

Rb Amsterdam, 23 april 2008, Nestlé v Nutricia



RECLAMERECHT

Aanhouding

Aanhouding tot na oordeel Europese Autoriteit voor voedselveiligheid over zelfde claims

De rechtbank acht het gelet op de omstandigheid dat in de onderhavige procedure dezelfde vraagpunten aan bod komen als die waarover EFSA zal oordelen, waarbij te verwachten is dat de rechtbank daarover geen oordeel kan vellen zonder zich te laten voorlichten door één of meer deskundige(n), geraden de advisering van EFSA af te wachten alvorens verdere beslissingen in deze zaak te nemen, voor zover de vorderingen zien op claims waarvoor door één van partijen een vergunning is aangevraagd. Bij deze beslissing is nog van belang dat naar het oordeel van de rechtbank uit de gedingstukken en het verhandelde ter terechtzitting niet volgt dat reeds nu evident is dat ten aanzien van één of meer van de claims waarvoor een vergunning is aangevraagd door EFSA negatief zal worden geadviseerd.

Misleidende claims

- Met de claim dat Nestlé's hypoallergene voeding is aan te bevelen voor alle baby's wordt allereerst de indruk gewekt dat hypoallergene producten van Nestlé beter zijn voor kinderen zonder verhoogd risico op allergieën dan niet-hypoallergene voeding.
- Bovendien wordt gesuggereerd dat het advies hypoallergene producten aan te bieden aan die kinderen afkomstig is van een gezaghebbende, andere bron dan de producent van het product.

Van dit laatste is geen sprake. Nestlé heeft ter afwering van de vorderingen in verband met deze en soortgelijke claims immers slechts aangevoerd dat zij niet zegt dat het een algemeen advies is of een wetenschappelijk feit dat baby's zonder verhoogd risico op allergieën hypoallergene voeding moeten hebben. Die uitingen zijn

niet meer dan een mening van Nestlé, aldus Nestlé. Dat Nestlé zich in haar mening gesterkt voelt door een nieuwsbrief van Stichting Zorg voor Borstvoeding, de Landelijke Standaard van het Voedingscentrum en dr. A maakt het oordeel van de rechtbank niet anders. In genoemde nieuwsbrief wordt een advies gegeven aan kraamafdelingen van ziekenhuizen waar alleen zeer jonge baby's van slechts een aantal dagen oud verblijven. Uit het feit dat de Landelijke Standaard het aanbieden van hypoallergene voeding aan kinderen zonder verhoogd risico op allergieën niet afraadt, kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat zij hypoallergene voeding voor die kinderen aanraadt. Dr. A zegt in het door Nestlé aangehaalde interview juist dat nog niet voldoende onderzoek is gedaan naar de vraag of niet alle kinderen hypoallergene voeding zouden moeten krijgen.

- Claim dat NAN HA het meest lijkt op borstvoeding / borstvoeding optimaal benadert misleidend

Het gemiddelde publiek zal menen dat met de claim *dat NAN HA het meest lijkt op borstvoeding / borstvoeding optimaal benadert* is bedoeld dat de NAN HA producten qua samenstelling en werking op zijn minst heel veel lijken op moedermelk en dat moedermelk is 'nagemaakt'. Daarvan is geen sprake. Partijen zijn het erover eens dat het mogelijk is elementen van moedermelk na te bootsen maar dat moedermelk ook elementen bevat waarvan vooralsnog de samenstelling en precieze werking niet bekend is. Het staat niet vast dat die elementen zijn terug te vinden in NAN HA. Bovendien is moedermelk niet een gestandaardiseerd product.

- Voorts wordt met de claim dat NAN HA 2 natuurlijke bifidusbacteriën bevat gesuggereerd dat dit product bifidusbacteriën bevat die uit moedermelk afkomstig zijn. Ook dit is niet juist.

Nutricia heeft gesteld dat de stam bifidusbacteriën die Nestlé aan haar producten toevoegt is verkregen uit kippenfaeces. Nestlé heeft hier tegenin gebracht dat de stam bifidus bacteriën die zij toevoegt wellicht ooit is geïsoleerd uit kippenfaeces, maar ook kan worden geïsoleerd uit moedermelk. Hiermee heeft Nestlé de stelling van Nutricia onvoldoende betwist, zodat ook de rechtbank ervan uitgaat dat de betreffende stam bifidusbacteriën niet uit moedermelk afkomstig is.

PROCESRECHT

Geen belang bij verbod.

Nu gesteld noch gebleken is dat Nestlé voornemens is de claim weer te gaan gebruiken heeft Nutricia geen belang (meer) bij dit deel van haar vorderingen

Vindplaatsen: LJN: [BD5728](#); IER 2008, nr. 72, p. 291, m.nt. Lugt

Rb Amsterdam, 23 april 2008

(J. Thomas, M.J.E. Geradts en R.A. Dudok van Heel)
vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht
zaaknummer / rolnummer: 348954 / HA ZA 06-2691
Vonnis van 23 april 2008
in de zaak van
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NESTLÉ NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Diemen,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
procureur mr. F.B. Falkena,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NUTRICIA NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Zoetermeer,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
procureur mr. B.J.H. Crans.
Partijen zullen hierna Nestlé en Nutricia genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de akte houdende overlegging producties van Nestlé van 9 augustus 2006
- de incidentele conclusie houdende beroep op relatieve onbevoegdheid van Nutricia
- de conclusie van antwoord in het incident inzake de relatieve onbevoegdheid
- het incidenteel vonnis van 1 november 2006
- de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie
- het tussenvonnissen van 10 januari 2007
- de conclusie van repliek tevens akte vermeerdering (wijziging) eis in conventie en van antwoord in reconventie
- de conclusie van dupliek in conventie en van repliek in reconventie tevens houdende wijziging van eis
- de conclusie van dupliek in reconventie
- de pleidooien en het daarvan opgemaakte procesverbaal en de daarin genoemde stukken
- de pleitnotities van de raadslieden van Nestlé en Nutricia
- de akte overlegging nadere productie van Nestlé van 19 maart 2008
- de antwoordakte van Nutricia van 2 april 2008.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Nutricia is producent van (onder meer) zuigelingenvoeding. Zij brengt in Nederland, voor zover hier van belang, in ieder geval de volgende producten op de markt: NUTRILON Standaard 1, NUTRILON Standaard 2, NUTRILON Opvolgmelk, NUTRILON hypoallergeen 1 en 2, NUTRILON Forte, NUTRILON Omneo, NUTRILON Pepti, NUTRILON Groeimelk en NUTRILON Goede Nacht. Op de verpakkingen en in het materiaal ter promotie van NUTRILON Standaard 1 is vermeld dat Nutrilon Standaard 1 de beste voeding is voor baby's vanaf de geboorte indien je geen borstvoeding (meer) geeft. Op de verpakkingen van en in het materiaal ter promotie van al haar NUTRILON producten maakt Nutricia gebruik van de claim: 'Versterkt op

natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby' (en soortgelijke mededelingen). Voorts staat op de huidige (nieuwe) verpakkingen van enkele NUTRILON producten een gouden schildje vermeld met bovenin de aanduiding 'met IMMUNOFORTIS', al dan niet aangevuld met de tekst 'Versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby' (hierna: het schildje).

2.2. Nutricia heeft tijdig, op 18 januari 2008, bij de Voedsel en Waren Autoriteit een aanvraag ingediend als bedoeld in artikel 15 van de Europese Verordening inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen (Verordening (EG) nr. 1924/2006, hierna: de Claimsverordening). Volgens de ontvangstbevestiging betreft de aanvraag de volgende claims:

- 'With Immunofortis to naturally strengthen your baby's immune system'
- 'With Immunofortis to naturally support your baby's immune system' en
- 'Prebiotic IcFOS and/or ScGOS for a healthy gut flora supporting natural defences'.

2.3. Nestlé is eveneens producent van (onder meer) zuigelingenvoeding. Zij brengt in Nederland, voor zover hier van belang, in ieder geval, twee producten op de markt: Nestlé NAN HA 1 en Nestlé NAN HA 2. Op de verpakkingen en in het materiaal ter promotie van NAN HA 1 en 2 gebruikt Nestlé, althans heeft Nestlé gebruik gemaakt van onder meer de de volgende claims:

- 'NAN HA-producten helpen bij het reguleren of versterken van het immuun-systeem / versterken het immuunsysteem'
- 'Nestlé's hypoallergene voeding is de nieuwe standaard / is aan te bevelen voor alle baby's'
- 'NAN HA 1 heeft bifidogeen effect'
- 'Nestlé's hypoallergene voeding heeft ook een allergiereducerende werking ná de periode dat de baby met NAN HA is gevoed'
- 'NAN HA lijkt het meest op borstvoeding / benadert borstvoeding optimaal' en
- 'NAN HA 2 bevat natuurlijke bifidobacteriën'

2.4. Nestlé heeft tijdig, op 18 januari 2008, bij de Franse autoriteiten, de Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, aanvragen ingediend als bedoeld in artikel 15 van de Claimsverordening. Volgens de ontvangstbevestiging ziet de aanvraag op de volgende claims:

- 'Daily consumption of Bifidobacterium Lactis contributes to have an increase in the amount of bifidobacteria in the gut microbia and support healthy gut flora' in infants and young children - 'Strengthens the immune system /natural defences' associated to the consumption of the probiotic Bifidobacterium lactis in infants and young children en
- 'Reduction of risk of gastro-intestinal infection / Diarrhoea' associated to the consumption of the probiotic Bifidobacterium lactis and Streptococcus Thermophilus TH4 in infants and young children products.

3. Het geschil

in conventie

3.1. Nestlé vordert na wijziging van eis bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad samengevat -:

1. Nutricia te gebieden het gebruik te staken van de claims:

- 'Nutrilon Standaard 1 is de beste voeding voor baby's vanaf de geboorte indien je geen borstvoeding (meer) geeft' en

- 'Versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby' (en soortgelijke mededelingen of uitingen);

2. Nutricia te gebieden afnemers te verzoeken reeds geleverde producten terug te zenden;

3. Nutricia te gebieden producten en promotiemateriaal met genoemde claims te vernietigen;

4. en 5. Nutricia te gebieden genoemde claims te rectificeren;

6. Nutricia te veroordelen tot betaling aan Nestlé van een bedrag van EUR 25.000,00 als voorschot op schadevergoeding en/of ter vergoeding van buitengerechtelijke kosten;

7. met veroordeling van Nutricia in de kosten van het geding.

3.2. Nutricia voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.3. Nutricia vordert na wijziging van eis bij dupliek en ter gelegenheid van pleidooi, zoals neergelegd in de pleitnotities, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad - samengevat -:

1. Nestlé te gebieden het gebruik te staken van de claims:

- 'NAN HA-producten helpen bij het reguleren of versterken van het immuun-systeem / versterken het immuunsysteem';

- 'Nestlé's hypoallergene voeding is de nieuwe standaard / is aan te bevelen voor alle baby's';

- 'NAN HA 1 heeft bifidogene effect';

- 'Nestlé's hypoallergene voeding heeft ook een allergiereducerende werking ná de periode dat de baby met NAN HA is gevoed';

- 'NAN HA lijkt het meest op borstvoeding / benadert borstvoeding optimaal' en - 'NAN HA 2 bevat natuurlijke bifidobacteriën';

2. Nestlé te gebieden afnemers te verzoeken reeds geleverde producten met genoemde claims terug te zenden;

3. Nestlé te gebieden producten en promotiemateriaal met genoemde claims te vernietigen;

4. en 5. Nestlé te gebieden genoemde claims te rectificeren;

6. Nestlé te veroordelen tot betaling aan Nutricia van een bedrag van EUR 25.000,00 als voorschot op schadevergoeding en/of ter vergoeding van buitengerechtelijke kosten;

7. met veroordeling van Nestlé in de kosten van het geding.

3.4. Nestlé voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie en in reconventie

ten aanzien van het aanhoudingsverzoek

4.1. Per 1 juli 2007 is de Claimsverordening in werking getreden. Op grond van de Claimsverordening zijn voedings- en gezondheidsclaims niet toegestaan, tenzij deze voldoen aan de vereisten van de Claimsverordening. Ingevolge het bepaalde in artikel 14 van de Claimsverordening mogen claims inzake ziekterisicobeperking en claims die verband houden met de ontwikkeling en de gezondheid van kinderen slechts worden gedaan, indien er volgens de procedure van de artikelen 15 en verder een vergunning is verleend om ze op te nemen in een zogenoemde communautaire lijst van toegestane claims. Deze procedure houdt in dat de Europese Autoriteit voor voedselveiligheid (hierna: EFSA) een advies uitbrengt en dat vervolgens de Europese Commissie besluit tot het al dan niet afgeven van de gevraagde vergunning. Een claim die op de communautaire lijst van toegestane claims is opgenomen kan overeenkomstig de daarvoor geldende voorwaarden door elke exploitant van een levensmiddelenbedrijf worden gebruikt. In artikel 28 van de Claimverordening zijn overgangsmaatregelen opgenomen. Ten aanzien van de in artikel 14 bedoelde gezondheidsclaims die in overeenstemming met de nationale bepalingen, vóór de datum van inwerkingtreding van de verordening zijn gebruikt en die niet in een lidstaat zijn beoordeeld en toegestaan, geldt ingevolge het zesde lid onder b) van artikel 28 van de Claimsverordening dat deze claims verder kunnen worden gebruikt, mits vóór 19 januari 2008 overeenkomstig deze verordening een vergunningaanvraag wordt ingediend. Het bepaalde in artikel 10 lid 1 van de Claimsverordening brengt mee dat indien voor een dergelijk claim niet tijdig een vergunning is aangevraagd, het gebruik van die claim verboden is.

4.2. Partijen hebben ieder tijdig vergunningaanvragen ingediend voor een aantal claims als bedoeld in artikel 15 van de Claimsverordening.

4.3. Nutricia heeft verzocht de beslissing in deze zaak aan te houden in afwachting van het advies van EFSA op de vergunningaanvragen. De rechtbank zal dit verzoek op na te nemen wijze honoreren en overweegt daartoe als volgt.

4.4. Partijen hebben over en weer gesteld dat de wederpartij misleidende claims hanteert, nu het vereiste wetenschappelijk bewijs voor die claims niet is geleverd. Zij gaan er beide vanuit dat bij de beoordeling en weging van het gepresenteerde wetenschappelijk bewijs uitgangspunt zal moeten zijn de criteria neergelegd in het project van het International Life Sciences Institute met de naam Process for the Assessment of Scientific Support for claims on Foods (hierna: PASSCLAIM), maar zij verschillen van mening over de wijze van toepassing van die criteria. De rechtbank volgt Nestlé niet in haar stelling dat uit PASSCLAIM en richtlijnen opgesteld door de European Food Industry Association (hierna: CIAA) volgt dat de rechtbank niet een eigen beoordeling hoeft te maken van de over en weer overgelegde wetenschappelijke studies en verklaringen. Niet valt in te zien dat de rechtbank zich kan beperken tot beantwoording van de vraag of het aange dragen wetenschappelijk bewijs overtuigend is, hetgeen volgens Nestlé slechts het geval is als het bewijs is be-

vestigd in een positieve metaanalyse of in een positief oordeel van een onafhankelijk panel van deskundigen. Uit de stukken en het verhandelde ter terechtzitting is de rechtbank gebleken dat niet alleen tussen partijen maar ook in een breder kader discussie bestaat over de wijze waarop de wetenschappelijke bewijsvoering moet worden beoordeeld.

4.5. Ingevolge het bepaalde in artikel 16 van de Claimsverordening is het de taak van EFSA is om te verifiëren of de voorgestelde tekst van de claim met wetenschappelijke bewijs is onderbouwd. Artikel 6 lid 1 van de Claimsverordening spreekt van ‘algemeen aanvaard wetenschappelijk bewijs’. Nutricia heeft onbetwist gesteld dat EFSA voorts als taak heeft op Europees niveau dit criterium nader in te vullen en dat op dit moment nog geen zekerheid bestaat over de norm die EFSA bij de beoordeling van wetenschappelijk bewijs zal hanteren.

4.6. De rechtbank acht het gelet op de omstandigheid dat in de onderhavige procedure dezelfde vraagpunten aan bod komen als die waarover EFSA zal oordelen, waarbij te verwachten is dat de rechtbank daarover geen oordeel kan vellen zonder zich te laten voorlichten door één of meer deskundige(n), geraden de advisering van EFSA af te wachten alvorens verdere beslissingen in deze zaak te nemen, voor zover de vorderingen zien op claims waarvoor door één van partijen een vergunning is aangevraagd. Bij deze beslissing is nog van belang dat naar het oordeel van de rechtbank uit de gedingstukken en het verhandelde ter terechtzitting niet volgt dat reeds nu evident is dat ten aanzien van één of meer van de claims waarvoor een vergunning is aangevraagd door EFSA negatief zal worden geadviseerd.

4.7. De rechtbank gaat met deze beslissing voorbij aan het bezwaar van Nestlé dat een aanhouding betekent dat de zaak veel te lang gaat duren. Dat bezwaar weegt naar het oordeel van de rechtbank niet op tegen de kosten van een onderzoek door één of meer door de rechtbank te benoemen deskundige(n) en de mogelijkheid dat die deskundige(n) tot een oordeel komen dat afwijkt van het advies van EFSA. Overigens zou ook het onderzoek door de door de rechtbank te benoemen deskundige(n) de nodige tijd vergen.

ten aanzien van de vorderingen tot (een voorschot op) schadevergoeding

4.8. Partijen hebben over en weer een vordering tot (een voorschot op) schadevergoeding ingesteld zonder enige onderbouwing te geven van de door hen als gevolg van het handelen van de ander geleden schade. De vorderingen zullen om die reden worden afgewezen.

4.9. De rechtbank zal hierna mede in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen omtrent het aanhoudingsverzoek de overige vorderingen in conventie en in reconventie bespreken. In conventie voorts ten aanzien van het belang van Nestlé

4.10. De rechtbank volgt Nutricia niet in haar verweer dat Nestlé geen rechtmatig belang heeft bij het aanvaarden van haar standaardproducten. Nestlé biedt haar NAN HA producten ook aan voor kinderen zonder een verhoogd risico op allergieën. Partijen begeven zich dan ook op dezelfde markt met producten die met el-

kaar concurreren. Die concurrentiepositie is niet slechts afhankelijk van de vraag of Nestlé op haar NAN HA producten mag vermelden dat het gebruik daarvan is aan te raden voor alle baby's.

4.11. Ten aanzien van de verschillende door Nutricia gebruikte claims overweegt de rechtbank als volgt.

4.12. Versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby

Naar het oordeel van de rechtbank valt in ieder geval de claim ‘Versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby’ onder de vergunningaanvraag van Nutricia. Alleen voor zover het schildje wordt gebruikt in combinatie met de claim ‘Versterkt op natuurlijke wijze het immuunsysteem van je baby’ valt ook het schildje onder de aanvraag en onder de gewraakte claim. Het enkele schildje (dus zonder enige toevoeging) valt naar het oordeel van de rechtbank daar niet onder.

4.13. Nutrilon Standaard 1 is de beste voeding voor baby's vanaf de geboorte indien je geen borstvoeding (meer) geeft

Met Nestlé is de rechtbank van oordeel dat claims dienen te worden beoordeeld in de context waarin zij worden gedaan. Volgens Nestlé moet de claim ‘Nutrilon Standaard 1 is de beste voeding voor baby's vanaf de geboorte indien je geen borstvoeding (meer) geeft’ worden gezien in de context van de claim ‘versterkt het immuunsysteem’. Nestlé maakt bezwaar tegen de claim dat Nutrilon Standaard 1 de beste voeding voor baby's is, omdat bij de consument de indruk wordt gewekt dat Nutrilon de beste voeding is omdat Nutrilon het immuunsysteem versterkt.

4.14. Gelet op de stellingname van Nestlé zal de rechtbank in afwachting van het advies van EFSA ten aanzien van beide claims geen verdere beslissingen nemen.

in reconventie

4.15. De rechtbank overweegt en beslist ten aanzien van de verschillende gewraakte claims van Nestlé als volgt.

4.16. NAN HA-producten helpen bij het reguleren of versterken van het immuunsysteem / versterken het immuunsysteem en NAN HA 1 heeft bifidogeen effect

Alle verdere beslissingen ten aanzien van deze claims zullen worden aangehouden, nu de claims onderdeel uitmaken van de vergunningaanvragen van Nestlé. Overigens merkt Nutricia terecht op dat NAN HA1 op dit moment geen bifidusbacteriën bevat, maar nu zij daaraan geen juridische consequenties verbindt, gaat de rechtbank hieraan voorbij.

4.17. Nestlé's hypoallergene voeding is de nieuwe standaard

De vorderingen zullen worden afgewezen voorzover ze betrekking hebben op deze claim. Nestlé heeft onbetwist aangevoerd dat deze claim inmiddels is vervangen. Weliswaar heeft zij van de claim “geen afstand” gedaan en heeft zij niet toegezegd deze claim voortaan achterwege te laten, zoals Nutricia stelt, maar nu gesteld noch gebleken is dat Nestlé voornemens is

de claim weer te gaan gebruiken heeft Nutricia geen belang (meer) bij dit deel van haar vorderingen.

4.18. Nestlé's hypoallergene voeding heeft ook een allergiereducerende werking ná de periode dat de baby met NAN HA is gevoed

Naar oordeel van de rechtbank dient deze claim, zoals Nutricia stelt, te worden gekwalificeerd als een claim in de zin van artikel 14 van de Claimsverordening. Nu gesteld noch gebleken is dat Nestlé voor deze claim een vergunningaanvraag heeft ingediend, is het gebruik van deze claim ingevolge artikel 10 van de Claimsverordening verboden.

4.19. Nestlé's hypoallergene voeding is aan te bevelen voor alle baby's en NAN HA lijkt het meest op borstvoeding / benadert borstvoeding optimaal en NAN HA 2 bevat natuurlijke bifidusbacteriën

Bij de beoordeling van het gestelde misleidend karakter van deze claims heeft als uitgangspunt te gelden dat een reclame misleidend kan worden wanneer deze zodanige onwaarheden of halve waarheden bevat dat het publiek in goed vertrouwen afgaat op de juistheid van de gedane mededeling en als gevolg daarvan tot aankoop van de aangeprezen goederen overgaat. In beginsel kan daarbij worden uitgegaan van de intelligentie en het voorstellingsvermogen van het gemiddelde publiek, dat zich bewust is van en zich niet laat beïnvloeden door het feit dat aan reclame vaak een zekere overdrijving eigen is. In het onderhavige geval moet ermee rekening worden gehouden dat de aanprijzingen worden gebruikt voor zuigelingenvoeding. Gezien ook de bepalingen van de zogenoemde Zuigelingenverordening heeft als uitgangspunt te gelden dat zeer voorzichtig moet worden omgegaan met aanprijzingen waarbij een product wordt vergeleken met moedermelk. Bovendien gaat het om gezondheidsclaims, zodat de reclameuitingen ook om die reden extra kritisch moeten worden beoordeeld.

4.20. De rechtbank is, uitgaande van genoemde maatstaf, van oordeel dat de claims misleidend zijn en overweegt daartoe als volgt.

4.21. Met de claim dat Nestlé's hypoallergene voeding is aan te bevelen voor alle baby's wordt allereerst de indruk gewekt dat hypoallergene producten van Nestlé beter zijn voor kinderen zonder verhoogd risico op allergieën dan niet-hypoallergene voeding. Bovendien wordt gesuggereerd dat het advies hypoallergene producten aan te bieden aan die kinderen afkomstig is van een gezaghebbende, andere bron dan de producent van het product. Van dit laatste is geen sprake. Nestlé heeft ter afwering van de vorderingen in verband met deze en soortgelijke claims immers slechts aangevoerd dat zij niet zegt dat het een algemeen advies is of een wetenschappelijk feit dat baby's zonder verhoogd risico op allergieën hypo-allergene voeding moeten hebben. Die uitingen zijn niet meer dan een mening van Nestlé, aldus Nestlé.

4.22. Dat Nestlé zich in haar mening gesterkt voelt door een nieuwsbrief van Stichting Zorg voor Borstvoeding, de Landelijke Standaard van het Voedingscentrum en dr. A maakt het oordeel van de rechtbank niet anders. In genoemde nieuwsbrief wordt

een advies gegeven aan kraamafdelingen van ziekenhuizen waar alleen zeer jonge baby's van slechts een aantal dagen oud verblijven. Uit het feit dat de Landelijke Standaard het aanbieden van hypoallergene voeding aan kinderen zonder verhoogd risico op allergieën niet afraadt, kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat zij hypoallergene voeding voor die kinderen aanraadt. Dr. A zegt in het door Nestlé aangehaalde interview juist dat nog niet voldoende onderzoek is gedaan naar de vraag of niet alle kinderen hypoallergene voeding zouden moeten krijgen.

4.23. Het gemiddelde publiek zal menen dat met de claim dat NAN HA het meest lijkt op borstvoeding / borstvoeding optimaal benadert is bedoeld dat de NAN HA producten qua samenstelling en werking op zijn minst heel veel lijken op moedermelk en dat moedermelk is 'nagemaakt'. Daarvan is geen sprake. Partijen zijn het erover eens dat het mogelijk is elementen van moedermelk na te bootsen maar dat moedermelk ook elementen bevat waarvan vooralsnog de samenstelling en precieze werking niet bekend is. Het staat niet vast dat die elementen zijn terug te vinden in NAN HA. Bovendien is moedermelk niet een gestandaardiseerd product.

4.24. Voorts wordt met de claim dat NAN HA 2 natuurlijke bifidusbacteriën bevat gesuggereerd dat dit product bifidusbacteriën bevat die uit moedermelk afkomstig zijn. Ook dit is niet juist. Nutricia heeft gesteld dat de stam bifidusbacteriën die Nestlé aan haar producten toevoegt is verkregen uit kippenfaeces. Nestlé heeft hier tegenin gebracht dat de stam bifidus bacteriën die zij toevoegt wellicht ooit is geïsoleerd uit kippenfaeces, maar ook kan worden geïsoleerd uit moedermelk. Hiermee heeft Nestlé de stelling van Nutricia onvoldoende betwist, zodat ook de rechtbank ervan uitgaat dat de betreffende stam bifidusbacteriën niet uit moedermelk afkomstig is.

Tot slot

4.25. De rechtbank zal ten aanzien van de claims die zij misleidend of op grond van de Claimsverordening verboden acht de vorderingen tot het staken van het gebruik van die claims en de vorderingen tot rectificatie op na te noemen wijze toewijzen. Nu dit tot gevolg zal hebben dat er geen nieuwe producten en promotiemateriaal met de verboden claims in omloop komen en het publiek wordt geïnformeerd over het oordeel van de rechtbank ten aanzien van die claims, hebben partijen in dit geval geen belang bij de over en weer gevorderde terugname en vernietiging van reeds in de handel zijnde producten en promotiemateriaal met de verboden claims. Dat deel van de vorderingen zal dan ook worden afgewezen. Voorts zullen de gevorderde dwangsommen op na te noemen wijze worden gemaximeerd.

4.26. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. houdt iedere verdere beslissing aan;

5.2. verwijst de zaak naar de parkeerrol van 1 oktober 2008;

in reconventie

5.3. gebiedt Nestlé om binnen 10 werkdagen na betekening van dit vonnis te staken iedere verspreiding – zowel aan consumenten als aan medici, op haar verpakkingen, op de website of elders – van de volgende uitingen, alsmede enige daaraan soortgelijke uitingen en/of elke reclameuiting waarin ten onrechte wordt gesteld en/of gesuggereerd dat:

- ‘Nestlé’s hypoallergene voeding heeft ook een allergiereducerende werking ná de periode dat de baby met NAN HA is gevoed’;

- ‘Nestlé’s hypoallergene voeding is aan te bevelen voor alle baby’s’;

- ‘NAN HA lijkt het meest op borstvoeding / benadert borstvoeding optimaal’ en - ‘NAN HA 2 bevat natuurlijke bifidusbacteriën’;

5.4. bepaalt dat Nestlé een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 50.000,00, met een maximum van EUR 10.000.000,00 verbeurt aan Nutricia voor iedere keer dat Nestlé het onder 5.3. genoemde gebod geheel of gedeeltelijk overtreedt, of, zulks naar keuze van Nutricia, voor elke dag (elk deel van en dag als een gehele dag gerekend) waarop de overtreding voortduurt;

5.5. gebiedt Nestlé om de onder 5.3. genoemde claims binnen 10 werkdagen na betekening van dit vonnis te hebben gerectificeerd door middel van (i) het sturen van brieven met uitsluitend de hierna geciteerde tekst aan al degenen aan wie promotiemateriaal met die claims is/zijn toegezonden, onder afgifte van kopieën van die brieven aan de advocaat van Nutricia, en door middel van (ii) het plaatsen van een duidelijke en goed zichtbare advertentie met een formaat van een kwart pagina in drie landelijke dagbladen (Telegraaf, Volkskrant en NRC), op de achterpagina of een oneven pagina, met uitsluitend de volgende tekst:

“In onze reclame-uitingen voor Nestlé NAN HA 1 en 2 hebben wij gesteld dat NAN HA hypoallergene voeding is aan te bevelen voor alle baby’s, dat NAN HA het meest lijkt op borstvoeding / borstvoeding optimaal benadert en dat NAN HA 2 natuurlijke bifidusbacteriën bevat. Bij vonnis van 23 april 2008 heeft de Rechtbank te Amsterdam geoordeeld dat deze claims misleidend zijn. Ook heeft de rechtbank het verdere gebruik van de claim dat NAN HA hypoallergene voeding een allergiereducerende werking heeft ná de periode dat de baby met NAN HA is gevoed verboden.

Nestlé Nederland B.V.”

5.6. bepaalt dat Nestlé een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 50.000,00, met een maximum van EUR 10.000.000,00, verbeurt aan Nutricia per brief, per dagblad, per dag (elk deel van een dag als een gehele dag gerekend) waarmee/waarop Nestlé in gebreke blijft aan het onder 5.5. genoemde gebod te voldoen;

5.7. gebiedt Nestlé om binnen 3 werkdagen na betekening van dit vonnis op de eerste pagina van de homepage van de websites van Nestlé (onder meer www.nestle.nl en www.nestlekindervoeding.nl) gedurende ten minste twee weken een advertentie te

plaatsen, binnen een oranje kader, in lettergrootte 28, vet gedrukt, met uitsluitend de volgende inhoud:

“Rectificatie

In onze reclame-uitingen voor Nestlé NAN HA 1 en 2 hebben wij gesteld dat NAN HA hypoallergene voeding is aan te bevelen voor alle baby’s, dat NAN HA het meest lijkt op borstvoeding / borstvoeding optimaal benadert en dat NAN HA 2 natuurlijke bifidusbacteriën bevat. Bij vonnis van 23 april 2008 heeft de Rechtbank te Amsterdam geoordeeld dat deze claims misleidend zijn. Ook heeft de rechtbank het verdere gebruik van de claim dat NAN HA hypoallergene voeding een allergiereducerende werking heeft ná de periode dat de baby met NAN HA is gevoed verboden.

Nestlé Nederland B.V.”

5.8. bepaalt dat Nestlé een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 50.000,00, met een maximum van EUR 10.000.000,00, verbeurt aan Nutricia per dag (elk deel van een dag als een gehele dag gerekend) waarop Nestlé in gebreke blijft aan het onder 5.7. genoemde gebod te voldoen;

5.9. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.10. houdt iedere verdere beslissing aan;

5.11. verwijst de zaak naar de parkeerrol van 1 oktober 2008.

Dit vonnis is gewezen door mr. J. Thomas, mr. M.J.E. Geradts en mr. R.A. Dudok van Heel en in het openbaar uitgesproken op 23 april 2008.