

Hof Amsterdam, 30 oktober 2007, Gaba v GSK

"Bescherm je gebit tegen tanderosie!"



RECLAMERECHT

"Speciaal ontwikkeld" niet misleidend
uit de betrokken passage blijkt dat GSK de speciale ontwikkeling van Proglasur juist baseert op het feit dat terzake jarenlang onderzoek is gedaan en niet op het feit dat daarvoor een octrooiaanvraag is ingediend.

"Helpt te beschermen tegen tanderosie"
Aannemelijk dat Proglasur een hoge fluoride beschikbaarheid en een hoge fluoride activiteit heeft.
Bij deze stand van zaken – de onderhavige procedure leent zich, anders dan een bodemprocedure, immers niet voor nadere bewijslevering – acht het hof voorshands voldoende aannemelijk gemaakt door GSK dat Proglasur een hoge fluoride beschikbaarheid en een hoge fluoride activiteit heeft. Uit het voorgaande kan voorlopig worden geconcludeerd dat GSK de juistheid en/of volledigheid van haar claim dat Proglasur speciaal ontwikkeld is en het tandglazuur verhardt en helpt te beschermen tegen tanderosie in het kader van de onderhavige procedure voldoende aannemelijk heeft gemaakt.

Geen specifieke superioriteits-claims
Voor zover die suggesties van deze pretenties uitgaan, gaan zij echter niet verder dan wat nu eenmaal de (zeer algemene) kernboodschap van alle reclame is: "Dit product is beter. Koop het."

Geen vrijwaring
uiting suggereert niet zonder meer dat het gebruik van Proglasur vrijwaart tegen tanderosie.

"Wat kun je doen" commercial misleidend
Nu echter vaststaat dat tandglazuur dat ten gevolge van tanderosie is verdwenen niet kan worden her-

steld door het gebruik van fluoride bevattende tandpasta, is deze commercial misleidend.

Als de TV-commercial in zijn geheel wordt gezien is de totaalindruk onmiskenbaar dat er iets te doen valt aan de reeds dunner en transparanter geworden tanden – de vraag die wordt gesteld luidt bijvoorbeeld niet: "wat kun je doen aan het voorkomen hiervan?" – en dat onder meer een tandpasta als Proglasur dat kan.

Geen nawerking misleiding aangenomen
70% denkt terecht dat eenmaal opgetreden tanderosie niet te herstellen is

In de tweede plaats blijkt uit het voornoemde onderzoeksrapport van Synovate/Interview NSS van 24 augustus 2007 onder meer (blz. 3) dat van de 65% van de Nederlanders die over voorkennis over het verschijnsel tanderosie beschikt, 70% terecht denkt dat eenmaal opgetreden tanderosie niet te herstellen is, (...). Op grond van het voorgaande kan voorshands niet worden geconcludeerd dat de in de reclamecampagnes door GSK gehanteerde afbeelding van een gebit, dat reeds verschijnselen van tanderosie heeft, (substantiële) nawerking heeft

Naam "Proglasur" niet misleidend
geen grond een verbod met betrekking tot deze naam – waarin "pro" kan worden begrepen als: "gunstig voor" – uit te spreken

Voor zover Gaba heeft gevorderd de naam Proglasur te verbieden baseert zij deze vordering op het vermeende feit dat Proglasur geen enkele heilzame werking zou hebben. Nu echter voorlopig kan worden geconcludeerd dat GSK de juistheid en/of volledigheid van haar claim dat Proglasur speciaal ontwikkeld is en het tandglazuur verhardt en helpt te beschermen tegen tanderosie in het kader van de onderhavige procedure voldoende aannemelijk heeft gemaakt en zij tevens voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Proglasur een hoge fluoride beschikbaarheid en een hoge fluoride activiteit heeft, bestaat geen grond een verbod met betrekking tot deze naam – waarin "pro" kan worden begrepen als: "gunstig voor" – uit te spreken, omdat deze benaming voorshands niet misleidend kan worden geoordeeld.

Vindplaatsen: LJN: [BB9134](#); [Boek9](#); JGR 2008, nr. 10, p. 86, m.nt. Lisman

Hof Amsterdam, 30 oktober 2007

(Van der Kwaak, Mannoury en Van Rossum)

30 oktober 2007

eerste civiele kamer

rolnummer 2006/1314 KG

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

nevenzittingsplaats Arnhem

Arrest

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Gaba B.V.,

gevestigd te Almere,

appellante in het principaal appèl,
geïntimeerde in het incidenteel appèl,
procureur: mr. H.J.M. Harmeling,
tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Glaxosmithkline Consumer Healthcare B.V.,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Glaxosmithkline Consumer Holding B.V.,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Glaxosmithkline (Netherlands) B.V.,
alle gevestigd te Zeist,
geïntimeerden in het principaal appèl,
appellanten in het incidenteel appèl,
procureur: mr. L. Oosting.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 oktober 2006, in kort geding gewezen tussen appellante in het principaal appèl, geïntimeerde in het incidenteel appèl (hierna te noemen "Gaba") als eiseres en geïntimeerden in het principaal appèl, appellanten in het incidenteel appèl (hierna gezamenlijk – in enkelvoud – te noemen "GSK") als gedaagden. Dit vonnis is in fotokopie aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Gaba heeft bij exploit van 24 november 2006 aangezegd van voornoemd vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van GSK voor dit hof. Daarbij heeft zij tevens acht grieven geformuleerd en toegelicht en heeft zij aangekondigd te zullen concluderen dat het hof na kennisneming van de grieven en de feitelijke en juridische stellingen van Gaba zoals blijkend uit de inleidende dagvaarding in eerste instantie en het overgelegde procesdossier, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad en op alle dagen en uren, het vonnis waarvan beroep zal vernietigen met uitzondering van het door grief 1 niet bestreden deel van de feiten (rov. 2.1-2.4), het door grief 4 niet bestreden deel van rov. 4.3, rov. 4.17 en de onderdelen 5.1 tot en met 5.7 van het dictum en, opnieuw recht doende:

I GSK zal bevelen zich te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) het gebruik van de naam Proglasur (of variaties of vertalingen van die naam) voor tandverzorgingsproducten,

althans GSK zal bevelen zich te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) het gebruik van de productnaam Proglasur voor tandverzorgingsproducten in de context van enig verband tussen het Proglasur-product en tanderosie, hetzij direct hetzij indirect (waaronder mede begrepen enige verwijzing naar de effecten van zure voeding op het gebit);

II GSK zal bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) enige uiting of suggestie (in woorden, beelden of anderszins) dat het product dat thans wordt vermarkt onder de naam Proglasur tanden beschermt of helpt beschermen tegen tanderosie,

althans GSK zal bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) enige uiting of suggestie (in woorden, beelden of anderszins) dat het product dat thans wordt vermarkt onder de naam Proglasur tanden beter beschermt (of helpt beschermen) tegen tanderosie dan andere tandpasta's die thans beschikbaar zijn op de markt;

III GSK zal bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) enige uiting of suggestie (in woorden, beelden of anderszins) dat het product dat thans wordt vermarkt onder de naam Proglasur "speciaal ontwikkeld" of een speciale formule tegen erosie is, of uitingen van gelijke strekking;

IV GSK zal bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) enige uiting of suggestie (in woorden, beelden of anderszins) dat het product dat thans wordt vermarkt onder de naam Proglasur een blijvende bescherming tegen tanderosie biedt, althans dat 2 keer per dag poetsen zorgt voor een blijvend resultaat;

V GSK zal bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) enige uiting of suggestie (in woorden, beelden of anderszins) dat het product dat thans wordt vermarkt onder de naam Proglasur waarbij gebruik wordt gemaakt van afbeelding(en) van transparante tanden en vergelijkbare afbeeldingen in een context waarin de mededeling wordt gedaan dat Proglasur "helpt beschermen" tegen erosie,

althans dit gebruik te staken en gestaakt te houden voor een periode van twee jaar na het in dezen te wijzen arrest;

VI GSK zal bevelen met onmiddellijke ingang (iedere bevordering, coördinatie of andere directe of indirecte betrokkenheid bij) de verkoop en levering van de Proglasur productverpakking te staken en aan al haar professionele afnemers een brief te zenden in haar eigen huisstijl en op haar normale briefpapier met uitsluitend de volgende inhoud:

"Geachte heer/mevrouw,

GlaxoSmithKline heeft in de afgelopen maanden Sensodyne Proglasur tandpasta aan uw bedrijf geleverd, mogelijk vergezeld van marketingmaterialen voor het nieuwe product Sensodyne Proglasur.

Het Gerechtshof te Amsterdam heeft echter recentelijk geoordeeld dat de tekst die op de productverpakking en in advertentiematerialen staat, misleidende reclame vormt. De reden hiervoor is, dat zowel de tube als de advertenties ten onrechte suggereren dat Sensodyne Proglasur een adequate en blijvende bescherming tegen tanderosie zouden bieden.

Dit effect kan echter niet worden bewezen. Sensodyne Proglasur biedt geen betere bescherming tegen tanderosie dan andere tandpasta's (met een vergelijkbare hoeveelheid fluoride) en in het bijzonder helpt Sensodyne Proglasur niet bij tandglazuur dat al deels door tanderosie is aangetast.

Tegen deze achtergrond in GlaxoSmithKline bevelen om de verpakking met deze suggesties product uit de markt terug te trekken.

Wij verzoeken u met klem om de verkoop van het Proglasur product onmiddellijk te staken, het product uit de schappen te verwijderen en de productvoorraad aan ons te retourneren.

Wij zullen u uiteraard de aankoopprijs terugbetalen en de verzendkosten vergoeden.

Wij bieden u onze verontschuldigingen aan voor het ongemak en rekenen graag op uw volledige medewerking.

Hoogachtend,

[naam]

GlaxoSmithKline"

of, in voorkomend geval, een vertaling van deze tekst;

VII GSK zal bevelen binnen zeven dagen na de datum van het in dezen te wijzen arrest aan de raadsman van Gaba een volledig overzicht, op volledigheid en correctheid gecontroleerd door een registeraccountant op basis van een onderzoek in de onderliggende administratie, te verstrekken van alle uitingen aan derden (via publieksmedia of individueel, waaronder begrepen direct mail, uitingen gericht op professionals in de tandheelkundige zorg of anderszins, uitingen verschaft aan deze professionals ten behoeve van publieksvoorlichting, tv reclames, individuele uitingen, etc.) die zijn gebruikt om het Proglasur-product te promoten, waarbij tenminste de omvang, de datum en tijdstip van iedere uiting zijn vermeld;

VIII GSK zal bevelen rectificaties te doen verschijnen in alle kanalen waarin de advertentie-campagne is aangewend, in het bijzonder (maar niet noodzakelijkerwijs uitsluitend) door bij eerste gelegenheid:

(a) in elk tijdschrift of andere publicatie waarin advertenties voor Proglasur zijn verschenen, één advertentie te plaatsen van dezelfde omvang en prominentie (bijvoorbeeld in zelfde deel van de publicatie, zelfde plaatsing op de pagina, etc.) met uitsluitend de volgende, goed leesbare volgens goed drukkersgebruik opgemaakte inhoud

"Sensodyne heeft onlangs Sensodyne ProGlasur geïntroduceerd. Hierbij werd geclaimd dat het product een adequate bescherming biedt tegen tanderosie door een nieuwe en speciaal ontwikkelde formule. Dit was echter onjuist en misleidend.

In werkelijkheid biedt Sensodyne Proglasur geen betere bescherming tegen tanderosie dan andere tandpasta's (met vergelijkbare hoeveelheden fluoride) en biedt met name ook geen hulp wanneer het tandglazuur al aangetast is door tanderosie.

Aangezien het beweerde effect van Sensodyne Proglasur niet bewezen kan worden, is Sensodyne bevelen dit product uit de markt terug te trekken."

en daarbij duidelijk zichtbaar de naam en het logo van Sensodyne naast de tekst af te beelden;

(b) een brochure, gericht op professionals in de tandheelkunde, via alle kanalen waarlangs professionals in de tandheelkunde zijn benaderd met productinformatie voor het Proglasur-product, met uitsluitend de hiervóór onder VIII (a) genoemde inhoud en daarbij duidelijk

zichtbaar de naam en het logo van Sensodyne naast de tekst af te beelden;

(c) aan professionals in de tandheelkunde brochures beschikbaar te maken, gericht op consumenten, met het verzoek om deze neer te leggen op dezelfde plaatsen waar consumenteninformatie over Proglasur beschikbaar was of, in voorkomend geval, in hun wachtkamers, welke brochures enkel de hiervóór onder VIII (a) genoemde inhoud zullen hebben, en daarbij duidelijk zichtbaar de naam en het logo van Sensodyne naast de tekst af te beelden;

(d) advertentie-zentijd te betrekken op dezelfde televisiekanalen waar de Proglasur televisiecommercial is uitgezonden en op elk van die kanalen één dertigseconden commercial te vertonen zonder geluid die enkel duidelijk zichtbaar op het midden van het scherm de hiervóór onder VIII (a) genoemde tekst toont en daarbij duidelijk zichtbaar de naam en het logo van Sensodyne naast de tekst af te beelden, en zal bevelen dat deze commercial zo vaak en op zodanig uur en tijdstip dient te worden uitgezonden dat deze commercial hetzelfde publieksbereik heeft als de gewraakte reclamecampagnes van GSK met betrekking tot het Proglasur product, in die zin dat deze commercial een kijkdichtheid met een zelfde aantal Gross Rating Points binnen dezelfde doelgroep dient te hebben als de gewraakte reclamecampagne van GSK;

IX GSK zal bevelen binnen dertig dagen na datum van het in dezen te wijzen arrest (of zoveel eerder als mogelijk) aan Gaba's raadsman een verklaring van een registeraccountant te doen toekomen waaruit blijkt dat GSK volledig en correct haar verplichtingen als hierboven vermeld onder VI en VIII heeft voldaan, samen met onderliggende documentatie zoals lijsten van ontvangers van brieven, kopieën van rectificaties en overzichten van plaatsing van zulke rectificaties;

X zal bepalen dat GSK hoofdelijk een dwangsom zal verbeuren van € 100.000,- per geval of per dag (zults naar keuze van Gaba) dat GSK nalaat correct en volledig te voldoen aan de bevelen gegeven onder I tot en met IX hiervoor;

XI GSK hoofdelijk zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

2.2 Bij memorie van grieven heeft Gaba vervolgens geconcludeerd overeenkomstig de eis zoals vervat in voornoemd exploit. Daarnaast heeft zij bij akte houdende overlegging producties aanvullende producties in het geding gebracht.

2.3 Bij memorie van antwoord tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appèl heeft GSK in het principaal appèl de grieven bestreden en heeft zij tevens incidenteel appèl ingesteld, waarbij zij twee grieven heeft aangevoerd en toegelicht. Verder heeft zij nieuwe producties overgelegd en bewijs aangeboden, en heeft zij geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad,

- in het principaal appèl Gaba niet-ontvankelijk zal verklaren in haar vorderingen in hoger beroep, althans die vorderingen zal afwijzen (zodanig onder aanvulling en/of verbetering van gronden);

- in het incidenteel appèl het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en de vorderingen van GSK integraal zal toewijzen;

- in het principaal en het incidenteel appèl Gaba zal veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties.

2.4 Bij akte houdende overlegging aanvullende productie heeft GSK vervolgens een aanvullende productie in het geding gebracht.

2.5 Bij memorie van antwoord in incidenteel appèl heeft Gaba in het incidenteel appèl de grieven bestreden en heeft zij geconcludeerd dat het hof de incidentele grieven van GSK zal verwerpen en de betrokken onderdelen van het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met veroordeling van GSK in de kosten van het geding in het incidenteel appèl.

2.6 Ter terechtzitting van het hof van 30 augustus 2007 is aan beide partijen akte verleend van het in het geding brengen van een aantal nieuwe producties, die zij op voorhand aan het hof en de wederpartij hadden doen toekomen. Vervolgens hebben partijen de zaak doen bepleiten, waarbij namens Gaba het woord is gevoerd door mr. H.J.M. Harmeling, advocaat te Amsterdam, en namens GSK door mr. L. Oosting, eveneens advocaat te Amsterdam, overeenkomstig door hen overgelegde pleitnota's.

2.7 Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

3 De vaststaande feiten

3.1 Nu geen grieven zijn aangevoerd tegen de vaststelling van de in het bestreden vonnis onder 2.1. tot en met 2.4. genoemde feiten – behoudens voor zover het om het in de eerste zin van de tweede (volle) alinea van rov. 2.4. vermelde feit gaat –, gaat ook het hof in zoverre van die feiten uit. De vaststaande feiten komen, kort samengevat, op het volgende neer.

3.2 GSK heeft in mei 2006 haar nieuwe tandpasta Sensodyne Proglasur® (verder: "Proglasur") geïntroduceerd. Deze introductie is gepaard gegaan met een grootschalige reclamecampagne. In de periode van 17 mei 2006 tot 7 juni 2006 is er op de TV-zenders RTL 4, RTL 5, SBS 6, RTL 7, Net 5 en V8/Veronica een commercial uitgezonden. Naast deze TV-commercial heeft GSK reclame gemaakt voor Proglasur door middel van het plaatsen van advertenties in publikstijdschriften (waaronder Margriet, Viva, Veronica, Top Santé en Flair), in sponsored magazines (waaronder Leve je Lijf, Jumbo en Ditjes en Datjes) en in vakbladen, het verspreiden van een folder onder consumenten, het verzenden van een mailing en een introductiebox aan tandartsen en mondhygiënisten, het verstrekken van een folder en van gratis monsters aan tandartsen en mondhygiënisten en deelname aan congressen en beurzen.

3.3 In de tweede helft van september 2006 is een nieuwe TV-commercial op de hiervoor genoemde TV-zenders uitgezonden.

3.4 De voornoemde twee reclamecampagnes (verder: "de reclamecampagnes") rondom Proglasur hadden betrekking op het groeiende probleem van de tanderosie als gevolg van veranderende eetgewoontes, doordat er

vergeleken met vroeger veel meer eet- en drinkmomenten zijn en daarnaast de consumptie van zuurhoudende voedingsmiddelen en dranken toeneemt. Tanderosie is het oplossen van het tandglazuur en het daaronder liggende tandbeen door zuurinwerking. Het is een geleidelijk proces waarbij het tandglazuur door de inwerking van zuren afkomstig van voeding en drank tijdelijk zachter wordt. Als het tandglazuur niet de kans krijgt om na een zuuraanval weer de normale hardheid te verkrijgen doordat er te snel een nieuwe zuuraanval komt, lost het op en slijt het af. Ook kan slijtage van het glazuur optreden doordat de tanden op het moment dat het tandglazuur zachter is dan normaal op een of andere manier wrijving ondervinden. Fluoride bevordert het proces van het weer harder worden van het tandglazuur als het door zuren zachter is geworden. Ook bij gebruik van fluoride blijft het proces van het zachter en kwetsbaar worden van tandglazuur onder invloed van zuren optreden. Tandglazuur dat ten gevolge van tanderosie is verdwenen kan niet worden hersteld door het gebruik van fluoride bevattende tandpasta.

4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep in het principaal en het incidenteel appèl

4.1 Gaba heeft met haar eerste grief aangevoerd dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen (in rov. 2.4.) dat in het beginstadium van tanderosie de tanden er goed kunnen uitzien, maar dat de tandarts in dit stadium met een speciaal lampje kan zien dat de randen van de tanden dunner en transparanter worden. Volgens Gaba bestaat het beginstadium van tanderosie uit verlies van glans en textuur aan het tandoppervlak en een geel aanzien van de tanden, en treedt pas in het stadium daarna doorschijnendheid van de tanden op. Deze stelling is op zichzelf niet gemotiveerd weersproken door GSK, zodat grief 1 in het principaal appèl slaagt.

4.2 In het onderhavige geschil gaat het met name om de vraag of en, zo ja, in hoeverre de reclamecampagnes van GSK met betrekking tot de werking van Proglasur tegen tanderosie misleidend zijn.

4.3 Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof het volgende voorop. Voor een vordering gegrond op artikel 6:194 BW is vereist dat de mededeling misleidend is en heeft de rechter zich in het bijzonder af te vragen of de betrokken reclame een onjuiste voorstelling heeft gewekt of kan wekken bij het gemiddelde publiek, waarbij hij moet uitgaan van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, die zich bewust is van en zich niet laat beïnvloeden door het feit dat aan reclame vaak een zekere overdrijving eigen is. Van misleidende reclame is sprake wanneer deze zodanige onwaarheden of halve waarheden bevat dat het publiek in goed vertrouwen afgaat op de juistheid van de gedane mededelingen en als gevolg daarvan bij voorbeeld tot aankoop van de aangeprezen goederen overgaat. Niet is vereist dat men in een reclamemededeling steeds volledigheid betracht. Men mag van een zodanige mededeling slechts verlangen dat zij voldoende volledig is om te voorkomen dat het publiek door hetgeen wordt meegedeeld tot een verkeerde voorstelling omtrent relevante feiten wordt

gebracht en aldus wordt misleid. Voorts geldt ingevolge artikel 6:195 lid 1 BW dat, als eiser (hier: Gaba) voldoet aan zijn stelplicht en aldus voldoende gemotiveerd aangeeft dat en waarom de betrokken mededeling misleidend is, de gedaagde (hier: GSK) de bewijslast heeft met betrekking tot de juistheid of volledigheid van de in de mededeling vervatte of gesuggereerde feiten waarop het beweerde misleidend karakter van de mededeling berust, hetgeen voor een procedure in kort geding als de onderhavige meebrengt dat GSK de juistheid en/of volledigheid van de betrokken feiten aannemelijk heeft te maken.

4.4 De voorzieningenrechter heeft op dit punt, kort samengevat, overwogen dat Proglasur – zoals iedere andere fluorhoudende tandpasta – bijdraagt aan bescherming tegen tanderosie, dat de enkele mededeling dat Proglasur beschermt tegen tanderosie bij de consument de indruk kan wekken – ook indien deze mededeling wordt gedaan in de vorm van een aansporing om het gebit te beschermen – dat hij louter door het gebruik van Proglasur het ontstaan van tanderosie kan voorkomen, maar dat, nu op de verpakking duidelijk staat vermeld dat Proglasur helpt te beschermen tegen tanderosie, daarover anders moet worden geoordeeld, omdat de consument door het woord "helpt" immers wordt gewaarschuwd dat hij voor het voorkomen van tanderosie niet alleen op het gebruik van Proglasur kan vertrouwen. Voorts heeft de voorzieningenrechter overwogen dat GSK heeft betwist dat zij in de reclamecampagnes beweert dat Proglasur tanderosie verhelpt dan wel helpt te verhelpen, dat niet is gebleken dat GSK deze bewering doet op de tube van Proglasur, in de door GSK verspreide folders, brochures, promotiemateriaal en in de door GSK geplaatste advertenties, maar dat wel voldoende aannemelijk is geworden dat GSK deze beweringen heeft gedaan door middel van de in haar TV-commercials getoonde beelden en daarbij uitgesproken tekst, althans dat zij bij een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument die suggestie heeft gewekt, en dat die suggestie onjuist en daarmee misleidend is in de zin van artikel 6:194 BW. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter overwogen dat – mede gelet op de gemotiveerde betwisting van GSK – onvoldoende aannemelijk is geworden dat GSK in de reclamecampagnes beweert, althans de suggesties heeft gewekt, dat Proglasur tanden beter beschermt of beter helpt te beschermen tegen tanderosie dan andere tandpasta's die thans beschikbaar zijn op de markt. Ten slotte heeft de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk geacht dat GSK Proglasur "speciaal ontwikkeld" heeft om te helpen beschermen tegen tanderosie, nu GSK heeft aangevoerd dat Proglasur ondanks het feit dat het fluorgehalte even groot is als die van andere fluorhoudende tandpasta's een hogere fluoridebeschikbaarheid heeft dan deze andere fluorhoudende tandpasta's – waardoor het verhardingsproces van het tandglazuur sneller plaatsvindt – en dat dit het resultaat is van een vijf jaar durend onderzoek, welke stelling door Gaba onvoldoende gemotiveerd is weersproken. Mede gelet op de gemotiveerde betwisting door GSK is volgens de voor-

zieningenrechter onvoldoende aannemelijk geworden dat GSK in de reclamecampagnes beweert, althans de suggestie wekt, dat Proglasur een "speciale formule" is tegen erosie. Op deze overwegingen hebben de tweede, derde en vierde gief in het principaal appèl en de eerste gief in het incidenteel appèl betrekking.

4.5 Nu partijen hieromtrent van mening verschillen, moet eerst worden vastgesteld welke mededelingen door GSK zijn en worden gedaan met betrekking tot met name de aard, samenstelling, hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden van Proglasur, en kan vervolgens worden bezien of (een of meer van) deze mededelingen als misleidend moeten worden beschouwd.

4.6 Beide partijen zijn het er over eens dat Proglasur een product is dat op zichzelf kan helpen te beschermen tegen tanderosie (al is die bescherming door een tandpasta volgens Gaba in alle gevallen inadequaat). Gaba stelt dat iedere verdere claim die GSK doet – "beschermen" tegen tanderosie, "helpen" tegen (de gevolgen van) tanderosie of (de gevolgen van) tanderosie "helpen te verhelpen" en "uniek", "nieuw", "speciaal ontwikkeld" of "beter" product – te ver gaat omdat, kort samengevat, in beginsel alle (voldoende) fluorhoudende tandpasta's eenzelfde werking hebben als Proglasur. GSK stelt echter – zoals zij bij gelegenheid van de pleidooien uitdrukkelijk naar voren heeft gebracht – dat zij niet meer claimt dan de kwalificaties dat Proglasur speciaal ontwikkeld is en het tandglazuur verhardt en helpt te beschermen tegen tanderosie. Nu, naar tussen partijen niet in geschil is, Gaba op deze punten aan haar stelplicht heeft voldaan, zal het hof – in overeenstemming met het onder 4.3 overwogene – allereerst onderzoeken of GSK de juistheid en/of volledigheid van deze laatstgenoemde feiten in het kader van het onderhavige kort geding aannemelijk heeft gemaakt.

4.7 Gaba heeft onvoldoende gemotiveerd betwist dat GSK, zoals deze (onderbouwd) heeft gesteld, vóór het op de markt brengen van Proglasur met het oog op de ontwikkeling van dit product gedurende (ten minste vijf) jaren onderzoek heeft gedaan naar de problematiek van tanderosie en veel op dit gebied heeft gepubliceerd. Gaba heeft haar betwisting hierop gebaseerd dat GSK in eerste aanleg zou hebben aangevoerd dat die speciale, langdurige ontwikkeling met name zou blijken uit het feit dat zij een internationale octrooiaanvraag heeft ingediend, en heeft daaraan toegevoegd dat uit het zogenaamde search rapport blijkt dat de onderzoekers maat liefst acht andere octrooien hebben aangetroffen waarin de zogenaamde uitvinding van GSK reeds wordt beschreven. Deze stelling mist, blijkens de passage waarnaar door Gaba wordt verwezen (pleitnota GSK in eerste aanleg onder 4.1), echter feitelijke grondslag, omdat uit de betrokken passage blijkt dat GSK de speciale ontwikkeling van Proglasur juist baseert op het feit dat terzake jarenlang onderzoek is gedaan en niet op het feit dat daarvoor een octrooiaanvraag is ingediend. Reeds op deze grond is de mededeling van GSK dat Proglasur "speciaal ontwikkeld" is (zie ook productie 26 GSK, blz. 12), in beginsel voor het gemiddelde publiek niet misleidend.

4.8 Daaraan kan het volgende worden toegevoegd. Tussen partijen is niet in geschil dat tandpasta's met een goede fluoride beschikbaarheid het tandglazuur kunnen verharderen (en daarom helpen te beschermen tegen tanderosie). GSK heeft echter, anders dan Gaba, gesteld dat uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat niet alle tandpasta's hetzelfde zijn ten aanzien van fluoride beschikbaarheid en dat Proglasur een hoge fluoride beschikbaarheid en een hoge fluoride activiteit heeft. Daartoe heeft GSK verwezen naar een groot aantal wetenschappelijke onderzoeken en publicaties. Gaba heeft dit betwist, en er met name op gewezen dat de licht hogere verharding van het tandglazuur die Proglasur lijkt te bewerkstelligen ten opzichte van enkele andere tandpasta's door betere opname van fluor alleen wordt bereikt in testen waarbij de vergelijking in vitro (buiten het lichaam, in glas) plaatsvindt en in vergelijkingen waarbij steeds twee verschillende soorten fluoride tandpasta's zijn betrokken (enerzijds Proglasur met natriumfluoride en anderzijds tandpasta's met als werkend bestanddeel monofluorfosfaat). Volgens Gaba wordt in de meeste testrapporten door de betrokken onderzoeker aangegeven dat de voorspellende waarde van deze testen voor "in vivo"-effect (wat er zal gebeuren in de menselijke mond) niet geschikt is. Volgens Gaba zijn voor de betrouwbaarheid van de resultaten (een relatieve voorsprong van Proglasur) niet alleen in vitro-testen maar ook – aanvullend – in vivo-testen noodzakelijk. Daarnaast heeft Gaba nog een tweetal recente rapporten van respectievelijk Lussi en Ganss e.a. overgelegd (productie 19 en 20 Gaba). Hiertegenover heeft GSK erop gewezen dat naast in vitro-testen wel degelijk ook in situ-testen ("ter plaatse") zijn en worden gedaan die tot vergelijkbare uitkomsten komen, rapporten daarvan overgelegd en de door Gaba overgelegde twee recente rapporten gemotiveerd betwist (onder meer omdat het eerste rapport een studie betreft waarvan de resultaten nog niet zijn gepubliceerd – zodat GSK niet inhoudelijk kan reageren op de gehanteerde onderzoeksmethoden – en het tweede rapport een aantal zeer merkwaardige uitkomsten laat zien). Bij deze stand van zaken – de onderhavige procedure leent zich, anders dan een bodemprocedure, immers niet voor nadere bewijslevering – acht het hof voorshands voldoende aannemelijk gemaakt door GSK dat Proglasur een hoge fluoride beschikbaarheid en een hoge fluoride activiteit heeft.

4.9 Uit het voorgaande kan voorlopig worden geconcludeerd dat GSK de juistheid en/of volledigheid van haar claim dat Proglasur speciaal ontwikkeld is en het tandglazuur verhardt en helpt te beschermen tegen tanderosie in het kader van de onderhavige procedure voldoende aannemelijk heeft gemaakt.

4.10 Vervolgens moet worden onderzocht of, zoals Gaba heeft gesteld, door GSK verdergaande claims met betrekking tot Proglasur zijn of worden gedaan. Gaba heeft allereerst gesteld dat de pretentie dat Proglasur "helpt beschermen" en "speciaal ontwikkeld" is – omdat zij het resultaat is van jarenlang onderzoek – de (impliciete) suggestie wekt dat Proglasur beter werkt dan andere tandpasta's en nieuw is. Voor zover die

suggesties van deze pretenties uitgaan, gaan zij echter niet verder dan wat nu eenmaal de (zeer algemene) kernboodschap van alle reclame is: "Dit product is beter. Koop het." Die boodschap is geoorloofd nu zij een zeer algemeen karakter heeft en (daarmee) valt binnen de marge van een claim waarbij, zoals hiervoor (onder 4.3) aangegeven, moet worden uitgegaan van een consument die zich bewust is van het feit dat aan reclame vaak een zekere overdrijving eigen is. Voor zover Gaba zich in dit verband heeft beroepen op de toepasselijkheid van de Code Aanprijzing van Gezondheidsproducten en op de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, laat het hof deze – gelet op het voorgaande en het feit dat GSK gemotiveerd heeft gesteld dat en waarom deze code op het onderhavige geval niet van toepassing is, en Gaba dit niet meer (gemotiveerd) heeft weersproken – buiten bespreking.

4.11 Gaba heeft er voorts op gewezen dat GSK herhaaldelijk de uiting "Bescherm je gebit tegen tanderosie!" heeft gebruikt, en dat deze uiting suggereert dat de consument door het gebruik van Proglasur het ontstaan van tanderosie kan voorkomen. De voorzieningenrechter heeft deze stelling op zichzelf juist geoordeeld, maar daaraan toegevoegd dat, nu op de verpakking duidelijk staat vermeld dat Proglasur helpt te beschermen tegen tanderosie, daarover anders moet worden geoordeeld, omdat de consument door het woord "helpt" immers wordt gewaarschuwd dat hij voor het voorkomen van tanderosie niet alleen op het gebruik van Proglasur kan vertrouwen. Anders dan de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat de (imperatieve) uiting "Bescherm je gebit tegen tanderosie!" door het gemiddelde publiek primair in elk geval als een aansporing zal worden gezien om iets tegen tanderosie te ondernemen, althans dat deze uiting niet zonder meer suggereert dat het gebruik van Proglasur vrijwaart tegen tanderosie. Relevant is daarbij dat de uiting luidt "Bescherm je gebit tegen tanderosie!", en niet bijvoorbeeld "Bescherm je gebit tegen tanderosie door middel van Proglasur!" of "Bescherm je gebit tegen tanderosie met behulp van Proglasur!" Bovendien neemt het hof daarbij in aanmerking dat in veel reclames dergelijke (zeer algemene) uitingen of uitroepen worden verwerkt en dat aan reclameuitingen (nu eenmaal) een zekere overdrijving eigen is. Ten slotte hecht het hof veel waarde aan het feit dat in de reclameuitingen waarnaar Gaba in dit verband verwijst (producties 5 en 14 Gaba) naast de (imperatieve) uiting "Bescherm je gebit tegen tanderosie!" niet alleen uitleg wordt gegeven hoe consumenten hun gebit in het algemeen tegen tanderosie kunnen beschermen, maar ook veelal prominent en in elk geval steeds expliciet tot uitdrukking wordt gebracht dat Proglasur "helpt beschermen" tegen tanderosie.

4.12 In dit verband heeft Gaba bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof met name ook een beroep gedaan op de door haar (als productie 18) overgelegde expert-opinie van prof. dr. Th.B.C. Poiesz, hoogleraar Economische Psychologie en hoogleraar Management in de Zorg, van 21 augustus 2007. Aan dit rapport, dat niet op concreet onderzoek onder consumenten is geba-

seerd maar een "op expertise gebaseerde en beargumenteerde opinie", "geschreven op basis van mijn expertise als economisch psycholoog", is (blz. 2), hecht het hof in het kader van het onderhavige geding – dat geen ruimte biedt voor nadere instructie – minder waarde dan aan het door GSK onder meer (als productie 32) in het geding gebrachte onderzoeksrapport van Synovate/Interview NSS van 24 augustus 2007, dat is gebaseerd op een concrete steekproef "die representatief is voor de Nederlandse consument ouder dan 16 jaar" (blz. 5). In laatstgenoemd rapport wordt ten aanzien van de vraag of de boodschap van het campagnemateriaal is dat Proglasur tanderosie herstelt, verhelpt of helpt verhelpen of dat deze helpt beschermen, de volgende conclusie uit het onderzoek getrokken (blz. 3):

"De boodschap die de Nederlandse bevolking uit de Proglasur campagne haalt, is dat Proglasur helpt beschermen tegen tanderosie. Deze resultaten worden ondersteund door de antwoorden die Nederlanders in eigen woorden geven en door de antwoorden op stellingen."

Ook deze uitkomst ondersteunt het door het hof (onder 4.11) gegeven oordeel omtrent de stelling van Gaba dat de herhaaldelijk door GSK gehanteerde uiting "Bescherm je gebit tegen tanderosie!" suggereert dat de consument door het gebruik van Proglasur het ontstaan van tanderosie kan voorkomen.

4.13 De voorlopige conclusie is dat van de uiting "Bescherm je gebit tegen tanderosie!" – op de wijze waarop en in de context waarin die tot dusverre door GSK is gehanteerd in reclameuitingen – niet kan worden gezegd dat zij suggereert dat de consument door het gebruik van Proglasur het ontstaan van tanderosie kan voorkomen. Deze mededeling kan voorshands dus niet misleidend voor het gemiddelde publiek worden geoordeeld.

4.14 Een volgende stelling die door Gaba wordt geponeerd, betreft de suggestie die zou uitgaan van de afbeelding van "een gebit, dat reeds verschijnselen van tanderosie heeft", te weten dat Proglasur tanderosie "verhelpt" dan wel "helpt te verhelpen". Gaba erkent dat, zoals de voorzieningenrechter heeft overwogen, GSK deze claim nergens – dat wil zeggen noch op de tube van Proglasur of in de door GSK verspreide folders, brochures, promotiemateriaal en advertenties, noch in haar TV-commercials – met zoveel woorden heeft gedaan, maar meent dat deze suggestie niet alleen wèl besloten ligt, zoals de voorzieningenrechter eveneens heeft overwogen, in de tweede TV-commercial maar ook in diverse andere uitingen met betrekking tot Proglasur, omdat enerzijds het presenteren van deze (gebits)afbeelding op zichzelf in de context van aanprijzing van Proglasur reeds de suggestie in zich draagt dat Proglasur ook hiertegen een remedie biedt en anderzijds het publiek zich door de intensieve reclamecampagne van GSK in mei en september 2006 reeds een duidelijke mening heeft gevormd omtrent de betekenis van dit beeld. Het hof kan Gaba niet in dit betoog volgen. In de eerste plaats kunnen de tube van Proglasur en de door GSK verspreide folders, brochu-

res, promotiemateriaal en advertenties niet zomaar worden vergeleken met haar TV-commercials, omdat de eerstgenoemde uitingen slechts visueel van aard zijn en de laatstgenoemde uitingen een combinatie van visuele en auditieve componenten bevat en – zoals hierna (onder 4.16) zal worden uiteengezet – juist door de wijze waarop die combinatie in het onderhavige geval gestalte heeft gekregen, een onjuiste suggestie wekt. In de tweede plaats blijkt uit het voornoemde onderzoeksrapport van Synovate/Interview NSS van 24 augustus 2007 onder meer (blz. 3) dat van de 65% van de Nederlanders die over voorkennis over het verschijnsel tanderosie beschikt, 70% terecht denkt dat eenmaal opgetreden tanderosie niet te herstellen is, dat Nederlanders die iets van de Proglasur-campagne hebben gezien, vaker een juist beeld over tanderosie hebben dan Nederlanders die de Proglasur-campagne niet hebben gezien en dat de boodschap die de Nederlandse bevolking uit de Proglasur-campagne haalt, is dat Proglasur "helpt beschermen" tegen tanderosie. Op grond van het voorgaande kan voorshands niet worden geconcludeerd dat de in de reclamecampagnes door GSK gehanteerde afbeelding van een gebit, dat reeds verschijnselen van tanderosie heeft, (substantiële) samenwerking heeft.

4.15 Het voorgaande impliceert dat grief 2, grief 3 en grief 4 in het principaal appèl niet kunnen slagen.

4.16 Voor zover GSK zich erover heeft beklagd dat (ook) de tweede TV-commercial (september 2006) misleidend is bevonden door de voorzieningenrechter omdat door het gebruik van de woorden "wat kun je doen", na een visuele afbeelding van door beginnende tanderosie dunner en transparanter geworden tanden, de suggestie kan worden gewekt dat Proglasur tanderosie kan verhelpen of helpen verhelpen, kan het hof GSK hierin niet volgen. Hoewel de vraag "wat kun je doen" inderdaad een algemene open vraag is, zoals GSK stelt, kan daaraan niet de conclusie worden verbonden – zoals GSK wel doet – dat deze vraag nergens op aanstuurt en dat meerdere antwoorden mogelijk zijn. Als de TV-commercial in zijn geheel wordt bezien is de totaalindruk onmiskenbaar dat er iets te doen valt aan de reeds dunner en transparanter geworden tanden – de vraag die wordt gesteld luidt bijvoorbeeld niet: "wat kun je doen aan het voorkomen hiervan?" – en dat onder meer een tandpasta als Proglasur dat kan. Nu echter vaststaat dat tandglazuur dat ten gevolge van tanderosie is verdwenen niet kan worden hersteld door het gebruik van fluoride bevattende tandpasta, is deze commercial misleidend. Dit betekent dat grief 1 in het incidenteel appèl faalt.

4.17 Voor zover Gaba heeft gesteld dat de door GSK zowel op de normale verpakking als op de proefverpakkingen van Proglasur voorkomende uiting "2 keer per dag poetsen zorgt voor een blijvend resultaat" onjuist en dus misleidend is, verwerpt het hof dit betoog. Deze uiting wordt los van de specifiek aan Proglasur toegedichte eigenschappen en hoedanigheden gedaan, welke niet alleen het helpen beschermen tegen tanderosie en het actief verharden van het glazuur maar ook het beschermen tegen tandgevoeligheid, het helpen voor-

komen van (wortel) cariës en het geven van een schoon en fris mondgevoel betreffen. Bovendien heeft de bedoelde uiting een zeer algemeen karakter. Ook grief 5 in het principaal appèl moet worden verworpen.

4.18 Voor zover Gaba heeft gevorderd de naam Proglasur te verbieden baseert zij deze vordering op het vermeende feit dat Proglasur geen enkele heilzame werking zou hebben. Nu echter voorlopig kan worden geconcludeerd dat GSK de juistheid en/of volledigheid van haar claim dat Proglasur speciaal ontwikkeld is en het tandglazuur verhardt en helpt te beschermen tegen tanderosie in het kader van de onderhavige procedure voldoende aannemelijk heeft gemaakt en zij tevens voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Proglasur een hoge fluoride beschikbaarheid en een hoge fluoride activiteit heeft, bestaat geen grond een verbod met betrekking tot deze naam – waarin "pro" kan worden begrepen als: "gunstig voor" – uit te spreken, omdat deze benaming voorshands niet misleidend kan worden geoordeeld. Dit impliceert dat grief 6 in het principaal appèl faalt.

4.19 In het vonnis waarvan beroep zijn de eerste en tweede TV-commercial beoordeeld en beide als misleidend aangemerkt. Over het misleidend karakter van de eerste TV-commercial zijn partijen het eens (tegen het oordeel van de voorzieningenrechter is door GSK althans geen grief gericht), terwijl de grief tegen het oordeel van de voorzieningenrechter omtrent de tweede TV-commercial niet kan slagen. De overige reclameuitingen die GSK met betrekking tot Proglasur heeft gehanteerd, zijn noch in eerste aanleg, noch in het onderhavige hoger beroep misleidend geoordeeld. Gelet hierop is juist dat slechts rectificatie via de televisie van de (twee) uitgezonden reclamespots is bevolen. Gelet op onder meer de mate van misleiding in die reclamespots, de intensiteit van de gevoerde campagnes en de belangen die voor Gaba op het spel stonden, acht het hof rectificaties als door de voorzieningenrechter in het vonnis waarvan beroep (onder 5.3) gegeven, passend. Tegen de klacht van Gaba dat de rectificaties tijdens een voetbalwedstrijd zouden zijn uitgezonden – zodat sprake was van een minder grote kijkdichtheid – heeft GSK gesteld dat dit slechts een van de twee rectificaties betrof en dat de doelgroep vooral vrouwen betrof waarvan een grote groep in elk geval geen voetbal zal hebben gekeken, welke stellingen door Gaba niet althans onvoldoende zijn weersproken. Dit betekent dat grief 7 in het principaal appèl en grief 2 in het incidenteel appèl evenmin slagen.

4.20 Gelet op de vorderingen die Gaba in eerste aanleg had ingesteld, zijn beide partijen in die instantie ten dele in het ongelijk gesteld, zodat compensatie van de proceskosten in die instantie – in die zin dat elk van partijen de eigen kosten draagt – voor de hand lag. Dit betekent dat ook grief 8 in het principaal appèl faalt.

4.21 Voor zover in de stellingen van Gaba een bewijsaanbod moet worden gelezen, wordt dit gepasseerd, reeds omdat voor bewijslevering in kort geding geen plaats is.

5 De conclusie

Zowel het principaal als het incidenteel appèl faalt. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Gaba zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in het principaal appèl, terwijl GSK als de in het ongelijk gestelde partij zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in het incidenteel appèl.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep in kort geding: **in het principaal en het incidenteel appèl**

6.1 bekrachtigt het tussen partijen in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 oktober 2006;

6.2 veroordeelt Gaba in de kosten van het geding in het principaal appèl, tot aan deze uitspraak aan de zijde van GSK begroot op €2.682,- voor salaris procureur en op €296,- voor verschotten;

6.3 veroordeelt GSK in de kosten van het geding in het incidenteel appèl, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Gaba begroot op €1.341,- voor salaris procureur en op nihil voor verschotten;

6.4 verklaart de onder 6.2 en 6.3 uitgesproken veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Van der Kwaak, Manoury en Van Rossum en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 oktober 2007