

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 7 maart 2002¹

I — Inleiding

II — Juridisch kader

A — *Gemeenschapsrecht*

1. Het Verwaltungsgerichtshof heeft het Hof twee vragen voorgelegd naar aanleiding van de relatief strenge maatstaf die het Oostenrijkse recht aanlegt voor de inhoud van het begrip misleiding in de gevallen waarin aan cosmetische producten een medicinale werking wordt toegeschreven. In geding is de aanduiding „dermatologisch getest” op zeep en shampoo, cosmetische producten die bestemd zijn om met de huid in aanraking te komen. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het gemeenschapsrecht een nationale regeling toelaat die een dergelijke aanduiding verbiedt, indien deze niet gepaard gaat met informatie over de onderzochte eigenschappen en het resultaat van het onderzoek, dan wel indien voor het voeren van de aanduiding geen ontheffing is verleend door de minister. Het antwoord op deze vragen treft het Hof mijns inziens aan in zijn eerdere rechtspraak.

2. Richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten² bepaalt in artikel 6, lid 3:

„De lidstaten treffen alle nodige maatregelen om te waarborgen dat bij het etiketteren, het ten verkoop aanbieden van en het maken van reclame voor cosmetische producten de tekst, de benamingen, merken en afbeeldingen of andere al dan niet figuratieve tekens niet worden gebruikt om aan deze producten kenmerken toe te schrijven die deze niet bezitten. [...]”

2 — PB L 262, blz. 169, zoals meermalen gewijzigd, onder meer bij richtlijn 88/667/EEG van de Raad van 21 december 1988, PB L 382, blz. 46, en richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juni 1993, PB L 151, blz. 32 (hierna ook: „richtlijn”).

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

3. Volgens artikel 4 van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame³ dragen „de lidstaten zorg voor passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van misleidende reclame in het belang van zowel consumenten als concurrenten en het publiek in het algemeen”. Artikel 7 bepaalt dat richtlijn 84/450 de lidstaten niet belet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verder gaande bescherming van bovengenoemde personen.

B — Nationaal recht

4. Centraal in deze procedure staat het Bundesgesetz van 23 februari 1975, über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrprodukten, Zusatzstoffen, kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen (Lebensmittelgesetz 1975)⁴ (Bondswet inzake de verhandeling van levensmiddelen, voor menselijke consumptie bestemde producten, additieven, cosmetische producten en gebruiksvoorwerpen; hierna: „LMG”). Volgens § 26, lid 1, sub d, LMG is het verboden cosmetische producten in de handel te brengen die onjuist zijn aangeduid.

5. Luidens § 26, lid 2, LMG zijn § 8, sub a, b en f, van overeenkomstige toepassing (op het in de handel brengen van cosmetische producten) en is § 9 van toepassing met dien verstande, dat niet-misleidende verwijzingen naar fysiologische of farmacologische werkingen, alsmede figuratieve voorstellingen en afbeeldingen ter verduidelijking van de gebruiksmogelijkheden zijn toegestaan. Indien zodanige werkingen aan een product worden toegeschreven, moeten de werkzame bestanddelen desgevraagd aan de autoriteiten worden medegedeeld.

6. Overeenkomstig § 8, sub f, (juncto § 26, lid 2) LMG zijn cosmetische producten onjuist aangeduid, indien zij met voor misverstand vatbare gegevens over kenmerken die naar de verkeersopvatting, met name naar de verwachtingen van de consument, van wezenlijk belang zijn, zoals de aard, herkomst, gebruiksmogelijkheden, houdbaarheid, vervaardigingsdatum, helderheid, gehalte aan relevante bestanddelen, hoeveelheid, afmetingen, aantal of gewicht, of in een dergelijke vorm of opmaak, of met verboden gezondheidsgerelateerde informatie (§ 9) in omloop worden gebracht.

7. Volgens § 9, lid 1, juncto § 26, lid 2, LMG is het verboden, bij het in de handel brengen van cosmetische producten

³ — PB L 250, blz. 17, zoals gewijzigd.

⁴ — BGBl 86.

„a) te verwijzen naar het voorkomen, behandelen of genezen van ziekten of ziektesymptomen, of naar fysiologische of farmacologische werkingen — met name op het gebied van het vertragen van het verouderingsproces, het afremmen van ouderdomsverschijnselen, het doen vermageren of het zorgen voor het behoud van een goede gezondheid — dan wel een zodanige werking te suggereren;

ducten onjuist aanduidt of onjuist aangeduide cosmetische producten in de handel brengt, zich schuldig aan een bestuursrechtelijke overtreding („Verwaltungsübertretung“).

III — Feiten, procedure en prejudiciële vraag

b) te verwijzen naar ziektegeschiedenissen, aanbevelingen van artsen of adviezen van deskundigen op medisch gebied;

[...].”

8. Volgens § 9, lid 3, juncto § 26, lid 2, LMG moet de minister op verzoek voor bepaalde cosmetische producten gezondheidsgerelateerde informatie bij beschikking toestaan, indien dit verenigbaar is met de bescherming van de consument tegen misleiding.

9. Luidens § 74, lid 1, LMG maakt degene die — onder andere — cosmetische pro-

10. Gottfried Linhart (hierna: „Linhart“) is bij besluit van de Unabhängige Verwaltungssenat Wien van 22 februari 1999 schuldig bevonden aan een bestuursrechtelijke overtreding van § 74, lid 1, juncto § 9, lid 1, sub a, en § 8, sub f, LMG, op grond dat hij ervoor verantwoordelijk was, dat Colgate Palmolive Gesellschaft mbH het product „Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell“ met de aanduiding „dermatologisch getest“ aan Billa AG heeft geleverd.⁵ Door deze aanduiding op de zeep is bij de consument de indruk van een gezondheidsscherp werkende gewekt en is het product naar het oordeel van de Unabhängige Verwaltungssenat dus onjuist aangeduid.

11. Dr. Hans Biffl (hierna: „Biffl“) is bij besluit van de Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich van 9 mei 2000 schuldig bevonden aan een bestuurs-

⁵ — Het Verwaltungsgerichtshof heeft zich niet uitgelaten over de herkomst van de in geding zijnde cosmetische producten. In zijn schriftelijke opmerkingen heeft Linhart verklaard dat het product „Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell“ in Italië is vervaardigd.

rechtelijke overtreding van § 74, lid 1, juncto § 9, lid 1, sub b, en § 8, sub f, LMG, op grond dat hij ervoor verantwoordelijk was, dat Haarkos Parfumeriewaren und Kosmetika GmbH het cosmetische product „Keralogie Creme-Peeling Anti Schuppen regulierendes Haarbad” met op de verpakking (kunststoffles) de aanduiding „dermatologisch getest”, waarvoor geen vergunning was verleend, in de handel heeft gebracht.⁶

12. In het bij het Verwaltungsgerichtshof tegen deze vonnissen ingestelde beroep is onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 28 januari 1999 in de zaak Unilever⁷ onder meer gesteld, dat de betrokken nationale wetgeving in strijd is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder omdat een nationale regeling die reclame voor cosmetica met niet-misleidende gezondheidsgelateerde aanduidingen verbiedt, de grenzen overschrijdt van de speelruimte die artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 de lidstaten biedt.

13. Over de toelaatbaarheid van de aanduidingen „klinisch getest” en „dermatologisch getest” heeft het Verwaltungsgerichtshof zich al verscheidene malen moeten uitspreken in zaken die zich vóór de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Economische Ruimte en de Europese Unie voordeden.

14. Volgens deze nationale rechtspraak staat § 9, lid 1, sub b, LMG verwijzingen naar medische adviezen bij het in het verkeer brengen van cosmetische producten *niet* toe indien bij die verwijzing niet concreet wordt aangegeven, welke eigenschappen van het product met welk resultaat zijn onderzocht. Doorslaggevend was daarbij de opvatting, dat de verwijzing naar een medisch rapport door het noemen van een klinische, respectievelijk dermatologische test bij de consument ten minste onbewust een vage indruk van een werking op de gezondheid kan wekken indien deze verwijzing op geen enkele wijze wordt geconcretiseerd.

15. De verwijzing naar medische rapporten („klinisch getest”, „dermatologisch getest”) bij het in het verkeer brengen van cosmetische producten werd daarentegen *wel* beschouwd als toegestaan op grond van § 26, lid 2, LMG, indien werd vermeld dat het onderzoek — ongeacht de gevolgen die dit voor de gezondheidstoestand van de mens heeft — specifieke fysiologische of farmacologische werkingen van het betreffende product betrof, zoals de vermelding „klinisch getest op huidvriendelijkheid en verwijdering van het haar met de wortel” bij het in het verkeer brengen van een ontharingsmiddel.

6 — Mij is gebleken dat het hier een shampoo betreft tegen hoofdroos.

7 — C-77/97, Jurispr. blz. I-431.

16. De verwijzende rechter is van mening dat de vraag, of de in de hoofdgedingen

toepasselijke Oostenrijkse regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht door de rechtspraak van het Hof van Justitie, met name het arrest Unilever en het arrest van 13 januari 2000 in de zaak Estée Lauder⁸ niet volledig is beantwoord.

17. Volgens het Verwaltungsgerichtshof is § 9, lid 1, sub b, juncto § 26, lid 2, LMG een specificatie van een categorie verwijzingen naar medisch handelen, die wegens hun vaagheid door de wetgever in hun geheel worden beschouwd als misleidend omdat zij zijn bedoeld om de meest uiteenlopende indrukken te wekken over eigenschappen en werkingswijzen van het cosmetisch product, die verband houden met medisch handelen. Er zijn, aldus de verwijzende rechter, geen aanwijzingen, dat deze opvatting — uitgaande van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument — niet juist is. Het Verwaltungsgerichtshof ziet niet in, waarom het de wetgever van de lidstaat niet zou zijn toegestaan, een duidelijk omschreven categorie reclame-uitingen wegens hun vaagheid en hun verband met medisch handelen in een algemene regeling als misleidend aan te duiden, indien een individuele beoordeling van het misleidende karakter tot hetzelfde resultaat zou leiden. Verwijzingen naar medische rapporten die voldoende geconcretiseerd zijn in de zin van § 26, lid 2, LMG en die niet tot misleiding van de consument kunnen leiden, zijn immers ook zonder dat al toegestaan.

18. Het Verwaltungsgerichtshof wijst er bovendien op dat het verbod van § 9, lid 1, LMG niet absoluut is; dit verbod is eerder afhankelijk van een vergunning op grond van § 9, lid 3, LMG. De minister moet op verzoek voor cosmetische producten bij beschikking gezondheidsgerelateerde informatie toestaan, indien dit verenigbaar is met de bescherming van de consument tegen misleiding. § 9, lid 3, LMG zou verzoekers dus de mogelijkheid hebben geboden, een vergunning voor (niet-misleidende) verwijzingen naar medische rapporten te verkrijgen en aldus een boete te vermijden.

19. Derhalve heeft het Verwaltungsgerichtshof bij beschikking van 29 januari 2001, ingekomen ter griffie van het Hof van Justitie op 28 februari 2001, het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

„1) Verzetten de artikelen 28 EG en 30 EG, richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/667/EEG van de Raad van 21 december 1988 en richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juli 1993, en met name artikel 6, lid 3 ervan, alsmede richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, en met name de artikelen 4 en 7 ervan, zich tegen een regeling van een lidstaat op grond

8 — C-220/98, Jurispr. blz. I-117.

waarvan het verboden is, bij het in de handel brengen van cosmetische middelen — met name door het gebruik van de aanduiding „klinisch getest” of „dermatologisch getest” — naar een medisch rapport te verwijzen, indien bij de consument bij gebreke van gegevens over het voorwerp en de conclusie van het rapport misverstanden over de aard en de werking van het cosmetische product kunnen ontstaan?

- 2) Verzetten de artikelen 28 EG en 30 EG, richtlijn 76/768, en met name artikel 6, lid 3 ervan, en richtlijn 84/450, met name de artikelen 4 en 7 ervan, zich tegen de regeling van een lidstaat die het gebruik van aanduidingen als bedoeld in vraag 1 slechts na voorafgaande vergunning van de bevoegde minister toestaat?”

20. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Linhart, Biffl, de regering van de Republiek Oostenrijk en de Europese Commissie. Een mondelinge behandeling heeft niet plaatsgevonden.

IV — Beoordeling

A — *Preliminaire opmerkingen*

21. Door Linhart, Biffl en de Commissie is kritiek geuit op de wijze waarop het

prejudiciële verzoek van het Verwaltungsgerichtshof is onderbouwd en geformuleerd.

22. Deze kritiek is deels van feitelijke aard. Linhart heeft gesteld dat er op de verpakking van de betrokken zeep naast de aanduiding „dermatologisch getest” wel degelijk aanvullende informatie is verstrekt. Onder het opschrift „Schutz gegen Bakterien” (bescherming tegen bacteriën) zouden op het product gegevens over het onderwerp en het resultaat van de dermatologische testen vermeld staan. Linhart en Biffl hebben voorts betoogd dat de aanduiding „dermatologisch getest” op hun producten op zichzelf juist is, en — anders dan de eerste vraag suggereert — gezien de wijze waarop de aanduiding op de verpakking is aangegeven, ook niet tot misverstanden bij de consument kan leiden.

23. Hieromtrent kan ik volstaan met de constatering dat het aan de nationale rechter staat om de feiten in het hoofdgeding vast te stellen, alsmede om de relevantie van de aan het Hof te stellen vragen te beoordelen.⁹ De reikwijdte van het misleidingsbegrip betreft overigens een onderwerp dat nu juist centraal staat in de eerste vraag.

24. Daarnaast heeft de Commissie terecht opgemerkt dat de in de prejudiciële vragen

⁹ — Zie onlangs arrest van 4 april 2000, Darbo (C-465/98, Jurispr. blz. I-2297, punt 19).

aan de orde gestelde verwijzing naar de aanduiding „klinisch getest” geen verband houdt met de twee zaken ten gronde, waar uitsluitend de aanduiding „dermatologisch getest” in het geding is. In de nationale rechtspraak is de aanduiding „klinisch getest” wel reeds aan de orde gekomen, zoals in de verwijzingsbeschikking staat beschreven. Het is denkbaar dat het Verwaltungsgerichtshof van het Hof een breder oordeel wenst met betrekking tot de gemeenschapsrechtelijke toelaatbaarheid van zijn huidige of eerdere rechtspraak.¹⁰ Volgens vaste rechtspraak is het Hof evenwel niet bevoegd antwoord te geven op vragen waarbij geen enkel verband bestaat tussen het gemeenschapsrecht en de feiten in kwestie.¹¹ Aangezien de aanduiding „klinisch getest” op geen enkele wijze samenhangt met de feiten in het hoofdgeding, kan dat onderdeel in het vervolg buiten beschouwing blijven.

25. Het verzoek van de verwijzende rechter is er derhalve op gericht van het Hof te vernemen of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale regeling die, in de door de nationale rechtspraak gegeven uitlegging, de aanduiding „dermatologisch getest” verbiedt, in de gevallen waarin a) deze testen niet zijn geconcretiseerd en niet is aangegeven welke eigenschappen van het product met welk resultaat zijn onderzocht,

en b) er geen vergunning voor is aangevraagd.¹²

26. De twee prejudiciële vragen hebben betrekking op de uitlegging van de artikelen 28 EG en 30 EG, de richtlijn cosmetische producten alsmede de richtlijn misleidende reclame. Daarom dient eerst te worden ingegaan op de onderlinge verhouding van deze drie onderdelen van het gemeenschapsrecht ten opzichte van nationaal recht dat de aanduiding „dermatologisch getest” op cosmetische producten verbiedt.

27. Het Hof heeft reeds meermalen vastgesteld dat bij richtlijn 76/768 een volledige harmonisatie van de nationale bepalingen inzake verpakking en etikettering van cosmetica-producten tot stand is gebracht.¹³ Wanneer op communautair niveau een geharmoniseerde regeling is getroffen voor een bepaalde materie, moeten alle daarop betrekking hebbende nationale regelingen aan de bepalingen van de harmonisatiemaatregelen worden getoetst en niet aan de — in dit geval relevante — bepalingen van de artikelen 28 EG en 30 EG.¹⁴ De onder-

10 — Dit zou ook kunnen verklaren waarom § 9, lid 1, sub a, LMG, de bepaling die Linhart zou hebben overtreden, bij de weergave van de bestaande rechtstoestand betreffende gezondheidsgerelateerde aanduidingen, zoals vermeld in de punten 13-15 van deze conclusie, niet meer aan de orde wordt gesteld. De rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof terzake stoelt kennelijk met name op § 9, lid 1, sub b, LMG.

11 — Zie onder meer arrest van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punt 40).

12 — Volledigheidshalve zij opgemerkt dat thans bij het Hof meer gelijksoortige prejudiciële zaken aanhangig zijn waarin Oostenrijkse gerechten vragen hebben gesteld betreffende de verenigbaarheid van bepalingen van de LMG met het gemeenschapsrecht. Voorts heeft de Commissie het Hof in een inbreukprocedure verzocht vast te stellen dat dezelfde wet, waar het gaat om de etikettering van levensmiddelen en met name om gezondheidsaanduidingen, strijdig is met het gemeenschapsrecht (zaak C-221/00 van 23.1.2003, nog niet gepubliceerd).

13 — Arresten van 23 november 1989, Parfümeriefabrik 4711 (C-150/88, Jurispr. blz. 3891, punt 28); 2 februari 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, genaamd „Clinique” (C-315/92, Jurispr. blz. I-317, punt 11); arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 7, punt 24, en arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 8, punt 23.

14 — Onlangs bevestigd in arrest van 13 december 2001, DaimlerChrysler AG (C-324/99, Jurispr. blz. I-9897, punt 32).

havige nationale regeling dient in mijn ogen dan ook uitsluitend onder artikel 6, lid 3, van de richtlijn cosmetische producten en niet onder de artikelen 28 EG en 30 EG te worden beoordeeld, zij het dat deze richtlijnbe­paling, zoals elke regeling van afgeleid recht, moet worden uitgelegd in het licht van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen.¹⁵ Zoals hieronder zal blijken, is dit laatste van betekenis voor de vaststelling van de strekking van artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 en van de handelingsruimte van de lidstaten op grond van deze bepaling.

28. De rechtspraak van het Hof betreffende de etikettering en de reclame voor cosmetische producten is in dit opzicht overigens niet helemaal consequent. In de arresten Clinique en Estée Lauder toetste het Hof de nationale regelingen in kwestie zowel aan de artikelen 28 EG en 30 EG als aan de desbetreffende bepaling van richtlijn 76/768. Daarentegen is in het arrest Unilever de nationale regeling, mijns inziens terecht, enkel getoetst aan de richtlijn en niet aan het primaire recht, hoewel de verwijzende Oostenrijkse rechter in die zaak ook had verzocht om de uitlegging van artikel 28 EG.¹⁶

29. Wat de verhouding tussen richtlijn 76/768 en richtlijn 84/450 betreft, is naar mijn oordeel door de Commissie, Linhart en Biffi terecht betoogd dat artikel 6, lid 3, van de richtlijn cosmetische producten volgens het beginsel „lex specialis derogat legi generali” voorrang heeft op de bepalingen van de richtlijn misleidende reclame. Het Hof hoeft mijns inziens de richtlijn misleidende reclame dan ook niet in zijn antwoord te betrekken. Deze richtlijn bevat zeer algemeen geformuleerde verplichtingen waarin in betrekkelijk vage termen wordt omschreven wat onder misleiding moet worden verstaan. De richtlijn cosmetische producten kent daarentegen in artikel 6, lid 3, een specifieke regeling die misleidende aanduidingen op de verpakking en de etikettering van de door de richtlijn bestreken producten verbiedt. Van de in deze bepaling gestelde voorwaarden kunnen de lidstaten door het volledige karakter van de harmonisatie terzake niet afwijken. Zo kan bijvoorbeeld de consument geen hogere mate van bescherming tegen misleiding worden geboden, ook niet met een beroep op artikel 7 van richtlijn 84/450, dat een verdergaande bescherming toelaatbaar acht.¹⁷

B — De eerste vraag

30. Voor een antwoord op de eerste vraag moet worden beoordeeld of artikel 6, lid 3,

¹⁵ — Arrest Clinique, aangehaald in voetnoot 13, punt 12.

¹⁶ — Het Hof volgde daarmee de conclusie van advocaat-generaal Cosmas bij dit arrest. Hij is in de punten 52-59 uitvoerig ingegaan op de vraag of er naast de toepassing van artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 nog ruimte is voor de toepassing van de artikelen 28 EG en 30 EG.

¹⁷ — De Commissie heeft terecht gesteld dat de richtlijn misleidende reclame in andere gevallen voor cosmetische producten een geheel eigen betekenis kan hebben. De reikwijdte van het begrip reclame in de zin van artikel 2, punt 1, van de richtlijn misleidende reclame is immers bijzonder ruim en beslaat meer reclamevormen dan de „benamingen, merken en afbeeldingen of andere al dan niet figuratieve tekens” in de betekenis van artikel 6, lid 3, van de richtlijn cosmetische producten.

van richtlijn 76/768 de lidstaten de ruimte biedt om de algemene aanduiding „dermatologisch getest” op cosmetische producten welke bestemd zijn om met de huid in aanraking te komen, te verbieden omdat door deze aanduiding kenmerken worden toegeschreven die de producten niet bezitten.

31. Om te beginnen wordt niet betwist dat de in geding zijnde producten — zeep en shampoo — cosmetische producten zijn in de zin van artikel 1 van richtlijn 76/768 en dat de gewraakte aanduiding „dermatologisch getest” binnen de reikwijdte valt van artikel 6, lid 3, van de richtlijn. Ik ga er dan ook van uit dat ze niet als geneesmiddel moeten worden aangemerkt, in welk geval de communautaire geneesmiddelenwetgeving en niet richtlijn 76/768 van toepassing zou zijn. Evenmin blijkt uit de stukken van het dossier dat de producten — de betwiste aanduiding daargelaten — onrechtmatig in het verkeer zijn gebracht.

32. Volgens eerdere rechtspraak is de richtlijn cosmetische producten erop gericht het vrije verkeer van cosmeticaproducten te verzekeren. Artikel 6, lid 3, omschrijft de maatregelen die moeten worden getroffen in het belang van de bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties, die behoren tot de dwingende vereisten op grond waarvan belemmeringen van het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 28 EG volgens de rechtspraak van het Hof zijn toegestaan.

Zij strekt tevens tot bescherming van de gezondheid van personen in de zin van artikel 30 EG, voorzover misleidende informatie over de kenmerken van deze producten gevolgen voor de volksgezondheid kan hebben.¹⁸

33. De maatregelen die de lidstaten treffen om aan deze bepaling uitvoering te geven, moeten echter in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.¹⁹ Bij de beoordeling van het risico van misleiding van de consument enerzijds en van de vereisten van het vrije verkeer van goederen anderzijds, heeft het Hof aan het evenredigheidsbeginsel een criterium ontleend dat uitgaat van een bepaald type consument. Om te bepalen of een benaming, een merk of een reclame-uiting al dan niet misleidend is, moet worden uitgegaan van „de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument” die ten onrechte meent dat het product bepaalde kenmerken bezit.²⁰

34. Dit beeld van de „gemiddelde consument” geldt eveneens bij de verkoop van cosmetische producten. Het Hof heeft aan de toepassing in dat geval uitdrukkelijk

18 — Zie arrest Clinique, aangehaald in voetnoot 13, punt 15; arrest Unilever, aangehaald in voetnoot 7, punt 26, en arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 8, punt 25.

19 — Zie onder meer arrest Clinique, aangehaald in voetnoot 13, punt 16; arrest Unilever, aangehaald in voetnoot 7, punt 27, en arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 8, punt 26.

20 — Zie voor deze typering van de consument met name arrest van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky (C-210/96, Jurispr. blz. I-4637, punt 31), en het arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 8, punt 27.

de voorwaarde verbonden dat „een verkeerde opvatting over de kenmerken van het product niet schadelijk kan zijn voor de volksgezondheid”.²¹ Evenals in de zaken Clinique, Unilever en Estée Lauder, is ook in casu de gezondheid van personen feitelijk niet in geding. De zaken hebben betrekking op aanduidingen die al dan niet ten onrechte bij de consument de indruk kunnen wekken dat ze een zekere geneeskundige werking bezitten. Maatregelen ter voorkoming van zo'n eventuele misleiding of verwarring bij de kopers hangen, zo lijkt mij, niet samen met de bescherming van de volksgezondheid, maar met de bescherming van de consument en de eerlijkheid in de handel. Dit onderscheid is van belang in verband met de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, dat naar mijn oordeel geen statisch begrip is, maar onderzocht dient te worden in het licht van de beoogde doelstelling.²²

35. Bij de toepassing van het criterium van de gemiddelde consument moet rekening worden gehouden met de relevante omstan-

digheden van het geval. De rechtspraak laat zien dat bij het bepalen of een zekere aanduiding dan wel reclame misleidend is in de zin van richtlijn 76/768, het Hof zich kritisch opstelt tegenover nationale regelingen die een op zich juiste uiting verbieden. Het evenredigheidsbeginsel verzet zich al snel tegen dergelijke regelingen. Een abstract misleidingsgevaar volstaat niet; slechts in de gevallen waarin de consument op een wezenlijk punt reëel kan worden misleid, zijn maatregelen toegestaan die ertoe leiden dat de verhandeling van een product aan nadere voorwaarden wordt onderworpen.

36. Zo oordeelde het Hof reeds dat de benaming „Clinique” voor cosmetische producten niet misleidend kan zijn voor de consument op grond dat hij aan het product een therapeutische werking zou toekennen die het niet bezat.²³ In het arrest Estée Lauder stelde het vast dat op het eerste gezicht een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument niet hoeft te verwachten dat een huidverstevigende gezichtscrème genaamd „Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme” door het gebruik van het woord „lifting” dezelfde duurzame werking heeft als een operatieve ingreep.²⁴ De zaak Unilever had betrekking op een Oostenrijks

21 — Arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 8, punt 28.

22 — Zie ook mijn conclusie in de zaak C-121/00, Hahn, van 13 december 2001, punt 47, Jurispr. blz. I-9193. Er zijn situaties denkbaar waarin op de etikettering of de verpakking van een cosmetisch product aanduidingen voorkomen die een rechtstreeks verband hebben met de gezondheid van personen, bijvoorbeeld bij gebruiksaanwijzingen of bij waarschuwingen tegen allergische reacties die bepaalde ingrediënten in het product kunnen veroorzaken. Voorzover andere bepalingen van richtlijn 76/768 daarin niet voorzien, behoren de lidstaten overeenkomstig artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 doeltreffende maatregelen te treffen die, vanwege de in geding zijnde volksgezondheid, de kwetsbare consument moeten beschermen tegen misleiding. Vgl. in dit verband met betrekking tot waarschuwingen tegen chemische stoffen in haarkleurmiddelen en de verplichte aanduidingseisen van artikel 6, lid 1, sub d, van de richtlijn, het arrest van 13 september 2001, Schwarzkopf (C-169/99, Jurispr. blz. I-5901).

23 — Arrest Clinique, aangehaald in voetnoot 13, punten 21-23. Overigens betrof deze zaak de uitlegging van artikel 6, lid 2, van richtlijn 76/768.

24 — Arrest Estée Lauder, aangehaald in voetnoot 8, punten 28-30. Het stond aan de nationale rechter om na te gaan of dat met inachtneming van sociale, culturele of taalkundige factoren ook daadwerkelijk het geval was.

reclameverbod voor de tandpasta „Odol-Med 3 (Samtweiß)” volgens welke het product de vorming van tandsteen en het ontstaan van paradontose tegengaat, wanneer in het product geen van de werkzame stoffen voorkomt die in die regeling worden genoemd als stoffen waarmee een dergelijk resultaat kan worden bereikt. Evenals in casu, betrof de regeling in kwestie onder meer de §§ 9 en 26 LMG. De betrokken lijst van stoffen was opgenomen in een bijlage bij de Kosmetikverordnung. Deze bijlage omvatte evenwel niet alle stoffen die de vorming van tandsteen of het ontstaan van paradontose konden tegengaan. Het was dus mogelijk dat reclame voor bepaalde tandpasta's verboden werd, zonder dat die reclame misleidend was voor de consument. Het Hof verklaarde dan ook voor recht dat artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 zich tegen de toepassing van een dergelijke regeling verzet. De mogelijkheid om bij vergunning een ontheffing van het verbod te verkrijgen, deed daar niet aan af.²⁵

deld, meen ik dat het Hof over de noodzakelijke informatie beschikt om de nationale rechter de volgende preciseringen te geven.

38. Cosmetische producten als zeep en shampoo zijn bedoeld om met de huid in aanraking te komen. Het is dan ook onvermijdelijk dat de producten, voordat ze voor het eerst in het verkeer worden gebracht, zijn onderzocht op hun effecten voor de huid. Dat is in wezen waar de aanduiding „dermatologisch getest” naar verwijst. De dermatologie is de wetenschap die zich bezighoudt met onderzoek naar huidziekten. Het bezigen van de aanduiding „dermatologisch getest” impliceert dus dat voor het product is nagegaan of de huid het verdraagt.

37. Op grond van het voorgaande dient in casu eerst te worden gezien of de aanduiding „dermatologisch getest” überhaupt misleidend kan zijn voor de kopers, alvorens eventueel in te gaan op de evenredigheid van de nationale maatregel met het oog op de bescherming van de consument en de eerlijkheid in de handel. Ondanks dat het uiteindelijk aan de nationale rechter staat om dit na te gaan en de verwijzende rechter het Hof geen aanwijzingen heeft verschaft over de omstandigheden waaronder de litigieuze producten zijn verhan-

39. Welnu, een dergelijke mededeling op de etikettering, de verpakking of in de reclame voor deze producten kan naar haar aard moeilijk worden geacht verwarringwekkend te zijn. Gelet op de intrinsieke karakteristieken van zeep en shampoo, is het voor mij ondenkbaar dat de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument door de aanduiding „dermatologisch getest” meent dat het product bepaalde kenmerken heeft die het niet bezit. De aanduiding „dermatologisch getest” beoogt het idee weer te geven dat het product zorgvuldig is onderzocht op schadelijke effecten voor de huid. Dat is op

25 — Arrest Unilever, aangehaald in voetnoot 7, punten 28-37.

zichzelf echter een overbodige mededeling, want cosmetische producten die bij normaal gebruik een gevaar opleveren voor de gezondheid van de mens mogen op grond van artikel 3 juncto artikel 2 van richtlijn 76/768 in geen geval in de handel worden gebracht.

brengen van een ontharingsmiddel, zijn immers wel toegestaan.²⁶

40. De verwijzende rechter heeft erop gewezen dat volgens de nationale rechtspraak een verwijzing naar een medisch rapport door het noemen van een dermatologische test bij de consument ten minste onbewust een vage indruk van een werking op de gezondheid kan wekken indien deze verwijzing niet wordt geconcretiseerd. Echter, zo de aanduiding „dermatologisch getest” bij bepaalde consumenten al een vage medicinale associatie kan oproepen — bijvoorbeeld door de Griekse oorsprong van het woord „dermatologisch” —, dan volstaat dat niet om daaraan een misleidende werking toe te schrijven, die een verbod op de aanduiding zou kunnen rechtvaardigen indien de producten overigens op rechtmatige wijze worden verhandeld. Er is dan mijns inziens nog geen sprake van een reëel gevaar van verwarring of misleiding bij de gemiddelde consument. Het is bovendien prima facie in strijd met het evenredigheidsbeginsel om uitsluitend de aanduiding „dermatologisch getest” te verbieden. Claims die verdergaande en dus meer suggererende informatie verschaffen, zoals „dermatologisch getest op de huidvriendelijkheid en verwijdering van het haar met de wortel” bij het in het verkeer

41. Uit het oogpunt van de strekking van artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 is het ter bescherming van de consument en de eerlijkheid in de handel derhalve niet noodzakelijk het gebruik van de aanduiding „dermatologisch getest” te verbieden voor de twee producten in kwestie. Het betoog van de Oostenrijkse regering dat de nationale wetgeving in bepaalde omstandigheden niet-misleidende verwijzingen toelaatbaar acht, doet hieraan vanzelfsprekend niet af.

C — *De tweede vraag*

42. Na het voorgaande hoeft niet meer uitvoerig op de tweede vraag te worden ingegaan. Of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de regeling van een lidstaat die het gebruik van de aanduiding „dermatologisch getest” slechts na voorafgaande vergunning van de bevoegde minister toestaat, blijkt immers al impliciet uit het antwoord op de eerste vraag. Aangenomen

26 — Op grond van vroegere rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof, zie punt 15 van deze conclusie.

dat de betrokken aanduiding de consument niet kan misleiden in de zin van artikel 6, lid 3, van de richtlijn, is uiteraard het vereiste van een voorafgaande vergunning voor het voeren van de betrokken aanduiding ook niet gerechtvaardigd.

43. De Oostenrijkse regering heeft erop gewezen dat de minister overeenkomstig § 9, lid 3, LMG gezondheidsgerelateerde informatie bij beschikking toestaat op voorwaarde dat bij het voor het eerst in de handel brengen van het cosmetisch product de juistheid van de reclame aantoonbaar is en de desbetreffende medische verklaringen overlegd kunnen worden. Naar het oordeel van de Oostenrijkse regering is deze procedure verenigbaar met het arrest Unilever, voorzover daarin een regeling die een controle inhoudt van de juistheid van de gegevens in de reclame als een evenredige maatregel is beschouwd, in tegenstelling tot een automatisch reclameverbod.

44. Deze stelling berust op een verkeerde lezing van het arrest Unilever en kan niet worden aanvaard. In deze uitspraak is met betrekking tot dezelfde nationale wetgeving gesteld dat weliswaar een vergunning kan worden aangevraagd, doch dat het vereiste van een dergelijke vergunning een belemmering van het vrije verkeer van het in geding zijnde product oplevert, die volgens

het Hof *in geen enkel opzicht* gerechtvaardigd is.²⁷ Een vergunningsvereiste komt immers neer op een automatisch reclameverbod, aangezien de aan een vergunningsplicht onderworpen aanduidingen op de cosmetische producten zonder toestemming van de minister niet zijn toegestaan. In het arrest Unilever heeft het Hof verwezen naar alternatieve maatregelen die het doel van de richtlijn verzekeren en die het vrije goederenverkeer minder vergaand beperken. Het heeft op geen enkele wijze een vergunningenstelsel getolereerd. Bij twijfel over het waarheidsgehalte van gezondheidsgerelateerde aanduidingen volstaat voor het Hof dat de lidstaat de voor het cosmetisch product verantwoordelijke marktpartij de verplichting oplegt om de juistheid van zijn medische onderzoeken te bewijzen. Dat zal bij een weinig pretentieuze aanduiding als „dermatologisch getest” geen enkele moeite kosten. En overigens voorziet de Oostenrijkse wetgeving daar reeds in. Zoals Linhart terecht heeft opgemerkt, kunnen de autoriteiten krachtens § 26, lid 2, LMG de fabrikant of distributeur verzoeken de werkzame bestanddelen mede te delen, indien aan het product niet-misleidende fysiologische of farmacologische werkingen worden toegeschreven.

45. Tot slot kan hier nog aan worden toegevoegd dat de betrokken vergunning als maatregel gericht op de bescherming van de consument en de eerlijkheid in de handel des te meer onevenredig is, indien het betoog van Biffl dat er aan de procedure van § 9, lid 3, LMG kosten zijn verbonden, op waarheid berust.

27 — Arrest Unilever, aangehaald in voetnoot 7, punt 34. Cursivering van mij.

V — Conclusie

46. Op grond van het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door het Verwaltungsgerichtshof gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten verzet zich tegen de toepassing van een nationale wet, in de door de nationale rechtspraak gegeven uitlegging, die bij de verhandeling van cosmetische producten die op de huid worden aangebracht een algemene aanduiding als ‚dermatologisch getest‘ verbiedt, in het geval niet is aangegeven welke eigenschappen van het product met welk resultaat zijn onderzocht en de fabrikant of distributeur van de betrokken producten niet in de gelegenheid wordt gesteld de juistheid van de verklaring te bewijzen.
- 2) Artikel 6, lid 3, van deze richtlijn verzet zich eveneens tegen een nationale regeling die het gebruik van de aanduiding ‚dermatologisch getest‘ slechts na voorafgaande vergunning van de bevoegde minister toestaat.”