoret i artikel 3a.1 b i direktivet att jämförande reklam alltid skall göras mellan "varor eller tjänster", och därigenom således hindra jämförelser mellan olika konkurrenter som inte avser de varor eller tjänster som dessa erbjuder kunderna. Enligt min mening kan exempelvis inte en sådan typ av reklam godtas, enligt vilken "företaget X är mer tillförlitligt än företaget Y", eftersom en sådan jämförelse inte avser någon vara eller tjänst, utan en kvalitet eller utmärkande egenskap hos de företag som anges i reklamen.

31. Dels fastställs genom detta villkor syftet att begränsa jämförande reklam till varor som är inbördes utbytbara och homogena. Återigen som exempel anser jag att en reklam som jämför en bil med en cykel inte kan anses vara tillåten, eftersom det är uppenbart att dessa varor svarar mot olika behov.

32. Kort sagt är avsikten med det ifrågavarande kravet att utesluta "konstlade" former av reklam som bygger på opassande jämförelser eller på jämförelser till det paradoxalas gräns, genom att de inte grundas på varor eller tjänster, eller grundas på icke jämförbara varor eller tjänster.

33. Jag tillägger vidare att det enligt min mening även strider mot direktivets syften att anse att reklammeddelanden som grundas på produktsortiment i sig skulle vara förbjudna. Enligt direktivet anses i själva verket jämförande reklam vara ett mycket viktigt instrument i syfte att "till konsumentens fördel stimulera konkurrensen mellan leverantören av varor och tjänster", eftersom "det [kommer] att bli lättare att på ett objektivt sätt visa fördelarna med olika jämförbara produkter" (skäl 2) och på så sätt stärka "rätten till information" med avseende på konsumenterna (skäl 5). [8]

34. Gemenskapslagstiftaren har med andra ord ansett att jämförande reklam kan bidra till att öka insynen på marknaden och utgöra ett effektivt medel för att informera och påverka konsumenterna. Domstolen har, just i detta avseende, angett att "de villkor som skall vara uppfyllda vad gäller jämförande reklam [måste] tolkas på det sätt som är mest fördelaktigt för denna reklam". [9]

35. En lösning enligt vilken det alltid och i alla fall är förbjudet att använda jämförelser mellan varusortiment kan dock svårligen förenas med dessa syften, eftersom den klart begränsar användningen av jämförande reklam. Upplysande reklam av denna typ, som innehåller en samlad och kortfattad information, kan nämligen vara användbar för konsumenterna.

36. Detta gäller särskilt inom sektorn för den storskaliga detaljhandeln, inom vilken parterna i målet vid den nationella domstolen är verksamma. Enligt min mening är det, såsom Colruyt har hävdat, nämligen uppenbart att den genomsnittlige konsumenten väljer stormarknaden för att göra sina inköp, inte endast på grundval av de enskilda produkternas pris, utan även på grund av den allmänna prispolitik som stormarknaderna tillämpar. Därför kan reklam — om den genomförs på ett korrekt sätt –,i vilken uppgifter jämförs som är mer allmänna och mer fullständiga än uppgifterna om de enskilda varorna, vara till stöd för konsumenterna, eftersom den upplyser dem om vilka stormarknader som generellt sett har lägre priser.

8 — Beträffande det nära sambandet mellan konsumentskydd och konsumentupplysning som formar hela gemenskapens politik på konsumentskyddsområdet, se dom av den 7 mars 1990 i mål 362/88, GB-INNO-BM (REG 1990, s. I-667; svensk specialutgåva, volym 10, s. 349), punkt 14, och av den 18 maj 1993 i mål C-126/91, Yves Rocher (REG 1993, s. I-2361; svensk specialutgåva, volym 14, s. 191), punkt 17.

9 — Se dom av den 25 oktober 2001 i mål C-112/99 Toshiba Europe (REG 2001, s. I-7945), punkt 37, och av den 8 april 2003 i mål C-44/01, Pippig Augenoptik (REG 2003, s. I-3095), punkt 42.

37. Om jag inte har fel är reklam som inte avser enskilda varor eller tjänster utan varukorgar eller produktsortiment inte ovanlig i medlemsstaterna. Jag erinrar till exempel om att handelsdomstolen i Bryssel, i en nyligen meddelad dom, inte ansåg att denna form av reklam är rättsstridig i sig, utan gjorde en konkret bedömning av dess verkliga innehåll och former mot bakgrund av kriterierna i direktivet. [10]

38. Jag anser därför att villkoret enligt den aktuella bestämmelsen, att reklamen skall vara homogen, inte innebär att reklammeddelanden som grundas på en jämförelse mellan produktsortiment kan anses vara rättsstridiga i sig. Det är uppenbart att sådan reklam, för att vara fullt tillåten, måste uppfylla alla, och vart och ett, av de krav som föreskrivs i artikel 3a.1 i direktivet (se ovan, punkt 22). Det kommer att framgå nedan om så är fallet med de reklammeddelanden som är föremål för förfarandet i målet vid den nationella domstolen.

39. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag således att domstolen skall svara den nationella domstolen att villkoret enligt artikel 3a.1 i direktivet inte utgör hinder för en jämförande reklam mellan varusortiment eller tjänster.

10 — Dom av den 30 juni 2004 i mål Cora mot Colruyt, s. 6. En kopia av denna dom hade bifogats den inlaga som Colruyt ingav under förfarandet.

Villkoret om jämförelsens kontrollerbarhet

40. Rechtbank van Koophandel har ställt sin tredje, fjärde och femte fråga för att få klarhet i huruvida villkoren för att jämförelsen skall vara objektiv och kontrollerbar enligt artikel 3a.1 c innebär att reklammeddelandet uttryckligen måste ange vilka varor som avses samt priset på de produkter som omfattas av de jämförda sortimenten.

41. Parterna har även i denna fråga framfört olika meningar. Lidl, den polska regeringen och de franska myndigheterna har föreslagit att frågan skall besvaras jakande. Enligt deras mening kan en reklam i vilken de väsentliga uppgifterna i jämförelsen inte anges varken vara objektiv eller kontrollerbar, eftersom den inte ger de personer som den riktar sig till möjlighet att kontrollera huruvida det som annonsören har påstått är riktigt och exakt. Det är just detta som har skett i förevarande fall, eftersom de reklammeddelanden som är föremål för målet vid den nationella domstolen inte gör det möjligt för konsumenterna att omedelbart uppfatta vilka varor och priser som de hänvisar till, och således att kontrollera huruvida den gjorda jämförelsen är riktig.

42. Även kommissionen anser att artikel 3a.1 c i direktivet, och särskilt det villkor

om kontrollerbarhet som uppställs i denna bestämmelse, gör att reklamen framför allt måste ge möjlighet att identifiera vilka produkter som är föremål för jämförelsen. Kommissionen anser dock att denna identifiering inte nödvändigtvis måste visa sig i reklammeddelandet, eftersom det räcker att reklammeddelandet indirekt gör att identifieringen är möjlig. Inte heller i detta avseende kan i förevarande fall den reklam angående prisnivå som Colruyt skickat ut dock anses vara tillåten, eftersom konsumenterna inte får veta vilka varor som annonsören har jämfört för att kunna fastställa de angivna prisnivåerna. Däremot är reklamen om BASIC-produkterna tillåten, eftersom jämförelsen i denna avser alla de produkter som Colruyt har etiketterat med detta varumärke och deras motsvarigheter hos de konkurrerande stormarknaderna, vilket således gör det möjligt för konsumenterna att veta vilka produkter som har jämförts.

43. Colruyt och den belgiska regeringen anser inte att det över huvud taget är nödvändigt att identifiera de produkter som det har gjorts reklam för, eftersom detta krav inte uttryckligen föreskrivs i artikel 3a.1 i direktivet. De har framför allt hävdat att kriteriet "kontrollerbarhet" inte innebär att allt som påståtts i reklamen skall kunna kontrolleras av konsumenten, utan endast att annonsören objektivt, vid behov även vid domstol, skall kunna bevisa att det som påståtts i reklamen är sanningsenligt. Kriteriet "objektivitet" i denna bestämmelse tillför inget till kriteriet "kontrollerbarhet". Om det sistnämnda villkoret är uppfyllt är det nämligen i sig tillräckligt för att jämförande reklam skall kunna betecknas som "objektiv".

44. Villkoret "objektivitet" enligt artikel 3a.1 c i direktivet är enligt min mening faktiskt inte relevant för att besvara frågan från den hänskjutande domstolen. Enligt min mening innebär detta krav endast att kvaliteten på de produkter som det görs reklam för måste vara av sådant slag att produkterna kan jämföras på ett rättvist och opartiskt sätt. Med andra ord skall jämförelsen i reklammeddelandet avse objektivt påvisbara utmärkande egenskaper, och inte egenskaper som kan vara föremål för subjektiv smak eller subjektiva preferenser.

45. Ett företag kan — i förenklad form och som ett exempel — mycket väl jämföra priset på två motsvarande produkter och försäkra att den ena produkten är billigare än den andra, eftersom priset är en objektiv utmärkande egenskap, som inte kan diskuteras. Företaget kan däremot inte göra reklam för sina egna produkter och hävda att de är estetiskt vackrare och elegantare än konkurrenternas produkter. Det är nämligen uppenbart att sådana utmärkande egenskaper avser

en subjektiv bedömning som kan växla från person till person. [11]

46. Därför skall frågan från Rechtbank van Koophandel framför allt undersökas mot bakgrund av kravet enligt artikel 3a.1 c i direktivet på att reklamen skall vara kontrollerbar.

47. I detta avseende är enligt min mening Lidls, den polska och den franska regeringens samt kommissionens argument övertygande, enligt vilka ett reklammeddelande kan anses vara "kontrollerbart" endast om dess mottagare kan identifiera vilka varor eller tjänster som har jämförts.

48. Vid närmare påseende har det ifrågavarande villkoret ingen ändamålsenlig verkan om de rättssubjekt (framför allt konsumenterna eller annonsörens konkurrenter) som potentiellt berörs av kontrollen av att annonsörens påståenden är sanningsenliga och riktiga inte ges möjlighet att utföra denna kontroll, eftersom det är uppenbart att det är omöjligt att göra en jämförelse, om villkoren för densamma varken är kända eller kan kännas igen.

49. Vidare är jämförande reklam som inte tillåter att de jämförda varorna eller de utmärkande egenskaperna jämförs knappast överensstämmande med det ovannämnda informativa syftet som eftersträvas med direktivet (se ovan, punkterna 33–34). En sådan reklam kan, på grund av att den är vag och otydlig, inte på ett riktigt sätt påverka konsumenten i hans val av inköp.

50. Det skall i korthet sägas att en sådan reklam uppvisar alla de risker som av tradition är förenade med vissa former av jämförande reklam (förtal av konkurrenter, vilseledande av konsumenter, förväxling av produkter etcetera), dock utan att ge de fördelar som denna reklam bör medföra för konsumenten (större insyn på marknaden, stimulans för konkurrensen mellan de olika företagen etcetera).

51. Sedan detta sagts måste jag däremot ta avstånd från Lidls och den polska och den franska regeringens ståndpunkter när de har hävdat att reklammeddelandena bör innebära att alla de jämförda produkterna analytiskt kan jämföras med de motsvarande priserna.

11 — Se även generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 8 februari 2001 i det ovannämnda målet Toshiba, punkterna 50–51.

52. För det första finns det enligt min mening inte stöd för en sådan tolkning i direktivet. I artikel 2 i detta fastställs nämligen att med jämförande reklam skall avses "all reklam som uttryckligen eller *indirekt* pekar ut en konkurrent eller varor eller tjänster som tillhandahålls av en konkurrent". [12] I direktivet föreskrivs inte heller olika villkor beroende på om reklammeddelandena innehåller uttryckliga eller indirekta hänvisningar. I direktivet anges endast en rad krav som skall iakttas vid varje form av (uttryckligt eller indirekt) meddelande som kan hänföras till definitionen av "jämförande reklam" i den mening som avses i ovannämnda artikel 2 i direktivet.

53. För det andra innebär den kritiserade tolkningen att jämförande reklam är ett instrument som svårligen eller inte alls kan användas när de bearbetade uppgifterna är komplicerade och av många slag. Just i det aktuella fallet har Colruyt till exempel påstått att tusentals olika produkter och priser har jämförts. Det är således tydligt att det i ett sådant fall åtminstone är förhållandevis svårt att i samma reklammeddelande införa en mycket lång förteckning över produkter som jämförts, tillika med motsvarande priser. Motsvarande krav på att en reklamannons skall vara kortfattad och enkel kan föreligga i många andra fall, till exempel när kemiska komponenter av olika rengöringsprodukter, eller näringsvärdena i vissa livsmedel, jämförs.

54. I själva verket skall det, enligt min mening, alltid krävas av ett reklammeddelande att det är riktigt och exakt, men inte att det dessutom alltid skall vara detaljerat och fullständigt, som om det vore fråga om en vetenskaplig eller statistisk publikation. Man kan till exempel tänka sig det fallet där icke väsentliga eller kvalificerande aspekter i reklamen har utelämnats i meddelandet, eller det fallet där de uppgifter som krävs för att identifiera de väsentliga kriterierna för den jämförelse som återfinns i reklammeddelandet kan erhållas av konsumenten även på annan väg (till exempel på annonsörens webbplats, som eventuellt anges i reklamen).

55. Enligt min mening kan det således sammanfattningsvis sägas att villkoret att det som annonsören har påstått skall vara kontrollerbart uppenbart kan anses vara uppfyllt inte endast när samtliga uppgifter i jämförelsen finns direkt upptagna i reklammeddelandet, utan även när meddelandet anger var och hur dessa uppgifter utan svårighet kan identifieras av en genomsnittlig konsument, eller som klart gör det möjligt för denne att med hänsyn till sammanhanget och omständigheterna i det enskilda fallet få kännedom om dessa uppgifter.

56. Sedan detta sagts finns det knappast anledning att precisera att det inte är fråga

12 — Min kursivering. Beträffande omfattningen av begreppet jämförande reklam, se även domarna i de ovannämnda målen Toshiba, punkt 31, och Pippig, punkt 35.

om något av de angivna fallen när en sådan kännedom endast kan erhållas genom att ett förfarande inleds vid en rättslig eller administrativ kontrollmyndighet. Detta blir däremot följden av ett godtagande av Colruyts uppfattning, enligt vilken det ifrågavarande kravet på kontrollerbarhet skall anses vara uppfyllt även om en konsument eller en konkurrent inte har någon annan möjlighet att identifiera de uppgifter som ligger till grund för den annonserade jämförelsen än att hänskjuta frågan till någon av dessa myndigheter.

57. Förutom att en sådan uppfattning innebär att garantin för att reklamen skall vara kontrollerbar för konsumenterna blir utan verkan och tvingar konsumenterna att tillgripa komplicerade och kostsamma förfaranden, leder den även till en verklig bristande logik med avseende på det system som införts genom direktivet. Den rättsliga vägen får nämligen endast användas för att fastställa om reklamen eventuellt är vilseledande eller i vart fall rättsstridig och för att med anledning därav tillämpa sanktionsåtgärder, men inte endast för att erhålla uppgifter.

58. Det kan inte heller invändas att uppgifterna till grund för jämförelserna kan anses vara skyddade såsom affärshemlighet eller att det på grund av deras antal och/eller omfattning kan anses vara svårt att tillhandahålla dem på ett fullständigt och detaljerat sätt. Enligt min mening är argumentet avseende affärshemlighet, som svaranden har hänvisat till vid förhandlingen, i förevarande fall föga övertygande, mot bakgrund av att de ifrågavarande uppgifterna inte är annat än en uppräkning av de produkter som erbjuds allmänheten och de motsvarande priserna. Jag har redan påpekat att denna information — även om den är omfattande — kan framgå även på annan väg, och särskilt göras tillgänglig för konsumenterna med hjälp av sedvanliga kommunikationsmedel (ovan, punkt 54 och följande punkter).

59. Enligt min mening kan således det förhållandet att det krävs full insyn och kontrollerbarhet av det som påstås i reklamen inte rättsligt eller faktiskt anses vara en oöverstiglig belastning för annonsören.

60. Jag tillägger att detta svar enligt min mening dessutom är förenligt med andan i ovannämnda direktiv 2005/29 om ändring av direktiv 84/450. Visserligen avser detta direktiv inte jämförande reklam utan otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter. Enligt min mening kan detta direktiv dock ge ändamålsenlig information för att få en uppfattning om gemenskapslagstiftarens allmänna målsättning. I artikel 7.1 och 7.3 i direktiv 2005/29 föreskrivs just att "[e]n affärsmetod skall anses vara vilseledande om den ... innebär att näringsidkaren underlåter att lämna väsentlig information. När det kommunikationsmedium som används för

affärsmetoden medför begränsningar av utrymme eller tid, skall dessa begränsningar och de åtgärder som vidtagits av näringsidkaren för att *på annat sätt delge konsumenterna informationen* tas i beaktande för att avgöra huruvida information har utelämnats." [13]

61. Då jag nu, mot bakgrund av det ovan anförda, övergår till att beakta Colruyts reklamkampanjer, är jag med hänsyn till vad jag har observerat ovan (punkt 55) inte övertygad om att en reklam, som den avseende BASIC-produkterna, kan göra det möjligt att identifiera jämförda varor och följaktligen att kontrollera de motsvarande priserna. Även om det antas att konsumenten lyckas att på grundval av uppgifterna i reklammeddelandet identifiera annonsörens produkter som reklamen hänvisar till, återstår det i vart fall att kontrollera huruvida dessa uppgifter innebär att även de produkter hos Colruyts konkurrenter som ingår i jämförelsen kan identifieras (konkret skall konsumenten inte endast kunna uppfatta vilken som är Colruyts BASIC-ost utan även kunna känna igen den påstådda motsvarigheten hos Lidl).

62. Jag hyser vidare starka tvivel beträffande reklamen med avseende på prisnivån. Enligt min mening ger denna reklam i förevarande fall inte möjlighet att identifiera de varor som är föremål för jämförelsen och än mindre att kontrollera påståendena i de omtvistade reklammeddelandena. Dessa varor och de motsvarande priserna har varken återgetts i reklammeddelandet eller kunnat erhållas på annan väg. Colruyt har dessutom vid förhandlingen angett att "det för tillfället inte förutses någon [möjlighet för konkurrenterna eller konsumenterna att få tillgång till de uppgifter på vilka prisjämförelsen grundats]".

63. Sedan detta sagts måste jag dock erinra om att det slutliga beslutet skall fattas av den hänskjutande domstolen, vilken säkerligen är mest lämpad att bedöma huruvida formerna för den jämförande reklam som Colruyt skickat ut faktiskt uppfyller kravet på "kontrollerbarhet" på det sätt som jag har sökt ange ovan.

64. På grundval av det ovan anförda föreslår jag således att domstolen skall svara på så sätt att de krav på att jämförande reklam skall vara objektiv och kontrollerbar som uppställs i artikel 3a.1 c i direktivet inte utgör hinder för reklammeddelanden i vilka det inte uttryckligen anges vilka varor och priser som jämförts, om det i dessa meddelanden anges var och hur en genomsnittlig konsument utan svårighet kan identifiera dessa uppgifter, eller det står klart att dessa

13 — Min kursivering.

meddelanden i vart fall gör det möjligt för denne att med hänsyn till sammanhanget och omständigheterna i det enskilda fallet få kännedom om dessa uppgifter.

67. Den franska regeringen och kommissionen anser däremot att frågan huruvida denna jämförelse kan komma att vilseleda konsumenterna beror på omständigheterna i det enskilda fallet, och särskilt på den metod som används för att beräkna prisnivåerna. Det är således den nationella domstolen som har att konkret fastställa huruvida det reklammeddelande som Colruyt skickat ut är vilseledande.

Huruvida det är fråga om vilseledande reklam med avseende på prisnivåerna

68. Enligt Colruyt och de belgiska myndigheterna, slutligen, är den typ av jämförande reklam som avser prisnivån inte vilseledande i den mening som avses i direktivet, såvida det produktsortiment som ligger till grund för jämförelsen är tillräckligt representativt.

65. Den hänskjutande domstolen har slutligen i huvudsak sökt klarhet i huruvida reklam, i vilken de prisnivåer jämförs som vissa stormarknader tillämpar och i vilken därvid dessa nivåer beräknas på grundval av ett urval produkter, skall anses vara "vilseledande", eftersom den kan ge konsumenten intryck av att erbjudandet är det mest fördelaktiga med avseende på samtliga produkter.

69. Jag erinrar först och främst om att enligt artikel 2.2 i direktivet är vilseledande reklam "all reklam som på något sätt, däribland genom sin presentation, vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda de personer den riktar sig till eller dem som nås av den, och som genom sin vilseledande karaktär sannolikt kommer att påverka deras ekonomiska beteende, eller som av dessa skäl skadar eller sannolikt kommer att skada en konkurrent".

66. Parterna har i denna fråga motsatta meningar. Lidl och de polska myndigheterna anser att en sådan reklam skall anses vara vilseledande. Genom att det påstås att Colruyt allmänt tillämpar lägre priser än sina konkurrenter, dock utan att det exakt anges vare sig vilka priser eller vilka produkter som det hänvisas till, ger denna varuhuskedja intryck av att alltid vara billigare.

70. För att kontrollera huruvida dessa villkor föreligger måste man enligt gemenskapens

rättspraxis "beakta de förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha".[14] Bedömningen skall således genomföras från fall till fall med hänsyn tagen "till alla relevanta omständigheter, däribland de omständigheter under vilka varorna säljs ... presentationen och reklamens innehåll, samt risken för vilseledande i förhållande till den kategori konsumenter som berörs".[15]

71. Mot bakgrund av dessa kriterier kan, enligt min mening, jämförande reklam, med avseende på prisnivåerna, vilka grundas på en extrapolering av ett urval uppgifter och som ger konsumenten intryck av att de påpekade prisskillnaderna gäller för samtliga varor som annonsören säljer, anses vara vilseledande i den mening som avses i direktivet. Denna reklam kan enligt min mening väcka falska förhoppningar hos den genomsnittlige konsumenten, vilken kan förvänta sig en viss besparing, oberoende av de köpta varornas typ och kvantitet.

72. Sedan detta sagts skall jag dock erinra om att det inte ankommer på domstolen att fastställa huruvida Colruyts meddelanden i förevarande fall faktiskt är sådana att de föranleder ett tillräckligt betydande antal konsumenter[16] att tro att annonsören är billigare avseende samtliga varor som han saluför. Det är i själva verket fråga om en bedömning av de faktiska omständigheterna som, såsom bekant, tillkommer den hänskjutande domstolen.[17] Jag delar således den franska regeringens och kommissionens uppfattning att det är den hänskjutande domstolen som mot bakgrund av alla relevanta omständigheter skall pröva huruvida den av Lidl ifrågasatta reklamen verkligen är vilseledande.

73. Jag föreslår därför att domstolen skall svara att jämförande reklam i vilken de prisnivåer jämförs som tillämpas på olika stormarknader, som grundats på en extrapolering av ett urval uppgifter, och som ger intryck av att de påpekade prisskillnaderna gäller för samtliga varor som säljs på dessa stormarknader, är vilseledande i den mening som avses i artikel 3a.1 a i direktivet.

14 — Dom av den 13 januari 2000 i mål C-220/98, Estée Lauder (REG 2000, s. I-117), punkt 27. Se även dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky (REG 1998, s. I-4657), punkt 37.

15 — Dom av den 26 november 1996 i mål C-313/94, F.lli Graffione (REG 1996, s. I-6039), punkt 26. Se även dom av den 16 januari 1992 i mål C-373/90, X (REG 1992, s. I-131), punkterna 15–16.

16 — Beträffande detta villkor, se domarna i de ovannämnda målen Estée Lauder, punkt 31, och Gut Springenheide, punkt 34.

17 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 februari 1992 i mål C-203/90, Gutshof-Ei (REG 1992, s. I-1003), av den 17 mars 1983 i mål 94/82, De Kilkvorsch (REG 1983, s. 947), samt de ovannämnda målen F.lli Graffione och Gut Springenheide.

V — Förslag till avgörande

74. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara frågorna från Rechtbank van Koophandel på följande sätt:

1) Villkoret att reklamen skall vara tillåten enligt artikel 3a.1 b i direktiv 84/450/EEG utgör inte hinder för jämförande reklam av varusortiment eller tjänster.

2) De krav på att jämförande reklam skall vara "objektiv" och "kontrollerbar" som uppställs i artikel 3a.1 c i direktivet utgör inte hinder för reklammeddelanden i vilka det inte uttryckligen anges vilka varor och priser som jämförts, om det i dessa meddelanden anges var och hur en genomsnittlig konsument utan svårighet kan identifiera dessa uppgifter, eller det står klart att dessa meddelanden i vart fall gör det möjligt för denne att med hänsyn till sammanhanget och omständigheterna i det enskilda fallet få kännedom om dessa uppgifter.

3) Jämförande reklam i vilken de prisnivåer jämförs som tillämpas på olika stormarknader, vilken grundats på en extrapolering av ett urval uppgifter, och som ger intryck av att de påpekade prisskillnaderna gäller för samtliga varor som säljs på dessa stormarknader, är vilseledande i den mening som avses i artikel 3a.1 a i direktivet.