



Datum van
inontvangstneming

:

20/06/2023

Zaak C-296/23

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

10 mei 2023

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 april 2023

Verzoekster tot *Revision*:

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

Verweerster in *Revision*:

dm-drogerie markt GmbH + Co. KG

BUNDESGERICHTSHOF

BESLISSING

[omissis]

in de zaak tussen

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., [omissis] Bad Homburg (Duitsland),

verzoekster en verzoekster tot *Revision*,

[omissis]

en

dm-drogerie markt GmbH + Co. KG, [omissis] Karlsruhe (Duitsland),

verweerster en verweerster in *Revision*,

[omissis]

De eerste civiele kamer van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft na de terechtzitting op 23 februari 2023 [omissis]

de volgende beslissing gegeven:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag betreffende de uitlegging van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van verordening (EU) nr. 528/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden (PB 2012, L 167, blz. 1):

Worden onder „dergelijke [vermeldingen]” in de zin van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van verordening (EU) nr. 528/2012 uitsluitend vermeldingen in reclame verstaan die, net zoals de uitdrukkelijk in deze bepaling genoemde termen, de eigenschappen van de biociden met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan, in het algemeen bagatelliseren, of omvat „dergelijke [vermeldingen]” alle termen die met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan, op vergelijkbare wijze als de specifiek genoemde termen bagatelliserend zijn, maar niet noodzakelijkerwijs ook even veralgemenend als die termen zijn?

Motivering:

- 1 I. Verzoekster is de Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. Verweerster is een drogisterijketen die in heel Duitsland actief is.
- 2 Verweerster heeft een ontsmettingsmiddel met de naam „BioLYTHE” met de hieronder afgebeelde presentatie in haar vestigingen en – met een afbeelding van het product inclusief etiket alsmede met verdere tekstuele informatie, waaronder een „productbeschrijving” – op internet te koop aangeboden. Het product bevat natriumhypochloriet (NaClO) in een concentratie van 0,049 gewichtsprocent. Het betreft een oxidatiemiddel dat zuurstof afsplitst of vrij laat komen, waardoor de celmembranen van bacteriën, virussen en schimmels zodanig worden aangetast dat zij de osmotische druk niet meer aankunnen.



- 3 Op het op de volgende afbeeldingen deels uitvergroete etiket is – ook in de productbeschrijving op de website van verweerster – onder de productnaam „ecologisch universeel ontsmettingsmiddel voor diverse toepassingen” en onder de tekst „desinfectie van huid, handen en oppervlakten” en „effectief tegen SARS-corona” „huidvriendelijk • biologisch • zonder alcohol” vermeld.



- 4 Volgens verzoekster is er sprake van oneerlijke reclame omdat verweerster in strijd handelt met de regelingen inzake marktgedrag van verordening (EU) nr. 528/2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden (hierna: „biocidenverordening”). Nadat zij verweerster zonder resultaat heeft aangemaand, heeft zij gevorderd

verweerster op straffe van een nader te bepalen dwangmiddel te veroordelen om na te laten in het economische verkeer ontsmettingsmiddelen, in het bijzonder „BioLYTHE”, als „ecologisch universeel ontsmettingsmiddel voor diverse toepassingen” en/of „huidvriendelijk” en/of „biologisch” in de reclame (ook op internet) of op het productetiket te omschrijven of te verkopen (telkens zelf of via derden).

- 5 Zij heeft tevens verzocht om vergoeding van een forfaitair bedrag, vermeerderd met rente, voor de kosten voor de aanmaning.
- 6 Het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft de vordering toegewezen (Landgericht Karlsruhe, vonnis van 25 maart 2021 – 14 O 61/20 KfH, juris). Naar aanleiding van het hoger beroep van verweerster heeft de rechter in hoger beroep het vonnis in eerste aanleg gedeeltelijk gewijzigd in die zin dat hij de stakingsvordering met betrekking tot de bewering „huidvriendelijk” heeft afgewezen en het hoger beroep voor het overige verworpen [Oberlandesgericht Karlsruhe (rechter in tweede aanleg, Duitsland), GRUR 2022, 1620]. Met haar door de rechter in hoger beroep voor het afgewezen deel van de vordering

toegestane beroep tot *Revision*, waarvan verweerster de afwijzing vordert, handhaaft verzoekster haar stakingsvordering met betrekking tot de bewering „huidvriendelijk”.

- 7 II. Het slagen van het ontvankelijke beroep in *Revision* hangt ervan af hoe het begrip „dergelijke” in reclame voor biociden verboden vermeldingen in de zin van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening moet worden uitgelegd. Deze vraag is voor de beslechting van het geding van belang, is nog niet reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) uitgelegd en de juiste uitlegging van het Unierecht is niet zo evident dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan (arrest van 6 oktober 2021, *Conorzio Italian Management e Catania Multiservizi en Catania Multiservizi*, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, punten 32-33). Voordat er een beslissing in *Revision* kan volgen, moet de behandeling van de zaak derhalve worden geschorst en het Hof overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie worden verzocht om een prejudiciële beslissing.
- 8 1. De rechter in hoger beroep heeft – voor zover relevant voor het beroep in *Revision* – geoordeeld dat de stakingsvordering met betrekking tot de aanduiding van het ontsmettingsmiddel als „huidvriendelijk” ongegrond is. Hij heeft zijn beslissing als volgt gemotiveerd:
- 9 Op verzoekster is § 8, lid 3, punt 2, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet ter bestrijding van oneerlijke mededinging; hierna: „UWG”) van toepassing. De betrokken handelspraktijk is niet op grond van een schending van artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, van de biocidenverordening als oneerlijke handeling verboden omdat die bepaling niet op verweerster van toepassing is. Verweerster heeft met het bestreden gebruik van de aanduiding „huidvriendelijk” voor een ontsmettingsmiddel evenmin in strijd gehandeld met artikel 72, lid 3, van de biocidenverordening. De vermelding „huidvriendelijk” valt niet onder „dergelijke” in de zin van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening. Deze is evenmin misleidend in de zin van artikel 72, lid 3, eerste volzin, van de biocidenverordening.
- 10 2. Verzoekster is volgens § 8, lid 3, punt 2, UWG in de tot 30 november 2021 geldende versie (zie § 15a, lid 1, UWG) procesbevoegd. De rechter in hoger beroep heeft rechtens juist vastgesteld dat verweerster niet in strijd met artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, van de biocidenverordening kan hebben gehandeld omdat deze bepaling niet van toepassing is op verweerster, maar op houders van de toelating als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder p), van de biocidenverordening. Verzoekster stelt niet dat verweerster daaronder valt.
- 11 3. De door verzoekster gestelde schending van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening vormt een volgens § 3a UWG oneerlijke en volgens § 3, lid 1, UWG verboden handelspraktijk, die volgens § 8, lid 1, eerste volzin, UWG

op grond van het in casu aanwezige gevaar voor recidive een vordering tot staking kan rechtvaardigen.

- 12 a) Volgens artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening mogen in geen geval in de reclame voor biociden vermeldingen als „biocide met een gering risico”, „niet-giftig”, „onschadelijk”, „natuurlijk”, „milieuvriendelijk”, „diervriendelijk” en dergelijke voorkomen.
- 13 b) De bepaling van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening is een regeling inzake marktgedrag in de zin van § 3a UWG. Zij heeft ook tot doel het marktgedrag van de marktdeelnemer in het belang van de consument te regelen. De biocidenverordening heeft volgens artikel 1, lid 1, ervan ten doel de werking van de interne markt te verbeteren door de regels voor het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden te harmoniseren en tegelijk een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van mensen en dieren en van het milieu te waarborgen. De bepalingen van de verordening stoelen op het voorzorgsbeginsel, dat tot doel heeft de gezondheid van mensen en dieren en het milieu veilig te stellen (artikel 1, lid 1, tweede volzin, van de biocidenverordening). Artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening bevat bepalingen voor de reclame voor biociden die moeten voorkomen dat de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan, worden gebagatelliseerd [omissis] [verwijzing naar literatuur]. Artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening dient dus ook ter bescherming van de gezondheid van de consument.
- 14 c) Een schending van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening kan de belangen van de consument in de zin van § 3a UWG merkbaar negatief beïnvloeden. Volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland; hierna: „BGH”) zijn schendingen van regelingen inzake marktgedrag die de bescherming van de gezondheid van consumenten tot doel hebben, zonder meer ertoe in staat de belangen van de consument in de zin van § 3a UWG merkbaar negatief te beïnvloeden [zie BGH, beslissing van 24 maart 2016 – I ZR 243/14, GRUR 2016, 833 (juris punt 11) = WRP 2016, 858 – Bio-Gewürze I en de aldaar aangehaalde rechtspraak]. Artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening is een dergelijke regeling inzake marktgedrag die (ook) de bescherming van de gezondheid van consumenten tot doel heeft.
- 15 d) Het feit dat richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken de wetgeving van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten volledig harmoniseert, staat niet in de weg aan de vervolging van een schending van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening als oneerlijke handelspraktijk (artikel 3, lid 1, artikel 4 van richtlijn 2005/29/EG). De richtlijn doet overeenkomstig artikel 3, lid 3, ervan geen afbreuk aan de communautaire of nationale voorschriften inzake gezondheids- en

veiligheidsaspecten van producten. Artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening is een zulk voorschrift.

- 16 4. De rechter in hoger beroep is er, in overeenstemming met de partijen, terecht van uitgegaan dat de in het verzoekschrift bedoelde ontsmettingsmiddelen biociden in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van de biocidenverordening zijn, dat wil zeggen stoffen of mengsels met als doel een schadelijk organisme op een andere dan louter fysieke of mechanische wijze te bestrijden. De betrokken vermeldingen maken ook deel uit van de in artikel 72 van de biocidenverordening geregelde reclame [zie voor de wettelijke definitie van het begrip „reclame” artikel 3, lid 1, onder y), van die verordening].
- 17 5. Voorts heeft de rechter in hoger beroep terecht, zonder dat dit in het beroep tot *Revision* is betwist, vastgesteld dat een misleiding voor een schending van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening ook met betrekking tot de variant „dergelijke” niet relevant is.
- 18 a) In artikel 72, lid 3, van de biocidenverordening worden de eveneens in de afdeling „Informatie over biociden” opgenomen, aan de etikettering door de houder van de toelating gestelde vereisten van artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, van die verordening overeenkomstig op reclame overgedragen. Volgens artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, van de biocidenverordening zorgen houders van toelatingen ervoor dat een etiket niet misleidend is met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan, en in geen geval de vermeldingen „biocide met een gering risico”, „niet-giftig”, „ongevaarlijk”, „natuurlijk”, „milieuvriendelijk”, „diervriendelijk” of dergelijke dragen. Artikel 72, lid 3, van de biocidenverordening bevat een vergelijkbare regeling voor reclame en bepaalt in de eerste volzin dat in reclame voor biociden niet naar het product mag worden verwezen op een manier die misleidend is met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan. Volgens de in casu aan de orde zijnde regeling in artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening mogen in de reclame voor biociden in geen geval vermeldingen als „biocide met een gering risico”, „niet-giftig”, „onschadelijk”, „natuurlijk”, „milieuvriendelijk”, „diervriendelijk” en dergelijke voorkomen.
- 19 b) Op deze wijze verbieden beide regelingen allereerst een misleidende voorstelling op het etiket (artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, eerste geval, van de biocidenverordening) of in de reclame (artikel 72, lid 3, eerste volzin, van die verordening). Daarnaast verbieden beide bepalingen specifiek genoemde vermeldingen en „dergelijke” (voor etiketteringen artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, tweede geval, van de biocidenverordening en voor reclame artikel 72, lid 3, tweede volzin, van die verordening). Dit onvoorwaardelijke verbod – „in geen geval” – van bepaalde vermeldingen bestaat er ongeacht de vraag of zij misleidend zijn in de zin van artikel 69, lid 2, eerste alinea, eerste volzin, eerste geval, of artikel 72, lid 3, eerste volzin, van de

biocidenverordening. Voor de variant „dergelijke” in beide regelingen, waardoor het onvoorwaardelijke verbod ook vermeldingen omvat die in vergelijking met de daarvóór genoemde voorbeelden als „dergelijke” moeten worden beschouwd, geldt in dit verband niets bijzonders.

- 20 6. De stakingsvordering met betrekking tot de aanduiding van het ontsmettingsmiddel als „huidvriendelijk” is alleen gegrond indien die vermelding als „dergelijke” onder het verbod van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening valt. De uitkomst van het beroep in *Revision* hangt er bijgevolg van af wat onder „dergelijke” moet worden verstaan.
- 21 a) Volgens de rechter in hoger beroep vallen niet alleen vermeldingen die inhoudelijk overeenstemmen met de in de bepaling specifiek genoemde vermeldingen, onder het begrip „dergelijke”. Het begrip moet met name in voorkomend geval inhoudelijk afwijkende vermeldingen omvatten waarvan de indicatieve inhoud (slechts) vergelijkbaar is in die zin dat zij, gelet op het beschermende doel van het verbod, gelijkwaardig zijn, omdat deze wat betreft hun betekenis dezelfde kenmerkende eigenschappen vertonen die de basis vormen voor het verbod van de specifiek genoemde begrippen in de verordening. De in de verordening genoemde begrippen hebben gemeen dat zij de eigenschappen van de biociden met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan, met een algemene informatie bagatelliseren. Hieruit volgt dat vermeldingen van de eigenschappen van de biociden met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan, die in hun algemene bagatellisering gelijkwaardig zouden zijn aan de bij wijze van voorbeeld genoemde informatie, onder het verbod van „dergelijke” vallen. Om de generaliserende inhoud van de vermelding vast te stellen die voor het verbod kenmerkend is, volstaat het nog niet wanneer de betrokken vermelding aldus onder een van de als voorbeeld genoemde vermeldingen kan worden ingedeeld dat deze laatste het overkoepelende begrip vormt.
- 22 Dientengevolge valt de vermelding „huidvriendelijk” niet onder „dergelijke” in de zin van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening, en wel ongeacht de vraag of het publiek een (rechtstreeks) positief effect, een loutere onschadelijkheid of enkel een beperking van het risico voor de huid verwacht. De vermelding „huidvriendelijk” relativeert het risico van het product of de effecten en de mogelijke schadelijkheid ervan noch in het algemeen (zoals „biocide met een gering risico”, „onschadelijk”, „niet-giftig”) noch specifiek met betrekking tot een van de te beschermen goederen (gezondheid van mens of dier of milieu) op globale wijze. Zij beschrijft veeleer – zij het op zeer algemene wijze – het effect van het product op een specifiek orgaan, namelijk de huid van de mens.
- 23 Volgens de verwijzende rechter is deze opvatting juist.
- 24 b) De vraag wat onder „dergelijke” dient te worden verstaan, kan niet enkel op basis van de bewoordingen van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de

biocidenverordening worden beantwoord. De rechter in hoger beroep is volgens de verwijzende rechter er evenwel terecht van uitgegaan dat het hierbij niet alleen om synoniemen voor de specifiek genoemde verboden beweringen gaat. Dit wordt door het gebruik van het begrip „dergelijke” bevestigd dat juist niet alleen inhoudelijk identieke vermeldingen omvat; veeleer volstaat een loutere „gelijkenis” met de specifiek genoemde vermeldingen.

- 25 c) Het doel van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening en de wisselwerking met artikel 72, lid 3, eerste volzin, van die verordening pleiten voor het standpunt van de rechter in hoger beroep.
- 26 aa) Uit de overwegingen 1 en 3 van de biocidenverordening blijkt dat de Uniewetgever een specifiek evenwicht heeft willen vinden tussen het vrije verkeer van biociden en een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van mensen en dieren en van het milieu. Uit een letterlijke uitlegging van artikel 72 van de biocidenverordening, gelezen in het licht van de overwegingen 1 en 3 ervan, blijkt dat er met betrekking tot de vermeldingen – inzake de aan het gebruik van biociden verbonden gevaren – die in het kader van reclame voor deze producten mogen worden gebruikt, sprake is van een volledige harmonisatie door de Uniewetgever (arrest van 19 januari 2023, CIHEF e.a., C-147/21, ECLI:EU:C:2023:31, punten 64 e.v.).
- 27 bb) In artikel 72, lid 3, van de biocidenverordening heeft de Uniewetgever, naast het verbod op misleiding in de eerste volzin, in de tweede volzin (alleen) individuele vermeldingen als in elk geval verboden aangemerkt. De rechter in hoger beroep heeft daarom volgens de verwijzende rechter terecht aangenomen dat de verordening niet zonder meer vermeldingen, ongeacht hun aan het verbod op misleiding te toetsen waarheidsgetrouwheid, wil voorkomen die betrekking hebben op het bestaan en, in voorkomend geval, de omvang of het ontbreken van bepaalde gevaren, de effecten van het product voor de gezondheid van mens of dier of voor het milieu, of de doeltreffendheid ervan. Uit artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening blijkt evenmin dat de regeling een uitzondering van de toegestane – meer bepaald niet-misleidende – vermeldingen wil maken voor alle, dus ook gedetailleerde specifieke vermeldingen die in een bepaald opzicht betrekking hebben op ontbrekende of lage risico's of zelf positieve effecten van het product. In overeenstemming met de rechter in hoger beroep gaat de verwijzende rechter ervan uit dat dit ervoor pleit dat het kenmerk „dergelijke” aldus kan worden uitgelegd dat alle kenmerken die de als voorbeeld genoemde begrippen van de opsomming gemeen hebben, dus niet alleen de bagatelliserende inhoud ervan, maar juist ook de algemeenheid ervan, relevant zijn.
- 28 cc) Gelet op het algehele verbod op misleiding ter bescherming van de gezondheid in artikel 72, lid 3, eerste volzin, van de biocidenverordening wordt een dergelijke uitlegging ondersteund door het door de biocidenverordening nagestreefde doel om een specifiek evenwicht te vinden tussen het vrije verkeer van biociden, met inbegrip van de reclame ervoor, en een hoog niveau van bescherming van de

gezondheid van mens en dier en van het milieu. Met het oog op dit doel dient er ook mee rekening te worden gehouden dat algemene vermeldingen regelmatig geen of hooguit een geringe informatieve waarde voor de consument hebben; gedetailleerde specifieke vermeldingen daarentegen kunnen de consument eventueel waardevolle en nuttige informatie geven. Volgens de verwijzende rechter dient bij het door de biocidenverordening nagestreefde evenwicht tussen het vrije verkeer van biociden en een hoog niveau van bescherming van de gezondheid en het milieu rekening te worden gehouden met het belang van de consument bij die informatie.

- 29 dd) Volgens de verwijzende rechter leidt deze uitlegging niet tot een bagatellisering van het risico van biociden, een daarmee gepaard gaand minder kritisch gebruik van het product en een weer daarmee samenhangend gevaar voor de gezondheid van mens en dier of het milieu.
- 30 (1) Juist omdat de vermeldingen, die volgens de verwijzende rechter niet onder „dergelijke” vallen, de biociden niet op globale wijze bagatelliseren, maar (enkel) betrekking hebben op specifieke aspecten van het product en daardoor mogelijke schadelijke neveneffecten niet negeren, bestaat er geen gevaar dat het publiek bij zulke vermeldingen het fundamentele gevaar van biociden uit het oog verliest.
- 31 (2) Volgens de door de rechter in hoger beroep vastgestelde opvatting van het publiek maakt het publiek onderscheid tussen de doeltreffendheid van een ontsmettingsmiddel in het algemeen en de afzonderlijke aspecten van de effecten. Uit de eigenschap „huidvriendelijk” in verband met een ontsmettingsmiddel waarvan de effecten overeenkomstig zijn gebruiksdoel zijn gericht tegen de integriteit van bepaalde organismen en dat normaal gesproken niet voor een rechtstreeks heilzaam effect van zijn bestanddelen voor de gezondheid wordt gebruikt, leidt het alleen af dat de schadelijke bijwerkingen worden gerelativeerd. Er bestaat dus ook geen gevaar dat de consument de biociden minder kritisch zal gebruiken wegens een (niet-misleidende) specifieke vermelding met betrekking tot het product.
- 32 Een dergelijke opvatting van het publiek wordt ondersteund door de etiketteringsverplichting van artikel 72, lid 1, eerste volzin, van de biocidenverordening volgens die elke reclame voor biociden vergezeld moet gaan van de zinnen:
- „Gebruik biociden veilig. Lees vóór gebruik eerst het etiket en de productinformatie.”
- 33 Deze zinnen moeten volgens artikel 72, lid 1, tweede volzin, van de biocidenverordening binnen de reclametekst duidelijk opvallen en leesbaar zijn. Het gevaar van biociden wordt het publiek hiermee in elk geval duidelijk gemaakt.
- 34 (3) Voor de in casu voorgestane uitlegging van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening pleit voorts dat de hierin genoemde vermeldingen

onder een totaalverbod vallen dat losstaat van een gevaar van misleiding. Dit gedeeltelijke totaalverbod gaat vergezeld met het in artikel 72, lid 3, eerste volzin, van de biocidenverordening neergelegde verbod op misleiding, volgens hetwelk in reclame voor biociden niet naar het product mag worden verwezen op een manier die misleidend is met betrekking tot de gevaren van het product voor de gezondheid van mens en dier of het milieu, of de doeltreffendheid ervan. De regeling van reclame voor biociden in artikel 72, lid 3, van de biocidenverordening gaat daarom als geheel ook bij de door de verwijzende rechter voorgestane uitlegging van de variant „dergelijke” in artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening het gevaar tegen dat de verkoop van biociden wordt bevorderd met reclameteksten die de aan de producten inherente mogelijke schadelijkheid op de achtergrond plaatsen en zich alleen richten op individuele kenmerken van het product.

- 35 7. De uitlegging van artikel 72, lid 3, tweede volzin, van de biocidenverordening is voor de beslechting van het geding van belang. Verzoekster kan haar stakingsvordering wegens reclame voor het ontsmettingsmiddel met de aanduiding „huidvriendelijk” niet baseren op een schending van het verbod op misleiding in artikel 72, lid 3, eerste volzin, van de biocidenverordening.
- 36 a) De rechter in hoger beroep is ervan uitgegaan dat de normaal geïnformeerde en omzichtige gemiddelde consument de aanduiding van het ontsmettingsmiddel als „huidvriendelijk” aldus zal opvatten dat de huid bij de toepassing ervan op enige wijze in niet nader bepaalde mate voorzichtig wordt behandeld, zonder dat noodzakelijkerwijs elke beschadiging van de huid wordt voorkomen. Hij leidt hieruit met name geen rechtstreeks (heilzaam) effect van de bestanddelen van het product voor de gezondheid van de huid af. Zonder verdere informatie verstaat de consument onder „vriendelijkheid” alleen dat het product rekening houdt met de gezondheid of het welzijn van zijn huid, bijvoorbeeld in een – relatief gezien – grotere mate dan dat dit bij functioneel gelijkwaardige producten het geval zou zijn. Juist omdat het de vermelding bij een ontsmettingsmiddel betreft, leidt het publiek uit het kenmerk „huidvriendelijk” alleen een relativering van de schadelijke bijwerkingen af. Dat de feitelijke omstandigheden afwijken van een dergelijke opvatting van het publiek, toont verzoekster, die in dit verband de bewijslast draagt, niet aan. Deze beoordeling berust niet op een onjuiste rechtsopvatting.
- 37 b) De vaststelling van de opvatting van het publiek wordt door de rechter in de procedure in *Revision* slechts beperkt getoetst aan de vraag of de rechter in hoger beroep het feitenmateriaal zonder procedurefouten heeft uitgeput en of de beoordeling in overeenstemming is met de regels van de logica en de algemene ervaring. Aangezien het niet om een vaststelling van de feiten in strikte zin gaat, maar om de toepassing van specifieke ervaring, kan een onjuiste rechtsopvatting er ook in bestaan dat de vastgestelde opvatting van het publiek in strijd is met de ervaring [BGH, beslissing van 11 februari 2021 – I ZR 126/19, GRUR 2021, 746 (juris punt 43) = WRP 2021, 604 – Dr. Z.].

- 38 c) De rechter in hoger beroep heeft geen blijk gegeven van een dergelijke onjuiste rechtsopvatting. Met name is hij er terecht van uitgegaan dat voor de bepaling van de inhoud van de bewering de opvatting van de normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige gemiddelde consument beslissend is [BGH, beslissing van 5 november 2020 – I ZR 204/19, GRUR 2021, 513 (juris punt 11) = WRP 2021, 327 – Sinupret]. Evenmin wijst niets erop dat de rechter in hoger beroep niet voldoende rekening heeft gehouden met de bijzonder strenge eisen betreffende de juistheid, ondubbelzinnigheid en duidelijkheid van de bewering bij gezondheidsgerelateerde reclame [BGH, beslissing van 6 februari 2013 – I ZR 62/11, GRUR 2013, 649 (juris punt 15) = WRP 2013, 772 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil, en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Hij heeft vooral een algemene beoordeling gemaakt waarbij hij de aard en de betekenis van de aangeboden goederen in aanmerking heeft genomen.
- 39 Voor zover in de procedure in *Revision*, onder verwijzing naar de beslissing van het Landgericht, het standpunt wordt ingenomen dat de consument uit de aanduiding „huidvriendelijk” afleidt dat het product een huidverzorgende effect heeft, maar er in elk geval van uitgaat dat het een ongevaarlijk product is, zodat er sprake is van misleiding die tot een gezondheidsrisico kan leiden, wordt slechts getracht om de beoordeling van de feitenrechter te vervangen door de eigen beoordeling, zonder een onjuiste rechtsopvatting uiteen te zetten. Voor het overige heeft de rechter in hoger beroep er terecht op gewezen dat er zelfs dan geen sprake is van een misleiding wanneer de vermelding „huidvriendelijk” aldus wordt opgevat dat het gebruik van het ontsmettingsmiddel zonder enig risico voor de gezondheid van de huid is. Verzoekster heeft niet uiteengezet dat dit bij het product waarvoor de reclame wordt gemaakt, in strijd is met de werkelijkheid.

[omissis]