
IER 2018/16

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

19 december 2017

(Mrs. O.G.H. Milar, J.J. Verhoeven en M.E. Bruning)

m.nt. E.H. Hoogenraad

6 De Reclame Code Commissie en het College van Beroep passen alle (bijzondere) reclamecodes wél toe op de gehele branche, ongeacht of de adverteerder (als verweerder in een klachtprocedure) lid is van een van de codehouder partijen. De redenering is kort gezegd dat de betreffende regel die in het kader van zelfregulering is vastgelegd immers door een wezenlijk deel van de stakeholders als maatschappelijk wenselijk wordt geacht.

Nederlandse Zuivelorganisatie/Alpro

Alpro gebruikt zuivelbenamingen voor haar plantaardige producten als alternatief voor zuivelproducten zoals melk, yoghurt en room. De Nederlandse Zuivelorganisatie (NZO) vordert een verbod op het gebruik van zuivelbenamingen wegens strijd met Europese regelgeving en het creëren van verwarring bij de consument waardoor de zuivelindustrie schade lijdt. Het hof oordeelt dat uit TofuTown geen absoluut verbod op het gebruik van zuivelbenamingen is af te leiden. Alpro mag de zuivelbenamingen gebruiken indien duidelijk blijkt dat de bedoeling hiervan is de consument te informeren over een plantaardig alternatief voor het betreffende zuivelproduct en de consument bovendien niet wordt misleid.

Art. 2 van Richtlijn 2006/114/EG; art. III lid 2 van Bijlage XII bij Vo 1234/2007: punt 6, eerste alinea, van Deel III van Bijlage VII bij Verordening (EU) 1308/2013; art. 6:162 BW; art. 6:193a ev. BW

nr. 200.165.890_01

ECLI:NL:GHSHE:2017:5731

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer 200.165.890/01

arrest van 19 december 2017

in de zaak van

Nederlandse Zuivelorganisatie,

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

hierna aan te duiden als NZO,

advocaat: mr. K.Th.M. Stöpetie te Amsterdam,

tegen

[de vennootschap 1],

gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerde,

hierna aan te duiden als [de vennootschap 1],

advocaat: mr. M.G. Lutje Beerenbroek te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 26 januari 2015 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 5 november 2014, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, gewezen tussen NZO als eiser en [de vennootschap 1] als gedaagde.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/268522/HA ZA 13-633)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven tevens houdende wijziging van eis met producties;

- de memorie van antwoord met producties;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de door NZO voorafgaand aan het pleidooi toegezonden producties (genummerd 33 en 34), die NZO bij het pleidooi in het geding heeft gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

- a) a) NZO is de brancheorganisatie van de Nederlandse zuivelindustrie. Zij behartigt de belangen van de Nederlandse zuivelindustrie en heeft als doel de economische en maatschappelijke positie van de Nederlandse zuivelondernemingen te versterken.
- b) [dochteronderneming] is een dochteronderneming van [zelfstandig rechtspersoon naar buitenlands recht], die zelfstandig op de Nederlandse markt opereert, waarbij zij de verkoop en distributie verzorgt van de sojaproducten die onder het merk [de vennootschap 1] worden geproduceerd en verhandeld.
- c) Sojabonen dienen als grondstof voor een grote verscheidenheid aan producten, waaronder levensmiddelen voor menselijke consumptie (zoals soja-olie en -saus, tofoe en tempeh). Van sojabonen worden ook levensmiddelen gemaakt die als alternatief worden gebruikt voor melk en andere zuivelproducten, zoals yoghurt, room en vla.
- d) Bij vonnis van 30 mei 2012, door de rechtbank Breda in kort geding gewezen tussen NZO als eiseres en [de vennootschap 1] als gedaagde, is [de vennootschap 1] onder meer veroordeeld om het gebruik van het woord "yoghurt" in haar eigen publicaties en reclame-uitingen over haar product [product] te staken.

3.2.1. In eerste aanleg had NZO naast [de vennootschap 1] ook de zelfstandige rechtspersoon naar buitenlands recht [zelfstandig rechtspersoon naar buitenlands recht] gedagvaard (samen aan te duiden als: [de vennootschap c.s.]). NZO vorderde - na wijziging van eis - in conventie, zakelijk weergegeven:

- A. voor recht te verklaren dat [de vennootschap c.s.] jegens NZO onrechtmatig hebben gehandeld met de verhandeling van de in de dagvaarding beschreven en in de producties 9, 10, 12, 15, 16 en 17 NZO getoonde sojaproducten en voorts om [de vennootschap c.s.] te veroordelen tot betaling van de door NZO geleden schade als gevolg van het hiervoor onrechtmatig verklaarde handelen van [de vennootschap c.s.], nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- B. [de vennootschap c.s.] te verbieden binnen dertig dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis in Nederland de in de punten 1, 2 en 3 van Deel III van Bijlage VII bij Verordening (EU) 1308/2013 bedoelde zuivelbenamingen te gebruiken voor haar sojaproducten, op

straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,- voor elke dag of gedeelte van een dag dat een van gedaagden op enigerlei wijze in gebreke zou blijven met de nakoming van dit verbod, tot een maximum van € 1.000.000,-;

- C. [de vennootschap c.s.] te verbieden binnen dertig dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis in Nederland voor andere dan de in de punten 1, 2 en 3 van Deel III van Bijlage VII bij Verordening (EU) 1308/2013 bedoelde producten etiketten, handelsdocumenten, reclamemateriaal of enige vorm van reclame als omschreven in artikel 2 van Richtlijn 2006/114/EG of enige vorm van presentatie te gebruiken waarmee wordt aangegeven, geïmpliceerd of gesuggereerd dat het betrokken product een zuivelproduct is, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,- voor elke dag of gedeelte van een dag dat een van gedaagden op enigerlei wijze in gebreke zou blijven met de nakoming van dit verbod, tot een maximum van € 1.000.000,-;
- D. voor recht te verklaren dat [de vennootschap c.s.] met het (doen) plaatsen van de reclame-uiting "*Heerlijke frisse, milde yoghurt van [product]*" in "*Hallo*" (het tijdschrift van [supermarkten] Supermarkten) het haar bij vonnis van 30 mei 2012 (LJN: BW6807) opgelegde verbod heeft geschonden en daarmee de daarop gestelde dwangsom van € 25.000,- per dag heeft verbeurd tot aan het daarop gestelde maximum van € 500.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de akte wijziging van eis, en [de vennootschap c.s.] te veroordelen om voornoemd bedrag, alsmede de daarover verschuldigde wettelijke rente aan NZO, tegen ontvangst van behoorlijk bewijs van kwijting, te voldoen binnen zeven dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis;
- E. [de vennootschap c.s.] te bevelen binnen dertig dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis een inzichtelijke opgaaf te doen van alle tijdschriften of andere media waarin de reclame-uiting is verschenen als omschreven in § 70 van de akte wijziging van eis, onder vermelding van het aantal plaatsingen per medium, en binnen deze termijn deze opgaaf te doen controleren door een Nederlandse registeraccountant en die opgaaf met het verslag van bevindingen van deze registeraccountant binnen de genoemde termijn te verstrekken aan de raadsman van NZO, op straffe van een onmiddellijk opeisbare en hoofdelijk, des dat de een betaald hebbende, de andere zal zijn bevrijd, te verbeuren dwangsom van € 1.000,- voor elke dag of gedeelte van een dag dat [de vennootschap c.s.] op enigerlei wijze in gebreke zouden blijven met de nakoming van dit bevel;
- F. [de vennootschap c.s.] hoofdelijk, des dat de een betaald hebbende, de andere zal zijn bevrijd, te veroordelen in de kosten van NZO ter zake van deze procedure, inclusief de daarop te vallen nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf zeven dagen na het in deze te wijzen vonnis.

3.2.2. [de vennootschap c.s.] hebben op haar beurt in eerste aanleg, in reconventie, gevorderd om voor recht te verklaren:

- A) dat [de vennootschap c.s.] rechtmatig jegens NZO handelen door op de verpakkingen en etiketteringen van haar producten gebruik te maken van de volgende omschrijvingen en termen als (onderdeel van de) wettelijke verkoopbenaming aangezien deze omschrijvingen en termen niet beschermd, noch misleidend zijn en er derhalve geen sprake is van strijd met art. 114 lid 1 jo art. III lid 1 van Bijlage XII bij Vo 1234/2007:
- "plantaardige variatie/variant/etc." in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: plantaardige variatie/variant op yoghurt of plantaardige yoghurtvariatie/yoghurtvariant);
 - "sojavariatie/sojavariant/etc." in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: sojavariatie/sojavariant op yoghurt of soja-yoghurtvariatie/soja-yoghurtvariant);
 - "variatie/variant/etc." in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: variatie/variant op yoghurt of yoghurtvariatie/yoghurtvariant);
 - "inspiratie" in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: inspiratie op yoghurt of yoghurtinspiratie);
 - "zuivelvrij" in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: zuivelvrije yoghurt);
 - "geen" of enige andere ontkenning in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: (dit is) geen yoghurt);
 - "plantaardig" in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: 100% plantaardige yoghurt);
 - yoghurtculturen;
 - mild;
 - creamy/romig;
 - zacht;
 - naturel.
- B) dat [de vennootschap c.s.] rechtmatig jegens NZO handelen door op:
- haar website voor Nederlandse consumenten ([website]);
 - de verpakkingen en etiketteringen van haar producten;
 - presentatie en reclame van haar producten; gebruik te maken van de volgende omschrijvingen en termen anders dan als (onderdeel van de) wettelijke verkoopbenaming, aangezien dit niet misleidend is en er derhalve geen sprake is van strijd met art. III lid 2 van Bijlage XII bij Vo 1234/2007:
- "plantaardige variatie/variant/etc." in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: plantaardige variatie/variant op yoghurt of plantaardige yoghurtvariatie/yoghurtvariant);
 - "sojavariatie/sojavariant/etc." in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: sojavariatie/sojavariant op yoghurt of soja-yoghurtvariatie/soja-yoghurtvariant);

- c. “variatie/variant/etc.” in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: variatie/variant op yoghurt of yoghurtvariatie/yoghurtvariant);
 - d. “inspiratie” in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: inspiratie op yoghurt of yoghurtinspiratie);
 - e. “zuivelvrij” in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: zuivelvrije yoghurt);
 - f. “geen” of enige andere ontkenning in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: (dit is) geen yoghurt);
 - g. “te gebruiken/hanteren/etc. als” in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld: te gebruiken als yoghurt);
 - h. “plantaardig” in combinatie met een zuivelbenaming (bijvoorbeeld:100% plantaardige yoghurt);
 - i. yoghurtculturen;
 - j. mild;
 - k. creamy/romig;
 - l. zacht;
 - m. naturel;
 - n. “melkschap”, “yoghurtschap” en “zuivelschap”.
- C) dat [de vennootschap c.s.] rechtmatig jegens NZO handelen door op:
1. haar website voor Nederlandse consumenten ([website]);
 2. de verpakkingen en etiketteringen van haar producten;
 3. presentatie en reclame van haar producten; gebruik te maken van de volgende kleuren en afbeelding:
 - a. een groene kleur voor het sojablad;
 - b. de kleuren lichtblauw en donkerblauw om een licht van een vol variant van een product te onderscheiden;
 - c. de kleur wit voor plantaardige variaties op zuivelproducten;
 - d. de Nederlandse vlag.
- D) dat websites van [de vennootschap 1] met een andere uitgang dan “.com/nl” geen aanpassing behoeven op grond van het kortgedingvonnis van 30 mei 2012;

één en ander met veroordeling van NZO in de kosten die aan de zijde van [de vennootschap 1] zijn gevallen, met inbegrip van de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten, welke wettelijke rente gaat lopen op de vijfde dag na de datum van het vonnis.

3.2.3. Nadat partijen, over en weer, verweer hadden gevoerd heeft de rechtbank in het eindvonnis in het geding in conventie:

- voor recht verklaard dat [de vennootschap 1] jegens NZO onrechtmatig heeft gehandeld met de verhandeling van de sojaproducten “[product] Vla” en “[de vennootschap 1] Cuisine;
- het meer of anders gevorderde afgewezen, en in het geding in reconventie de vorderingen van [de vennootschap c.s.] afgewezen. De proceskosten zijn in conventie en in reconventie gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

3.3 NZO heeft in het hoger beroep tegen dit eindvonnis vijf grieven aangevoerd. NZO heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis. Naar het hof begrijpt, mede uit de door NZO aangevoerde grieven en de daarop gegeven toelichting, concludeert NZO slechts tot vernietiging van het vonnis in conventie. NZO vordert in hoger beroep, na wijziging van haar eis in hoger beroep:

- a. a) om voor recht te verklaren dat [de vennootschap 1] jegens NZO en haar leden onrechtmatig heeft gehandeld door bij het in de handel brengen van haar (in de memorie van grieven beschreven) sojaproducten: zuivelbenamingen te gebruiken en/of deze te etiketteren, aan te prijzen en/of te presenteren, waarmee wordt aangegeven, geïmpliceerd of gesuggereerd dat deze producten zuivelproducten zijn;
- b) [de vennootschap 1] *primair* te verbieden binnen dertig dagen na betekening van dit arrest voor de duur van twee jaar in de Europese Unie zuivelbenamingen te gebruiken voor sojaproducten als bepaald in punt 5, eerste alinea van Deel III van Bijlage VII bij Verordening (EU) 1308/2013, dan wel *subsidiar* te verbieden de in de memorie van grieven genoemde zuivelbenamingen te gebruiken voor haar sojaproducten, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 1.000,= voor elke dag of gedeelte van een dag dat [de vennootschap 1] op enigerlei wijze in gebreke zou blijven met de nakoming van dit verbod, tot een maximum van € 250.000,=;
- c) [de vennootschap 1] *primair* te verbieden binnen dertig dagen na betekening van dit arrest voor de duur van twee jaar in de Europese Unie haar sojaproducten te etiketteren, aan te prijzen en/of te presenteren, zodanig dat daarmee wordt aangegeven, geïmpliceerd of gesuggereerd dat deze producten zuivelproducten zijn als bepaald in punt 6, eerste alinea, van Deel III van Bijlage VII bij Verordening (EU) 1308/2013, dan wel *subsidiar* te verbieden de in het petitum onder a) sub ii) genoemde handelingen, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 1.000,= voor elke dag of gedeelte van een dag dat [de vennootschap 1] op enigerlei wijze in gebreke zou blijven met de nakoming van dit verbod, tot een maximum van € 250.000,=;
- d) [de vennootschap 1] te veroordelen tot vergoeding van schade ten bedrage van € 1.000.000,= die NZO en haar leden door [de vennootschap 1]’s onrechtmatig handelen hebben geleden, althans tot een door het Hof in goede justitie te bepalen schadevergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente van dit arrest;
- e) [de vennootschap 1] te veroordelen in de kosten van de procedure in beide instanties, inclusief de daarop te vallen na-kosten.

3.4. Tegen de afwijzing door de rechtbank van de vorderingen in reconventie is door [de vennootschap 1] geen appel ingesteld, zodat het geschil in reconventie niet meer in hoger beroep aan de orde zal komen. [de vennootschap 1].com is in hoger beroep geen partij meer in de procedure. Gezien de afwijzing door de rechtbank van het meer en anders gevorderde in eerste aanleg en de eiswijziging in appel

spelen de door NZO in eerste aanleg ingestelde vorderingen om voor recht te verklaren dat [de vennootschap 1] de veroordeling in het vonnis van 30 mei 2011 heeft overtreden alsmede de vordering om opgave te doen van alle reclame-uitingen die [de vennootschap 1] heeft gedaan, (zie hiervoor in 3.2.1. onder D en E) geen rol meer.

3.5.1. Het gaat in hoger beroep, in de kern, om de beantwoording van de vraag of [de vennootschap 1] met de door haar gebruikte verpakkingen van diverse sojaproducten en de wijze waarop zij deze producten aan de consument presenteert, handelt in strijd met een aantal bepalingen die met ingang van 1 januari 2014 zijn opgenomen in Verordening (EU) nr. 1308/2013 en die tot 1 januari 2014 waren opgenomen in Verordening (EG) nr. 1234/2007. Deze verordeningen zijn gericht op een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten in de lidstaten van de EU en beogen, met inachtneming van de belangen van consumenten, onder meer het gebruik van specifieke benaming van melken zuivelproducten te reguleren en te beschermen bij het in de handel brengen van die producten. In de Verordening (EU) nr. 1308/2013 is daartoe onder meer, en voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

“Artikel 78

1. Naast de toepasselijke handelsnormen, in voorkomend geval, gelden de in bijlage VII opgenomen definities, aanduidingen en verkoopbenamingen voor de volgende sectoren of producten:

(...)

c) melk en zuivelproducten voor menselijke consumptie (...)

2. De in bijlage VII opgenomen definitie, aanduiding of verkoopbenaming mag in de Unie uitsluitend worden gebruikt voor het afzetten van een product dat voldoet aan de overeenkomstige in die bijlage vastgestelde eisen.

In bijlage VII, deel III (genaamd: “Melk en zuivelproducten”) bij Vo 1308/2013 is onder meer bepaald:

“2 (...) Voor zuivelproducten mogen uitsluitend de onderstaande benamingen worden gebruikt:

a. a) de volgende benamingen, die in alle handelsstadia worden gebruikt (...)

ii) room (...)

ix) yoghurt (...)

b) benamingen in de zin van artikel 5 van Richtlijn 2000/13/EG of artikel 17 van Verordening (EU) nr. 1169/2011.”

3. De benaming ‘melk’ en de voor de omschrijving van zuivelproducten gebruikte benamingen mogen eveneens worden gebruikt samen met één of meer woorden voor het omschrijven van samengestelde producten waarvan geen enkel element de plaats van een bestanddeel van melk inneemt of met dit doel wordt toegevoegd, en waarvan de melk of een zuivelproduct een essentieel bestanddeel is, hetzij door zijn hoeveelheid, hetzij omdat zijn effect kenmerkend is voor het product.

(...)

5. De in de punten 1, 2 en 3 bedoelde benamingen mogen niet voor andere dan de in die punten bedoelde producten worden gebruikt.

Deze bepaling is evenwel niet van toepassing op de benaming van producten waarvan de precieze aard op grond van traditioneel gebruik duidelijk is, en/of wanneer duidelijk is dat de benamingen bedoeld zijn om een kenmerkende eigenschap van het product te omschrijven.

6. Voor andere dan de in de punten 1, 2 en 3 van dit deel bedoelde producten mogen geen etiketten, handelsdocumenten, reclamemateriaal of enige vorm van reclame (...) of enige vorm van presentatie worden gebruikt waarmee wordt aangegeven, geïmpliceerd of gesuggereerd dat het betrokken product een zuivelproduct is.”

3.5.2. De in 3.5.1 geciteerde bepalingen vormen een herhaling, zonder inhoudelijke wijziging, van de bepalingen zoals opgenomen in artikel 114 van en in bijlage XII, artikelen II en III bij de Verordening (EG) nr. 1234/2007 (HvJEU 14 juni 2017, ECLI:EU:2017:458, rov. 9, Tofu Town). Anders dan NZO betoogt, is niet slechts de Verordening (EU) nr. 1308/2013 van toepassing nu haar vorderingen betrekking hebben op de periode vanaf 2006, waarin voor de periode tot 1 januari 2014 de Verordening (EG) nr. 1234/2007 van toepassing is. Omdat de hiervóór bedoelde bepalingen in de opvolgende verordeningen inhoudelijk niet verschillen en gelijkelijke toepassing vinden, mist NZO ook belang bij haar betoog.

3.5.3. Het hof ziet aanleiding allereerst grieven 4.1 tot en met 4.5 te bespreken, die zich voor een gezamenlijke behandeling lenen. Volgens NZO heeft [de vennootschap 1] artikel 78 jo. bijlage VII, deel III, punten 1, 2 en 5 van de Verordening (EU) nr. 1308/2013 – artikel 114 jo. bijlage XII, artikelen II en III van de Verordening (EG) nr. 1234/2007 – geschonden door de in deze bepalingen voorbehouden zuivelbenamingen “melk”, “room” en “yoghurt” te gebruiken voor haar sojaproducten (die geen zuivelproducten zijn). Daarnaast heeft [de vennootschap 1] volgens NZO het bepaalde in bijlage VII, deel III, punt 6 geschonden door verschillende van haar sojaproducten te etiketteren en te presenteren, op een wijze waardoor (aan het publiek) wordt gesuggereerd dat de betrokken producten zuivelproducten zijn. Haar vorderingen in hoger beroep zijn op schending van deze bepalingen gebaseerd. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

Het gebruik van de voorbehouden zuivelbenamingen

3.6.1. Bij zijn beoordeling stelt het hof het volgende voorop. In zijn meergenoemde arrest van 14 juni 2017 (Tofu Town) heeft het HvJEU met betrekking tot de uitleg van artikel 78, lid 2 en van bijlage VII, deel III uitgemaakt dat deze bepalingen aldus dienen te worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat de benaming “melk” en de door deze verordening uitsluitend aan zuivelproducten voorbehouden benamingen, worden gebruikt om bij de afzet of in reclame een zuiver plantaardig product aan te duiden, zelfs indien die benamingen worden vervolledigd door verduidelijkende of beschrijvende aanvullingen die wijzen op de plantaardige oorsprong van het betrokken product. De uit-

zondering zoals die is opgenomen in deel III onder punt 5 in de tweede alinea geldt volgens het HvJEU alleen voor die producten die zijn opgenomen in het besluit van de Commissie van 20 december 2010 (besluit 2010/791/EU), zijnde het besluit tot vaststelling van de lijst van producten bedoeld in (thans) Bijlage VII, deel III onder punt 6, tweede alinea. Tussen partijen is niet in geschil dat deze uitzondering in deze zaak niet van toepassing is op de producten van [de vennootschap 1].

3.6.2. Met inachtneming van deze uitleg door het HvJEU mag [de vennootschap 1] de benaming “melk” en de overige voorbehouden zuivelbenamingen (waarbij het gaat om de benamingen “yoghurt” en “room”) niet gebruiken als (*verkoop*)benaming van haar sojaproducten en mag zij deze voorbehouden zuivelbenamingen evenmin gebruiken om op enigerlei wijze haar producten *aan te duiden*. Daarbij maakt het niet uit of zij de voorbehouden benamingen gebruikt op de verpakkingen van haar producten of anderszins bij de afzet dan wel presentatie van die producten.

3.6.3. Anders dan NZO aanvoert, brengt deze uitleg naar het oordeel van het hof niet mee dat het [de vennootschap 1] in het geheel niet is toegestaan om op haar verpakkingen dan wel anderszins bij de presentatie van haar producten de benamingen “melk”, “yoghurt” en “room” (dan wel enige andere voorbehouden zuivelbenaming) op enigerlei wijze te gebruiken. Zulk gebruik is immers alleen niet toegestaan als *benaming* of als *aanduiding* van haar sojaproducten. Indien de voorbehouden zuivelbenamingen door [de vennootschap 1] op een andere wijze worden gebruikt, is dat gebruik volgens het HvJEU in zijn arrest van 14 juni 2017 (Tofu Town) niet – als zodanig en zonder meer – in strijd met de bepalingen van Verordening (EU) nr. 1308/2013.

3.7. In het licht van het vorenstaande oordeelt het hof als volgt met betrekking tot het gebruik van voorbehouden zuivelbenamingen door [de vennootschap 1] voor de door NZO genoemde sojaproducten.

– *Schep-yofu en [product]*

3.7.1. Volgens NZO handelt [de vennootschap 1] bij het in de handel brengen van haar producten schep-yofu en [product] in strijd met bijlage VII, deel III onder punt 5, door onder meer op haar verpakkingen en op haar websites de benamingen i) “yoghurtvariatie”, “variatie op yoghurt”, respectievelijk ii) “plantaardige yoghurtvariatie”, “plantaardige variatie op yoghurt” te gebruiken (mvg, grief 4.1. onder 88 en grief 4.2. onder 153). [de vennootschap 1] betwist dat zij op deze wijze handelt in strijd met de betreffende bepaling omdat zij de voorbehouden zuivelbenaming “yoghurt” niet gebruikt als benaming of aanduiding van haar sojaproducten. Met [de vennootschap 1] is het hof van oordeel dat haar gebruik van de woordcombinatie “(plantaardige) variatie op yoghurt” en “(plantaardige) yoghurtvariatie” niet ertoe strekt de voorbehouden zuivelbenaming “yoghurt” te gebruiken als benaming dan wel als aanduiding van de betreffende sojaproducten, maar dat het is bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat haar sojaproducten een plantaardig alternatief vormt voor het dierlijk melkproduct “yoghurt”. Dit gebruik is volgens het hof om die reden niet in

strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5 dan wel bijlage XII, artikel III, punt 1 van de Verordening (EG) nr. 1234/2007.

3.7.2. Met inachtneming van het vorenoverwogene geldt naar het oordeel van het hof hetzelfde voor het gebruik door [de vennootschap 1] op de verpakkingen en op de websites van de bewoordingen “yoghurtculturen”, “yoghurt cultures” en “yoghurtculturen/ -fermenten” ten aanzien van de producten schep-yofu en [product] (mvg, grief 4.1. onder 88 en grief 4.2. onder 153). Deze bewoordingen worden gebruikt om daarmee het publiek te informeren dat in de betreffende sojaproducten gebruik wordt gemaakt van dezelfde bacteriën als die worden gebruikt bij de vervaardiging van het dierlijke melkproduct “yoghurt”. Van een gebruik van “yoghurt” als benaming voor haar sojaproducten dan wel als aanduiding van de betreffende sojaproducten als “yoghurt” is volgens het hof, mede gelet op de door [de vennootschap 1] ter zitting in hoger beroep gegeven nadere toelichting, geen sprake. Ook de enkele verwijzing naar het “yoghurtschap” met betrekking tot het product [product] dan wel de opmerking dat dit product behoort tot de “yoghurtcategorie” (mvg, grief 4.2. onder 153) kan niet reeds als zodanig en zonder meer worden beschouwd als gebruik van de zuivelbenaming “yoghurt” voor de benaming of aanduiding van het sojaproduct [product].

– *[de vennootschap 1]’s Cuisine en Luchtig(-Aeré) & Creamy*

3.7.3. Ten aanzien van het product [de vennootschap 1]’s Cuisine en het product Luchtig(-Aeré) & Creamy handelt [de vennootschap 1] in de visie van NZO in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5 door het gebruik van de bewoordingen i) kookroom, ii) roomproduct, iii) variatie op (slag)room / variaties op (slag)room, iv) plantaardige room / plantaardige zuivel, v) plantaardig alternatief voor room / roomalternatieven, vi) plantaardige variatie(s) op (slag)room en vii) de topper onder de roomproducten / de crème de la crème (mvg, grief 4.3. onder nummer 179). Blijkens de verwijzingen naar de producties betreft het, zo begrijpt het hof, niet alleen het gebruik van de hiervóór weergegeven bewoordingen voor de sojaproducten Cuisine en Luchtig (Aeré) & Creamy, maar ook andere producten van [de vennootschap 1], zoals [de vennootschap 1] Rice Cuisine. Het hof zal een en ander hierna achtereenvolgens bespreken.

3.7.4. Ten aanzien van het gebruik (als benaming) van de woordcombinatie “kookroom” dan wel “plantaardige room” (onder i en onder iv) heeft NZO gesteld dat deze wordt gebruikt als aanduiding voor het product [de vennootschap 1]’s Cuisine (zie producties 15 en 6, pag. 35, 37 pag. 86 en pag. 131 bij inl. dagv.). De rechtbank overwoog reeds in het beroepen vonnis (rov. 3.4.19) ten aanzien van het gebruik van “(100%) plantaardige room” door [de vennootschap 1] op haar websites – waarvan sprake is in de afbeeldingen die zijn overgelegd als productie 6, pag. 35, pag. 86 en pag. 131 – dat dit in strijd is met het bepaalde in artikel III lid 1 van bijlage XII bij Vo 1234/2007 (dit is thans: bijlage VII, deel

III onder punt 5). In zoverre heeft NZO geen belang bij haar grief.

3.7.5. Grief 4.3. van NZO richt zich blijkens de toelichting op die grief (mvg, 184) echter ook tegen de overweging van de rechtbank in rov. 3.4.19 van het beroepen vonnis, inhoudende dat het gebruik van het woord kookroom niet is toegestaan, omdat de benaming “kookroom” op de betreffende websites niet wordt gebruikt om een kenmerkende eigenschap van het product te gebruiken. Daaruit volgt, zo begrijpt het hof de grief van NZO, dat volgens de rechtbank het gebruik van de benaming “kookroom” wel zou zijn toegestaan als daarmee een kenmerkende eigenschap zou zijn beschreven. De rechtbank miskent hiermee, aldus NZO, dat de verbodsbepaling van bijlage VII, deel III onder punt 5 ziet op ieder gebruik van een zuivelbenaming voor een niet-zuivelproduct, zodat de toepassing ervan niet afhankelijk is van het al dan niet voldoen aan verdere voorwaarden.

3.7.6. Voorop staat dat NZO geen belang heeft bij de behandeling van dit onderdeel van haar grief omdat deze grief - indien zij slaagt - niet leidt tot een ander oordeel op dit punt. Ten overvloede overweegt het hof dat uit hetgeen hiervoor is overwogen omtrent de strekking van het bepaalde in bijlage VII, deel III onder de punten 1 tot en met 5, volgt dat de stelling van NZO, dat op grond van deze bepalingen *ieder* gebruik van de voorbehouden zuivelbenamingen voor niet-zuivelproducten zou zijn verboden (ook indien de zuivelbenamingen niet worden gebruikt als benaming of aanduiding voor een niet-zuivelproduct) niet juist is en daarom door het hof niet wordt gevolgd.

3.7.7. Het gebruik van de term “kookroom” in de zinsnede “die op dezelfde manier als kookroom gebruikt kan worden” in productie 6 (pag. 35) (inl. dagv.) is niet in strijd met Bijlage VII, deel III onder punt 5, omdat in deze zinsnede het product niet als ‘room’ wordt aangeduid. Datzelfde geldt mutatis mutandis voor het gebruik van de zinsnede “te gebruiken als kookroom” zoals vermeld op de verpakking overgelegd als productie 15 (bij inl. dagv.) zijdens NZO.

3.7.8. Ten aanzien van het gebruik van de overige hiervoor in rov. 3.7.3. onder ii) tot en met vii) weergegeven bewoordingen waarin het woord “room” zelfstandig dan wel als samenstelling (in een woordcombinatie) wordt gebruikt, geldt dat de voorbehouden benaming “room” noch op de verpakkingen noch in de advertenties in de bijgevoegde producties waarnaar wordt verwezen, wordt gebruikt als benaming van het product dan wel anderszins om het product als “room” aan te duiden. Om die reden is het gebruik van de term “room” dat [de vennootschap 1] in die producties maakt, niet in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5. De term “zuivel” (rov. 3.7.3. onder iv) is zelf geen voorbehouden benaming, zodat de aanduiding van [de vennootschap 1]’s Cuisine als “plantaardige zuivel” niet, reeds als zodanig en zonder meer, in strijd is met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5.

Ook het gebruik van de term “crème de la crème” is niet in strijd met die bepalingen, nu (voor de Nederlandse markt) de term “crème” geen voorbehouden benaming is in de zin van bijlage VII, deel III onder punt 2.

– [de vennootschap 1]’s sojadranken

3.7.9. Ten aanzien van haar sojadranken handelt [de vennootschap 1] naar het oordeel van NZO in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5 door het gebruik ten aanzien van die dranken van de voorbehouden zuivelbenamingen i) melkschap, ii) vrij van zuivel, iii) zuivelvrije variatie op melk en iv) alternatief voor zuivel (mvg, grief 4.4. onder nummer 203). Hieromtrent geldt het volgende.

3.7.10. In dit verband stelt het hof het volgende voorop. Hoewel in de woordcombinatie ‘melkschap’ het woord ‘melk’ als samenstellend deel voorkomt, is het woord als geheel geen benaming van (een soort) ‘melk’, maar daarentegen de benaming van een (soort) ‘schap’. De term ‘melkschap’ valt om die reden dan ook niet reeds als zodanig en zonder meer onder het verbod van het gebruik van de benaming ‘melk’ zoals bepaald in bijlage VII, deel III onder punt 1. Verder heeft te gelden dat met het gebruik van het woord ‘melkschap’ op de wijze zoals dat gebeurt in de producties 13 en 24 (waarnaar NZO in dit verband heeft verwezen) [de vennootschap 1] haar sojadranken niet voorziet van de benaming ‘melk’ dan wel als ‘melk’ aanduidt. [de vennootschap 1] handelt derhalve door het gebruik van deze termen niet in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5.

3.7.11. De benaming ‘zuivel’ is, zoals hiervóór is overwogen, geen voorbehouden benaming in de zin van bijlage VII, deel III onder punt 1 en punt 2. Door het gebruik van deze term op haar verpakking (productie 16) dan wel op haar websites (productie 7, pag. 12 en 70) handelt [de vennootschap 1] niet, reeds als zodanig en zonder meer, in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5.

3.7.12. Door het gebruik op haar websites van de benaming ‘melk’ in de bewoordingen “zuivelvrije variatie op melk” (productie 7, pag. 9 en 67) wordt de voorbehouden zuivelbenaming “melk” door [de vennootschap 1] niet gebruikt als benaming dan wel als aanduiding van haar sojadranken, maar gebezigd in een vergelijking met melk en als alternatief voor melk. Dit gebruik is om die reden niet in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5.

– [de vennootschap 1]’s sojadeserts

3.7.13. Met grief 4.5. betoogt NZO onder meer dat [de vennootschap 1] in strijd handelt met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 5 door de bewoordingen “vla” dan wel “plantaardige sojavla” te gebruiken voor haar sojadeserts. De rechtbank heeft ten aanzien van het gebruik door [de vennootschap 1] van de bewoordingen “vla” en “sojavla” voor haar desserts, geoordeeld dat [de vennootschap 1] daarmee onrechtmatig handelt jegens NZO wegens overtreding van het bepaalde in artikel 2 lid 8 Warenwetbesluit Zuivel alsmede van het bepaalde in bijlage XII, artikel III onder 1 jo. artikel II onder 2b van de Verordening (EG) 1234/2007 (thans Verordening (EU) 1308/2013, Bijlage VII, Deel III onder 5 jo. 2b). De rechtbank heeft op die grond toegewezen de gevorderde verklaring voor recht dat [de vennootschap 1] onrechtmatig jegens NZO heeft gehandeld door het gebruik van het woord “vla” voor haar sojadeserts. Tussen partijen staat thans in hoger beroep vast dat [de ven-

nootschap 1] door het gebruik van het woord “vla” voor haar sojadesserts heeft gehandeld in strijd met artikel 2 lid 8 Warenwetbesluit Zuivel en dat zij daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. NZO heeft derhalve geen belang bij de behandeling van dit onderdeel van grief 4.5., omdat hetgeen NZO betoogt in de toelichting op haar grief niet leidt tot een andere beslissing op dit punt.

De misleiding door de wijze van presenteren van de sojaproducten

3.8. In haar grieven 4.1. tot en met 4.5. betoogt NZO voorts dat [de vennootschap 1] met betrekking tot de door NZO in die grieven genoemde producten handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6 door bij de etikettering en de presentatie van die producten te suggereren dat die betreffende producten zuivelproducten zijn. Het hof zal de grieven hierna achtereenvolgens voor ieder product afzonderlijk behandelen.

– *Schep-yofu en [de vennootschap 1]’s [product]*

3.9.1. Volgens NZO handelt [de vennootschap 1] in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6 door de [de vennootschap 1] schep-yofu te etiketteren, aan te prijzen en te presenteren als een yoghurtproduct (grief 4.1, nummer 88 onder b). Datzelfde geldt volgens NZO voor het product [de vennootschap 1]’s [product] (grief 4.2., nummer 153 onder b). Daartoe voert NZO aan dat [de vennootschap 1]:

- i) voor de verpakking van schep-yofu een identieke bekerverpakking gebruikt als voor schepyoghurt en voor de verpakking van [product] een identieke kartonnen verpakking gebruikt als voor schenkyoghurt;
- ii) een voor yoghurtverpakkingen gangbare opmaak en kleurstellingen van deze bekerverpakkingen en kartonnen verpakkingen gebruikt (voornamelijk blauw en groen);
- iii) afbeeldingen gebruikt van een zuivelwit product, terwijl schep- en schenk-yofu vaalwit is alsmede afbeeldingen van grasgroene blaadjes terwijl sojabladeren donkergroen zijn;
- iv) voor yoghurt typerende aanduidingen gebruikt zoals “naturel”, “mild”, “zacht” en romig” al dan niet in combinatie met zuivelbenamingen zoals “yoghurtvariatie”;
- v) schep- en schenk-yofu naast de yoghurt in het koelschap plaatst en dit schap in haar reclames ook yoghurtschap noemt.
Ten aanzien van de schep-yofu geldt volgens NZO bovendien dat [de vennootschap 1]:
- vi) haar product niet een voor de consument duidelijke eigen productnaam geeft, althans een naam waarin geen zuivelbenaming is opgenomen.
Ten aanzien van [product] geldt naast de onder i) tot en met v) genoemde omstandigheden dat [de vennootschap 1]:
- vii) het woord “creamy” gebruikt in de naam van het product, waardoor het de zuivelbenaming “cream” bevat, hetgeen een yoghurtassociatie oproept en
- viii) het product presenteert in de categorieën “yoghurt” en “zuivel/zuiveldranken”.

Ter nadere onderbouwing van haar stellingen heeft NZO verwezen naar afbeeldingen van de verpakkingen en advertenties die zij als producties heeft overgelegd.

3.9.2. Met inachtneming van deze afbeeldingen oordeelt het hof als volgt omtrent de hiervoor weergegeven stellingen van NZO.

- i) Een bekerverpakking dan wel een kartonnen verpakking als hier bedoeld, betreft een gangbare verpakking die - anders dan NZO lijkt te suggereren - niet is voorbehouden aan yoghurt of andere zuivelproducten. Dergelijke verpakkingen vormen - gelet op de aard van het te verpakken product - een praktische wijze van verpakken die algemeen gebruikelijk is voor diverse (levens) middelen. Het gebruik van deze verpakking is op zichzelf dan ook niet in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6.
- ii) De omstandigheid dat op de verpakking van zuivelproducten een (gras)groene kleur wordt gebruikt, brengt op zichzelf niet mee dat het gebruik van een (gras)groene kleur zonder meer wordt geassocieerd met dierlijke zuivelproducten en om die reden aan zuivelproducenten is voorbehouden. Daarnaast refereren de groene bladeren op de verpakking van het sojaproduct aan de plantaardige oorsprong van het sojaproduct gezien de tekst “*plantaardig SOYA*” die staat vermeld in het meest in het oog springende groene blaadje op de voorzijde van de verpakking. Met deze groene bladeren, op zich en in samenhang bezien met de verdere (con)tekst op de verpakking, wordt naar het oordeel van het hof dan ook niet de indruk gewekt dat het product een dierlijk zuivelproduct (yoghurt) is. Dat een sojablad donkergroen is in plaats van grasgroen, maakt het vorenstaande niet anders.
- iii) Het feit dat de sojaproducten schep- en schenk-yofu in een witte kleur worden afgebeeld, stemt voldoende overeen met de kleur die deze producten in werkelijkheid hebben, terwijl enig verschil in kleurnuances tussen de producten en de afbeelding daarvan op de verpakking niet alleen vanuit commercieel oogpunt gerechtvaardigd is, en daarmee ook niet, reeds als zodanig en zonder meer, de indruk wordt gewekt dat het (soja)product een zuivelproduct is. Een witte kleur wordt immers - anders dan NZO suggereert - niet (enkel) geassocieerd met zuivelproducten en is derhalve evenmin, bij uitsluiting, voorbehouden aan verpakkingen van (dierlijke) zuivelproducten.
- iv) Het woord “naturel” wordt volgens gangbaar spraak- en taalgebruik gedefinieerd als “zijn natuurlijke kleur of samenstelling hebbend, onvermengd, puur”. Het betreft daarmee een algemeen gebruikelijke term die, zoals [de vennootschap 1] onbetwist heeft gesteld, wordt gebruikt ten aanzien van diverse levensmiddelen. Derhalve geldt ook hier, dat het woord “naturel” niet zonder meer wordt geassocieerd met zuivelproducten, zodat daarmee niet de indruk wordt gewekt dat het om een zuivelproduct (yoghurt) gaat. Datzelfde geldt voor de bewoordingen “mild”, “zacht” en “romig”. Deze verwijzen naar de kenmerkende structuur en textuur

van het product, hetgeen niet alleen voor zuivelproducten geldt. Ook indien deze bewoordingen worden gebruikt in combinatie met de term yoghurtvariatie, handelt [de vennootschap 1] naar het oordeel van het hof niet, reeds als zodanig en zonder meer, in strijd met bijlage VII, deel III onder punt 6. Datzelfde geldt mutatis mutandis voor het gebruik van het woord “creamy” in de benaming van het product “ [product] ” (vii).

- v) De term “yoghurtschap” refereert slechts aan de plek in de winkel of supermarkt waar het product is geplaatst. De plaatsing van het onderhavige sojaproduct in het “yoghurtschap” ligt voor de hand, nu dit sojaproduct een alternatief vormt voor yoghurt. Hierdoor wordt bij de consument niet reeds als zodanig en zonder meer de indruk gewekt dat het gaat om een zuivelproduct (yoghurt). Datzelfde geldt ten aanzien van de stelling van NZO dat [de vennootschap 1] het product “ [product] ” presenteert in de categorieën “yoghurt” en “zuivel/zuiveldranken” (viii).
- vi) De omstandigheid dat op de voorzijde van de verpakking van de schep-yofu slechts is vermeld [de vennootschap 1] Naturel, zonder dat een eigen productnaam is gegeven, brengt evenmin mee dat wordt gehandeld in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6.

3.9.3 Gezien hetgeen hiervoor is overwogen, kunnen de door NZO genoemde omstandigheden ieder op zich niet het oordeel rechtvaardigen dat [de vennootschap 1] door de wijze van presentatie van haar schep- en schenk-yofu aangeeft, impliceert dan wel suggereert dat het een zuivelproduct is en daarmee handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6.

3.9.4. Dat neemt niet weg dat, indien meerdere van de hiervoor door NZO onder i) tot en met vi) genoemde omstandigheden zich gezamenlijk voordoen en in hun samenhang worden beoordeeld, er in een concreet geval sprake van kan zijn dat [de vennootschap 1] door de wijze van presenteren van haar schep- of schenk-yofu impliceert dan wel suggereert dat er sprake is van een zuivelproduct. Of daarvan sprake is, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle feiten en omstandigheden van het onderhavige geval. Het is aan NZO om dergelijke concrete feiten en omstandigheden te stellen. Ten aanzien van de schep-yofu zijn dergelijke feiten en omstandigheden niet gesteld, ook niet indien hetgeen door NZO is gesteld, wordt beoordeeld in onderlinge samenhang met de in het geding gebrachte afbeeldingen betreffende de schep-yofu.

Wel is het hof van oordeel dat [de vennootschap 1] met de wijze van adverteren voor haar sojaproduct [product], zoals deze blijkt uit productie 13, pag. 1 (bij de inl. dagv.), handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder nummer 6. Deze advertentie, in landscape-formaat, toont aan de linkerkant een pak [product], wit van kleur en met de afbeelding van een op yoghurt gelijkende substantie. Het pak is afgebeeld tegen een effen blauwe achtergrond met over de gehele rechterhelft de bewoordingen “Nieuw in het yoghurtschap”. Door het ontbreken van een benaming dan wel een herkenbare aanduiding van (de aard van) het (soja)product op het pak zelf alsmede in de advertentie, wordt met

deze advertentie, als geheel, naar het oordeel van het hof (bij de consument) de suggestie gewekt dat het een (dierlijk) zuivelproduct betreft. Dat op het pak zelf het woord ‘soya’ is vermeld en dat in de advertentie onderaan op de rechterhelft (in het Engels) is vermeld ‘stay curious enjoy plant power’, acht het hof onvoldoende om voor de consument duidelijk te laten zijn dat het hier een volledig plantaardig (soja) product betreft en derhalve geenszins gaat om een (dierlijk) zuivelproduct. Ten aanzien van deze advertentie is de vordering om voor recht te verklaren dat [de vennootschap 1] onrechtmatig heeft gehandeld door haar sojaproduct te presenteren op een wijze waardoor wordt gesuggereerd dat het een zuivelproduct is, toewijsbaar. Ten aanzien van deze advertentie is eveneens toewijsbaar de vordering om deze wijze van presenteren van haar sojaproducten door [de vennootschap 1] te verbieden (de vordering zoals weergegeven onder rov. 3.3. sub c. primair).

– *[de vennootschap 1] 's Cuisine en Luchtig (Aéré) & Creamy*

3.9.5. Ook ten aanzien van de producten [de vennootschap 1] 's Cuisine en Luchtig (Aéré) & Creamy heeft NZO gesteld dat [de vennootschap 1] in strijd handelt met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6 door dit product aan te prijzen en te presenteren als een soort (slag)room (grief 4.3., nummer 179 onder b). Daartoe voert NZO aan dat [de vennootschap 1]:

- i) de benaming “creamy” gebruikt in de naam van het product “Luchtig (Aéré) & Creamy”, waardoor het product de zuivelbenaming cream bevat en welke benaming in de verdere context een roomassociatie oproept;
- ii) voor het product een identieke kartonnen verpakking gebruikt als voor (slag)room wordt gebruikt;
- iii) een voor (slag)room gangbare opmaak en kleurstelling van deze verpakking gebruikt (een combinatie van wit en lichtblauw);
- iv) de afbeelding gebruikt van een zuivelwit product, terwijl het sojaproduct een vaalwitte/beige kleur heeft;
- v) dit product niet een voor de consument duidelijke eigen product- of soortnaam geeft;
- vi) voor room typerende aanduidingen gebruikt, zoals “naturel”, “mild”, “zacht” en “romig”, al dan niet in combinatie met de aanduiding “room” en
- vii) dezelfde kleurcodering gebruikt als voor zuivel, te weten: blauw voor het “volle” product en lichtblauw voor de “light” versie.

3.9.6. Met betrekking tot de omstandigheden genoemd in rov. 3.9.5 onder i) tot en met vi) geldt dat deze ieder op zichzelf genomen en in hun onderlinge samenhang bezien niet (reeds) als zodanig en zonder meer leiden tot het oordeel dat [de vennootschap 1] handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6. Daartoe verwijst het hof naar hetgeen zij hierboven in rov. 3.9.2 heeft geoordeeld ten aanzien van de gelijkkluidende argumenten met betrekking tot de schep- en schenk-yofu. Ook de omstandigheid dat [de vennootschap 1] voor het “volle” product een blauwe kleur gebruikt en voor de “light” versie een lichtblauwe kleur (vii), brengt op zichzelf (nog) niet

mee dat [de vennootschap 1] handelt in strijd met bijlage VII, deel III onder punt 6. Dat de verschillende variaties van een product, ook waar het de energiewaarde ervan betreft, met verschillende kleuren worden aangeduid, is in de voedingsbranche niet ongebruikelijk en niet bij uitsluiting voorbehouden voor (dierlijke) zuivelproducten. De stelling van NZO dat de kleuren licht- en donkerblauw voor de aanduiding van magere respectievelijk volle producten bij de consument uitsluitend de associatie met zuivelproducten oproept, acht het hof tegenover de (gemotiveerde) betwisting van [de vennootschap 1] niet voldoende (nader) onderbouwd.

3.9.7. Met inachtneming van de door NZO gestelde feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang met de in het geding gebrachte afbeeldingen van de producten [de vennootschap 1] 's Cuisine en Luchtig (Aere) & Creamy, is het hof van oordeel dat [de vennootschap 1] voor wat betreft de wijze van verpakken en de presentatie van genoemde (soja) producten niet, als zodanig en zonder meer, impliceert dan wel suggereert dat haar betreffende producten (dierlijke) zuivelproducten zijn.

– *[de vennootschap 1] 's sojadranken*

3.9.8. Met betrekking tot het product [de vennootschap 1] sojadrinks geldt eveneens volgens NZO dat [de vennootschap 1] in strijd handelt met het bepaalde in Bijlage VII, deel III onder punt 6 door dit product te etiketteren, aan te prijzen en te presenteren als een soort melkproduct (grief 4.4., nummer 203 onder b). Daartoe voert NZO aan dat [de vennootschap 1]:

- i) identieke kartonnen verpakkingen gebruikt als die voor melk worden gebruikt;
- ii) een voor melk gangbare kleurstelling van dit kartonnen pak gebruikt, te weten voornamelijk een combinatie van wit, blauw en groen;
- iii) op de verpakking een afbeelding plaatst van een zuivelwit product, terwijl het sojaproduct een vaalwitte/beige kleur heeft, en op de verpakking grasgroene plaatjes afbeeldt, terwijl sojabladeren donkergroen zijn;
- iv) dezelfde kleurcodering gebruikt als voor zuivel, te weten: blauw voor het "volle" product en lichtblauw voor de "light" versie;
- v) het product niet een voor de consument duidelijke eigen product- of soortnaam geeft;
- vi) de sojadrink naast melk in het koelvak plaatst en dit schap in de reclame "melkschap" noemt en
- vii) op de verpakking van de lang houdbare sojadrink de Nederlandse vlag afbeeldt op dezelfde plaats waar de consument dat gewend is bij sommige melkverpakkingen.

3.9.9. Met betrekking tot de omstandigheden genoemd in rov. 3.9.8 onder i) tot en met iii), v) en vi) geldt dat deze ieder op zichzelf genomen en in hun onderlinge samenhang bezien niet reeds als zodanig en zonder meer leiden tot het oordeel dat [de vennootschap 1] handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6. Daartoe verwijst het hof naar hetgeen zij hierboven in rov. 3.9.2. heeft geoordeeld ten aanzien van de gelijklopende argumenten

met betrekking tot de schep- en schenk-yofu. Voor de omstandigheid zoals weergegeven in rov. 3.9.8 onder iv) verwijst het hof naar hetgeen is overwogen in rov. 3.9.6 met betrekking tot de producten [de vennootschap 1] 's Cuisine en Light (Aeré) & Creamy, welk oordelen mutatis mutandis hier evenzeer gelden.

Ook het enkel gebruik van de Nederlandse vlag op de verpakking van [de vennootschap 1], welke vlag eveneens op sommige melkpakken voorkomt (vii), brengt naar het oordeel van het hof niet mee dat [de vennootschap 1] het publiek misleidt in de zin als bedoeld in bijlage VII, deel III onder punt 6. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het gebruik van de Nederlandse vlag niet, bij uitsluiting, is voorbehouden voor de presentatie van (dierlijke) zuivelproducten. Op de verpakking van de sojadrink van [de vennootschap 1] staat een (anders gestyleerde) Nederlandse vlag afgebeeld, waarbij op de vlag zelf is geschreven: "Nr 1 soja drink van Nederland". [de vennootschap 1] suggereert daarmee met het gebruik van de vlag naar het oordeel van het hof niet dat haar plantaardig (soja)product een dierlijk zuivelproduct is.

3.9.10. Het vorenstaande neemt niet weg dat, indien meerdere van de hiervoor door NZO in rov. 3.9.8 onder i) tot en met vii) genoemde omstandigheden zich gezamenlijk voordoen en in hun samenhang worden beoordeeld, er in een concreet geval sprake van kan zijn dat [de vennootschap 1] door de wijze van presenteren van haar sojadrink impliceert dan wel suggereert dat er sprake is van een zuivelproduct. Of daarvan sprake is, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle feiten en omstandigheden van het onderhavige geval.

Het hof is van oordeel dat [de vennootschap 1] met de wijze van adverteren voor haar sojadrink, zoals deze blijkt uit productie 13, pag. 2 (bij de inl. dagv.) handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6. Deze advertentie, in landscape-formaat, toont aan de rechterzijde twee pakken met een drank die wit van kleur is en die daarmee op melk lijkt. Over de gehele rechterhelft van de afbeelding zijn de bewoordingen "Kijk in het verse melkschap" opgenomen. Door het ontbreken van een (nadere) aanduiding of benaming van het product op de betreffende pakken zelf en in deze advertentie, wordt met die advertentie, als geheel, naar het oordeel van het hof ook (bij de consument) de suggestie gewekt dat het hier het (dierlijke) zuivelproduct "melk" betreft.

In zoverre is de vordering om voor recht te verklaren dat [de vennootschap 1] onrechtmatig heeft gehandeld door haar sojaproduct te presenteren op een wijze waardoor wordt gesuggereerd dat het een zuivelproduct is, toewijsbaar. Ten aanzien van deze advertentie is eveneens toewijsbaar de vordering om deze wijze van presenteren van haar sojaproducten door [de vennootschap 1] te verbieden (de vordering zoals weergegeven onder rov. 3.3. sub c. primair).

Ten overvloede overweegt het hof dat dit oordeel niet geldt voor de derde afbeelding die bij productie 13 (bij de inl. dagv.) is overgelegd. Hoewel die afbeelding grote gelijkheid vertoont met de advertentie voor [de vennootschap 1] 's [product] die is overgelegd als de eerste afbeelding bij pro-

ductie 10 (en die het hof blijkens r.o. 3.9.4. in strijd acht met bijlage VII, deel III, onder punt 6) staat op deze advertentie bij de afgebeelde verpakking in kapitalen over de gehele breedte van het pak vermeld “ [titel] ” met daaronder over de gehele breedte een afbeelding van een amandel. Met deze advertentie, als geheel, wordt daarom naar het oordeel van het hof niet gesuggereerd of geïmpliceerd dat het hier een dierlijk zuivelproduct betreft.

– *[de vennootschap 1]’s sojadeserts*

3.9.11. Met betrekking tot het product [de vennootschap 1] sojadeserts geldt eveneens volgens NZO dat [de vennootschap 1] in strijd handelt met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6 door dit product te etiketteren, aan te prijzen en te presenteren als een soort zuivelproduct (grief 4.5., nummer 218 onder b). Daartoe voert NZO aan dat [de vennootschap 1]:

- i) gebruik maakt van identieke kartonnen verpakkingen als voor vla worden gebruikt;
- ii) het woord “romig” gebruikt;
- iii) het woord “creamy” gebruikt.

3.9.12. Met betrekking tot de omstandigheden genoemd in rov. 3.9.11 onder i) tot en met iii) geldt dat deze ieder op zichzelf genomen en in hun onderlinge samenhang bezien niet leiden tot het oordeel dat [de vennootschap 1] handelt in strijd met het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6. Daartoe verwijst het hof naar hetgeen zij hierboven in rov. 3.9.2 heeft geoordeeld ten aanzien van de gelijklopende argumenten met betrekking tot de schep- en schenk-yofu.

Tussenconclusie

3.9.13. Op grond van het vorenoverwogene komt het hof tot de slotsom dat de grieven 4.2 en 4.4 slagen voor wat betreft de wijze van presenteren in de advertenties van de producten [product] (prod. 13, pag. 1 bij inl. dagv.) en [de vennootschap 1]’s sojadrank (prod. 13, pag. 2 bij inl. dagv.) en de grieven 4.1 tot en met 4.5 voor het overige falen. Het beroepen vonnis van de rechtbank zal in zoverre worden vernietigd, waarna het hof opnieuw rechtdoende zal beslissen als in het dictum vermeld.

De grieven 1 tot en met 3

3.10.1. In de grieven 1 tot en met 3 formuleert NZO een aantal klachten van algemene aard tegen het vonnis van de rechtbank met betrekking tot de toepassing van de geldende regelgeving (grieven 1 en 3) en met betrekking tot de weergave van de stellingen van NZO door de rechtbank (grief 2).

3.10.2. Met grief 1 betoogt NZO, zakelijk weergegeven, dat de rechtbank de toepasselijke (Europese) regelgeving niet volledig in haar beoordeling heeft betrokken en dat zij bovendien is uitgegaan van een onjuiste Nederlandse vertaling van die regelgeving. Met grief 3 betoogt NZO, zakelijk weergegeven, dat de rechtbank de aard en inhoud van de toepasselijke Europese regelgeving heeft miskend en dat zij daardoor tot een verkeerde toepassing van die regelgeving is overgegaan. In het bijzonder zou de rechtbank hebben miskend dat het gebruik van de voorbehouden zuivelbe-

namingen ten aanzien van niet-zuivelproducten nimmer is toegestaan en dat dit een ‘harde regel’ betreft. Dit betekent volgens NZO niet alleen dat het gebruik van de voorbehouden zuivelbenamingen door [de vennootschap 1] als aanduiding of als benaming van haar sojaproducten niet is toegestaan, maar ook dat al het overige gebruik door [de vennootschap 1] van de voorbehouden zuivelbenamingen met betrekking tot haar sojaproducten niet is toegestaan. Al hetgeen door NZO in de toelichting op de grieven 1 en 3 is gesteld omtrent de uitleg en toepassing van die Europese regelgeving, leidt naar het oordeel van het hof niet tot een andere beoordeling en beantwoording van de vraag of [de vennootschap 1] ten aanzien van de door NZO genoemde producten die regelgeving heeft overtreden. Reden waarom de grieven 1 en 3 wegens het ontbreken van zelfstandige betekenis hier verder onbesproken kunnen blijven.

3.10.3 Ook ten aanzien van grief 2 geldt dat NZO geen belang heeft bij een behandeling hiervan. Of de rechtbank die feitelijke stellingen al dan niet juist heeft weergegeven (zoals NZO in de toelichting van grief 2 betoogt), leidt in appel niet tot een andere uitkomst.

De vorderingen onder a) tot en met c)

3.11.1 Hetgeen hiervoor met betrekking tot de grieven 1 tot en met 4 is geoordeeld, leidt tot het volgende voor wat betreft de door NZO onder a) tot en met c) ingestelde vorderingen.

In navolging van de rechtbank acht het hof toewijsbaar de vordering (als vermeld in het petitum onder a.i) om voor recht te verklaren dat [de vennootschap 1] jegens NZO en haar leden onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij bij het in de handel brengen van haar sojaproducten voorbehouden zuivelbenamingen gebruikt, voor zover het betreft het gebruik van de term “vla” en het gebruik van de term “(100%) plantaardige room” op haar website voor het product Cuisine, zoals blijkt uit productie 6, pag. 35, pag. 86 en pag. 131.

Daarnaast acht het hof, in afwijking van de rechtbank, toewijsbaar de vordering (als vermeld in het petitum onder a.ii) om voor recht te verklaren dat [de vennootschap 1] jegens NZO en haar leden onrechtmatig heeft gehandeld bij het in het verkeer brengen van haar sojaproducten door deze te presenteren op een wijze dat daarmee wordt gesuggereerd dat die producten zuivelproducten zijn, in de advertenties ten aanzien van [product] en ten aanzien van [de vennootschap 1]’s sojadrank, overgelegd als productie 13 pagina’s 1 en 2 bij inleidende dagvaarding.

Ten aanzien van alle overige door NZO genoemde producten en gedragingen heeft te gelden dat op grond van het vorenoverwogene naar het oordeel van het hof [de vennootschap 1] geen verboden benamingen en aanduidingen heeft gebruikt op de wijze zoals bedoeld in bijlage VII, deel III onder punt 5, en dat zij in zoverre niet in strijd met bijlage VII, deel III onder punt 6 heeft gesuggereerd dat haar (plantaardige soja)producten (dierlijke) zuivelproducten zijn. Het in het petitum onder a.i) en a.ii) gevorderde zal het hof ten aanzien van de daar vermelde producten en gedragingen van [de vennootschap 1] dan ook afwijzen.

3.11.2. De primair onder b) ingestelde vordering zal evenzeer worden afgewezen.

Uit het vorenoverwogene volgt dat [de vennootschap 1] naar het oordeel van het hof, om de hiervóór vermelde redenen, in beperkte mate voorbehouden zuivelbenamingen heeft gebruikt voor (de presentatie en het op de markt brengen van) haar sojaproducten. Deze beperkte overtredingen rechtvaardigen niet ieder op zichzelf en in onderlinge samenhang bezien, het opleggen van een zodanig, overigens te algemeen en te verstrekkend, verbod zoals door NZO primair onder b) gevorderd.

Het subsidiair onder b) gevorderde acht het hof daarentegen in diër voege – om de in rov. 3.7.4. vermelde redenen – wel toewijsbaar dat het aan [de vennootschap 1] zal worden verboden om de voorbehouden zuivelbenaming “room” te gebruiken voor haar sojaproduct Cuisine op straffe van een dwangsom van € 1000,00 per dag dat [de vennootschap 1] na betekening van dit arrest in gebreke blijft met de nakoming van dit verbod, met een maximum van € 250.000,=.

3.11.3. De primair onder c) ingestelde vordering zal worden toegewezen voor zover het de presentatie in de advertenties betreft van de producten [product] zoals weergegeven in productie 13 (pag. 1) en [de vennootschap 1]’s sojadrink zoals weergegeven in productie 13 (pag. 2).

Voor het overige zal de primair onder c) ingestelde vordering worden afgewezen, nu de beperkte overtreding door [de vennootschap 1] van het bepaalde in bijlage VII, deel III onder punt 6 de toewijzing van een zodanig, overigens te algemeen en te verstrekkend, verbod niet rechtvaardigt.

Datzelfde geldt mutatis mutandis voor de subsidiair onder c) ingestelde vordering.

De vordering tot schadevergoeding

3.12.1. Met grief 5 richt NZO zich (onder meer) tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 3.4.29, inhoudende dat de vordering tot vergoeding van schade (nader op te maken bij staat) dient te worden afgewezen, omdat volgens de rechtbank:

- NZO onvoldoende had onderbouwd dat zij zelf als vereniging schade had geleden;
- NZO onvoldoende had onderbouwd dat zij de door haar leden geleden schade in rechte kan vorderen;
- NZO niet had gesteld dat uit de statuten volgt dat zij zelf rechtstreeks schade heeft geleden;
- artikel 3:305a lid 3 BW meebrengt dat NZO niet op grond van de belangen die zij behartigt de door haar leden geleden schade in rechte kan vorderen.

3.12.2. NZO heeft in hoger beroep nogmaals gesteld dat zij zelf (reputatie-)schade heeft geleden en voorts dat zij (onder meer) op grond van een procesvolmacht van haar leden bevoegd is tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding (mvg, 240).

Omtrent dit een en ander oordeelt het hof als volgt.

3.12.3 Voor zover NZO ten behoeve van leden op grond van procesvolmacht een schadevergoeding vordert, overweegt het hof als volgt.

Een procespartij kan op eigen naam een vordering (ten behoeve) van een derde instellen, indien die derde daartoe last heeft gegeven aan de procespartij. In dat geval is de procespartij niet gehouden om in de dagvaarding of anderszins te vermelden dat hij ter behartiging van de belangen van een ander optreedt. Eerst indien het verweer van de wederpartij daartoe aanleiding geeft, zal de lasthebber dienen te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is om op eigen naam ten behoeve van de rechthebbende(n) op te treden (HR 26 november 2004, NJ 2005/41 LJN: AP9665).

Nu [de vennootschap 1] in het geding in eerste aanleg niet het verweer heeft gevoerd dat NZO niet bevoegd was om in rechte vergoeding te vorderen van de door haar leden geleden schade, heeft de rechtbank de vordering tot vergoeding van schade ten onrechte op de door haar in rov. 3.4.29 genoemde gronden afgewezen. NZO heeft in hoger beroep (alsnog) aangevoerd dat zij over een procesvolmacht beschikt en heeft, voorafgaand aan het pleidooi, een kopie van een procesvolmacht overgelegd waaruit volgens haar volgt dat zij door 13 in die volmacht genoemde leden de bevoegdheid heeft gekregen om de door die leden geleden schade in rechte te vorderen. [de vennootschap 1] heeft het bestaan en de rechtsgeldigheid van deze (proces)volmacht niet dan wel onvoldoende (gemotiveerd) betwist.

Uit de tekst van de in het geding gebrachte (proces)volmacht blijkt dat deze volmacht is verstrekt voor de procedure, thans aanhangig bij dit hof onder nummer 200.165.890/01. Daarmee volgt uit de volmacht voldoende duidelijk dat zij (mede) betrekking heeft op de vordering tot vergoeding van schade zoals die in onderhavige procedure is ingesteld.

Dat de volmacht niet gedateerd is en dat in de volmacht als wederpartij [de vennootschap 2] wordt genoemd in plaats van [de vennootschap 1] (zoals door [de vennootschap 1] is aangevoerd, pleitnota nr. 35 onder i en onder iv) is onvoldoende om het bestaan en/of de geldigheid van deze volmacht te betwisten. De omstandigheid dat de procesvolmacht namens de daarin genoemde leden is ondertekend door de advocaat van NZO brengt op zichzelf evenmin mee dat de volmacht niet geldig zou zijn. Nu [de vennootschap 1] niet (voldoende) gemotiveerd heeft betwist dat de advocaat van NZO bevoegd was tot het ondertekenen van deze procesvolmacht namens de daarin genoemde leden van NZO, hoefde NZO geen schriftelijke volmachten te overleggen waaruit kan worden afgeleid dat de advocaat van NZO door de leden was gemachtigd om namens hen de procesvolmacht te ondertekenen. In aanmerking nemende dat de advocaat van een procespartij op zijn woord kan worden geloofd, brengt het vorenstaande naar het oordeel van het hof mee dat NZO op grond van de overgelegde (proces)volmacht bevoegd is om namens haar leden vergoeding te vorderen van de door hen geleden schade.

3.12.4. De schade van haar leden bestaat volgens NZO uit winstderving die de die leden hebben geleden door het onrechtmatig handelen van [de vennootschap 1]. Omdat de volledige schade van NZO en haar leden niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dient deze schade volgens NZO

op de voet van artikel 6:104 BW te worden begroot op het bedrag van de winst die [de vennootschap 1] door haar onrechtmatig handelen heeft genoten. Die kan worden gesteld op een bedrag van

€ 100.000,00 per jaar, zodat NZO over de periode vanaf 2006 recht heeft op een schadevergoeding van € 1.000.000,00.

[de vennootschap 1] heeft betwist dat NZO (en haar leden) de door NZO gestelde schade hebben geleden.

3.12.5. Hetgeen NZO in onderhavige procedure heeft gesteld omtrent de door haarzelf en de door haar leden geleden schade, is onvoldoende om die schade thans te (kunnen) begroten. Het hof acht de mogelijkheid dat er (vermogens) schade is geleden door NZO en door de in de procesvolmacht genoemde leden van NZO aannemelijk, en zal om die reden [de vennootschap 1] veroordelen tot vergoeding van die schade, nader op te maken bij staat, en de zaak verwijzen naar de schadestaatprocedure.

3.13. Aangezien beide partijen zowel in eerste aanleg als in hoger beroep over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten in beide instanties worden gecompenseerd in die zin dat ieder de partijen de eigen kosten draagt.

4. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, van 5 november 2014 (C/02/268522/HA-ZA 13-633) en opnieuw recht doende:

verklaart voor recht dat [de vennootschap 1] jegens NZO en haar leden onrechtmatig heeft gehandeld door bij het in de handel brengen van haar sojadeserts de benaming "vla" te gebruiken en door bij het in de handel brengen van haar sojaproduct Cuisine de benaming "room" te gebruiken;

verklaart voor recht dat [de vennootschap 1] jegens NZO en haar leden onrechtmatig heeft gehandeld door bij het in de handel brengen van haar sojaproducten [product] en [de vennootschap 1] 's sojadrink te suggereren dat dit zuivelproducten zijn door gebruik te maken van de publicaties zoals die zijn weergegeven in productie 13, pagina 1 en pagina 2 bij de inleidende dagvaarding;

verbiedt het aan [de vennootschap 1] om binnen de Europese Unie de voorbehouden benaming "vla" te gebruiken voor haar sojadeserts en om de benaming "room" te gebruiken voor haar sojaproduct Cuisine op straffe van een dwangsom van € 1.000,00 per dag dat [de vennootschap 1] na dertig dagen na betekening van dit arrest in gebreke blijft met de nakoming van dit verbod, met een maximum van € 250.000,00;

verbiedt het aan [de vennootschap 1] om na dertig dagen na betekening van dit arrest voor de duur van twee jaar in de Europese Unie bij het in de handel brengen van haar sojaproducten [product] en [de vennootschap 1] 's sojadrink te suggereren dat dit zuivelproducten zijn door gebruik te maken van de publicaties zoals die zijn weergegeven in productie 13, pagina 1 en pagina 2 bij de inleidende dagvaarding, op straffe van een dwangsom van € 1.000,00 per dag dat [de vennootschap 1] na dertig dagen na betekening van

dit arrest in gebreke blijft met de nakoming van dit verbod, met een maximum van € 250.000,00;

veroordeelt [de vennootschap 1] tot vergoeding aan NZO van de schade die NZO en haar leden hebben geleden door de hiervoor bedoelde onrechtmatige gedragingen, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

wijst af het meer of anders gevorderde;

compenseert de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep in die mate dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;

verklaart de veroordelingen in dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. O.G.H. Milar, J.J. Verhoeven en M.E. Bruning en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 19 december 2017.

griffier rolraadsheer

Noot

1. Zuivel is in ons dagelijkse leven bijna niet weg te denken: van de boter op brood tot melk in de koffie. Maar vooral zuivelvervangers zijn op het moment helemaal hot. In de *coffee corner* op de hoek vliegen de *latte macchiato's met dubbele espressoshot* en 'soja'melk' je om de oren. Ook in de haverhout thuis lijkt de consument steeds vaker voor sojaproducten als alternatief voor zuivel te kiezen. Een groeiende markt dus die (ook) concurrentie voor zuivelproducenten meebrengt. Alpro prijst haar plantaardige producten bijvoorbeeld aan door ze te bestempelen als een alternatief voor een bepaald zuivelproduct, zoals *melk*, *room*, *vla* of *yoghurt*.

2. De Nederlandse Zuivelorganisatie (NZO), belangbehartiger voor zuivelproducenten, is van mening dat Alpro hiermee in strijd handelt met Europese regelgeving. De zuivelbenamingen zijn immers op Europees niveau beschermd. Het gebruik van de zuivelbenamingen voor zuivelvrije producten zou volgens de NZO verwarring creëren bij de consument waardoor de zuivelindustrie schade lijdt. Op grond daarvan vordert de NZO een verbod op gebruik van zuivelbenamingen door Alpro voor haar plantaardige producten.¹ De strijd is al oud, de eerste procedure dateert uit november 2014. Het wachten was ook op het lang verwachte *TofuTown*-arrest. Hoever strekt de bescherming van zuivelaanduidingen, waar de zuivelindustrie destijds in Brussel zo hard voor heeft gelobbyd?

3. Dat antwoord kwam in 2017: Het Europees Hof van Justitie (HvJ EU) heeft zich in *TofuTown* uitgesproken over bescherming van zuiveltermen.² In Verordening (EU) 1308/2013 is vastgelegd dat de benaming 'melk' en andere zuivelbenamingen niet mogen worden gebruikt om een plantaardig product aan te duiden. Deze benamingen zijn exclusief voorbehouden aan producten van dierlijke oorsprong, afkomstig uit melkklieren. In *TofuTown* oordeelt

1 Om onbegrijpelijke redenen is de uitspraak op www.rechtspraak.nl overigens geanonimiseerd. Een snelle Google-search van de in de uitspraak genoemde productnamen leert dat het hier inderdaad om Alpro gaat.

2 HvJ EU 14 juni 2017, C-422/16, ECLI:EU:C:2017:458, IER 2017/57, m.nt. E. H. Hoogenraad en S. Arayess (*TofuTown*).

het HvJ EU dat het niet is toegestaan de in de Bijlage bij Verordening (EU) 1308/2013 genoemde zuivelbenamingen te gebruiken als aanduiding bij de afzet van of in reclame voor zuiver plantaardige producten (deel III van Bijlage VII bij Verordening (EU) 1308/2013 (de Bijlage)). Dit geldt zelfs als de benamingen worden aangevuld met verduidelijkende of beschrijvende woorden die op de plantaardige oorsprong van het product wijzen. De enige uitzondering hierop is de limitatieve lijst met uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld *pin-dakaas* (geen kaas natuurlijk).³

4. De NZO is van mening dat uit *TofuTown* volgt dat het Alpro niet is toegestaan zuivelbenamingen te gebruiken voor haar plantaardige producten. In een zeer gedetailleerd gemotiveerd arrest gaat het hof hier niet in mee.

5. Het hof geeft een klip en klare uitleg van *TofuTown*: uit dit arrest volgt niet dat het Alpro onder geen beding is toegestaan om onder andere de benamingen 'melk', 'yoghurt' en 'room' op haar verpakkingen (of anderszins bij de presentatie van haar producten) te gebruiken. Beslissend hiervoor is of Alpro de benaming als *aanduiding* voor haar sojaproducten gebruikt, want alleen dat is volgens het HvJ EU verboden. Per bestreden product bespreekt het hof vervolgens of de benaming door Alpro al dan niet als *aanduiding* wordt gebruikt: achtereenvolgens komen Alpro's variaties op yoghurt en (kook)room, de sojadranks en de sojadesserts aan bod.

6. Ten aanzien van de variatie(s) op 'yoghurt', 'room' en 'melk' oordeelt het hof dat dit niet is gebruikt als benaming of aanduiding van het product. Het is slechts bedoeld om aan te geven dat de sojaproducten *alternatieven* zijn voor het dierlijk melkproduct 'yoghurt', 'room' en 'melk'. Alpro handelt daarmee niet onrechtmatig. Om dezelfde reden mag Alpro de termen 'yoghurtculturen' en de 'yoghurt-categorie' en de verwijzing naar het 'yoghurtschap' gebruiken. Dit geldt dan vervolgens ook voor de verwijzing naar het 'melkschap'. Volgens het hof verwijst dit naar een (soort) schap en niet naar (een soort) melk. Het gebruik van de term 'zuivel' is toegestaan, omdat 'zuivel' geen voorbehouden benaming is in de zin van de Bijlage.

7. Maar 'vla' en 'sojavla' mogen weer *niet* omdat het als aanduiding is gebruikt en dit is alleen toegestaan onder de voorwaarden uit het Warenwetbesluit Zuivel (en de bijlage van de Verordening).⁴

8. Deze uitleg is terecht en naar mijn mening ook logisch. *TofuTown* gaat over de gebruik van de naam als *aanduiding* voor het product. Zoals mr. Arayess en ik concludeerden in onze annotatie bij *TofuTown* gaat het bereik van dit arrest niet zover als sommigen beweren en vrezen: het oordeel gaat slechts over de aanduiding (naamgeving) van de producten, en niet over de vraag of wel of niet van verwarring sprake is. Die vraag is nu in de *Alpro*-zaak wél beantwoord, met duidelijke richtlijnen over wat wel en niet op onrechtmatige wijze verwarring wekt.

9. Het hof bespreekt (per productsoort) of de wijze van presenteren van de sojaproducten door Alpro misleidend is. Steeds toetst het hof de combinatie van verschillende omstandigheden; impliceert of suggereert dit dat sprake is van een zuivelproduct? Dan maakt dit de uiting misleidend. Interessant is dat het hof groen licht geeft voor opzichzelfstaande elementen zoals de vorm van een bepaalde kartonnen bekerverpakking. Ook het gebruik van woorden als 'naturel', 'mild', 'zacht' of 'romig', en de donkerblauwe kleur voor het 'volle' product en de lichtblauwe kleur voor de 'lightvariant' zijn niet voorbehouden aan (dierlijke) zuivelproducten. Ze impliceren daarom niet als zodanig en zonder meer dat het om (dierlijke) zuivelproducten gaat. Maar wanneer de genoemde omstandigheden in hun samenhang worden beoordeeld is er mogelijk *wel* sprake van misleiding, omdat bijvoorbeeld een (nadere) aanduiding of benaming van het product op de verpakking of in een advertentie ontbreekt. Hierdoor wordt de suggestie gewekt dat het een (dierlijk) zuivelproduct zoals bijvoorbeeld melk of yoghurt betreft, terwijl het in feite een zuivelvrij plantaardig alternatief is. Aan de hand van deze redenering gaat het goed voor veel verschillende Alpro producten.

10. Dat is anders bij de advertenties voor de yoghurtvariantie en de sojadranks waarbij onvoldoende duidelijk is aangegeven dat het gaat om een plantaardig alternatief. In die advertenties zijn de verpakkingen afgebeeld met daarnaast de vermelding dat het te vinden is in het 'yoghurtschap' en 'melkschap'. Het woord 'soya' op de verpakking en de zin 'stay curious enjoy plant power' in de advertentie maken volgens het hof aan de consument onvoldoende duidelijk dat het hier gaat om een plantaardig (soja)product. *Wél* voldoende duidelijk is bijvoorbeeld een advertentie die een verpakking toont met op de gehele breedte van het pak in koeienletters het woord 'almond' met een grote afbeelding van een amandel.

11. Conclusie: voor de zuivel-alternatieven zijn de zuiveltermen niet volledig uitgebannen. Zelfs op de verpakking van plantaardige zuivelvrije producten kun je termen als melk, 'room' en 'yoghurt' gebruiken. Beslissend is of de benaming als *aanduiding* wordt gebruikt, zo volgt uit *TofuTown*. Dan geldt een absoluut verbod. Maar ze morgen *wél* worden gebruikt om duidelijk te maken voor welk product het een plantaardig alternatief is. En natuurlijk: ruim baan voor de omstandigheden van het geval, en de combinatie van factoren. Wat dat precies nog meer inhoudt gaat blijken. Maar we weten wel dat de leus 'stay curious enjoy plant power' in ieder geval onvoldoende is. Een groot grijs gebied dus waar bedrijven als Alpro, als ze een beetje creatief zijn, veel mee zullen kunnen. De opmars van zuivelalternatieven, niet alleen in het schap, ook in het recht.

E.H. Hoogenraad

3 Besluit van de Commissie van 20 december 2010, nr. 2010/791/EU, zijnde het besluit tot vaststelling van de lijst van producten bedoeld in (thans) Bijlage VII, deel III onder punt 6, tweede alinea.

4 Bijlage XII, artikel III onder 1 jo. artikel II onder 2b van de Verordening (EG) nr. 1234/2007 (thans Verordening (EU) nr. 1308/2013, Bijlage VII, Deel III onder 5 jo. 2b).