

Mål C-296/23

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

10 maj 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

20 april 2023

Klagande:

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

Motpart:

dm-drogerie markt GmbH + Co. KG

BUNDESGERICHTSHOF

BESLUT

[utelämnas]

i målet

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., [utelämnas] Bad
Homburg,

kärande och klagande,

[utelämnas]

mot

dm-drogerie markt GmbH + Co. KG, [utelämnas] Karlsruhe,

svarande och motpart,

[utelämnas]

Avdelning I för tvistemål vid Bundesgerichtshof har efter muntlig förhandling den 23 februari 2023 fattat följande [utelämnas]

beslut:

- I. Förfarandet förklaras vilande.
- II. Följande fråga rörande tolkningen av artikel 72.3 andra meningen i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 528/2012 av den 22 maj 2012 om tillhandahållande på marknaden och användning av biocidprodukter (EUT L 167, 2012, s. 1) hänskjuts till Europeiska unionens domstol:

Omfattar begreppet ”liknande” i artikel 72.3 andra meningen i förordning (EU) nr 528/2012 endast sådana uppgifter i reklam som, på samma sätt som de begrepp som uttryckligen anges i nämnda bestämmelse, på ett generaliserande sätt bagatelliserar biocidets egenskaper med hänsyn till produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet, eller omfattar ”liknande” alla begrepp som, på ett sätt som är jämförbart med något av begreppen som uttryckligen anges i nämnda bestämmelse, är bagatelliserande med hänsyn till produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet, men inte nödvändigtvis måste ha ett lika allmänt innehåll som dessa begrepp?

Skäl:

- 1 I. Klaganden är Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (en förening för bekämpning av otillbörliga affärsmetoder, nedan kallad Wettbewerbszentrale). Motparten, dm-drogerie markt GmbH + Co. KG (nedan kallat Dm-drogerie markt) är en dagligvarukedja med verksamhet i hela Förbundsrepubliken Tyskland.
- 2 Dm-drogerie markt bjöd ut ett desinfektionsmedel med namnet ”BioLYTHE” till försäljning i sina filialer. Medlet presenterades på det sätt som återges nedan. Dm-drogerie markt bjöd även ut varan på internet för försäljning med en bild på varan och dess etikett, samt ytterligare uppgifter i textform, vilket innefattade en ”produktbeskrivning”. Produkten innehåller natriumhypoklorit (NaClO) i en koncentration på 0,049 viktprocent. Ämnet är ett oxidationsmedel som separerar eller frisätter syre som påverkar cellmembranen hos bakterier, virus och svampar på ett sådant sätt de inte längre klarar av det osmotiska trycket.



- 3 På bilderna nedan visas förstoringar av de delar av etiketten som innehåller produktbeskrivningen. Produktbeskrivningen innehåller följande uppgifter som även återfinns i produktbeskrivningen på Dm-drogerie markts webbplats: ”ekologiskt universellt bredspektrum-desinfektionsmedel”, samt under texten ”hud-, hand- och ytdesinfektion” och ”effektiv mot SARS-corona” även texten ”hudvänlig • eko • utan alkohol”.

BIO LYTHE
Ökologisches Universal-Breitband
Desinfektionsmittel
Fertigkonzentrat

Merkmale
• hochwirksam gegen 99,99% aller bekannten Bakterien, Viren, Pilze und Keime • vernichtet auch Viren (behüllt und unbehüllt) und Bakterien, die gegen andere Verfahren resistent sind
• pH-neutral • keine Resistenzbildung • neutralisiert Gerüche aller Art • ohne Aldehyde, Farb- oder Duftstoffe

Zusammensetzung kg/g
995 g demineralisiertes Wasser H₂O, 4,5 g NaCl elektrochemisch aktiviertes Salz, 0,49 g Natriumhypochlorit Na⁺OCl⁻, 0,008 g O₂ Sauerstoff, 0,004 g O₃ Ozon

aut-, Hände- und Oberflächendesinfektion
Wirksam gegen SARS-Corona
Hautfreundlich • Bio • ohne Alkohol

Made in Germany

- 4 Wettbewerbszentrale anser att reklamen är otillbörlig, eftersom Dm-drogerie markt genom denna agerar i strid med de bestämmelser som reglerar aktörernas beteende på marknaden i förordning (EU) nr 528/2012 om tillhandahållande på marknaden och användning av biocidprodukter (nedan kallad biocidförordningen). Wettbewerbszentrale anmodade Dm-drogerie markt att upphöra med reklamen, dock utan framgång. Wettbewerbszentrale har därpå väckt talan och yrkat att

Dm-drogerie markt vid äventyr av närmare angivet vite ska förpliktas att upphöra med att i sin verksamhet utbjuda desinfektionsmedel, i synnerhet "BioLYTHE", för försäljning och använda beteckningarna "ekologiskt universellt bredspektrum-desinfektionsmedel" och/eller "hudvänlig" och/eller "eko" i reklam (även på internet) och på produktetiketten (antingen själv eller genom tredje man).

- 5 Dessutom har Wettbewerbszentrale yrkat ersättning för den inledande anmodan, vilken beräknats enligt schablon, jämte ränta.
- 6 Landgericht biföll talan (LG Karlsruhe, dom av den 25 mars 2021 – 14 O 61/20 KfH, *juris*). Dm-drogerie markt överklagade domen. Appellationsdomstolen ändrade domen i första instans på så sätt att den ogillade den ursprungliga talan såvitt avser yrkandet om förbudsföreläggande beträffande reklammeddelandet "hudvänlig", medan överklagandet ogillades i övriga delar (OLG Karlsruhe, *GRUR* 2022, 1620). Wettbewerbszentrale har överklagat sistnämnda dom. Prövningstillstånd har beviljats för överklagandet såvitt avser ändringen av domen

i första instans. Wettbewerbszentrale fullföljer nu sin talan såvitt avser förbuds föreläggandet beträffande reklam meddelandet ”hudvänlig”. Dm-drogerie markt har yrkat att överklagandet ska ogillas.

- 7 II. Huruvida överklagandet, som har beviljats prövningstillstånd, ska bifallas beror på hur begreppet ”liknande” förbjudna uppgifter i reklam för biocidprodukter i den mening som avses i artikel 72.3 andra meningen i [biocidförordningen] ska tolkas. Frågan är avgörande för utgången i målet, har ännu inte varit föremål för tolkning av EU-domstolen och den rätta tolkningen av unionsrätten framgår inte med sådan tydlighet att det inte lämnas något utrymme för rimligt tvivel (se EU-domstolen, dom av den 6 oktober 2021 – C-561/19, *NJW* 2021, 3303 [*juris*, punkt 32 och följande punkt] – Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi). Innan ett avgörande beträffande överklagandet fattas ska förfarandet förklaras vilande och hänskjutas till EU-domstolen för förhandsavgörande enligt artikel 267 första stycket b och tredje stycket FEUF.
- 8 1. Appellationsdomstolen fann – i de delar som är relevanta för förevarande mål om överklagande – att yrkandet om förbuds föreläggande inte kunde bifallas i den del som avsåg att desinfektionsmedlet betecknats som ”hudvänligt”. Den angav i detta sammanhang följande:
- 9 Wettbewerbszentrale har rätt att väcka talan enligt 8 § punkt 3 siffran 2 i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (lagen om otillbörlig konkurrens). Den omtvistade affärsmetoden är inte förbjuden såsom en otillbörlig åtgärd till följd av att den utgör en överträdelse mot artikel 69.2 första stycket första meningen i biocidförordningen, eftersom nämnda bestämmelse inte riktar sig till Dm-drogerie markt. Dm-drogerie markt har inte heller agerat i strid med artikel 72.3 i biocidförordningen genom den omtvistade användningen av beteckningen ”hudvänlig” för ett desinfektionsmedel. Uppgiften ”hudvänlig” omfattas inte av begreppet ”liknande” i den mening som avses i artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen. Den är inte heller vilseledande i den mening som avses i artikel 72.3 första meningen i biocidförordningen.
- 10 2. Wettbewerbszentrale har rätt att väcka talan enligt 8 § punkt 3 siffran 2 UWG i den lydelse som gällde fram till den 30 november 2021 (se 15a § punkt 1 UWG). Appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att Dm-drogerie markt inte agerat i strid med artikel 69.2 första stycket första meningen i biocidförordningen, eftersom bestämmelsen inte riktar sig till Dm-drogerie markt. Bestämmelsen riktar sig till innehavare av ett produktgodkännande i den mening som avses i artikel 3.1 p i biocidförordningen. Wettbewerbszentrale har inte gjort gällande att Dm-drogerie markt omfattas av nämnda bestämmelse.
- 11 3. Den överträdelse av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen som Wettbewerbszentrale har gjort gällande utgör en otillbörlig affärsmetod enligt 3a § UWG och en förbjuden affärsmetod enligt 3 § punkt 1 UWG. Det innebär att den kan bli föremål för ett förbuds föreläggande enligt 8 § punkt 1 första meningen UWG, då det finns en risk för att beteendet upprepas i förevarande fall.

- 12 a) Enligt artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen får reklam för en biocidprodukt inte i något fall innehålla uppgifter av typen ”lågriskbiocidprodukt”, ”inte giftig”, ”oskadlig”, ”naturlig”, ”miljövänlig”, ”djurvänlig” eller liknande.
- 13 b) Artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen är en bestämmelse som reglerar aktörernas beteende på marknaden i den mening som avses i 3a § UWG. Den syftar även till att reglera näringsidkarnas beteende på marknaden i konsumenternas intresse. Enligt dess artikel 1.1 är syftet med biocidförordningen att förbättra den inre marknadens funktion genom att harmonisera reglerna för tillhandahållande på marknaden och användning av biocidprodukter och samtidigt säkerställa en hög skyddsnivå både för människors och djurs hälsa och för miljön. Bestämmelserna i denna förordning bygger på försiktighetsprincipen, vars syfte är att skydda människors och djurs hälsa samt miljön (artikel 1.1 andra meningen i biocidförordningen). Artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen innehåller bestämmelser om reklam för biocidprodukter, vilka syftar till att förbjuda bagatellisering av produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet [utelämnas] [hänvisningar till doktrin]. Artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen syftar således även till att skydda konsumenternas hälsa.
- 14 c) En överträdelse av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen kan märkbart påverka konsumenternas intressen i den mening som avses i 3a § UWG. Enligt Bundesgerichtshofs rättspraxis ska överträdelser av bestämmelser som reglerar aktörernas beteende på marknaden i syfte att skydda konsumenternas hälsa utan vidare anses kunna påverka konsumenternas intressen märkbart i den mening som avses i 3a § UWG (se BGH, beslut av den 24 mars 2016 – I ZR 243/14, *GRUR* 2016, 833 [*juris*, punkt 11] = *WRP* 2016, 858 – Bio-Gewürze I, med ytterligare hänvisningar). Artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen är (också) en sådan bestämmelse som reglerar aktörernas beteende på marknaden i syfte att skydda konsumenternas hälsa.
- 15 d) Den omständigheten att medlemsstaternas lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare har harmoniserats fullständigt genom direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder (artikel 3.1 och artikel 4 i direktiv 2005/29/EG) utgör inte hinder mot rättslig uppföljning av en överträdelse av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen såsom en otillbörlig affärsmetod. Enligt artikel 3.3 [i direktiv 2005/29/EG] ska detta direktiv inte påverka några bestämmelser på gemenskapsnivå eller nationell nivå avseende produkters hälso- och säkerhetsaspekter. Artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen är en sådan bestämmelse.
- 16 4. Appellationsdomstolen fann, i enlighet med vad parterna anfört, med rätta att de desinfektionsmedel som avsågs i Wettbewerbszentrales ansökan är biocidprodukter i den mening som avses i artikel 3.1 a i biocidförordningen, det vill säga ett ämne eller blandning som är avsett att utöva kontroll över skadliga organismer på annat sätt än enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan. De

omtvistade uppgifterna på produkten utgör även reklam, vilket regleras i artikel 72 i biocidförordningen (se legaldefinitionen av begreppet reklam i artikel 3.1 y i samma förordning).

- 17 5. Vidare fann appellationsdomstolen med rätta – vilket inte ifrågasatts i överklagandet – att det inte måste föreligga ett vilseledande för en överträdelse av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen, inte heller i fråga om rekvisitet ”liknande”.
- 18 a) De krav som ställs enligt artikel 69.2 första stycket första meningen i biocidförordningen – som också återfinns i avsnittet ”Information om biocidprodukter” – på hur innehavare av produktgodkännande ska märka produkterna ska även gälla i tillämpliga delar för reklam enligt artikel 72.3 i biocidförordningen. Enligt artikel 69.2 första stycket första meningen i samma förordning ska innehavare av godkännanden se till att etiketterna inte är vilseledande med hänsyn till produktens risker för människors eller djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet och inte i något fall innehåller uppgifter av typen ”lågriskbiocidprodukt”, ”inte giftig”, ”oskadlig”, ”naturlig”, ”miljövänlig”, ”djurvänlig” eller liknande. Artikel 72.3 i biocidförordningen innehåller en jämförbar reglering på området reklam och föreskriver i första meningen att reklam för biocidprodukter inte får hänvisa till produkten på ett sätt som är vilseledande med hänsyn till produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet. Enligt den – i förevarande mål aktuella – bestämmelsen i artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen får reklam för en biocidprodukt inte i något fall innehålla uppgifter av typen ”lågriskbiocidprodukt”, ”inte giftig”, ”oskadlig”, ”naturlig”, ”miljövänlig”, ”djurvänlig” eller liknande.
- 19 b) Det framgår alltså att båda bestämmelserna förbjuder vilseledande uppgifter på etiketten (artikel 69.2 första stycket första meningen första alternativet i biocidförordningen) och i reklam (artikel 72.3 första meningen i biocidförordningen). Dessutom förbjuder båda reglerna vissa uttryckligen angivna uppgifter och ”liknande” (för etiketten i artikel 69.2 första stycket första meningen andra alternativet i biocidförordningen, för reklam i artikel 72.3 andra meningen i samma förordning). Detta ovillkorliga förbud – ”inte i något fall” – mot vissa uppgifter gäller oberoende av om de är vilseledande i den mening som avses i artikel 69.2 första stycket första meningen första alternativet respektive artikel 72.3 första meningen i biocidförordningen. Inget annat gäller för alternativet ”liknande” i någon av bestämmelserna, vilket utvidgar det absoluta förbudet till att även omfatta uppgifter som ska anses som ”liknande” i förhållande till de exempel som uttryckligen räknas upp.
- 20 6. Ansökan om föreläggande av förbud mot att beteckna desinfektionsmedlet som ”hudvänligt” är endast välgrundat om denna uppgift ska anses vara ”liknande” i förhållande till de uppgifter som omfattas av förbudet enligt artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen. Tolkningen av begreppet ”liknande” är således avgörande för utgången i målet om överklagande.

- 21 a) Appellationsdomstolen fann att begreppet ”liknande” inte endast omfattar sådana uppgifter som innehållsmässigt stämmer överens med de specifika uppgifter som räknas upp i bestämmelsen. Den fann att nämnda begrepp i synnerhet omfattar sådana uppgifter – som i tillämpliga fall även har ett annat innehåll – som (endast) är liknande i det avseendet att de, utifrån förbudets skyddssyfte, står på samma nivå genom att de innehållsmässigt har vissa av de särdrag som ligger till grund för det fördömande som förordningen förmedlar beträffande de begrepp som uttryckligen räknas upp. Det gemensamma för begreppen som räknas upp i förordningen är att de på ett generaliserande sätt bagatelliserar biocidets egenskaper med hänsyn till produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet. Uppgifter som ”liknar” förbudet och således omfattas av det, är alltså uppgifter som rör biocidets egenskaper som, till följd av ett allmänt hållet bagatelliserande av produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet, ska likställas med de uppgifter som anges som exempel. För att fastställa att en uppgift har ett sådant generaliserande innehåll som är kännetecknande för förbudet är det inte tillräckligt att en specifik uppgift i det enskilda fallet är ett underordnat begrepp i förhållande till någon av de uppgifter som nämns som exempel.
- 22 Mot denna bakgrund omfattas uppgiften ”hudvänlig” inte av begreppet ”liknande” i den mening som avses i artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen, även oberoende av huruvida allmänheten uppfattar det som att produkten tillskrivs en (direkt) positiv effekt, att den enbart är oskadlig, eller att denna angivelse endast låter förstå att produkten innebär en låg risk för huden. Uppgiften ”hudvänlig” utgör inte en relativisering av risken som utgår från produkten eller dess effekter, eller dess möjliga skadliga effekter, varken allmänt (som ”lågriskbiocidprodukt”, ”inte giftig”, ”oskadlig”) eller på ett generaliserande sätt med avseende på något av de rättsliga intressen som skyddas (risker för människors och djurs hälsa eller för miljön). Den beskriver i stället – om än mycket allmänt – produktens effekt på ett specifikt organ, nämligen människans hud.
- 23 Den hänskjutande domstolen anser att ovannämnda uppfattning är riktig.
- 24 b) Det är inte möjligt att fastställa vad som avses med ”liknande” enbart på grundval av lydelsen av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att appellationsdomstolen gjorde en korrekt bedömning när den fann att det inte endast är uppgifter som är synonyma med de uttryckligen förbjudna uppgifterna som avses. För detta talar användningen av begreppet ”liknande”, som inte endast omfattar uppgifter som är identiska till innehållet, utan som tvärtom ska förstås så, att det är tillräckligt att det endast föreligger en ”likhet” till de uppgifter som uttryckligen räknas upp.
- 25 c) Syftet med artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen och denna bestämmelse i jämförelse med artikel 72.3 första meningen i samma förordning talar för appellationsdomstolens uppfattning.

- 26 aa) Det framgår av skälen 1 och 3 i biocidförordningen att unionslagstiftaren avsåg att uppnå en särskild balans mellan den fria rörligheten för biocidprodukter och en hög skyddsnivå för människors och djurs hälsa och för miljön. Det följer av en bokstavstolkning av artikel 72 i förordning nr 528/2012, mot bakgrund av skälen 1 och 3 i samma förordning, att det område som rör sådan informationstext om de risker som är förknippade med användning av biocidprodukter som kan förekomma i reklam för dessa produkter har varit föremål för en fullständig harmonisering från unionslagstiftarens sida (EU-domstolen, dom av den 19 januari 2023 – C-147/21, *GRUR* 2023, 354 [*juris*, punkt 64 och följande punkt] – CIHEF m.fl.).
- 27 bb) Utöver förbudet mot vilseledande i första meningen i artikel 72.3 i biocidförordningen har unionslagstiftaren i bestämmelsens andra mening (endast) angett att vissa uppgifter inte är tillåtna i något fall. Mot denna bakgrund anser den hänskjutande domstolen att appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att förordningen inte bara syftar till att förbjuda uppgifter – oberoende av deras sanningshalt, vilken ska bedömas utifrån förbudet mot vilseledande – som avser förekomsten och, i tillämpliga fall, omfattningen eller avsaknaden av vissa risker eller effekter som utgår från produkten för människors och djurs hälsa eller för miljön, eller dess effektivitet. Det framgår inte heller av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen att syftet är att från de tillåtna uppgifterna – i synnerhet sådana som inte är vilseledande – undanta samtliga upplysningar, det vill säga även välgrundade och specifika sådana, som på något sätt hänvisar till avsaknaden av risker eller låga risker eller till och med till positiva effekter i samband med användningen av produkten. Den hänskjutande domstolen delar appellationsdomstolens bedömning att det ovan anförda talar för att begreppet liknande ska tolkas på så sätt att samtliga egenskaper som är jämförbara med de begrepp som räknas upp som exempel, det vill säga inte endast sådana som är bagatelliserande till innehållet, utan även deras generaliserande art, är relevanta.
- 28 cc) Med beaktande av det övergripande förbudet mot vilseledande i artikel 72.3 första meningen i biocidförordningen, vars syfte är att främja skyddet av hälsa, stöds den ovan anförda tolkningen av målet som eftersträvas med biocidförordningen, nämligen att uppnå en särskild balans mellan den fria rörligheten för biocidprodukter – inbegripet reklam för dessa – och en hög skyddsnivå för människors och djurs hälsa och för miljön. Med hänsyn till detta mål ska det även beaktas att allmänt hållna uppgifter i regel inte har något informationsvärde, eller på sin höjd ett lågt informationsvärde, för konsumenten. Däremot kan välgrundade och specifika upplysningar under vissa omständigheter ge konsumenter värdefull och användbar information. Den hänskjutande domstolen anser att konsumentens intresse av sådan information även måste beaktas för att uppnå den balans mellan fri rörlighet för biocidprodukter och en hög skyddsnivå för hälsa och miljö som eftersträvas av biocidförordningen.
- 29 dd) Den hänskjutande domstolen anser att denna tolkning inte leder till att de potentiella riskerna hos biocidprodukter bagatelliserar, vilket skulle få till följd att

produkternas användare är mer oförsiktiga, vilket i sin tur också skulle leda till risker för människors och djurs hälsa och för miljön.

- 30 (1) Just eftersom de uppgifter som den hänskjutande domstolen anser inte omfattas av begreppet ”liknande” inte generellt bagatelliserar biocidprodukten, utan (endast) hänvisar till specifika aspekter hos produkten, och därmed inte förnekar tänkbara skadliga biverkningar, finns ingen risk för att allmänheten till följd av denna typ av uppgifter bortser från att biocidprodukten i princip är farlig.
- 31 (2) Appellationsdomstolen fastställde med avseende på allmänhetens uppfattning att man i handeln skiljer mellan den allmänna effektiviteten hos ett desinfektionsmedel och dess specifika egenskaper. Appellationsdomstolen fann att egenskapen ”hudvänlig” i samband med desinfektionsmedel – vars effekt, i enlighet med deras avsedda användning, är riktad mot vissa organismers integritet, och att sådana medel traditionellt inte används för att ämnena som ingår i dem är direkt hälsofrämjande – endast relativiserar skadliga biverkningar. Därmed finns inte heller någon risk för att konsumenter är mer oförsiktiga när de använder ett biocid, eftersom de fått en (icke vilseledande) specifik upplysning som rör produkten.
- 32 Att detta överensstämmer med allmänhetens uppfattning stöds även av märkningsplikten i artikel 72.1 första meningen i biocidförordningen, enligt vilken all reklam för biocidprodukter ska innehålla följande text:
- Använd biocider på ett säkert sätt. Läs alltid etiketten och produktinformationen före användning.
- 33 Enligt artikel 72.1 andra meningen i biocidförordningen ska denna text vara tydligt urskiljbar och läslig i förhållande till den övriga reklamtexten. Allmänheten får alltså under alla omständigheter tydlig information om riskerna i samband med biocidprodukter.
- 34 (3) För den tolkning av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen som förespråkas här talar dessutom den omständigheten att de uppgifter som räknas upp i bestämmelsen omfattas av ett totalförbud som är oberoende av om de kan vara vilseledande. Detta partiella totalförbud kompletteras av förbudet mot vilseledande i artikel 72.3 första meningen i biocidförordningen, enligt vilken reklam för biocidprodukter inte får hänvisa till produkten på ett sätt som är vilseledande med hänsyn till produktens risker för människors och djurs hälsa eller för miljön eller dess effektivitet. Vid en samlad bedömning motverkar regleringen av reklam för biocidprodukter i artikel 72.3 i biocidförordningen således, även med den tolkning av begreppet ”liknande” i artikel 72.3 andra meningen i samma förordning som förespråkas av den hänskjutande domstolen, risken för att försäljningen av biocidprodukter främjas genom reklamtexter som döljer produkternas inneboende skadliga effekter och endast hänvisar till vissa egenskaper hos produkten.

- 35 7. Tolkningen av artikel 72.3 andra meningen i biocidförordningen är avgörande för utgången i målet. Wettbewerbszentrale kan inte vinna bifall för sin ansökan om förbuds föreläggande avseende reklam med beteckningen ”hudvänlig” för desinfektionsmedel, såvitt den stöds på en överträdelse av förbudet mot vilseledande enligt artikel 72.3 första meningen i biocidförordningen.
- 36 a) Appellationsdomstolen fann att en normalt informerad och skäligen medveten genomsnittskonsumert förstår beteckningen ”hudvänlig” för desinfektionsmedlet på så sätt att dess användning skonar huden på ett inte närmare angivet sätt, dock utan att den med nödvändighet undviker all skada på huden. I synnerhet innefattar nämnda beteckning inte att produktens ingredienser skulle ha en direkt (främjande) effekt på hudhälsan. I avsaknad av andra faktorer förstår konsumenten uttrycket ”vänlig” endast på så sätt att produkten tar hänsyn till hudens hälsa eller välbefinnande, till exempel – relativt – mer än vad som kan vara fallet med produkter som har en motsvarande funktion. När uppgiften används för just ett desinfektionsmedel kommer allmänhetens uppfattning av egenskapen ”hudvänlig” endast omfatta en relativisering av skadliga biverkningar. Wettbewerbszentrale, som har bevisbördan i detta avseende, har inte visat att det i verkligheten förhåller sig på ett annat sätt än vad som redogjorts för ovan med avseende på uppfattningen i handeln. Appellationsdomstolen har inte gjort något rättsligt fel i samband med denna bedömning.
- 37 b) Fastställelsen av allmänhetens uppfattning är endast föremål för en begränsad domstolskontroll i sista instans. Denna kontroll omfattar huruvida appellationsdomstolens utredning av de faktiska omständigheterna har skett utan något förfarandefel och om bedömningen är logisk och bekräftas av allmän erfarenhet. Då det inte är fråga om ett konstaterande av faktiska omständigheter i egentlig mening, utan om tillämpning av specifik förvärvad kunskap, kan en rättsligt felaktig bedömning även bestå i att fastställelsen av allmänhetens uppfattning strider mot vedertagen erfarenhet (BGH, dom av den 11 februari 2021 – I ZR 126/19, GRUR 2021, 746 [*juris*, punkt 43] = WRP 2021, 604 – Dr. Z.).
- 38 c) Appellationsdomstolen har inte gjort några sådana rättsliga fel. I synnerhet gjorde den en korrekt bedömning när den fann att det för att fastställa innehållet i reklammeddelandet är den normalt informerade och för situationen skäligen uppmärksamma och medvetna genomsnittskonsumertens förståelse som är relevant (se BGH, dom av den 5 november 2020 – I ZR 204/19, GRUR 2021, 513 [*juris*, punkt 11] = WRP 2021, 327 – Sinupret). Det finns inte heller något som tyder på att appellationsdomstolen inte skulle ha tagit hänsyn till de särskilt stränga kraven på att reklammeddelanden som innehåller hälsopåståenden ska vara korrekta, entydiga och tydliga (se i detta avseende BGH, dom av den 6 februari 2013 – I ZR 62/11, GRUR 2013, 649 [*juris*, punkt 15] = WRP 2013, 772 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil, med ytterligare hänvisningar). Appellationsdomstolen har i synnerhet gjort en samlad bedömning och därvid tagit hänsyn till den sålda varans art och betydelse.

- 39 I överklagandet har Wettbewerbszentrale med hänvisning till Landgerichts dom gjort gällande att konsumenten på grundval beteckningen ”hudvänlig” drar slutsatsen att produkten har hudvårdande egenskaper, eller åtminstone utgår från att det är fråga om en ofarlig produkt, vilket utgör ett vilseledande som kan leda till hälsorisker. Genom detta påstående försöker Wettbewerbszentrale endast ersätta appellationsdomstolens bedömning med sin egen utan att påvisa något rättsligt fel. För övrigt har appellationsdomstolen med rätta framhållit att det inte vore fråga om ett vilseledande även om uppgiften ”hudvänlig” skulle tolkas på så sätt att desinfektionsmedlet kan användas utan någon risk för hudhälsan. Wettbewerbszentrale har inte lagt fram någon omständighet som visar att detta inte överensstämmer med verkligheten med avseende på den berörda produkten.

[utelämnas]

ARBETS-DOKUMENT