

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
LEENDERT A. GEELHOED
föredraget den 7 mars 2002¹

I — Inledning

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. Verwaltungsgerichtshof har, med anledning av den relativt strikta österrikiska lagstiftningen vad gäller tillämpningen av begreppet vilseledande i fall där kosmetiska produkter påstås ha en medicinsk verkan, begärt att domstolen skall besvara två frågor. Tvisten rör uppgiften ”dermatologiskt testad”, som förekommer på tvålar och schampo, det vill säga på kosmetiska produkter som är avsedda att komma i kontakt med huden. Den hänskjutande domstolen har begärt att domstolen skall klargöra huruvida en nationell bestämmelse är tillåten enligt gemenskapsrätten, enligt vilken en sådan uppgift är förbjuden när denna inte anger vilka egenskaper hos produkten som har undersökts och vilket resultat undersökningen har haft, eller när uppgiften har angivits utan att ministern har lämnat tillstånd härtill. Enligt min mening kan domstolen finna svar på dessa frågor i sin tidigare rättspraxis.

2. I artikel 6.3 i rådets direktiv 76/768/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kosmetiska produkter² föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att försäkra sig om att ordalydelsen och användningen av namn, varumärken, bilder eller andra tecken, figurativa eller andra, som används på etiketter, i varupresentation eller i reklam för kosmetiska produkter inte tillåts antyda någon egenskap som produkterna i fråga inte besitter....”

2 — EGT L 262, s. 169, svensk specialutgåva, område 13, volym 5, s. 198, i dess lydelse efter ett flertal ändringar, bland annat enligt rådets direktiv 88/667/EEG av den 21 december 1988 (EGT L 382, s. 46, svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 175, och rådets direktiv 93/35/EEG av den 14 juni 1993 (EGT L 151, s. 32, svensk specialutgåva, område 13, volym 24, s. 74).

1 — Originalspråk: nederländska.

3. Enligt artikel 4 i rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam³ skall "medlemsstaterna i konsumenternas liksom även i konkurrenternas och den stora allmänhetens intresse säkerställa att det finns lämpliga och effektiva metoder för kontroll av vilseledande reklam". I artikel 7 föreskrivs att direktiv 84/450 inte skall hindra medlemsstaterna från att bibehålla eller anta bestämmelser som avser att tillförsäkra de ovannämnda personerna ett mera omfattande skydd.

B — Nationell lagstiftning

4. Förevarande mål rör Bundesgesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrprodukten, Zusatzstoffen, Kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen av den 23 februari 1975 (Lebensmittelgesetz 1975)⁴ (federal lag om marknadsföring av livsmedel, konsumtionsprodukter för människor, tillsatser, kosmetiska produkter och vanligt förekommande nyttoprodukter, nedan kallad LMG). Enligt 26 § punkt 1 d i LMG är det förbjudet att marknadsföra kosmetiska produkter som är felaktigt betecknade.

5. Enligt 26 § punkt 2 i LMG äger 8 § punkterna a, b och f samma lag motsvarande tillämpning (avseende marknadsföring av kosmetiska produkter) och 9 § äger tillämpning under förutsättning att vilseledande upplysningar om fysiologiska eller farmakologiska verkningar samt illustrationer för att förklara användningsområdet inte förekommer. Påstås det att sådana verkningar förekommer, skall de aktiva komponenterna meddelas myndigheten, om denna begär det.

6. Enligt 8 § punkt f (jämförd med 26 § punkt 2) i LMG är kosmetiska produkter felaktigt betecknade om de marknadsförs med uppgifter som är vilseledande vad gäller omständigheter som enligt uppfattningen i handeln, särskilt enligt konsumenternas uppfattning, är väsentliga, såsom uppgifter om varans art, ursprung, användbarhet, hållbarhet, tidpunkt för framställning, beskaffenhet, halten av vissa beståndsdelar som är avgörande för värdet, kvantitet, proportioner, antal eller vikt, eller i en sådan form eller förpackning eller med förbjudna hälsorelaterade uppgifter (9 §).

7. Enligt bestämmelserna i 9 § punkt 1 i LMG jämförda med 26 § punkt 2 samma

3 — EGT L 250, s. 17, svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211, i ändrad lydelse.

4 — BGBl 86.

lag är det vid marknadsföringen av kosmetiska produkter förbjudet att

tung) som åsätter bland annat kosmetiska produkter felaktiga beteckningar eller som marknadsför kosmetiska produkter som är felaktigt betecknade.

”a) hänvisa till förebyggande, lindring eller botande av sjukdomar eller sjukdomssymptom eller till fysiologiska eller farmakologiska verkningar som särskilt bevarar ungdom, fördröjer ålderssymtom, leder till viktnedgång, är hälsobevarande eller ger intryck av en sådan verkan,

III — Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågor

b) hänvisa till sjukdomsredogörelser, läkarrekommendationer eller utlåtanden,

...”.

10. Gottfried Linhart (nedan kallad Linhart) har genom Unabhängige Verwaltungssenat Wiens beslut av den 22 februari 1999 påförts straffavgift enligt 74 § punkt 1 i LMG jämförd med 9 § punkt 1 a och 8 § punkt f samma lag med anledning av att han varit ansvarig för att Colgate Palmolive Gesellschaft mbH till Billa AG hade levererat varan Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell med uppgiften ”dermatologiskt testad”.⁵ Denna uppgift har givit konsumenterna intrycket av en hälsofrämjande verkan. Enligt Unabhängige Verwaltungssenat är varan således felaktigt betecknad.

8. Enligt 9 § punkt 3 i LMG jämförd med 26 § punkt 2 i samma lag skall ministern på begäran därom genom beslut bevilja tillstånd för användning av hälsorelaterade uppgifter i samband med vissa kosmetiska produkter, då detta är förenligt med att konsumenterna skyddas från att vilseledas.

11. Hans Biffel (nedan kallad Biffel) har genom Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreichs beslut av den 9 maj 2000 påförts straffavgift enligt 74 § punkt 1

9. Enligt 74 § punkt 1 i LMG skall den påföras straffavgift (Verwaltungsübertre-

⁵ — Verwaltungsgerichtshof har inte uttalat sig om de omtvistade kosmetiska produkternas ursprung. Linhart har i sitt skriftliga yttrande förklarat att produkten Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell har tillverkats i Italien.

i LMG jämförd med 9 § punkt 1 b och 8 § punkt f samma lag med anledning av att han varit ansvarig för Haarkos Parfumerie-waren und Kosmetika GmbH:s marknadsföring av den kosmetiska produkten Keralogie Creme-Peeling Anti Schuppen regulierendes Haarbad med uppgiften ”dermatologiskt testad” på förpackningen (en plastflaska), för vilken något tillstånd inte hade meddelats.⁶

12. I sina överklaganden av dessa beslut till Verwaltungsgerichtshof har klagandena åberopat domstolens dom av den 28 januari 1999 i målet Unilever⁷ och bland annat anfört att den aktuella nationella lagstiftningen står i strid med gemenskapsrätten, särskilt på grund av att en nationell bestämmelse, enligt vilken sådan reklam för kosmetika som innehåller icke vilseledande hälsorelaterade uppgifter är förbjuden går utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som tillerkänns medlemsstaterna enligt artikel 6.3 i direktiv 76/768.

13. Verwaltungsgerichtshof har redan vid ett flertal tillfällen uttalat sig om tillåtligheten av uppgifter om ”kliniskt testad” och ”dermatologiskt testad” i tidigare mål om Republiken Österrikes anslutning till Europeiska gemenskaperna och Europeiska unionen.

14. I enlighet med denna nationella rättspraxis är det enligt 9 § punkt 1 b i LMG *inte* tillåtet att hänvisa till läkarutlåtanden vid marknadsföringen, om det inte närmare anges i hänvisningen vilka egenskaper hos produkten som har undersökts och vilket resultat undersökningen gav. Det som i det här avseendet har varit avgörande för bedömningen har varit om en hänvisning till ett läkarutlåtande avseende en klinisk eller dermatologisk undersökning, som inte är försedd med någon förklaring, i vart fall omedvetet kan ge konsumenterna ett svagt intryck av en hälsoeffekt.

15. *Däremot* anses en hänvisning till läkarutlåtanden (”kliniskt testad”, ”dermatologiskt testad”) vid marknadsföringen av kosmetiska produkter vara tillåten enligt bestämmelsen i 26 § punkt 2 i LMG när det anges att det av undersökningen, oberoende av vilka följder den har för människors hälsa, framgår att den aktuella produkten har vissa fysiologiska eller farmakologiska verkningar, såsom till exempel är fallet med hänvisningen ”kliniskt testad vad gäller hudvänlighet och borttagning av hår och hårrötter” vid marknadsföringen av ett hårborttagningsmedel.

⁶ — Det förefaller mig vara fråga om ett schampo mot mjäll.

⁷ — Dom i mål C-77/97, Unilever (REG 1999, s. I-431).

16. Den hänskjutande domstolen anser att domstolen genom sin rättspraxis, bland

annat genom sin dom i målet Unilever och domen av den 13 januari 2000 i målet Estée Lauder⁸, inte helt och hållet har besvarat frågan huruvida den österrikiska lagstiftningen som är tillämplig på tvisterna vid den nationella domstolen är förenlig med gemenskapsrätten.

17. Enligt Verwaltungsgerichtshof avses i bestämmelserna i 9 § punkt 1 b i LMG jämförda med 26 § punkt 2 i samma lag en kategori hänvisningar till läkarverksamhet, vilka lagstiftaren har ansett vara vilseledande i deras helhet på grund av deras obestämdhet, eftersom dessa hänvisningar är ägnade att framkalla de mest skilda föreställningar vad gäller den kosmetiska produktens egenskaper och effekter, vilka då ses i samband med läkarverksamhet. Enligt den hänskjutande domstolens mening saknas det stöd för uppfattningen att denna bedömning inte skulle vara riktig vad gäller de troliga förväntningarna hos en normalt informerad och skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument. Enligt Verwaltungsgerichtshofs uppfattning saknas det skäl för att lagstiftaren i medlemsstaten skall vara förhindrad att inom ramen för en generell bestämmelse beteckna en viss avgränsad kategori uppgifter i reklam som vilseledande på grund av att uppgifterna är obestämda och relaterade till läkarverksamhet, om en bedömning i det enskilda fallet av frågan huruvida uppgiften är vilseledande skulle leda till samma resultat. Sådana hänvisningar till läkarutlåtanden som är tillräckligt tydliga i den mening som avses i 26 § punkt 2 i LMG och som inte är ägnade att vilseleda konsumenterna är nämligen redan tillåtna oberoende av detta.

18. Verwaltungsgerichtshof har dessutom betonat att förbudet enligt 9 § punkt 1 i LMG inte är ovillkorligt. Undantag från förbudet kan göras genom att ett tillstånd enligt 9 § punkt 3 i LMG meddelas. Avseende kosmetiska produkter skall ministern, på ansökan därom, genom beslut bevilja tillstånd för användning av hälsorelaterade uppgifter i samband med vissa kosmetiska produkter, då detta är förenligt med att konsumenterna skyddas från att vilseledas. Det skulle således ha varit möjligt för sökandena att enligt 9 § punkt 3 i LMG beviljas tillstånd för (icke vilseledande) hänvisningar till läkarutlåtanden och följaktligen att undvika böter.

19. Verwaltungsgerichtshof har följaktligen genom beslut av den 29 januari 2001, vilket inkom till domstolens kansli den 28 februari 2001, begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

”1) Utgör artiklarna 28 EG och 30 EG, rådets direktiv 76/768/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kosmetiska produkter, i dess lydelse enligt rådets direktiv 88/667/EEG av den 21 december 1988 och rådets direktiv 93/35/EEG av den 14 juni 1993, särskilt artikel 6.3 i detta direktiv, samt rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam, särskilt artiklarna 4 och 7 i det sistnämnda direktivet, hinder för en bestämmelse i en medlemsstat enligt vilken det är förbjudet att hänvisa till läkarutlåtanden vid marknadsföring av

⁸ — Dom i mål C-220/98, Estée Lauder (REG 2000, s. I-117).

kosmetiska produkter, i synnerhet genom användning av uppgiften 'kliniskt testad' respektive 'dermatologiskt testad', om detta, på grund av frånvaro av uppgifter om vad läkarutlåtandet avser och vad som framgår av detta, kan föranleda oriktiga föreställningar hos konsumenten om den kosmetiska produktens beskaffenhet och verkan?

- 2) Utgör artiklarna 28 EG och 30 EG, direktiv 76/768, särskilt artikel 6.3 i detta direktiv, och direktiv 84/450, särskilt artiklarna 4 och 7 i detta direktiv, hinder för en bestämmelse i en medlemsstat enligt vilken sådana uppgifter som avses i den första frågan endast får användas efter tillstånd från den behörige ministern?"

20. Skriftliga yttranden har inkommit från Linhart och Biffel, från Republiken Österrikes regering och från Europeiska gemenskapernas kommission. Något muntligt förfarande har inte ägt rum.

IV — Bedömning

A — Inledande synpunkter

21. Linhart och Biffel samt kommissionen har riktat kritik mot det sätt på vilket

Verwaltungsgerichtshof har motiverat och formulerat begäran om förhandsavgörande.

22. Denna kritik är delvis av faktiskt slag. Linhart har anfört att ytterligare information faktiskt förekommer på den aktuella tvålen vid sidan om uppgiften "dermatologiskt testad". Information om föremålet för och resultatet av de dermatologiska undersökningarna förekommer på produkten under påskriften "Schutz gegen Bakterien" (skydd mot bakterier). Linhart och Biffel har dessutom gjort gällande att uppgiften "dermatologiskt testad", som förekommer på deras produkter, i sig är riktig och att denna inte heller, till skillnad från vad som anges i den första frågan, skulle kunna ge felaktig information till konsumenten med hänsyn till hur uppgiften har angivits på förpackningen.

23. I det här avseendet anser jag att det är tillräckligt att påpeka att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra omständigheterna i tvisten och att bedöma relevansen av de frågor som ställs till domstolen.⁹ Omfattningen av begreppet vilseledande utgör för övrigt helt korrekt en omständighet som är avgörande för den första frågan.

24. Kommissionen har för övrigt på goda grunder påpekat att hänvisningen till upp-

⁹ — Se den nyligen meddelade domen av den 4 april 2000 i mål C-465/98, Darbo (REG 2000, s. I-2297), punkt 19.

giften ”kliniskt testad” som anges i tolkningsfrågorna inte äger något samband med tvisten i de två målen vid den nationella domstolen, i vilka endast uppgiften ”dermatologiskt testad” är omtvistad. Frågan om uppgiften ”dermatologiskt testad” har visserligen redan varit föremål för prövning i nationell rättspraxis på så sätt som beskrivs i beslutet om hänskjutande. Möjligen önskar Verwaltungsgerichtshof att domstolen lämnar en mer vidsträckt bedömning av nuvarande och tidigare nationell rättspraxis förenlighet med gemenskapsrätten.¹⁰ Det framgår visserligen av fast rättspraxis att domstolen inte är behörig att besvara tolkningsfrågor när det inte finns något samband mellan gemenskapsrätten och de aktuella omständigheterna.¹¹ Under förutsättning att uppgiften ”kliniskt testad” inte har något samband med omständigheterna vid den nationella domstolen, kan denna omständighet uteslutas från den fortsatta undersökningen.

25. Den hänskjutande domstolen önskar således att domstolen skall klargöra huruvida gemenskapsrätten utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken, såsom den nationella domstolen tolkar bestämmelsen, hänvisningen ”dermatologiskt testad” är förbjuden i de fall då a) dessa tester inte klart och tydligt har angivits och det inte har preciserats vilka egenskaper hos produkten som har undersökts och vilket

resultat undersökningen har haft samt b) när någon ansökan om tillstånd inte har gjorts.¹²

26. De två tolkningsfrågorna rör tolkningen av artiklarna 28 EG och 30 EG, direktivet om kosmetiska produkter och direktivet om vilseledande reklam. I första hand skall följaktligen den ömsesidiga relationen mellan dessa tre delar av gemenskapsrätten utredas i förhållande till bestämmelserna i den nationella rätten, enligt vilka hänvisningen ”dermatologiskt testad” på kosmetiska produkter är förbjuden.

27. Domstolen har vid ett flertal tillfällen konstaterat att direktiv 76/768 har medfört en fullständig harmonisering av de nationella reglerna för förpackning och märkning av kosmetiska produkter.¹³ När en harmoniserad lagstiftning inom ett bestämt område har genomförts på gemenskapsnivå, skall all nationell lagstiftning på detta område bedömas mot bakgrund av harmoniseringsåtgärdens bestämmelser och inte mot bakgrund av artiklarna 28—30 EG, vilka är relevanta i förevarande mål.¹⁴ Det

10 — Som jag nämnt i punkterna 13—15 i förevarande förslag till avgörande, skulle detta också kunna förklara varför 9 § punkt 1 a i LMG, det vill säga den bestämmelse som Linhart påstås ha överträtt, inte har åberopats inom ramen för redogörelsen av den aktuella rättsliga situationen avseende hälsorelaterade hänvisningar. Verwaltungsgerichtshofs rättspraxis i detta avseende är uppenbarligen baserad på 9 § punkt 1 b i LMG.

11 — Se bland annat dom av den 18 oktober 1990 i målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763), punkt 40; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531.

12 — För fullständighetens skull vill jag påpeka att det vid domstolen för närvarande har anhängiggjorts ett flertal jämförbara mål om förhandsavgörande, i vilka österrikska domstolar har ställt frågor om bestämmelserna i LMG:s förenlighet med gemenskapsrätten. Kommissionen har dessutom begärt att domstolen skall fastställa om LMG, inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande, står i strid med gemenskapsrätten vad gäller märkningen av livsmedelsprodukter, särskilt vad gäller hälsorelaterade hänvisningar (mål C-221/00, av den 23.01.2003, ännu inte publicerat i rättsfallsamlingen).

13 — Dom av den 23 november 1989 i mål C-150/88, Parfumerie-Fabrik 4711 (REG 1989, s. 3891), punkt 28, svensk specialutgåva, volym 10, s. 249, av den 2 februari 1994 i mål C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, kallat målet Clinique (REG 1994, s. I-317), punkt 11, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-13, domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet Unilever, punkt 24, och domen i det ovan i punkt 8 nämnda målet Estée Lauder, punkt 23.

14 — Detta har nyligen bekräfts genom domstolens dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler AG (REG 2001, s. I-9897), punkt 32.

finns enligt min uppfattning följaktligen skäl att endast bedöma den nationella bestämmelsen i förhållande till artikel 6.3 i direktiv 76/768 om kosmetiska produkter och inte i förhållande till artiklarna 28 EG och 30 EG, även om denna bestämmelse i direktivet, liksom alla bestämmelser i sekundärrätten, skall tolkas med hänsyn tagen till fördragets regler om den fria rörligheten för varor.¹⁵ Som kommer att framgå nedan är detta påpekande viktigt för att tillämpningsområdet för artikel 6.3 i direktiv 76/768 och medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning enligt dessa bestämmelser skall kunna avgöras.

28. Domstolens rättspraxis avseende märkning av och reklam för kosmetiska produkter är för övrigt inte helt konsekvent i detta hänseende. Domstolen har i sina domar i målen Clinique och Estée Lauder bedömt de ifrågavarande nationella bestämmelserna i förhållande till såväl artiklarna 28 EG och 30 EG som den aktuella bestämmelsen i direktiv 76/768. I sin dom i målet Unilever har domstolen däremot, enligt min mening med rätta, enbart gjort en bedömning i förhållande till direktivet och inte till primärrätten, trots att den hänskjutande österrikiska domstolen även i detta mål hade begärt en tolkning av artikel 28 EG.¹⁶

29. Vad gäller förhållandet mellan direktiv 76/768 och direktiv 84/450 har kommissionen, Linhart och Biffl enligt min mening med rätta gjort gällande att artikel 6.3 i direktivet om kosmetiska produkter enligt principen om *lex specialis derogat legi generali* äger företräde framför bestämmelserna i direktivet om vilseledande reklam. Enligt min mening saknas det därför anledning för domstolen att beakta direktivet om vilseledande reklam i sitt svar. Detta direktiv innehåller regler som rör mycket allmänt formulerade skyldigheter och som med relativt vag ordalydelse fastställer vad som skall förstås med vilseledande. I artikel 6.3 i direktivet om kosmetiska produkter anges däremot en särskild bestämmelse, enligt vilken vilseledande hänvisningar på förpackningar och i märkningen av produkter som omfattas av direktivet är förbjudna. Med hänsyn till den fullständiga harmoniseringen på området kan medlemsstaterna inte avvika från de krav som uppställs i denna bestämmelse. En konsument skulle till exempel sålunda inte ens genom att åberopa artikel 7 i direktiv 84/450, som ger ett mer långtgående skydd, kunna få en högre skyddsnivå mot vilseledande.¹⁷

B — Den första tolkningsfrågan

30. För att besvara den första tolkningsfrågan skall det undersökas huruvida

15 — Domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet Clinique, punkt 12.

16 — Domstolen har således följt generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i detta mål. Generaladvokaten Cosmas har i punkterna 52—59 utförligt analyserat frågan huruvida det, vid sidan av tillämpningen av artikel 6.3 i direktiv 76/768, kvarstår något utrymme att tillämpa artiklarna 28 och 30 i fördraget.

17 — Kommissionen har på goda grunder hävdats att direktivet om vilseledande reklam i andra fall kan ha en helt annan innebörd för kosmetiska produkter. Omfattningen av begreppet reklam i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 84/450 om vilseledande reklam är nämligen synnerligen vid och inbegriper olika former av reklam såsom "namn, varumärken, bilder eller andra tecken, figurativa eller andra" i den mening som avses i artikel 6.3 i direktiv 76/768 om kosmetiska produkter.

artikel 6.3 i direktiv 76/768 ger medlemsstaterna utrymme att förbjuda den allmänna hänvisningen "dermatologiskt testad" på kosmetiska produkter som är avsedda att komma i kontakt med huden, på grund av att dessa produkter därmed tillskrivs egenskaper som de inte besitter.

31. För det första är det ostridigt att de omtvistade tvål- och schampoprodukterna är kosmetiska produkter i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 76/768 och att den ifrågasatta hänvisningen "dermatologiskt testad" omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6.3 i direktivet. Jag utgår följaktligen från att produkterna inte bör anses vara läkemedel för vilka den gemenskapsrättsliga regleringen för läkemedel, och inte direktiv 76/768, är tillämplig. Det framgår inte heller av handlingarna i målet att produkterna, förutom den omtvistade hänvisningen, skulle ha marknadsförts på ett oegentligt sätt.

32. Enligt domstolens tidigare rättspraxis syftar direktivet om kosmetiska produkter till att säkerställa den fria rörligheten för dessa varor. I artikel 6.3 fastställs de åtgärder som bör vidtas med hänsyn till konsumentskydd och gott handelsskick, vilka hör till de tvingande hänsyn som genom domstolens rättspraxis godtagits som hinder i den mening som avses i artikel 28 EG mot den fria rörligheten för

varor. Artikeln har också som mål att skydda människors hälsa i enlighet med artikel 30 EG, eftersom vilseledande information om dessa produkters egenskaper skulle kunna få återverkningar på folkhälsan.¹⁸

33. De åtgärder som medlemsstaterna skall vidta för att genomföra denna bestämmelse måste emellertid överensstämma med proportionalitetsprincipen.¹⁹ Domstolen har angående bedömningen av å ena sidan risken för vilseledande av konsumenter och å andra sidan kravet på fri rörlighet för varor, utifrån proportionalitetsprincipen fastslagit ett kriterium som är baserat på en viss typ av konsument. För att bedöma huruvida en beteckning, ett varumärke eller en reklamuppgift är vilseledande skall de "förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument", som felaktigt tror att produkten har vissa egenskaper beaktas.²⁰

34. Denna föreställning om en "genomsnittskonsument" har också tillämpats avseende försäljningen av kosmetiska produkter. Domstolen har uttryckligen knutit

18 — Se domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet Clinique, punkt 15, i det ovan i punkt 7 nämnda målet Unilever, punkt 27, och i det ovan i punkt 8 nämnda målet Estée Lauder, punkt 25.

19 — Se bland annat domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet Clinique, punkt 16, det ovan i punkt 7 nämnda målet Unilever, punkt 27, och det ovan i punkt 8 nämnda målet Estée Lauder, punkt 26.

20 — Beträffande dessa egenskaper hos konsumenterna, se bland annat dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky (REG 1998, s. I-4657), punkt 31, och domen i det ovan i punkt 8 nämnda målet Estée Lauder, punkt 27.

tillämpningen av detta kriterium till fall då "vilsledande uppgifter om produktens egenskaper inte utgör ett hot mot folkhälsan".²¹ Liksom domarna i målen Clinique, Unilever och Estée Lauder rör omständigheterna i förevarande mål inte människors hälsa. Domarna i dessa mål rörde hänvisningar som kan ge konsumenterna ett vilsledande intryck av att produkterna har vissa medicinska verkningar. Åtgärder som syftar till att förhindra risken för ett sådant vilsledande eller en sådan förväxling hos köparna har enligt min mening inte något samband med skyddet för folkhälsan, utan med konsumentskyddet och med ett gott handelsskick. Denna distinktion är betydelsefull vad gäller tillämpningen av proportionalitetsprincipen, en princip vilken enligt min mening inte utgör ett statistiskt begrepp, utan skall bedömas med hänsyn till det syfte som eftersträvas.²²

35. Vid tillämpningen av kriteriet om genomsnittskonsumenten skall de relevanta omständigheterna i målet beaktas. Det

21 — Domen i det ovan i punkt 8 nämnda målet Estée Lauder, punkt 28.

22 — Se även mitt förslag till avgörande till domen av den 13 december 2001 i mål C-121/00, Hahn (REG 2001, s. I-9193), punkt 47. Man kan tänka sig situationer i vilka märkningen eller förpackningen av en kosmetisk produkt kan ha hänvisningar som är direkt relaterade till människors hälsa, till exempel bruksanvisningar eller varningstexter mot allergiska reaktioner som kan framkallas genom vissa av produktens beståndsdelar. I den mån något annat inte föreskrivs i övriga bestämmelser i direktiv 76/768, är medlemsstaterna enligt artikel 6.3 i direktiv 76/768, med hänsyn till att folkhälsan kan äventyras, skyldiga att vidta alla nödvändiga åtgärder för att skydda den utsatte konsumenten från att vilsledas. Jämför härvid vad gäller varningstexter mot kemiska substanser i hårfärgningsmedel och obligatoriska varningstexter enligt artikel 6.1 d i direktivet, dom av den 13 september 2001 i mål C-169/99, Schwarzkopf (REG 2001, s. I-5901).

framgår av rättspraxis att domstolen, när det gäller att bedöma huruvida en viss hänvisning eller viss reklam är vilsledande i den mening som avses i direktiv 76/768, är mycket kritisk till nationella bestämmelser enligt vilka i sig korrekta formuleringar är förbjudna. Proportionalitetsprincipen har härvid bedömts utgöra ett omedelbart hinder för sådana bestämmelser. Det är inte tillräckligt att det föreligger en abstrakt risk för vilsledande. Det är endast när konsumenten i ett väsentligt hänseende kan bli rent faktiskt vilsledd som åtgärder är tillåtna, enligt vilka handeln med en produkt skall underställas ytterligare krav.

36. Domstolen har sålunda redan fastställt att namnet Clinique för kosmetiska produkter inte är av sådant slag att en konsument kan bli vilsledd på grund av att namnet skulle kunna tillskriva dessa produkter medicinska verkningar som de inte besitter.²³ Domstolen har i sin dom i målet Estée Lauder fastställt att en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument visserligen, vid ett första påseende, inte borde kunna förvänta sig att en antirynkräm för ansiktet kallad Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme, med hänsyn till att ordet "lifting" används, skulle kunna ge samma varaktiga effekt som ett kirurgiskt ingrepp.²⁴ Domen i målet Unilever rörde det österrikiska förbudet mot reklam för

23 — Domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet Clinique, punkterna 21—23. Domen i detta mål rörde för övrigt tolkningen av artikel 6.2 i direktiv 76/768.

24 — Domen i det ovan i punkt 8 nämnda målet Estée Lauder, punkterna 28—30. Domstolen ansåg att det ankom på den nationella domstolen att, med hänsyn till sociala, kulturella eller lingvistiska faktorer, avgöra huruvida detta verkliga var fallat.

tandkrämen Odol-Med 3 (Samtweiß), en reklam enligt vilken produkten påstods kunna förebygga uppkomsten av tandsten eller tandlossning, trots att sammansättningen av produkten inte innehöll några av de i dessa bestämmelser upptagna aktiva ämnen som kunde leda till ett sådant resultat. Den ifrågavarande regleringen rörde, liksom i förevarande mål, bland annat 9 och 26 §§ i LMG. Denna lista med substanser fanns upptagen i en bilaga till Kosmetikverordning. Bilagan innehöll visserligen inte samtliga de substanser som kunde förebygga uppkomsten av tandsten eller tandlossning. Det var således möjligt att reklamen för viss tandkräm var förbjuden, trots att den inte vilseledde konsumenterna. Domstolen har således fastställt att artikel 6.3 i direktiv 76/768 utgör hinder mot att tillämpa en sådan bestämmelse. Möjligheten att undgå förbudet genom att få ett tillstånd beviljat, är utan verkan i det här avseendet.²⁵

37. Mot bakgrund av ovannämnda omständigheter skall det först, innan det eventuellt utreds huruvida den nationella åtgärden som syftar till konsumentskydd och gott handelsskick är proportionerlig, utredas om uppgiften "dermatologiskt testad" i förevarande mål på något sätt kan vilseleda köparna. Även om det trots allt ankommer på den nationella domstolen att kontrollera detta och fastän den hänskjutande domstolen inte har försett domstolen med uppgifter om de omständigheter under vilka de omtvistade produkterna har sålts,

anser jag att domstolen förfogar över nödvändiga uppgifter för att lämna den hänskjutande domstolen följande klargöranden.

38. Kosmetiska produkter såsom tvål och schampo är avsedda att komma i kontakt med huden. Det är därför nödvändigt att undersöka deras påverkan på huden innan produkterna marknadsförs för första gången. Det är huvudsakligen det som avses med hänvisningen "dermatologiskt testad". Dermatologi är en vetenskap som består av forskning om hudsjukdomar. Att ange hänvisningen "dermatologiskt testad" innebär således att man har kontrollerat om huden tål denna produkt.

39. En sådan upplysning på märkningen, förpackningen eller i reklamen för dessa produkter kan emellertid i sig svårligen anses vara orsaken till ett vilseledande. Med hänsyn till de inneboende egenskaperna i en tvål eller ett schampo, kan jag inte tänka mig att en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument, på grund av uppgiften "dermatologiskt testad", tror att den aktuella produkten har någon egenskap som den inte besitter. Uppgiften "dermatologiskt testad" syftar till att förklara att produkten noggrant har undersökts vad gäller all skadlig verkan på huden. Det handlar dock i sig om en överflödigt upp-

25 — Domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet Unilever, punkterna 28—37.

lysning, eftersom kosmetiska produkter vars normala användning innebär en fara för människors hälsa, genom en tillämpning av artikel 3 i direktiv 76/768 jämförd med artikel 2 i samma direktiv, ändå inte får marknadsföras.

ter” vid marknadsföringen av ett hårborttagningsmedel, är nämligen tillåten.²⁶

40. Den hänskjutande domstolen har påpekat att hänvisningar till läkarutlåtanden om dermatologiska undersökningar enligt nationell rättspraxis anses kunna ge konsumenterna ett svagt, i vart fall omedvetet, intryck av en hälsoeffekt om denna hänvisning inte är uttrycklig. Även om hänvisningen ”dermatologiskt testad” emellertid kan väcka vaga medicinska associationer hos vissa konsumenter, till exempel på grund av det grekiska ursprunget av ordet dermatologisk, är detta inte tillräckligt för att hänvisningen skall anses ha en vilseledande verkan av sådant slag att det, om produkterna i övrigt marknadsförs i vederbörlig ordning, skulle motivera att hänvisningen förbjöds. Enligt min mening är det ändå inte fråga om en faktisk fara för förväxling eller vilseledande för genomsnittskonsumenten. Det är vid första anblicken inte heller förenligt med proportionalitetsprincipen att enbart förbjuda hänvisningen ”dermatologiskt testad”. Sådan reklam som ger mer omfattande och således mer tvetydig information, såsom ”kliniskt testad vad gäller hudvänlighet och borttagning av hår och hårröt-

41. Det är följaktligen inte nödvändigt att förbjuda användningen av uppgiften ”dermatologiskt testad” för de två aktuella produkterna med hänsyn till konsumentskydd och gott handelsskick med anledning av räckvidden av tillämpningsområdet för artikel 6.3 i direktiv 76/768. Den österrikiska regeringens argument, enligt vilket det enligt den nationella lagstiftningen är tillåtet med icke vilseledande uppgifter under vissa omständigheter, är naturligtvis utan verkan i det här avseendet.

C — Den andra tolkningsfrågan

42. Mot bakgrund av det ovanstående saknas det anledning att utreda den andra tolkningsfrågan i detalj. Svaret på frågan huruvida en bestämmelse i en medlemsstat, enligt vilken angivelsen av ”dermatologiskt testad” endast får användas efter tillstånd från en minister framgår nämligen underförstått redan av svaret på den första tolkningsfrågan. Med hänsyn till att den

26 — Med stöd av Verwaltungsgerichtshofs tidigare rättspraxis, se punkt 15 i förevarande förslag till avgörande.

aktuella uppgiften inte kan anses vilseleda en konsument i den mening som avses i artikel 6.3 i direktiv 76/768, är kravet på ett föregående tillstånd att få använda den aktuella uppgiften uppenbarligen inte heller motiverat.

43. Den österrikiska regeringen har påpekat att ministern, genom tillämpning av 9 § punkt 3 i LMG, genom beslut kan bevilja tillstånd för hälsorelaterade uppgifter under förutsättning att bevis om reklamens riktighet vid den första försäljningen av den kosmetiska produkten inges och motsvarande läkarutlåtanden upprättas. Enligt den österrikiska regeringen är detta förfarande förenligt med domen i målet Unilever, i det avseendet att domstolen har ansett att en bestämmelse, i vilken det föreskrivs en föregående kontroll av reklamens riktighet, till skillnad från ett direkt förbud mot reklamen, utgör en proportionerlig åtgärd.

44. Detta påstående grundar sig på en felaktig tolkning av domen i målet Unilever och kan inte godtas. Domstolen har i sin dom i detta mål, vad gäller samma nationella lagstiftning, bekräftat att det visserligen är möjligt att ansöka om tillstånd, men att nödvändigheten av att erhålla ett sådant tillstånd utgör ett hinder för den fria rörligheten av den ifrågavarande produkten, vilket enligt domstolens uppfattning på

*intet sätt är motiverat.*²⁷ Kravet på tillstånd innebär nämligen ett direkt förbud mot reklamen, eftersom uppgifter som underställs kravet på tillstånd och som anges på kosmetiska produkter utan tillstånd från ministern inte är tillåtna. Domstolen har i sin dom i målet Unilever godtagit alternativa åtgärder, vilka säkerställer syftet med direktivet och vilka är mindre begränsande för den fria rörligheten för varor. Domstolen har på *intet sätt* accepterat ett tillståndsförfarande. I fall av tvivel vad gäller de hälsorelaterade uppgifternas sanningsenlighet, är det enligt domstolens uppfattning tillräckligt att medlemsstaten ålägger den näringsidkare som är ansvarig för produkten att bevisa läkarutlåtandenas riktighet. Detta skall inte orsaka någon svårighet när det är fråga om en uppgift som är så anspråkslös som "dermatologiskt testad". Detta har för övrigt redan föreskrivits i den österrikiska lagstiftningen. Som Linhart på goda grunder har påpekat, kan myndigheterna enligt 26 § punkt 2 i LMG uppmana tillverkaren eller distributören att tillkännage de aktiva komponenterna, så att det kan kontrolleras att produktens påstådda fysiologiska eller farmakologiska verkningar inte är vilseledande.

45. Slutligen skall det även tilläggas att det ifrågavarande tillståndet, såsom utgörande en åtgärd som syftar till konsumentskydd och gott handelsskick, är ännu mera oproportionerligt om Biffels påstående, enligt vilket förfarandet som föreskrivs i 9 § punkt 3 i LMG är avgiftspliktigt, är välgrundat.

27 — Domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet Unilever, punkt 34. Min kursivering.

V — Förslag till avgörande

46. Mot bakgrund av ovanstående omständigheter föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Verwaltungsgerichtshof på följande sätt:

- 1) Artikel 6.3 i rådets direktiv 76/768/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kosmetiska produkter utgör hinder för tillämpningen av en nationell lag enligt vilken, i enlighet med tolkningen av nationell rättspraxis, en allmän uppgift såsom ”dermatologiskt testad” är förbjuden vid försäljningen av kosmetiska produkter som skall appliceras på huden, när det inte anges vilka egenskaper hos produkten som har undersökts och vilket resultat undersökningen har haft och tillverkaren eller distributören av produkterna inte har förmått bevisa uppgiftens riktighet.
- 2) Artikel 6.3 i direktiv 76/768 utgör även hinder för en nationell bestämmelse, enligt vilken det endast är tillåtet att använda uppgiften ”dermatologiskt testad” efter tillstånd från den behörige ministern.