FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 4 juli 2002 [1]

I — Inledande anmärkningar

1. I de mål som behandlas gemensamt i detta förslag till avgörande är den centrala frågan huruvida en nationell reglering som kräver förhandstillstånd för att livsmedel skall få förses med hälsorelaterade uppgifter är förenlig med rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om märkning, presentation och reklam i fråga om livsmedel, [2] och med artiklarna 28 EG och 30 EG om den fria rörligheten för varor. Domstolen har framför allt ombetts att tolka de bestämmelser i direktivet som berör förbudet mot sjukdomsrelaterade uppgifter och mot vilseledande (artikel 2) och de bestämmelser som rör medlemsstaternas rätt att förbjuda handel med livsmedel som omfattas av direktivet genom att tillämpa icke harmoniserade nationella märkningsbestämmelser (artikel 15).

2. I mål C-221/00 har kommissionen väckt talan mot Republiken Österrike med stöd av artikel 226 EG. Kommissionen har mottagit flera klagomål avseende produkter — som trots att de har tillverkats lagenligt och saluförts i andra medlemsstater — har förhindrats tillträde till den österrikiska marknaden, på grund av att de var märkta med hälsorelaterade uppgifter, för vilka inget tillstånd hade medgetts. Det handlar till exempel om laxoljekapslar försedda med uppgiften "för en kolesterolmedveten kosthållning", bröd med uppgiften "bidrar till en sund tarmflora och sunda celler" och linfrön märkta med uppgiften "fibertillskott vid kostbetingad förstoppning".

3. Efter det att kommissionen hade väckt denna talan har flera österrikiska domstolar vänt sig till gemenskapsdomstolen och begärt tolkningsbesked avseende den nationella regleringens förenlighet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. De nationella förfarandena avser bland annat märkningen "ett gott namn för en sund njutning" på en pastej (mål C-421/00) och uppgifterna "skyddar cellmembranen mot

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — EGT L 33, s.1; svensk specialutgåva, område 15, volym 2, s. 130. Direktivet har ändrats ett flertal gånger. Den 20 mars 2000 utfärdade rådet och Europaparlamentet en kodifierad version; direktiv 2000/13/EG, EGT L 109, s. 29.

fria radikaler", "viktig för flera enzymers funktion", "viktig för uppbyggnaden av skelett och tänder", "reglerar vätskebalansen (urinblåsans funktion)", vilka fanns angivna på ett informationsblad som medföljde pumpfrökapslar (mål C-16/01).

4. Det österrikiska förbudet mot hälsorelaterade uppgifter gäller inte bara för livsmedel utan även för kosmetiska produkter. Härom uttalade sig domstolen redan år 1999 i domen i målet Unilever. [3]

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

5. Enligt artikel 28 EG är kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan förbjudna mellan medlemsstaterna. Enligt artikel 30 EG skall artikel 28 EG inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import eller transitering som grundas på intresset att skydda människors hälsa och liv. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

6. Som framgår av skälen till direktiv 79/112 var avsikten att stimulera den fria rörligheten av livsmedel genom ett tillnärmande av medlemsstaternas bestämmelser om märkning. Direktivet innehåller därför en förteckning över allmänna gemenskapsregler som skall gälla horisontellt för alla livsmedel som släpps ut på marknaden.

7. Artikel 2 i direktiv 79/112 (nu artikel 2 i direktiv 2000/13) innehåller en allmän princip, som skall vara ledande för alla bestämmelser angående märkning och reklam och som har följande lydelse:

"1. Märkningen och dess närmare utformning får inte

a) vara sådan att den på ett avgörande sätt skulle kunna vilseleda köparen, i synnerhet

i) om vad som är utmärkande för livsmedlet, särskilt dess slag, iden-

3 — Dom av den 28 januari 1998 i mål C-77/97, Unilever (REG 1999, s. I-431). Se avseende en reglering för kosmetiska produkter mål C-99/01, Linhart dom av den 24 oktober 2002 (REG 2002, s. I-9378, s. I-9377), i vilket jag föredrog mitt förslag till avgörande den 7 mars 2002.

titet, egenskaper, sammansättning, kvantitet, hållbarhet, ursprung eller härkomst, framställnings- eller produktionsmetod,

ii) genom att tillskriva livsmedlet verkningar eller egenskaper som det inte har,

iii) genom att antyda att livsmedlet har speciella egenskaper, då i själva verket alla liknande livsmedel har sådana egenskaper,

b) såvida något annat inte följer av gemenskapsbestämmelser för naturliga mineralvatten och specialdestinerade livsmedel, tillskriva livsmedel egenskaper som förebygger, behandlar eller botar någon sjukdom hos människor eller antyda sådana egenskaper.

2. Rådet skall på det sätt som anges i artikel 95 i fördraget, upprätta en icke uttömmande förteckning över sådana påståenden som avses i punkt 1 och vilkas användning i alla händelser måste förbjudas eller begränsas. [4]

3. De förbud och begränsningar som avses i punkterna 1 och 2 skall gälla också

a) presentationen av livsmedel, särskilt med avseende på deras form, utseende eller förpackning, de förpackningsmaterial som används och det sätt på vilket livsmedlen arrangeras samt den miljö i vilken de exponeras,

b) reklam."

8. Artikel 15 i direktiv 79/112 (nu artikel 18 i direktiv 2000/13) har följande lydelse:

"1. Medlemsstater får inte förbjuda handel med livsmedel som följer av reglerna i detta

4 — För fullständighetens skull skall det påpekas att kommissionen redan år 1981 med stöd av artikel 2.2 i direktiv 79/112 lade fram ett förslag till ett rådsdirektiv om harmonisering av förbjudna och vilseledande påståenden (EGT C 198, 1981, s. 4). Syftet med förslaget var att upprätta en icke uttömmande förteckning över påståenden med de kännetecknen, verkningar eller egenskaper som anges i artikel 2.1 a i direktiv 79/112. Förslaget drogs dock tillbaka år 1985.

direktiv genom att tillämpa nationella icke harmoniserade bestämmelser för märkning och presentation av vissa livsmedel eller av livsmedel i allmänhet.

2. Punkt 1 gäller inte nationella icke harmoniserade bestämmelser som motiveras av att man vill

— skydda människors hälsa,

— förebygga oredlighet, såvida inte sådana bestämmelser kan befaras hindra tillämpningen av de definitioner och regler som fastställs genom detta direktiv,

— skydda industriella och kommersiella äganderätter, uppgifter om ursprung och registrerade ursprungsbeteckningar samt att förebygga illojal konkurrens."

9. Enligt artikel 4 i rådets direktiv av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam[5] (nedan kallat direktiv 84/450) skall "medlemsstaterna [skall] i konsumenternas liksom även i konkurrenternas och den stora allmänhetens intresse säkerställa att det finns lämpliga och effektiva metoder för kontroll av vilseledande reklam." Enligt artikel 7 i direktiv 84/450 skall detta inte hindra medlemsstaterna från att bibehålla eller anta bestämmelser som avser att tillförsäkra konsumenterna, näringsidkarna och den stora allmänheten ett mera omfattande skydd.

B — *Nationella bestämmelser*

10. Bundesgesetz av den 23 januari 1975 über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrprodukten, Zusatzstoffen, kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen (Lebensmittelgesetz 1975)[6] (förbundslag av den 23 januari 1975 om handel med livsmedel, födoämnen, tillsatser, kosmetiska produkter och nödvändighetsartiklar, nedan kallad LMG) innehåller bland annat bestämmelser om märkning och produktinformation.

11. Enligt 9 § första stycket LMG är det vid saluföring inom landet av livsmedel, födoämnen eller tillsatser avsedda för mänsklig konsumtion förbjudet att

5 — EGT L 250, s. 17, svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv av den 6 oktober 1997 (EGT L 290, s. 18) genom vilken användningsområdet har utökats till att även omfatta jämförande reklam.

6 — BGBl. 86.

"a) hänvisa till att produkter förebygger, lindrar eller botar sjukdomar eller sjukdomssymptom, eller till att de har fysiologiska eller farmaceutiska verkningar, särskilt att de verkar föryngrande, reducerar ålderssymptom, sätter ned vikten eller bevarar hälsan eller ger intryck av att sådana verkningar förekommer,

b) hänvisa till sjukhistorier, läkarrekommendationer eller sakkunnigutlåtanden,

c) använda sig av hälsorelaterade, bildliga eller stiliserade framställningar av mänskliga organ, avbildningar av personer som är verksamma inom medicinska yrken och av kuranstalter eller andra avbildningar som hänvisar till medicinsk verksamhet".

12. Enligt 9 § tredje stycket LMG skall den behöriga förbundsministern efter ansökan tillåta hälsorelaterade uppgifter för vissa livsmedel eller födoämnen när detta är förenligt med skyddet för konsumenterna mot vilseledande uppgifter.

13. Enligt 74 § första stycket LMG begår den som till exempel märker livsmedel på felaktigt sätt, eller marknadsför felaktigt märkta livsmedel en administrativ förseelse (Verwaltungsübertretung).

III — Bakgrund och förfarande

A — *Talan om fördragsbrott (mål C-221/00)*

14. I detta förfarande, vilket har förlöpt på föreskrivet sätt, har kommissionen yrkat att domstolen skall

"1) fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 2.1 b och 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112, liksom enligt artikel 28 EG (f.d. artikel 30), genom att tolka och tillämpa 9 § första stycket LMG på så sätt att denna lag innebär ett allmänt och absolut förbud mot att förse livsmedel för normal konsumtion med hälsorelaterade uppgifter och

genom att kräva förhandstillstånd för att få använda sådana uppgifter (§ 9 tredje stycket LMG),

2) förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna".

15. Republiken Österrike har yrkat att talan skall ogillas och att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

16. Genom beslut av domstolens ordförande har Konungariket Danmark tillåtits att intervenera till stöd för Republiken Österrikes sida. Muntlig förhandling har hållits den 2 maj 2002.

B — *Begäran om förhandsavgörande (mål C-421/00, C-426/00 och C-16/01)*

17. I det nationella förfarande som ligger till grund för mål C-421/00 klandrades R. Sterbenz för att ha distribuerat livsmedlen "Tartex veget. Pastete Champignon" och "Tartex veget. Pastete Kräuter" [7] på marknaden, trots att dessa på grund av den hälsorelaterade uppgiften "ett gott namn för en sund njutning", var märkta på ett felaktigt sätt och i strid mot förbudet att vid marknadsföring av livsmedel, födoämnen eller tillsatser hänvisa till förebyggande, lindrande eller botande av sjukdomar eller sjukdomssymptom, fysiologiska eller farmaceutiska verkningar, eller ge intryck av en sådan verkan. Svaranden befanns härvid skyldig till överträdelse av 9 § första stycket a LMG och dömdes enligt 74 § första stycket 1 LMG bland annat till böter.

18. Sterbenz överklagade detta strafföreläggande till Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten (Kärntens oberoende förvaltningsdomstol). Hon yrkade att målet om administrativ straffavgift skulle förklaras vilande och åberopade härvid i huvudsak den talan som Europeiska kommissionen väckt mot Republiken Österrike i mål C-221/00 och den prejudicerande verkan som EG-domstolens avgörande i det målet kommer att ha. Enligt Verwaltungsstrafgesetz 1991 (lagen om administrativa straff, nedan kallad VStG 1991) är en begäran om förhandsavgörande uppenbarligen det enda sättet att avbryta den frist som anges i 51 § sjunde stycket VStG 1991 och inom vilken målet skall avgöras. [8]

7 — Fråga är uppenbarligen om vegetariska champinjon- och örtpastejer.

8 — § 51 sjunde stycket VStG har följande lydelse: "Om femton månader förflutit sedan ett strafföreläggande överklagats i ett mål där endast den som ådömts straff har talerätt, förlorar strafföreläggandet genom lag automatiskt sin rättsliga betydelse och målet skall avskrivas. Den tid under vilket ett mål handläggs vid författningsdomstolen eller vid Europeiska gemenskapernas domstol skall inte inräknas i denna frist."

Unabhängiger Verwaltungssenat har således genom beslut av den 8 november 2000 begärt domstolen om förhandsavgörande avseende följande fråga:

"Skall artikel 28 (f.d. artikel 30) EG i dess lydelse enligt Amsterdamfördraget och artiklarna 2.1 b och 15.1 och 15.2 i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om märkning, presentation och reklam i fråga om livsmedel (EGT L 33, 1979; svensk specialutgåva, område 15, volym 2, s. 130) i dess gällande lydelse tolkas på så sätt att de utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken varje slag av hälsorelaterade uppgifter är förbjudna vid märkning av och presentation av livsmedel, födoämnen och tillsatsämnen för normal konsumtion, om inte särskilt tillstånd har lämnats (9 § första stycket a)—c) och 9 § tredje stycket i Lebensmittelgesetz 1975, BGBl. nr 1975/86 (livsmedelslagen) i gällande lydelse)?"

19. I det nationella förfarande som ligger till grund för mål C-426/00 har Magistrat der Stadt Wien ådömt svaranden P.D. Haug böter på grund av överträdelse av livsmedelslagstiftningen. Genom begäran om förhandsavgörande av den 15 november 2000 har Unabhängiger Verwaltungssenat Wien (oberoende förvaltningsdomstolen i Wien), utan att för övrigt redogöra för sakomständigheterna i det nationella målet, hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Utgör 9 § LMG ett konsekvent genomförande av artikel 2.1 b i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om märkning?

2) Innehåller artikel 2.1 b i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om märkning en uttömmande reglering om otillåten märkning eller är det fråga om en minimibestämmelse som får utvidgas av eventuella nationella bestämmelser?

3) Skall artikel 2.1 b i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om märkning tolkas så, att reglerna om märkning får innehålla begränsningar (såsom är fallet i 9 § första stycket LMG beträffande hälsorelaterade uppgifter) endast om ett förbud anses vara absolut nödvändigt för att hindra att konsumenterna vilseleds?

4) Kan 9 § första stycket LMG tolkas så, att den är förenlig med direktivet och att den i nämnda bestämmelse föreskrivna begränsningen av märknings-

möjligheterna står i överensstämmelse med artikel 2.1 b i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om märkning? Detta tycks vara möjligt med hänsyn till att avsikten att vilseleda konsumenterna inte krävs i hela bestämmelsen i artikel 2.1 b i direktivet om märkning, utan nämnda avsikt anges som ett andra alternativ som medför att märkningen inte är tillåten."

20. I det nationella förfarande som ligger till grund för mål C-16/01 har, avslutningsvis, svaranden P.D. Haug i sin egenskap av direktör och följaktligen ansvarig ställföreträdare för bolaget Renatura Naturheilmittel Ges.m.b.H befunnits vara skyldig till att detta bolag har levererat den från Renatura Naturheilmittel Ges.m.b.H i Tyskland importerade produkten "Renatura pumpfrökapslar med E-vitamin för blåsa och prostata" till DM-centralen i Enns och således har släppt ut varan på marknaden. Produkten var märkt i strid med LMG, eftersom den bifogade texten innehöll följande hälsorelaterade uppgifter, vilka strider mot bestämmelserna i 9 § första stycket LMG, "skyddar cellmembranen mot fria radikaler", "viktig för flera enzymers funktion", "viktig för uppbyggnaden av skelett och tänder", "reglerar vätskebalansen (urinblåsans funktion)".

Uppgifterna angavs i följande sammanhang: "Pumpfröolja från Steiermark är idealisk för att öka det näringsfysiologiska värdet av den dagliga kosten, eftersom den innehåller mycket linolsyra, vilken är viktig för uppbyggnaden av cellmembranen; tokoferoler och karotenoider, vilka är viktiga för att skydda cellmembranen mot fria radikaler; spårämnena järn, koppar, mangan, zink och selen, vilka är viktiga för många enzymers funktion; mineralämnena kalcium, magnesium och fosfat, vilka är viktiga för uppbyggnaden av skelett och tänder och mycket kalium, vilket är viktigt för regleringen av vätskebalansen (urinblåsans funktion). Pumpfrökapslarna från Renatura innehåller inte bara de värdefulla näringsämnena från den steierska pumpfröoljan, utan de är även berikade med E-vitamin. De kan därför rekommenderas som dagligt näringstillägg."

21. Verwaltungsgerichtshof (den högsta förvaltningsdomstolen) har i sin hittillsvarande rättspraxis tolkat 9 § första stycket LMG på så sätt att det inte har gjorts någon skillnad mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter, utan denna bestämmelse har ansetts innehålla ett allmänt förbud mot alla hälsorelaterade uppgifter. Vid prövning av frågan huruvida det föreligger en hälsorelaterad uppgift har Verwaltungsgerichtshof utgått från vad som är allmänt vedertaget. Enligt denna rättspraxis är det avgörande om en beteckning hastigt betraktat skapar ett intryck av att konsumtionen av det så betecknade livsmedlet har en gynnsam inverkan på hälsan (åtminstone i den mening att det har

den verkan att konsumenten håller sig frisk).[9] Verwaltungsgerichtshof har i sin praxis dessutom ansett att 9 § första stycket LMG med dess allmänna förbud mot alla hälsorelaterade uppgifter inte strider mot artikel 2.1 b i direktiv 79/112.[10]

22. Även de uppgifter som har lagts sökanden P.D. Haug till last ansågs vara omfattade av begreppet "förbjudna hälsorelaterade uppgifter", så som Verwaltungsgerichtshof hittills har tolkat begreppet. P.D. Haug har ifrågasatt giltigheten av den gällande nationella lagstiftningen och har inför Verwaltungsgerichtshof framfört uppfattningen att de uppgifter som Unabhängiger Verwaltungssenat har ansett utgöra förbjudna hälsorelaterade uppgifter, inte är förbjudna enligt artikel 2.1 b i direktiv 79/112. Det handlar nämligen inte om otillåtna sjukdomsrelaterade uppgifter, utan om tillåtna hälsorelaterade uppgifter, vilka inte är vilseledande och därför inte heller skall underkastas någon tillståndsprövning enligt 9 § tredje stycket LMG.

23. Verwaltungsgerichtshof har med anledning härav genom beslut av den 18 december 2000 hänskjutit följande frågor till gemenskapsdomstolen för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG:

"1) Skall artikel 2.1 b i rådets direktiv 79/112/EEG... enligt vilken märkningen och dess närmare utformning, såvida något annat inte följer av gemenskapsbestämmelser för naturliga mineralvatten och specialdestinerade livsmedel, inte får tillskriva livsmedel egenskaper som förebygger, behandlar eller botar någon sjukdom hos människor eller antyda sådana egenskaper, tolkas så att den utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka det är förbjudet att vid marknadsföring av livsmedel

a) hänvisa till att produkter förebygger, lindrar eller botar sjukdomar eller sjukdomssymptom, eller till att de har fysiologiska eller farmaceutiska verkningar, särskilt att de verkar föryngrande, reducerar ålderssymptom, sätter ned vikten eller bevarar hälsan, eller att ge intryck av att sådana verkningar förekommer,

b) hänvisa till sjukhistorier, läkarrekommendationer eller sakkunnigutlåtanden,

9 — Verwaltungsgerichtshof har nämnt följande exempel på beteckningar som har ansetts utgöra förbjudna hälsorelaterade uppgifter: "Det sunda alternativet", "Endast cirka 105 kcal/100 g håller dig i form och smal", "Linusit Gold verkar som fibermedel vid kostbetingad förstoppning" och "För att förstärka blåsans funktion".

10 — Verwaltungsgerichtshof har påpekat att den inte instämmer i den nedan närmare beskrivna, av den österrikiska regeringen i dess yttrande i mål C-221/00 framförda uppfattningen, att 9 § första stycket LMG har större räckvidd än artikel 2.1 b i direktiv 79/112.

c) använda sig av hälsorelaterade, bildliga eller stiliserade framställningar av mänskliga organ, avbildningar av personer som är verksamma inom medicinska yrken och av kuranstalter, eller andra avbildningar som hänvisar till medicinsk verksamhet?

2) Skall märkningsdirektivet och artiklarna 28 EG och 30 EG tolkas så att de utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka hälsorelaterade uppgifter i den mening som avses i fråga 1 endast får anges efter det att tillstånd har erhållits därför av behörig förbundsminister, varvid en förutsättning för att erhålla tillstånd är att de hälsorelaterade uppgifterna är förenliga med skyddet för konsumenter mot vilseledande uppgifter?"

24. Genom beslut av domstolens ordförande har målen C-421/00, C-426/00 och C-16/01 förenats.[11] Skriftliga yttranden har inkommit från R. Sterbenz (i mål C-421/00), från den österrikiska regeringen och från kommissionen. Inga muntliga förhandlingar har hållits i målen om förhandsavgörande.

IV — Grunder och parternas argument

A — *Talan om fördragsbrott (mål C-221/00)*

25. Kommissionen har i sin talan gjort åtskillnad mellan förbudet mot att förse livsmedel med hälsorelaterade uppgifter (9 § första stycket LMG) och kravet på ett särskilt förhandstillstånd för att få förse livsmedel med hälsorelaterade uppgifter (9 § tredje stycket LMG).

26. Förbudet mot att förse livsmedel med hälsorelaterade uppgifter är inte förenligt med artiklarna 2.1 b och 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112. Enligt artikel 2.1 b i detta direktiv har medlemsstaterna bara rätt att förbjuda sjukdomsrelaterade uppgifter. Ett förbud mot hälsorelaterade uppgifter går utöver tillämpningsområdet för denna bestämmelse och skall därför bedömas enligt artikel 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112. Artikel 15.2 innehåller en uttömmande uppräkning av de grunder som kan motivera tillämpning av nationella, icke harmoniserade bestämmelser om förbud mot handel med livsmedel som uppfyller kraven i direktivet.[12] Det av den österrikiska regeringen åberopade konsumentskyddet är enligt kommissionens uppfatt-

11 — Andra förfaranden, i vilka österrikiska domstolar har begärt förhandsavgöranden avseende liknande frågor har vilandeförklarats (se mål C-66/01, C-74/01, C-343/01 och C-357/01).

12 — Dom av den 12 december 1990 i mål C-241/89, SARPP (REG 1990, s. I-4695), punkt 15.

ning otillräckligt för att motivera ett allmänt förbud mot hälsorelaterade uppgifter, eftersom detta också omfattar sanna uppgifter, vilka inte verkar vilseledande för genomsnittskonsumenten. [13] En medlemsstats nationella bestämmelser får därför inte användas för att låsa vissa konsumtionsvanor för att bevara en fördel som har förvärvats av den inhemska industri som tillfredsställer behovet, när det finns andra mindre ingripande åtgärder för att skydda konsumenten mot vilseledande. [14] Det följer av fast rättspraxis att det inte är tillåtet att bara ta hänsyn till den i den egna medlemsstaten bestående situationen vid utformningen av statliga bestämmelser rörande skydd för hälsa eller konsumenter. I domen i målet Unilever, [15] vilken handlade om tillämpningen av samma österrikiska bestämmelse med avseende på kosmetiska produkter, bekräftades enligt kommissionen att artikel 15.2 i direktiv 79/112 inte motiverar ett generellt förbud som i det förevarande fallet.

27. Enligt kommissionens uppfattning skall kravet på förhandstillstånd bedömas med utgångspunkt i fördragsbestämmelserna om den fria rörligheten av varor (artiklarna 28 EG och 30 EG). Kravet på att behöva inhämta förhandstillstånd enligt 9 § tredje stycket LMG utgör en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 28 EG, även om tillstånd, enligt vad den österrikiska regeringen har anfört, beviljas när uppgifterna är sanningsenliga och inte är vilseledande. Enligt fast rättspraxis kan inskränkningar i den fria rörligheten av varor godtas om de är nödvändiga med hänsyn till allmänna intressen som exempelvis konsumentskydd, under förutsättning att de är proportionerliga i förhållande till det åsyftade målet och att detta mål inte kan uppnås genom mindre handelsinskränkande åtgärder. [16] Eftersom inte ens det allmänna förbudet mot hälsorelaterade uppgifter enligt kommissionens uppfattning kan motiveras med åberopande av konsumentskydd, måste samma slutsats dras avseende det härmed sammanhängande kravet på förhandstillstånd. Dessutom kan konsumentskyddet tillgodoses genom åtgärder som är mindre ingripande för den fria rörligheten av varor. I likhet med vad domstolen redan har anfört i domen i målet Unilever, [17] skulle exempelvis riktade kontroller på marknaden kunna utföras i avsikt att identifiera de varor vars märkning kan tänkas vilseleda konsumenterna. Den österrikiska regeringen har inte motiverat varför ett förfarande med förhandsprövning är det minst ingripande och bäst lämpade instrumentet för att skydda konsumenterna mot vilseledande. För övrigt är den rättspraxis, enligt vilken saluförandet av varor kan göras beroende av ett tillstånd meddelats, inte relevant för det föreliggande fallet. [18]

13 — Så enligt domstolens dom av den 9 februari 1999 i mål C-383/97, Van der Laan (REG 1999, s. I-731), punkt 37 och följande punkter.

14 — Kommissionen har här hänvisat till dom av den 12 mars 1987 i mål 178/84, kommissionen mot Tyskland, "renhetskrav" (REG 1987, s. 1227; svensk specialutgåva, volym IX, s. 37), punkt 32.

15 — Se fotnot 3, punkt 33 och 34.

16 — Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe, kallat Cassis de Dijon (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym IV, s. 377).

17 — Se fotnot 3, punkt 34 och 35.

18 — Dom av den 6 maj 1986 i mål 304/84, Muller m.fl. (REG 1986, s. 1511), och dom i målet "renhetskrav", ovan fotnot 14.

28. Den österrikiska regeringen har medgett att förbudet mot hälsorelaterade uppgifter har större räckvidd än artikel 2.1 b i direktiv 79/112. Förbudet omfattas dock av undantagen för konsument- och hälsoskydd i artikel 15.2 i nämnda direktiv. Varje ansökan om att använda hälsorelaterade uppgifter beviljas, förutsatt att dessa är sanna och förenliga med konsumentens skydd mot vilseledande uppgifter. Denna bedömning kan inte överlåtas på någon av marknadsaktörerna utan måste göras enligt objektiva kriterier. Vilseledande uppgifter som tillskriver en produkt egenskaper som den inte har (till exempel "bra för Er hälsa") kan påverka sjuka människors hälsotillstånd negativt, framför allt i de fall då de leder till att en effektiv behandling av sjukdomar och symptom inte kommer till stånd, eftersom den sjuke förlitar sig på produktens "effekt". De av kommissionen åberopade domarna är inte tillämpliga och de i ansökan nämnda exemplen på hälsorelaterade uppgifter [19] är inte relevanta. De refererade uppgifterna är antingen redan tillåtna, skall anses vara hälsorelaterade uppgifter enligt artikel 2.1 b i direktiv 79/112, eller vilseledande och således förbjudna under alla omständigheter.

29. Avseende kravet på förhandstillstånd enligt 9 § tredje stycket LMG har den österrikiska regeringen dessutom anfört följande: Direktiv 79/112 innehåller inte någon uttömmande reglering. Artikel 2 förbjuder vilseledande och sjukdomsrelaterade uppgifter, men reglerar inte tillåtligheten av hälsorelaterade uppgifter och reklam, som inte är vilseledande. Således skall i detta fall — i motsats till vad kommissionen har anfört — även direktiv 84/450 i dess lydelse enligt direktiv 97/55 beaktas. Artikel 2 i direktiv 84/450, vilken även är tillämplig på livsmedel, utgår från ett vidare begrepp för otillbörlig reklam. Detta direktiv omfattar således även reklam för produkter, vars vilseledande verkan beror på förpackningstexten. I enlighet med skälen till direktiv 84/450 och medlemsstaternas rätt att i enlighet med artikel 7 vidta åtgärder som avser att ge konsumenten ett mera långtgående skydd mot vilseledande reklam, har den österrikiska regeringen dragit slutsatsen att ett krav på förhandstillstånd för angivande av hälsorelaterade uppgifter på livsmedel inte är oförenligt med gemenskapsrätten. Syftet med 9 § tredje stycket LMG är inte att skydda konsumenten mot hälsorelaterade uppgifter som inte är ägnade att vilseleda honom utan tvärtom att skydda honom mot sådana uppgifter som är osanna och således kan verka vilseledande och medföra att han vidtar åtgärder eller underlåter att vidta åtgärder, med därpå följande negativa konsekvenser för hans hälsa. Negativa erfarenheter från Förenta staterna har visat att ett system med efterkontroll av livsmedel som redan befinner sig på marknaden inte är tillräckligt för att säkerställa det nödvändiga konsumentskyddet. Den rättsliga bakgrunden i domen i målet Unilever, som handlade om kosmetiska produkter, skiljde sig från den här aktuella eftersom livsmedel skall konsume-

19 — Se ovan punkt 2.

ras och således kan motivera ett starkare skydd. [20]

V — Bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

30. Den danska regeringen har i sin interventionsinlaga bland annat anfört att artikel 2.1 b i direktiv 79/112 omfattar alla hälsorelaterade uppgifter som anges i samband med märkning av livsmedel. Eftersom 9 § första stycket LMG är förenlig med denna direktivsbestämmelse, är en prövning enligt artikel 15.2 i direktiv 79/112 inte nödvändig.

32. Under de senaste årtiondena har efterfrågan på så kallade hälsoprodukter ständigt ökat i medlemsstaterna. Detta har medfört att en stor mängd nya produkter, vilka har tillskrivits särskilda hälsobefrämjande egenskaper, har dykt upp på marknaden. Den ökade användningen av hälsorelaterade uppgifter vid märkningen av livsmedel och i livsmedelsreklam måste ses i detta sammanhang. Nämnda typ av uppgifter förekommer i olika utformning. De kan ge intryck av att bevara hälsa ("förstärker det naturliga immunförsvaret"), varna för farliga komponenter i kosten ("mättade fettsyror höjer blodets kolesterolvärde"), ange att en särskild beståndsdel är bra för hälsan ("rik på C-vitamin") eller ange vad en produkt består av ("mer än 50 procent linolsyra"), eller helt enkelt allmänt hänvisa till hälsa ("läcker kan även vara nyttig"). [21]

B — *Begäran om förhandsavgörande (mål C-421/00, C-426/00 och C-16/01)*

31. Den österrikiska regeringen har i sitt skriftliga yttrande i allt väsentligt upprepat de grunder som har anförts i mål C-221/00. Även kommissionen har hållit fast vid sin redan i mål C-221/00 framförda uppfattning. Dessutom har kommissionen lämnat in ett särskilt yttrande avseende varje begäran om förhandsavgörande, vilka jag kommer att bedöma tillsammans med R. Sterbenz yttrande i mål C-421/00.

33. Enligt den österrikiska regleringen i 9 § första stycket LMG och den utvidgande tolkning den givits i nationell rättspraxis, är all hälsorelaterad livsmedelsmärkning för-

20 — Se ovan fotnot 3.

21 — Exemplen kommer från J. Kabel, "Uw bakker, uw dokter! Gezondheidsclaims bij levensmiddelen", Amsterdams universitet, 1996, s. 30—31.

bjuden, även om de angivna uppgifterna är sanna. Enligt Verwaltungsgerichtshofs rättspraxis är klassificeringen som hälsorelaterad uppgift beroende av om beteckningen enligt vedertagen uppfattning vid ett hastigt betraktande skapar ett intryck av att konsumtionen av det så betecknade livsmedlet har en gynnsam inverkan på hälsan. Denna typ av uppgifter är dock inte absolut förbjudna. Enligt 9 § tredje stycket kan en marknadsaktör ansöka om förhandstillstånd för att få förse livsmedel med hälsorelaterade uppgifter. Den behörige förbundsministern skall bevilja tillstånd, förutsatt att uppgifterna är sanningsenliga och inte vilseleder konsumenterna.

34. I det föreliggande fallet handlar det inte om räckvidden av de nationella bestämmelserna som sådana. Omtvistat är dock om ett nationellt förbud mot hälsorelaterade uppgifter på livsmedel och krav på förhandstillstånd för att sådana uppgifter skall få anges är förenligt med gemenskapsrätten. Det är i grunden härvid framför allt fråga om i vilken utsträckning de hälsorelaterade uppgifterna kan vilseleda konsumenten och ha en negativ inverkan på hans hälsa, och om det ifrågasatta nationella systemet uppfyller proportionalitetsprincipens krav. Innan denna fråga kan besvaras skall det undersökas hur märkningen med "hälsorelaterade uppgifter" har systematiserats i direktiv 79/112. Denna analys är av rättsteknisk natur. Härvid uppkommer dock en del grundläggande frågor som är av betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen inom det rättsområde som berör information avseende och märkning av livsmedel.

35. Nedan kommer jag först att behandla kommissionens talan i målet C-221/00. Bedömningen av detta mål kommer att vara utgångspunkten för bedömningen av de av de österrikiska domstolarna hänskjutna tolkningsfrågorna. I den utsträckning det är meningsfullt kommer argumentation från begärandena om förhandsavgörande att beaktas redan vid behandlingen av talan om fördragsbrott.

B — *Faktiska omständigheter och tillämpliga bestämmelser i mål C-221/00*

36. Först och främst är det enligt min mening inte hållbart att på det sätt som kommissionen har gjort, göra åtskillnad mellan det allmänna förbudet mot hälsorelaterade uppgifter, vilket skall bedömas med utgångspunkt i artiklarna 2.1 b och

15.1 och 15.2 i direktiv 79/112,[22] och kravet på förhandstillstånd, vilket skall bedömas med utgångspunkt i artiklarna 28 EG och 30 EG. Denna skilda bedömning av 9 § första stycket och 9 § tredje stycket LMG är funktionellt sett ologisk. Dessutom är den oförenlig med systematiken i direktiv 79/112.

37. För det första är det uppenbart att det finns ett oupplösligt samband mellan det allmänna förbudet i 9 § tredje stycket 1 LMG och kravet på förhandstillstånd enligt 9 § tredje stycket LMG. Den österrikiska regeringen har med rätta påpekat att tillståndsbestämmelsen i 9 § tredje stycket LMG bygger på det allmänna förbudet i 9 § tredje stycket LMG. Utan ett sådant förbud vore tillståndsregeln meningslös. De båda bestämmelserna skall genom det ömsesidiga funktionella sambandet möjliggöra en tillräcklig kontroll av hälsorelaterade uppgifter.

38. För det andra är en frikoppling av de båda nationella bestämmelserna oförenlig med systematiken i direktiv 79/112. Detta följer av den centrala ställning som artikel 15 intar i direktiv 79/112. Artikel 15.1 reglerar tillträde till marknaden. Medlemsstaterna får inte förbjuda handel med livsmedel som följer reglerna i direktivet genom att tillämpa en livsmedelslagstiftning som består av "icke harmoniserade nationella bestämmelser". En nationell bestämmelse som är harmoniserad, skall bedömas enligt den relevanta direktivsbestämmelsen.[23] Om bestämmelsen inte är harmoniserad men ändå omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 79/112, kan den endast motiveras mot bakgrund av artikel 15.2. Enligt denna bestämmelse är artikel 15.1 inte tillämplig på "icke harmoniserade" bestämmelser som kan motiveras med hänsyn till bland annat skydd för hälsa och skydd mot oredlighet och illojal konkurrens. I den ovannämnda domen i målet SARPP ansåg domstolen att gränserna för medlemsstaternas rätt att bibehålla eller utfärda bestämmelser som kompletterar direktivet, "har fastslagits direkt i direktivet, eftersom artikel 15.2 i direktivet innehåller en uttömmande uppräkning av de hänsyn som kan motivera användningen av icke harmoniserade nationella bestämmelser".[24]

39. Direktivet omfattar således harmoniserad och icke harmoniserad nationell rätt

22 — Vid förhandlingen påpekade representanterna från den österrikiska regeringen att kommissionens ansökan var daterad den 31 maj 2000, medan direktiv 2000/13 trädde i kraft redan den 26 maj 2000. I materiellt hänseende motsvarar de omtvistade bestämmelserna i direktiv 79/112 bestämmelserna i direktiv 2000/13, vilket innebär att även genomförandeskyldigheten kvarstår oförändrad. Således har kommissionens försummelse ingen inverkan på tillåtligheten av talan.

23 — Se för ett liknande resonemang bland annat dom av den 5 april 2001 i mål C-123/00, Bellamy och English Shop Wholesale (REG 2001, s. I-2795), och dom av den 4 april 2000 i mål C-465/98, Darbo (REG 2000, s. I-2297).

24 — Se ovan fotnot 12, punkt 15. Skillnaden mellan "harmoniserade" och "icke harmoniserade" bestämmelser behandlas i det anhängiggjorda målet C-229/01, Müller.

och föreskriver olika rättsföljder för dessa. Det finns dock även en tredje möjlighet. Om en nationell bestämmelse inte har blivit föremål för harmonisering och dessutom faller utanför direktivets tillämpningsområde, måste den bedömas mot bakgrund av de allmänna bestämmelserna i fördraget. I direktiv 79/112 görs således, i enlighet med vad domstolen fastslagit i målet SARPP, åtskillnad mellan märkningsbestämmelser och bestämmelser om reklam. Vad märkningen beträffar följer gränsen för medlemsstaternas återstående befogenhet direkt av direktivet. Detta gäller även avseende nationella bestämmelser, som innehåller förutsättningar som inte direkt omfattas av direktivet. En nationell bestämmelse, som kompletterar direktivets bestämmelser på reklamområdet, måste således framför allt bedömas i ljuset av fördragets bestämmelser om fri rörlighet av varor och särskilt enligt artiklarna 28 EG och 30 EG. [25]

40. Medan reklamområdet alltså är delvis harmoniserat, [26] är området för livsmedelsmärkning tvärtom fullständigt harmoniserat, även om systematiken i direktiv 79/112 utgår från att nationella märkningsbestämmelser inte omfattas fullständigt av direktivet. Det saknas således särskilda bestämmelser om hälsorelaterade uppgifter och om förhandstillstånd. Dessutom har medlemsstaterna enligt direktivet rätt att vidta vissa avvikande åtgärder avseende märkning. Nationella märkningsbestämmelser på de områden som har blivit harmoniserade genom direktivet skall dock ändå bedömas enligt artikel 15.2 i direktivet och inte enligt artiklarna 28 EG och 30 EG. [27] Vad märkningsbestämmelser beträffar utgör direktivet ett slutet system. [28]

41. Enligt min uppfattning har kommissionen i detta fall i sitt yttrande felaktigt anfört att ett allmänt system med förhandstillstånd inte faller inom direktivets tillämpningsområde. Det är visserligen riktigt att direktiv 79/112 inte föreskriver något särskilt system för förhandstillstånd. Enligt min uppfattning skall dock tillståndskravet

25 — Se ovan fotnot 12, punkt 15. Denna gränsdragning är viktig. Artikel 15.2 innehåller en uttömmande uppräkning av de allmänna intressen som kan motivera en överträdelse av förbudet i artikel 15.1. I motsats härtill har domstolen i målet Cassis de Dijon (ovan fotnot 16) utgått från en inte uttömmande uppräkning av de allmänna hänsyn som kan rättfärdiga importrestriktioner. Det skall uppmärksammas att rådet utfärdade direktiv 79/112 den 18 december 1978 och att domen i målet Cassis de Dijon avkunnades ungefär två månader senare.

26 — Se dom av den 12 oktober 2000 i mål C-3/99, Ruwet (REG 2000, s. I-8749), punkt 40 och följande punkter, för ett ytterligare exempel avseende en viss grad av harmonisering. Här prövade domstolen de icke (längre) harmoniserade bestämmelserna mot bakgrund av artikel 28 EG.

27 — Om en medlemsstat till exempel vidtar en åtgärd avseende miljömärkning av livsmedel, så skall enligt min uppfattning den nationella åtgärden bedömas mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna i fördraget och eventuella sekundärrättsliga rättsakter, eftersom miljöskydd inte regleras i direktiv 79/112.

28 — Se till exempel de tre nyligen avkunnade domarna av den 25 april 2002 avseende rådets direktiv 85/374/EEG av den 25 juli 1985 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister (EGT L 210, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 239). I dessa mål anförde domstolen med avseende på omfattningen av den harmonisering som förverkligats genom direktivet att ”direktivet, *i de frågor som däri behandlas*, eftersträvar en fullständig harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar”, domar av den 25 april 2002, C-52/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-3827), punkt 24, C-154/00, kommissionen mot Grekland (REG 2002, s. I-3879), punkt 20, och C-183/00, González Sánchez (REG 2002, s. I-3901), punkt 32. (Författarens kursivering.)

i 9 § tredje stycket LMG uppfattas som icke harmoniserad nationell rätt som ändå omfattas av direktivet. Förbudet och det därmed sammanhängande systemet för förhandstillstånd enligt 9 § LMG skall således enligt min uppfattning bedömas i ett sammanhang och med beaktande av artikel 15 i direktiv 79/112.

42. För att underbygga denna uppfattning skall jag anföra några ytterligare argument. För att avgöra om en nationell bestämmelse faller inom ett direktivs tillämpningsområde måste det prövas om det föreligger överensstämmelse mellan den gemenskapsrättsliga och den nationella regleringen avseende ordalydelse, syften och sammanhang. Bortsett från syftet rörande fri handel har direktiv 79/112 samma målsättning som den berörda österrikiska regleringen, nämligen att skapa allmänna rambestämmelser för regleringen av livsmedelsmärkning för tillnärmning av konkurrensvillkoren med beaktande av skyddet för hälsa och konsumenternas ekonomiska intresse.

43. Dessutom är det mycket troligt att ett krav på förhandstillstånd omfattas av förbudet i artikel 15.1 i direktiv 79/112. Denna bestämmelse förbjuder begränsningar av handeln med livsmedel som följer reglerna i direktivet och således är förenliga med den ifrågasatta artikel 2. Med andra ord: När det är fråga om hälsorelaterade uppgifter som varken avser förebyggande eller botande av sjukdomar, som inte är vilseledande och som inte heller i något annat hänseende strider mot märkningsbestämmelserna i direktiv 79/112, får en medlemsstat inte förbjuda handeln med livsmedel med hänvisning till grunder som sammanhänger med märkningen, såvida detta inte kan motiveras med hänvisning till artikel 15.2. Vad tillämpningsområdet för direktiv 79/112 beträffar är det enligt min uppfattning inte avgörande om medlemsstaten bestämmer sig för ett lagreglerat förbud mot hälsorelaterade uppgifter, där lagen tillåter särskilda kategorier av uppgifter, eller om denna väljer ett lagreglerat allmänt förbud med en möjlighet till undantag genom att bevilja tillstånd i det enskilda fallet.

44. Kommissionen har möjligtvis valt att åberopa både direktiv 79/112 och artiklarna 28 EG och 30 EG av den anledningen att hittillsvarande rättspraxis inte är helt konsekvent. Visserligen tyder domen i målet SARPP [29] på att ett krav på förhandstillstånd skall bedömas enligt artikel 15.2 i direktiv 79/112. Jag måste dock säga att rättspraxis avseende förhållandet mellan artikel 15 i direktiv 79/112, direktivets övriga bestämmelser och artiklarna 28 EG

29 — Se ovan fotnot 12.

och 30 EG inte kännetecknas av en särskilt hög grad av samstämmighet. I en rad domar har påstådda överträdelser av enskilda direktivsbestämmelser endast bedömts mot bakgrund av direktivets kriterier, utan att den primära gemenskapsrätten om den fria rörligheten av varor har beaktats. I andra domar har domstolen hänvisat till såväl direktivet som artiklarna 28 EG och 30 EG.[30] I samtliga fall saknas dock klara kriterier för den olikartade behandlingen.[31]

45. I fall som berör ett särskilt område av gemenskapsrätten, för vilket en fullständigt harmoniserad reglering har skapats, skall enligt min mening de ifrågasatta nationella bestämmelserna, vilka är underordnade det relevanta direktivet, företrädesvis bedömas mot bakgrund av harmoniseringsåtgärdens bestämmelser och inte mot bakgrund av den primära gemenskapsrätten.[32] Bara i det fall en särskild nationell bestämmelse uppenbarligen ligger utanför direktivets tillämpningsområde finns utrymme för en

30 — Några exempel: I domen i målet Smanor av den 14 juli 1988 undersökte domstolen en nationell bestämmelse avseende försäljningsnamn på djupfryst yoghurt såväl mot bakgrund av artikel 28 EG som direktiv 79/112, och i det senare fallet framför allt med avseende på den särskilda bestämmelsen om försäljningsnamn i artikel 5.1, men också med avseende på artikel 15 (mål 298/87, Smanor (REG 1988, s. 4489)). I en fördragsbrottstalan mot Tyskland uttalade sig domstolen om en nationell bestämmelse, enligt vilken användningen av tillsatser i livsmedel, som inte överensstämde med de nationella sammansättningsbestämmelserna, var tvungna att anges särskilt tillsammans med det namn under vilket produkten såldes, även om den berörda tillsatsen redan hade angivits i innehållsdeklarationen. Kommissionen stödde sin talan på såväl artikel 5.1 i direktiv 79/112 som på artikel 28 EG. Domstolen anförde följande: "I detta hänseende är det tillräckligt att konstatera att det krav som uttrycks i artikel 5.1 i direktivet, att komplement till det namn under vilket en vara säljs skall vara nödvändiga för konsumentinformationen, även följer av artikel [28 EG] *och att denna klagopunkt således saknar självständig betydelse*" (dom av den 26 oktober 1995 i mål C-51/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-3599), punkt 40, författarens kursivering). I målet Bellamy och English Shop Wholesale frågade en belgisk domstol om artikel 28 EG hindrar en nationell reglering, som förbjuder att en märkning ger intryck av att en märkesprodukt besitter särskilda egenskaper, när alla liknande livsmedel har samma egenskaper och om en sådan reglering i förekommande fall kan rättfärdigas enligt artikel 30 EG. Domstolen slog fast att en sådan nationell bestämmelse innebär ett korrekt genomförande av artikel 2.1 a punkt iii i direktiv 79/112 och således inte utgör en förbjuden begränsning av den fria rörligheten av varor i strid mot artikel 28 (dom i mål C-123/00, ovan fotnot 23, punkt 21). Det är anmärkningsvärt att domstolen implicit tolkar primär gemenskapsrätt, när det egentligen är fråga om genomförandet av en direktivsbestämmelse. I domen i målet Darbo (ovan fotnot 23) ombads domstolen att uttala sig om huruvida artikel 2.1 a punkt i i direktiv 79/112 var förenlig med att beteckningen "naturrein" användes för en jordgubbssylt som innehöll såväl bindemedel som spår och rester av bestämda mängder av bly, kadmium och pesticider. Domstolen begränsade sig till en bedömning inom direktivets ram.

31 — Detta är tydligt i rättspraxis angående de språkliga krav som en medlemsstat har rätt att ställa vid märkning av livsmedel. I domen i målet Piagame I uttalade domstolen att artikel 28 EG och den dåvarande språkbestämmelsen i artikel 14 i direktiv 79/112 hindrade en nationell reglering, som föreskrev att ett enda språk fick användas vid märkningen av livsmedel och inte föreskrev någon annan informationsmöjlighet för köparen (dom av den 18 juni 1991 i mål C-369/89 (REG 1991, s. 2971)). I motsats härtill fattade domstolen i Piagame II ett beslut beträffande samma nationella reglering genom att bara hänvisa till artikel 14 (dom av den 12 oktober 1995 i mål C-85/94 (REG 1995, s. I-2955). Inte heller i domen i det snarlika målet Goerres finns någon hänvisning till artikel 28 EG. Kanske beror detta dock på att den hänskjutande domstolen inte frågade om detta (domstolens dom av den 14 juli 1998 i mål C-385/86 (REG 1998, s. I-4431)). I den senare domen i målet Geoffrey prövade domstolen dock en nationell bestämmelse, enligt vilken märkningen för det första inte fick vilseleda köparen beträffande livsmedlets egenskaper och vilken för det andra föreskrev användningen av ett särskilt språk vid märkningen av livsmedel, såväl mot bakgrund av direktivet som enligt artikel 28 EG. Denna dubbla prövning skedde endast på grund av en hänvisning till de tre nämnda domarna i målen Piagame I och II och Goerres (dom av den 12 september 2000 i mål C-366/98 (REG 2000, s. I-6579), punkt 24—28).

32 — Se domstolens nyligen avkunnade dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler AG (REG 2001, s. I-9847), punkt 32. Se beträffande den fullständigt harmoniserade regleringen i direktiv 76/768/EEG avseende kosmetiska produkter även mitt förslag till avgörande i målet Linhart (ovan fotnot 3), punkterna 27 och 28.

prövning enligt fördragets bestämmelser. Detta är enligt min uppfattning inte fallet här.

46. Bestämmelserna i direktiv 79/112 skall emellertid, i likhet med all övrig sekundärrätt, tolkas i ljuset av fördragets bestämmelser om den fria rörligheten av varor.[33] Detta gäller särskilt i det här aktuella fallet, eftersom artikel 15.2 i direktiv 79/112 har likheter med de hänsyn som kan motivera undantag enligt artikel 30 EG (skydd för hälsa) och enligt rättspraxis i målet Cassis de Dijon (konsumentskydd och god handelssed).[34] En konsekvens av dessa gemensamma drag är att proportionalitetsprincipen även gäller vid prövning av nationella bestämmelser enligt artikel 15 i direktiv 79/112.[35] Detta åskådningssätt innebär dock ingen förändring vad det här aktuella fallet beträffar. Kommissionens talan avser att fastställa att den nationella regleringen i vart fall är oförenlig med artikel 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112. Försåvitt talan även avser att fastställa att det har skett en överträdelse av artiklarna 28 EG och 30 EG, har nämnda invändning inte längre någon självständig betydelse.

47. Avslutningsvis skall även prövas om, i enlighet med vad den österrikiska regeringen har påstått, direktiv 84/450 (i ändrad lydelse) skall beaktas vid sidan av direktiv 79/112 vid bedömningen av kravet på förhandstillstånd i 9 § tredje stycket LMG.

48. Trots att direktiv 84/450 omfattar märkning av livsmedel, kan detta direktiv inte med framgång åberopas i det här aktuella förfarandet. Försåvitt det är fråga om vilseledande av konsumenter vid märkning av livsmedel, innehåller artiklarna 2 och 15 i direktiv 79/112 en särskild reglering. Här gäller principen *lex specialis derogat legi generali* i förhållande till en allmän reglering av det slag som finns i direktiv 84/450. Med hänsyn till den fullständiga harmoniseringen av de nationella märkningsbestämmelserna kan medlemsstaterna inte göra undantag från de kriterier som följer av direktivets bestämmelser. Detta gäller framför allt avseende tillämpningen av artikel 7 i direktiv 84/450, vilken tillåter ett mera omfattande konsumentskydd mot vilseledande reklam.[36]

C — *Räckvidden av artikel 2.1 b i direktiv 79/112*

49. Artikel 2.1 b i direktiv 79/112 förbjuder märkning som tillskriver livsmedel egenskaper som förebygger, behandlar eller

33 — Här torde en hänvisning till domstolens dom av den 2 februari 1994 i mål C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, kallat Clinique (REG 1994, s. I-317; svensk specialutgåva XV, s. I-13), punkt 11, vara tillräcklig.

34 — Ovan fotnot 16.

35 — Se domen i målet SARPP, ovan fotnot 12.

36 — Se även mitt förslag till avgörande i målet Linhart (ovan fotnot 3), punkt 29.

botar någon sjukdom hos människor. Vad beträffar innehållet och räckvidden av denna bestämmelse har två motsatta uppfattningar anförts i de här aktuella målen.

50. Kommissionen har i sin ansökan hänvisat till ett konstaterande i direktivets inledning (nu i det fjortonde skälet), enligt vilket reglerna för märkning också bör förbjuda användning av information "som tillskriver livsmedel hälsobringande egenskaper". Denna funktion skall vara förbehållen läkemedel i den mening som avses i direktiv 65/65. [37]

51. Den danska regeringen har motsatt sig ett sådant begränsat synsätt. Enligt den danska regeringens uppfattning omfattas även hälsorelaterade uppgifter av artikel 2.1 b i direktiv 79/112. Även Verwaltungsgerichtshof, som är den nationella domstol som har ansökt om förhandsavgörande i mål C-16/01, har påpekat att denna bestämmelse inte gör någon åtskillnad mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter. Det finns inget användbart kriterium för att skilja mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter. Konsumenten är inte heller i stånd att skilja mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter. Alla uppgifter som på något sätt rör hälsa omfattas i princip av artikel 2.1 b i märkningsdirektivet. Avgörande är härvid till viss del helhetsintrycket, men framför allt även det subjektiva intryck som märkningen gör på en vuxen, normalt upplyst konsument.

52. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande i mål C-16/01 medgett att artikel 2.1 inte gör någon uttrycklig åtskillnad mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter. Enligt kommissionens uppfattning skall direktivet skydda konsumenten mot att han vid sjukdom eller för att förhindra sjukdom intar livsmedel som inte är avsedda för dessa syften. Enligt definitionen i direktiv 65/65 skall ett läkemedel ha egenskaper som kan återställa, korrigera eller modifiera fysiologiska funktioner. En produkt som bara är "sund" kan inte tillskrivas någon av dessa egenskaper. Det är således möjligt att göra åtskillnad mellan de båda typerna av uppgifter, även om det ibland kan vara förenat med svårigheter.

53. Jag ansluter mig till uppfattningen att en åtskillnad skall göras. Denna utgångspunkt har för övrigt inte kritiserats principiellt av den österrikiska regeringen i de nationella förfarandena. Av ordalydelsen i artikel 2.1 b framgår otvetydigt att all märkning är förbjuden som direkt eller indirekt hänvisar till sjukdom hos människor. Sjukdom är ett tillstånd vid vilket

37 — Rådets direktiv 65/65/EEG av den 30 januari 1965 om tillnärmning av bestämmelser som fastställs genom lagar eller andra författningar och som gäller farmaceutiska specialiteter (EGT 22, s. 369; svensk specialutgåva, område 13, volym 1, s. 67), numera ersatt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, s. 67). Definitionen av läkemedel är oförändrad.

mänskliga organ eller livsprocesser inte fungerar invändningsfritt och obehindrat. Sjukdom skall ställas i motsats till hälsa, som alltså är det tillstånd vid vilket människan är fri från fysiskt eller i förekommande fall psykiskt lidande. Det finns således en grundläggande skillnad mellan uppgifter som tillskriver förebyggande, behandlande eller botande egenskaper och uppgifter som hänvisar till befrämjande av mänskligt välbefinnande. Vid sjukdomsrelaterade påståenden ligger tyngdpunkten på behandling respektive botande av en bestämd sjukdom, eller på förebyggande av densamma. Hälsorelaterade uppgifter utgår istället från en positiv grundidé, nämligen bevarande av eller befrämjande av hälsa. I ytterlighetsfall kan avgränsningen mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter visserligen vara svår, eftersom vissa hälsorelaterade uppgifter hos konsumenten kan väcka intryck av att produkten har en botande verkan. En uttrycklig uppgift av typen "håller Dig frisk" kan till exempel ge ett medelbart intryck av att produkten kan förebygga sjukdomar. Detta inverkar dock inte på det faktum att en principiell åtskillnad skall göras mellan de båda kategorierna av påståenden. Det måste avgöras i det enskilda fallet vilken sorts uppgift det är fråga om.

54. Förbudet i artikel 2.1 b i direktiv 79/112 är absolut, vilket innebär att så kallade sjukdomsrelaterade uppgifter är principiellt förbjudna, oberoende av om de är sanna eller kan vilseleda konsumenten. Denna bestämmelse ålägger medlemsstaterna att förbjuda sjukdomsrelaterade uppgifter, men omfattar motsatsvis inte icke sjukdomsrelaterade uppgifter, vilka således inte är förbjudna enligt denna bestämmelse. Om en uppgift relaterar till både sjukdom och hälsa omfattas den av artikel 2.1 b beroende på de särskilda hälsorisker som föreligger vid sjukdomsrelaterade uppgifter.[38] På grund av dessa särskilda risker har medlemsstaterna enligt min uppfattning rätt att tolka nämnda bestämmelse extensivt. Härvid får dock inte den principiella skillnaden mellan hälsorelaterade och sjukdomsrelaterade uppgifter ifrågasättas.

55. En reglering av sådant slag som 9 § LMG, vilken förbjuder hälsorelaterade uppgifter om inte särskilt tillstånd har givits, har således större räckvidd än artikel 2.1 b i direktiv 79/112.

D — *Bedömning enligt artikel 15 i direktiv 79/112*

56. Till en början skall det fastställas att artikel 15.1 i direktiv 79/112 utgör ett

38 — På detta sätt har domstolen således ansett att en kosmetisk produkt som har läkemedelsliknande egenskaper skall anses omfattad av den strängare gemenskapsrättsliga regleringen för läkemedel. Se dom av den 21 mars 1991 i mål 369/88, Delattre (REG 1991, s. I-1487), punkterna 20—22.

hinder mot tillämpningen av 9 § första och tredje stycket LMG till den del dessa bestämmelser har större räckvidd än förbuden i artikel 2.1 a och 2.1 b i direktiv 79/112. För livsmedel som i övrigt uppfyller direktivets förutsättningar för märkning och som säljs lagenligt i andra medlemsstater, utgör dessa bestämmelser från praktisk synpunkt ett handelsförbud i Österrike.

57. Det skall nu prövas huruvida de båda nationella bestämmelserna kan motiveras med hänvisning till artikel 15.2 i direktiv 79/112. Denna prövning omfattar två led. För det första skall det visas att den nationella åtgärden är ägnad att uppfylla ett av de skyddsvärda syftena i artikel 15.2. För det andra skall det prövas huruvida den ifrågakommande åtgärden är proportionerlig i den meningen att den inte går utöver det absolut nödvändiga, och att det praktiskt sett inte finns någon möjlighet att uppnå det eftersträvade syftet på ett annat, mindre handelsbegränsande sätt.

58. Som motivering för förbudet mot hälsorelaterade uppgifter i 9 § första stycket LMG och kravet på förhandstillstånd enligt 9 § tredje stycket LMG har den österrikiska regeringen åberopat konsumentskydd och skydd för hälsa. Båda dessa skyddsvärda hänsyn omnämns i artikel 15.2 i direktiv 79/112.

59. Medlemsstaterna kan åberopa dessa skyddsvärda hänsyn under olika omständigheter. Skillnaden följer av fördraget och av den rättspraxis avseende livsmedel som är tillämplig i detta fall. En del av konsumentskyddet är att konsumenten skall ges garantier för att han skall kunna genomdriva sina ekonomiska intressen. Han har framför allt rätt till skydd mot bedräglig märkning på produkter eller förpackningar han vill köpa.[39] För det enskilda fallet innebär detta att hälsorelaterade uppgifter varken vid köpet eller vid konsumtionstidpunkten får vilseleda en konsument avseende produktens hälsorelevanta egenskaper. Skyddet för människors hälsa i den mening som avses i artikel 30 EG och som framgår ännu tydligare av artikel 15.2 i direktivet, avser dock istället skyddet av människors fysiska och psykiska välbefinnande. Konsumentens hälsa kan vara hotad i denna senare mening, när han vid intagandet av ett visst livsmedel — beroende på en hälsorelaterad uppgift — får den felaktiga uppfattningen att produkten har en botande verkan och till följd härav

39 — Se framför allt domstolens dom av den 28 januari 1999 i mål C-303/97, Sektkellerei Kessler (REG 1999, s. I-513), punkt 33.

avstår från att till exempel ändra sin kosthållning eller uppsöka läkare.

60. Till följd av dessa överväganden tillåter enligt min uppfattning direktivets systematik inte att Österrike motiverar det ifrågasatta förbudet genom att hänvisa till konsumentens skydd mot vilseledande i den mening som avses i artikel 15.2 i direktiv 79/112. Artikel 2.1 a i direktiv 79/112 förbjuder nämligen redan varje sorts märkning som vilseleder eller skulle kunna vilseleda konsumenten. Ett allmänt förbud mot hälsorelaterade vilseledande uppgifter kan inte motiveras med hänvisning till artikel 15.2 i direktiv 79/112 eftersom det aktuella konsumentskyddet redan omfattas av artikel 2.1 a i direktiv 79/112.

61. Förbudet i 9 § första stycket LMG omfattar dock alla hälsorelaterade uppgifter, oberoende av om de är vilseledande.[40] Ett allmänt förbud mot icke vilseledande hälsorelaterade uppgifter, vilket går utöver de enligt artikel 2.1 b i direktiv 79/112 harmoniserade sjukdomsrelaterade bestämmelserna, kan i princip motiveras med hänvisning till intresset av att skydda människors hälsa.

62. I en talan om fördragsbrott är det medlemsstaten som måste bevisa att ett allmänt förbud mot icke vilseledande hälsorelaterade uppgifter är nödvändigt med hänsyn till skyddet för människors hälsa. Den österrikiska regeringen har anfört att sådana uppgifter kan innebära risker för konsumenternas hälsa, om dessa felaktigt förlitar sig på dem. Kommissionen har invänt att ett förbud mot uppgiften "sund" är innehållslöst, eftersom livsmedel som innebär hälsorisker inte får saluföras.

63. Den österrikiska regeringen har visserligen inte anfört särskilt många omständigheter till stöd för påståendet att hälsorelaterade uppgifter kan innebära risker för det fysiska och psykiska välbefinnandet. Jag är dock beredd att acceptera att vissa hälsorelaterade uppgifter, under särskilda omständigheter, kan inverka på konsumenternas hälsotillstånd. Detta kan inte ens uteslutas i de fall uppgifterna i sig är sanna och inte vilseleder den genomsnittlige, normalt informerade köparen. Ett system

40 — Härvid måste uppmärksammas att en "sann uppgift" inte nödvändigtvis är liktydig med en "icke vilseledande" uppgift. Även en sann uppgift kan vilseleda en köpare. Om det till exempel finns angivet på en produkt att den inte innehåller ett visst tillsatsämne, vilket ändå är förbjudet enligt lag, så tillskrives denna produkt en egenskap som alla likartade livsmedel besitter. Sådana påståenden är förbjudna enligt artikel 2.1 a punkt iii i direktiv 79/112, eftersom de är vilseledande.

som innebär ett grundläggande förbud mot hälsorelaterade uppgifter med en möjlighet att bevilja särskilt tillstånd lämpar sig således i princip för att utesluta eller minska denna risk. Huruvida en sådan principiellt sett lämplig åtgärd inte skjuter över målet och således är oförenlig med proportionalitetsprincipen, är en annan fråga som måste undersökas närmare.

64. Det är inte lätt att exakt beskriva under vilka förutsättningar en hälsorisk kan uppkomma för konsumenterna. Det enda av den österrikiska regeringen åberopade exemplet, nämligen "befrämjar hälsan", kan inte riktigt bedömas utan närmare kännedom om det sammanhang i vilket det har använts. Om denna uppgift anges på en påse med äpplen kan jag inte förstå hur den skulle kunna medföra att ens en lättpåverkad konsument drar slutsatsen att det räcker att äta äpplen för att undvika att behöva uppsöka läkare. Om ett sådant påstående återfinns på ett kosttillskott, som får marknadsföras som livsmedel, är det lättare att föreställa sig en sådan effekt. Även i detta fall föreligger en hälsorisk dock bara om kosttillskottet intages på bekostnad av ett balanserat näringsintag.

65. Härav följer att det med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet måste bedömas för varje konkret uppgift, huruvida det faktiskt föreligger en hälsorisk.

66. Gemenskapsrätten ger medlemsstaterna ett relativt stort avvägningsutrymme avseende hälsofrågor, när specifik, gemenskapsrättslig reglering saknas.[41] Även i detta fall kräver dock proportionalitetsprincipen att syftet inte har kunnat uppnås genom en mindre ingripande åtgärd. På grundval av den allmänna räckvidden av förbudet i 9 § första stycket LMG kan en bedömning av enskilda fall bara ske inom ramen för tillståndsförfarandet enligt 9 § tredje stycket LMG. Enligt den österrikiska regeringens uppfattning är detta förfarande nödvändigt eftersom bara de statliga myndigheterna kan utöva uppsikt på ett förtroendeingivande sätt.

67. Ett omfattande, allmänt förbud mot alla sorters hälsorelaterade uppgifter i kombination med ett krävande tillståndsförfarande, står enligt min uppfattning inte i proportion till den härmed åsyftade målsättningen. Det som avses är att undvika resterande risker för allmänhälsan. Enligt artikel 2.1 a och 2.1 b är falska eller vilseledande uppgifter avseende inverkan på hälsan liksom varje slags sjukdomsrelaterad uppgift redan förbjudna. Som kommissionen med rätta har anfört skall det

41 — Se rättspraxis avseende tillsatser, som följer av domarna i målen Müller m.fl. (ovan fotnot 24) och Reinheitsgebot (ovan fotnot 14).

dessutom beaktas att livsmedlen i fråga aldrig får vara hälsovådliga. Detta påbud följer av andra allmänna och särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser.[42] I det fall en produkt besitter särskilda egenskaper som kan medföra hälsoproblem för vissa konsumentgrupper, motverkas eventuella risker av kravet att samtliga ingredienser måste deklareras. Domstolen utgår från att konsumenterna läser den ingrediensförteckning som enligt artikel 6 i direktiv 79/112 är en obligatorisk uppgift.[43]

68. Eftersom i sig sanningsenliga uppgifter avseende påverkan på hälsan bara innebär hälsorisker under särskilda omständigheter eller avseende särskilda produkter, är regleringen i 9 § första och tredje stycket LMG oproportionerlig. Den går utöver vad som är tillåtet enligt artikel 15.2 i direktiv 79/112. Det finns mindre ingripande sätt att undvika sådana kvarvarande risker på.

69. Enligt min uppfattning är det mycket mera näraliggande att skapa ett system som, i samklang med artikel 2 i direktiv 79/112, helt enkelt förbjuder vilseledande och sjukdomsrelaterade påståenden. I ett sådant system kan till exempel ett påstående av typen "befrämjar hälsan" prövas kritiskt under beaktande av produktens egenskaper och alla ytterligare avgörande faktorer, och i förekommande fall förbjudas. Den nationella kontrollen kan då bland annat utgöras av en skyldighet för tillverkaren eller distributören av det ifrågavarande livsmedlet att framlägga bevis för att de i märkningen förekommande uppgifterna är korrekta.[44] En reglering, enligt vilken varje form av hälsorelaterade uppgifter på livsmedel är förbjudna i förväg (*ex ante*), innebär att den i direktivet föreskrivna avgränsningen mellan uppgifter som är förnuftiga och således principiellt sett är förenliga med direktivet, och sådana som inte är det, blir överflödig redan från början.

70. Härvid skall dessutom beaktas att även distributörer som saluför produkter med hälsorelaterade uppgifter som inte i något avseende utgör en hälsorisk, träffas av förbudet och omfattas av det för deras produkter överflödiga kravet på förhandstillstånd. Om en medlemsstat anser att en särreglering avseende vissa hälsorelaterade

42 — Se för ett exempel på en allmän reglering artikel 3 i rådets direktiv 92/59/EEG av den 29 juni 1992 om allmän produktsäkerhet (EGT L 228, s. 24; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 169). Detta direktiv kommer den 15 januari 2004 att ersättas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/95/EG av den 3 december 2001 om allmän produktsäkerhet (EGT L 11, 2002, s. 4). Den 1 januari 2005 träder artikel 14 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 178/2002 av den 28 januari 2002 om allmänna principer och krav för livsmedelslagstiftning, om inrättande av Europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet och om förfaranden i frågor som gäller livsmedelssäkerhet (EGT L 31, s. 1). Enligt denna artikels första stycke är saluförande av livsmedel som inte är säkra generellt förbjudet. Denna regeln skall gälla parallellt med specifika gemenskapsrättsliga bestämmelser om livsmedelssäkerhet.

43 — Dom i målet Darbo (ovan fotnot 23), punkt 22.

44 — Detta motsvarar regleringen i artikel 6 a i direktiv 84/450. Så även domstolens dom i målet Unilever (ovan fotnot 3), punkterna 34 och 35. Enligt denna bestämmelse skall medlemsstaterna tilldela domstolarna eller förvaltningsmyndigheterna befogenhet att i förfaranden angående vilseledande reklam kräva av annonsören att han lägger fram bevis för riktigheten av de faktiska påståenden han framför i sin reklam.

uppgifter på livsmedel är nödvändig i vissa sammanhang, utgör det en mindre ingripande åtgärd att bestämma objektiva och tydliga kriterier avseende dessa hälsorelaterade påståenden, vilka sedan kan utgöra bedömningskriterier vid efterföljande kontroller på marknaden. Genomförandet av dessa kontroller måste inte nödvändigtvis bara åligga myndigheter utan kan också överlåtas åt konkurrenter eller till exempel åt konsumentorganisationer. [45]

71. Den rättspraxis från domstolen som den österrikiska regeringen har åberopat som stöd för att kräva förhandstillstånd för saluförande av tillsatser är inte tillämplig i detta fall. Även i denna rättspraxis har domstolen gjort införandet av ett system med förhandstillstånd beroende av de förutsättningar som följer av proportionalitetsprincipen. Tillsatser i livsmedel kan dessutom, på grund av sina speciella egenskaper, utgöra en hälsorisk. Detta motiverar ett mer långtgående ingrepp än att bara förbjuda "tvivelaktiga" uppgifter, vid vars användning det relevanta livsmedlets säkerhet som sådan inte har ifrågasatts.

72. Enligt min uppfattning kan således varken ett allmänt förbud mot hälsorelaterade uppgifter vid livsmedelsmärkning, eller ett krav på förhandstillstånd med hänvisning till artikel 15.2 i direktiv 79/112, motiveras. Denna slutsats överensstämmer med rättspraxis avseende uppgifter på kosmetiska produkter, i vilken domstolen särskilt har ifrågasatt tillståndskravet i LMG. [46] Den österrikiska regeringens argumentation om att livsmedel skall behandlas annorlunda än kosmetiska produkter är inte övertygande. I båda fallen motsvarar nämligen de skyddsvärda intressena — konsumentskydd och skydd för hälsa — även syftet i LMG. Som kommissionen med rätta har påpekat, tillåter domstolens praxis inte heller någon differentiering av olika produktkategorier. Beträffande konsumentskyddet mot vilseledande skall den normalt informerade genomsnittskonsumentens uppfattning vara avgörande, såväl avseende livsmedel som kosmetiska produkter. [47] Oansvariga

45 — Den österrikiska regeringen har inte anfört någonting till stöd för påståendet att dåliga erfarenheter har gjorts med denna typ av självkontroller i Förenta staterna.

46 — Dom i målet Unilever (ovan fotnot 3). I det ännu inte avgjorda målet Linhart (ovan fotnot 3) skall domstolen i en begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgerichtshof uttala sig om huruvida uppgiften "dermatologiskt testad" på schampo och tvål är förenlig med gemenskapsrätten.

47 — Se den träffande beskrivningen i dom av den 13 januari 2000 i mål C-220/98, Estée Lauder (REG 2000, s. I-117), vilken i likhet med domen i målet Unilever (ovan fotnot 3) handlar om kosmetiska produkter och där domstolen i punkt 27 hänvisar till dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky (REG 1998, s. I-4657), i vilken fråga var om livsmedel (ägg).

uppgifter kan för övrigt leda till lika svåra hälsoeffekter vid användning av kosmetiska produkter som vid livsmedelsförtäring.

E — *Begäran om förhandsavgörande (mål C-421/00, C-426/00 och C-16/01)*

— C-426/00

73. Med hänsyn tagen till det ovan anförda föreslår jag att domstolen i mål C-221/00 skall

"1) fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att fullgöra sina förpliktelser enligt artiklarna 2.1 b, 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112, genom att tolka och tillämpa 9 § första stycket Lebensmittelgesetz (LMG) på så sätt att denna medför ett allmänt och absolut förbud mot att förse livsmedel för normal konsumtion med hälsorelaterade uppgifter och genom att kräva förhandstillstånd för att sådana uppgifter skall få användas (9 § tredje stycket LMG),

2) förplikta Republiken Österrike att ersätta rättegångskostnaderna,

3) besluta att Konungariket Danmark skall bära sina egna kostnader".

74. I mål C-426/00 har kommissionen anfört att domstolen skall avstå från att besvara de av Unabhängiger Verwaltungssenat Wien hänskjutna frågorna, då dessa är uppenbart otillåtna. Kommissionen har kritiserat att varken grunden för de hänskjutna frågorna, det praktiska sammanhanget i vilka de uppkommit, eller den exakta anledningen till varför den hänskjutande domstolen ansåg en begäran om förhandsavgörande vara nödvändig, fanns angivna i ansökan.

75. Dessa invändningar från kommissionens sida är enligt min mening berättigade. Den nationella domstolen har i sin ansökan angivit att domstolen skall avgöra målet "på handlingarna".[48] I sin ansökan har Unabhängiger Verwaltungssenat bara angett de tillämpliga nationella och gemenskapsrättsliga bestämmelserna och har angett att dessa bestämmelser ger vid

48 — Av handlingarna i målet framgår att P.D. Haug befunnits vara skyldig till att den från Tyskland importerade produkten Renatura Casterenum-kapslar distribuerats på marknaden. Det skulle inte förvåna mig om de hänskjutna frågorna på visst sätt sammanhänger med det straffrättsliga förfarandet mot P.D. Haug i mål C-16/01. Detta kan dock inte säkert avgöras utifrån de refererade faktiska omständigheterna.

handen att 9 § första stycket LMG har större räckvidd än gemenskapsrätten, såsom denna kommer till uttryck i märkningsdirektivet. För övrigt har den hänskjutande domstolen hänvisat till kommissionens, med stöd av artikel 226 EG, mot Österrike väckta talan.

76. Enligt fast rättspraxis syftar informationen i den nationella domstolens beslut att begära förhandsavgörande inte bara till att domstolen skall kunna göra en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen, utan också till att parterna, medlemsstaterna och gemenskapens institutioner skall försättas i ett läge i vilket de kan inkomma med inlagor enligt artikel 20 i domstolens stadga. Härvid skall beaktas att de i målet deltagande parterna har tillgång uteslutande till beslutet att inhämta förhandsavgörande och alltså inte till övriga handlingar från det nationella förfarandet. [49]

77. Den hänskjutande domstolen har inte uppgett i vilken utsträckning de faktiska omständigheterna i det nationella förfarandet har föranlett att de fyra frågorna måste hänskjutas till domstolen för tolkningsutlåtande. Beslutet att inhämta förhandsavgörande innehåller inga som helst faktiska uppgifter om de sakomständigheter som ligger till grund för det straffrättsliga förfarandet mot P.D. Haug. Under dessa omständigheter kan domstolen enligt min uppfattning inte besvara frågorna. Vad den beskrivna rättsliga bakgrunden beträffar saknas framför allt en beskrivning av vilken sorts uppgifter som låg till grund för åtalet. Jag anser således att begäran om förhandsavgörande från Unabhängiger Verwaltungssenat Wien skall ogillas.

— C-421/00

78. Den begäran om förhandsavgörande som inkommit från Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten uppvisar stora likheter med kommissionens talan i mål C-221/00. Den hänskjutande domstolen har frågat om hur artikel 28 EG och artiklarna 2.1 b, 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112 skall tolkas i förhållande till förbudet mot att lämna hälsorelaterade uppgifter på etiketter för livsmedel, såvida inte särskilt tillstånd har lämnats enligt § 9 första och tredje stycket LMG. Frågorna har hänskjutits efter inledandet av ett nationellt straffrättsligt förfarande mot R. Sterbenz, i vilket det lades henne till last att ha distribuerat livsmedel försedda med det förbjudna påståendet "ett gott namn för en sund njutning" på marknaden.

79. R. Sterbenz har i huvudsak anfört att det enligt § 9 första stycket a LMG är förbjudet att vid handel med livsmedel inom landet hänvisa till fysiologiska eller farmaceutiska verkningar eller ge intryck av att sådana verkningar förekommer och att denna bestämmelse således har större räckvidd än artiklarna 2.1, 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112. Uppgiften "ett gott namn för en sund njutning" på ett smörgåspålägg

49 — Se dom av den 1 april 1982 i målen 141/81—143/81, Holdijk (REG 1982, s. 1299; svensk specialutgåva, volym VI, s. 359), punkt 6, och domstolens beslut av den 28 juni 2000 i mål C-116/00, Laguillame (REG 2000, s. I-4979), punkt 16.

kan inte vilseleda konsumenten. Dessutom är det möjligt att använda mindre ingripande åtgärder för att kontrollera att uppgifter på livsmedel överensstämmer med de nämnda bestämmelserna; till exempel genom att utföra regelbundna marknadskontroller.

80. Kommissionen har inte sett någon motsättning mellan direktiv 79/112 och användandet av uppgiften "ett gott namn för en sund njutning" på etiketter för livsmedel. Substantivet "njutning" är med avseende på medicinska egenskaper så neutralt att det inte kan anses tillskriva ett livsmedel någon egenskap som skulle kunna förebygga, behandla eller bota sjukdom hos människan. Sådana egenskaper antyds inte ens. Inte heller genom tillägget av egenskapen "sund" kan livsmedlet anses ha tillskrivits någon av de egenskaper som är förbjudna enligt direktiv 79/112. Det är i princip omöjligt att föreställa sig att en konsument skulle kunna bli vilseledd av den nämnda beteckningen.

81. Härvid vill jag först och främst påpeka att det, såsom domstolen vid upprepade tillfällen har fastställt avseende sekundärrättsliga bestämmelser som syftar till att undvika vilseledande av konsumenter, ankommer på den nationella domstolen att bedöma om en beteckning eventuellt kan vara vilseledande. Domstolen kan dock ge den nationella domstolen alla upplysningar avseende tolkningen av gemenskapsrätten som kan vara användbara för den nationella domstolen.[50] Enligt min uppfattning är denna rättspraxis även relevant för frågan huruvida en särskild uppgift utgör en hälsorisk. I detta fallet har den hänskjutande domstolen formulerat sina frågor på ett abstrakt sätt. De refererade faktiska omständigheterna från förfarandet vid den nationella domstolen föranleder dock följande påpekanden.

82. Jag instämmer i kommissionens uppfattning att uppgiften "ett gott namn för en sund njutning" inte i sig själv utgör ett sjukdomsrelaterat påstående i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktiv 79/112. Uppgiften skall räknas till allmänna hälsorelaterade uppgifter. Dessutom skall det påpekas att information inte kan anses vara vilseledande för genomsnittskonsumenten bara av den anledningen att den är hälsorelaterad. Däremot förefaller mig uppfattningen att uppgiften principiellt sett inte kan vara vilseledande i den mening som avses i artiklarna 2.1 a och 15.2 i direktiv 79/112, för restriktiv. Uppgiften "sund" förutsätter nämligen att produkten har positiva egenskaper avseende befrämjande och bevarande av mänskligt välbefinnande. För att kunna avgöra huruvida detta påstående kan anses vara vilseledande måste i vart fall sammanhanget med den ifrågasatta produkten undersökas. I begäran

50 — Dom i målet Darbo (ovan fotnot 23), punkt 20.

om förhandsavgörande uttalas beträffande denna fråga bara att det handlade om livsmedlen "Tartex veget. Pastete Champignon" och "Tartex veget. Pastete Kräuter". Enligt rättspraxis skall den nationella domstolen med beaktande av alla relevanta omständigheter undersöka om en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument, med beaktande av samtliga omständigheter, kan tänkas uppfatta den ifrågasatta uppgiften på avsett sätt. [51] Domstolen har intagit en kritisk hållning mot en alltför patriarkalisk tolkning av detta. Risken för att en viss grupp av konsumenter kan vilseledas av ett visst påstående kan inte rättfärdiga att den fria rörligheten för varor begränsas. [52] Det måste visas att det med hänsyn till de aktuella konsumenternas uppfattning eller vanor finns en verklig risk för att deras ekonomiska beteende påverkas. [53] Den omständigheten att vissa konsumenter kanske inte förstår betydelsen av påståendena i fråga är inte tillräcklig för att uppgifterna skall klassificeras som vilseledande och till följd härav förbjudas. [54]

83. Förkortningen "veget." i namnet antyder att det är fråga om en pastej som inte innehåller kött. Utan att känna till den exakta sammansättningen av "Tartex veget. Pastete Kräuter" och "Tartex veget. Pastete Champignon" är det vid första anblicken svårt att inse hur uppgiften "för en sund njutning" skulle kunna ge upphov till falska förväntningar hos genomsnittskonsumenten när han köper produkten. Situationen förändras dock om det inte med säkerhet kan avgöras huruvida livsmedlet i fråga är en sund produkt. För att bedöma detta kan det undersökas om produkten enligt näringsfysiologiska forskningsrön anses ha erkända positiva hälsobefrämjande och hälsobevarande egenskaper. Även om så är fallet kan dock ett vilseledande fortfarande föreligga om det finns jämförbara produkter, som är avsedda för jämförbara ändamål, men som har en sundare sammansättning.

84. Bevisbördan kan i ett sådant fall läggas på den av marknadsaktörerna som är ansvarig för produkten. Denne skall bevisa att de faktiska påståendena är korrekta [55] och kan därvid bland annat stödja sig på inom den näringsfysiologiska forskningen internationellt erkända slutsatser.

85. Det ankommer slutligen på den nationella domstolen att med beaktande av de

51 — Dom i målet Darbo (ovan fotnot 23), punkt 20.

52 — Dom i målet Darbo (ovan fotnot 23), punkt 28.

53 — Dom i målet Sektkellerei Kessler (ovan fotnot 39), punkt 33.

54 — Se i detta sammanhang domen i målet Darbo (ovan fotnot 23), punkt 28. Den i österrikiskrättspraxis rådande uppfattningen, nämligen att risken för vilseledande av genomsnittskonsumenten föreligger om han efter ett flyktigt betraktande kan få intrycket att konsumtion av livsmedel märkt på ett visst sätt skulle ha ett positivt inflytande på hälsan, kan således inte godtas.

55 — Jämför ovan, punkt 69.

relevanta omständigheterna, undersöka om den omtvistade uppgiften verkligen är vilseledande. Jag föreslår att de av Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten hänskjutna frågorna skall besvaras enligt följande:

"Artiklarna 2.1 b, 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112 utgör hinder för en nationell reglering som föreskriver ett generellt och absolut förbud mot att förse livsmedel för normal konsumtion med hälsorelaterade uppgifter, och som kräver förhandstillstånd för att sådana uppgifter skall få användas."

— C-16/01

86. I detta mål har Verwaltungsgerichtshof hänskjutit frågor avseende tolkningen av gemenskapsrätten som i allt väsentligt liknar de frågor som ställts av Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten i mål C-421/00. I målet vid den nationella domstolen handlade det om saluförandet av "Renatura pumpfrökapslar med E-vitamin för urinblåsa och prostata". I den text som bifogades produkten angavs följande hälsorelaterade uppgifter, "skyddar cellmembranen mot fria radikaler", "viktig för flera enzymers funktion", "viktig för uppbyggnaden av skelett och tänder", "reglerar vätskebalansen (urinblåsans funktion)".

87. Kommissionen har anfört att dessa uppgifter hos genomsnittskonsumenten kan väcka intryck av att produkten på grund av sina egenskaper är ägnad att förebygga, behandla eller bota sjukdom hos människan, och således omfattas av förbudet i artikel 2.1 b i direktiv 79/112. Detta beror framför allt på att de mänskliga organen urinblåsa och prostata omnämns. Dessutom är sammanhanget mellan uppgifterna "skyddar cellmembranen mot fria radikaler", "viktig för flera enzymers funktion", "viktig för uppbyggnaden av skelett och tänder" och organen urinblåsa och prostata oklart. Även dessa uppgifter kan därför vilseleda konsumenten och är således otillåtna enligt direktiv 79/112. Motsvarande gäller för uppgifterna avseende linolsyra, tokoferoler, spårämnen, mineralämnen och kalcium, vilka även de uppenbarligen har angetts i förbindelse med organen urinblåsa och prostata.

88. Enligt kommissionens uppfattning är denna sorts uppgifter endast tillåtna om de uteslutande åsyftar en fysiologisk verkning, det vill säga att de bara hänvisar till en sund funktion och inte sätts i samband med mänskliga organ. Enligt kommissionens uppfattning ger uttalanden av typen "re-

glerar vätskebalansen" och "viktig för uppbyggnaden av skelett och tänder", inte upphov till några betänkligheter i detta avseende.

89. Dessutom har kommissionen ansett att formuleringen "fysiologiska eller farmaceutiska verkningar" i den nationella domstolens första fråga, är oklar och därför problematisk. Det beror alltid på i vilket sammanhang denna typ av uppgifter används. Kommissionen har därför motsatt sig uppfattningen att uppgifter såsom "föryngrande, reducerar ålderssymptom, sätter ned vikten eller bevarar hälsan" alltid hänvisar till förebyggande, behandling eller botande av sjukdom. Det måste avgöras i det konkreta fallet huruvida ett vilseledande faktiskt kan anses föreligga.

90. Även beträffande denna fråga ankommer det på den nationella domstolen att undersöka huruvida de ifrågasatta uppgifterna är vilseledande eller innebär en hälsorisk. Eftersom det handlar om olika, men likväl inbördes sammanhängande påståenden och de frågor som hänskjutits till domstolen har formulerats abstrakt, kan domstolen bara ge den nationella domstolen allmänna anvisningar avseende tolkningen. Jag kommer här att begränsa mig till några enstaka kommentarer.

91. Eftersom det inte har ifrågasatts av den nationella domstolen, utgår jag för det första från att de pumpfrökapslar som omnämns i förfarandet vid den nationella domstolen är att anse som livsmedel i den mening som avses i direktiv 79/112.[56] Dessutom utgår jag från att uppgifter som anges direkt på, eller bifogas pumpfrökapslar, utgör märkning av livsmedel enligt artikel 1 i direktiv 79/112. Eftersom begreppet "märkning" i artikel 1.3 i direktiv 79/112 bland annat omfattar uppgifter som anbringas på dokument som medföljer livsmedel, omfattar direktivet uppgifter i en text som har bifogats produkten.

92. Vidare instämmer jag i kommissionens uppfattning att en uppgift i varje enskilt fall skall bedömas med beaktande av alla relevanta omständigheter. En uppgift på en etikett kan betraktad för sig vara sann och behöver inte nödvändigtvis vara vilseledande för den normalt informerade genomsnittskonsumenten. Genom en suggestiv placering eller bara genom förpackningens form kan en uppgift dock få en vilseledande verkan.

56 — Det kan inte uteslutas att pumpfrökapslar istället omfattas av det gemenskapsrättsliga livsmedelsbegreppet, eller att det är ett särskilt livsmedel, vilket omfattas av de gemenskapsrättsliga bestämmelser som reglerar särskild kost eller nya livsmedel ("novel foods"). För dessa grupper av livsmedel gäller särskilda märkningsbestämmelser.

93. Avslutningsvis kan påståenden i det föreliggande fallet uppfattas som funktionsrelaterade, vilket innebär att uppgifterna kan anses hänvisa till produktens eller ingrediensens syfte. Kalium anses således vara viktigt för vätskebalansen och som kommissionen med rätta har påpekat understryks genom formuleringen "Renatura pumpfrökapslar med E-vitamin för urinblåsa och prostata" ett samband mellan E-vitamin och urinblåsans och prostatans funktion. Uppgiften om att pumpfröna berikats med E-vitamin ger härutöver en hänvisning till produktens sammansättning. Genom omnämnandet av urinblåsa och prostata anspelas dessutom på en bestämd sjukdom, nämligen cancer i prostata och urinblåsa. Detta är enligt min uppfattning en anledning att se denna uppgift som en otillåten sjukdomsrelaterad uppgift i den mening som avses i artikel 2.1 b i direktiv 79/112. I motsats till vad kommissionen har anfört i sitt yttrande i mål C-221/00 och i de nämnda ansökningarna om förhandsavgöranden, kan enligt min uppfattning förbudet mot sjukdomsrelaterade uppgifter i direktiv 79/112 ha större räckvidd och omfatta annat än läkemedel i den mening som avses i den gemenskapsrättsliga läkemedelslagstiftningen.

94. I den mån en nationell domstol har fastställt att en viss uppgift inte utlöser några associationer avseende behandling eller förebyggande av sjukdom, och kan godta att en viss märkning inte framkallar några oriktiga föreställningar om produktens egenskaper, kan den pröva huruvida de uppställda påståendena eventuellt innebär en hälsorisk. Det åligger den ansvarige distributören eller tillverkaren att med beaktande av slutsatser dragna i internationellt erkänd forskning bevisa att produkten har de angivna egenskaperna; i detta fall framför allt att pumpfrökapslar kan bidra till att skydda cellmembranen mot fria radikaler och till funktionen av flera enzymer, samt att de är särskilt viktiga för uppbyggnaden av skelett och tänder och för vätskebalansen.

95. Även i detta fall föreslår jag att domstolen skall besvara begäran om förhandsavgörande enligt följande:

"Artiklarna 2.1 b, 15.1 och 15.2 i direktiv 79/112 utgör hinder för en nationell reglering som föreskriver ett generellt och absolut förbud mot att förse livsmedel för normal konsumtion med hälsorelaterade uppgifter, och som kräver förhandstillstånd för att sådana uppgifter skall få användas."

VI — Förslag till avgörande

96. Med beaktande av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall:

I mål C-221/00

1) fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att fullgöra sina förpliktelser enligt artiklarna 2.1 b, 15.1 och 15.2 i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om märkning, presentation och reklam i fråga om livsmedel, genom att tolka och tillämpa 9 § första stycket Lebensmittelgesetz (LMG) på så sätt att denna medför ett allmänt och absolut förbud mot att förse livsmedel för normal konsumtion med hälsorelaterade uppgifter och genom att kräva förhandstillstånd för att sådana uppgifter skall få användas (9 § tredje stycket LMG),

2) förplikta Republiken Österrike att ersätta rättegångskostnaderna,

3) besluta att Konungariket Danmark skall bära sina egna kostnader.

I mål C-426/00

"avvisa begäran om förhandsavgörande från Unabhängiger Verwaltungssenat für Wien".

I mål C-421/00 och mål C-16/01

"besvara de från Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten hänskjutna frågorna, och i mål C-16/01 de från Verwaltungsgerichtshof hänskjutna frågorna enligt följande:

Artiklarna 2.1 b, 15.1 och 15.2 i rådets direktiv 79/112/EEG av den 18 december 1978 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om märkning, presentation och reklam i fråga om livsmedel utgör hinder för en nationell reglering som föreskriver ett generellt och absolut förbud mot att förse livsmedel för normal konsumtion med hälsorelaterade uppgifter, och som kräver förhandstillstånd för att sådana uppgifter skall få användas.