

Vzgr Rb Den Haag, 1 februari 2007, Prebiotische vezelmix Nutrilon



RECLAME

Misleidend

- [Claim “als enige goedgekeurd door de Europese Commissie” misleidend](#)

Dat kan allereerst de suggestie wekken dat er in de huidige regelgeving sprake is van een categorische "vrijstelling" voor alleen Nutrilon. Dat wordt voorshands misleidend geacht. In de eerste plaats, omdat er onder de huidige regelgeving geen categorische vrijstelling voor toevoeging van prebiotische vezels bestaat. (...) In de tweede plaats, omdat de geldende regelgeving op basis van (uiteindelijke) art. 3 van de huidige richtlijn de mogelijkheid laat voor niet alleen Nutricia, maar ook voor derden om voor niet-categorisch toegestane additieven in de vorm van prebiotische mixen een vrijstelling per producent te krijgen. Er bestaan voorshands sterke aanwijzingen dat daarvan sprake is. (...) Ook Kruidvat en derden voegen immers prebiotische additieven toe aan hun babyvoeding en daartegen bestaat klaarblijkelijk warenwettelijk geen bezwaar. (...) moet er voorshands gelet op de verklaring van geen bezwaar in kort geding van uit worden gegaan dat (de producent van Kruidvat) eveneens individuele vrijstelling heeft verkregen. Daarnaast kunnen de betreffende claims van Nutricia suggereren dat sprake is/was van een regelstelsel dat voorziet in voorafgaande officiële goedkeuring in de vorm van een soort individuele certificering zijdens de Europese Commissie voor babyvoeding ingrediënten als de onderhavige. Dat daarvan daadwerkelijk sprake is/was, wordt niet evident geacht, zodat ook dat voorshands misleidend moet worden geoordeeld. Nutricia onderbouwt haar verweer dat sprake was van uitsluitend aan haar verschafte voorafgaande goedkeuring door de Commissie met de stelling dat zij als enige fabrikant de moeite heeft genomen om onderzoeksgegevens aan de SCF te verschaffen met betrekking tot haar vezelmix. Dat verweer staat evenwel in feite in de sleutel van categorische goedkeuring in toekomstige regelgeving (de nieuwe richtlijn) en – in weerwil van de andersluidende stelling van Nutricia bij pleidooi – niet zozeer in die van individuele art. 3 (huidige richtlijn)-geschiktheid waar het hier om gaat. Naar voorlopig oordeel is deze uitleg van Nutricia niet aannemelijk, met name gelet op de exclusiviteitsclaim "enige". De gewraakte claims

zouden dan gezien moeten worden als feitelijk juiste mededelingen die ook door context en plaatsing niet misleidend zijn. Zelfs voor de in aanmerking komende (verstandige) consument in de zin van het arrest Gut Springenheide (HvJEG, NJ 2000/374), die gewend is te leven met de aan reclame inherente bepaalde mate van overdrijving en die een zekere kritische houding zal aannemen met betrekking tot de geloofwaardigheid van reclame-uitingen, is dat naar voorlopig oordeel te veel gevraagd. Tenslotte is in dit verband opvallend dat de advisering van de SCF niet zozeer als een positieve aanbeveling ("goedgekeurd"), maar hooguit als een gelausuleerde verklaring van geen bezwaar ("no major concerns") kan worden gezien, met een herhaaldelijk doorklinkende roep om verdere onderzoeksgegevens te verschaffen. De daaraan in de gewraakte claims gegeven "draai" is naar voorlopig oordeel een stap te ver.

PROCESRECHT

Spoedeisend belang verbod

- [Geen belang bij onthoudingsverboden gelet op bereidheid een met boetebeding verstrekte onthoudingsverklaring te tekenen](#)

Immers, Nutricia heeft toegezegd de gewraakte claims niet meer te voeren en doet dat thans ook niet meer en blijft bereid een met boetebeding versterkte onthoudingsverklaring ter zake van deze en dergelijke claims te tekenen. Daarmee ontvalt naar voorlopig oordeel in de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval (spoedeisend) belang bij de gevorderde onthoudingsverboden versterkt met dwangsom.

Spoedeisend belang rectificatie – nawerking

- [Geen belang bij rectificatie gelet op verloop van tijd en verloop van consumentendoelgroep en rectificatie zou gelet op tijdsverloop tot misverstanden aanleiding geven](#)

Kruidvat pleit reclamerechtelijke "nawerking", maar onderkent ook zelf bij pleidooi dat inmiddels sprake is van verloop van tijd en verloop in de samenstelling van de consumentendoelgroep. Anders dan Kruidvat pleit, wordt dit voorshands van groter gewicht geacht, dan de mogelijke "nawerking" van de voorshands aannemelijk geachte misleiding. Van nawerking ten aanzien van "professionals" waar Kruidvat nog de nodige nadruk op heeft gelegd – (...) – is naar voorlopig oordeel onvoldoende gebleken. Daar komt bij dat naar voorlopig oordeel door Kruidvat (veel) te lang is gewacht met het entameren van het onderhavige kort geding (in oktober 2006), nu al in juli 2006 in feite dezelfde bezwaren met overeenkomstige (zij het minder draconische) rectificatievorderingen in een bodemprocedure aan de orde zijn gebracht. Ook toen al moet de gewraakte campagne als (in feite in mei 2006) afgesloten worden beschouwd. Nu desalniettemin toen nog eens drie maanden is gewacht met het vragen van een datum voor kort geding, kan niet worden volstaan met verwijzing naar rechtspraak waarin spoedeisend belang aanwezig werd geacht ondanks het afgesloten zijn van een betreffende campagne, zoals Kruidvat doet. (...).

Naar voorlopig oordeel zou een rectificatie thans bovendien niet zozeer tot opheffing van voorshands geconstateerde misleiding leiden, maar alleen al gelet op het tijdsverloop veeleer tot misverstanden aanleiding geven, nu de gewraakte claims geacht moeten worden in de vergetelheid te zijn geraakt, zoals Nutricia terecht aanvoert.

Vindplaatsen:

Vzgr Rb Den Haag, 1 februari 2007

(G.R.B. van Peurseme)

zaaknummer / rolnummer: 274220 / KG ZA 06-1198
in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KRUIDVAT RETAIL B.V.,

gevestigd te Renswoude,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,

advocaat mr. [B.J. Berghuis van Woortman](#) te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NUTRICIA NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Zoetermeer,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

procureur mr. H.J.A. Knijff,

advocaten [mrs. J.P. Hustinx](#) en G. Kuipers te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Kruidvat en Nutricia genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 6 oktober 2006 tegen de oorspronkelijk bepaalde zittingsdatum van 23 november 2006 en de tijdens Kruidvat overgelegde producties 1 t/m 14 en de nadien conform het door de voorzieningenrechter vastgestelde procesregime overgelegde producties 15 t/m 23 met de daarop verschaft toelichting;

- de producties tijdens Nutricia (aanvankelijk 1 t/m 12 en de aanvullende producties 13 t/m 19 en de daarop verschaft toelichting);

- de mondelinge behandeling, die in overleg met partijen op verzoek van één van hen is verplaatst van 23 november 2006 naar 18 januari 2007;

- de pleitaantekeningen van mr. Berghuis;

- de pleitnotities van mr. Hustinx;

- de bij gelegenheid van de mondelinge behandeling genomen akte houdende voorwaardelijke eis in reconventie (tevoren aangekondigd en uiteengezet).

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. Uitgangspunten

2.1. In kort geding kan van het navolgende worden uitgegaan.

2.2. Nutricia en Kruidvat brengen allebei babyvoeding op de markt (volledige zuigelingenvoeding ter vervan-

ging van en/of aanvulling op moedermelk, alsmede opvolgmelk) waaraan zogenoemde prebiotische vezelmixen zijn toegevoegd. Prebiotische vezels komen van nature voor in moedermelk. Er bestaan aanwijzingen dat dergelijke vezels, die onverteerd in het maag/darmkanaal blijven, een gunstige rol spelen bij de samenstelling van de darmflora bij de mens en mogelijk een positieve rol spelen bij het immuunsysteem. Nutricia brengt haar babyvoeding in Nederland op de markt onder het merk Nutrilon.

2.3. De in 2.2. bedoelde prebiotische mixen bij de babyvoeding van zowel Nutricia als Kruidvat zijn koolhydraatmengsels (sacchariden) in een bepaalde verhouding van kortketenige galacto-oligosacchariden (GOS) en al dan niet langketenige fructo-oligosacchariden (FOS). GOS en FOS zijn meervoudige suikers bestaande uit ketens van respectievelijk galactose- en fructose-eenheden.

2.4. Nutricia is houdster van Europees octrooi EP 1 105 002 (EP 002) voor Kohlenhydratmischungen, haar op een aanvraag van 11 augustus 1999 verleend op 17 juli 2002 met een ingeroepen prioriteit van 11 augustus 1998. Dit octrooi, waar oppositie tegen loopt tijdens oorspronkelijk vier partijen en waarin Kruidvat is geïntervenieerd (hoger beroep tegen de door de oppositieafdeling ongewijzigde instandlating) en dat Nutricia tot nog toe zonder succes in kort geding in eerste aanleg (<http://www.lnj.nl/AV8607>) en in appel (<http://www.lnj.nl/AZ1000>) jegens Kruidvat in stelling heeft gebracht, ziet onder meer op de specifieke GOS/FOS samenstelling van de prebiotische mix die Nutricia aan haar Nutrilon babyvoeding toevoegt, een mengsel met een 90:10 verhouding van GOS/FOS, waarbij de FOS component bestaat uit langketenige suikers.

2.5. De prebiotische GOS/FOS mix van de Kruidvat babyvoeding verschilt van die van Nutricia, doordat sprake is van een andere mengverhouding GOS/FOS en van componenten van verschillende ketenlengte.

2.6. Babyvoeding moet voldoen aan de bepalingen van Richtlijn 91/321/EEG van 14 mei 1991 van de Commissie inzake volledige zuigelingenvoeding en opvolg zuigelingenvoeding, als nadien veelvuldig gewijzigd (hierna ook: de huidige richtlijn) en van de (uiteindelijk) daarop gebaseerde Warenwetregeling Zuigelingenvoeding. In deze regelingen is toevoeging van prebiotische mixen niet categorisch toegestaan. Art. 3 van de huidige richtlijn bepaalt dat babyvoeding wordt vervaardigd uit de in de respectieve bijlagen I (volledige zuigelingenvoeding) en II (opvolgzuigelingenvoeding) voorkomende eiwitbronnen (prebiotische mixen komen daar, als gezegd, niet in voor). Volgens dit artikel zijn daarnaast ook andere voedingsmiddelenbestanddelen toegestaan, waarvan op grond van algemeen aanvaarde wetenschappelijke gegevens is aangetoond dat zij geschikt zijn als specifieke babyvoeding uit de betreffende categorie. De artt. 2 en 4 van de Warenwetregeling Zuigelingenvoeding hanteren exact dezelfde systematiek. Ook daarin komt geen categorisch toegestane prebiotische GOS/FOS mix voor.

2.7. De Europese Commissie heeft onder meer ingesteld een Scientific Committee on Food (afgekort SCF), welk adviesorgaan verschillende adviezen heeft uitgebracht omtrent toevoeging van prebiotische mixen aan babyvoeding.

2.8. In een eerste verklaring van 27 september 2001 geeft de SCF aan dat haar het volgende is gevraagd:

The Commission has asked the SCF to comment urgently on the suitability and safety of the resistant short chain carbohydrates, oligofruktosyl-saccharose (oligofruktose; fructooligosaccharides; FOS) and oligogalactosyl-lactose (oligogalactose; galactooligosaccharides; GOS), in infant formulae and follow-on formulae, within the wider context of a review on the essential composition of infant formulae as given in the Directive 91/321/EEC.

De SCF concludeert hierin als volgt;

The issue of whether the inclusion of suitable resistant SCC (sc. short chain carbohydrates, Vzr.) may induce beneficial effects in the recipient infants will be reviewed further, within the ongoing evaluation of the essential requirements of infant formulae and follow-on formulae. The Committee concludes that there are insufficient data to establish the safe use of oligofruktosylsaccharose (oligofruktose; fructooligosaccharides; FOS) and oligogalactosyl-lactose (oligogalactose; galactooligosaccharides; GOS) as ingredients of infant formulae, which serve as the sole diet of infants during the first months of life. Appropriate studies should evaluate the potential of adverse effects, particularly with respect to water balance and nutrient bioavailability. The Committee considers the potential effects in older infants to be very low. Therefore, the Committee finds it acceptable, for the time being, to use oligofruktosyl-saccharose (oligofruktose; fructooligosaccharides; FOS) and oligogalactosyl-lactose (oligogalactose; galactooligosaccharides; GOS) as ingredients of follow-on formulae intended for use in older infants, in a concentration of up to 0.8 g/dL of product ready for consumption. The Committee recommends that additional information on the suitability and safety of resistant SCC be submitted, with particular attention to possible effects on water balance. The Committee intends to review the use of SCC in infant formulae and follow-on formulae as soon as significant new data become available.

2.9. Een tweede verklaring hieromtrent (additional statement) van 14 december 2001 is mede gebaseerd op verdere onderzoeksgegevens die door Nutricia (Numico Research) op 19 oktober 2001 aan de SCF zijn verschaft, die betrekking hebben op de door Nutricia aan Nutrilon toegevoegde vezelmix. De SCF verklaart onder meer het volgende:

The Committee concludes that the additional information made available, in particular with respect to growth and markers of water balance, does not provide any indication of adverse effects from the use of a formulae with up to 0.8 g/dl of a combination of 90% oligogalactosyl-lactose and 10% high molecular weight oligofruktosyl-saccharose. Based on these data the Committee has no major concerns about this combina-

tion of oligofruktosyl-saccharose and oligogalactosyl-saccharose in infant formulae and follow-on formulae in total concentrations up to 0.8 g/dL in the product ready for consumption. The Committee recognises that up to now there are no formal guidelines established for the evaluation of the suitability and safety of modifications of infant formulae and follow-on formulae. The Committee noted that the trials available comprise limited numbers of infants, and some compare formulae with SCC and other modifications with a standard infant formula. Therefore, the Committee recommends that further information is collected for this combination, or other SCC or combination thereof, on the suitability and safety of SCC in infant formulae and follow-on formulae. Particular attention should be given to the effects on growth and body composition, on nutrient bioavailability in young infants, particularly with respect to protein and amino acid utilisation, and on water balance, urine output and urine osmolarity in infants and in neonates. In view of the ongoing evaluation of the compositional requirements of infant formulae and follow-on formulae, the Committee requests that new data on the effects in infants be submitted for further review. The Committee reiterates that, as part of the ongoing evaluation, the issue of potential beneficial effects of dietary SCC in infants be reviewed further.

2.10. Daarna heeft de SCF op 18 mei 2003 een uitvoerige wetenschappelijke evaluatie verschaft (211 pagina's). In paragrafen 3.2.1. (Effects of oligofruktosyl-saccharose (FOS) and oligogalactosyl-lactose (GOS) on the faecal flora), 3.2.2. (Health benefits of FOS and GOS in children) en 3.3. (Fructans other than FOS) wordt onder meer het navolgende opgemerkt:

Uit 3.2.1.:

The only randomised controlled study related to the addition of oligofruktosyl-saccharose in infant formulae failed to find significant effects on bifidobacteria counts in stools (studied with classical bacteriological methods) nor any stool pH lowering with daily doses of 1, 2 and up to 3 g of oligofruktosyl-saccharose (Guesry et al. 2000). These results are contradictory with the well-known bifidogenic effect of FOS in adults (Van Loo et al., 1999). The use of a mixture of 10% (FOS) (...) and 90% (GOS) (...) in infant formulae was recently studied in randomised clinical trials performed during the first weeks of life, with a follow-up of 4 to 12 weeks. (...) A significant increase of total faecal bifidobacteria and/or significant increase of the proportion of faecal bifidobacteria as a percentage of total faecal micro-organisms were observed in these studies (sc. Numico research Boehm, Moro, Rigo betreffende de Nutrilon vezelmix, Vzr.). (...) In one of the 2 studies (...) an increase of Lactobacilli in faeces was also demonstrated. (...) In the study performed in preterm infants, no significant change was observed as regards potentially harmful components of the faecal flora (...). (...) It is difficult to draw firm conclusions since there were differences in the composition of the formula used in the different studies as regards the amount of (FOS) (...) and (GOS) (...) as well as the nature of lipid and

protein contents of the enriched formula in 2 studies (...).

Uit 3.2.2.:

Modifications of the faecal microflora per se do not demonstrate the prebiotic nature of an ingredient, which by definition includes the demonstration of a beneficial effect on host health. Data on potential health benefits of (FOS) (...) and (GOS) (...) in infants are rare. (...) No information is available as to whether or not the supplementation of infant and follow-on formulae with (FOS) (...) and (GOS) (...) may have a preventive effect on the incidence of infections and allergic disorders. Potential clinical benefits of (FOS) (...) and (GOS) (...) in young infants need to be further assessed. In conclusion, the Committee reaffirms its previous statement that it has no major concerns on the inclusion of up to 0.8 g/100 mL of a combination of 90% (GOS) (...) and 10% high molecular weight (FOS) (...) to infant formulae and follow-on formulae. It also reaffirms its previous comment that further information should be gathered on safety and benefits of this combination as well as other forms of oligosaccharides in infant formulae and follow-on formulae.

Uit 3.3.:

The Committee concludes that based on the data available at this time, fructans other than (FOS) (...) should not be included in infant formulae and follow-on formulae.

2.11. Vervolgens is een ontwerp voor een herziene richtlijn uiteindelijk goedgekeurd door het Permanent Comité voor de Voedselketen en Diergezondheid, een intern orgaan binnen de onafhankelijke wetenschappelijke Europese Autoriteit voor voedselveiligheid (in het Engels: European Food Safety Authority - EFSA). Overeenkomstig dat advies is vervolgens een nieuwe richtlijn over babyvoeding aangenomen door de Europese Commissie, te weten Richtlijn 2006/141/EG van de Commissie van 22 december 2006 inzake volledige zuigelingenvoeding en opvolgzuigelingenvoeding en tot wijziging van Richtlijn 1999/21/EG (hierna ook: de nieuwe richtlijn). Deze richtlijn is van kracht geworden op 19 januari 2007 – daags na de mondelinge behandeling van dit kort geding – en bepaalt onder meer dat de huidige richtlijn op 1 januari 2008 wordt ingetrokken, onverminderd zekere overgangsrechtelijke bepalingen. Tot die tijd blijft de huidige richtlijn van kracht.

2.12. In de nieuwe richtlijn corresponderen artt. 5 (volledige babyvoeding) en 6 (opvolgmelk) met art. 3 uit de huidige richtlijn. De systematiek wordt derhalve opnieuw zo dat enerzijds bepaalde in de bijlagen opgenomen bestanddelen categorisch zijn toegestaan, terwijl anderzijds andere ingrediënten worden toegestaan, waarvan op grond van algemeen aanvaarde wetenschappelijke gegevens is aangetoond dat zij geschikt zijn voor de betreffende categorie babyvoeding. Nieuw is dat voor zowel volledige zuigelingenvoeding als opvolgmelk in respectievelijk bijlage I (onder punt 9) en bijlage II (onder punt 7) categorisch zal worden toegestaan een prebiotische vezelmix en wel als volgt: Fructo-oligosacchariden en galacto-oligosacchariden mogen aan volledige zuigelingenvoeding/ opvolgzuige-

lingenvoeding worden toegevoegd. Het gehalte mag dan maximaal zijn: 0,8 g/100 ml in een combinatie van 90 % oligogalactosyl-lactose en 10 % oligofructosyl-sacharose met een hoog molecuulgewicht. Andere combinaties van en maximumgehalten aan fructo-oligosacchariden en galacto-sachariden mogen worden gebruikt overeenkomstig artikel 5/artikel 6. De prebiotische mix uit Nutrilon voldoet aan deze nieuwe categorische vrijstelling. Nieuw is tevens dat omtrent de niet-categorisch toegestane ingrediënten thans nader wordt aangegeven hoe de in artt. 5 en 6 bedoelde geschiktheid moet worden bepaald in een overeenstemmende tweede alinea in beide artikelen:

Deze geschiktheid wordt aangetoond door middel van een systematische beoordeling van de beschikbare gegevens over de verwachte voordelen en over veiligheidsaspecten, en voor zover noodzakelijk, door middel van passende studies, uit te voeren overeenkomstig algemeen aanvaarde richtsnoeren van deskundigen voor de opzet en uitvoering van dergelijke studies.

2.13. In de periode september 2005 – mei 2006 heeft Nutricia zich in reclame-uitingen met betrekking tot Nutrilon onder meer bediend van de volgende claims. In de (consumenten) folders getiteld "alles over flesvoeding", "alles over allergie", "alles over zwangerschap" en "alles over babykwaaltjes" staat telkens het volgende, in een geaccentueerd kader, dat is voorzien van een opvallend uitspringend uitroepteken, op een tekstbladzijde van deze folders:

Let op:

De gepatenteerde prebiotische vezelmix van Nutrilon is als enige goedgekeurd door de Europese Commissie!

De uiting sluit aan bij een tekst over (het belang van) prebiotische vezels. Bij wijze van voorbeeld is hieronder de betreffende pagina uit de folder "alles over babykwaaltjes" opgenomen, die de meest uitgebreide tekst bevat (accentuering aangebracht door raadsman Kruidvat en zo overgelegd):

het belang van prebiotische vezels

Voeding speelt een grote rol, niet alleen bij het verhelpen, maar ook bij het voorkomen van spijsverteringsproblemen. Borstvoeding is de beste voeding die je kind kunt geven. Baby's die borstvoeding krijgen hebben een optimale darmflora. Een gezonde darmflora is van groot belang voor de gezondheid van je kind. Deze ondersteunt de natuurlijke weerstand, bevordert de spijsvertering en zorgt voor een zachte ontlasting. Na jarenlang onderzoek blijkt dat het met name de prebiotische vezels zijn die zorgen voor deze gezonde darmflora.

Prebiotische vezels komen van nature in borstvoeding voor. Goed om te weten is dat prebiotische vezels ook aan de Nutrilon flesvoedingen zijn toegevoegd, zodat je flesgevoede kind ook profiteert van hun belangrijke werking!

let op

De gepatenteerde prebiotische vezelmix van Nutrilon is als enige goedgekeurd door de Europese Commissie!



Een (jaarlijks rondgestuurde) telefoonlegger bestemd voor (para-)medici bevat voor het jaar 2005 in een *-voetnoot bij de eigenschapvermelding "Prebiotische vezels (GOS/FOS mengsel 9:1)" de aanduiding: "*Voor de toevoeging van het unieke GOS/FOS mengsel 9:1 in flesvoeding heeft Numico als enige fabrikant goedkeuring ontvangen van de Europese Commissie." In de opvolgende telefoonlegger met het productgamma voor 2006 bevat de betreffende *-voetnoot op dezelfde plaats een andere tekst: "*Versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van de baby". In klantenmailings uit november/december 2005, is eveneens in de vorm van een *-voetnoot aangegeven ter verduidelijking van "de Nutricia vezelmix*" het volgende: "*De unieke Nutricia vezelmix (prebiotische vezels) is als enige goedgekeurd door de Europese Commissie." (Deels) overeenkomstige claims kwamen voor op de website www.nutriciakindervoeding.nl. – nog tot in oktober/november 2006. Onder het kopje "Is wetenschappelijk bewezen dat Nutrilon opvolgmelk het immuunsysteem versterkt?" stond op deze website als afsluitende tekst vermeld: "Nutricia heeft goedkeuring van de Europese Commissie om deze unieke vezelmix toe te voegen aan haar flesvoeding" en als uitleg over het GOS/FOS mengsel 9:1 stond opgenomen: "GOS/FOS mengsel 9:1 (= prebiotische vezels) staat voor een mengsel van galacto-oligosacchariden en fructo-oligosacchariden in de verhouding van 9:1. Dit mengsel zorgt voor een gezonde bifidogene darmflora bij flesgevoede zuigelingen. Het is ontwikkeld door Numico Research en heeft als enige goedkeuring ontvangen voor toevoeging in flesvoeding door de Europese Commissie." Ten slotte werd op deze website omtrent de mix in Nutrilon aangegeven: "De enige prebiotische vezelmix die goedkeuring van de Europese Commissie heeft ontvangen voor toevoeging in flesvoeding".

De betreffende claims zijn thans niet meer op deze website te vinden. Deze zijn door Nutricia onmiddellijk na ontvangst van de producties zijdens Kruidvat vrijwillig verwijderd.

2.14. Op 12 juli 2006 is Kruidvat een bodemprocedure begonnen tegen Nutricia. Inzet van die procedure is zowel de door Kruidvat bepleite nietigheid van EP 002 alsook de beweerdelijk misleidende reclame bedoeld in 2.13. In die bodemprocedure vordert Kruidvat onder meer een verbod van het hanteren van dergelijke aanduidingen die de indruk kunnen wekken dat Nutrilon op enigerlei wijze is goedgekeurd door de Europese Commissie, alsmede een aantal rectificaties.

2.15. Inmiddels hanteert Nutricia reclamemateriaal voor haar babyvoeding met andere claims die zien op de werking van prebiotische vezels voor het immuunsysteem ("Nutrilon versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby").

2.16. In november 2006 heeft Kruidvat nog enkele exemplaren van de in 2.13. bedoelde folders met de betreffende claims aangetroffen in een kinderafdeling van het Diaconessenhuis te Zeist (geen kraamafdeling) en op de betreffende website in de vragensectie.

2.17. De producent van de Kruidvat babyvoeding heeft een verklaring van geen bezwaar van de Voedsel en Warenautoriteit van 2 augustus 2005 ontvangen met de volgende inhoudelijke tekst: Onderwerp: GOS/FOS prebiotica in zuigelingenvoeding Sinds kort is er in Nederland volledige en opvolg zuigelingenvoeding op de markt met een zogenaamde prebiotica mix van een bepaalde verhouding Fructo-oligosaccharides en Galactooligosaccharides. Hiertegen is vanuit de Voedsel en Waren Autoriteit onder de huidige condities geen bezwaar, aangezien dit bedrijf heeft aangetoond dat deze mix geschikt is voor de desbetreffende zuigelingen (art. 2 onder b van de Warenwetregeling Zuigelingenvoeding). De betreffende koolhydraten zijn niet genoemd onder punt 4 van bijlage 1 van voornoemde regeling. In besprekingen in Brussel over een modernisering van de Richtlijn 92/321/EEG (bedoeld is 91/321/EEG, Vzr.) inzake zuigelingenvoeding wordt de toevoeging van een bepaald mengsel FOS/GOS voortsnog toegestaan. De Voedsel en Warenautoriteit heeft hangende deze aanpassing van de Europese levensmiddelen wetgeving geen gronden om thans tegen zuigelingenvoeding met een mix van FOS en GOS op basis van de Warenwet op te treden.

Tevens wordt hierbij in beschouwing genomen dat de Scientific Committee on Food in zijn rapport over de revisie van de essentiële eisen, te stellen aan volledige en opvolg zuigelingenvoeding (4 april 2003) zich uitspreekt geen bezwaar te hebben tegen deze toevoeging.

2.18. In het kader van minnelijk overleg tussen partijen in de aanloop van het onderhavige kort geding heeft Nutricia aangeboden aan Kruidvat om zich hangende een uitspraak in de aanhangige bodemprocedure omtrent de (on)rechtmatigheid van de in 2.13. bedoelde claims van deze en dergelijke claims te onthouden en daartoe een onthoudingsverklaring te tekenen, versterkt met een in redelijkheid over een te komen boetebeding. Dit aanbod doet Nutricia ook thans nog onverkort gestand. Kruidvat is daar niet op in gegaan, omdat zij aanspraak maakt op rectificatie, waartoe Nutricia in de gegeven omstandigheden niet bereid is.

3. Het geschil

3.1. Kruidvat vordert in conventie – samengevat – een verbod voor Nutricia om aanduidingen te gebruiken die de indruk kunnen wekken dat Nutricia's producten zijn goedgekeurd door de Europese Commissie en als enige een prebiotisch mengsel (mogen) bevatten, alsmede een bevel tot het doen uitgaan van verschillende (vergaande) rectificaties, alles op straffe van dwangsommen, kosten rechtens.

3.2. In voorwaardelijke reconventie (voor het geval enige conventionele vordering wordt toegewezen) vordert Nutricia – samengevat – een verbod voor Kruidvat om te stellen of te suggereren dat haar babyvoeding voldoet aan de daarvoor geldende nationale of Europese regels, zolang niet alle ingrediënten daarvan ofwel categorisch zijn toegestaan, ofwel op grond van aanvaarde wetenschappelijke gegevens aantoonbaar geschikt zijn voor babyvoeding, een overeenkomstig verbod om te stellen of te suggereren dat Kruidsvats prebiotische vezelmix gelijk is aan die van Nutrilon, alsmede het doen uitgaan van (vergaande) rectificaties, alles eveneens op straffe van dwangsommen en kosten rechtens.

3.3. Partijen voeren over en weer in conventie en in voorwaardelijke reconventie verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Ten tijde van de in 2.13. bedoelde reclamecampagne van Nutricia was de huidige Richtlijn 91/321/EEG van kracht. Ook thans is dat nog zo. Wijziging van deze richtlijn werd toen al wel verwacht en was in een gevorderd stadium. In het kader van die voorziene wijziging is door Nutricia als enige fabrikant onderzoeksmateriaal aangedragen voor de werking en veiligheid van haar specifieke Nutrilon vezelmix. Dat heeft uiteindelijk geleid tot een nieuwe categorische vrijstelling van een prebiotische vezelmix met een samenstelling als die verwerkt in Nutrilon in de nieuwe richtlijn. De huidige richtlijn en de Warenwet-regeling Zuigelingenvoeding kennen een dergelijke categorische vrijstelling niet, zodat GOS/FOS-mengsels onder de vigeur van laatstbedoelde, thans geldende regelgeving alleen zijn toegestaan, indien daarvan op grond van algemeen aanvaarde wetenschappelijke gegevens is aangetoond dat zij geschikt zijn als specifieke babyvoeding uit de betreffende categorie. Dat volgt uit het systeem van art. 3 van de huidige richtlijn en artt. 2 en 4 van de Warenwetregeling Zuigelingenvoeding.

4.2. Binnen dit kader moeten de gewraakte claims van Nutricia worden beoordeeld.

4.3. Voorshands moet worden aangenomen dat deze claims van Nutricia zijn aan te merken als misleidende reclame in de zin van art. 6:194 sub f BW. Dat betekent evenwel niet, dat de vorderingen thans in kort geding kunnen worden toegewezen. Daartoe is het navolgende redengevend.

4.4. Ofschoon voorshands aannemelijk wordt geoordeeld dat de SCF onderzoek heeft gedaan op basis van hoofdzakelijk door Nutricia aangedragen onderzoeksmateriaal dat ziet op de specifieke vezelmix die aan Nutrilon is toegevoegd (maar niet exclusief, zie bijv. de

in 2.8. weergegeven eerste SCF verklaring die dateert van vóór de door Numico Research verschaft gegevens) en dat materiaal er uiteindelijk toe heeft geleid dat positief is geadviseerd omtrent het opnemen van prebiotische vezelmixen als toegevoegd in Nutrilon als categorie (maar wel in de bewoordingen: no major concerns) in de nieuwe richtlijn (een 9:1 verhouding van GOS/langketenig FOS) – en dus voorshands feitelijk juist kan worden geacht dat de betreffende vezelmix in dat kader door (uiteindelijk) de Europese Commissie categorisch is gefiatteerd – hoeft dat nog niet te betekenen dat geen sprake is geweest van misleidende reclame in de gewraakte uitingen van Nutricia.

4.5. De betreffende claims van Nutricia bevatten immers de frase "als enige goedgekeurd door de Europese Commissie". Dat kan allereerst de suggestie wekken dat er in de huidige regelgeving sprake is van een categorische "vrijstelling" voor alleen Nutrilon. Dat wordt voorshands misleidend geacht. In de eerste plaats, omdat er onder de huidige regelgeving geen categorische vrijstelling voor toevoeging van prebiotische vezels bestaat. Dat wordt eerst onder het regime van de nieuwe richtlijn zo, maar de implementatiefase daarvan is nog niet verstreken. In de tweede plaats, omdat de geldende regelgeving op basis van (uiteindelijk) art. 3 van de huidige richtlijn de mogelijkheid laat voor niet alleen Nutricia, maar ook voor derden om voor niet-categorisch toegestane additieven in de vorm van prebiotische mixen een vrijstelling per producent te krijgen. Er bestaan voorshands sterke aanwijzingen dat daarvan sprake is. Ook Kruidvat en derden voegen immers prebiotische additieven toe aan hun babyvoeding en daartegen bestaat klaarblijkelijk warenwettelijk geen bezwaar (vgl. bijv. de in 2.17. opgenomen verklaring van de Voedsel en Warenautoriteit). Gelet op het toepasselijke regelingenkader heeft het er alle schijn van dat deze andere marktpartijen – evenals Nutricia zelf – op wetenschappelijk aanvaardbare wijze individueel kunnen aantonen dat de betreffende toevoegingen geschikt zijn voor dergelijke babyvoeding en aldus niet categorisch maar individueel zijn "vrijgesteld" in de zin van de toepasselijke regelingen. Met betrekking tot het concurrerende Frisolac is dat volgens Nutricia ook gedaan ten aanzien van het daarin voorkomende (volgens Nutricia: uitsluitende) GOS-additief. Kruidvat stelt dat zulks evenzeer met betrekking tot haar additief het geval is en wijst op de verklaring van geen bezwaar van de Voedsel en Warenautoriteit van haar producent (vgl. 2.17.). Hoewel Nutricia daarvan aangeeft dat zij dit, vanwege het niet willen tonen door Kruidvat van het onderliggende onderzoek, voorshands moet bestrijden en de betreffende verklaring van geen bezwaar bovendien ook zo gelezen zou kunnen worden dat deze veronderstelt dat de betreffende vezelmix van de Kruidvat babyvoeding voldoet aan de in de nieuwe richtlijn als categorie vrijgestelde samenstelling, wat Nutricia bestrijdt – hetgeen in dit kort geding niet tot voldoende klaarheid is gekomen, terwijl verder onderzoek de perken van dit geding te buiten gaat – moet er voorshands gelet op de verklaring van geen bezwaar in kort geding van uit worden gegaan dat (de producent

van Kruidvat) eveneens individuele vrijstelling heeft verkregen.

4.6. Daarnaast kunnen de betreffende claims van Nutricia suggereren dat sprake is/was van een regelstelsel dat voorziet in voorafgaande officiële goedkeuring in de vorm van een soort individuele certificering zijdens de Europese Commissie voor babyvoedingsingrediënten als de onderhavige. Dat daarvan daadwerkelijk sprake is/was, wordt niet evident geacht, zodat ook dat voorshands misleidend moet worden geoordeeld. Nutricia onderbouwt haar verweer dat sprake was van uitsluitend aan haar verschaft voorafgaande goedkeuring door de Commissie met de stelling dat zij als enige fabrikant de moeite heeft genomen om onderzoeksgegevens aan de SCF te verschaffen met betrekking tot haar vezelmix. Dat verweer staat evenwel in feite in de sleutel van categorische goedkeuring in toekomstige regelgeving (de nieuwe richtlijn) en – in weerwil van de andersluidende stelling van Nutricia bij pleidooi – niet zozeer in die van individuele art. 3 (huidige richtlijn)-geschiktheid waar het hier om gaat. Naar voorlopig oordeel is deze uitleg van Nutricia niet aannemelijk, met name gelet op de exclusiviteitsclaim "enige". De gewraakte claims zouden dan gezien moeten worden als feitelijk juiste mededelingen die ook door context en plaatsing niet misleidend zijn. Zelfs voor de in aanmerking komende (verstandige) consument in de zin van het arrest Gut Springenheide (HvJEG, NJ 2000/374), die gewend is te leven met de aan reclame inherente bepaalde mate van overdrijving en die een zekere kritische houding zal aannemen met betrekking tot de geloofwaardigheid van reclameuitingen, is dat naar voorlopig oordeel te veel gevraagd. Tenslotte is in dit verband opvallend dat de advisering van de SCF niet zozeer als een positieve aanbeveling ("goedgekeurd"), maar hooguit als een geclausuleerde verklaring van geen bezwaar ("no major concerns") kan worden gezien, met een herhaaldelijk doorklinkende roep om verdere onderzoeksgegevens te verschaffen. De daaraan in de gewraakte claims gegeven "draai" is naar voorlopig oordeel een stap te ver.

4.7. Dit betekent, als gezegd, evenwel niet dat de vorderingen van Kruidvat kunnen worden toegewezen. Immers, Nutricia heeft toegezegd de gewraakte claims niet meer te voeren en doet dat thans ook niet meer en blijft bereid een met boetebeding versterkte onthoudingsverklaring ter zake van deze en dergelijke claims te tekenen. Daarmee ontvalt naar voorlopig oordeel in de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval (spoedeisend) belang bij de gevorderde onthoudingsverboden versterkt met dwangsom. Daar lijkt ook Kruidvat van uit te gaan (vgl. nr. 42 pleitnota mr. Berghuis: Als Nutricia deze toezegging gestand doet, dan lijkt er geen verder belang te zijn bij het handhaven van de vorderingen sub 1 en 2 van de dagvaarding). Het kort geding is ondanks deze ondubbelzinnige en tot en met de mondelinge behandeling uitdrukkelijk gehandhaafde toezegging van Nutricia naar zeggen van Kruidvat uitsluitend doorgezet om (vergaande) rectificaties te verkrijgen. Daar wordt, andermaal in de specifieke omstandigheden van

dit geval, om de navolgende redenen voorshands onvoldoende zwaarwegend spoedeisend belang voor aanwezig geoordeeld.

4.8. Voldoende aannemelijk is geworden dat de gewraakte campagne – mede gelet op de doelgroep van (uiteindelijk) ouders/verzorgers met zuigelingen en de geschiktheid van de betreffende babyvoeding voor kinderen tot in beginsel de leeftijd van 1 jaar – als al gedurende een voor de betreffende context significant lange tijd afgesloten moet worden beschouwd. De na mei 2006 nog aangetroffen "oude" claims moeten naar voorlopig oordeel als (onmiddellijk rechtgezette) onbedoelde erfenissen uit het verleden worden gezien. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat de nieuwe claims – waartegen Kruidvat uitdrukkelijk geen bezwaren heeft in de onderhavige procedure – rechtstreeks voortborduren op de gewraakte claims en dat het relevante in aanmerking komende publiek dat ook als zodanig zal herkennen en opvatten. Kruidvat bepleit reclamerechtelijke "nawerking", maar onderkent ook zelf bij pleidooi dat inmiddels sprake is van verloop van tijd en verloop in de samenstelling van de consumentendoelgroep. Anders dan Kruidvat bepleit, wordt dit voorshands van groter gewicht geacht, dan de mogelijke "nawerking" van de voorshands aannemelijk geachte misleiding. Van nawerking ten aanzien van "professionals" waar Kruidvat nog de nodige nadruk op heeft gelegd – en, zo begrijpt de voorzieningenrechter (vgl. pleitnota mr. Berghuis sub 74), waartoe de rectificatievordering subsidiair wordt beperkt – is naar voorlopig oordeel onvoldoende gebleken.

4.9. Daar komt bij dat naar voorlopig oordeel door Kruidvat (veel) te lang is gewacht met het entameren van het onderhavige kort geding (in oktober 2006), nu al in juli 2006 in feite dezelfde bezwaren met overeenkomstige (zij het minder draconische) rectificatievorderingen in een bodemprocedure aan de orde zijn gebracht. Ook toen al moet de gewraakte campagne als (in feite in mei 2006) afgesloten worden beschouwd. Nu desalniettemin toen nog eens drie maanden is gewacht met het vragen van een datum voor kort geding, kan niet worden volstaan met verwijzing naar rechtspraak waarin spoedeisend belang aanwezig werd geacht ondanks het afgesloten zijn van een betreffende campagne, zoals Kruidvat doet. Alleen al daarom stroken de daarin aan de orde zijnde casus niet met de feiten in de onderhavige zaak.

4.10. Naar voorlopig oordeel zou een rectificatie thans bovendien niet zozeer tot opheffing van voorshands geconstateerde misleiding leiden, maar alleen al gelet op het tijdsverloop veeleer tot misverstanden aanleiding geven, nu de gewraakte claims geacht moeten worden in de vergetelheid te zijn geraakt, zoals Nutricia terecht aanvoert. Het aanwenden van de discretionaire bevoegdheid tot het opleggen van een rectificatie wordt bij die stand van zaken niet passend geoordeeld – ook niet indien rectificatie beperkt zou blijven tot het professionele veld en/of zou worden toegepast in minder draconische vorm dan gevorderd.

4.11. Op het vorenoverwogene stranden alle vorderingen in conventie. Aangezien aldus de voorwaarde

waaronder de eis in reconventie is ingesteld, niet is vervuld, wordt aan die eis niet toegekomen. Voor een separate kostenveroordeling in voorwaardelijke reconventie wordt gelet op de verwevenheid van de materie in conventie en reconventie geen aanleiding gezien. Nu in conventie partijen over en weer deels in het gelijk en ongelijk zijn gesteld, worden termen gezien de proceskosten in conventie te compenseren als in het dictum verwoord.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst de vorderingen (in conventie) af;
 - compenseert de proceskosten in conventie aldus, dat elke partij haar eigen kosten heeft te dragen;
 - verstaat dat aan de voorwaardelijke eis in reconventie vanwege het niet vervullen van de voorwaarde waaronder deze is ingesteld niet wordt toegekomen.
-