FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 16. september 1999 *

I — Indledning

1. Parterne i den sag, der har givet anledning til den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse fra Landgericht Köln (Tyskland) (herefter »den nationale ret«), er de tyske datterselskaber til konkurrerende multinationale selskaber i kosmetikbranchen. Tvisten vedrører den opstrammende ansigtscreme »Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme« (herefter »cremen«), som produceres i Monaco og forhandles i hele Europa af selskaber i Lancaster-koncernen [1]. Sagsøgte er det tyske medlem af koncernen, som er ansvarlig for tilrettelæggelse af forhandlingen af cremen ikke kun på det tyske marked, men i hele Lancaster's selektive distributionssystem.

2. Sagsøgeren, Estée Lauder-koncernens tyske datterselskab, har gjort gældende, at anvendelse af ordet »lifting« i betegnelsen af cremen er vildledende, idet det giver indtryk af, at cremen har langvarige virkninger, som kan sammenlignes med virkningerne af en operativ ansigtsløftning. Det er almindeligt kendt, at cremen ikke har nogen varig virkning, selv om sagsøgte hævder, at den har en mærkbar opstrammende virkning. Sagsøgeren har anlagt sagen i henhold til tysk ret om illoyal konkurrence, primært med henblik på at beskytte sin markedsposition, idet, hvilket kom frem under den mundtlige forhandling, det lykkedes for en forbrugerbeskyttelsesorganisation at få nedlagt et forbud ved en anden tysk ret, Kammergericht Berlin, mod anvendelse af betegnelsen »lifting« i sagsøgerens egen opstrammende ansigtscreme [2].

3. Sagsøgte har bestridt det anførte om, at cremen giver indtryk af at have en varig virkning. Sagsøgte gør gældende, at de foreslåede foranstaltninger, såfremt der gives medhold heri, vil være til hinder for de frie varebevægelser, som er sikret i fællesskabsretten. De foreslåede foranstaltninger nødvendiggør nemlig, at der afholdes supplerende markedsføringsomkostninger, når produktet skal gives et andet navn og genemballeres for at kunne sælges på det tyske marked. Dette er helt ude af proportioner, henset til den ringe risiko for, at forbrugeren tager fejl.

* — Originalsprog: engelsk.

1 — Det fremgår af de oplysninger, som sagsøgte har indleveret til Domstolen, at cremen indføres direkte fra Monaco via et centralt distributionscenter i Wiesbaden, Tyskland, hvorfra den udleveres til forskellige godkendte forhandlere både inden for og uden for Fællesskabet.

2 — Sag 25 U 2991/93.

4. Den nationale ret har ligeledes anført, at da der ikke foreligger nogen bevisoptagelse, kan »risikoen for, at en ikke uvæsentlig del af forbrugerne vildledes«, ikke udelukkes. Den nationale ret har henvist til en afgørelse fra Bundesgerichtshof af 12. december 1996, som stadfæster dommen fra Kammergericht Berlin, der i sagen mod Estée Lauder fastslog, at anvendelse af ordet »lifting« kunne være vildledende [3]. Det er imidlertid uklart, om fællesskabsretten kræver, at den nationale domstol fraviger den regel, der er udviklet i tysk retspraksis, hvorefter anvendelsen af en betegnelse kan forbydes, hvis mindst 10-15% af de potentielle forbrugere kan blive vildledt. Den ønsker især at få afklaret, hvorvidt denne grænse, set i lyset af sager som f.eks. Mars [4], udgør et beskyttelsesniveau, der er for restriktivt.

5. Domstolen er derfor blevet forelagt følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal EF-traktatens artikel 30 og 36 og/eller artikel 6, stk. 3, i Rådets direktiv 76/768/EØF af 27. juli 1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler fortolkes således, at de er til hinder for at anvende nationale bestemmelser om illoyal konkurrence, i henhold til hvilke det er tilladt at forbyde indførsel og forhandling af kosmetiske produkter, der lovligt er fremstillet eller lovligt forhandles i en medlemsstat i Den Europæiske Union, med den begrundelse, at forbrugerne af betegnelsen 'Lifting', der må forstås som en henvisning til produktets virkning, vildledes til at antage, at det har en varig virkning, selv om produkter med en sådan henvisning til virkningen på indpakningen lovligt og upåtalt forhandles i andre lande i Den Europæiske Union?«

II — Relevante retsforskrifter

6. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb af 7. juni 1909 ((lov om forholdsregler mod illoyal konkurrence, herefter »UWG«) har på grund af sin mulige påvirkning af samhandelen givet anledning til talrige forelæggelser for Domstolen, hvoriblandt »Clinique« [5] er af særlig interesse i den foreliggende sag. UWG's § 3 har følgende ordlyd:

»Den, der erhvervsmæssigt i konkurrenceøjemed giver vildledende oplysninger om forretningsmæssige forhold, [navnlig om beskaffenhed af varer] ... kan forbydes at anvende sådanne angivelser.«

3 — Sag 1 ZR 7/97, NJW-RR 1997, s. 931.

4 — Dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Sml. I, s. 1923.

5 — Dom af 2.2.1994, sag C-315/92, Sml. I, s. 317.

Der er en lignende bestemmelse i den tyske lovgivning om almindelige forbrugsgoder. § 27, stk. 1, i Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz af 15. august 1974 (lov om levnedsmidler og almindelige forbrugsgoder, herefter »LmBG«) indeholder følgende bestemmelse:

»Det er forbudt erhvervsmæssigt at markedsføre kosmetiske midler under en vildledende betegnelse eller med vildledende angivelser eller emballage ... Særligt foreligger der vildledning,

1. når kosmetiske midler tillægges virkninger ... som ikke videnskabeligt er tilstrækkeligt bevist ...«

LmBG's § 27, stk. 1, punkt 3, bestemmer, at en betegnelse er vildledende, »når der anvendes betegnelser ... der er egnede til at skabe et urigtigt indtryk ... om andre omstændigheder, der er medbestemmende for vurderingen«.

7. Ud over EF-traktatens artikel 30 og 36 (efter ændring nu artikel 28 EF og 30 EF) er det ligeledes nødvendigt at henvise ikke bare til direktiv 76/768/EØF [6], som den nationale ret har gjort, men også til direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame [7].

8. Direktivet fra 1976 fastsætter betingelserne for markedsføring af kosmetiske midler. Det fremgår af anden betragtning til direktivet, at et af dets hovedformål er at lette den frie udveksling af kosmetiske midler. I medfør af artikel 7, stk. 1, er medlemsstaterne forpligtede til ikke »at nægte, forbyde eller begrænse markedsføringen af kosmetiske midler, som opfylder betingelserne i dette direktiv og dets bilag«. Artikel 6, stk. 3, som er ændret ved direktiv 88/667/EØF [8], er den centrale bestemmelse i denne sag. Den bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer alle hensigtsmæssige foranstaltninger for, at der på etiketter og salgspakninger samt i forbindelse med reklamering for kosmetiske midler ikke anvendes tekster, betegnelser, mærker, afbildninger eller andre figurer eller

6 — Rådets direktiv af 27.7.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler (EFT L 262, s. 169, herefter »direktivet fra 1976«).

7 — Rådets direktiv af 10.9.1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame (EFT L 250, s. 17).

8 — Rådets direktiv af 21.12.1988 om fjerde ændring af direktiv 76/768 (EFT L 382, s. 46). En supplerende sætning blev tilføjet ved artikel 1, nr. 9, i Rådets direktiv 93/35/EØF af 14.6.1993 om sjette ændring af direktiv 76/768 (EFT L 151, s. 32), men det er ikke relevant i den konkrete sag.

symboler, der tillægger disse midler egenskaber, som de ikke besidder.«

9. Direktiv 84/450 indeholder de grundlæggende fællesskabsretlige regler for så vidt angår vildledende reklame. Direktivets artikel 2, nr. 2, definerer »vildledende reklame« som »enhver reklame, som på nogen måde, herunder dens udformning, skaber eller er egnet til at skabe et urigtigt indtryk hos de personer, den er rettet til eller når ud til, og som på grund af sin vildledende karakter kan antages at påvirke deres økonomiske adfærd, eller som af disse grunde skader eller er egnet til at skade en konkurrent«. I artikel 3 opregnes en række oplysninger, der skal inddrages ved afgørelsen af, om en reklame er vildledende, herunder de markedsførte varers eller tjenesteydelsers kendetegn. Artikel 7 bemyndiger medlemsstaterne til at opretholde eller vedtage nationale bestemmelser, som har til formål, at sikre »en mere vidtgående beskyttelse af forbrugerne«.

III — Indlæg

10. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren, sagsøgte, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Republikken Finland og Kommissionen, som alle, med undtagelse af Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Finland, tillige har afgivet mundtlige indlæg.

IV — Gennemgang

11. På dette stade af hovedsagen har den nationale ret endnu ikke taget endelig stilling til, hvorvidt betegnelsen »lifting« har en vildledende karakter. Den ønsker oplysninger om rækkevidden af den beskyttelse, der i overensstemmelse med fællesskabsretten ved national lov kan ydes forbrugerne af kosmetiske midler, såsom cremen i den foreliggende sag. Eftersom det af den forelæggende rets kendelse fremgår, at de omhandlede produkter blev importeret fra Monaco, et tredjeland, må det undersøges, hvilken status produkter, der er direkte importeret fra Monaco, har i forhold til fællesskabsretten.

A — *Det monegaskiske spørgsmål*

12. EF-traktatens artikel 227 (efter ændring nu artikel 299 EF) nævner ikke Fyrstendømmet Monaco blandt de områder, som traktaten finder anvendelse på. Det drejer sig altså, som anført af Kommissionen og den franske regering under den mundtlige forhandling, om et tredjeland i henhold til fællesskabsretten. Det har ikke desto mindre været en del af Fællesskabets toldområde siden 1968, eftersom artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 1496/68 af 27. september 1968 om fastsættelse af Fællesskabets toldområde[9], præciserer, at visse områder, herunder Fyrstendømmet Monaco, »beliggende uden for medlemsstaternes områder«, men opregnet i bilaget til forordningen, »anses som hørende til Fællesskabets toldområde«. De

9 — EFT 1968 II, s. 430.

præcise juridiske konsekvenser af beslutningen om at indlemme Fyrstendømmet Monaco i Fællesskabets toldområde fremgår ikke af de relevante bestemmelser herom [10]. Eftersom ingen told eller afgifter med tilsvarende virkning finder anvendelse i samhandelen mellem Monaco og Fællesskabet, ser det ved første øjekast ud til, at varer med oprindelse i Monaco, som eksporteres direkte til en medlemsstat, skal behandles på samme måde som varer med oprindelse i Fællesskabet.

13. Det mest overbevisende retlige grundlag for denne fortolkning er en analogi af begrebet om varer, der »frit kan omsættes i en medlemsstat«, som fremgår af EF-traktatens artikel 9 og 10 (efter ændring nu artikel 23 EF og 24 EF). Virkningen af denne fortolkning er, at varer fra tredjelande, der har opfyldt toldformaliteterne i en bestemt medlemsstat med henblik på indførsel til Fællesskabets toldområde, og som er blevet pålagt den rigtige tarif i henhold til Fællesskabets fælles toldtarif (herefter »FTT«), skal betragtes som varer i »fri omsætning« i denne medlemsstat. I sin dom af 15. december 1976, Donckerwolcke og Schou [11], fastslår Domstolen, at »de varer, 'som frit kan omsættes', endeligt og fuldstændigt ligestilles med varer med oprindelse i medlemsstaterne«, og at »det følger af denne ligestilling, at bestemmelserne i artikel 30 om ophævelse af kvantitative restriktioner og alle foranstaltninger med tilsvarende virkning i lige grad finder anvendelse på varer med oprindelse inden for Fællesskabet og på varer, der befinder sig i fri omsætning i en medlemsstat, uden hensyn til disse varers oprindelse«. Senere i den samme dom tilføjede Domstolen, at en sådan ligestilling kun kan »have fuld virkning, hvis det antages, at de nævnte varer er underkastet de samme told- og handelsmæssige indførselsbetingelser, uden hensyn til i hvilken stat de er overgået til fri omsætning« [12]. Det er ikke anført, at der fortsat skulle være forskelle i told- og handelspolitikken for så vidt angår import af kosmetiske midler til Fællesskabet. De almindeligt gældende bestemmelser, som er indeholdt i forordning (EF) nr. 3285/94 [13], foreskriver udtrykkeligt (forordningens artikel 1, stk. 2), at: »Indførsel i Fællesskabet af de i stk. 1 omhandlede varer er fri og således ikke undergivet kvantitative restriktioner, med forbehold af de foran-

10 — Den aktuelle bestemmelse, som er indeholdt i artikel 3, stk. 2, litra b), i Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12.10.1992 om indførelse af en EF-toldkodeks (EFT L 302, s. 1), som ændret ved artikel 1, nr. 1, litra b), i Europa-Parlamentet og Rådets forordning (EF) nr. 82/97 af 19.12.1996 (EFT 1997 L 17, s. 1), er affattet som følger: »Fyrstendømmet Monacos område, således som det er fastlagt i den toldkonvention, der blev undertegnet i Paris den 18.5.1963, anses i overensstemmelse med den konvention, der gælder for det, ligeledes for hørende til Fællesskabets toldområde, uanset at det er beliggende uden for Den Franske Republiks område ...«

11 — Sag 41/76, Sml. s. 1921, præmis 17 og 18. Jf. også dom af 13.3.1979, sag 119/78, Peureux, Sml. s. 975, hvori Domstolen vedrørende artikel 30 bestemmer, at »forbuddet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner i samhandelen inden for Fællesskabet i lige grad gælder for produkter, som er indført fra en medlemsstat, hvor de frit kunne omsættes, og for produkter med oprindelse i denne medlemsstat« (præmis 26).

12 — Donckerwolcke og Schou-dommen, jf. fodnote 11, præmis 25.

13 — Rådets forordning af 22.12.1994 om den fælles importordning og om ophævelse af forordning (EF) nr. 518/94 (EFT L 349, s. 53).

staltninger, der kan træffes i henhold til afsnit V« [14].

14. Det må indrømmes, at en ligestilling mellem varer, der er eksporteret til Tyskland direkte fra Monaco, som er et tredjeland, og varer, der er i fri omsætning, hvilket er et begreb, som finder anvendelse på varer, der allerede er importeret fra et tredjeland, indebærer en udvidelse af dette begreb. Det betyder især, at forbuddet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner skal anvendes i forhold til Tyskland, hvor der omvendt ikke er nogen gensidig aftale, der kan påberåbes i det tilfælde, hvor den direkte eksport foretages fra Tyskland til Monaco. Det forhold, at der ikke foreligger en international aftale med Fyrstendømmet Monaco [15], kan af og til give problemer, hvilket den franske regerings repræsentant har anerkendt under den mundtlige forhandling [16]. Dette står i modsætning til den situation, der gælder for Republikken San Marino. I lighed med Fyrstendømmet Monaco er San Marino siden 1968 blevet betragtet som en del af Fællesskabets toldområde, men dens handelsforbindelser med Fællesskabet er siden 1992 blevet reguleret ved en særlig international aftale [17]. På trods af, at der ikke er en komplet ordning, der regulerer handelsforbindelserne mellem Monaco og Fællesskabet, mener jeg, at det forhold, at Monaco er en del af Fællesskabets toldområde, i sig selv kan begrunde, at reglerne om fri bevægelighed skal finde anvendelse på varer med oprindelse i Monaco. Efter min mening er det faktum, at Monaco udgør en del af Fællesskabets toldområde, et mere overbevisende grundlag for udvidelse af dette begreb end det, der under den mundtlige forhandling blev fremført af sagsøgte, hvorefter det forhold, at de omhandlede varer (sandsynligvis i lighed med størstedelen af eksporten fra Monaco) fysisk passerer Frankrig, når de transporteres fra Monaco til Tyskland, skulle være tilstrækkeligt til, at fællesskabsretten finder anvendelse. Dette medfører en urimelig forskelsbehandling i forhold til varer, der eksporteres fra Monaco ad søvejen f.eks. til Spanien og Italien. Det fremgår klart af traktatens artikel 10 og af Donckerwolcke og Schou-dommen, at varer hidrørende fra tredjelande fysisk skal importeres til en medlemsstat og dér opfylde de juridiske formaliteter i henhold til FTT, herunder betaling af en passende told, før de kan betragtes som varer i fri omsætning. Fyrstendømmet Monacos juri-

14 — Ifølge artikel 1, stk. 1, finder forordning nr. 3285/94 anvendelse på import af varer med oprindelse i tredjelande, med undtagelse af tekstilvarer fra visse tredjelande, som ikke omfatter Monaco, jf. bilag I til Rådets forordning (EØF) nr. 519/94 af 7.3.1994 om den fælles ordning for indførsel fra visse tredjelande og ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1765/82, nr. 1766/82 og nr. 3420/83 (EFT L 67, s. 89).

15 — Jf. Snyder, *International Trade and Customs Law of the European Union*, 1998, s. 504, fodnote 3.

16 — Repræsentanten har anført, at Fyrstendømmet Monaco — tilsyneladende som følge af den bilaterale aftale om toldunionen, der er underskrevet mellem Fyrstendømmet Monaco og Den Franske Republik den 18.5.1963, ratificeret af Den Franske Republik ved dekret nr. 63-982 af 24.9.1963 (JORF, s. 8679) — er forpligtet til at overholde fællesskabsretten, såsom direktivet fra 1976. Domstolen blev informeret om, at der stadig opstår problemer, og at Kommissionen, på opfordring af de franske og monegaskiske myndigheder, nu vil undersøge behovet for forhandling af en international aftale med Fyrstendømmet Monaco.

17 — Rådets afgørelse 92/561/EØF af 27.11.1992 om indgåelse af interimsaftalen om handel og toldunion mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Republikken San Marino (EFT L 359, s. 13). Aftalen etablerer en toldunion mellem Fællesskabet og Republikken San Marino (artikel 1), hvorefter kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning udtrykkeligt er forbudt i samhandelen mellem de kontraherende parter (artikel 8).

diske status som en del af det fællesskabsretlige toldområde gør disse krav overflødige. Jeg mener derfor, at den retlige betydning af, at fællesskabslovgiver har besluttet at give Fyrstendømmet Monaco status af fællesskabsretligt toldområde, er, at når monegaskiske varer eksporteres til en medlemsstat, skal de herefter på handelsplan ligestilles med varer i fri omsætning.

15. Det følger heraf, at det forhold, at de i hovedsagen omhandlede produkter er direkte importerede fra Monaco til Tyskland, ikke påvirker gennemgangen af spørgsmålet om, hvorvidt det forbud, som den nationale ret overvejer at nedlægge, er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

B — *Realiteten*

16. Det er ikke overraskende, at der i de skriftlige og mundtlige indlæg, som er afgivet til Domstolen i denne sag, ikke har vist sig at være nogen fundamental uoverensstemmelse vedrørende de principper, som skal anvendes ved besvarelsen af den nationale rets spørgsmål. De vigtigste retlige spørgsmål er behandlet i nyere retspraksis. Det egentlige spørgsmål i denne sag er, i hvilket omfang den beskyttelse, der i henhold til tysk ret ydes forbrugerne, herunder den regel, hvorefter risikoen for, at 10-15% af forbrugerne vildledes, er tilstrækkelig til at begrunde et forbud mod salg af den pågældende vare, kan anvendes på trods af dens negative virkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, eftersom de regler, der finder anvendelse på de omhandlede varer, er harmoniserede på fællesskabsplan. Kun den finske regering har, med nogen støtte af den franske regering under den mundtlige forhandling, anført, at medlemsstaterne på trods af direktivet fra 1976 kan opretholde deres egne strengere regler på forbrugerbeskyttelsesområdet.

17. For det første er det ubestridt, at en national rets beslutning om at hindre salg af en creme med den begrundelse, at ordet »lifting« indgår som en del af cremens betegnelse, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, som i princippet er forbudt i henhold til traktatens artikel 30, ligesom den udgør en begrænsning af handelen med kosmetiske midler i strid med artikel 7, stk. 1, i direktivet fra 1976 [18]. Cremen sælges i stor udstrækning på lignende vilkår i andre medlemsstater, hvilket ville betyde, at eksportøren, for at efterkomme de særlige tyske regler som i Clinique-dommen, skulle afholde ekstra udgifter til ny emballage og markedsføring alene med henblik på det tyske marked [19]. Det er derfor kun nødvendigt at undersøge, i hvilket omfang en sådan restriktion kan forsvares.

18 — Selv om UWG og LmBG finder anvendelse på såvel tyske som importerede varer, udgør en beslutning om forbud klart en »betingelse, som varen skal opfylde« i henhold til dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard (Sml. I, s. 6097), og en restriktion i forhold til markedsføringen, som dette indebærer, skal derfor begrundes.

19 — Clinique-dommen, jf. fodnote 5, præmis 19.

18. Det fremgår ligeledes klart af Domstolens retspraksis, herunder især af Cliniquedommen, at der ved direktivet fra 1976 er »sket en fuldstændig harmonisering af de nationale retsforskrifter om emballering og etikettering af kosmetiske midler« [20]. Direktivet »fastlægger således de foranstaltninger, der skal træffes af hensyn til forbrugerbeskyttelse og god handelsskik, som er blandt de tvingende hensyn, der er fremhævet i Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 30« [21]. Med andre ord er dette tvingende hensyn blevet indført i direktivet fra 1976 og bestemmelserne, som skal føre til en fuldstændig harmonisering, er udtømmende angivet heri.

19. Artikel 7, stk. 1, i direktivet fra 1976 forhindrer medlemsstaterne i at forbyde eller begrænse markedsføringen af kosmetiske midler, som opfylder de betingelser, der er fastsat i dette direktiv. I den foreliggende sag er det klart, at cremen er emballeret og mærket i overensstemmelse med disse betingelser. Det spørgsmål, der opstår, er, om Tyskland med støtte i artikel 6, stk. 3, alligevel kan begrænse markedsføringen af cremen i denne medlemsstat.

20. Diskussionen drejer sig derfor i den foreliggende sag om den forpligtelse, som artikel 6, stk. 3, i direktivet fra 1976 pålægger medlemsstaterne til at sikre, at der ikke på etiketter eller i betegnelsen af produkterne »tillægges midlerne egenskaber, som de ikke besidder«. Direktivet fra 1976 lader medlemsstaterne vælge foranstaltningerne til opfyldelse af denne forpligtelse. Dette er ikke overraskende, idet det synes umuligt på forhånd at fastsætte udtømmende kriterier til bestemmelse af, hvorvidt angivelser vedrørende et produkt er fejlagtige, som kan finde anvendelse i alle tilfælde. Direktivet fra 1976 skal ikke desto mindre fortolkes, som om det udtømmende fastsætter, hvilke regler der skal anvendes til at beskytte forbrugeren mod salgs- og markedsføringsskikke, der angiver eller antyder falske oplysninger vedrørende kosmetiske midler. De relevante bestemmelser findes med andre ord på fællesskabsniveau og skal ganske enkelt anvendes konkret i hvert enkelt tilfælde af medlemsstaterne. Disse er derfor forhindrede i at lovgive på området og må begrænse sig til at handle inden for rammerne af de harmoniserede regler [22].

21. Direktivet fra 1976 adskiller sig fra direktiv 84/450, der kun tager sigte på en delvis harmonisering af de nationale bestemmelser om vildledende reklame, idet det fastsætter objektive minimumskriterier for, hvornår en reklame må anses for at være vildledende [23]. Jeg er derfor ikke enig i den finske regerings argument, der blev støttet af den franske regering under den mundtlige forhandling, hvorefter artikel 6, stk. 3, i direktivet fra 1976 bør fortolkes i lyset af direktiv 84/450. Medlemsstaterne,

20 — Clinique-dommen, fodnote 5, præmis 11. Jf. dom af 28.1.1999, sag C-77/97, Unilever, Sml. I, s. 431, præmis 24, og de sager, som er anført der.

21 — Clinique-dommen, fodnote 5, præmis 15.

22 — Jf. dom af 19.3.1998, sag C-1/96, Compassion in World Farming, Sml. I, s. 1251, præmis 47, af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 31, og af 5.4.1979, sag 148/78, Ratti, Sml. s. 1629, præmis 36, 37 og 38.

23 — Dom af 13.12.1990, sag C-238/89, Pall, Sml. I, s. 4827, præmis 22, Clinique-dommen, jf. fodnote 5, præmis 10, og dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95, De Agostini og TV-Shop, Sml. I, s. 3843, præmis 37.

som bærer hovedansvaret for at kontrollere brugen af vildledende oplysninger på etiketter, er forpligtede til at anvende de principper, der er foreskrevet i artikel 6, stk. 3, i direktivet fra 1976, dvs. forbyde falske eller vildledende oplysninger om, hvilke egenskaber det pågældende kosmetiske middel har. Den finske regerings synspunkt, som er baseret på en analogi af artikel 7 i direktiv 84/450, hvorefter medlemsstaterne kan anvende strengere kriterier til beskyttelse af forbrugerne, er derfor ikke rigtig. Alle medlemsstaterne skal anvende de samme fællesskabsretlige kriterier.

22. Direktivet fra 1976 skal endvidere, som Domstolen har fastslået i Clinique-dommen, »ligesom ethvert andet regelsæt fra den afledte ret, fortolkes under hensyn til traktatens bestemmelser om frie varebevægelser« [24]. Ifølge fast retspraksis gælder forbuddet mod kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning både for nationale foranstaltninger og for foranstaltninger, der er vedtaget af Fællesskabets institutioner [25]. Artikel 6, stk. 3, er indeholdt i et direktiv, som gennem harmonisering har til formål at fremme de frie varebevægelser for kosmetiske midler. Artiklen forfølger derfor to formål, nemlig fri bevægelighed og forbrugerbeskyttelse. Når de nationale retter anvender deres nationale bestemmelser til gennemførelse af disse formål, er de, såfremt der foreligger en konflikt mellem formålene, naturligvis nødt til at foretage en afvejning. Domstolens opgave, når den skal besvare et spørgsmål som det, den nationale ret i denne sag har forelagt, og som den tyske og franske regering med rette har anført, er at give et klart og anvendeligt fortolkningskriterium, som kan hjælpe den nationale ret, når den stilles over for et sådant problem.

23. På baggrund af disse indledende bemærkninger skal jeg forsøge at klarlægge de overvejelser, som Domstolen bør gøre sig, når den skal besvare det spørgsmål, den nationale ret har forelagt den. Jeg skal erindre om, at det af dette spørgsmål for det første fremgår, at cremen »lovligt er fremstillet eller lovligt forhandles i en medlemsstat i Den Europæiske Union« (Tyskland), og »produkter med en sådan henvisning til virkningen på indpakningen lovligt og upåtalt forhandles i andre lande i Den Europæiske Union« og for det andet, at den tyske lov om forholdsregler mod illoyal konkurrence tillader, at salg og forhandling af cremen forbydes »med den begrundelse, at forbrugerne af betegnelsen 'lifting', der må forstås som en henvisning til produktets virkning, vildledes til at antage, at det har en varig virkning«. Denne modsætning understreger det centrale problem i denne sag, som efter min mening er at definere passende regler til beskyttelse af forbrugerne mod risikoen for at blive forvirrede eller vildledt af falske oplysninger. Selv om tysk ret giver mulighed for at forbyde markedsføring af et produkt, der kan vildlede mellem 10-15% af forbrugerne, har den nationale ret med henvisning til Mars-dommen bemærket, at fællesskabsretten anser forbrugerne for at være tilstrækkeligt velinformerede og

24 — Clinique-dommen, jf. fodnote 5, præmis 12.

25 — Jf. dom af 17.5.1984, sag 15/83, Denkavit Nederland, Sml. s. 2171, præmis 15, og af 9.8.1994, sag C-51/93, Meyhui, Sml. I, s. 3879, præmis 11.

opmærksomme, og at de derfor ikke har behov for beskyttelse mod angivelser, der kun kan vildlede en så lille del af forbrugerne. I sit skriftlige indlæg har sagsøgeren med skarphed beskrevet de totalt modsatte synspunkter, som fremgår af den tyske juridiske litteratur om et passende beskyttelsesniveau. I den ene ende af skalaen er synspunktet det, at retten til lige økonomiske muligheder bevirker, at traktatens artikel 30 og 36 ikke skal fortolkes med den kritiske og modne forbruger i tankerne, idet dette er diskriminerende for forbrugere med en begrænset intellektuel kapacitet [26]! I den anden ende af skalaen er synspunktet, at når fællesskabsretten har indført en model om den velinformerede forbruger, bør de tyske retsregler om illoyal konkurrence opgive »det både dumme og meningsløse forsøg på at beskytte den sidste 'dumrian' ('Trottel') mod faren for at blive vildledt af en reklame« [27].

24. For at kunne fastlægge et passende niveau for beskyttelse af forbrugerne, bør der, efter min mening, tages udgangspunkt i Domstolens faste retspraksis, hvorefter de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne udgør et grundlæggende princip i fællesskabsretten [28]. Påberåbelse af undtagelserne i traktatens artikel 36 eller af tvingende hensyn skal betragtes som en fravigelse af dette princip. Rækkevidden af disse undtagelser må »ikke udstrækkes ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte de interesser, som den skal sikre, ligesom foranstaltningerne ... ikke må skabe forhindringer for indførslerne, der er uforholdsmæssige i forhold til disse formål« [29]. Domstolen har med henvisning til Clinique- og Mars-dommen udtrykkeligt anerkendt, at »kun en vis større risiko for vildledning af forbrugeren kan sætte de krav, der følger af princippet om frie varebevægelser, ud af kraft og således begrunde handelshindringer« [30]. Forpligtelsen til at »respektere proportionalitetsprincippet« gælder også for »de foranstaltninger, som medlemsstaterne skal træffe for at gennemføre« artikel 6, stk. 3, i direktivet fra 1976 [31]. Den fællesskabsretlige interesse i at beskytte forbrugerne, som er udtrykt i direktivet, kan kun begrunde en begrænsning af den frie bevægelighed for kosmetiske midler, for så vidt som dette er absolut nødvendigt for at tjene denne interesse.

25. Fællesskabsretten har i forhold til forbrugerbeskyttelse foretrukket at lægge vægt på, at det må foretrækkes at sprede informationer enten via reklame, mærkning eller på anden vis, som den bedste måde at fremme handelsfrihed på markeder, der er åbne for konkurrence. Fællesskabsretten forudsætter, at forbrugerne selv søger oplysninger om varernes kvalitet og pris, og at de foretager kompetente valg. Allerede i Rewe-Zentral-sagen, den såkaldte »Cassis de Dijon«-dom, har Domstolen

26 — Der henvises til Reuthenthal »Verstößt das deutsche Irreführungsgebot gegen Artikel 30 EGV?« WRP 12/97, s. 1154, især s. 1160.

27 — Emmerich, *The Law of Unfair Competition*, section 12(8)(b), 4. udgave, 1995.

28 — Jf. dom af 28.4.1998, sag C-200/96, Metronome Musik, Sml. I, s. 1953, præmis 14, og af 22.9.1998, sag C-61/97, FDV, Sml. I, s. 5171, præmis 13.

29 — Dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil m.fl., Sml. s. 2727, præmis 37.

30 — Dom af 26.11.1996, sag C-313/94, Graffione, Sml. I, s. 6039, præmis 24.

31 — Unilever-dommen, fodnote 20, præmis 27, og Clinique-dommen, fodnote 5, præmis 16.

fremhævet, at informativ mærkning var at foretrække frem for et salgsforbud [32]. Denne tillid til adgang til og brug af oplysninger illustreres godt af »Reinheitsgebot«-dommen, hvor Tyskland ud fra forbrugerbeskyttelseshensyn forsøgte at forsvare en bestemmelse i tysk ret, hvorefter alene de produkter, der var fremstillet af malt, byg, humle, gær og vand, kunne markedsføres under betegnelsen »øl« i Tyskland [33]. Selv om Domstolen medgav, at det var tilladt at give de forbrugere, »for hvem øl, fremstillet på grundlag af bestemte råvarer, besidder særlige egenskaber, mulighed for at træffe deres valg under hensyn hertil«, har den anført, at dette formål kan nås med en oplysningsordning for forbrugeren, idet »det gøres muligt for forbrugerne at foretage et valg ud fra et kendskab til forholdene«. Bryggerierne kan derfor pålægges at angive de anvendte råvarer på etiketten, og for så vidt angår fadøl kan de pålægges at angive »de fornødne oplysninger ... på fadet eller sifonen« [34]. Et par år senere, i Pall-sagen, afviste Domstolen at anerkende, at der for de tyske forbrugere forelå en forvekslingsrisiko med hensyn til stedet for registrering af varemærker for importerede varer påført symbolet »(R)«, som kunne begrunde et forbud mod anvendelsen heraf i medfør af UWG, og fastslog, at »selv om forbrugerne eller en del af disse kunne blive vildledt på dette punkt, kan denne risiko ikke begrunde en så væsentlig hindring for de frie varebevægelser, idet forbrugerne interesserer sig mere for varens kvalitet end for, hvor varemærket er registreret« [35]. Domstolen har understreget, at »der i Fællesskabets politik på dette område består en nøje sammenhæng mellem beskyttelse og oplysning af forbrugeren« [36].

26. Efter min mening er der for de nationale retter og Domstolen selv dog størst hjælp at hente i Domstolens seneste retspraksis, hvor princippet om en hypotetisk gennemsnitsforbruger er blevet udviklet i sager om påstået forveksling, idet Domstolen således undgår at foretage en individuel afvejning i disse sager. Det lader til, at Tyskland var den første, der fremhævede betydningen af, hvilke slutninger »en almindeligt oplyst forbruger« [37] kunne drage med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et produkt besidder profylaktiske eller terapeutiske egenskaber, og hermed forsvarede man med succes de tyske myndigheders synspunkt, bestridt af Kommissionen, hvorefter øjencremer skulle betrag-

32 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Sml. s. 649.

33 — Dom af 12.3.1987, sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland, »Reinheitsgebot«-sagen, Sml. s. 1227.

34 — Reinheitsgebot-sagen, fodnote 33, præmis 35 og 36.

35 — Pall-dommen, jf. fodnote 23, præmis 19.

36 — Dom af 7.3.1990, sag C-362/88, GB-INNO-BM, Sml. I, s. 667, præmis 14. I sin dom af 18.5.1993, sag C-126/91, Yves Rocher (Sml. I, s. 2361), fastslog Domstolen, at et generelt forbud mod reklame med iøjnefaldende prissammenligninger i, udstedt i henhold til UWG, udgjorde uforholdsmæssig handelshindring, »for så vidt det vedrører reklame, der ikke er vildledende, men indeholder sammenligninger af faktisk anvendte priser; sådanne sammenligninger kan være meget nyttige og bidrage til at skaffe forbrugeren det bedst mulige grundlag for at træffe et valg« (præmis 17).

37 — Jf. dom af 20.5.1992, sag C-290/90, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3317, præmis 11. Et par måneder før denne dom havde Domstolen understreget nødvendigheden af at tage hensyn til de forbrugere, til hvem en angivelse retter sig — i den konkrete sag en reklame, som præsenterede importerede og tidligere indregistrerede biler, der endnu ikke havde kørt på offentlige veje, som »nye« — jf. dom af 16.1.1992, sag C-373/90, X, Sml. I, s. 131, præmis 15.

tes som lægemidler og følgelig skulle have en forudgående godkendelse, inden de kunne markedsføres [38]. I Meyhui-dommen fra 1994 opretholdt Domstolen en fællesskabsretlig bestemmelse i et direktiv fra 1969 [39], som pålægger producenter af glas i særlige kategorier (krystalglas og cristallinglas) kun at anvende betegnelsen for glas på det eller de sprog fra den medlemsstat, i hvilken varen bringes på markedet, idet »kvalitetsforskellen på det anvendte glas ikke [er] let erkendelig for den *gennemsnitlige forbruger*, som ikke ofte køber krystalglasvarer«, og »det er derfor nødvendigt, at forbrugeren kan blive oplyst så klart som muligt om, hvad han køber, således at han ikke forveksler en vare hørende til kategorierne 3 og 4 med et produkt hørende til de højere kategorier og dermed ikke betaler en urimelig pris« [40].

27. Denne fastlæggelse af beskyttelsesniveauet, som en gennemsnitlig forbruger måtte antages at have behov for, blev udspecificeret i Mars-dommen fra 1995. Denne sag vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt påskriften »+ 10%«, hvis størrelse oversteg 10% af emballagens overside på is-baren, var i modstrid med UWG's § 3, for så vidt som den gav forbrugerne indtryk af, at varens volumen eller vægt var blevet forøget med mere end 10%. Domstolen anvendte for første gang begrebet »almindeligt oplyst forbruger«, som må »forventes at være klar over, at der ikke nødvendigvis er en sammenhæng mellem størrelsen af reklameangivelser vedrørende en forhøjelse af et produkts volumen og selve forhøjelsen« [41].

28. Dette princip er senere blevet fastslået i navnlig to nyere afgørelser. Gut Springenheide og Tusky-dommen [42] angik en sag for en tysk ret om vildledende oplysninger på såvel det varemærke, der anvendtes på en æggeemballage, som en i æggeemballagen indlagt reklamemeddelelse, hvilket i den pågældende sag var i strid med fællesskabsretten [43]. Den nationale ret spurgte udtrykkeligt, om den i sin afgørelse skulle tage udgangspunkt i en »almindelig gennemsnitsforbruger« eller i en »tilfældig forbruger«. Domstolens dom er almengyldig. Domstolen henledte især opmærksomheden på lignende bestemmelser om forbrugerbeskyttelse i andre fællesskabsretsakter og henviste til en række af dens tidligere domme, herunder GB-INNO-BM, Pall, Clinique og Mars. Domstolen opstillede

38 — Jf. Rådets direktiv 65/65/EØF af 26.1.1965 om tilnærmelse af lovgivning om medicinske specialiteter (EFT 1965-1966, s. 17).

39 — Rådets direktiv 69/493/EØF af 15.12.1969 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om krystalglas (EFT 1969 II, s. 581).

40 — Meyhui-dommen, jf. fodnote 25, præmis 18 (min fremhævelse).

41 — Mars-dommen, jf. fodnote 4, præmis 24.

42 — Dom af 16.7.1998, sag C-210/96, Sml. I, s. 4657.

43 — Jf. Rådets forordning (EØF) nr. 2771/75 af 29.10.1975 om den fælles markedsordning for æg (EFT L 282, s. 49), og artikel 10 i Rådets forordning (EØF) nr. 1907/90 af 26.6.1990 om handelsnormer for æg (EFT L 173, s. 5), med ændringer.

herefter følgende kriterium (præmis 31 og 32):

»Det fremgår af disse domme, at Domstolen ved afgørelsen af, om en betegnelse, et varemærke eller en oplysning i en reklame kunne vildlede køberen, har taget den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger i betragtning uden at have anordnet en sagkyndig undersøgelse eller bestilt en opinionsundersøgelse.

De nationale retter bør følgelig normalt være i stand til på samme betingelser at vurdere, om en oplysning i en reklame er vildledende.«

Selv om dette kriterium blev fremlagt som om Domstolen allerede selv havde anvendt det, er det klart, at det hovedsageligt er ment som et kriterium, der skal anvendes af de nationale dommere. Efter min mening fremgår dette klart af Sektkellerei Kessler-dommen [44]. Denne sag angik en påstand om risiko for forveksling som følge af varemærket på en tysk mousserende vin. Domstolen understregede nødvendigheden af, »at det godtgøres, at der i betragtning af de pågældende forbrugeres opfattelse eller vaner består en reel risiko for, at deres økonomiske adfærd påvirkes deraf« (præmis 33), hvorefter den gentog det i Gut Springenheide og Tusky-dommen nævnte kriterium:

»Det påhviler i denne sag den nationale ret at vurdere, om et varemærke eller en del heraf efter sagens omstændigheder, når henses til de forbrugere, som det er rettet til, kan forveksles med hele eller dele af betegnelsen for visse vine. I så henseende fremgår det endvidere af Domstolens praksis, at den nationale ret skal tage hensyn til den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger« (præmis 36).

29. Det er således klart, at det kriterium, der skal anvendes i alle tilfælde, hvor der foreligger restriktioner på salg eller markedsføring af en vare med det formål at beskytte forbrugere mod vildledende mærkning eller andre medfølgende oplysninger, er, om varens tilstedeværelse på markedet på materielt plan ville kunne vildlede den således definerede hypotetiske forbruger. Efter min mening er de nationale retters forpligtelse til samvittighedsfuldt at anvende dette kriterium meget vigtig i de tilfælde, hvor grundlaget for forbrugerbeskyttelsen er et direktiv, såsom direktivet fra 1976, der dækker området for kosmetiske midler. Kriteriet burde gøre det muligt for den nationale ret, som skal vurdere de konkrete omstændigheder i hver sag i forhold til denne norm, at danne sin egen opfattelse af, hvorledes en sådan forbruger ville blive påvirket. Det er klart, at den omhandlede norm, som er baseret på fire kumulative faktorer, stiller høje krav. Tages

44 — Dom af 28.1.1999, sag C-303/97, Sml. I, s. 513.

alle relevante omstændigheder i sagen i betragtning, og særligt de salgsformer, der anvendes af sælgeren, må den nationale ret sikre sig, at en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, som bruger sin kritiske sans på fornuftig vis i sin undersøgelse af den pågældende vare og de angivelser, som er anført på eller om varen, ville blive vildledt. Det er således ikke meningen, at spørgsmålet skal løses statistisk. Markedsundersøgelser kan i visse tilfælde være nyttige, men det er nødvendigt at være opmærksom på, at de har visse svagheder som følge af formuleringen af spørgsmålene, og at de ofte er genstand for forskellige fortolkninger med hensyn til deres bevismæssige værdi [45]. Sådanne undersøgelser fritager derfor ikke de nationale retter fra at udøve deres eget skøn med udgangspunkt i gennemsnitsforbrugeren, sådan som han er defineret i fællesskabsretten. Det væsentlige er, at der nu findes et fællesskabsretligt kriterium, og det er derfor uheldigt, såfremt en national ret støtter sin endelige afgørelse om vildledning på statistiske undersøgelser, der er baseret på den mulige påvirkning af 10-15% af de potentielle forbrugere.

30. Med henblik på yderligere at hjælpe den nationale ret i den foreliggende sag kan det være nyttigt, at jeg kort refererer nogle af de faktorer, som den bør medtage i sine overvejelser, når den skal træffe afgørelse om, hvorvidt gennemsnitsforbrugeren kunne blive vildledt af den omhandlede cremes antydninger om ansigtsløftning eller, mere generelt, æstetisk kirurgi, på grund af ordet »lifting«, som indgår i dens betegnelse. Det er for det første klart, at den nationale ret, på grund af den slående lighed mellem fakta og spørgsmål i Clinique-sagen og den foreliggende sag, skal tage hensyn til det forhold, at cremen upåtalt er blevet markedsført og solgt som et kosmetisk middel, at den udelukkende er blevet solgt i parfumerier og parfumeafdelinger i stormagasiner, og at den er blevet markedsført i andre medlemsstater, tilsyneladende uden at vildlede forbrugerne [46]. Desuden tillader fællesskabsretten, hvilket Domstolen har bekræftet navnlig i Graffione-dommen, at en medlemsstats særlige sociale, kulturelle eller sproglige faktorer kan begrunde en anden vurdering af, hvilken virkning en bestemt angivelse har på forbrugerne i den pågældende medlemsstat [47]. Den nationale ret er måske derfor nødt til, ud fra et sprogligt synspunkt, at overveje, hvorvidt anvendelsen af det engelske ord »lifting«, snarere end et tysk ord med lignende eller samme indhold, er vildledende for tyske forbrugere. Den nationale ret bør imidlertid tillige tage i betragtning, at anvendelse af ordet ikke synes at have givet anledning til problemer i andre medlemsstater, herunder de medlemsstater, hvor tysk er hovedsprog, eller hvor tysk er udbredt. For så vidt angår sociale og kulturelle faktorer har den

45 — I Sektkellerei Kessler-dommen, jf. fodnote 44, har Domstolen, som citerede præmis 35, 36 og 37 i Gut Springenheide og Tusky-dommen (fodnote 42), tillige udtrykt sin tvivl vedrørende deres anvendelighed: »Kun hvis den nationale ret finder det særligt vanskeligt at vurdere, om mærket er vildledende, skal den i mangel af fællesskabsbestemmelser på området bedømme, om der på de betingelser, som er fastsat i dens nationale retsregler, som vejledning for dens dom bør træffes bestemmelse om bevisoptagelse såsom en sagkyndig undersøgelse eller en opinionsundersøgelse, og skal i givet fald anordne foreløbige forholdsregler.«

46 — Clinique-dommen, fodnote 5, præmis 21.

47 — Graffione-dommen, fodnote 30, præmis 22. Det forhold, at Domstolen behandlede et spørgsmål om varemærker, ændrer efter min mening ikke ved udtalelsens almengyldighed. I punkt 10 i forslaget til afgørelse i denne sag har generaladvokat Jacobs anført, at betegnelsen »Cotonelle« er »i sproglig henseende et udmærket eksempel herpå«, eftersom »det kan få en engelsk-, fransk- eller italiensksproget person til at tro, at en vare er lavet af bomuld. Denne virkning kan ordet imidlertid ikke have hos personer, der kun forstår tysk eller spansk, eftersom bomuld på disse sprog hedder henholdsvis 'Baumwolle' og 'algodón'«.

nationale ret ikke i sin forelæggelseskendelse nævnt nogle særlige omstændigheder, som kunne bevirke, at tyske forbrugere nemmere vildledes af ordet »lifting« end forbrugerne i andre medlemsstater, men det påhviler den nationale ret at undersøge, hvorvidt sådanne særlige omstændigheder foreligger og i bekræftende fald, om de påvirker de slutninger, som de tyske forbrugere drager, når de ser ordet. Den nationale ret kunne måske tillige overveje, hvorvidt det forhold, at cremen skal anvendes regelmæssigt, måske dagligt, hvilket medfører konstante udgifter for de forbrugere, der gerne vil opnå den ønskede opstrammende virkning, i sig selv er nok til at fremhæve den kortvarige og forbigående karakter af disse virkninger, og således ophæver enhver anden slutning, der kan drages af ordet »lifting«. Med andre ord bør den nationale ret, således som Domstolen har tiltrådt det i sager om risiko for forveksling af varemærker, foretage en »helhedsvurdering« af, hvorvidt der i henhold til det fællesskabsretlige kriterium foreligger en risiko for forveksling [48].

31. Efter min mening bør Domstolen, ud over at udspecificere det kriterium, som den nationale ret skal anvende, tillige vejlede denne i overensstemmelse med de retningslinjer, der er udstukket ovenfor, og angive nogle faktorer, som den nationale ret kan medtage i sine overvejelser, når den anvender kriteriet, således at den nationale ret råder over alle relevante oplysninger, når den skal tage stilling til, hvorvidt et forbud som i denne sag er foreneligt med fællesskabsretten. Når den gør dette, må den ikke, som anført af generaladvokat Gulmann i hans forslag til afgørelse i Clinique-sagen, »knytte sin fortolkning af artikel 30 for nøje til sagernes konkrete omstændigheder« [49]. Jeg kan endvidere tilslutte mig det synspunkt, hvorefter det »efter traktatens system tilkommer de nationale retter« loyalt at sikre en ensartet anvendelse af de generelle fællesskabsretlige bestemmelser som dem i direktivet fra 1976 [50]. På trods af den tidligere udviste vilje hos Domstolen, »hver gang de foreliggende oplysninger i sagen forekom den tilstrækkelige, og den fandt en løsning nødvendig«, til selv at afgøre »dette spørgsmål frem for at henvise det til den nationale rets endelige vurdering«, er jeg overbevist om, at sådanne afvigelser fra den normale kompetencefordeling mellem de nationale retter og Domstolen i præjudicielle sager er uheldige og unyttige, idet der på fællesskabsniveau er opstået et kriterium, som tillader de nationale retter selv at fastsætte et passende beskyttelsesniveau for forbrugere [51]. I sager som den i hovedsagen bør Domstolen begrænse sig til at fortolke fællesskabsretten og vejlede den nationale ret i dennes anvendelse heraf. Det er den nationale ret, der skal anvende fællesskabsretten og dermed endeligt træffe afgørelse

48 — Jf. en nyere dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25, 26 og 28.

49 — Clinique-dommen, fodnote 5, punkt 9 i forslaget til afgørelse.

50 — Clinique-dommen, fodnote 5, punkt 9 i forslaget til afgørelse.

51 — Gut Springenheide og Tusky-dommen, fodnote 42, præmis 30. Blandt de citerede domme er Clinique-dommen uden tvivl det bedste eksempel herpå.

om, hvorvidt der foreligger risiko for forveksling eller vildledning.

32. Efter min mening bør den nationale ret ikke give sagsøger medhold og nedlægge et forbud, medmindre det er godtgjort, at en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet tysk gennemsnitsforbruger ville blive vildledt af den omhandlede creme, under hensyntagen til alle de omstændigheder, hvorunder den sælges, som følge af, at der i betegnelsen af cremen anvendes ordet »lifting«, hvorved cremen gives en egenskab, den ikke har.

V — Forslag til afgørelse

33. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at det spørgsmål, der er forelagt Domstolen af Landgericht Köln, besvares således:

»EF-traktatens artikel 30 og 36 (efter ændring nu artikel 28 EF og 30 EF), sammenholdt med artikel 6, stk. 3, og artikel 7, stk. 1, i Rådets direktiv 76/768/EØF af 27. juli 1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler, er til hinder for, at en medlemsstat i henhold til nationale bestemmelser om illoyal konkurrence forbyder import og forhandling af et kosmetisk middel, som uden restriktioner markedsføres i andre medlemsstater, og som med hensyn til betingelserne for mærkning er i overensstemmelse med direktiv 76/768, medmindre en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger i den pågældende medlemsstat, under hensyntagen til alle konkrete omstændigheder, hvorunder produktet sælges, vildledes af en angivelse i produktets betegnelse eller beskrivelse og tillægger det en egenskab, som det ikke har.«