

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED

apresentadas em 7 de Março de 2002¹

I — Introdução

1. O Verwaltungsgerichtshof submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais devido à relativa severidade com que o direito austríaco aplica o conceito «engano» nos casos em que se atribui um efeito medicinal a produtos cosméticos. O litígio diz respeito à indicação «dermatologicamente testado» que figura nos sabões e champôs, produtos cosméticos destinados a entrar em contacto com a pele. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o direito comunitário autoriza uma regulamentação nacional que proíbe uma indicação desse tipo quando esta não for acompanhada de informações respeitantes às propriedades analisadas e ao resultado do exame ou quando o ministro não tenha concedido uma isenção para a aposição da indicação. Em minha opinião, o Tribunal de Justiça encontrará a resposta a estas questões na sua jurisprudência anterior.

1 — Língua original: neerlandês.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

2. A Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos² dispõe, no artigo 6.º, n.º 3, que:

«Os Estados-Membros tomarão todas as disposições necessárias para que na rotulagem a apresentação para venda e publicação relativa aos produtos cosméticos, o texto, as denominações, marcas, imagens ou outros sinais, figurativos ou não, não sejam utilizados para atribuir a esses produtos características que não possuem. [...]»

2 — JO L 262, p. 169; EE 15 F1 p. 206. Esta directiva foi várias vezes alterada, designadamente pela Directiva 88/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988 (JO L 382, p. 46), e pela Directiva 93/35/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 151, p. 32).

3. Nos termos do artigo 4.º da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa³, «[o]s Estados-Membros velarão para que existam meios adequados e eficazes para controlar a publicidade enganosa no interesse dos consumidores bem como dos concorrentes e do público em geral». O seu artigo 7.º dispõe que a Directiva 84/450 não obsta à manutenção ou à adopção pelos Estados-Membros de disposições que visem assegurar uma protecção mais ampla das pessoas acima referidas.

B — *Direito nacional*

4. O presente processo centra-se na Bundesgesetz de 23 de Fevereiro de 1975, über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrsprodukten, Zusatzstoffen, Kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen (Lebensmittelgesetz 1975)⁴ (lei federal relativa à comercialização de géneros alimentícios, de produtos destinados ao consumo humano, de aditivos, de produtos cosméticos e de objectos de utilização corrente; a seguir «LMG»). Em conformidade com o § 26, n.º 1, alínea d), da LMG, é proibido comercializar produtos cosméticos incorrectamente designados.

5. Por força do § 26, n.º 2, da LMG, o § 8, alíneas a), b) e f), é aplicável por analogia (ao comércio de produtos cosméticos) e o § 9 aplica-se desde que sejam permitidas indicações não enganosas sobre efeitos fisiológicos ou farmacológicos, bem como representações figurativas destinadas a explicar o domínio de utilização do produto. Se tais efeitos forem atribuídos a um produto, é necessário comunicar à administração, a seu pedido, os princípios activos.

6. Nos termos do § 8, alínea f), (conjugado com o § 26, n.º 2), da LMG, os produtos cosméticos estão incorrectamente designados quando forem comercializados com indicações susceptíveis de induzir em erro quanto a características essenciais segundo os usos do comércio, especialmente tendo em conta as expectativas dos consumidores, como a natureza, proveniência, domínio de utilização, conservação, data de fabrico, qualidade, teor de elementos determinantes do valor, quantidade, medida, número ou peso, ou quando tenham uma forma ou apresentação que produza os mesmos efeitos ou apresentem indicações proibidas relativas à saúde (§ 9).

7. Nos termos do § 9, n.º 1, conjugado com o § 26, n.º 2, da LMG, são proibidos

³ — JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55, na sua actual redacção.
⁴ — BGBl. 86.

dos, na comercialização de produtos cosméticos:

«a) as referências à prevenção, tratamento ou cura de doenças ou dos seus sintomas ou a efeitos fisiológicos ou farmacológicos, em especial o rejuvenescimento, a inibição dos sinais de envelhecimento, o emagrecimento ou a protecção da saúde, ou o despertar da impressão de tais efeitos;

b) as referências a relatos de doentes, conselhos médicos ou estudos de especialistas;

[...]»

8. Nos termos do § 9, n.º 3, conjugado com o § 26, n.º 2, da LMG, o ministro deve autorizar mediante despacho, a pedido do interessado, as indicações relativas à saúde em determinados produtos cosméticos, desde que tal seja compatível com a protecção dos consumidores contra a fraude.

9. Nos termos do § 74, n.º 1, da LMG, aquele que — *inter alia* — designar incor-

rectamente produtos cosméticos ou comercializar produtos cosméticos incorrectamente designados comete uma infracção administrativa («Verwaltungsübertretung»).

III — Factos, tramitação processual e questão prejudicial

10. Por decisão do Unabhängige Verwaltungssenat Wien de 22 de Fevereiro de 1999, Gottfried Linhart (a seguir «G. Linhart») foi declarado culpado de uma infracção administrativa nos termos das disposições conjugadas dos §§ 74, n.º 1, 9, n.º 1, alínea a), e 8, alínea f), da LMG, por ser responsável pelo fornecimento à Billa AG, pela Colgate Palmolive Gesellschaft mbH, do produto «Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell» (sabão antibacteriano líquido Palmolive) com a indicação «dermatologicamente testado»⁵. Esta indicação criava no espírito do consumidor a impressão de um efeito profiláctico, o que levou o Unabhängiger Verwaltungssenat a concluir que o produto estava incorrectamente designado.

11. Por decisão do Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich de 9 de Maio de 2000, Hans Biffel (a seguir «H. Biffel») foi declarado culpado de uma infra-

⁵ — O Verwaltungsgerichtshof não se pronunciou sobre a origem dos produtos cosméticos em causa. Nas suas observações escritas, G. Linhart declarou que o produto «Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell» era fabricado em Itália.

ção administrativa nos termos das disposições conjugadas dos §§ 74, n.º 1, 9, n.º 1, alínea b), e 8, alínea f), da LMG, por ser responsável pela comercialização, pela Haarkos Parfumeriewaren und Kosmetika GmbH, do produto cosmético «Keralogie Creme-Peeling Anti Schuppen regulierendes Haarbad» com a indicação «dermatologicamente testado» aposta na embalagem (frasco de plástico), sem autorização das autoridades⁶.

12. No recurso interposto destas decisões no Verwaltungsgerichtshof, é alegado, em especial, que, tendo em conta o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Janeiro de 1999, no processo Unilever⁷, a legislação nacional em causa viola o direito comunitário, nomeadamente porque uma regulamentação nacional que proíbe a publicidade de produtos cosméticos com indicações relativas à saúde não enganosas ultrapassa os limites do poder de apreciação que o artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768 confere aos Estados-Membros.

13. O Verwaltungsgerichtshof já teve de pronunciar-se várias vezes sobre a legalidade das indicações «cl clinicamente testado» e «dermatologicamente testado», em processos anteriores à adesão da República da Áustria ao Espaço Económico Europeu e à União Europeia.

14. Segundo esta jurisprudência nacional, o § 9, n.º 1, alínea b), da LMG, *não* autoriza referências a estudos médicos na comercialização de produtos cosméticos quando essas referências não especificuem que propriedades do produto foram analisadas e com que resultado. A este respeito, foi determinante a opinião segundo a qual a referência a um estudo médico, implícita na referência a um teste clínico ou dermatológico, pode sugerir ao consumidor, pelo menos inconscientemente, a vaga impressão de um efeito para a saúde quando essa referência não for explicitada de nenhuma forma.

15. Em contrapartida, entendeu-se que é permitida, nos termos do § 26, n.º 2, da LMG, a inclusão da referência a estudos médicos («cl clinicamente testado», «dermatologicamente testado») na comercialização de produtos cosméticos quando se esclareça que a análise — independentemente das consequências que daí decorram para a saúde humana — diz respeito a determinados efeitos fisiológicos ou farmacológicos do produto em causa, por exemplo mediante a indicação «tolerância da epiderme e depilação pela raiz clinicamente testadas» na comercialização de um produto de depilação.

⁶ — Penso que se trata de um champô anticaspa.

⁷ — C-77/97, Colect., p. I-431.

16. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a questão da conformidade da

regulamentação austríaca aplicável nos processos principais com o direito comunitário não é totalmente esclarecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente o acórdão Unilever e o acórdão de 13 de Janeiro de 2000, Estée Lauder⁸.

17. Segundo o Verwaltungsgerichtshof, as disposições conjugadas dos §§ 9, n.º 1, alínea b), e 26, n.º 2, da LMG especificam uma categoria de referências a actividades médicas que o legislador, pela sua imprecisão, considera enganosas no seu conjunto, pois visam suscitar as impressões mais díspares quanto às propriedades e aos efeitos do produto cosmético relacionadas com a actividade médica. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, não existe qualquer indício de que esta apreciação — baseada na presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido — não esteja correcta. O Verwaltungsgerichtshof não vê por que razão se deve impedir o legislador do Estado-Membro de qualificar de enganosa, no âmbito de uma regulamentação geral, uma categoria bem delimitada de indicações publicitárias, devido à sua imprecisão e à referência a actividades médicas, sempre que a avaliação em concreto do carácter enganoso conduzir ao mesmo resultado. Com efeito, as referências a estudos médicos que sejam suficientemente explícitas na aceção do § 26, n.º 2, da LMG e que não sejam susceptíveis de induzir em erro o consumidor são já autorizadas independentemente desse facto.

18. Além disso, o Verwaltungsgerichtshof sublinha que a proibição prevista no § 9, n.º 1, da LMG não é absoluta; pelo contrário, a referida proibição aplica-se sem prejuízo da concessão de uma autorização nos termos do § 9, n.º 3, da LMG. O ministro deve autorizar mediante despacho, a pedido do interessado, as indicações relativas à saúde em produtos cosméticos, desde que tal seja compatível com a protecção dos consumidores contra a fraude. Assim, o § 9, n.º 3, da LMG proporciona aos requerentes a possibilidade de obterem uma autorização para incluírem referências (não enganosas) a estudos médicos, evitando desse modo a aplicação de uma coima.

19. Por conseguinte, o Verwaltungsgerichtshof, por despacho de 29 de Janeiro de 2001, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 28 de Fevereiro de 2001, submeteu um pedido de decisão prejudicial relativo às seguintes questões:

- «1) Os artigos 28.º CE e 30.º CE, a Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos, com a redacção que lhe foi dada pelas Directivas 88/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, e 93/35/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993 [...], particularmente o seu artigo 6.º, n.º 3, e a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa [...], particularmente os seus artigos 4.º e 7.º, são

8 — C-220/98, Colect., p. I-117.

contrários à regulamentação de um Estado-Membro nos termos da qual é proibida, na comercialização de produtos cosméticos, a referência a estudos médicos — particularmente através da expressão ‘cl clinicamente testado’ ou ‘dermatologicamente testado’ — quando, na falta de indicações sobre o objecto e o resultado do estudo médico, possa induzir o consumidor em erro quanto à natureza e à eficácia do produto?

- 2) Os artigos 28.º CE e 30.º CE, a Directiva 76/768, particularmente o seu artigo 6.º, n.º 3, e a Directiva 84/450, particularmente os seus artigos 4.º e 7.º, são contrários à regulamentação de um Estado-Membro que permite a utilização de indicações como as referidas na primeira questão apenas mediante autorização prévia do ministro federal competente?»

20. Foram apresentadas observações escritas por G. Linhart, H. Biffl, pelo Governo da República da Áustria e pela Comissão Europeia. Não houve audiência.

IV — Apreciação

A — Observações preliminares

21. G. Linhart, H. Biffl e a Comissão teceram críticas ao modo como o pedido

prejudicial do Verwaltungsgerichtshof foi fundamentado e formulado.

22. Estas críticas são, em parte, de natureza factual. G. Linhart afirmou que na embalagem do sabão em causa, para além da indicação «dermatologicamente testado», são efectivamente fornecidas informações complementares. Por baixo da inscrição «Schutz gegen Bakterien» (protecção contra as bactérias), figuram informações relativas ao objecto e ao resultado dos testes dermatológicos. Além disso, G. Linhart e H. Biffl alegaram que a indicação «dermatologicamente testado» que figura nos seus produtos é em si mesma correcta e não pode, contrariamente ao que sugere a primeira questão, induzir o consumidor em erro, dado o modo como a indicação foi aposta na embalagem.

23. A este respeito, limito-me a salientar que compete ao órgão jurisdicional nacional apurar os factos do litígio no processo principal e avaliar a pertinência das questões a submeter ao Tribunal de Justiça⁹. O âmbito do conceito de enganoso constitui, por outro lado, um elemento central da primeira questão.

24. Além disso, a Comissão observou, a justo título, que a indicação «cl clinicamente

⁹ — V. o recente acórdão de 4 de Abril de 2000, Darbo (C-465/98, Colect., p. I-2297, n.º 19).

testado» a que se referem as questões prejudiciais não está relacionada com os dois processos principais, nos quais só está em causa a indicação «dermatologicamente testado». A jurisprudência nacional já se debruçou sobre a indicação «cl clinicamente testado», conforme descrito no despacho de reenvio. Talvez o Verwaltungsgerichtshof pretenda que o Tribunal de Justiça faça uma apreciação mais ampla sobre a compatibilidade da sua actual ou anterior jurisprudência com o direito comunitário¹⁰. No entanto, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, este não tem competência para responder a questões quando os factos em causa não tenham qualquer relação com o direito comunitário¹¹. Dado que a indicação «cl clinicamente testado» não está de modo nenhum relacionada com os factos no processo principal, pode em seguida ser ignorada.

25. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio pretende que o Tribunal de Justiça esclareça se o direito comunitário se opõe a uma regulamentação nacional que, segundo a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência nacional, proíbe a indicação «dermatologicamente testado» nos casos em que: a) esses testes não tenham sido explicitados e não tenham sido precisadas as propriedades do produto que foram examinadas e com que resultado, e

b) nenhuma autorização tenha sido solicitada¹².

26. As duas questões prejudiciais dizem respeito à interpretação dos artigos 28.º CE e 30.º CE da Directiva 76/768 relativa aos produtos cosméticos, bem como da Directiva 84/450 sobre publicidade enganosa. Por conseguinte, há que examinar em primeiro lugar a relação recíproca entre estes três componentes do direito comunitário face ao direito nacional que proíbe a indicação «dermatologicamente testado» nos produtos cosméticos.

27. O Tribunal de Justiça já declarou várias vezes que a Directiva 76/768 procedeu a uma harmonização exaustiva das normas nacionais relativas à embalagem e à rotulagem dos produtos cosméticos¹³. Quando uma questão esteja regulamentada de modo harmonizado a nível comunitário, qualquer medida nacional nesta matéria deve ser apreciada à luz das disposições dessa medida de harmonização e não das disposições — neste caso relevantes — dos artigos 28.º CE e 30.º CE¹⁴. Assim, em

10 — Isto poderia também explicar por que razão o § 9, n.º 1, alínea a), da LMG, ou seja a disposição alegadamente infringida por G. Linhart, já não é invocado no âmbito da exposição da situação jurídica existente em matéria de indicações relativas à saúde, conforme mencionado nos n.ºs 13 a 15 das presentes conclusões. A jurisprudência do Verwaltungsgerichtshof na matéria é manifestamente baseada, sobretudo, no § 9, n.º 1, alínea b), da LMG.

11 — V., entre outros, acórdão de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.º 40).

12 — Com a preocupação de ser exaustivo, refira-se que actualmente se encontram pendentes no Tribunal de Justiça vários processos prejudiciais semelhantes, nos quais órgãos jurisdicionais austríacos submeteram questões relativas à compatibilidade de disposições da LMG com o direito comunitário. Além disso, a Comissão convidou o Tribunal de Justiça a declarar, no âmbito de uma acção por incumprimento, que essa lei é contrária ao direito comunitário no que diz respeito à embalagem dos géneros alimentícios e, nomeadamente, às indicações ligadas à saúde (processo C-221/00 de 23.1.2003, ainda não publicado na Colectânea).

13 — Acórdãos de 23 de Novembro de 1989, Parfümerie-Fabrik 4711 (C-150/88, Colect., p. 3891, n.º 28); de 2 de Fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, dito «Clinique» (C-315/92, Colect., p. I-317, n.º 11); Unilever (já referido na nota 7, n.º 24); e Estée Lauder (já referido na nota 8, n.º 23).

14 — Recentemente confirmado no acórdão de 13 de Dezembro de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Colect., p. I-9897, n.º 32).

minha opinião, a regulamentação nacional controvertida deve ser exclusivamente apreciada ao abrigo do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768 relativa aos produtos cosméticos e não dos artigos 28.º CE e 30.º CE, embora esta disposição da directiva, como qualquer norma de direito derivado, deva ser interpretada à luz das normas do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias¹⁵. Como veremos a seguir, este último aspecto é importante para determinar o âmbito do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768 e o poder de apreciação de que dispõem os Estados-Membros com base nessas disposições.

28. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de rotulagem e publicidade dos produtos cosméticos não é totalmente coerente a este respeito. Nos acórdãos Clinique e Estée Lauder, o Tribunal de Justiça apreciou as regulamentações nacionais em causa tanto à luz dos artigos 28.º CE e 30.º CE como à luz da disposição correspondente da Directiva 76/768. Ao invés, no acórdão Unilever, a regulamentação nacional só foi apreciada, em minha opinião a justo título, à luz da directiva e não do direito primário, embora o órgão jurisdicional de reenvio austríaco tivesse igualmente solicitado nesse processo uma interpretação do artigo 28.º CE¹⁶.

29. Quanto à relação existente entre a Directiva 76/768 e a Directiva 84/450, a Comissão, G. Linhart e H. Biffel alegaram, a justo título, que o artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768 relativa aos produtos cosméticos prima sobre as disposições da Directiva 84/450 relativa à publicidade enganosa, por força do princípio «*lex specialis derogat legi generali*». Assim, penso que o Tribunal de Justiça não deve incluir na sua resposta a directiva relativa à publicidade enganosa. Esta directiva contém obrigações formuladas de modo muito genérico, que definem em termos relativamente vagos o que deve entender-se por enganoso. Pelo contrário, a directiva relativa aos produtos cosméticos consagra no seu artigo 6.º, n.º 3, uma disposição específica, que proíbe a aposição de indicações enganosas na embalagem e na rotulagem dos produtos abrangidos pela directiva. Dada a natureza exaustiva da harmonização existente neste domínio, os Estados-Membros não podem derrogar as condições fixadas nessa disposição. Assim, por exemplo, ao consumidor não pode ser concedido um grau mais elevado de protecção contra as informações enganosas, mesmo invocando o artigo 7.º da Directiva 84/450, que admite uma protecção mais ampla¹⁷.

B — A primeira questão

30. Para responder à primeira questão, há que apreciar se o artigo 6.º, n.º 3, da

15 — Acórdão Clinique (já referido na nota 13, n.º 12).

16 — O Tribunal de Justiça seguiu assim as conclusões do advogado-geral G. Cosmas nesse processo. Nos n.ºs 52.º a 59.º, analisou em pormenor a questão de saber se, para além da aplicação do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768, haveria ainda lugar à aplicação dos artigos 28.º CE e 30.º CE.

17 — A Comissão afirmou, a justo título, que a Directiva 84/450 relativa à publicidade enganosa pode, noutros casos, ter um alcance totalmente diferente em relação aos produtos cosméticos. O alcance do conceito de publicidade na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da directiva relativa à publicidade enganosa é, com efeito, particularmente amplo e abrange mais formas de publicidade do que as «denominações, marcas, imagens ou outros sinais, figurativos ou não» na acepção do artigo 6.º, n.º 3, de directiva relativa aos produtos cosméticos.

Directiva 76/768 permite que os Estados-Membros proibam a indicação geral «dermatologicamente testado» nos produtos cosméticos destinados a entrar em contacto com a pele, pelo facto de essa indicação atribuir aos produtos características que eles não possuem.

31. Para começar, não há dúvida de que os produtos em causa — sabão e champô — são produtos cosméticos na acepção do artigo 1.º da Directiva 76/768 e que a indicação contestada, «dermatologicamente testado», é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 3, da directiva. Assim, parto do princípio de que não devem ser considerados medicamentos, caso em que seria aplicável a regulamentação comunitária em matéria de medicamentos e não a Directiva 76/768. Tão-pouco resulta dos autos que os produtos — independentemente da indicação controvertida — foram comercializados ilegalmente.

32. Segundo a jurisprudência anterior, a directiva relativa aos produtos cosméticos tem por objectivo assegurar a livre circulação desses produtos. O artigo 6.º, n.º 3, define as medidas a tomar no interesse da defesa dos consumidores e da lealdade nas transacções comerciais, que figuram entre as exigências imperativas com base nas quais são tolerados entraves à livre circulação de mercadorias na acepção do artigo 28.º CE, segundo a jurisprudência

do Tribunal de Justiça. Aquele artigo tem ainda por objectivo a protecção da saúde das pessoas na acepção do artigo 30.º CE, na medida em que uma informação enganosa sobre as características dos referidos produtos pode ter incidência na saúde pública¹⁸.

33. Todavia, as medidas adoptadas pelos Estados-Membros para aplicar esta norma devem respeitar o princípio da proporcionalidade¹⁹. Ao avaliar, por um lado, o risco de o consumidor ser induzido em erro e, por outro, as exigências da livre circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça extraiu do princípio da proporcionalidade um critério baseado num certo tipo de consumidor. Para determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, deve ter-se em conta «a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido», que pensa erradamente que o produto possui certas características²⁰.

34. Esta imagem do «consumidor médio» aplica-se também em matéria de venda de produtos cosméticos. O Tribunal de Justiça subordinou expressamente a sua aplicação

18 — V. acórdãos Clinique (já referido na nota 13, n.º 15); Unilever (já referido na nota 7, n.º 26); e Estée Lauder (já referido na nota 8, n.º 25).

19 — V., entre outros, acórdãos Clinique (já referido na nota 13, n.º 16); Unilever (já referido na nota 7, n.º 27); e Estée Lauder (já referido na nota 8, n.º 26).

20 — A propósito desta caracterização do consumidor, v., nomeadamente, acórdãos de 16 de Julho de 1998, Gut Springenheide e Tuský (C-210/96, Colect., p. I-4657, n.º 31), e Estée Lauder (já referido na nota 8, n.º 27).

nesse caso à condição de o «erro sobre as características do produto não [ser] susceptível de prejudicar a saúde pública»²¹. À semelhança do que acontece nos processos Clinique, Unilever e Estée Lauder, também neste caso não está efectivamente em causa a saúde das pessoas. Os processos dizem respeito a indicações que, com ou sem razão, podem dar aos consumidores a impressão de que os produtos em causa possuem qualidades medicinais. As medidas destinadas a prevenir o eventual engano ou confusão dos compradores não têm a ver, em minha opinião, com a protecção da saúde pública, mas com a defesa do consumidor e a lealdade nas transacções comerciais. Esta distinção é importante no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade, que não constitui, em meu entender, um conceito estático, mas deve ser analisado à luz do objectivo prosseguido²².

35. Na aplicação do critério do consumidor médio, deve atender-se às circunstâncias relevantes do caso concreto. A juris-

prudência revela que, quando se trata de determinar se uma indicação ou publicidade é enganosa na acepção da Directiva 76/768, o Tribunal de Justiça é muito crítico em relação às regulamentações nacionais que proíbem uma indicação em si mesma correcta. O princípio da proporcionalidade opõe-se a tais regulamentações. Não é suficiente um risco abstracto de engano; só no caso de o consumidor poder realmente ser induzido em erro sobre um aspecto essencial é que são permitidas medidas que sujeitem a comercialização de um produto a outros requisitos.

36. Assim, o Tribunal de Justiça já declarou que a denominação «Clinique» para produtos cosméticos não é susceptível de enganar o consumidor por atribuir ao produto um efeito terapêutico que ele não possui²³. No acórdão Estée Lauder, o Tribunal de Justiça declarou que, à primeira vista, o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não deve esperar que um creme facial restaurador da pele denominado «Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme», pelo facto de utilizar o termo «lifting», produza o mesmo efeito duradouro que uma intervenção cirúrgica²⁴. O processo Unilever dizia respeito à proibição

21 — Acórdão Estée Lauder (já referido na nota 8, n.º 28).

22 — V. também o n.º 47 das minhas conclusões apresentadas em 13 de Dezembro de 2001 no processo Hahn (C-121/00, *Collect.*, p. I-9193). Podem existir situações em que a rotulagem ou a embalagem de um produto cosmético contenham indicações directamente relacionadas com a saúde das pessoas, por exemplo, nos modos de utilização ou nas advertências contra reacções alérgicas que podem ser provocadas por certos ingredientes do produto. Na medida em que outras disposições da Directiva 76/768 não o prevejam, compete aos Estados-Membros, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768, tomar medidas eficazes para proteger o consumidor vulnerável contra informações enganosas, porque a saúde pública está em jogo. V., a este respeito, acórdão de 13 de Setembro de 2001, *Schwarzkopf* (C-169/99, *Collect.*, p. I-5901), a propósito das advertências contra a presença de substâncias químicas nas tintas para o cabelo e das indicações obrigatórias previstas no artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da directiva.

23 — Acórdão Clinique (já referido na nota 13, n.ºs 21 a 23). Além disso, este processo dizia respeito à interpretação do artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 76/768.

24 — Acórdão Estée Lauder (já referido na nota 8, n.ºs 28 a 30). Competia ao juiz nacional verificar se esse era efectivamente o caso, tendo em conta factores sociais, culturais ou linguísticos.

austríaca de uma publicidade ao dentífrico «Odol-Med 3 (Samtweiß)» segundo a qual o produto prevenia a formação do tártaro e a paradontose quando, na sua composição, não entrasse nenhum dos princípios activos referidos nessa regulamentação como susceptíveis de conduzir a tal resultado. Tal como no caso em apreço, a regulamentação controvertida incluía os §§ 9 e 26 da LMG. A referida lista de substâncias fazia parte de um anexo ao Kosmetikverordnung. No entanto, este anexo não continha todas as substâncias susceptíveis de impedir a formação do tártaro ou a paradontose. Assim, a publicidade de certos dentífricos, mesmo que não fosse de natureza a induzir em erro os consumidores, podia ser objecto de uma proibição. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768 obstava à aplicação dessa regulamentação. A possibilidade de escapar à proibição obtendo uma autorização era irrelevante²⁵.

37. Tendo em conta os elementos precedentes, há que verificar, em primeiro lugar, se a indicação «dermatologicamente testado» pode efectivamente induzir os compradores em erro, antes de examinar eventualmente a proporcionalidade da medida nacional no que diz respeito à defesa do consumidor e à lealdade nas transacções comerciais. Apesar de essa verificação competir, em definitivo, ao juiz nacional e de o órgão jurisdicional de reenvio não ter fornecido ao Tribunal de Justiça indicações sobre as circunstâncias que rodearam a

comercialização dos produtos, considero que o Tribunal de Justiça dispõe das informações necessárias para fornecer ao juiz nacional as seguintes precisões.

38. Os produtos cosméticos, tais como o sabão e o champô, são destinados a entrar em contacto com a pele. Assim, é inevitável que, antes de serem pela primeira vez colocados no mercado, se testem os seus efeitos na pele. É essencialmente esse o significado da indicação «dermatologicamente testado». A dermatologia é a ciência que se dedica à investigação das doenças da pele. O recurso à indicação «dermatologicamente testado» implica, pois, que se verifique se a pele tolera o produto.

39. Ora, uma comunicação deste tipo na rotulagem, embalagem ou publicidade a esses produtos dificilmente pode ser considerada, por natureza, fonte de confusão. Tendo em conta as características intrínsecas do sabão e do champô, parece-me inconcebível que o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, devido à indicação «dermatologicamente testado», pense que o produto apresenta certas características que não possui. A indicação «dermatologicamente testado» visa expressar a ideia de que os eventuais efeitos nocivos do produto para a pele foram cuidadosamente analisados. No entanto, trata-se em si mesma de

25 — Acórdão Unilever (já referido na nota 7, n.ºs 28 a 37).

uma comunicação supérflua, pois os produtos cosméticos cuja utilização normal apresente um perigo para a saúde humana não podem de modo algum ser comercializados, por força das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 3.º da Directiva 76/768.

comercialização de um produto de depilação²⁶.

40. O órgão jurisdicional de reenvio referiu que, segundo a jurisprudência nacional, uma referência a um estudo médico, implícita na menção a um teste dermatológico, pode sugerir ao consumidor, pelo menos inconscientemente, a vaga impressão de um efeito para a saúde, quando a referência não for explicitada. Todavia, mesmo que a indicação «dermatologicamente testado» possa suscitar em determinados consumidores uma vaga associação médica — por exemplo, devido à origem grega da palavra «dermatológico» —, isso não é suficiente para lhe atribuir um efeito enganoso, susceptível de justificar a proibição da indicação, desde que os produtos sejam, quanto ao resto, legalmente comercializados. Por conseguinte, considero que não existe ainda um perigo efectivo de confusão ou de engano do consumidor médio. Além disso, proibir apenas a indicação «dermatologicamente testado» seria *prima facie* contrário ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, são autorizadas alegações que fornecem informações mais pormenorizadas e, portanto, mais sugestivas, como «tolerância da epiderme e depilação pela raiz dermatologicamente testadas» na

41. Do ponto de vista do alcance do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768, não é necessário, para proteger o consumidor e a lealdade das transacções comerciais, proibir a utilização da indicação «dermatologicamente testado» nos dois produtos em causa. O argumento do Governo austríaco segundo o qual a legislação nacional autoriza, em determinadas circunstâncias, indicações não enganosas é aqui naturalmente irrelevante.

C — A segunda questão

42. Tendo em conta o exposto, não é necessário analisar em pormenor a segunda questão. Com efeito, a questão de saber se o direito comunitário se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro que só autoriza o recurso à indicação «dermatologicamente testado» mediante autorização prévia do ministro competente já é implicitamente esclarecida pela resposta à primeira questão. Se a indicação em

26 — Com base na jurisprudência anterior do Verwaltungsgerichtshof, v. n.º 15 das presentes conclusões.

causa não é susceptível de induzir o consumidor em erro na aceção do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768, evidentemente que também não se justifica a exigência de uma autorização prévia para apor esta indicação.

43. O Governo austríaco referiu que o ministro autoriza, mediante despacho, informações relativas à saúde, nos termos do § 9, n.º 3, da LMG, desde que se faça prova da exactidão das mensagens publicitárias e sejam apresentados os estudos médicos correspondentes antes de o produto cosmético ser pela primeira colocado no mercado. Segundo o Governo austríaco, este procedimento é compatível com o acórdão Unilever, na medida em que aí se considera que uma regulamentação que preveja um controlo da exactidão das mensagens publicitárias constitui uma medida proporcional, ao contrário de uma proibição automática da publicidade.

44. Esta afirmação assenta numa leitura errada do acórdão Unilever e não pode ser aceite. Nesse acórdão afirma-se, a propósito da mesma legislação nacional, que, embora possa ser solicitada uma autorização, a necessidade de obter essa autorização constitui um entrave à livre circulação do produto em causa que o Tribunal de

Justiça considera *destituído de qualquer justificação*²⁷. Com efeito, a exigência de uma autorização equivale a uma proibição automática da publicidade, dado que as indicações nos produtos cosméticos sujeitas a uma obrigação de autorização não são autorizadas sem o acordo do ministro. No acórdão Unilever, o Tribunal de Justiça apontou medidas alternativas que garantem o objectivo da Directiva 76/768 e são menos restritivas da livre circulação das mercadorias. O Tribunal de Justiça não tolerou, de modo algum, um regime de autorização. Em caso de dúvida sobre a veracidade das indicações relativas à saúde, é suficiente para o Tribunal de Justiça que o Estado-Membro imponha ao operador responsável pelo produto cosmético a obrigação de provar a exactidão dos seus estudos médicos, o que não apresenta nenhuma dificuldade no caso de uma indicação pouco pretensiosa como «dermatologicamente testado». Aliás, a legislação austríaca já o prevê. Como observou, a justo título, G. Linhart, as autoridades podem, ao abrigo do § 26, n.º 2, da LMG, convidar o fabricante ou o distribuidor a comunicar os princípios activos, quando sejam atribuídos ao produto efeitos fisiológicos ou farmacológicos não enganosos.

45. Por último, pode ainda acrescentar-se que a autorização em causa, enquanto medida orientada para a defesa dos consumidores e para a lealdade nas transacções comerciais, seria ainda mais desproporcional se a alegação de H. Biffl segundo a qual o procedimento do § 9, n.º 3, da LMG acarreta despesas devesse ser acolhida.

27 — Acórdão Unilever (já referido na nota 7, n.º 34). Sublinhado nosso.

V — Conclusão

46. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pelo Verwaltungsgerichtshof do seguinte modo:

- «1) O artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos, opõe-se à aplicação de uma lei nacional que, segundo a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência nacional, proíbe uma indicação geral como ‘dermatologicamente testado’ na comercialização de produtos cosméticos a aplicar na pele quando não for especificado quais as propriedades do produto que foram testadas e com que resultado e quando o fabricante ou distribuidor dos produtos em causa não estiver em condições de provar a exactidão dessa declaração.
- 2) O artigo 6.º, n.º 3, da mesma directiva opõe-se também a uma regulamentação nacional que só autoriza o recurso à indicação ‘dermatologicamente testado’ mediante autorização prévia do ministro competente.»