

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/690661 / KG ZA 20-880 MvW/EB

Vonnis in kort geding van 5 oktober 2020

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
HEMA B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres bij dagvaarding op verkorte termijn van 1 oktober 2020,
advocaten mr. L. Broers en mr. F.J.G. Hulsbergen te Haarlem,

tegen

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
AVROTROS,
gevestigd te Hilversum,
gedaagde,
advocaten mr. H.A.J.M. van Kaam en mr. J.G.J. van Groenendaal te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Hema en AvroTros worden genoemd.

1. De procedure

Op de zitting van 5 oktober 2020 heeft Hema de vorderingen zoals omschreven in de dagvaarding toegelicht. AvroTros heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben producties en pleitnota's ingediend. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Het vonnis is bepaald op heden.

Ter zitting waren aan de zijde van Hema aanwezig F. van Urk (Head of Corporate Communication), K. van Riel (Afdeling Quality & Sustainability), mr. Hulsbergen en mr. Broers. Aan de zijde van AvroTros waren aanwezig F.N.A. Stoop (journalist), A. van Tricht (bedrijfsjurist), mr. Van Kaam en mr. Van Groenendaal.

2. De feiten

2.1. Op internationaal niveau wordt al enige jaren discussie gevoerd over de risico's van asbest in make-up. Dat asbest kan voorkomen in talk houdende make-up is een gevolg van het feit dat beide mineralen op dezelfde plekken in de grond voorkomen. Bij het delven van speksteen (de grondstof voor talk) kan per ongeluk ook asbest worden opgegraven. Beide mineralen kunnen zich dan vermengen.

2.2. Hema is eind oktober 2019 benaderd door Ferry Stoop, werkzaam als onderzoeksjournalist bij actualiteitenprogramma EenVandaag. Hij deelde mee dat uit een laboratoriumonderzoek, uitgevoerd in opdracht van het actualiteitenprogramma EenVandaag en de Stichting Expertisecentrum Asbest & Vezels (Stichting ECAV), is gebleken dat een make-up product van Hema (een gezichtspoeder) is besmet met grijze asbest. Stoop heeft Hema gevraagd om een reactie. Hema heeft haar reactie opgeschort.

2.3. Nadat Hema duidelijk was geworden om welk product het ging, B.A.E. 2nd skin loose powder foundation, heeft zij het product uit de schappen gehaald, haar leverancier geïnformeerd en TNO ingeschakeld om te controleren of er inderdaad asbest in het product zit. TNO heeft geen asbest aangetroffen. Vervolgens is Hema het product weer gaan verkopen.

2.4. Ook de geaccrediteerde laboratoria in Duitsland en Oostenrijk (Wessling GmbH respectievelijk SGS Institut Fresenius Austria) die in het najaar van 2019 onderzoek hebben uitgevoerd in opdracht van de leverancier van Hema hebben geen asbestvezels aangetroffen.

2.5. TNO heeft aan de hand van het onderzoeksrapport en het monster van Nomacon (het door EenVandaag inschakelde lab) een contraexpertise uitgevoerd en geen vezels gevonden die zij als asbest kwalificeert.

2.6. EenVandaag heeft een tweede onderzoek laten uitvoeren naar hetzelfde monster, dit keer door het Amerikaanse laboratorium The Scientific Analytical Institute (SAI). SAI heeft wel asbestvezels aangetroffen, wat EenVandaag in januari 2020 aan Hema heeft laten weten. Gevraagd naar een reactie, heeft Hema een notitie van TNO doorgestuurd, waarin TNO uitlegt dat de verschillende uitkomsten een gevolg zijn van de verschillende standaarden die internationaal worden gehanteerd voor het aantonen van asbestvezels en waarin zij pleit voor een internationale standaard.

2.7. Het SAI heeft op haar beurt kritiek geuit op het TNO-rapport en gereageerd op de notitie van TNO, in een brief van 22 juni 2020.

2.8. Stichting ECAM heeft nog een onderzoek laten uitvoeren bij SGS Nederland. Dat laboratorium heeft wel asbestvezels aangetroffen. Hema heeft dat

rapport aan TNO voorgelegd. Die heeft geconcludeerd dat ook nu weer de verschillende onderzoeksresultaten een gevolg zijn van verschillende standaarden.

2.9. In een e-mail van 21 juni 2020 van Van Kaam aan het advocatenkantoor dat Hema vertegenwoordigt staat onder meer de volgende passage:

"Die conclusie van TNO geldt enkel ten aanzien van de monsters. Dit lijkt HEMA zich niet te realiseren. Ook binnen een bepaalde batch en zelfs binnen hetzelfde potje kan asbest op sommige plekken voorkomen en andere plekken niet. De bewering van HEMA in de dagvaarding dat wetenschappelijk zou zijn bewezen dat het product van HEMA asbestvrij is, is onjuist. Een dergelijke conclusie kan niet getrokken worden."

2.10. Op woensdag 24 juni 2020 heeft AvroTros een aantal aanvullende vragen aan Hema voorgelegd, waaronder de vragen of Hema op voorhand de veiligheid van haar producten controleert en of Hema voornemens is te stoppen met het gebruik van talk.

2.11. Op 2 juli 2020 heeft TNO een aantal vragen van EenVandaag beantwoord. In die antwoorden staat onder meer het volgende:

"De conclusie dat het uitgesloten is dat er asbestdeeltjes voor kunnen komen in het HEMA cosmetica product kan op basis van het door TNO verrichte onderzoek niet getrokken worden. De conclusie van TNO geldt enkel ten aanzien van de onderzochte monsters. (...)"

2.12. In een e-mail van Stichting ECAV van 24 juli 2020 aan Hema staat onder meer het volgende:

" (...) HEMA is door EenVandaag op de hoogte gesteld van belangrijke geconstateerde feiten die door diverse geaccrediteerde laboratoria en hun experts zijn vastgesteld. Dit zijn feiten die vanwege hun ernst serieus genomen moeten worden: asbest is een kankerverwekkende stof waar jaarlijks vele personen aan overlijden. De ontkenkende houding van HEMA lijkt echter, zo komt het op de stichting over, op een spelletje welles-nietes die geen recht doet aan de ernst van de situatie, geen blijk geeft van professioneel inzicht in de onderhavige materie en ook een eerlijke discussie niet ten goede komt. Het kan namelijk heel goed zijn dat geaccrediteerd asbestlaboratorium A asbest aantreft in een monster van een bewerkt eindproduct en geaccrediteerd asbestlaboratorium B geen asbest aantreft in een ander monster van hetzelfde bewerkte eindproduct (...). Asbest in talk is immers *niet* van *homogene* aard; het ene monster kan wel asbest bevatten en het andere niet, terwijl beide monsters wel dezelfde origine hebben en op exact dezelfde wijze zijn onderzocht; dit verschil heeft een mineralogische en geologische achtergrond. (...) Het is daarom geen logische redenering of gerechtvaardigd argument om te stellen dat HEMA's laboratoria X, Y en Z geen asbest in de onderhavige producten van HEMA hebben aangetroffen en *dus* andersluidende bevindingen terzake van andere monsters noodzakelijk en aantoonbaar onjuist moeten zijn.

Namens de stichting spreek ik de hoop uit dat HEMA zich het belang van de volksgezondheid hier serieus wil aantrekken. Stellig zal zij het toch tenminste met de stichting eens zijn dat de aanwezigheid van asbest in een fijn talkproduct, dat op het gezicht wordt aangebracht, zeer onwenselijk is. (...)"

2.13. De uitzending van het item door AvroTros staat nu gepland voor woensdag 7 oktober 2020. De afgelopen maanden is er met enige regelmaat schriftelijk contact geweest tussen partijen over deze kwestie.

3. Het geschil

3.1. Hema vordert, kort gezegd, AvroTros te verbieden het product B.A.E. 2nd skin loose powder foundation in verband te brengen met de (mogelijke) aanwezigheid van asbest:

primair

totdat een door partijen gezamenlijk te benoemen deskundige heeft onderzocht en gerapporteerd of daar asbestvezels in zitten;

subsidiar

totdat Hema de voorgenomen uitzending van EenVandaag heeft kunnen bekijken en kunnen reageren op de concrete beschuldigingen die in het item zullen worden geuit, in welk geval die reactie moet worden opgenomen in het item.

Meer subsidiar vordert Hema een gebod om geen uitlatingen te doen over de (mogelijke) aanwezigheid van asbest in het product zonder daarbij te vermelden (i) dat Hema het product direct uit de schappen heeft gehaald, (ii) dat TNO en twee andere gerenommeerde onderzoeksinstituten onafhankelijk van elkaar geen asbest in het product hebben aangetroffen, (iii) dat TNO de rapporten van Nomacon, SAI en SGS Nederland gemotiveerd heeft ontkracht en (iv) dat Hema erop mag vertrouwen dat er geen asbest in het product zit, en/of andere in goede justitie te bepalen feiten en omstandigheden.

In alle gevallen vordert Hema een dwangsom op te leggen en AvroTros te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met rente.

3.2. AvroTros heeft verweer gevoerd.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De voorgenomen uitzending staat gepland voor woensdag 7 oktober 2020 (overmorgen). Daarmee is het spoedeisend belang van Hema bij de beoordeling van haar vordering gegeven.

4.2. Hema vordert een preventief uitzendverbod. Een dergelijke voorziening kan alleen dan gewettigd zijn als de voorgenomen uitzending jegens Hema onrechtmatig moet worden geacht en deze voor haar tot schade leidt die niet meer te herstellen

valt door rectificatie of vergoeding van schade.

Of een voorgenomen uitzending als onrechtmatig kwalificeert hangt af van de uitkomst van een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval, waarbij aan de zijde van AvroTros meewegen het door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting, het daaronder begrepen recht op journalistieke vrijheid en het daarmee samenhangende belang van AvroTros om zich kritisch en waarschuwend te kunnen uitlaten over misstanden die de samenleving raken. Aan de zijde van Hema moeten in de afweging worden betrokken haar door artikel 8 EVRM beschermd recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer, dat het recht op bescherming van goede naam en reputatie omvat, en het daarmee verband houdende belang dat zij door de uitzending niet wordt blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen.

4.3. AvroTros heeft terecht aangevoerd dat Hema een rechtspersoon is en dat haar belangen commercieel van aard zijn. Als de uitzending onrechtmatig zou blijken te zijn, zou de door haar geleden schade achteraf kunnen worden vergoed. Zowel verlies van klanten als reputatieschade is te herstellen met een rectificatie en/of een financiële compensatie.

4.4. Daar komt bij dat er voorshands onvoldoende grond is om aan te nemen dat de uitzending onrechtmatig jegens Hema zal zijn. AvroTros heeft om principiële redenen niets willen loslaten over de uitzending, anders dan dat die zal zijn gewijd aan de wereldwijd gevoerde discussie over de aanwezigheid van asbest in cosmetische producten, en de onderzoeken die zijn verricht door diverse geaccrediteerde laboratoria in binnen- en buitenland. Deze onderzoeken hebben tot verschillende uitkomsten geleid. AvroTros zegt toe dat de berichtgeving evenwichtig zal zijn en dat in de uitzending ook aandacht zal worden besteed aan de onderzoeken die in opdracht van Hema zijn uitgevoerd en waarbij géén asbest is aangetroffen in het product van Hema.

4.5. Hema is het eens met AvroTros dat het onderwerp asbest in make-up en de wetenschappelijke discussie daarover aandacht van het grote publiek verdient. Zij vreest echter te zullen worden weggezet als onderneming die het niet zo nauw neemt met de veiligheid van haar klanten.

4.5.1. Die vrees is onder meer gegrond op de e-mail namens Stichting ECAV van 19 september 2020. AvroTros heeft daar echter terecht tegen ingebracht dat uitlatingen van Stichting ECAV voor rekening van die stichting moeten blijven. Niet Stichting ECAV maakt het item, maar EenVandaag.

4.5.2. De andere grond voor de vrees van Hema is de e-mail van mr. Van Kaam van 21 juni 2020, waarin hij schrijft dat het feit dat TNO in het door haar onderzochte sample geen asbestvezels heeft aangetroffen, nog niet wil zeggen dat het product van Hema in alle gevallen asbestvrij is. Die uitlating strookt echter met het door TNO gegeven antwoord op de vragen van EenVandaag. Het komt erop neer

dat gebruik van talk voor cosmetica een risico inhoudt. Het lijkt erop dat dat risico ook aanwezig is als het product voordat het op de markt is gebracht is getest op de aanwezigheid van asbest, zoals volgens Hema met haar product is gebeurd. Het risico komt niet te vervallen als in onderzochte *samples* geen asbestvezels zijn aangetroffen.

4.6. Voorshands is de vrees van Hema dat AvroTros erop uit is om haar te beschadigen, ongegrond. Dat onderzoek waarbij wél asbest is aangetroffen, is uitgevoerd in opdracht van Stichting ECAV en EenVandaag gezamenlijk, maakt dat niet anders.

4.7. Hema heeft ten slotte ook ruim de gelegenheid gekregen om haar kant van het verhaal toe te lichten.

4.8. Onder deze omstandigheden zou het disproportioneel zijn om beperkingen te stellen aan de uitingsvrijheid van AvroTros, die een rol als *public watchdog* moet kunnen vervullen. De vorderingen zullen dan ook worden afgewezen.

4.9. Hema zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten en de nakosten. Deze kosten worden begroot op de wijze zoals vermeld onder 5.2 en 5.3.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Hema in de proceskosten, tot vandaag aan de zijde van AvroTros begroot op € 656,00 aan griffierecht en € 980,00 aan salaris advocaat,

5.3. veroordeelt Hema in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 voor salaris advocaat, te vermeerderen met € 82,00 en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt,

5.4. verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. van Walraven, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. E. van Bennekom, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 5 oktober 2020.

type: eB
coll:

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank Amsterdam