ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

13 januari 2000 *

In zaak C-220/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Landgericht Köln (Duitsland), in het aldaar aanhangig geding tussen

Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG

en

Lancaster Group GmbH,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artikelen 28 EG en 30 EG) en artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten (PB L 262, blz. 169), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/667/EEG van de Raad van 21 december 1988 (PB L 382, blz. 46) en bij richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juni 1993 (PB L 151, blz. 32),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: D. A. O. Edward, kamerpresident, J. C. Moitinho de Almeida (rapporteur), C. Gulmann, J.-P. Puissochet en P. Jann, rechters,

advocaat-generaal: N. Fennelly
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG, vertegenwoordigd door K. Henning Jacobsen, advocaat te Berlijn,

— Lancaster Group GmbH, vertegenwoordigd door A. Lubberger, advocaat te Frankfurt am Main,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door A. Dittrich, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Justitie, en C.-D. Quassowski, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, als gemachtigden,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en R. Loosli-Surrans, chargé de mission bij die directie, als gemachtigden,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door H. Rotkirch, ambassadeur, hoofd van de dienst juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en T. Pynnä, juridisch adviseur bij dat ministerie, als gemachtigden,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. Støvlbæk, lid van haar juridische dienst, en K. Schreyer, bij die dienst gedetacheerd nationaal ambtenaar, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG, vertegenwoordigd door K. Kleinschmidt, advocaat te Berlijn; Lancaster Group GmbH, vertegenwoordigd door A. Lubberger; de Franse regering, vertegenwoordigd door R. Loosli-Surrans, en de Commissie, vertegenwoordigd door K. Schreyer, ter terechtzitting van 17 juni 1999,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 september 1999,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 24 maart 1998, ingekomen bij het Hof op 15 juni daaraanvolgend, heeft het Landgericht Köln krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artikelen 28 EG en 30 EG) en artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten (PB L 262, blz. 169), zoals gewijzigd bij richt-

lijn 88/667/EEG van de Raad van 21 december 1988 (PB L 382, blz. 46) en bij richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juni 1993 (PB L 151, blz. 32; hierna: „richtlijn 76/768").

2 Die vraag is gerezen in een geding tussen Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG (hierna: „Estée Lauder") en Lancaster Group GmbH (hierna: „Lancaster"), ter zake van de verkoop van het cosmeticaproduct „Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme" met het woord „lifting" in de benaming.

Het gemeenschapsrecht

3 Artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 luidt:

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

Bovendien moet bij iedere verwijzing naar dierproeven duidelijk worden aangegeven of de uitgevoerde proeven het eindproduct en/of de ingrediënten daarvan betroffen."

4 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der

lidstaten inzake misleidende reclame (PB L 250, blz. 17), heeft volgens haar artikel 1 het volgende doel:

„Deze richtlijn beoogt de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan."

5 Artikel 2, punt 2, van richtlijn 84/450 omschrijft „misleidende reclame" als „elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen".

6 Artikel 3 van richtlijn 84/450 preciseert, dat bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is, rekening moet worden gehouden met alle bestanddelen, en vermeldt een aantal punten die daartoe in aanmerking moeten worden genomen.

7 Volgens artikel 4 van richtlijn 84/450 dragen „de lidstaten zorg voor passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van misleidende reclame in het belang van zowel consumenten als concurrenten en het publiek in het algemeen". Voorts preciseert dit artikel het soort rechtsvoorschriften dat die middelen moeten bevatten, met name de bevoegdheid van de rechterlijke instanties om de beëindiging van misleidende reclame te gelasten.

8 Volgens artikel 7 van richtlijn 84/450 belet deze de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verder gaande bescherming van bovengenoemde personen.

De Duitse wettelijke regeling

9 In § 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 7 juni 1909 (hierna: „UWG") wordt bepaald:

„Eenieder die in het handelsverkeer voor concurrentiedoeleinden in strijd met de goede zeden handelt, kan in rechte worden aangesproken tot het nalaten van die handelingen alsmede tot betaling van schadevergoeding."

10 In § 3 UWG wordt bepaald:

„Eenieder die in het handelsverkeer voor concurentiedoeleinden misleidende mededelingen doet inzake de voorwaarden van het aanbod, inzonderheid over de kenmerken, de herkomst, de productiewijze of de berekening van de prijs van bepaalde of alle goederen of diensten, over prijslijsten, over de bevoorradingswijze of -bron, over het bezit van onderscheidingen, over de aanleiding voor of het doel van de verkoop of over de omvang van de voorraden, kan worden gelast, het doen van die mededelingen te staken."

11 Het Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz van 15 augustus 1974 (hierna: „LMBG") bepaalt in § 27, lid 1:

„Het is verboden, cosmeticaproducten onder een misleidende benaming of met een misleidende aanduiding of opmaak bedrijfsmatig in het verkeer te brengen of voor cosmeticaproducten in het algemeen of in een bepaald geval met misleidende omschrijvingen of andere misleidende vermeldingen reclame te maken. Er is met name sprake van misleiding

1. indien aan cosmeticaproducten werkingen worden toegeschreven die zij volgens de inzichten van de wetenschap niet hebben of die wetenschappelijk onvoldoende zijn vastgesteld;

2. indien de benaming, de aanduidingen, de opmaak, de omschrijving of iedere andere vermelding de indruk geven, dat men met zekerheid succes kan verwachten;

3. indien benamingen, aanduidingen, opmaak, afbeeldingen of andere vermeldingen zijn gebruikt die verwarring kunnen doen ontstaan over

a) de persoon, de opleiding, de bekwaamheid of het succes van de fabrikant, de uitvinder of de voor hen werkzame personen,

b) de herkomst van de cosmeticaproducten, de hoeveelheid ervan, het gewicht, het tijdstip van productie of verpakking, de houdbaarheidsduur of andere gegevens die bij de beoordeling doorslaggevend zijn."

Het hoofdgeding

12 Lancastar verkoopt de huidverstevigende crème „Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme" met het woord „lifting" in de benaming.

13 In het hoofdgeding betoogt Estée Lauder, dat de term „lifting" misleidend is, aangezien de koper hierdoor de indruk krijgt, dat het product, met name wat de werkingsduur betreft, identieke of vergelijkbare werkingen heeft als het operatief strak trekken van de huid, hetgeen bij voormelde crème niet het geval is. Estée Lauder vordert, dat het bedrijfsmatig op de markt brengen, de distributie en de promotie van cosmeticaproducten met de benaming „lifting", inzonderheid bovengenoemde crème, wegens strijdigheid met § 3 UWG en § 27, lid 1, LMBG alsmede met richtlijn 76/768 wordt verboden.

14 Lancaster geeft toe, dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde crème op lange termijn niet dezelfde werking heeft als een operatieve ingreep, maar stelt, dat deze niettemin een aanzienlijke huidverstevigende werking heeft. Haars inziens komt de verwachting van het publiek ten aanzien van dit product niet overeen met hetgeen Estée Lauder stelt. Zou zij veroordeeld worden, dan is dit in elk geval in strijd met de artikelen 30 en 36 van het Verdrag. Er bestaat geen enkele rechtvaardiging voor de kosten die zij zou moeten maken om het product een

andere benaming te geven, indien de verpakking alleen voor de distributie in Duitsland moet worden gewijzigd, terwijl het gebruik van die benaming in de andere lidstaten niet wordt betwist. Het gevraagde verbod vormt een oneven-redige belemmering, daar het te beschermen algemeen belang, namelijk te voorkomen dat consumenten alleen over de werkingsduur van het product worden misleid, van beperkte omvang is.

15 Het Landgericht Köln is van oordeel, dat het gebruik van het woord „lifting" in de benaming van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde cosmeticaproduct in strijd is met § 27, lid 1, LMBG, die verbiedt dat cosmeticaproducten onder misleidende benamingen worden verkocht en met name, dat aan die producten werkingen worden toegeschreven die zij niet hebben, indien, overeenkomstig de rechtspraak, een niet onbelangrijk deel van de consumenten, dat wil zeggen ongeveer 10 tot 15 %, wordt misleid.

16 De verwijzende rechter preciseert, in de eerste plaats, dat het Bundesgerichtshof in zijn arrest van 12 december 1996, „Lifting-Creme", heeft geoordeeld, dat de vaststelling door een lagere rechter van het misleidende karakter van de benaming „lifting", „niet in strijd met de opgedane ervaring" was en, in de tweede plaats, dat hij bij gebreke van een opiniepeiling onvoldoende bewijs heeft om tot een andere conclusie te komen.

17 De verwijzende rechter vraagt zich af, of er, gelet op het begrip consument zoals dat in de rechtspraak van het Hof op het gebied van de toepasselijke richtlijnen is ontwikkeld, en volgens hetwelk de consument een zekere mate van oplettendheid en onderscheidingsvermogen moet hebben, moet worden uitgegaan van een hoger percentage misleide personen dan het percentage van 10 tot 15 % dat de Duitse rechtspraak hanteert.

18 Vervolgens vraagt de nationale rechter zich af, of, indien de consument in casu in de zin van het gemeenschapsrecht wordt misleid, de belemmering van het vrije verkeer van goederen dat uit het verbod van de litigieuze benaming voortvloeit

verenigbaar is met artikel 30 van het Verdrag, nu die benaming in een andere lidstaat wel is toegestaan en van de verkoop van het product in andere lidstaten uit hoofde van ditzelfde artikel wordt gesteld dat deze wettig is.

19 Opgemerkt zij, dat het Bundesgerichtshof in de door de nationale rechter genoemde zaak heeft geoordeeld, dat de misleiding van een niet onbelangrijk deel van de consumenten, die verwachtten dat de betrokken crème, „Horphag Lifting Creme", gedurende zekere tijd huidverstevigende werkingen had, terwijl die werkingen 2 tot 24 uur na het opbrengen van die crème waren verdwenen, grond opleverde om de verkoop van het product overeenkomstig § 27, lid 1, LMBG te verbieden, aangezien de benaming van de crème aanleiding was geweest voor de aankoop ervan.

20 Onder deze omstandigheden heeft het Landgericht Köln de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moeten de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag en/of artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten, aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan de toepassing van nationale voorschriften betreffende oneerlijke mededinging, die toestaan dat de invoer en de verkoop van een cosmeticaproduct dat in een andere lidstaat van de Europese Unie wettig wordt geproduceerd of verkocht, wordt verboden op grond dat de consument wordt misleid door de benaming ‚lifting', die, opgevat als verwijzing naar de werking van het product, doet veronderstellen, dat het een duurzame werking heeft, wanneer dit product met dezelfde verwijzing op de verpakking in andere landen van de Europese Unie zonder betwisting wettig wordt verkocht?"

21 Blijkens het dossier van het hoofdgeding bestaat de eventuele misleiding van de consument in casu niet in diens overtuiging, dat het product dezelfde of

vergelijkbare werkingen als een chirurgische ingreep heeft, maar enkel in de overtuiging dat het product gedurende zekere tijd werkingen heeft.

De prejudiciële vraag

22 Met zijn vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of de artikelen 30 en 36 van het Verdrag en richtlijn 76/768 zich verzetten tegen een nationale regeling die, in de door de nationale rechtspraak gegeven uitlegging, een verbod inhoudt op de invoer en de verkoop van een cosmeticaproduct waarvan de benaming het woord „lifting" bevat, wanneer de consument van die lidstaat door dat woord kan worden misleid over de werkingsduur van het product, terwijl het product in andere lidstaten onder dezelfde benaming zonder betwisting wettig wordt verkocht.

23 Opgemerkt zij, dat bij richtlijn 76/768 een volledige harmonisatie van de nationale bepalingen inzake verpakking en etikettering van cosmeticaproducten tot stand is gebracht (arresten van 23 november 1989, Parfümeriefabrik 4711, C-150/88, Jurispr. blz. 3891, punt 28, en 2 februari 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, genaamd „Clinique", C-315/92, Jurispr. blz. I-317, punt 11).

24 Tot de door richtlijn 76/768 gegeven regels behoort de in artikel 6, lid 3, genoemde verplichting van de lidstaten, alle maatregelen te treffen die nodig zijn om te waarborgen dat bij het etiketteren, het ten verkoop aanbieden van en het maken van reclame voor cosmeticaproducten de tekst, de benamingen, merken en afbeeldingen of andere al dan niet figuratieve tekens niet worden gebruikt om aan deze producten kenmerken toe te schrijven die zij niet bezitten.

25 Deze bepaling, die deel uitmaakt van een richtlijn die, met name blijkens de tweede en de derde overweging van de considerans, tot doel heeft het vrije verkeer van cosmeticaproducten te verzekeren, omschrijft daarmee de maatregelen die moeten worden getroffen in het belang van de bescherming van de consument en de eerlijkheid der handelstransacties, die behoren tot de dwingende vereisten op grond waarvan belemmeringen van het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 30 van het Verdrag volgens de rechtspraak van het Hof zijn toegestaan. Zij strekt tevens tot bescherming van de gezondheid van personen in de zin van artikel 36 van het Verdrag, voor zover misleidende informatie over de kenmerken van deze producten gevolgen voor de volksgezondheid kan hebben.

26 De maatregelen die de lidstaten treffen om aan deze bepaling uitvoering te geven, moeten echter in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel (zie onder meer arrest Clinique, reeds aangehaald, punt 16, en arrest van 28 januari 1999, Unilever, C-77/97, Jurispr. blz. I-431, punt 27).

27 Er zij aan herinnerd, dat het Hof in het kader van de uitlegging van richtlijn 84/450, bij de beoordeling van het risico van misleiding van de consument enerzijds en van de vereisten van het vrije verkeer van goederen anderzijds, heeft geoordeeld, dat om te bepalen of een benaming, een merk of een reclame-uiting al dan niet misleidend is, moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (zie met name arrest van 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky, C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 31).

28 Dit op het evenredigheidsbeginsel gebaseerde criterium geldt eveneens op het gebied van de verkoop van cosmeticaproducten, wanneer, zoals in het hoofdgeding, een verkeerde opvatting over de kenmerken van het product niet schadelijk kan zijn voor de volksgezondheid.

29 Bij de toepassing van dit criterium op het onderhavige geval moet rekening worden gehouden met een aantal elementen. Er moet onder meer worden nagegaan, of sociale, culturele of taalkundige factoren kunnen rechtvaardigen, dat het woord „lifting", wanneer het voor een verstevigende crème wordt gebruikt, door de Duitse consument anders wordt opgevat dan door de consument in andere lidstaten dan wel of de voorwaarden voor het gebruik van het product op zich volstaan om het tijdelijk karakter van de werking ervan te benadrukken, zodat elke tegengestelde conclusie die aan de term „lifting" kan worden ontleend, teniet wordt gedaan.

30 Ook al hoeft een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument op het eerste gezicht niet te verwachten, dat een crème waarvan de benaming het woord „lifting" bevat een duurzame werking heeft, het staat aan de nationale rechter om, met inachtneming van alle relevante gegevens, na te gaan of dit in casu het geval is.

31 Bij gebreke van enige bepaling van gemeenschapsrecht ter zake, dient de nationale rechter, die een opinie- of deskundigenonderzoek onontbeerlijk acht teneinde zich over het eventueel misleidende karakter van een reclame-uiting te laten informeren, overeenkomstig zijn nationale recht te bepalen, welk percentage door die uiting misleide consumenten hem voldoende significant voorkomt om in voorkomend geval een verbod te rechtvaardigen (zie arrest Gut Springenheide en Tusky, reeds aangehaald, punten 35 en 36).

32 Mitsdien moet het volgende worden geantwoord:

— De artikelen 30 en 36 van het Verdrag en artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768 verzetten zich niet tegen de toepassing van een nationale regeling die een

verbod inhoudt op de invoer en de verkoop van een cosmeticaproduct waarvan de benaming het woord „lifting" bevat, wanneer, in de omstandigheden van het geval, een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument door die benaming wordt misleid doordat hij ten onrechte meent, dat het product bepaalde kenmerken heeft.

— De nationale rechter dient zich over het eventueel misleidende karakter van die benaming uit te spreken en daarbij de vermoedelijke verwachting van die consument in aanmerking te nemen.

— Het gemeenschapsrecht verzet zich er niet tegen, dat de nationale rechter, wanneer het bijzonder moeilijk blijkt om het misleidende karakter van genoemde benaming te beoordelen, onder de naar nationaal recht geldende voorwaarden ter verduidelijking van het vonnis gebruik maakt van een opinie- of deskundigenonderzoek.

Kosten

33 De kosten door de Duitse, de Franse en de Finse regering alsmede door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door het Landgericht Köln bij beschikking van 24 maart 1998 gestelde vraag, verklaart voor recht:

— De artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artikelen 28 EG en 30 EG) en artikel 6, lid 3, van richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/667/EEG van de Raad van 21 december 1988 en bij richtlijn 93/35/EEG van de Raad van 14 juni 1993, verzetten zich niet tegen de toepassing van een nationale regeling die een verbod inhoudt op de invoer en de verkoop van een cosmeticaproduct waarvan de benaming het woord „lifting" bevat, wanneer, in de omstandigheden van het geval, een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument door die benaming wordt misleid doordat hij ten onrechte meent dat het product bepaalde kenmerken heeft.

— De nationale rechter dient zich over het eventueel misleidende karakter van die benaming uit te spreken en daarbij de vermoedelijke verwachting van die consument in aanmerking te nemen.

— **Het gemeenschapsrecht verzet zich er niet tegen, dat de nationale rechter, wanneer het bijzonder moeilijk blijkt om het misleidende karakter van genoemde benaming te beoordelen, onder de naar nationaal recht geldende voorwaarden ter verduidelijking van het vonnis gebruik maakt van een opinie- of deskundigenonderzoek.**

Edward Moitinho de Almeida Gulmann

Puissochet Jann

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 januari 2000.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

D. A. O. Edward