

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. NIAL FENNELLY

présentées le 16 septembre 1999 \*

I — Introduction

1. Les parties dans l'affaire qui a donné lieu à la présente demande de décision préjudicielle du Landgericht Köln (Allemagne) (ci-après «la juridiction nationale») sont les filiales allemandes de sociétés multinationales concurrentes dans le secteur des cosmétiques. Le litige porte sur la crème faciale raffermissante «Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme» (ci-après la «crème»), qui est fabriquée à Monaco et distribuée dans toute l'Europe par les sociétés du groupe Lancaster<sup>1</sup>. La défenderesse est la société allemande membre de ce groupe, chargée d'organiser la distribution de la crème, non seulement sur le marché allemand, mais vers tout le système de distribution sélective de Lancaster.

2. La demanderesse, la filiale allemande du groupe Estée Lauder, fait valoir que l'utilisation du terme «lifting» dans la dénomination de la crème est trompeuse, parce que cela suscite l'impression qu'elle a des effets durables comparables à ceux d'une opération de lifting facial. Il est communément

admis que la crème n'entraîne aucun effet durable, bien que la défenderesse soutienne qu'elle a un effet raffermissant significatif. La demanderesse a introduit le recours contentieux au titre du droit allemand sur la concurrence déloyale, d'abord en guise de mesure défensive, afin de protéger sa position sur le marché car, ainsi que cela est apparu à l'audience, une organisation de défense des consommateurs est parvenue à obtenir d'une autre juridiction allemande, le Kammergericht Berlin, une injonction interdisant à la demanderesse d'utiliser le terme «lifting» pour sa propre crème faciale raffermissante<sup>2</sup>.

3. La défenderesse conteste les allégations selon lesquelles la crème suscite l'attente d'un effet permanent. Elle soutient que la mesure demandée, si elle devait être accordée, entraverait la liberté de circulation des marchandises garantie par le droit communautaire, en nécessitant des frais de commercialisation supplémentaires pour rebaptiser le produit et le reconditionner pour le seul marché allemand. Elle estime également qu'elle serait disproportionnée au regard du risque minime d'une possible erreur du consommateur.

\* Langue originale: l'anglais.

1 — Il ressort des informations fournies à la Cour par la défenderesse que la crème est importée directement de Monaco par un centre unique de distribution situé à Wiesbaden, en Allemagne, d'où elle est fournie aux différents distributeurs agréés, aussi bien dans la Communauté qu'à l'extérieur de la Communauté.

2 — Affaire 25 U 2991/93.

4. La juridiction nationale a également estimé que, en l'absence de mesures d'instruction, elle ne peut pas exclure « la possibilité qu'une partie non négligeable des consommateurs soit induite en erreur ». Elle se réfère à un arrêt du Bundesgerichtshof du 12 décembre 1996, confirmant le jugement antérieur du Kammergericht Berlin qui avait fait droit à la demande introduite contre Estée Lauder, selon lequel l'utilisation du terme « lifting » pouvait être trompeuse<sup>3</sup>. Elle se demande cependant si le droit communautaire exige qu'elle s'écarte de la règle développée par la jurisprudence allemande, selon laquelle l'utilisation d'un terme peut être interdite si 10 à 15 % au moins des consommateurs potentiels peuvent être trompés. Elle souhaite en particulier savoir si, à la lumière d'affaires telles que Mars<sup>4</sup>, ce seuil constituerait un niveau de protection trop strict.

5. Par conséquent, la Cour a été saisie de la question suivante:

« Les articles 30 et 36 du traité CE et (ou) l'article 6, paragraphe 3, de la directive du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques (76/768/CEE) doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'application de dispositions du droit national en matière de concurrence déloyale qui permettent d'interdire l'importation et la commercialisation d'un produit cosmétique

légalement fabriqué ou légalement commercialisé dans un État membre de l'Union européenne, au motif que le consommateur serait induit en erreur par la dénomination 'lifting' qui, comprise comme la mention des effets du produit, laisserait supposer qu'il a un effet durable, alors que ce produit est légalement commercialisé dans d'autres pays de l'Union européenne, sans susciter de contestation, avec la même mention de ses effets sur l'emballage? »

## II — La législation applicable

6. La Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb du 7 juin 1909 (loi fédérale relative à la lutte contre la concurrence déloyale, ci-après l'« UWG ») a donné lieu, dans la mesure où elle est susceptible d'affecter la circulation des marchandises, à la saisine de la Cour dans de nombreuses affaires, au premier rang desquelles, du point de vue du cas d'espèce, l'affaire Verband Sozialer Wettbewerb, dite « Clinique »<sup>5</sup>. L'article 3 de l'UWG stipule:

« Quiconque, dans les relations commerciales, donne, aux fins de la concurrence sur les termes de l'offre, des indications trompeuses sur les caractéristiques (des produits) peut être mis en demeure de s'abstenir de ces indications. »

3 — Affaire 1 ZR 7/97, NJW-RR 1997, p. 931.

4 — Arrêt du 6 juillet 1995 (C-470/93, Rec. p. I-1923).

5 — Arrêt du 2 février 1994 (C-315/92, Rec. p. I-317).

Il existe une disposition similaire dans la législation allemande spécifique relative aux produits de consommation courante. L'article 27, paragraphe 1, de la *Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz* du 15 août 1974 (loi fédérale relative aux produits alimentaires et aux produits de consommation courante, ci-après la «LmBG») dispose ainsi:

«Il est interdit de commercialiser à titre professionnel des produits cosmétiques sous une dénomination trompeuse ou avec des indications ou une présentation trompeuses... Il y a en particulier tromperie

- 1) lorsqu'on prête à des produits cosmétiques des effets... qui ne sont pas suffisamment établis scientifiquement...»

L'article 27, paragraphe 1, point 3, de la LmBG précise qu'une dénomination est trompeuse «lorsque des dénominations... susceptibles d'induire en erreur... sur d'autres éléments qui sont déterminants dans l'appréciation... ont été utilisé(s)».

7. Hormis les articles 30 et 36 du traité CE (devenus, après modification, articles 28

CE et 30 CE), il sera nécessaire de se référer, non seulement à la directive 76/768/CEE<sup>6</sup> mentionnée par la juridiction nationale, mais aussi à la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse<sup>7</sup>.

8. La directive de 1976 établit les conditions de commercialisation des produits cosmétiques. Son deuxième considérant montre que l'un des objectifs principaux de la directive est de faciliter la liberté des échanges de produits cosmétiques. En vertu de son article 7, paragraphe 1, les États membres sont donc tenus de ne pas «refuser, interdire ou restreindre la mise sur le marché des produits cosmétiques qui répondent aux prescriptions de la présente directive et de ses annexes». L'article 6, paragraphe 3, tel qu'il résulte des modifications apportées par la directive 88/667/CEE<sup>8</sup>, est la disposition essentielle dans la présente affaire. Il dispose:

«Les États membres prennent toute disposition utile pour que dans l'étiquetage, la présentation à la vente et la publication concernant les produits cosmétiques, le texte, les dénominations, marques, images ou autres signes figuratifs ou non ne soient

6 — Directive du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques (JO L 262, p. 169, ci-après la «directive de 1976»).

7 — Directive du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250, p. 17).

8 — Directive du Conseil, du 21 décembre 1988, portant quatrième modification de la directive 76/768 (JO L 382, p. 46). Une phrase supplémentaire a été ajoutée par l'article 1<sup>er</sup>, point 9, de la directive 93/35/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, modifiant, pour la sixième fois, la directive 76/768 (JO L 151, p. 32), mais elle n'est pas pertinente en l'espèce.

pas utilisés pour attribuer à ces produits des caractéristiques qu'ils ne possèdent pas.»

9. La directive 84/450 pose les règles communautaires de base en matière de publicité trompeuse. L'article 2, point 2, de cette directive définit la «publicité trompeuse» comme «toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent». L'article 3 fournit une liste des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer si une publicité est trompeuse, qui mentionne les caractéristiques des biens ou services promus. L'article 7 autorise les États membres à maintenir ou à adopter des dispositions nationales destinées à assurer «une protection plus étendue des consommateurs».

### III — Observations

10. Des observations écrites ont été déposées par la demanderesse, par la défenderesse, par la République fédérale d'Allemagne, par la République française, par la république de Finlande et par la Commission, lesquelles ont toutes, à l'exception de la République fédérale d'Allemagne et de la république de Finlande, également présenté des observations orales.

### IV — Analyse

11. Au stade actuel du litige principal, la juridiction nationale n'a pas arrêté de position définitive au sujet de l'utilisation présumée potentiellement trompeuse du terme «lifting». Elle souhaite être éclairée sur la portée de la protection que le droit national peut fournir, conformément au droit communautaire, aux consommateurs de produits cosmétiques tels que la crème en cause. Puisqu'il ressort de l'ordonnance de renvoi que les produits en question ont été importés de Monaco, un pays tiers, il convient d'examiner le statut des produits directement importés de Monaco au regard du droit communautaire.

#### A — *La question monégasque*

12. L'article 227 du traité CE (devenu, après modification, article 299 CE) n'énumère pas le territoire de la principauté de Monaco parmi les territoires auxquels le traité s'applique. Il s'agit donc, ainsi que la Commission et le gouvernement français l'ont justement relevé à l'audience, d'un pays tiers au regard du droit communautaire. Il fait néanmoins partie du territoire douanier de la Communauté au moins depuis 1968, lorsque l'article 2 du règlement (CEE) n° 1496/68 du Conseil, du 27 septembre 1968, relatif à la définition du territoire douanier de la Communauté<sup>9</sup>, a précisé que certains territoires, dont la principauté de Monaco, «situés hors du

<sup>9</sup> — JO L 238, p. 1.

territoire des États membres», mais énumérés dans l'annexe du règlement, «sont considérés comme faisant partie du territoire douanier de la Communauté». La réglementation applicable ne spécifie pas quelles sont les conséquences juridiques précises de la décision d'inclure la principauté de Monaco dans le territoire douanier de la Communauté<sup>10</sup>. Néanmoins, puisqu'aucun droit de douane ou taxe d'effet équivalent ne peut être appliqué aux échanges entre Monaco et la Communauté, il semble à première vue en découler que les marchandises originaires de Monaco, exportées directement vers un État membre, devraient être traitées comme si elles étaient d'origine communautaire.

13. La base juridique la plus convaincante à l'appui de cette interprétation réside dans l'analogie avec la notion de produits en «libre pratique dans un État membre» énoncée aux articles 9 et 10 du traité CE (devenus, après modification, articles 23 CE et 24 CE), grâce à laquelle les produits originaires de pays tiers qui ont satisfait, dans un État membre donné, aux formalités douanières d'entrée sur le territoire douanier de la Communauté et qui ont été soumis au tarif approprié imposé par le tarif douanier commun des Communautés

(ci-après le «TDC»), sont réputés être en «libre pratique» dans cet État membre. Dans son arrêt du 15 décembre 1976, *Donckerwolcke et Schou*<sup>11</sup>, la Cour a jugé que «les produits bénéficiant de la 'libre pratique' sont définitivement et totalement assimilés aux produits originaires des États membres», et qu'«il résulte de cette assimilation que les dispositions de l'article 30, relatives à l'élimination des restrictions quantitatives et de toutes mesures d'effet équivalent, sont indistinctement applicables aux produits originaires de la Communauté et à ceux qui ont été mis en libre pratique à l'intérieur de l'un quelconque des États membres, quelle que soit l'origine première de ces produits». Plus loin, dans le même arrêt, la Cour a apporté un correctif en ajoutant que cette assimilation ne pouvait «avoir son plein effet qu'à supposer que (les) marchandises soient soumises aux mêmes conditions d'importation, douanières et commerciales, quel que soit l'État à l'intérieur duquel la mise en libre pratique a eu lieu»<sup>12</sup>. Or, nul n'a avancé qu'il subsisterait des différences de politique douanière ou commerciale dans le domaine des importations de produits cosmétiques dans la Communauté. Au demeurant, les règles générales actuelles, qui figurent dans le règlement (CE) n° 3285/94<sup>13</sup>, prévoient expressément (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement) que «L'importation dans la Communauté des produits visés au paragraphe 1 est libre et n'est donc soumise à aucune restriction quantitative, sans préju-

10 — La disposition actuellement applicable, qui figure à l'article 3, paragraphe 2, sous b), du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire (JO L 302, p. 1), tel que modifié par l'article 1<sup>er</sup>, point 1), sous b), du règlement (CE) n° 82/97 du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996 (JO 1997, L 17, p. 1), est libellée dans les termes suivants: «Compte tenu de la convention qui lui est applicable, et bien qu'il soit situé hors du territoire de la République française, est également considéré comme faisant partie du territoire douanier de la Communauté le territoire de la principauté de Monaco, tel qu'il est défini par la convention douanière signée à Paris, le 18 mai 1963...»

11 — 41/76, Rec. p. 1921, points 17 et 18. Voir également l'arrêt du 13 mars 1979, *Peureux* (119/78, Rec. p. 975), dans lequel la Cour a jugé, en ce qui concerne l'article 30 du traité, que «l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives dans le commerce intracommunautaire a la même portée pour les produits importés d'un autre État membre, après y avoir été admis en libre pratique, que pour ceux originaires dudit État membre» (point 26).

12 — Arrêt *Donckerwolcke et Schou*, précité (note 11), point 25.

13 — Règlement du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif au régime commun applicable aux importations et abrogeant le règlement (CE) n° 518/94 (JO L 349, p. 53).

dice des mesures de sauvegarde pouvant être prises en vertu du titre V »<sup>14</sup>.

14. Par supposition, assimiler les biens exportés directement de Monaco, pays tiers, vers l'Allemagne à des biens en libre pratique, notion qui s'applique à des biens déjà importés d'un pays tiers, implique une extension de cette notion. Cela implique en particulier l'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives envers l'Allemagne, en l'absence d'accord réciproque susceptible d'être invoqué dans la situation inverse d'exportations directes de l'Allemagne vers Monaco. L'absence de tout accord international avec la principauté de Monaco<sup>15</sup> peut à l'occasion susciter des difficultés, ainsi que l'agent du gouvernement français l'a reconnu à l'audience<sup>16</sup>. Cela contraste avec la situation qui prévaut maintenant en ce qui concerne la république de Saint-

Marin. Comme la principauté de Monaco, elle est considérée depuis 1968 comme faisant partie du territoire douanier de la Communauté, mais ses relations commerciales avec la Communauté sont régies depuis 1992 par un accord international spécial<sup>17</sup>. En dépit de l'absence d'un système exhaustif régissant les relations commerciales entre Monaco et la Communauté, je pense que le simple fait que Monaco fait partie du territoire douanier de la Communauté justifie que les produits originaires de Monaco soient considérés comme bénéficiant des règles de la libre circulation. À mon avis, le fait que Monaco est à l'intérieur de la Communauté du point de vue douanier représente une base plus convaincante pour étendre cette notion que celle avancée par la défenderesse à l'audience, selon laquelle le fait que les produits concernés (probablement comme la plupart des exportations de Monaco) traversent physiquement la France pour accomplir le trajet de Monaco à l'Allemagne suffit pour que le droit communautaire soit applicable. Cela entraînerait une différence anormale de traitement par rapport aux biens exportés de Monaco par la mer, par exemple vers l'Espagne et l'Italie. Il ressort clairement de l'article 10 du traité et de l'arrêt Donckerwolcke et Schou, précité, que les produits provenant des pays tiers doivent être physiquement importés dans un État membre et y accomplir les formalités juridiques requises par le TDC, y compris le paiement des droits appropriés, avant d'être considérés comme étant en libre pratique. Le statut juridique de la principauté de Monaco, qui fait partie du territoire douanier communautaire, rend ces conditions superflues.

14 — En vertu de son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, le règlement n° 3285/94 s'applique aux importations des produits originaires des pays tiers, à l'exception des produits textiles originaires de certains pays tiers, dont Monaco ne fait pas partie; voir l'annexe I du règlement (CEE) n° 519/94 du Conseil, du 7 mars 1994, relatif au régime commun applicable aux importations de certains pays tiers et abrogeant les règlements (CEE) n° 1765/82, (CEE) n° 1766/82 et (CEE) n° 3420/83 (JO L 67, p. 89).

15 — Voir Snyder, *International Trade and Customs Law of the European Union*, 1998, p. 504, note 3.

16 — L'agent a relevé que la principauté de Monaco est effectivement tenue — apparemment en raison de la convention d'union douanière conclue entre la principauté de Monaco et la République française le 18 mai 1963, ratifiée par la République française par le décret n° 63-982, du 24 septembre 1963 (JORF p. 8679) — de se conformer à la législation communautaire telle que la directive de 1976. La Cour a appris que des difficultés surgissent encore et que la Commission, à la suite de démarches effectuées par les autorités françaises et monégasques, étudie actuellement s'il est opportun de négocier un accord international avec la principauté de Monaco.

17 — Décision 92/561/CEE du Conseil, du 27 novembre 1992, concernant la conclusion de l'accord intérimaire de commerce et d'union douanière entre la Communauté économique européenne et la république de Saint-Marin (JO L 359, p. 13). L'accord établit une union douanière entre la Communauté et la république de Saint-Marin (article 1<sup>er</sup>), en vertu de laquelle les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent sont explicitement interdites dans les échanges entre les parties contractantes (article 8).

Par conséquent, j'estime que, puisque le législateur communautaire a décidé d'accorder à la principauté de Monaco le statut de territoire douanier communautaire, il en découle juridiquement que, dès lors que des produits monégasques sont exportés vers un État membre, ils doivent ensuite être traités, sur le plan commercial, comme des marchandises en libre pratique.

15. Il en résulte que le fait que les produits en cause dans le litige principal sont importés directement de Monaco en Allemagne n'affecte pas l'examen de la question de savoir si la mise en demeure que la juridiction nationale envisage de prononcer serait compatible avec le droit communautaire.

#### B — *La question de fond*

16. Il n'est pas surprenant que les observations écrites et orales soumises à la Cour dans le cas d'espèce n'aient révélé aucun désaccord fondamental sur les principes qu'il convient d'appliquer dans la formulation d'une réponse à la question soumise par la juridiction nationale. Les principales questions juridiques ont été résolues dans des arrêts relativement récents. La véritable question qui se pose en l'espèce est celle de savoir dans quelle mesure la protection des consommateurs assurée par le droit allemand, en particulier par une règle présu-

mant que la possibilité de confusion pour 10 à 15 % des consommateurs suffit à justifier une restriction à la vente d'un produit, peut s'appliquer en dépit de ses effets négatifs sur les échanges entre États membres, alors que les règles relatives aux produits concernés ont été harmonisées au niveau communautaire. Seul le gouvernement finlandais soutient, et le gouvernement français l'a dans une certaine mesure appuyé à l'audience, que, en dépit de la directive de 1976, les États membres peuvent maintenir leurs propres règles plus strictes en matière de protection des consommateurs.

17. Pour commencer, il est constant que la décision d'une juridiction nationale restreignant la vente de la crème au seul motif que le terme « lifting » est utilisé dans la dénomination constituerait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation, interdite, en principe, par l'article 30 du traité, ainsi qu'une restriction au commerce des produits cosmétiques contraire à l'article 7, paragraphe 1, de la directive de 1976<sup>18</sup>. La crème est vendue dans des conditions tout à fait comparables dans d'autres États membres, de sorte que l'exportateur devrait, pour se conformer à des règles allemandes particulières, comme dans l'affaire Clinique, supporter des coûts supplémentaires de conditionnement et de publicité pour ce seul marché<sup>19</sup>. Par conséquent, il reste seulement à examiner dans quelle mesure une telle restriction est néanmoins défendable.

18 — Bien que l'UWG et la LmBG s'appliquent aussi bien aux produits allemands qu'aux produits importés, une décision d'interdiction constituerait manifestement une « règle relative au produit » au sens de l'arrêt du 24 novembre 1993, Keck et Mithouard (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097), et la restriction au commerce qu'elle comporterait doit donc être justifiée.

19 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 19.

18. Il est également bien établi dans la jurisprudence de la Cour, en particulier dans l'arrêt Clinique, que la directive de 1976 « a procédé à une harmonisation exhaustive des règles nationales d'emballage et d'étiquetage des produits cosmétiques »<sup>20</sup>. Elle « définit ainsi les mesures à prendre dans l'intérêt de la défense des consommateurs et de la loyauté des transactions commerciales, qui figurent au nombre des exigences impératives telles que précisées par la jurisprudence de la Cour pour l'application de l'article 30 du traité »<sup>21</sup>. En d'autres termes, cette exigence impérative particulière est reprise dans la directive de 1976 et les règles permettant de s'y conformer y sont énoncées de manière exhaustive.

19. L'article 7, paragraphe 1, de la directive de 1976 empêche les États membres d'interdire ou de restreindre la mise sur le marché des produits cosmétiques qui répondent aux conditions prescrites par cette directive. Dans le cas d'espèce, il est entendu que la crème est conditionnée et étiquetée dans le respect de ces conditions. La question qui se pose est celle de savoir si l'Allemagne peut néanmoins, dans le cadre de l'objectif défini à l'article 6, paragraphe 3, restreindre sa commercialisation dans cet État membre.

20. Le débat porte donc, dans la présente affaire, sur l'obligation imposée aux États membres par l'article 6, paragraphe 3, de la directive de 1976 de veiller à ce que

l'étiquetage ou la dénomination des produits ne permettent pas de leur « attribuer... des caractéristiques qu'ils ne possèdent pas ». La directive de 1976 laisse aux États membres le choix des mesures permettant de s'acquitter de cette obligation. Cela n'est pas surprenant, car il serait impossible d'établir à l'avance des critères exhaustifs pouvant s'appliquer dans tous les cas pour déterminer si des indications relatives à un produit sont erronées. Néanmoins, la directive de 1976 doit être interprétée en ce sens qu'elle fournit les règles exhaustives devant s'appliquer pour protéger les consommateurs des pratiques de vente ou de commercialisation qui comportent, même implicitement, des indications fausses sur des produits cosmétiques. En d'autres termes, les règles pertinentes sont établies au niveau communautaire et doivent simplement être appliquées au cas par cas par les États membres. Ceux-ci ne sont donc pas habilités à légiférer en la matière, et se bornent à agir dans le cadre des règles harmonisées<sup>22</sup>.

21. La directive de 1976 peut donc être opposée à la directive 84/450, qui ne procède qu'à une harmonisation partielle des règles nationales en matière de publicité trompeuse, en fixant des critères minimaux et objectifs permettant de déterminer qu'une publicité donnée est trompeuse<sup>23</sup>. Je ne peux donc me rallier à l'argument avancé par le gouvernement finlandais et soutenu par le gouvernement français à l'audience, selon lequel l'article 6, paragraphe 3, de la directive de 1976 devrait être

20 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 11. Voir également l'arrêt du 28 janvier 1999, Unilever (C-77/97, Rec. p. I-431, point 24), et les affaires qui y sont citées.

21 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 15.

22 — Voir les arrêts du 19 mars 1998, Compassion in World Farming (C-1/96, Rec. p. I-1251, point 47); du 5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077, point 31), et du 5 avril 1979, Ratti (148/78, Rec. p. 1629, points 36 à 38).

23 — Arrêts du 13 décembre 1990, Pall (C-238/89, Rec. p. I-4827, point 22); Clinique, précité (note 5), point 10, et du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, Rec. p. I-3843, point 37).

interprété à la lumière de la directive 84/450. Les États membres, s'ils sont investis de la responsabilité fondamentale de contrôler l'utilisation de données trompeuses sur l'étiquetage, sont tenus d'appliquer les principes établis à l'article 6, paragraphe 3, c'est-à-dire d'interdire les indications fausses ou trompeuses concernant les caractéristiques que possède un produit cosmétique. Le point de vue du gouvernement finlandais, fondé sur une analogie avec l'article 7 de la directive 84/450, selon lequel les États membres peuvent appliquer des critères de protection du consommateur plus sévères, est donc erroné. Chaque État membre doit appliquer le même critère de droit communautaire.

22. La directive de 1976 doit aussi, ainsi que la Cour l'a souligné dans son arrêt Clinique, « comme toute réglementation de droit dérivé, être interprétée à la lumière des règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises »<sup>24</sup>. Selon une jurisprudence constante, l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent vaut, non seulement pour des mesures nationales, mais également pour des mesures émanant des institutions communautaires<sup>25</sup>. L'article 6, paragraphe 3, figure dans une directive destinée, par la voie de l'harmonisation, à améliorer la libre circulation des produits cosmétiques. Il doit par conséquent être considéré comme poursuivant un objectif double, la libre circulation et la défense du consommateur. Lorsque les juridictions nationales appliquent des dispositions nationales mettant en application ces objectifs, lorsqu'ils sont en conflit, elles sont

naturellement appelées à établir un équilibre entre eux. La Cour a pour rôle, lorsqu'elle répond à une question telle que celle qui lui est soumise par la juridiction nationale dans la présente affaire, comme les gouvernements allemand et français le soulignent à juste titre, de fournir un critère d'interprétation clair et utile pour aider la juridiction nationale dans cette tâche.

23. À la lumière de ces observations préliminaires, je m'efforcerai de faire ressortir les éléments qui devraient guider la Cour dans sa réponse à la question qui lui est déferée par la juridiction nationale. Cette question, rappelons-le, mentionne, en premier lieu, que la crème est « légalement fabriquée et distribuée dans un État membre » (l'Allemagne) et « légalement commercialisée dans d'autres pays de l'Union européenne, sans susciter de contestation, avec la même mention de ces effets sur l'emballage » et, en deuxième lieu, que la loi allemande sur la concurrence déloyale permet d'interdire sa vente et sa distribution « au motif que le consommateur serait induit en erreur par la dénomination 'lifting' qui, comprise comme la mention des effets du produit, laisserait supposer qu'il a un effet durable... ». Cette opposition met en valeur le problème central que soulève la présente affaire, c'est-à-dire, à mes yeux, celui de définir le critère approprié de la protection des consommateurs contre le risque d'être trompés ou induits en erreur par des indications fausses. Alors que le droit allemand permet d'interdire la commercialisation lorsqu'un produit peut tromper 10 à 15 % de consommateurs, la juridiction nationale relève, en se référant à l'arrêt Mars, précité, que le droit communautaire considère que les consommateurs sont suffisamment avertis et vigilants, et qu'ils n'ont donc pas besoin d'une protection contre les indications qui n'abu-

24 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 12.

25 — Voir en particulier les arrêts du 17 mai 1984, *Denkavit Nederland* (15/83, Rec. p. 2171, point 15), et du 9 août 1994, *Meyhui* (C-51/93, Rec. p. I-3879, point 11).

seraient qu'aussi peu de consommateurs. Dans ses observations écrites, la demanderesse expose avec acuité les points de vue totalement divergents exprimés dans les publications juridiques allemandes au sujet du niveau de protection approprié. À une extrémité, on trouve le point de vue selon lequel, au nom du droit à l'égalité des chances économiques, les articles 30 et 36 du traité ne devraient pas être interprétés en songeant au consommateur critique mature, car cela serait discriminatoire envers les consommateurs ayant une capacité intellectuelle limitée<sup>26</sup>! À l'autre extrémité de l'éventail, on estime que le droit communautaire impose le modèle du consommateur dûment averti et que le droit allemand en matière de concurrence déloyale devrait abandonner «la tentative aussi stupide que vaine de vouloir encore protéger pratiquement le dernier 'benêt' ('Trottel') contre le danger d'être trompé par la publicité»<sup>27</sup>.

24. Pour déterminer le niveau approprié de protection du consommateur, il convient, à mes yeux, de partir de la proposition énoncée par la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle la libre circulation des marchandises entre les États membres constitue un principe fondamental du droit communautaire<sup>28</sup>. Le recours, soit à l'un des motifs de dérogation mentionnés à l'article 36 du traité, soit à une exigence impérative, doit être considéré comme une exception à ce principe. La portée des exceptions à ce principe ne doit «pas

étendre ses effets au delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir, et les mesures prises... ne doivent pas créer des entraves aux importations qui soient disproportionnées par rapport à ces objectifs»<sup>29</sup>. Ainsi que la Cour l'a expressément admis, en citant les arrêts Clinique et Mars, une mesure de protection contre «un risque de tromperie des consommateurs ne peut primer les exigences de la libre circulation des marchandises et donc justifier des entraves aux échanges que pour autant qu'il est suffisamment grave...»<sup>30</sup>. L'obligation de «respecter le principe de proportionnalité» s'applique également aux «mesures que les États membres sont appelés à prendre pour la mise en œuvre» de l'article 6, paragraphe 3, de la directive de 1976<sup>31</sup>. L'intérêt communautaire de la protection des consommateurs, que la directive reconnaît, ne peut justifier un empiètement sur la libre circulation des produits cosmétiques que dans la mesure précisément nécessaire pour servir cet intérêt.

25. Le droit communautaire, dans son approche de la protection des consommateurs, a préféré souligner qu'il est souhaitable de disséminer les informations, que ce soit par la publicité, l'étiquetage ou par d'autres procédés, ce qui constitue le meilleur moyen de favoriser la liberté du commerce sur des marchés ouverts à la concurrence. Il présume que les consommateurs s'informeront eux-mêmes de la qualité et du prix des produits et opéreront des choix intelligents. Dès son arrêt Rewe

26 — Il est fait référence à Reuthental, «Verstößt das deutsche Irreführungsgebot gegen Artikel 30 EGV?», *WRP* 12/97, p. 1154, spécialement p. 1160.

27 — Emmerich, *Le Droit de la concurrence déloyale*, article 12, 8, sous b), 4e édition, 1995.

28 — Voir les arrêts du 28 avril 1998, *Metronome Musik* (C-200/96, Rec. p. I-1953, point 14), et du 22 septembre 1998, *FDV* (C-61/97, Rec. p. I-5171, point 13).

29 — Arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil e.a.* (72/83, Rec. p. 2727, point 37).

30 — Arrêt du 26 novembre 1996, *Graffione* (C-313/94, Rec. p. I-6039, point 24).

31 — Voir les arrêts *Unilever*, précité (note 20), point 27, et *Clinique*, précité (note 5), point 16.

Zentral, dit «Cassis de Dijon», la Cour a prôné l'étiquetage informatif, solution préférable à une interdiction des ventes<sup>32</sup>. Elle a mis l'accent sur la disponibilité et l'utilité de l'information, comme l'illustre tout particulièrement l'affaire de la «loi de pureté pour la bière» dans laquelle la République fédérale d'Allemagne entendait défendre, notamment pour des motifs tirés de la protection des consommateurs, la disposition du droit allemand selon laquelle seuls les produits fabriqués exclusivement à partir de malt, d'orge, de houblon, de levure et d'eau pouvaient être commercialisés sous le nom de «bière» en Allemagne<sup>33</sup>. La Cour, tout en admettant qu'il était légitime de vouloir permettre aux consommateurs «qui attribuent des qualités particulières aux bières fabriquées à partir de matières premières déterminées la possibilité d'opérer leur choix en fonction de cet élément», a estimé que cet objectif pouvait être atteint par un système de normes d'information du consommateur qui permettrait «au consommateur de fixer son choix en toute connaissance de cause»; les brasseries peuvent donc être tenues d'indiquer sur leurs étiquettes les matières premières utilisées alors que, en ce qui concerne les bières débitées à la pression, elles peuvent être tenues de veiller à ce que «les informations requises (figurent) sur les fûts ou les siphons»<sup>34</sup>. Quelques années plus tard, dans son arrêt Pall, précité, la Cour, refusant d'admettre que la possibilité d'une erreur des consommateurs allemands au sujet du lieu de dépôt de la marque de produits importés portant le symbole «(R)» puisse justifier que son utilisation soit interdite en vertu de l'UWG, a estimé que, «à supposer même que les consommateurs ou une partie d'entre eux puissent

être induits en erreur sur ce point, un tel risque ne saurait justifier une entrave si caractérisée à la libre circulation des marchandises, car les consommateurs sont davantage intéressés aux qualités du produit qu'au lieu du dépôt de la marque»<sup>35</sup>. La Cour a donc souligné que «la politique communautaire en la matière établit un lien étroit entre la protection et l'information du consommateur»<sup>36</sup>.

26. Toutefois, à mon avis, c'est l'émergence dans la jurisprudence la plus récente de la Cour d'un modèle d'un hypothétique consommateur moyen, dans les affaires où la tromperie est alléguée, qui est susceptible de fournir l'élément le plus utile, aussi bien aux juridictions nationales qu'à la Cour, cette dernière échappant ainsi à la nécessité de statuer sur ces affaires sur une base individuelle. Il semble que c'est la République fédérale d'Allemagne qui, la première, a mis l'accent sur l'importance des conclusions que «le consommateur normalement avisé»<sup>37</sup> pourrait tirer sur le point de savoir si un produit a des propriétés prophylactiques ou thérapeutiques, en soutenant avec succès le point de vue des autorités allemandes, dont le bien-fondé

35 — Arrêt Pall, précité (note 23), point 19.

36 — Arrêt du 7 mars 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Rec. p. I-667, point 14). Dans son arrêt du 18 mai 1993, Yves Rocher (C-126/91, Rec. p. I-2361), la Cour a jugé que l'interdiction générale édictée par l'UWG de la publicité accrocheuse utilisant les comparaisons des prix constitue une restriction disproportionnée aux échanges «dans la mesure où elle affecte des publicités dénuées de tout caractère trompeur contenant des comparaisons de prix réellement pratiqués, lesquelles peuvent être fort utiles pour permettre au consommateur de réaliser ses choix en pleine connaissance de cause» (point 17; c'est nous qui soulignons).

37 — Voir l'arrêt du 20 mai 1992, Commission/Allemagne (C-290/90, Rec. p. I-3317, point 11). Quelques mois avant cet arrêt, la Cour avait souligné la nécessité de tenir compte des consommateurs auxquels s'adresse une indication — en l'espèce celle qui serait contenue dans une publicité présentant comme «neufs» des véhicules importés préalablement immatriculés, qui n'avaient pas encore été mis en circulation —: voir l'arrêt du 16 janvier 1992, X (C-373/90, Rec. p. I-131, point 15).

32 — Arrêt du 20 février 1979 (120/78, Rec. p. 649).

33 — Arrêt du 12 mars 1987, Commission/Allemagne, dit «Loi de pureté pour la bière» (178/84, Rec. p. 1227).

34 — Arrêt Loi de pureté pour la bière, précité (note 33), points 35 et 36.

était contesté en l'occurrence par la Commission, selon lequel les solutions oculaires pouvaient être considérées comme des médicaments et être donc soumises à une autorisation préalable avant leur commercialisation<sup>38</sup>. En 1994, dans son arrêt *Meyhui*, précité, la Cour a entériné une disposition du droit communautaire imposée par une directive de 1969<sup>39</sup> imposant aux fabricants de verre relevant de certaines catégories (« cristallin » et « verre sonore ») l'usage des seules dénominations de ce verre qui sont employées dans la ou les langues de l'État membre où le produit est commercialisé, car « la différence de qualité du verre utilisé n'est pas aisément perceptible pour le consommateur moyen, pour lequel l'achat de produits en verre de cristal n'est pas un acte fréquent », et « il est donc nécessaire qu'il puisse être informé le plus clairement possible sur ce qu'il achète, de manière à ce qu'il ne confonde pas un produit relevant des catégories (ci-dessus) avec un produit relevant des catégories supérieures et, partant, à ce qu'il ne paie pas un prix injustifié »<sup>40</sup>.

27. Cette détermination du niveau de protection requis par le consommateur moyen s'est cristallisée en 1995 dans l'arrêt *Mars*, précité. L'affaire *Mars* portait sur une plainte selon laquelle l'apposition d'une mention « + 10 % », dont les dimensions dépassaient 10 % de la surface de l'emballage de barres de crème glacée, était contraire à l'article 3 de l'UWG dans la

mesure où elle trompait les consommateurs en leur faisant croire que le volume ou le poids du produit avait été augmenté dans une proportion supérieure à 10 %. La Cour a adopté, pour la première fois, la notion de « consommateur raisonnablement avisé », qui est « censé savoir qu'il n'y a pas nécessairement un lien entre la taille des mentions publicitaires relatives à une augmentation de la quantité du produit et l'importance de cette augmentation »<sup>41</sup>.

28. Depuis lors, cette conception a été consolidée, en particulier dans deux affaires récentes. L'arrêt *Gut Springenheide et Tusky*<sup>42</sup> portait sur une plainte déposée devant une juridiction allemande concernant le caractère prétendument trompeur d'informations figurant à la fois dans la marque utilisée et dans une notice incluse dans l'emballage des oeufs, contrairement, dans le cas d'espèce, à la législation communautaire<sup>43</sup>. La juridiction nationale posait explicitement la question de savoir s'il convenait de se référer au « consommateur moyen informé » ou au « consommateur superficiel ». L'arrêt rendu par la Cour a une portée générale: la Cour a particulièrement attiré l'attention sur l'existence de dispositions analogues destinées à protéger le consommateur dans d'autres actes du droit communautaire et s'est référée à certaines de ses décisions antérieures, notamment les arrêts *GB-INNO-BM*, *Pall*, *Clinique et Mars*, précités. La Cour a

38 — Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques (JO 1965, 22, p. 369).

39 — Directive 69/493/CEE du Conseil, du 15 décembre 1969, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au verre cristal (JO L 326, p. 36).

40 — Arrêt *Meyhui*, précité (note 25), point 18 (c'est nous qui soulignons).

41 — Arrêt *Mars*, précité (note 4), point 24.

42 — Arrêt du 16 juillet 1998 (C-210/96, Rec. p. I-4657).

43 — Voir le règlement (CEE) n° 2771/75 du Conseil, du 29 octobre 1975, portant organisation commune des marchés dans le secteur des oeufs (JO L 282, p. 49), et l'article 10 du règlement (CEE) n° 1907/90 du Conseil, du 26 juin 1990, concernant certaines normes de commercialisation applicables aux oeufs (JO L 173, p. 5), tel que modifié.

ensuite énoncé le critère suivant (points 31-32):

« Il ressort de ces arrêts que, pour déterminer si la dénomination, la marque ou l'indication publicitaire en cause étaient ou non de nature à induire l'acheteur en erreur, la Cour a pris en considération l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, sans avoir ordonné une expertise ou commandé un sondage d'opinion.

Ainsi, les juridictions nationales devraient généralement être à même d'apprécier, dans les mêmes conditions, l'effet trompeur éventuel d'une indication publicitaire. »

S'il est présenté comme un critère que la Cour avait elle-même déjà appliqué, il est manifeste qu'il était principalement destiné à être le critère appliqué par les juridictions nationales. Cela ressort clairement, à mon avis, de l'arrêt *Sektkellerei Kessler*<sup>44</sup>. Cette affaire portait sur le risque de tromperie résultant de la marque d'un vin mousseux allemand. La Cour a souligné la nécessité « d'établir, au regard des conceptions ou habitudes des consommateurs visés, l'existence d'un risque réel que leur comportement économique soit affecté » (point 33),

puis elle a repris le critère énoncé dans son arrêt *Gut Springenheide et Tusky*:

« ... il incombe à la juridiction nationale... de vérifier au vu des circonstances si, compte tenu des consommateurs auxquels elle s'adresse, une marque ou ses composantes sont susceptibles d'être confondues avec tout ou partie de la désignation de certains vins. À cet effet, il ressort également de la jurisprudence de la Cour que la juridiction nationale doit prendre en considération l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé » (point 36).

29. Il est donc clair que le critère à appliquer, dans tous les cas où une restriction à la vente ou à la commercialisation d'un produit est décidée au motif que le consommateur doit être protégé d'un étiquetage trompeur ou d'autres informations annexes trompeuses, est de savoir si sa présence sur le marché serait susceptible, d'un point de vue matériel, de tromper le consommateur hypothétique ainsi défini. À mon avis, l'obligation des juridictions nationales d'appliquer scrupuleusement ce critère est particulièrement importante dans les cas où l'objectif de protection du consommateur trouve sa source dans une directive telle que la directive de 1976, qui régit le domaine dès lors que la commercialisation des produits cosmétiques est en cause. Le critère devrait permettre à la juridiction nationale de confronter les faits de chaque affaire avec cette norme sur la base de sa propre appréciation de la manière dont un tel consommateur serait affecté. Il est clair que la norme en cause,

44 — Arrêt du 28 janvier 1999 (C-303/97, Rec. p. I-513).

qui est fondée sur l'addition de quatre facteurs, est élevée. Compte tenu de toutes les circonstances entourant les faits à prendre en considération, et en particulier des conditions de vente appliquées par le vendeur, la juridiction nationale doit s'assurer que le consommateur moyen, normalement informé et attentif à l'égard du produit en cause, et qui utilise ses facultés critiques de manière raisonnablement avisée pour analyser les mentions qu'il porte ou qui le concernent, serait induit en erreur. L'approche n'est donc pas statistique. Les études de marché peuvent, dans certains cas, être utiles, mais il faut rappeler qu'elles présentent les faiblesses inhérentes à la formulation des questionnaires d'enquête, et qu'elles font souvent l'objet d'interprétations divergentes quant à leur valeur probante<sup>45</sup>. Par conséquent, elles ne libèrent pas la juridiction nationale de la nécessité d'exercer son propre pouvoir d'appréciation, à partir du modèle du consommateur moyen tel qu'il est défini par le droit communautaire. En conclusion, le point capital est qu'un critère unique de droit communautaire est désormais disponible, et qu'il serait donc inopportun qu'une juridiction nationale fonde sa décision finale en matière de tromperie sur des preuves statistiques basées sur l'effet probable sur 10 à 15 % des consommateurs potentiels.

### 30. Toujours afin de venir en aide à la juridiction nationale dans l'affaire pen-

dante, il serait peut-être utile que je rappelle brièvement certains des facteurs dont elle devrait tenir compte pour former son opinion sur le point de savoir si le consommateur moyen de la crème en cause serait induit en erreur par l'évocation d'un lifting facial ou, plus généralement, de la chirurgie esthétique, que comporte l'utilisation du terme « lifting » dans sa dénomination. En premier lieu, il est clair, compte tenu de la similitude frappante entre les faits et les questions sur lesquels portait l'affaire Clinique et ceux sur lesquels porte la présente affaire, que la juridiction nationale devrait tenir compte du fait que la crème est manifestement commercialisée et vendue comme un produit cosmétique, qu'elle est vendue exclusivement dans les parfumeries ou dans les rayons de produits cosmétiques de grands magasins et qu'elle est commercialisée dans d'autres États membres sans que cela entraîne apparemment d'erreur pour les consommateurs<sup>46</sup>. En outre, le droit communautaire admet, comme la Cour l'a confirmé, notamment, dans son arrêt Graffione, précité, que des facteurs sociaux et culturels ou linguistiques propres à un État membre peuvent justifier que l'effet d'une mention particulière sur les consommateurs de cet État membre soit apprécié de manière différente<sup>47</sup>. La juridiction nationale peut donc être amenée à examiner si, du point de vue linguistique, l'utilisation du terme anglais « lifting », plutôt que d'un terme allemand ayant une connotation identique ou similaire, est de nature à induire les consommateurs alle-

46 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 21.

47 — Arrêt Graffione, précité (note 30), point 22. Le fait que la Cour était saisie d'une affaire de marques ne retire rien, à mes yeux, à la portée générale de son avis. Sous le point 10 de ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général Jacobs a relevé que la dénomination « Cotonelle » fournit « une excellente illustration de cette constatation en ce qui concerne le facteur linguistique » puisqu'elle « pourrait éventuellement amener une personne de langue maternelle anglaise, française ou italienne à penser que ce produit est fait de coton (mais) il est assez peu probable qu'elle ait cet effet sur quelqu'un qui ne comprend que l'allemand ou l'espagnol, puisque les mots désignant le coton dans ces langues sont respectivement 'Baumwolle' et 'algodón' ».

45 — Dans son arrêt *Sektkellerei Kessler*, précité (note 44), la Cour, citant les points 35 à 37 de son arrêt *Gut Springenheide et Tusky*, précité (note 42), a aussi exprimé des doutes sur leur utilité: « Ce n'est que s'il éprouvait des difficultés particulières pour évaluer le caractère trompeur de la marque que, en l'absence de toute disposition communautaire en la matière, il appartiendrait au juge national d'apprécier s'il convient, dans les conditions prévues par son droit national, de décider des mesures d'instruction telles qu'une expertise ou un sondage d'opinion destinées à éclairer son jugement ».

mands en erreur. Mais elle devrait également tenir compte du fait que l'emploi du terme n'a apparemment pas suscité de réserve dans d'autres États membres, y compris dans ceux où l'allemand est la langue nationale ou est largement parlé. Du point de vue des facteurs sociaux ou culturels, la juridiction nationale n'a pas mentionné dans son ordonnance de renvoi de particularités telles que les consommateurs allemands seraient plus susceptibles d'être induits en erreur par le terme «*lifting*» que les consommateurs d'autres États membres, mais il lui appartient d'établir si de tels facteurs existent effectivement et, dans l'affirmative, s'ils influent sur les conclusions que les consommateurs allemands tirent de la vision de ce terme. La juridiction nationale peut également souhaiter examiner la question de savoir si le fait même que la crème est spécifiquement destinée à être utilisée régulièrement, sinon quotidiennement, ce qui nécessite des frais prolongés pour les consommateurs désireux d'obtenir l'effet raffermissant souhaité, suffit à lui seul à souligner le caractère éphémère et transitoire de ces effets, neutralisant toute conclusion contraire pouvant être tirée du terme «*lifting*». En d'autres termes, ainsi que la Cour l'a admis, en particulier en ce qui concerne le risque de confusion entre des marques, la juridiction nationale devrait, pour déterminer s'il y a confusion au regard de la norme communautaire, se livrer à une «*appréciation globale du risque*»<sup>48</sup>.

31. Je suggérerais à la Cour de ne pas se borner à spécifier le critère qui doit être appliqué par la juridiction nationale, mais de lui fournir aussi des indications, selon les

grandes lignes exposées sous le point précédent, quant aux facteurs que la juridiction nationale peut décider de prendre en considération en appliquant ce critère, de manière à ce que la juridiction nationale dispose de tous les éléments pertinents lui permettant de déterminer s'il serait compatible avec le droit communautaire qu'elle prenne la mesure restrictive demandée en l'espèce. Toutefois, ce faisant, elle devrait, comme l'avocat général Gulmann l'a indiqué dans ses conclusions dans l'affaire Clinique, ne pas lier «*trop étroitement son interprétation de l'article 30 aux circonstances concrètes de l'affaire*»<sup>49</sup>. Je me rallie également au point de vue selon lequel, «*d'après le système du traité, ce devoir*» d'assurer une application uniforme des dispositions générales telles que celles qui figurent dans la directive de 1976 «*incombe aux tribunaux nationaux*»<sup>50</sup>. En dépit donc de la volonté occasionnellement affichée par la Cour, «*chaque fois que les éléments du dossier à sa disposition lui ont paru suffisants et la solution s'imposer*», de trancher elle-même «*ce point plutôt que d'en renvoyer l'appréciation finale au juge national*», je suis convaincu que de tels écarts par rapport à la répartition normale des compétences entre les juridictions nationales et la Cour de justice dans les affaires préjudicielles sont inopportuns et, du fait de l'émergence au niveau du droit communautaire d'un critère permettant aux juridictions nationales de déterminer elles-mêmes le degré approprié de protection des consommateurs, inutiles<sup>51</sup>. Dans des affaires telles que le litige principal, la Cour devrait donc se limiter à interpréter le droit communautaire et à fournir des indications pour son application par la juridiction nationale. C'est à la

49 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 9 des conclusions.

50 — Arrêt Clinique, précité (note 5), point 9 des conclusions.

51 — Arrêt Gut Springenheide et Tusky, précité (note 42), point 30. C'est sans aucun doute, parmi les arrêts qui y sont cités, l'arrêt Clinique qui fournit le meilleur exemple de cette approche.

48 — Voir, en particulier, le récent arrêt de la Cour du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (C-342/97, Rec. p. I-3819, points 25, 26 et 28).

juridiction nationale qu'incombe l'application en dernier ressort du droit communautaire et, donc, la décision finale sur les mentions prétendument trompeuses ou induisant en erreur concernant le produit.

32. J'estime donc, en conclusion, que la juridiction nationale ne devrait rendre la

décision sollicitée par la demanderesse au principal que si elle estime qu'un consommateur allemand moyen de la crème en question, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, serait induit en erreur, compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles elle est vendue, par l'utilisation dans sa dénomination ou sa description du terme «lifting», en attribuant à cette crème une caractéristique qu'elle n'a pas.

## V — Conclusion

33. À la lumière de l'analyse qui précède, je suggère que la question soumise par le Landgericht Köln reçoive la réponse suivante:

«Les dispositions combinées des articles 30 et 36 du traité CE (devenus, après modification, articles 28 CE et 30 CE) et de la directive 76/768/CEE du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques, en particulier de ses articles 6, paragraphe 3, et 7, paragraphe 1, empêchent un État membre d'interdire, sur la base de son droit national en matière de concurrence déloyale, l'importation et la distribution d'un produit cosmétique qui est commercialisé sans restriction dans d'autres États membres et qui est conforme aux conditions posées par la directive 76/768 en matière d'étiquetage, à moins que, dans cet État membre, un consommateur moyen du produit en question, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, soit, compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles le produit est vendu, induit en erreur par une mention figurant dans sa dénomination ou sa description, en lui attribuant une caractéristique qu'il n'a pas en réalité.»