

Hof van Justitie EU, 18 november 2010, Lidl v Vierzon Distribution

“E. Leclerc is niet te verslaan! Lage prijzen: het bewijs is geleverd dat E. Leclerc nog steeds de goedkoopste is”



„wat in het Engels ‚hard discount‘ heet, is in het Frans ‚E. Leclerc‘”.

RECLAMERECHT

Vergelijkende reclame: voldoende uitwisselbare producten

- de loutere omstandigheid dat levensmiddelen van elkaar verschillen inzake hun eetbaarheid en het genoeg dat zij de consument verschaffen, op basis van de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, leidt er niet toe dat een vergelijking tussen dergelijke producten niet kan voldoen aan [...]vereiste dat deze voldoende uitwisselbaar moeten zijn

Gelet op een en ander, dient aan de verwijzende rechter in de eerste plaats te worden geantwoord dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 aldus moet worden uitgelegd dat de loutere omstandigheid dat levensmiddelen van elkaar verschillen inzake hun eetbaarheid en het genoeg dat zij de consument verschaffen, op basis van de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, er niet toe leidt dat een vergelijking tussen dergelijke producten niet kan voldoen aan het in voornoemde bepaling neergelegde vereiste, inhoudende dat deze producten in dezelfde behoeften moeten voorzien of voor hetzelfde doel moeten zijn bestemd, met andere woorden in voldoende mate onderling verwisselbaar moeten zijn.

40 Zoals volgt uit punt 33 van het onderhavige arrest, staat het aan de verwijzende rechter om concreet te beoordelen of er tussen de levensmiddelen die worden vergeleken in de zaak die in het hoofdgeding aan de orde is, een voldoende mate van verwisselbaarheid bestaat. Hij heeft het Hof voor het overige immers geen enkele aanwijzing verschaft inzake de identiteit en de concrete kenmerken van de producten, en het Hof evenmin uitleggingsvragen gesteld die verband houden met dergelijke concrete gegevens.

Misleidende vergelijking

- Indien vaststaat dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde

productenkorf representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent

Gelet op al het voorgaande, dient aan de verwijzende rechter in de tweede plaats te worden geantwoord, dat artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450 aldus moet worden uitgelegd dat een advertentie zoals aan de orde in het hoofdgeding met name misleidend kan zijn: – indien, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het betrokken geschil en in het bijzonder met de vermeldingen of weglatingen in deze advertentie, vaststaat dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde productenkorf representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent, zodat zij, wanneer zij regelmatig hun gangbare consumptiegoederen zouden aankopen bij de adverteerder en niet bij de betrokken concurrent, besparingen zouden kunnen realiseren van de door de betwiste advertentie vermelde omvang, of dat zij in de onjuiste overtuiging verkeren dat alle producten van de adverteerder goedkoper zijn dan deze van zijn concurrent, of

- indien blijkt dat, voor de vergelijking van de prijzen alleen, levensmiddelen zijn uitgekozen die nochtans verschillen vertonen die de keuze van de gemiddelde consument aanzienlijk kunnen beïnvloeden, zonder dat deze verschillen duidelijk blijken uit de betwiste advertentie.

Controleerbaarheid vergelijkende reclame

- Houdt bij een advertentie die de prijzen van twee goederenassortimenten vergelijkt, in dat de betrokken goederen nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd op basis van de informatie in de betwiste advertentie.

Vindplaatsen: curia.europe.eu

Hof van Justitie, 18 november 2010

(J.-C. Bonichot, K. Schieman (rapporteur), L. Bay Larsen C. Toader en A. Prechal)

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

18 november 2010 (*)

„Richtlijnen 84/450/EEG en 97/55/EG – Voorwaarden voor geoorloofdheid van vergelijkende reclame – Vergelijken van prijs van korf levensmiddelen in twee concurrerende winkelketens – Goederen die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd – Misleidende reclame – Vergelijken van controleerbare kenmerken”

In zaak C-159/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunal de commerce de Bourges (Frankrijk) bij beslissing van 17 maart 2009, ingekomen bij het Hof op 8 mei 2009, in de procedure

Lidl SNC

tegen

Vierzon Distribution SA,

wijst

HET HOF (Vierde kamer), samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, kamerpresident, K. Schieman (rapporteur), L. Bay Larsen, C. Toader en A. Prechal, rechters, advocaat-generaal: P. Mengozzi, griffier: R. Șereș, administrateur, gezien de stukken en na de terechtzitting op 1 juli 2010, gelet op de opmerkingen van:

– Lidl SNC, vertegenwoordigd door B. Braun, advocat,
– Vierzon Distribution SA, vertegenwoordigd door G. Schank en F. Reye, avocats,
– de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues, S. Menez en R. Loosli-Surrans als gemachtigden,
– de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en D. Hadroušek als gemachtigden,
– de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,
– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. van Hoof en W. Wils als gemachtigden,
gehoord de [conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 september 2010](#),
het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (PB L 250, blz. 17), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (PB L 290, blz. 18; hierna: „richtlijn 84/450”).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Lidl SNC (hierna: „Lidl”) en Vierzon Distribution SA (hierna: „Vierzon Distribution”) betreffende een voor rekening van laatstgenoemde onderneming via de pers verspreide advertentie.

Rechtskader

De wettelijke regeling van de Unie

3 Artikel 1 van richtlijn 84/450 bepaalt:

„Deze richtlijn 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 vergelijken-de reclame is geoorloofd.”

4 Artikel 2, punt 2, van dezelfde richtlijn bepaalt dat onder misleidende reclame wordt 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”.

5 Artikel 2, punt 2 bis, van voornoemde richtlijn definieert vergelijkende reclame als volgt:

„elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”.

6 Artikel 3 van dezelfde richtlijn luidt als volgt:

„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, zoals beschikbaarheid, aard, uitvoering, samenstelling, procédé en datum van fabricage of levering, geschiktheid voor het gebruik, de gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong of van het gebruik te verwachten resultaten, of de uitslagen en essentiële uitkomsten van onderzoek 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, zoals zijn identiteit en zijn vermogen, zijn bekwaamheden en zijn industriële, commerciële of intellectuele eigendomsrechten of zijn bekroningen en onderscheidingen.”

7 Artikel 3 bis, lid 1, van richtlijn 84/450 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;

[...]

Nationale wettelijke regeling

8 Artikel L. 121-8 van de Code de la consommation (wetboek consumentenrecht) bepaalt:

„Reclame die goederen of diensten vergelijkt door impliciet of uitdrukkelijk een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten te noemen, is slechts geoorloofd indien zij:

1. niet misleidend is of tot verwarring kan leiden;

2. goederen of diensten betreft die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;

3. 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.

[...]

Hoofdeding en prejudiciële vraag

9 Lidl exploiteert in Frankrijk een supermarktketen voor levensmiddelen en met name een winkel die is gevestigd in de nabijheid van deze van Vierzon Distribution, die gangbare verbruiksgoederen verkoopt onder de merknaam Leclerc.

10 Op 23 september 2006 verscheen in een plaatselijke krant een advertentie van Vierzon Distribution (hierna: „betwiste advertentie”), waarin kassabonnen waren afgebeeld die – zonder aanduiding van specifieke merken, maar in voorkomend geval wel van gewicht of volume – 34 producten opsomden, hoofdzakelijk levensmiddelen, die waren aangekocht in respectievelijk de door Vierzon Distribution en de door Lidl geëxploiteerde supermarkt. De totale aankoopprijs bedroeg bij

Vierzon Distribution 46,30 EUR en bij Lidl 51,40 EUR.

11 Deze advertentie bevatte ook de slagzinnen „*E. Leclerc is niet te verslaan! Lage prijzen: het bewijs is geleverd dat E. Leclerc nog steeds de goedkoopste is*” en „*wat in het Engels ‚hard discount’ heet, is in het Frans ‚E. Leclerc’*”.

12 Op 16 maart 2007 heeft Lidl beroep ingesteld bij het Tribunal de commerce de Bourges strekkende tot veroordeling van Vierzon Distribution tot het betalen van schadevergoeding wegens oneerlijke concurrentie alsook tot het bekendmaken via de pers en het aanplakken in haar winkel van een uittreksel van het te wijzen vonnis.

13 Tot staving van haar beroep voert Lidl met name een schending van artikel L. 121-8 van het wetboek consumentenrecht aan. Zij betoogt dat de betwiste advertentie de consumenten in verwarring brengt en zelfs misleidt, niet alleen door haar opmaak, maar evenzeer doordat Vierzon Distribution enkel de bij haar voordeligere producten heeft uitgekozen na zo nodig haar prijzen te hebben afgestemd op die van haar concurrent. Bovendien zijn de uitgekozen producten niet vergelijkbaar. Door hun kwalitatieve en kwantitatieve verschillen voorzien zij immers niet in dezelfde behoeften. Lidl voegt eraan toe dat de betwiste advertentie, die louter de kassabonnen met de lijst van vergeleken producten afbeeldt, de consumenten onvoldoende inlicht over de kenmerken van deze producten, zodat zij onmogelijk kunnen begrijpen waarom de in de advertentie vermelde producten verschillende prijzen hebben.

14 Vierzon Distribution betwist die stelling en voert aan dat een vergelijking betrekking mag hebben op twee verschillende producten voor zover deze voorzien in dezelfde behoeften of voor hetzelfde doel zijn bestemd, en in dat verband dus onderling voldoende verwisselbaar zijn, hetgeen in casu het geval is. De verschillen tussen de betrokken producten blijken voldoende uit de bovengenoemde kassabonnen, zodat de consumenten niet in verwarring zijn gebracht. Dat Vierzon Distribution zelf de vergeleken producten heeft uitgekozen, is niet ongeoorloofd. Dat de aankopen op dezelfde dag gebeurden, sluit trouwens uit dat er prijsmanipulatie heeft kunnen plaatsvinden.

15 In die omstandigheden heeft het Tribunal de commerce de Bourges de behandeling van de zaak geschorst en het Hof volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 3 bis van richtlijn [84/450] aldus worden uitgelegd dat vergelijkende prijsreclame voor artikelen die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, dat wil zeggen artikelen die in voldoende mate onderling verwisselbaar zijn, ongeoorloofd is om de enkele reden dat, wanneer het om levensmiddelen gaat, de eetbaarheid van elk artikel, in elk geval het genoeg is dat men in het eten ervan scheidt, volledig afhangt van de omstandigheden en de plaats van bereiding, de gebruikte ingrediënten en de ervaring van de fabrikant?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

16 Er zij aan herinnerd dat artikel 3 bis van richtlijn 84/450, waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, in lid 1, sub a tot en met h, cumulatieve voorwaarden formuleert waaraan vergelijkende reclame moet voldoen om als geoorloofd te kunnen worden aangemerkt (zie met name [arrest van 18 juni 2009, L’Oréal e.a., C-487/07, Jurispr. blz. I-5185, punt 67](#)).

17 Teneinde rekening te houden met de door de verwijzende rechter geuite twijfels en hem uitleggingsmomenten aan te reiken die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, is het Hof van oordeel dat in casu moet worden verwezen naar de in artikel 3 bis, lid 1, sub a tot en met c neergelegde voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame, zoals gesteld door de Franse, de Oostenrijkse en de Tsjechische regering, de Europese Commissie, en de advocaat-generaal in punt 40 van zijn conclusie.

18 Bovendien wenst de verwijzende rechter met zijn vraag in wezen te vernemen of artikel 3 bis, lid 1, sub a tot en met c, van richtlijn 84/450 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een reclamepraktijk zoals beschreven in de verwijzingsbeslissing, waarbij de prijs van een korf levensmiddelen in twee concurrerende winkelketens wordt vergeleken, in het bijzonder gelet op de verschillen die tussen de aldus vergeleken levensmiddelen bestaan inzake de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, waardoor met name de eetbaarheid van deze producten en het genoeg is dat de consument in het nuttigen ervan scheidt, verschilt.

19 Gelet op de formulering van de prejudiciële vraag en de nadruk die zij legt op de voorwaarde van artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450, zal het Hof eerst deze bepaling onderzoeken, vervolgens artikel 3 bis, lid 1, sub a, en ten slotte artikel 3 bis, lid 1, sub c.

20 Vooraf zij eraan herinnerd dat uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de verschillende in artikel 3 bis, lid 1, neergelegde voorwaarden voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame ertoe strekken de verschillende belangen af te wegen die kunnen worden geraakt wanneer vergelijkende reclame wordt toegestaan. Zo blijkt uit de punten 2, 7 en 9 van de considerans van richtlijn 97/55, gelezen in onderlinge samenhang, dat genoemd artikel 3 bis tot doel heeft de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten in het belang van de consument te stimuleren, door concurrenten de mogelijkheid te bieden om objectief de voordelen van verschillende vergelijkbare waren te belichten en door tegelijk praktijken te verbieden die de concurrentie kunnen verstoren, de concurrenten schade kunnen berokkenen en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument (arrest L’Oréal e.a., reeds aangehaald, punt 68).

21 Daaruit volgt dat de in artikel 3 bis, lid 1, genoemde voorwaarden in de meest gunstige zin moeten worden uitgelegd teneinde reclame toe te staan waarin de kenmerken van goederen of diensten objectief worden vergeleken, waarbij ervoor moet worden gezorgd dat vergelijkende reclame niet op een anticoncurrentiële en oneerlijke wijze wordt aangewend of op een zodanige

manier dat de belangen van de consument worden geschaad ([arrest L'Oréal e.a., reeds aangehaald, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

22 Ook zij eraan herinnerd dat richtlijn 84/450 de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in de lidstaten geoorloofd is op uitputtende wijze heeft geharmoniseerd, zodat de geoorloofdheid van vergelijkende reclame in de gehele Unie louter dient te worden getoetst aan de door de wetgever van de Unie vastgestelde criteria (zie [arrest van 8 april 2003, Pip-pig Augenoptik, C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punt 44](#)).

23 Wat het vergelijken van prijzen betreft, zoals aan de orde in het hoofdgeding, zij er ten slotte aan herinnerd dat de vergelijking van concurrerende aanbiedingen, met name inzake prijzen, in de aard zelf van vergelijkende reclame besloten ligt ([arrest van 19 september 2006, Lidl Belgium, C-356/04, Jurispr. blz. I-8501, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

24 Punt 8 van de considerans van richtlijn 97/55 benadrukt in dat verband bovendien dat de vergelijking van uitsluitend de prijs van goederen en diensten mogelijk moet zijn indien die vergelijking aan bepaalde voorwaarden voldoet, in het bijzonder indien zij niet misleidend is.

Artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450

25 Op grond van artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 is vergelijkende reclame slechts geoorloofd indien zij goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat deze voorwaarde inhoudt dat de vergeleken goederen onderling voldoende verwisselbaar moeten zijn voor de consument ([arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 26; arrest van 19 april 2007, De Landtsheer Emmanuel, C-381/05, Jurispr. blz. I-3115, punt 44](#)).

26 Zoals de Franse regering en de Commissie hebben benadrukt, suggereert de formulering van de prejudiciële vraag reeds dat, ook al zijn de in de betwiste advertentie vergeleken goederen onderling voldoende verwisselbaar om voornoemde voorwaarde te vervullen, de verwijzende rechter zich er niettemin van wil vergewissen dat een dergelijke beoordeling evenzeer geldt voor levensmiddelen. Aangezien levensmiddelen, door de verschillen inzake wijze en plaats van bereiding, ingrediënten en identiteit van de fabrikant, onvermijdelijk variëren wat eetbaarheid en genoegen bij het nuttigen ervan betreft, vraagt de verwijzende rechter zich meer bepaald af of dit ertoe leidt dat elke vergelijking tussen deze producten onmogelijk is, zodat een eventuele vergelijking enkel kan plaatsvinden tussen identieke levensmiddelen.

27 In dat verband zij er vooraf op gewezen dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450, anders dan met name artikel 3 bis, lid 1, sub c, van deze richtlijn, geenszins betrekking heeft op, en dus geen beslissing neemt omtrent, de invalshoek van waaruit de vergelijking mag worden uitgevoerd, of anders gezegd omtrent de kenmerken van de betrokken goederen of diensten waarop de vergelijkende reclame betrekking kan hebben. Hieruit volgt dat, anders dan de Tsjechische en de

Oostenrijkse regering met name hebben gesuggereerd, de invalshoek van waaruit de vergelijking wordt uitgevoerd, in casu dus de prijs, geen invloed heeft op de vraag of de twee producten voorzien in dezelfde behoeften of voor hetzelfde doel zijn bestemd in de zin van voornoemd artikel 3 bis, lid 1, sub b.

28 Overigens zij er ten eerste aan herinnerd dat de reeds aangehaalde arresten [Lidl Belgium](#) en [De Landtsheer Emmanuel](#), waarin het Hof – zoals reeds in herinnering gebracht in punt 25 van het onderhavige arrest – heeft verduidelijkt dat vergelijkende reclame gelet op artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 slechts is geoorloofd indien de vergeleken goederen onderling voldoende verwisselbaar zijn voor de consument, precies zijn gewezen in zaken betreffende reclame voor levensmiddelen.

29 Ten tweede zij opgemerkt dat punt 9 van de considerans van richtlijn 97/55 benadrukt dat het, teneinde te voorkomen dat vergelijkende reclame op een anticoncurrentiële en oneerlijke wijze wordt aangewend, noodzakelijk is uitsluitend vergelijkingen toe te staan tussen „concurrerende” goederen en diensten, die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd.

30 Het Hof heeft met name verduidelijkt dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 vergelijkende reclame enkel geoorloofd acht indien zij goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd omdat met name uit artikel 2, punt 2 bis, van deze richtlijn blijkt dat het kenmerkende element van het begrip vergelijkende reclame daarin ligt dat een „concurrent” van de adverteerder of door deze concurrent aangeboden goederen of diensten worden genoemd en omdat de hoedanigheid van „concurrerende ondernemingen” per definitie berust op de substitueerbaarheid van de goederen of diensten die deze ondernemingen op de markt aanbieden (zie [arrest De Landtsheer Emmanuel, reeds aangehaald, punten 27-29](#)).

31 Zoals het Hof heeft benadrukt, zijn deze twee bepalingen van richtlijn 84/450 aldus duidelijk nauw met elkaar verwant, zodat de criteria ter beoordeling van de mate van substitueerbaarheid mutatis mutandis overeenkomen bij de toepassing van elk van deze bepalingen (zie in die zin arrest [De Landtsheer Emmanuel, reeds aangehaald, punten 46 en 48](#)).

32 In dat verband kan op grond van het feit dat producten tot op zekere hoogte aan dezelfde behoeften kunnen voldoen, worden geconcludeerd dat zij in zekere mate onderling substitueerbaar zijn ([arrest De Landtsheer Emmanuel, reeds aangehaald, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

33 Om te concluderen dat substitutie daadwerkelijk mogelijk is overeenkomstig artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450, moet een individuele en concrete beoordeling gebeuren van de producten die specifiek in de reclameboodschap worden vergeleken ([arrest De Landtsheer Emmanuel, reeds aangehaald, punt 47](#)). Een dergelijke concrete beoordeling van de mate van substitueerbaarheid behoort tot de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties.

34 Ten derde zij opgemerkt dat andere overwegingen zich ertegen verzetten dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 aldus zou worden uitgelegd dat vergelijkende reclame met betrekking tot levensmiddelen in wezen verboden zou zijn indien deze producten niet identiek zijn.

35 Enerzijds volgt een dergelijk verbod geenszins uit de tekst van voornoemde bepaling.

36 Anderzijds zou dit verbod via een ruime uitlegging van deze voorwaarde voor de geoorlooftheid van vergelijkende reclame, meebrengen dat het toepassingsgebied van dergelijke reclame aanzienlijk wordt beperkt ([zie naar analogie arrest De Landtsheer Emmanuel, reeds aangehaald, punten 70 en 71](#)).

37 Zoals met name de Tsjechische regering en de Commissie hebben benadrukt zou, wanneer wordt aangenomen dat twee levensmiddelen slechts vergelijkbaar zijn in de zin van artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 indien zij identiek zijn, vergelijkende reclame namelijk zijn uitgesloten voor een bijzonder belangrijke groep van consumptiewaren, en dit ongeacht de invalshoek van waaruit de vergelijking wordt gemaakt.

38 Een dergelijk verbod zou dus leiden tot een resultaat dat ingaat tegen de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de aan vergelijkende reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest gunstige zin dienen te worden uitgelegd ([arrest De Landtsheer Emmanuel, reeds aangehaald, punt 63](#)).

39 Gelet op een en ander, dient aan de verwijzende rechter in de eerste plaats te worden geantwoord dat artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450 aldus moet worden uitgelegd dat de loutere omstandigheid dat levensmiddelen van elkaar verschillen inzake hun eetbaarheid en het genoegen dat zij de consument verschaffen, op basis van de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, er niet toe leidt dat een vergelijking tussen dergelijke producten niet kan voldoen aan het in voornoemde bepaling neergelegde vereiste, inhoudende dat deze producten in dezelfde behoeften moeten voorzien of voor hetzelfde doel moeten zijn bestemd, met andere woorden in voldoende mate onderling verwisselbaar moeten zijn.

40 Zoals volgt uit punt 33 van het onderhavige arrest, staat het aan de verwijzende rechter om concreet te beoordelen of er tussen de levensmiddelen die worden vergeleken in de zaak die in het hoofdgeding aan de orde is, een voldoende mate van verwisselbaarheid bestaat. Hij heeft het Hof voor het overige immers geen enkele aanwijzing verschaft inzake de identiteit en de concrete kenmerken van de producten, en het Hof evenmin uitleggingsvragen gesteld die verband houden met dergelijke concrete gegevens.

Artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450

41 Volgens artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450 is vergelijkende reclame slechts geoorloofd indien zij niet misleidt.

42 Wat meer in het bijzonder het vergelijken van prijzen betreft, zoals aan de orde in het hoofdgeding, is er in punt 24 van het onderhavige arrest aan herinnerd dat

volgens punt 8 van de considerans van richtlijn 97/55 een vergelijking van uitsluitend de prijs van goederen en diensten mogelijk moet zijn indien die vergelijking aan bepaalde voorwaarden voldoet, in het bijzonder indien zij niet misleidend is.

43 Overigens volgt uit punt 2 van de considerans van richtlijn 97/55 dat de bij deze richtlijn ingevoerde harmonisatie van de voorwaarden voor de geoorlooftheid van vergelijkende reclame, er met name toe moet bijdragen dat de „voordelen” van de verschillende vergelijkbare producten „objectief kunnen worden belicht”.

44 Artikel 2, punt 2, van richtlijn 84/450 definieert misleidende reclame als 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.

45 Uit de beschrijving van de betwiste advertentie in de punten 10 en 11 van het onderhavige arrest blijkt dat zij een selectie toont van een beperkt aantal producten, hoofdzakelijk levensmiddelen, die worden verkocht in twee concurrerende winkels. Van deze producten wordt alleen de generieke benaming genoemd, met in voorkomend geval het gewicht of het volume, zoals vermeld op de kassabonnen van beide winkels, waarop eveneens de afzonderlijke prijs van elk van de betrokken producten is vermeld en het totaalbedrag van de aangekochte korf. De advertentie bevat overigens ook algemene slagzinnen die de winkel van adverteerder aanprijzen als de goedkoopste. De in de advertentie getoonde kassabon van laatstgenoemde winkel vermeldt een lager totaalbedrag dan de eveneens getoonde kassabon van de concurrent.

46 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of een dergelijke advertentie, gelet op de omstandigheden van het geval en rekening houdend met de consumenten tot wie zij zich richt, kan misleiden ([zie arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

47 In dit verband moet de verwijzende rechter enerzijds rekening houden met de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en bedachtzame gemiddelde consument van de producten of diensten waarover het gaat in de betrokken advertentie. Vaststaat dat een advertentie zoals thans aan de orde zich niet richt tot een gespecialiseerd publiek, maar tot de eindconsument die zijn aankopen van gangbare consumptiegoederen doet in een supermarktketen ([zie arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

48 Voor de vereiste beoordeling moet de nationale rechter anderzijds alle relevante gegevens van de zaak in aanmerking nemen, met inachtneming, zoals blijkt uit artikel 3 van richtlijn 84/450, van de in de betwiste advertentie opgenomen informatie en meer algemeen van alle bestanddelen van de advertentie ([zie arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

49 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat een advertentie door een weglating misleidend kon worden, in het bijzonder wanneer, rekening houdend met de consument tot wie zij zich richt, die advertentie een omstandigheid beoogt te verhelen die, indien zij bekend was geweest, een aanzienlijk aantal consumenten van aankoop zou hebben doen afzien ([arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#)).

50 Uit een en ander volgt dat blijkens de rechtspraak een advertentie zoals de betwiste advertentie dus ten eerste misleidend kan zijn indien de verwijzende rechter, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het betrokken geschil en in het bijzonder met de vermeldingen of weglatingen in de advertentie, vaststelt dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde productenkorf representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent, zodat zij, wanneer zij regelmatig hun gangbare consumptiegoederen zouden aankopen bij de adverteerder en niet bij de betrokken concurrent, besparingen zouden kunnen realiseren van de door de betwiste advertentie vermelde omvang, of dat zij in de onjuiste overtuiging verkeren dat alle producten van de adverteerder goedkoper zijn dan deze van zijn concurrent ([zie in die zin arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punten 83 en 84](#)).

51 Een advertentie zoals thans in geding kan ook misleidend zijn indien de verwijzende rechter vaststelt dat, voor de prijsvergelijking in de betwiste advertentie, levensmiddelen werden uitgekozen die in werkelijkheid objectieve verschillen vertonen die de keuze van de consument aanzienlijk beïnvloeden.

52 Wanneer zij geen melding maakt van deze verschillen kan de gemiddelde consument een dergelijke advertentie, die enkel prijzen vergelijkt, namelijk opvatten als een impliciete bevestiging dat de andere kenmerken van de betrokken producten, die ook een belangrijke rol spelen bij diens keuze, gelijkwaardig zijn.

53 In dat verband heeft het Hof, inzake het vergelijken van prijzen in twee concurrerende winkels, met name reeds geoordeeld dat in de gevallen waarin het merk van de producten de keuze van de koper merkbaar kan beïnvloeden, en de vergelijking betrekking heeft op concurrerende producten van merken die inzake bekendheid aanzienlijke verschillen vertonen, het weglaten van het bekendste merk in strijd is met artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450 ([arrest Pippig Augenoptik, reeds aangehaald, punt 53](#)).

54 Dit kan in voorkomend geval ook gelden voor andere kenmerken van de vergeleken producten, zoals hun samenstelling of de wijze en plaats van hun bereiding, waarnaar in de prejudiciële vraag wordt verwezen, wanneer blijkt dat dergelijke kenmerken – net als de prijs – naar hun aard de keuze van de koper merkbaar kunnen beïnvloeden.

55 Wanneer in dergelijke gevallen de consument niet wordt geïnformeerd over de aldus bestaande verschillen

tussen de producten waarvan uitsluitend de prijzen worden vergeleken, sticht dit verwarring omtrent de redenen voor het vermelde prijsverschil en omtrent het werkelijke financieel voordeel dat een consument kan behalen indien hij zijn aankopen bij de adverteerder doet in plaats van bij een bepaalde concurrent. In zoverre beïnvloedt dit het economisch gedrag van deze consument. Hij kan daardoor immers in de overtuiging komen te verkeren dat hij daadwerkelijk een financieel voordeel kan verkrijgen omdat de adverteerder een sterk concurrerend aanbod doet en niet omdat er objectieve verschillen bestaan tussen de vergeleken producten.

56 Gelet op al het voorgaande, dient aan de verwijzende rechter in de tweede plaats te worden geantwoord, dat artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450 aldus moet worden uitgelegd dat een advertentie zoals aan de orde in het hoofdgeding met name misleidend kan zijn:

– indien, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het betrokken geschil en in het bijzonder met de vermeldingen of weglatingen in deze advertentie, vaststaat dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde productenkorf representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent, zodat zij, wanneer zij regelmatig hun gangbare consumptiegoederen zouden aankopen bij de adverteerder en niet bij de betrokken concurrent, besparingen zouden kunnen realiseren van de door de betwiste advertentie vermelde omvang, of dat zij in de onjuiste overtuiging verkeren dat alle producten van de adverteerder goedkoper zijn dan deze van zijn concurrent, of

– indien blijkt dat, voor de vergelijking van de prijzen alleen, levensmiddelen zijn uitgekozen die nochtans verschillen vertonen die de keuze van de gemiddelde consument aanzienlijk kunnen beïnvloeden, zonder dat deze verschillen duidelijk blijken uit de betwiste advertentie.

Artikel 3 bis, lid 1, sub c, van richtlijn 84/450

57 Op basis van artikel 3 bis, lid 1, sub c, van richtlijn 84/450 is vergelijkende reclame slechts geoorloofd indien zij 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.

58 Punt 5 van de considerans van richtlijn 97/55 benadrukt in dat verband dat vergelijkende reclame waarin wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken worden vergeleken en die niet misleidend is, een gewettigd middel kan zijn om de consumenten over hun voordelen voor te lichten ([arrest De Landtshoer Emmanuel, reeds aangehaald, punt 62](#)).

59 Gelet op de elementen waarover het beschikt en de mondelinge behandeling van de zaak, wenst het Hof zich in casu slechts uit te spreken over het vereiste van controlebaarheid.

60 In dat verband zij eraan herinnerd dat het Hof, in het reeds aangehaalde [arrest Lidl Belgium](#), dat betrekking heeft op vergelijkende reclame vanuit prijsperspectief,

reeds heeft geoordeeld dat de controleerbaarheid van de prijzen van goederen uit twee productenassortimenten noodzakelijkerwijs veronderstelt dat de goederen waarvan de prijzen aldus worden vergeleken, individueel en concreet moeten kunnen worden geïdentificeerd aan de hand van de in de advertentie vermelde informatie. Om de prijzen van de goederen te kunnen vergelijken is het immers noodzakelijk dat de betrokken goederen kunnen worden geïdentificeerd ([zie in die zin arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 61](#)).

61 Een dergelijke verplichting stelt namelijk de geadresseerde van een dergelijke boodschap, overeenkomstig de door richtlijn 84/450 nagestreefde doelstelling van consumentenbescherming, in staat zich ervan te vergewissen dat hij juist is ingelicht met het oog op zijn aankopen van gangbare consumptiegoederen ([arrest Lidl Belgium, reeds aangehaald, punt 72](#)).

62 In casu staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de in de betwiste advertentie gegeven beschrijving van de vergeleken producten voldoende nauwkeurig is opdat de consument deze producten kan identificeren teneinde de juistheid na te gaan van de in de advertentie vermelde prijzen.

63 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, is dit met name niet het geval indien blijkt dat de in de betwiste advertentie genoemde winkels verschillende levensmiddelen verkopen die beantwoorden aan de omschrijving die is vermeld op de in de advertentie getoonde kassabonnen, zodat een precieze identificatie van de aldus vergeleken goederen niet mogelijk is.

64 Gelet op het voorgaande, dient aan de verwijzende rechter in de derde plaats te worden geantwoord dat artikel 3 bis, lid 1, sub c, van richtlijn 84/450 aldus moet worden uitgelegd dat de door deze bepaling gestelde voorwaarde van controleerbaarheid, wat een advertentie zoals aan de orde in het hoofdgeding betreft die de prijzen van twee goederenassortimenten vergelijkt, inhoudt dat de betrokken goederen nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd op basis van de informatie in de betrokken advertentie.

Kosten

65 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3 bis, lid 1, sub b, van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, moet aldus worden uitgelegd dat de loutere omstandigheid dat levensmiddelen van elkaar verschillen inzake hun eetbaarheid en het genoege dat zij de consument verschaffen, op basis van de wijze en plaats van bereiding ervan, de ingrediënten, en de identiteit van de fabrikant, er niet toe leidt dat een vergelijking tussen dergelijke producten niet kan voldoen aan het in voornoemde bepaling neergelegde

vereiste, inhoudende dat deze producten in dezelfde behoeften moeten voorzien of voor hetzelfde doel moeten zijn bestemd, met andere woorden in voldoende mate onderling verwisselbaar moeten zijn.

Artikel 3 bis, lid 1, sub a, van richtlijn 84/450, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55, moet aldus worden uitgelegd dat een advertentie zoals aan de orde in het hoofdgeding met name misleidend kan zijn:

– indien, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het betrokken geschil en in het bijzonder met de vermeldingen of weglatingen in deze advertentie, vaststaat dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de advertentie zich richt, tot aankoop zou kunnen besluiten in de onjuiste overtuiging dat de door de adverteerder samengestelde productenkorf representatief is voor diens algemene prijsniveau ten opzichte van zijn concurrent, zodat zij, wanneer zij regelmatig hun gangbare consumptiegoederen zouden aankopen bij de adverteerder en niet bij de betrokken concurrent, besparingen zouden kunnen realiseren van de door de betwiste advertentie vermelde omvang, of dat zij in de onjuiste overtuiging verkeren dat alle producten van de adverteerder goedkoper zijn dan deze van zijn concurrent, of

– indien blijkt dat, voor de vergelijking van de prijzen alleen, levensmiddelen zijn uitgekozen die nochtans verschillen vertonen die de keuze van de gemiddelde consument aanzienlijk kunnen beïnvloeden, zonder dat deze verschillen duidelijk blijken uit de betwiste advertentie.

Artikel 3 bis, lid 1, sub c, van richtlijn 84/450, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55, moet aldus worden uitgelegd dat de door deze bepaling gestelde voorwaarde van controleerbaarheid, wat een advertentie zoals aan de orde in het hoofdgeding betreft die de prijzen van twee goederenassortimenten vergelijkt, inhoudt dat de betrokken goederen nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd op basis van de informatie in de betrokken advertentie. Ondertekeningen.

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL P. MENGOZZI

van 7 september 2010 ¹

Zaak C-159/09

Lidl SNC

tegen

Vierzon Distribution SA

[verzoek van het Tribunal de commerce de Bourges (Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Vergelijkende reclame – Vergelijking met door concurrerende supermarktketen toegepaste prijzen – Goederen die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn”

¹ Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1. Het Hof heeft zich al verschillende malen over vergelijkende reclame gebogen en de rechtspraak daarover is ondertussen behoorlijk omvangrijk. In de onderhavige zaak heeft de verwijzende rechter, het Tribunal de commerce de Bourges, echter een vraag opgeworpen over een aspect dat nog niet aan de orde is geweest, namelijk de vraag of de bepalingen over vergelijkende reclame van toepassing zijn op een vergelijking tussen levensmiddelen.

2. In die context verzoekt de verwijzende rechter het Hof in wezen om een oordeel over de nationale Franse rechtspraak, die de rechtmatigheid van vergelijkende reclame voor levensmiddelen uitsluit, op grond dat zij naar hun aard niet vatbaar zijn voor een vergelijking.

I – Rechtskader

3. Voor een antwoord op deze vraag zijn uitsluitend bepalingen van het recht van de Unie van belang. Zoals de verwijzende rechter in zijn beschikking opmerkt, wordt in de toepasselijke nationale bepalingen, namelijk de artikelen 121-8 en 121-9 van de Code de la consommation (het Franse wetboek consumentenrecht), enkel de tekst van de toentertijd toepasselijke bepalingen van het recht van de Unie gereproduceerd.

A – Richtlijn 84/450/EEG zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG

4. De relevante regelgeving voor de onderhavige zaak is te vinden in richtlijn 84/450/EEG² (hierna ook: „richtlijn”), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG³.

5. Artikel 2, punt 2, van de richtlijn definieert „misleidende reclame” als „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen door 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”. Volgens het daaropvolgende punt 2 bis wordt onder vergelijkende reclame verstaan „elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”.

6. Artikel 3 van de richtlijn luidt als volgt:

„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, zoals beschikbaarheid, aard, uitvoering, samenstelling, procedé en datum van fabricage of levering, geschiktheid voor het gebruik, de gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong of van het gebruik te verwachten resultaten, of de uitslagen en essentiële uitkomsten van onderzoek 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, zoals zijn identiteit en zijn vermogen, zijn bekwaamheden en zijn industriële, commerciële of intellectuele eigendomsrechten of zijn bekroningen en onderscheidingen.”

7. Artikel 3 bis bepaalt het volgende:

„1. 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;

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

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

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

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

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

[...]”.

8. Artikel 7 van de richtlijn tot slot luidt:

„1. Deze richtlijn belet de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming, op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen.

2. Lid 1 is niet van toepassing op vergelijkende reclame voor zover het de vergelijking betreft.

[...]”.

B – Richtlijn 84/450/EEG zoals vervolgens gewijzigd bij richtlijn 2005/29/EG

9. Bij richtlijn 2005/29/EG⁴ is richtlijn 84/450/EG nogmaals gewijzigd. Voor de onderhavige zaak is de wijziging van artikel 3 bis en artikel 7 van belang.

² Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (PB L 250, blz. 17).

³ Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PB L 290, blz. 18).

⁴ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 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 verorde-

10. Artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG is nu als volgt geformuleerd:

„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, van deze richtlijn of de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt;
- b) goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- c) op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;
- d) niet de goede naam schaadt van en zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
- e) voor producten met een oorsprongsbenaming in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;
- f) geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten;
- g) niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.
- h) er niet toe leidt dat onder handelaren de adverteerder met een concurrent wordt verward of dat de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward.

11. Artikel 7 luidt nu:

„1. Deze richtlijn belet de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming van handelaren en concurrenten met betrekking tot misleidende reclame.

2. Lid 1 is niet van toepassing op vergelijkende reclame voor zover het de vergelijking betreft.

[...]”.

12. Ten tijde van de feiten in het hoofdgeding was richtlijn 2005/29/EG al in werking getreden. De termijn voor de omzetting ervan in nationaal recht, te weten 12 juni 2007, was echter nog niet verstreken.⁵

C – Richtlijn 2005/29/EG

13. De artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29/EG, waarnaar artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG nu verwijst voor de omschrijving van het begrip misleidende reclame, zien op respectievelijk „misleidende handelingen” en „misleidende omissies”.

14. In artikel 6 is bepaald:

„1. Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de infor-

matie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen:

- a) het bestaan of de aard van het product;
 - b) de voornaamste kenmerken van het product,
- [...]

2. Als misleidend wordt eveneens beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst:

- a) marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent;

[...]”.

15. Artikel 7 is als volgt geformuleerd:

„1. Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

[...]

4. In het geval van een uitnodiging tot aankoop wordt de volgende informatie als essentieel beschouwd, indien deze niet reeds uit de context blijkt:

- a) de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het medium en het product passend is;

[...]

- c) de prijs, inclusief belastingen [...].”

16. Na richtlijn 2005/29/EG zijn de voorschriften inzake misleidende en vergelijkende reclame zonder substantiële wijzigingen geconsolideerd in richtlijn 2006/114/EG.⁶

II – De feiten en de prejudiciële vraag

17. Partijen bij het geschil voor de nationale rechter zijn twee vennootschappen die supermarkten exploiteren: Lidl en Vierzon. Deze laatste, die handelt onder de naam Leclerc, heeft op 23 september 2006 in een plaatselijke krant een advertentie geplaatst waarin de kassabonnen van boodschappen in vier verschillende supermarkten werden vergeleken.

18. In elke supermarkt werden 34 producten gekocht, waarvan de prijzen werden opgesomd. Het betrof producten voor dagelijks gebruik, hoofdzakelijk

ning (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB L 149, blz. 22).

⁵ Zie artikel 19 van richtlijn 2005/29/EG.

⁶ Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie) (PB L 376, blz. 21).

levensmiddelen, die elkaar grotendeels overlappen. De merken van de producten waren niet aangegeven. Uit de totaalprijs van de „winkelwagens” bleek dat Leclerc de goedkoopste supermarkt was; de aangegeven producten kostten daar in totaal 46,30 EUR. Met een totaalbedrag van 51,40 EUR stond Lidl op de tweede plaats. De andere twee supermarkten waren nog duurder. De vier productlijsten met hun prijzen gingen vergezeld van een slogan waarin werd onderstreept dat de supermarkten van Leclerc de goedkoopste waren.

19. Naar aanleiding van de zojuist beschreven advertentie heeft Lidl Vierzon voor de verwijzende rechter gedaagd en gesteld dat de voorschriften voor vergelijkende reclame geschonden waren.

20. De verwijzende rechter, die uitlegging van het recht van de Unie inzake vergelijkende reclame noodzakelijk achtte voor het wijzen van zijn vonnis, heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG, aldus worden uitgelegd dat vergelijkende prijsreclame voor artikelen die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, dat wil zeggen artikelen die in voldoende mate onderling uitwisselbaar zijn, ongeoorloofd is om de enkele reden dat, wanneer het om levensmiddelen gaat, de eetbaarheid van elk artikel, in elk geval het genoeg dat men in het eten ervan schept, volledig afhangt van de omstandigheden en de plaats van bereiding, de gebruikte ingrediënten en de ervaring van de fabrikant?”

III – Procesverloop voor het Hof

21. De verwijzingsbeschikking is op 8 mei 2009 ingekomen bij het Hof. De partijen in het hoofdgeding, de Tsjechische, de Oostenrijkse en de Franse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

22. Ter terechtzitting van 1 juli 2010 hebben de partijen in het hoofdgeding, de Franse regering en de Commissie hun standpunt toegelicht.

IV – De prejudiciële vraag

A – Ontvankelijkheid van de vraag

23. In haar schriftelijke opmerkingen stelt de Franse regering primair dat de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de verwijzingsbeschikking onvoldoende gegevens bevat om precies te bepalen welke producten in de vergelijkende reclame waren opgenomen en welke kenmerken ze hadden.

24. Opgemerkt moet evenwel worden dat de door de verwijzende rechter gestelde vraag, ofschoon zij in verband staat met een feitelijke situatie die betrekkelijk summier is beschreven, in feite een zuiver juridische is, die als zodanig duidelijk is uitgedrukt. Gedetailleerde gegevens over de specifieke feitelijke omstandigheden die aan het geschil voor de nationale rechter ten grondslag liggen zijn weliswaar niet nutteloos, maar ook niet onontbeerlijk om een – juridisch en abstract – antwoord te geven op een even abstracte vraag.

25. Daarnaast wijs ik erop dat een afschrift van de vergelijkende reclame die het voorwerp is van het geschil

voor de nationale rechter aan de opmerkingen van een van de interveniënten bij het Hof is gehecht. Dit maakt nu dus deel uit van het dossier. De Franse regering heeft zich ter terechtzitting uitgelaten in termen die erop wijzen dat het probleem van de ontvankelijkheid niet meer aan de orde is.

26. De exceptie van niet-ontvankelijkheid moet dan ook worden verworpen.

B – De rol van richtlijn 2005/29/EG

27. Een bijzonder probleem in de onderhavige casus, dat met name in de opmerkingen van de Oostenrijkse regering is opgeworpen, betreft de rol die met het oog op de beantwoording van de prejudiciële vraag eventueel aan richtlijn 2005/29/EG moet worden toegekend. Zoals ik hierboven bij de uiteenzetting over het rechtskader heb aangegeven, was die richtlijn ten tijde van de feiten van het geding al in werking getreden, maar was de termijn voor de omzetting ervan nog niet verstreken. 28. In dergelijke gevallen bepaalt de rechtspraak van het Hof dat het interne recht zoveel mogelijk aldus dient te worden uitgelegd dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, niet ernstig in gevaar wordt gebracht.⁷

29. In de onderhavige casus meen ik niettemin dat de fundamentele vraag is of het antwoord dat aan de nationale rechter moet worden gegeven, anders zou zijn als richtlijn 2005/29/EG in aanmerking zou worden genomen. Dat is volgens mij niet het geval.

30. In de eerste plaats zijn bij richtlijn 2005/29/EG, voor zover hier van belang, slechts enkele punten inzake misleidende reclame verduidelijkt: de vraag van de verwijzende rechter heeft echter geen betrekking op de voorwaarden waaronder reclame als misleidend kan worden gekwalificeerd, maar enkel op de mogelijkheid de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame in algemene zin op levensmiddelen toe te passen. Dat een van de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame is dat zij niet misleidend is, doet er niet aan af dat de vraag geen betrekking heeft op de definitie van misleidende reclame.

31. Ook al zouden de wijzigingen van richtlijn 2005/29/EG in aanmerking worden genomen, dan lijkt mij dat hoe dan ook geen bijzondere moeilijkheden op te leveren. Deze richtlijn verduidelijkt namelijk enkel het begrip misleidende reclame in richtlijn 84/450/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55, vooral in de artikelen 6 en 7, die in het opnieuw geformuleerde artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EG worden aangehaald, maar wijzigt het niet en haalt het zeker niet omver. Het is daarom niet duidelijk hoe een uitlegging van het begrip misleidende reclame in de (vagere en algemenere) tekst van richtlijn 84/450/EEG, die ten tijde van de feiten van toepassing was, om de woorden van het Hof te gebruiken, „na het verstrijken van de uitvoeringstermijn, de verwezenlijking van de met [de recentere] richtlijn

⁷ Arresten van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 123), en [23 april 2009, VTB-VAB \(C-261/07 en C-299/07, Jurispr. blz. I-2949, punt 39\)](#).

nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen”⁸

32. Ik acht het dus niet noodzakelijk dat het Hof met het oog op een antwoord aan de verwijzende rechter de inhoud van richtlijn 2005/29/EG in aanmerking neemt.

C – Aard van de ingeroepen rechten

33. De zaak voor de verwijzende rechter betreft een geschil tussen twee particulieren. De vraag rijst of dat niet een zogenoemde horizontale toepassing van een richtlijn impliceert, in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof dat een richtlijn uit zichzelf in beginsel aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen⁹.

34. Niettemin wijs ik erop dat de nationale rechter, zoals de Franse regering terecht opmerkt, in het kader van de onderhavige zaak een bepaling van nationaal recht moet uitleggen waarin richtlijn 84/450/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG, in wezen woordelijk is overgenomen.

35. In het licht van met name de verplichting van de nationale rechters om de nationale bepalingen zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn uit te leggen, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken,¹⁰ doet de vraag naar de ontvankelijkheid en/of het belang van de prejudiciële vraag van het Tribunal de commerce de Bourges zich derhalve niet voor, zelfs niet vanuit dat oogpunt.

D – Richtlijn 84/450/EEG en vergelijkende reclame: algemene opmerkingen

36. Artikel 3 bis van de richtlijn, waarin de voorwaarden worden opgesomd waaronder vergelijkende reclame in het algemeen geoorloofd is, heeft tot doel „de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten in het belang van de consument te stimuleren, door concurrenten de mogelijkheid te bieden om objectief de voordelen van verschillende vergelijkbare waren te belichten en door tegelijk praktijken te verbieden die de concurrentie kunnen verstoren, de concurrenten schade kunnen berokkenen en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument”¹¹.

37. Op basis van deze overwegingen heeft het Hof in zijn rechtspraak steeds herhaald dat de bepalingen van de richtlijn moeten worden uitgelegd in de voor vergelijkende reclame meest gunstige zin, waarbij ervoor moet worden gezorgd dat de consument tegen een eventuele misleidende reclame wordt beschermd.¹²

38. Het begrip vergelijkende reclame in de richtlijn is zeer ruim. De enige voorwaarde waaraan hoeft te zijn voldaan opdat van vergelijkende reclame sprake is, is namelijk een vermelding onder welke vorm ook waar-

bij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten, zij het impliciet, worden genoemd. Het is niet eens noodzakelijk dat de goederen en de diensten van degene die reclame maakt, worden vergeleken met die van de concurrent.¹³

39. Vergelijkende reclame is in de richtlijn bovendien uitputtend geregeld. Bijgevolg kunnen eventuele strengere nationale bepalingen op dit gebied niet worden toegepast.¹⁴

E – De voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in het algemeen geoorloofd is

40. De voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in het algemeen geoorloofd is, worden in artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn opgesomd. Het gaat om acht cumulatieve voorwaarden: het volstaat dat slechts aan één van hen niet is voldaan, om de vergelijkende reclame ongeoorloofd te maken.¹⁵ Voor het antwoord op de onderhavige prejudiciële vraag zijn echter enkel de eerste drie voorwaarden van belang. De andere voorwaarden zien namelijk op het gebruik van of de verwijzing naar merken, onderscheidende kenmerken en handelsnamen, en zijn hier dus niet van toepassing.

41. Volgens de eerste voorwaarde waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, mag zij niet misleidend zijn. Deze voorwaarde heb ik hiervoor al aangestipt en ik zal er nog op terugkomen.¹⁶ Niettemin heeft de verwijzende rechter het Hof geen vraag gesteld over het begrip misleidende reclame; maar uitsluitend de vraag of de bepalingen over vergelijkende reclame in algemene en abstracte zin op levensmiddelen kunnen worden toegepast.

42. De tweede en derde voorwaarde waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, zijn directer van belang voor de onderhavige zaak. Zoals besproken wordt als tweede voorwaarde gesteld dat de vergelijkende reclame „goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd”. In dat verband is in de rechtspraak van het Hof, gelet op de welwillende houding jegens vergelijkende reclame waarvan de wetgever in de richtlijn blijkt geeft, gepreciseerd dat deze voorwaarde niet te strikt mag worden uitgelegd. Inzonderheid is die voorwaarde al-

⁸ [Arrest VTB-VAB, aangehaald in voetnoot 7, punt 39](#).

⁹ Zie bijvoorbeeld laatstelijk arrest van 19 januari 2010, *Kütükdeveci* (C-555/07, Jurispr. blz. I-00000, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁰ Zie bijvoorbeeld laatstelijk arrest van 28 januari 2010, *Uniplex* (VK) (C-406/08, Jurispr. blz. I-00000, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹¹ [Arrest van 18 juni 2009, L’Oréal e.a. \(C-487/07, Jurispr. blz. I-05185, punt 68\)](#).

¹² *Ibidem*, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹³ [Arrest van 25 oktober 2001, Toshiba Europe \(C-112/99, Jurispr. blz. I-7945, punt 31\)](#).

¹⁴ [Arrest van 8 april 2003, Pippig Augenoptik \(C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punt 44\)](#). Op het gebied van misleidende reclame daarentegen heeft de richtlijn, in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie, slechts minimumharmonisatie bewerkstelligd, waardoor de nationale wetgever strengere nationale bepalingen kon toepassen, met name om consumenten te beschermen (*ibidem*, punt 40), op voorwaarde dat de bepalingen inzake vergelijkende reclame wat de vorm en de inhoud van de vergelijking betreft niet werden aangetast (*ibidem*, punt 44). Verder moet gezegd dat de EU-regelgeving na richtlijn 2005/29/EG ook op enkele gebieden van de misleidende reclame gezien moet worden als uitputtend, aangezien de lidstaten nu enkel strengere bepalingen kunnen invoeren ter bescherming van handelaren en concurrenten (zie punt 6 van de considerans van richtlijn 2005/29/EG en de nieuwe tekst van artikel 7 van richtlijn 84/450/EEG).

¹⁵ Zie overweging 11 van de considerans van richtlijn 97/55/EG, op grond waarvan „[...] de voorwaarden voor vergelijkende reclame cumulatief moeten zijn en in hun geheel moeten worden nageleefd”. Zie ook [arrest Pippig Augenoptik, aangehaald in voetnoot 14, punt 54](#).

¹⁶ Zie hierna, punten 54 e.v.

dus uitgelegd dat het volstaat dat „de consument [de vergeleken goederen] in voldoende mate kan substitueren”¹⁷.

43. De derde voorwaarde waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, luidt tot slot dat vergelijkende reclame „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”. In dat verband moet verduidelijkt worden dat een vergelijkende reclame waarin, zoals in dit geval, de producten enkel op basis van prijs vergeleken worden, geoorloofd is.¹⁸

44. Nu ik heb uiteengezet welke in algemene zin de voorwaarden zijn waaronder vergelijkende reclame in deze zaak geoorloofd is, zal ik de kern van het door de verwijzende rechter opgeworpen probleem onderzoeken, te weten de vraag of deze voorwaarden van toepassing zijn op een vergelijking van levensmiddelen.

F – De toepassing van de richtlijn op vergelijkende reclame voor levensmiddelen

45. Als gezegd, is de kern van de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter of het mogelijk is de bepalingen van het recht van de Unie inzake vergelijkende reclame toe te passen op een vergelijking van levensmiddelen. De reclame waarover het in het hoofdgeding gaat, heeft echter in werkelijkheid niet enkel betrekking op levensmiddelen. Onder aan de lijst van vergeleken producten staan bijvoorbeeld enkele wasmiddelen. Hoe het ook zij, de overgrote meerderheid van de vergeleken producten zijn inderdaad levensmiddelen, wat de strekking van de prejudiciële vraag verklaart en rechtvaardigt.

46. Dat de vergelijking in dit geval geen betrekking heeft op afzonderlijke producten, maar op lijsten van producten, levert voor de vraag of de vergelijkende reclame geoorloofd is geen problemen op. Over dit type reclame heeft het Hof namelijk al eerder geoordeeld dat zij rechtmatig is, mits de producten op de lijsten waarop de vergelijking ziet, individueel bezien voldoen aan het vereiste van vergelijkbaarheid.¹⁹ De toetsing of de reclame aan deze voorwaarde voldoet, staat natuurlijk aan de verwijzende rechter, maar op basis van de elementen in het dossier kunnen we stellen dat in casu aan de voorwaarde is voldaan, aangezien de producten op de lijst in elke „winkelwagen” in een bepaalde volgorde zijn opgesomd en vervangen kunnen worden door de producten op dezelfde plaats in alle andere „winkelwagens”.

47. Richtlijn 84/450/EG bevat geen enkele uitdrukkelijke uitzondering of bijzondere bepaling voor levensmiddelen. Het is derhalve niet duidelijk op welke

basis een vergelijkende reclame voor levensmiddelen in algemene zin niet geoorloofd zou zijn, met name in het licht van het bij de uitlegging te hanteren beginsel dat in geval van twijfel de richtlijn moet worden uitgelegd in de voor vergelijkende reclame meest gunstige zin.²⁰ Daarnaast heeft het Hof zich al uitgesproken over vergelijkende reclame voor levensmiddelen en daarbij is nooit aan de orde gesteld dat de richtlijn niet op dergelijke producten van toepassing zou zijn.²¹ We mogen ten slotte ook niet vergeten dat een van de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is, namelijk artikel 3 bis, lid 1, sub f, van de richtlijn, producten met een benaming van oorsprong betreft; die bepaling zou zinloos zijn als levensmiddelen niet zouden mogen worden vergeleken.

48. Hierboven heb ik al vermeld dat het gegeven dat de goederen in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, zoals vereist door artikel 3 bis, lid 1, sub b, van de richtlijn, in de uitlegging van het Hof betekent dat de consument deze goederen in voldoende mate kan substitueren.²² Het lijkt mij duidelijk dat voor deze formule niet vereist is dat de vergeleken levensmiddelen dezelfde smaak hebben – op voorwaarde natuurlijk dat niet aan de kwalificatie van misleidende reclame is voldaan, zoals we hierna zullen zien. Het Hof heeft zich op hetzelfde standpunt gesteld toen het oordeelde dat een reclame waarin een product zonder benaming van oorsprong werd vergeleken met een product dat wel een dergelijke benaming had, geoorloofd was.²³

49. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht heeft opgemerkt, zou vergelijkende reclame – namelijk verschillende producten met elkaar vergelijken en de aandacht vestigen op de voor- en nadelen ervan – grotendeels haar zin verliezen als enkel vergelijkende reclame voor identieke producten, althans producten waarvan de kenmerken geheel overlappen, geoorloofd zou zijn.

50. Over de wijze waarop moet worden getoetst of de vergeleken producten in voldoende mate kunnen worden gesubstitueerd, zijn in de rechtspraak enkele bakens gezet. Deze beoordeling moet worden verricht door de nationale rechter tegen de achtergrond van de doelstellingen van de richtlijn en van de in de rechtspraak geformuleerde beginselen. De rechter moet bij zijn onderzoek rekening houden met zowel de actuele marktsituatie, als de ontwikkelingsmogelijkheden ervan, zonder zich noodzakelijkerwijs te beperken tot de consumptiegewoonten in een enkele lidstaat of een bepaalde streek. Bij deze beoordeling kan ook het imago dat de adverteerder aan zijn producten wenst te geven, een rol spelen.²⁴

51. Het is niet mogelijk bij voorbaat aan te geven welke factoren voor de nationale rechter beslissend zullen zijn

¹⁷ Arresten van [19 september 2006, Lidl Belgium \(C-356/04, Jurispr. blz. I-8501, punt 26\)](#) en [19 april 2007, De Landtsheer Emmanuel \(C-381/05, Jurispr. blz. I-3115, punt 44\)](#).

¹⁸ Zie punt 8 van de considerans van richtlijn 97/55/EG, waarin wordt opgemerkt dat „[...] de vergelijking van alleen de prijs van goederen en diensten mogelijk moet zijn indien die vergelijking aan bepaalde voorwaarden voldoet, met name aan de voorwaarde dat zij niet misleidend is”. Zie ook [arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punt 56](#).

¹⁹ [Arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punten 34-36](#).

²⁰ Zie punt 37 hierboven.

²¹ Zie bijvoorbeeld [arresten Lidl Belgium](#) en [De Landtsheer Emmanuel](#), beide aangehaald in voetnoot 17.

²² Zie punt 42 hierboven.

²³ [Arrest De Landtsheer Emmanuel, aangehaald in voetnoot 17, punt 66](#).

²⁴ Ibidem, punten 33-37 en 43.

bij de beoordeling of de vergeleken producten voor de consument substitueerbaar zijn: dat moet van geval tot geval worden beoordeeld in het licht van de specifieke kenmerken van de situatie.²⁵ Elementen als de kwaliteit van de vergeleken producten of het assortiment waartoe ze behoren, kunnen echter belangrijke factoren zijn, indien zij van invloed kunnen zijn op de mate waarin de vergeleken producten voor de consument substitueerbaar zijn.

52. Vooropgesteld dat vergelijkende reclame door de verschillen in smaak tussen de vergeleken levensmiddelen niet onrechtmatig wordt, is deze reclame enkel geoorloofd als: a) de producten in voldoende mate kunnen worden gesubstitueerd, hetgeen ter beoordeling aan de nationale rechter staat; b) de reclame niet misleidend is (in de volgende punten kom ik op dit aspect terug); c) aan de andere voorwaarden in artikel 3 bis, lid 1, van de richtlijn, waaronder de reclame geoorloofd is, is voldaan.

53. Als totale smaakequivalentie als criterium voor geoorloofde vergelijkende reclame van levensmiddelen zou worden gehanteerd, zou het resultaat hetzelfde zijn als wanneer de richtlijn in het geheel niet van toepassing op deze producten zou worden verklaard. Zoals de Tsjechische regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft benadrukt, zou een dergelijke voorwaarde – die door de wetgever niet is gesteld – in de beoordeling of vergelijkende reclame geoorloofd is, een subjectief element introduceren, waardoor een concurrent vergelijkende reclame van een rivaal steeds zou kunnen blokkeren door te stellen dat kwaliteit en/of smaak van de betrokken producten verschillen.

G – Controle van de niet-misleidende aard van de reclame

54. Zoals ik hiervoor al heb opgemerkt, verzoekt de verwijzende rechter het Hof niet om aanwijzingen inzake misleidende reclame. Aangezien een van de fundamentele voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame is dat de reclame niet misleidend mag zijn, en aangezien men zich zou kunnen afvragen of het begrip misleidende reclame bij levensmiddelen iets anders inhoudt dan het „gewone” begrip, is het mijns inziens zinvol daaraan enkele korte overwegingen te wijden.

55. De algemene definitie van misleidende reclame wordt zoals gezien gegeven in artikel 2, lid 2, van richtlijn 84/450/EEG.²⁶ Deze definitie bevat twee essentiële elementen. In de eerste plaats misleidt deze reclame de personen tot wie zij zich richt (althans kan hen misleiden). In de tweede plaats kan misleidende reclame, als gevolg van haar eerste kenmerk, het economische gedrag van het publiek tot wie zij zich richt, beïnvloeden, of een concurrent van de adverteerder schade toebrengen.

56. Het staat steeds aan de nationale rechter te beoordelen of reclame misleidend is: bij deze beoordeling moet namelijk worden gelet op de omstandigheden van elk

concreet geval en moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de consumenten tot wie de reclame is gericht, met als maatstaf een normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument.²⁷

57. In het onderzochte geval lijkt het mij – zonder de nationale rechter zijn uitsluitende bevoegdheid af te nemen – dat enkele bakens kunnen worden gezet, waarmee rekening moet worden gehouden om te bepalen of de consument tot wie de betrokken vergelijkende reclame is gericht, is misleid of het risico daartoe heeft gelopen.

58. Om te beginnen kan de onderzochte vergelijkende reclame in algemene zin niet als misleidend worden beschouwd op de grond dat het merk van de vergeleken producten niet wordt aangegeven. Weliswaar heeft het Hof in enkele gevallen geoordeeld dat het weglaten van de merken van de vergeleken producten misleidende reclame kan opleveren, maar dat doet zich, zoals in het arrest Pippig Augenoptik is verduidelijkt, enkel voor in de gevallen waarin het merk van de producten de keuze van de consument merkbaar kan beïnvloeden en de vergelijking betrekking heeft op concurrerende producten die aanzienlijk qua merkbekendheid verschillen.²⁸

59. Met andere woorden, het weglaten van de merken kan slechts in tamelijk beperkte gevallen misleidende reclame opleveren: de referentiedrempel die door het Hof in het voornoemde arrest Pippig is vastgesteld, is heel hoog. In dat geval ging het om het weglaten van de merken van brillenglazen; een product dat qua prijs en vervangbaarheid in een heel andere categorie valt dan een reeks levensmiddelen die in de eerste levensbehoeften voorzien. Evenmin mag worden vergeten dat het Hof ook in dat geval de beslissing of de reclame misleidend was, aan de nationale rechter heeft overgelaten.

60. Daarom lijkt het mij onwaarschijnlijk – wat niet wegneemt dat de verwijzende rechter de enige is die zich op dit punt kan uitspreken – dat het weglaten van de merken van de vergeleken producten in dit geval leidt tot gedrag dat aan de kwalificatie van misleidende reclame voldoet. Dat zou anders zijn als de adverteerder bijvoorbeeld de merken van de vergeleken producten zou hebben weggelaten om consumenten een verkeerd beeld van de producten te geven. Men denke aan het geval van een vergelijking die bedoeld is om voor te wenden dat een product dat tegen een aanzienlijk lagere prijs wordt aangeboden, van hetzelfde merk is als een duurder product.

61. Het niet aangeven van de merken zou daarentegen van betekenis kunnen zijn, als het daardoor onmogelijk zou worden de vergeleken producten te identificeren. Zoals in de rechtspraak is vastgesteld, moeten de producten in de vergelijking „individueel en concreet” kunnen worden geïdentificeerd.²⁹ Als in de reclame,

²⁵ Ik verwijs hiervoor naar mijn conclusie van 30 november 2006 in de zaak [De Landtsheer Emmanuel, aangehaald in voetnoot 17, punten 98-105](#).

²⁶ [Arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punt 76](#).

²⁷ Arresten van [16 januari 1992, X \(C-373/90, Jurispr. blz. I-131, punt 15\)](#), [Pippig Augenoptik, aangehaald in voetnoot 14, punt 55](#), en [Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punten 77-78 en aldaar aangehaalde rechtspraak](#).

²⁸ [Arrest Pippig Augenoptik, aangehaald in voetnoot 14, punt 53](#).

²⁹ [Arrest Lidl Belgium, aangehaald in voetnoot 17, punt 61](#).

zoals in dit geval, de producten op een algemene manier worden geïdentificeerd („margarine”, „boterhamsmeersel”, „tomatenpuree” enzovoort), zonder het merk te noemen, zou er een risico kunnen zijn dat de vergeleken producten niet voldoende nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd. Ook dat moet evenwel door de nationale rechter worden beoordeeld. Als de vergeleken producten bijvoorbeeld de enige van dat type zijn die in de betrokken supermarkten worden verkocht (om de voorbeelden uit het vorige punt te gebruiken: de enige margarine, de enige tomatenpuree enzovoort), of naar hun aard volkomen vervangbaar zijn door die van concurrenten, doet het probleem van de gebrekkige of onmogelijke identificatie ervan zich niet voor.

62. Het Hof heeft eveneens uitgemaakt dat ook de manier waarop de producten voor de „winkelwagen” in de vergelijkende reclame worden gekozen in abstracto misleidende reclame kan vormen. Dat kan met name het geval zijn als de keuze van de producten tot de onjuiste overtuiging van de consument kan leiden dat alle producten van de adverteerder minder duur zijn dan alle producten van zijn concurrenten.³⁰ Desondanks zijn deze vaststellingen uit de rechtspraak voor de onderhavige casus niet van belang. Zij zijn door het Hof ontwikkeld naar aanleiding van een geval van vergelijkende reclame waarin geen specifieke producten werden vergeleken, maar het algemene prijsniveau van concurrerende supermarkten. In dit geval hebben we niet te maken met algemene beweringen over prijzen die in een bepaalde supermarkt steeds lager zouden zijn dan in een andere. In de reclame waarover de verwijzende rechter zich moet uitspreken, worden, als gezegd, een aantal welomschreven en bepaalde producten vergeleken die bij concurrerende supermarkten worden verkocht. Dat deze vergelijking gepaard gaat met een algemene slogan over het lagere prijsniveau van de adverteerder, zonder enige kwantitatieve en/of numerieke aanduiding, lijkt mij volkomen irrelevant.

V – Conclusie

63. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunal de commerce de Bourges als volgt te beantwoorden: „Een vergelijkende reclame waarin louter op basis van de prijs levensmiddelen worden vergeleken die weliswaar qua smaak uiteenlopen, maar niettemin in voldoende mate kunnen worden gesubstitueerd, is in de zin van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame geoorloofd. Het staat aan de nationale rechter na te gaan of aan deze en de andere voorwaarden in artikel 3 bis van richtlijn 84/450/EEG, met name aan het verbod van misleidende reclame, is voldaan.”

³⁰ Ibidem, punt 83