



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

E-Avis ISDC 21-05

AVIS SUR L'INTERDICTION DE L'UTILISATION DE CERTAINES EXPRESSIONS PAR L'INDUSTRIE SUR L'EMBALLAGE DES PREPARATIONS POUR NOURRISSONS ET DES PREPARATIONS DE SUITE

Union européenne, Allemagne, France

Etat au : 30.03.2021

Citation suggérée : C. Viennet / J. Fournier

Avis sur l'interdiction de l'utilisation de certaines expressions par l'industrie sur l'emballage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite, état au 30.03.2021,
E-Avis ISDC 2021-05, disponible sur www.isdc.ch.

Ce texte peut être téléchargé uniquement à des fins de recherche personnelle. L'Institut suisse de droit comparé n'assume aucune responsabilité découlant d'une autre utilisation du texte, notamment à des fins professionnelles. Toute reproduction à d'autres fins, que ce soit papier ou électronique, requiert le consentement de l'Institut.

E-Avis ISDC

Série de publications électroniques d'avis de droit de l'ISDC / Elektronische Publikationsreihe von Gutachten des SIR / Serie di pubblicazioni elettroniche di pareri dell'Istituto svizzero di diritto comparato / Series of Electronic Publications of Legal Opinions of the SICL

TABLE DES MATIERES

RESUME	3
I. FAITS	5
II. QUESTIONS	5
III. ANALYSE	6
1. Union européenne	6
1.1. Résumé	6
1.2. Cadre normatif.....	6
1.3. Présentation de la jurisprudence.....	10
2. Allemagne	11
2.1. Zusammenfassung	11
2.2. Rechtliche Regelung.....	11
2.3. Rechtsprechung	13
3. France	19
3.1. Résumé	19
3.2. Cadre normatif.....	19
3.3. Jurisprudence.....	20

RESUME

Des études scientifiques démontrent les **effets négatifs de l'alimentation des nourrissons par des substituts au lieu de l'allaitement maternel**, sur la santé des nourrissons et des mères¹. Par conséquent, des organisations internationales et régionales, telles que l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'Union européenne se sont dotées de normes visant à l'encadrement de ces substituts.

Ce sont d'abord l'OMS et le Fonds des Nations Unies pour l'Enfance (UNICEF) qui ont travaillé à la promotion de l'allaitement maternel. Cela a conduit à l'adoption en 1981, par les Etats membres de l'OMS, du **Code international de commercialisation des substituts du lait maternel**. Celui-ci a pour but de « contribuer à procurer aux nourrissons une nutrition sûre et adéquate en protégeant et en encourageant l'allaitement au sein et en assurant une utilisation correcte des substituts du lait maternel, quand ceux-ci sont nécessaires, sur la base d'une information adéquate et au moyen d'une commercialisation et d'une distribution appropriées »².

En 1991, la Communauté économique européenne adoptait une **Directive 91/321/CEE concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite**, en conformité avec le code susmentionné. Une de ses dispositions dispose par exemple que « l'étiquetage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite doit être conçu de manière à fournir les renseignements nécessaires à l'utilisation appropriée du produit et de manière à ne pas décourager l'allaitement au sein ». L'emploi de certains termes est interdit. La supériorité de l'allaitement au sein doit être mentionnée sur les préparations pour nourrissons.³

Depuis, le droit européen applicable aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite a évolué. En matière d'étiquetage, les modifications restent néanmoins mineures. Un **règlement délégué prévoit aujourd'hui** que :

« L'étiquetage et la présentation des préparations pour nourrissons et des préparations de suite, ainsi que la publicité faite à leur égard, n'emploient pas les termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté », ni des termes similaires. »⁴

On précise que, dans les trois ordres juridiques étudiés, les **préparations pour nourrissons** sont les denrées alimentaires destinées aux enfants âgés de moins de 12 mois, pendant les premiers mois de leur vie, afin de répondre à elles seules aux besoins nutritionnels de ces nourrissons, jusqu'à l'introduction d'une alimentation complémentaire. Les **préparations de suite** sont justement les

¹ Voir par exemple : M. Herzog-Evans, Aspects juridiques de l'allaitement maternel en France, RDSS 2001, p. 223 ; D. Johnson & L. Duckett, Advocacy, strategy and tactics used to confront corporate power : the Nestlé boycott and international code of marketing of breast-milk substitutes, Journal of human lactation, 2020, vol 36 (4), pp. 568-578.

² Code international de commercialisation des substituts du lait maternel, 1981, article 1. Pour une évaluation récente du respect par les Etats membres, voir : World Health Organization, Marketing of breast-milk substitutes : national implementation of the international code, status report 2020, disponible sous : <https://www.who.int/publications/i/item/9789240006010> (12.03.2021).

³ Directive de la Commission n° 91/321/CEE du 14.05.1991 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite, article 8, paragraphes 3 et 4.

⁴ Règlement délégué (UE) 2016/127 de la Commission du 25 septembre 2015 complétant le règlement (UE) n°609/2013 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences spécifiques en matière de composition et d'information applicables aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite et les exigences portant sur les informations relatives à l'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge, article 6, §6, alinéa 2 ; acte juridique initial disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0127> (26.02.2021) ; texte consolidé disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02016R0127-20190612> (26.02.2021).

denrées alimentaires destinées à être utilisées par des nourrissons lorsqu'une alimentation complémentaire est introduite et qui constituent alors le principale élément liquide d'une alimentation progressivement diversifiée de ces nourrissons.

Ainsi, le droit européen, et par conséquent le droit allemand et le droit français, **interdisent l'emploi des termes « humanisé », « maternisé », « adapté » ou de termes similaires sur l'étiquetage** des préparations pour nourrissons et des préparations de suite.

En Suisse, l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV) a indiqué à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) que le débat oppose les autorités cantonales chargées de l'exécution du droit alimentaire et certaines entreprises suisses représentées par l'Association suisse des industries de la nutrition (SANI). Les premières souhaiteraient suivre la position d'un groupe d'experts allemands (*Arbeitskreis Lebensmittelchemischer Sachverständiger der Länder und des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (ALS)*) en Suisse, en interdisant l'utilisation des expressions : « sur le modèle du lait maternel », « élaboré d'après le modèle du lait maternel », « en prenant le lait maternel comme modèle » et « inspiré du modèle du lait maternel ». La SANI s'y oppose, affirmant que les décisions de certains tribunaux allemands ont contesté cette position, et qu'il ne serait donc pas justifié juridiquement de l'appliquer unilatéralement.

C'est dans ce cadre que **l'OSAV a mandaté l'ISDC, pour rechercher des décisions** relatives à cette question, afin de savoir si elles conforteraient la position de l'ALS, dans l'ordre juridique allemand, mais également dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que celle des instances juridictionnelles françaises.

L'étude effectuée par l'ISDC de la **jurisprudence allemande** a mis en évidence que, pour le juge allemand, le contexte est déterminant pour l'évaluation de la légalité de l'emploi des expressions litigieuses. Ainsi, il conviendrait d'analyser l'étiquette dans son entièreté, pour vérifier que l'objectif de la loi est respecté, à savoir l'information du consommateur sur la supériorité du lait maternel et sa différence avec les préparations pour nourrissons et de suite. Cela étant, le rapport de droit allemand relève également deux points qui nuancent la portée de cette jurisprudence. D'une part, l'avis d'experts de l'ALS développant la liste des expressions à proscrire, bien qu'elle n'ait de toute manière pas force obligatoire, a été rendu postérieurement à l'adoption des deux premières décisions judiciaires sur les quatre mentionnées. D'autre part, la troisième décision n'est pas nécessairement définitive ; les autorités compétentes contactées n'ont pas répondu aux demandes de confirmation de l'ISDC sur ce point⁵. Pour finir, les décisions allemandes ne sont publiées que de manière sporadique. Le rapport de droit allemand ne peut donc pas prétendre à l'exhaustivité.

Concernant ce dernier point relatif à l'exhaustivité, il en va de même des **décisions françaises** : elles ne sont pas systématiques publiées. Le rapport de droit français n'a d'ailleurs identifié aucune décision pertinente de nature à préciser la liste des expressions interdites.

⁵ Mise à jour : Après la livraison du présent avis, les autorités allemandes ont répondu à la demande d'information. Ainsi, le Landgericht Ingolstadt a envoyé la réponse suivante le 19.05.2021: « [R]ichterlicher Anordnung gemäß wird mitgeteilt, dass das Urteil vom 21.08.2012 nicht rechtskräftig geworden ist. Die Beklagte hat in der Berufungshauptverhandlung vor dem OLG München am 13.06.2013 folgende Unterlassungserklärung abgegeben: „Die Beklagte wird es bei Meidung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.100 EUR unterlassen, in der streitgegenständlichen Werbung gemäß Anlagen K1 und K2 bei der Formulierung „ganz nach dem Vorbild der Muttermilch“ in Zukunft das Wort „ganz“ zu verwenden.“ Danach wurde der Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt und die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufgehoben ».

En ce qui concerne la **jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne**, ses arrêts sont, au contraire, systématiquement publiés. Toutefois, aucune décision pertinente n'a été adoptée à l'heure actuelle.

I. FAITS

En décembre 2020, l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires a mandaté l'ISDC pour l'élaboration d'un avis de droit sur les jurisprudences allemande, française et de la Cour de justice de l'Union européenne relatives à l'interdiction de l'utilisation des expressions suivantes par l'industrie sur l'emballage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite en ce qu'elles sont jugées similaires aux termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté » :

- sur le modèle du lait maternel,
- élaboré d'après le modèle du lait maternel,
- prenant le lait maternel comme modèle,
- inspiré du modèle du lait maternel.

Comme indiqué puis convenu, l'avis de droit ne peut prétendre à l'exhaustivité, en particulier en raison de la publication sporadique des décisions des instances françaises et allemandes. Ainsi, il ne permet pas de rassembler toutes les décisions relatives à cette question. Néanmoins, il offre une vue d'ensemble de la situation jurisprudentielle dans les trois ordres juridiques sélectionnés.

II. QUESTIONS

Les juges allemand, français et de la Cour de justice de l'Union européenne interdisent-ils l'utilisation des expressions suivantes par l'industrie sur l'emballage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite en ce qu'elles sont jugées similaires aux termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté » :

- sur le modèle du lait maternel,
- élaboré d'après le modèle du lait maternel,
- prenant le lait maternel comme modèle,
- inspiré du modèle du lait maternel ?

III. ANALYSE

1. Union européenne

1.1. Résumé

Le Règlement délégué (UE) 2016/127 relatif aux exigences spécifiques en matière de composition et d'information applicables aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite et les exigences portant sur les informations relatives à l'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge prévoit que :

« L'étiquetage et la présentation des préparations pour nourrissons et des préparations de suite, ainsi que la publicité faite à leur égard, n'emploient pas les termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté », ni des termes similaires. »⁶

La Cour de justice de l'Union européenne n'ayant pas adopté de décision portant sur cette disposition, nous ne sommes pas en mesure de répondre à la question de savoir si cette cour jugerait similaires aux termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté » les expressions « sur le modèle du lait maternel », « élaboré d'après le modèle du lait maternel », « prenant le lait maternel comme modèle » et « inspiré du modèle du lait maternel ».

1.2. Cadre normatif

Les **aliments destinés à des groupes spécifiques**, tels que les nourrissons, sont étudiés pour répondre aux besoins nutritionnels particuliers de ces groupes, et font l'objet de réglementations dans le cadre de l'Union européenne.

Il s'agit tout d'abord du **Règlement (UE) 609/2013 concernant les denrées alimentaires destinées aux nourrissons et aux enfants en bas âge**, les denrées alimentaires destinées à des fins médicales spéciales et les substituts de la ration journalière totale pour le contrôle du poids⁷. Ce règlement vise notamment à garantir une meilleure protection des consommateurs à l'égard du contenu et de la commercialisation des denrées alimentaires destinées aux groupes spécifiques ou vulnérables que sont les nourrissons et les enfants jusqu'à l'âge de 3 ans, les personnes en surpoids ou obèses et celles ayant un état de santé particulier. Il vise également à renforcer la sécurité juridique des entreprises du secteur et des autorités nationales en charge de l'application de ces règles. Ce règlement a été adopté afin de remplacer les règles alors en vigueur et jugées trop complexes et fragmentées. Il établit les

⁶ Règlement délégué (UE) 2016/127 de la Commission du 25 septembre 2015 complétant le règlement (UE) n°609/2013 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences spécifiques en matière de composition et d'information applicables aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite et les exigences portant sur les informations relatives à l'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge, article 6, §6, alinéa 2 ; acte juridique initial disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0127> (26.02.2021) ; texte consolidé disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02016R0127-20190612> (26.02.2021).

⁷ Règlement (UE) 609/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant les denrées alimentaires destinées aux nourrissons et aux enfants en bas âge, les denrées alimentaires destinées à des fins médicales spéciales et les substituts de la ration journalière totale pour le contrôle du poids et abrogeant la directive 92/52/CEE du Conseil, les directives 96/8/CE, 1999/21/CE, 2006/125/CE et 2006/141/CE de la Commission, la directive 2009/39/CE du Parlement européen et du Conseil et les règlements (CE) n° 41/2009 et (CE) n° 953/2009 de la Commission ; acte juridique initial disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0609> (26.02.2021) ; texte consolidé disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02013R0609-20170711> (26.02.2021).

exigences en matière de composition et d'information applicables à certaines catégories de denrées alimentaires, telles que les préparations pour nourrissons et les préparations de suite⁸.

Il pose à cette fin les **définitions** suivantes :

- **nourrisson** :

« un enfant âgé de moins de 12 mois »⁹ ;

- **préparation pour nourrissons** :

« une denrée alimentaire destinée à être utilisée par des nourrissons pendant les premiers mois de leur vie et qui répond elle seule aux besoins nutritionnels de ces nourrissons jusqu'à l'introduction d'une alimentation complémentaire appropriée »¹⁰ ;

- **préparation de suite** :

« une denrée alimentaire destinée à être utilisée par des nourrissons lorsqu'une alimentation complémentaire appropriée est introduite et qui constitue le principale élément liquide d'une alimentation progressivement diversifiée de ces nourrissons »¹¹.

Le règlement prévoit que **les denrées alimentaires qu'il vise ne peuvent être mises sur le marché que si elles sont conformes** aux normes qu'il pose et, *a contrario*, que les Etats membres ne peuvent pas restreindre la mise sur le marché des denrées qui y sont conformes pour des motifs ayant trait à leur étiquetage notamment¹².

Ainsi, en ce qui concerne **l'étiquetage**, le règlement prévoit en particulier pour les préparations pour nourrissons et de suite que :

« 1. L'étiquetage, la présentation et la publicité des préparations pour nourrissons et des préparations de suite sont conçues de manière à **ne pas décourager l'allaitement au sein**.

2. L'étiquetage, la présentation et la publicité des préparations pour nourrissons ainsi que l'étiquetage des préparations de suite ne comportent **pas d'images de nourrissons ou d'autres images ou du texte susceptibles d'idéaliser l'utilisation de ces préparations.** »¹³

Ce règlement est applicable **depuis le 20 juillet 2016**, à l'exception de quelques dispositions qui sont applicables depuis le 19 juillet 2013 ou à partir de la date d'application des actes délégués prévus^{14, 15}

Ce règlement délègue à la **Commission européenne le pouvoir d'adopter des règles spécifiques** en matière de composition et d'étiquetage pour certaines catégories d'aliments, au nombre desquelles figurent les préparations pour nourrissons et les préparations de suite¹⁶.

⁸ Règlement (UE) n° 609/2013, article 1.

⁹ Règlement (UE) n° 609/2013, article 2, paragraphe 2, a).

¹⁰ Règlement (UE) n° 609/2013, article 2, paragraphe 2, c).

¹¹ Règlement (UE) n° 609/2013, article 2, paragraphe 2, d).

¹² Règlement (UE) n° 609/2013, article 4.

¹³ Règlement (UE) n° 609/2013, article 10, paragraphe 1 et paragraphe 2 alinéa 1 (mise en évidence ajoutée).

¹⁴ Règlement (UE) n° 609/2013, article 22.

¹⁵ EUR-Lex, Denrées alimentaires pour les groupes spécifiques, Synthèse, disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/LSU/?uri=CELEX:02013R0609-20170711> (26.02.2021). Voir également : European Commission, Foods for specific groups, disponible sous : https://ec.europa.eu/food/safety/labelling_nutrition/special_groups_food_en (17.02.2021); European Food Safety Authority, Aliments pour nourrissons et autres groupes de population spécifiques, disponible sous : <https://www.efsa.europa.eu/fr/topics/topic/foods-infants-and-other-groups> (16.02.2021).

¹⁶ Règlement (UE) n° 609/2013, article 11.

C'est ainsi dans ce cadre que la Commission européenne a adopté le **Règlement délégué (UE) 2016/127** complétant le règlement (UE) n°609/2013 en ce qui concerne les **exigences spécifiques en matière de composition et d'information applicables aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite et les exigences portant sur les informations relatives à l'alimentation des nourrissons** et des enfants en bas âge¹⁷. Ce règlement délégué pose des règles en matière de composition et d'étiquetage pour les préparations pour nourrissons et les préparations de suite. En particulier, ce règlement pose des exigences spécifiques en matière d'information sur les denrées alimentaires, telles que l'apposition de mentions – précédées des termes « Avis important » ou d'une formulation équivalente – sur la supériorité de l'allaitement maternel et recommandant de n'utiliser le produit que sur avis médical, ou encore les exigences suivantes :

« L'étiquetage et la présentation des préparations pour nourrissons et des préparations de suite, ainsi que la publicité faite à leur égard, donnent les renseignements nécessaires pour une utilisation appropriée du produit, de manière à **ne pas décourager l'allaitement au sein**.

L'étiquetage et la présentation des préparations pour nourrissons et des préparations de suite, ainsi que la publicité faite à leur égard, **n'emploient pas les termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté », ni des termes similaires.** »¹⁸

Le Règlement délégué (UE) 2016/127 est **applicable depuis le 22 février 2020**, sauf pour les préparations pour nourrissons et les préparations de suite à base d'hydrolysats de protéines, pour lesquelles il est applicable depuis le 22 février 2021¹⁹.

Avant l'adoption de ce règlement délégué, la Directive 2006/141/EC concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite²⁰ posait les conditions relatives à la composition et à l'étiquetage des préparations pour nourrissons et de suite. Cette directive **prévoyait déjà des règles**

¹⁷ *Op. cit.*

¹⁸ Règlement délégué (UE) 2016/127, article 6, §6, alinéas 1 et 2 (mise en évidence ajoutée). On peut encore relever, par exemple, qu'il est interdit aux préparations pour nourrissons de faire l'objet d'allégations nutritionnelles et de santé (article 8 du Règlement délégué), que « seules les publications spécialisées en puériculture et les publications scientifiques peuvent contenir de la publicité relative aux préparations pour nourrissons », que les Etats « peuvent restreindre davantage ou interdire la publicité », que celle-ci ne peut contenir « que des informations de nature scientifique et factuelle, qui ne laissent pas entendre et n'accréditent pas l'idée que l'alimentation au biberon est équivalente ou supérieure à l'allaitement au sein », ou encore que la distribution d'échantillons de préparation pour nourrissons est interdite, tout comme les autres pratiques promotionnelles (article 9). Le Règlement délégué pose en outre des obligations à la charge des Etats membres, telles que celle de prendre des mesures pour assurer qu'une information objective et cohérente en matière d'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge est fournie aux familles, et en particulier que le matériel informatif comporte des renseignements clairs sur les avantages et la supériorité de l'allaitement au sein, ainsi que l'éventuel effet négatif sur l'allaitement au sein d'une alimentation partielle au biberon ou de la difficulté de revenir sur la décision de ne pas nourrir son enfant au sein. En cas de besoin, les renseignements portent sur l'utilisation correcte des préparations pour nourrissons, sur les « incidences sociales et financières de cette utilisation et signale les dangers pour la santé de l'utilisation d'aliments ou de méthodes d'alimentations inadéquats et, en particulier, de l'utilisation incorrecte des préparations pour nourrissons. Ce matériel ne contient aucune image de nature à présenter l'utilisation des préparations pour nourrissons comme la solution idéale » (article 11).

¹⁹ Règlement délégué (UE) 2016/127, article 14.

²⁰ Directive 2006/141/EC de la Commission du 22 décembre 2006 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite et modifiant la directive 1999/21/CE (adoptée dans le cadre de l'ancienne Directive 2009/39/EC); acte juridique initial disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0141> (26.02.2021); texte consolidé disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02006L0141-20130918> (26.02.2021).

similaires à celles sus-citées du Règlement délégué en ce qui concerne l'étiquetage des préparations pour nourrissons et de suite²¹.

Pour finir, outre le règlement délégué susmentionné, les préparations pour nourrissons et les préparations de suite doivent également se conformer à **d'autres règles horizontales pertinentes** en matière de législation alimentaire européenne, notamment au **Règlement (UE) n° 1169/2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires**²². Ce règlement « contient les dispositions de base permettant d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en matière d'information sur les denrées alimentaires, dans le respect des différentes perceptions desdits consommateurs et de leurs besoins en information, tout en veillant au bon fonctionnement du marché intérieur. [...] [II] définit les principes généraux, les exigences et les responsabilités générales régissant l'information sur les denrées alimentaires et, en particulier, l'étiquetage des denrées alimentaires. [...] [II] s'applique sans préjudice des exigences d'étiquetage prévues par des dispositions particulières de l'Union applicables à certaines denrées alimentaires »²³.

Ce règlement donne les **définitions** utiles suivantes :

- **étiquette** :

« toute marque, tout signe, toute image ou toute autre représentation graphique écrit, imprimé, poncé, apposé, gravé ou appliqué sur l'emballage ou le récipient contenant une denrée alimentaire ou joint à celui-ci »²⁴ ;

²¹ Directive 2006/141/CE (texte consolidé), article 13, paragraphes 3 à 6 : « 3. L'étiquetage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite est conçu de manière à fournir les renseignements nécessaires à l'utilisation appropriée du produit et de manière à ne pas décourager l'allaitement au sein.

L'emploi des termes « humanisé », « maternisé », « adapté » ou de termes similaires est interdit.

4. L'étiquetage des préparations pour nourrissons comporte en plus les mentions obligatoires suivantes, précédées des termes « Avis important » ou d'une formulation équivalente :

a) une mention relative à la supériorité de l'allaitement au sein ;

b) une mention recommandant de n'utiliser le produit que sur avis de personnes indépendantes qualifiées dans le domaine de la médecine, de la nutrition ou de la pharmacie, ou d'autres spécialistes responsables des soins maternels et infantiles.

5. L'étiquetage des préparations pour nourrissons ne peut comporter aucune représentation de nourrissons ni d'autres représentations ou textes de nature à idéaliser l'utilisation du produit. Il peut cependant comporter des représentations graphiques facilitant l'identification du produit et illustrant les méthodes de préparation.

6. L'étiquetage des préparations pour nourrissons ne peut comporter des allégations nutritionnelles et de santé que dans les cas énumérés à l'annexe IV et conformément aux conditions qui y sont fixées. »

²² Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission ; acte juridique initial disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32011R1169> (26.02.2021) ; texte consolidé disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02011R1169-20180101> (26.02.2021).

²³ Règlement (UE) n° 1169/2011, article 1.

²⁴ Règlement (UE) n° 1169/2011, article 2, paragraphe 2, i).

- **étiquetage :**

« les mentions, indications, marques de fabrique ou de commerce, images ou signes se rapportant à une denrée alimentaire et figurant sur tout emballage, document, écriteau, étiquette, bague ou collerette accompagnant ou se référant à cette denrée alimentaire »²⁵.

Au nombre des dispositions pertinentes que ce règlement apporte, figurent celles relatives aux **pratiques loyales en matière d'information**. Il est ainsi prévu que :

- « 1. Les informations sur les denrées alimentaires n'induisent pas en erreur, notamment :
- a) sur les caractéristiques de la denrée alimentaire et, notamment, sur la nature, l'identité, les qualités, la composition, la quantité, la durabilité, le pays d'origine ou le lieu de provenance, le mode de fabrication ou d'obtention de cette denrée ;
 - b) en attribuant à la denrée alimentaire des effets ou qualités qu'elle ne possède pas ;
 - c) en suggérant que la denrée possède des caractéristiques particulières, alors que toutes les denrées alimentaires similaires possèdent ces mêmes caractéristiques, notamment en insistant particulièrement sur la présence ou l'absence de certains ingrédients et/ou nutriments ;
 - d) en suggérant au consommateur, au moyen de l'apparence, de la description ou d'une représentation graphique, la présence d'une denrée ou d'un ingrédient déterminé alors qu'il s'agit en fait d'une denrée dans laquelle un composant présent naturellement ou un ingrédient normalement utilisé dans cette denrée alimentaire a été remplacé par un composant ou un ingrédient différent.
2. Les informations sur les denrées alimentaires sont précises, claires et aisément compréhensibles par les consommateurs.
3. Sauf dérogations prévues par la législation de l'Union applicable aux eaux minérales naturelles et aux denrées alimentaires destinées à un usage nutritionnel particulier, les informations sur les denrées alimentaires n'attribuent pas à celles-ci des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine, ni n'évoquent de telles propriétés.
4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à :
- a) la publicité ;
 - b) la présentation des denrées alimentaires et notamment à la forme ou à l'aspect donné à celles-ci ou à leur emballage, au matériau d'emballage utilisé, à la manière dont elles sont disposées ainsi qu'à l'environnement dans lequel elles sont exposées. »²⁶

1.3. Présentation de la jurisprudence

Aucune décision pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne n'a été identifiée²⁷.

²⁵ Règlement (UE) n° 1169/2011, article 2, paragraphe 2, j).

²⁶ Règlement (UE) n° 1169/2011, article 7.

²⁷ Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne étant systématiquement publiés, nos recherches jurisprudentielles ont pu se limiter à la base de données officielle de la Cour : www.curia.eu. Nos recherches ont visé l'identification de décisions relatives à la transposition, à l'application, au respect, des normes citées dans le présent rapport. Les mots clés ou expressions sélectionnés pour affiner la recherche furent ceux listés dans le mandat confié par l'OSAV à l'ISDC, à savoir – pluriel et singulier inclus – les termes suivants : préparations pour nourrissons, préparations de suite, humanisé, maternisé, adapté, sur le modèle du lait maternel, élaboré d'après le modèle du lait maternel, prenant le lait maternel comme modèle, inspiré du modèle du lait maternel. Nous avons, en outre, étendu notre recherche au-delà de la demande de l'OSAV (laquelle porte sur les seules décisions de la Cour de justice de l'Union européenne), afin d'élargir notre prospection aux publications de l'Autorité européenne de sécurité des aliments notamment, au vu de son rôle pour ces questions. Cette recherche étendue est restée infructueuse.

2. **Allemanne**

2.1. **Zusammenfassung**

Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie 2006/141/EG²⁸ im Hinblick auf die Kennzeichnung von Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung insbesondere in **§ 22a Diätverordnung** umgesetzt. Demnach ist es verboten, solche Produkte mit den Begriffen „humanisiert“, „maternisiert“ oder „adaptiert“ oder mit „gleichsinnige[n] Begriffe[n]“ zu kennzeichnen²⁹ oder zu bewerben³⁰. Sinn dieser Vorschrift ist es, junge Mütter beziehungsweise junge Eltern nicht vom Stillen abzuhalten, indem man ihnen das Gefühl gibt, das jeweilige Produkt sei gleichwertig zu Muttermilch.

Der **Arbeitskreis Lebensmittelchemischer Sachverständiger der Länder und des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (ALS)** hat in seiner **Stellungnahme Nummer 2012/11** in diesem Zusammenhang beschlossen, bestimmte Aussagen sollten den in § 22a Diätverordnung genannten Begriffen gleichstehen. Dies umfasse unter anderem den Ausdruck „nach dem Vorbild der Muttermilch“. Bei dieser Stellungnahme handelt es sich jedoch **nicht um bindendes Recht, sondern um ein Dokument, welches als Sachverständigen-Gutachten dienen kann**.

Aus der Rechtsprechung sind dem Institut **vier Urteile** bekannt, welche sich mit dieser Frage befassen.³¹ Diese betreffen alle die Aussage „nach dem Vorbild der Muttermilch“. Dabei kommen die Gerichte jeweils zu dem Ergebnis, **solche Aussagen dürften nicht für sich genommen betrachtet werden bei der Beurteilung, ob die Kennzeichnung eines oder die Werbung für ein Produkt gegen § 22a Diätverordnung verstosse**. Massgebend sei stets der **gesamte Zusammenhang des konkreten Einzelfalls** und worauf sich die streitgegenständliche Aussage genau beziehe.

2.2. **Rechtliche Regelung**

Das Verbot, bestimmte Begriffe in der Bezeichnung von Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung zu verwenden, findet sich in Deutschland in **§ 22a der Verordnung über diätische Lebensmittel (Diätverordnung)**:

„[...] (3) Erzeugnisse nach Absatz 1 dürfen nicht in den Verkehr gebracht werden, wenn in der Kennzeichnung

1. bei Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung

a) die Begriffe „humanisiert“, „maternisiert“, „adaptiert“ oder gleichsinnige Begriffe,

b) Angaben, die vom Stillen abhalten, [...]

enthalten sind. [...]“³²

²⁸ Die Richtlinie 2006/141/EG wurde inzwischen durch die Delegierte Verordnung (EU) 2016/127 der Kommission vom 25. September 2015 ersetzt (siehe hierzu den Bericht zum europäischen Recht in diesem Gutachten). Für den Inhalt der hier relevanten Regelungen ergeben sich dadurch keine nennenswerten Änderungen.

²⁹ § 22a Abs. 3 Nr. 1 Diätverordnung (DiätV), verfügbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/di_tv/index.html (16.03.2021).

³⁰ § 25 Abs. 1 Diätverordnung (DiätV).

³¹ Zur Recherche wurden die beiden wichtigsten und umfangreichsten Datenbanken für deutsche Rechtsprechung genutzt: BeckOnline und juris. Zudem wurde ein nicht veröffentlichtes Urteil beim zuständigen Gericht angefragt.

³² § 22a Abs. 3 Nr. 1 Diätverordnung (DiätV).

Das dazugehörige Verbot, entsprechende Begriffe in der **Werbung** zu verwenden, findet sich in § 25a Absatz 1 Diätverordnung.³³

Bei einer **Verordnung** handelt es sich zwar nicht um ein formelles Gesetz, aber dennoch um sogenanntes **materielles und damit bindendes Recht**. Verordnungen werden nicht wie Gesetze vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassen, sondern von einer Verwaltungsbehörde, in diesem Fall das (damalige) Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft. Die gesetzliche Ermächtigung für den Erlass der Diätverordnung fand sich im inzwischen ausser Kraft getretenen³⁴ Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz a.F.³⁵ Die Verordnung dient der Umsetzung der Richtlinie 2006/141/EG.

Aus der **Kommentarliteratur** zu § 22a Diätverordnung ergeben sich **keine** im Rahmen dieses Gutachtens **erwähnenswerten Präzisierungen**.³⁶

Der Auftraggeber hat das Institut insbesondere auf die **Stellungnahme Nr. 2012/11 des Arbeitskreises Lebensmittelchemische Sachverständiger der Länder und des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (ALS)** hingewiesen. Daher wird im Rahmen dieses Gutachtens auch auf diese eingegangen.

Der ALS setzt sich in erster Linie aus Vertretern der Bundesländer zusammen, wobei das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit für die Geschäftsführung des Arbeitskreises zuständig ist. Aufgabe des ALS ist es, die Untersuchung und Beurteilung von Erzeugnissen, die

³³ § 25 Abs. 1 Diätverordnung (DiätV).

³⁴ Dies hat jedoch gemäss der ständigen Rechtsprechung keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Diätverordnung, siehe beispielsweise Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 16.05.1961 – 2 BvF 1/60, veröffentlicht unter anderem in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, S. 1395 (1395).

³⁵ § 19 Abs. 1 Nr. 4 Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz a.F. (inzwischen ausser Kraft):

„Ermächtigung zum Schutz vor Täuschung

(1) Das Bundesministerium wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, soweit es zum Schutz des Verbrauchers vor Täuschung oder in den Fällen der Nummern 1 und 2 auch zu seiner Unterrichtung erforderlich ist, [...]

4. vorzuschreiben,

a) dass Lebensmittel unter bestimmten Bezeichnungen nur in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie bestimmten Anforderungen an die Herstellung, Zusammensetzung oder Beschaffenheit entsprechen,

b) dass Lebensmittel, die bestimmten Anforderungen an die Herstellung, Zusammensetzung oder Beschaffenheit nicht entsprechen oder sonstige Lebensmittel von bestimmter Art oder Beschaffenheit nicht, nur unter ausreichender Kenntlichmachung oder nur unter bestimmten Bezeichnungen, sonstigen Angaben oder Aufmachungen in den Verkehr gebracht werden dürfen,

c) dass Lebensmittel unter bestimmten zur Irreführung geeigneten Bezeichnungen, Angaben oder Aufmachungen nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen und daß für sie mit bestimmten zur Irreführung geeigneten Darstellungen oder sonstigen Aussagen nicht geworben werden darf,

d) dass Lebensmittel nur in bestimmten Einheiten in den Verkehr gebracht werden dürfen,

e) dass Lebensmittel, bei denen bestimmte Verfahren angewendet worden sind, nur unter bestimmten Voraussetzungen in den Verkehr gebracht werden dürfen,

f) dass Lebensmitteln zur vereinfachten Feststellung ihrer Beschaffenheit bestimmte Indikatoren zugesetzt werden müssen; [...]"

³⁶ Vgl. insbesondere K.-D. Rathke, in W. Zipfel & K.-D. Rathke (Hrsg.), Lebensmittelrecht, 177. EL, München 2020, § 22a DiätV, Rn. 32; D. Rohnfelder & Ch. Freytag, in G. Erbs & M. Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 233. EL, München 2020, § 22a DiätV, Rn. 6.

bestimmten Lebensmittelgesetzen unterliegen, innerhalb der 16 deutschen Bundesländer abzustimmen. Hierfür gibt der ALS regelmässig Stellungnahmen heraus, welche auf der Website des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit abgerufen werden können.³⁷

Bei den Stellungnahmen handelt es sich allerdings um **reine Verwaltungsvorschriften, die rechtlich nicht bindend sind**. Sie sind ihrer Natur nach mit **Sachverständigen-Gutachten** vergleichbar.³⁸

In der zuvor genannten Stellungnahme Nr. 2012/11 beschliesst der ALS das Folgende:

„Folgende, nicht abschliessende Beispiele aus der derzeitigen Praxis werden als gleichsinnig zu „maternisiert“, „humanisiert“ und „adaptiert“ i.S. von § 22a Abs. 3 Nr. 1 DiätV beurteilt:

- *nah am Vorbild der Muttermilch*
- *besonders muttermilchnah*
- *nach dem Vorbild der Natur*
- *nach dem Vorbild der Muttermilch*
- *nach dem Vorbild der Muttermilch + allgemeine Auflistung von Eigenschaften von Muttermilch und denen des Erzeugnisses*
- *textliche und graphische Verquickung von Eigenschaften von Muttermilch und denen des Erzeugnisses*
- *Beschreibung von stofflichen Eigenschaften von Muttermilch unter der Überschrift „Produkteigenschaften“³⁹*

2.3. Rechtsprechung

Aus der dem Institut zur Verfügung stehenden Rechtsprechung⁴⁰ befassen sich **vier Entscheidungen** mit der Frage, ob eine bestimmte Formulierung bei der Kennzeichnung von oder Werbung für Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung mit den Vorgaben des § 22a Absatz 3 Nummer 1 Diätverordnung vereinbar ist.⁴¹ Bei den verschiedenen Entscheidungen scheint es sich nach Interpretation durch das Institut stets um Formulierungen desselben Herstellers zu handeln, soweit dies aus den anonymisiert veröffentlichten Entscheidungen erkennbar ist. Dies hat zur Folge, dass auch die **streitgegenständlichen Formulierungen jeweils sehr ähnlich oder sogar gleich** sind.

So befassen sich alle vier Urteile in erster Linie mit der Aussage **„nach dem Vorbild Muttermilch“**. Sie kommen dabei alle zu dem Ergebnis, dass es für einen Verstoss gegen § 22a Absatz 3 Diätverordnung

³⁷ Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Arbeitskreis Lebensmittelchemischer Sachverständiger der Länder und des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (ALS), verfügbar unter https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/01_Aufgaben/11_ALS_ALTS/02_ALS/ALS_node.html;jsessionid=161F853F9A8C02817B38C29DF35BED76.1_cid369 (08.02.2021).

³⁸ So beispielsweise Verbraucherzentrale, Lebensmittelklarheit, verfügbar unter <https://www.lebensmittelklarheit.de/lexikon/als-alt-sachverstaendigen-arbeitskreise> (08.02.2021).

³⁹ Stellungnahme Nr. 2012/11 des Arbeitskreises Lebensmittelchemischer Sachverständiger der Länder und des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (ALS), verfügbar unter http://bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/01_Lebensmittel/ALS_ALTS/ALS_Stellungnahmen_99_Sitzung_2012.pdf?__blob=publicationFile, S. 11 (05.02.2021).

⁴⁰ Zur Recherche wurden die beiden wichtigsten und umfangreichsten Datenbanken für deutsche Rechtsprechung genutzt: BeckOnline und juris. Zudem wurde ein nicht veröffentlichtes Urteil beim zuständigen Gericht angefragt.

⁴¹ Oberlandesgericht (OLG) München, Urteil vom 14.07.2011 – 29 U 1953/11; Landgericht (LG) Frankfurt am Main, Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11; LG Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12 (nicht rechtskräftig, siehe hierzu auch oben, Fussnote 5); Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12.

auf den Kontext ankomme. Demnach müsse zum einen miteinbezogen werden, ob sich diese Aussage **auf das Produkt als Ganzes oder nur auf einzelne Aspekte wie beispielsweise Inhaltsstoffe beziehe.** Zum anderen müsse auch der **restliche Teil der Kennzeichnung oder Werbung berücksichtigt werden,** insbesondere wenn dort ausdrücklich gesagt werde, Muttermilch sei das Beste für das Baby und das beworbene Produkt sei erst für die Zeit danach relevant. Dabei weisen die Gerichte auch jeweils darauf hin, dass **massgebend das Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers aus der jeweils betroffenen Zielgruppe sei, hier also junge Mütter beziehungsweise junge Eltern.**

Im Zusammenhang mit der unter Punkt 2.2. dargestellten **ALS-Stellungnahme** ist die unter Punkt 2.3.3. dargestellte **Entscheidung des Landgerichts Ingolstadt** interessant. Dieses geht auch auf von einer Partei vorgelegte **Stellungnahmen verschiedener Einrichtungen** wie beispielsweise der Nationalen Stillkommission ein. Demnach beträfen diese Stellungnahmen **lediglich einzelne Aussagen ohne weiteren Zusammenhang.** Für die Beurteilung, ob eine Kennzeichnung oder Werbung rechtmässig sei, sei jedoch der gesamte Zusammenhang massgebend. Zu beachten ist jedoch, dass dieses Urteil anscheinend nicht rechtskräftig ist.⁴²

In eine ähnliche Richtung gehend hat auch das **Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg ausdrücklich offengelassen,** ob die Aussage „nach dem Vorbild Muttermilch“ für sich genommen gegen § 22a Absatz 3 Diätverordnung verstossen würde, da entscheidend der konkrete Kontext des Einzelfalls sei. Dies hat auch in der Literatur Zustimmung gefunden.

Anzumerken ist, dass **nicht mit abschliessender Sicherheit gesagt werden kann, ob es noch weitere Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema gibt.** Entscheidungen der unteren Instanzen werden lediglich sporadisch in Fachzeitschriften veröffentlicht, wenn Verfahrensbeteiligte oder aussenstehende Beobachter der Entscheidung ein besonderes Interesse zumessen. Zuweilen ergibt sich aus Verweisen innerhalb der Entscheidungen ein Hinweis darauf, dass es einschlägige frühere, unveröffentlichte Entscheidungen gibt. In diesem Fall kann die entsprechende unveröffentlichte Entscheidung beim jeweiligen Gericht angefragt werden. Ohne einen solchen konkreten Hinweis mit dazugehörigen Aktenzeichen ist es jedoch nicht möglich, bei den Gerichten nach einschlägigen Entscheidungen zu fragen. Allerdings befinden sich auch die in Zukunft entscheidenden Gerichte in der gleichen Situation und können sich in der Regel lediglich an solchen vorangegangenen Urteilen orientieren, die ihnen bekannt sind. **Unseres Wissens verfügen die Gerichte in Deutschland in dieser Hinsicht nicht über weitergehende Recherchemöglichkeiten als das Institut.**

2.3.1. Oberlandesgericht München, Urteil vom 14.07.2011 – 29 U 1953/11

Das älteste Urteil zu gemäss § 22a Diätverordnung verbotenen Begriffen bei der Kennzeichnung von oder Werbung für Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung scheint das **Endurteil des Oberlandesgerichts München vom 14. Juli 2011** zu sein.⁴³

Darin befasst sich das Gericht mit den Aussagen „**nach dem Vorbild Muttermilch**“, „**ganz nach dem Vorbild der Muttermilch**“ und „**Muttermilch ist unser Vorbild**“.⁴⁴

Das Gericht ist der Auffassung, der Hersteller vermittele mit diesen Aussagen, auch unter Berücksichtigung der gesamten Anzeige beziehungsweise des gesamten Internetauftritts, nicht den Eindruck, die

⁴² Eine Anfrage von Seiten des Instituts an das zuständige Gericht, ob es in dieser Sache noch weitere Entscheidungen gibt, blieb bisher unbeantwortet. Siehe zur nach Erstellung des Gutachtens erhaltenen Antwort oben, Fussnote 5.

⁴³ Oberlandesgericht (OLG) München, Urteil vom 14.07.2011 – 29 U 1953/11. Dieses Urteil wurde nicht veröffentlicht, liegt dem Institut jedoch durch Nachfrage beim Gericht vor.

⁴⁴ Vgl. Oberlandesgericht (OLG) München, Urteil vom 14.07.2011 – 29 U 1953/11, Rn. 3.

so beworbene Folgenahrung sei der Muttermilch gleichwertig. Stattdessen sage diese Werbung lediglich aus, dass die betroffene Folgenahrung **„dem Vorbild Muttermilch hinsichtlich präbiotischer und probiotischer Inhaltsstoffe nachstrebe[...], nicht aber, dass diese Produkte der Muttermilch gleichwertig“** seien. Einer solchen Auslegung stünde ausserdem entgegen, dass die Werbeanzeige auch die folgende Aussage enthalte: „Es gibt nichts Natürlicheres als Muttermilch. Deshalb ist sie für Babys von Anfang an das Beste.“⁴⁵

Es ist anzumerken, dass die unter Punkt 2.2.2. dargestellte ALS-Stellungnahme zu diesem Zeitpunkt noch nicht existierte.

2.3.2. Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11

Das zeitlich nächste Urteil in diesem Zusammenhang scheint das **Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 3. November 2011** zu sein.⁴⁶

Die streitgegenständliche Aussage in diesem Verfahren lautete ebenfalls **„nach dem Vorbild der Muttermilch“**. Gemäss der Entscheidung des Gerichts ist diese „nicht gleichsinnig zu den [bei § 22a Absatz 3 Nummer 1 *litera a*) Diätverordnung] aufgezählten Begriffen.“⁴⁷

Das Gericht führt dazu aus, Sinn des Verbots sei es, zu verhindern, dass Mütter durch entsprechende Werbung vom Stillen abgehalten werden könnten. Daher sei massgebend, ob die jeweilige Aussage dazu geeignet sei, „Mütter durch die Anpreisung von Folgenahrung als der Muttermilch zumindest gleichwertig vom Stillen abzuhalten.“⁴⁸ Dies sei hier jedoch nicht der Fall, da § 22a Diätverordnung es lediglich verbiete, das jeweilige Produkt als identisch oder fast-identisch mit Muttermilch darzustellen. Die Aussage „nach dem Vorbild der Muttermilch“ habe jedoch einen anderen Aussagegehalt als die im Gesetz genannten Begriffe „humanisiert, maternisiert, adaptiert“.⁴⁹ Nach dem **Verständnis des durchschnittlichen angesprochenen Verbrauchers** bezöge sich die streitgegenständliche Aussage im Zusammenhang des Satzes betrachtet **lediglich auf die zuvor genannten drei Inhaltsstoffe der Folgenahrung**. Aus dem Satz ergebe sich zwar, dass diese Inhaltsstoffe auch in Muttermilch enthalten seien; er enthalte jedoch nicht die Behauptung, das Produkt entspreche insgesamt der Muttermilch und sei dadurch „humanisiert (an den Menschen angepasst) oder maternisiert (an das Mütterliche angepasst)“. Der Satz behaupte auch nicht, das Produkt sei adaptiert, was eine „Anpassung in den wesentlichen Bestandteilen und nicht nur in dem einen oder anderen Bestandteil, wie den hier aufgeführten drei Bestandteilen“ bedeute.⁵⁰ Zudem werde zu Beginn des Werbespots gesagt, Muttermilch sei „das Beste für Ihr Baby“. Aus dem sprachlichen und bildlichen Kontext ergebe sich auch, dass sich die Aussage, Muttermilch sei „ein Wunder der Natur“ eindeutig nur auf Muttermilch beziehe und nicht auf die beworbene Folgenahrung.⁵¹

Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die unter Punkt 2.2. dargestellte ALS-Stellungnahme zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht existierte.

⁴⁵ Oberlandesgericht (OLG) München, Urteil vom 14.07.2011 – 29 U 1953/11, Rn. 3.

⁴⁶ Landgericht (LG) Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11, veröffentlicht unter anderem in Lebensmittelrecht Rechtsprechung (LMRR 2011), S. 126, sowie bei juris.

⁴⁷ Landgericht (LG) Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11, Rn. 27 (juris).

⁴⁸ Landgericht (LG) Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11, Rn. 29 (juris).

⁴⁹ Landgericht (LG) Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11, Rn. 30 (juris).

⁵⁰ Landgericht (LG) Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11, Rn. 31 (juris).

⁵¹ Landgericht (LG) Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2011 – 3-11 O 61/11, Rn. 32 (juris).

2.3.3. Landgericht Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12 (nicht rechtskräftig)

Auch das **Schlussurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 21. August 2012** setzt sich mit vergleichbaren Aussagen auseinander.⁵² **Zu beachten ist, dass ausweislich der dem Institut zur Verfügung stehenden Informationen nicht eindeutig ist, ob das Urteil Rechtskraft erlangt hat.**⁵³ Nachforschungen des Instituts, ob es weitere Entscheidungen in derselben Sache gibt und ob die vom Gericht in seiner Urteilsbegründung enthaltenen Feststellungen Bestand haben, blieben bisher ergebnislos.⁵⁴

Das Gericht stellt unter Hinweis auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁵⁵ klar, dass bei **geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern das Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers massgebend sei**. Da es sich im vorliegenden Fall um Werbung handele, die sich an **junge Mütter beziehungsweise junge Eltern** richte, sei auf das Verständnis eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe abzustellen.⁵⁶

Nach dem Verständnis einer durchschnittlichen jungen Mutter beziehungsweise junger Eltern enthielten die Aussagen „**nach dem Vorbild Muttermilch**“ und „**Muttermilch ist unser Vorbild**“ keine Behauptung dahingehend, das beworbene Produkt sei mit Muttermilch gleichwertig oder vergleichbar. Dies gelte auch insoweit, als die Werbung die Aussage „mit Präbiotik und Probiotik nach dem Vorbild Muttermilch“ verwende. Nach ihrem **Gesamtausdruck besage die Werbung lediglich, dass das Produkt „dem Vorbild Muttermilch hinsichtlich präbiotischer und probiotischer Inhaltsstoffe nachstrebe[...], nicht aber, dass diese Produkte der Muttermilch gleichwertig [seien]“**.⁵⁷ Dies ergebe sich auch schon aus dem **weiteren Text der Werbung**, welcher die ausdrückliche Aussage enthalte, Muttermilch sei das Beste und besser als industriell gefertigte Säuglingsnahrung. Auch der weitere Werbetext „für die Zeit danach“ enthalte „nicht andeutungsweise die Behauptung, dass die von der Beklagten beworbenen Folgemilchen der Muttermilch gänzlich gleichwertig sind. Vielmehr ergibt sich bereits aus dem Wortlaut ohne Weiteres, dass sich die Beklagte bei der Entwicklung der Folgemilchen an dem Vorbild der Muttermilch orientiert habe. Eine **Gleichwertigkeit wird weder ausdrücklich noch unterschwellig behauptet.**“⁵⁸

Das Gericht ergänzt, der Begriff „**Vorbild**“ werde allgemein als eine Person oder Sache angesehen, die als Muster oder Beispiel fungiere und die man **nachzuahmen versuche. Dies sage jedoch nichts darüber aus, ob die nachahmende Person oder Sache das Vorbild tatsächlich erreiche.**⁵⁹

Dasselbe gelte auch für die im Rahmen der Internetwerbung verwendeten Aussagen. Insbesondere enthalte die Aussage, dass das Produkt „ganz nach dem Vorbild Muttermilch präbiotische Ballaststoffe und probiotische Milchsäurekulturen enthalte[...]“ **keine Behauptung, dass das Produkt mit Muttermilch gleichwertig, vergleichbar oder identisch sei**. Dies werde noch durch die Aussage im Hinblick auf die Probiotik unterstützt, dass „auch die in [...] Folgenahrungen eingesetzte Milchsäurekultur teils in Muttermilch gefunden werden“ könne. Aus dem Wort „teils“ ergebe sich, dass eine Gleichwertigkeit gerade nicht behauptet werde. Auch dass die präbiotischen Ballaststoffe eine gesunde Darmflora nach

⁵² Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, veröffentlicht unter anderem in BeckRS 2012, 20658, sowie bei juris.

⁵³ Informationen verfügbar in der Veröffentlichung des Urteils in BeckRS 2012, 20658, nicht jedoch bei juris.

⁵⁴ Siehe zur nach Erstellung des Gutachtens erhaltenen Information oben, Fussnote 5.

⁵⁵ § 3 Abs. 2 S. 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), verfügbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/index.html (08.02.2021).

⁵⁶ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, Rn. 30 (juris).

⁵⁷ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, Rn. 32 (juris).

⁵⁸ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, Rn. 33 (juris).

⁵⁹ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, Rn. 34 (juris).

dem Vorbild gestillter Kinder förderten enthalte nicht die Behauptung, es bestehe eine Gleichwertigkeit zwischen dem Produkt und Muttermilch.⁶⁰

Sodann geht das Gericht auf **verschiedene Stellungnahmen** ein, welche der Kläger als Nachweis für sein Verständnis der streitgegenständlichen Werbung vorgelegt hat. Hierbei scheint es sich um **Stellungnahmen des Bundesinstituts für Risikobewertung beziehungsweise der dort angesiedelten Nationalen Stillkommission, einer Bundesministerin und verschiedener anderer Einrichtungen zu handeln**. Das Gericht weist dabei jedoch darauf hin, dass es auf das **Verständnis junger Eltern beziehungsweise junger Mütter ankomme und nicht auf dasjenige von „Institutionen und Einrichtungen, welche gemäss ihrem Verbands- oder Satzungszweck ganz bestimmte eigene Ziele verfolgen.“** So überprüfe beispielsweise die Nationale Stillkommission Werbeaussagen wie „nach dem Vorbild Muttermilch“ nur dahingehend, ob diese der eigenen Zielsetzung entgegenstünden, nämlich der Förderung des Stillens in Deutschland. **Die verschiedenen Stellungnahmen befassten sich nicht mit der konkreten streitgegenständlichen Werbung im Gesamtzusammenhang, sondern beschränkten sich darauf, „einzelne Teile der Werbung schlagwortartig herauszugreifen und isoliert auszulegen.“** Es sei jedoch **nötig, „auch den restlichen Inhalt der Werbung für die Ermittlung des Verständnisses der angesprochenen Verkehrskreise miteinzubeziehen**, beispielsweise die Sätze „Es gibt nichts Natürlicheres als Muttermilch. Deshalb ist sie für Babys von Anfang an das Beste.“⁶¹

Unter Hinweis auf die zuvor genannten Argumente lehnt das Gericht auch einen Unterlassungsanspruch⁶² wegen Inverkehrbringens von Lebensmitteln unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung ab.⁶³

Aus dem Urteil geht nicht hervor, ob der Kläger auch die unter Punkt 2.2. dargestellte und wenige Monate vorher beschlossene⁶⁴ ALS-Stellungnahme vorgelegt hatte. Die vom Gericht gemachten **Erwägungen** zur Stellungnahme der Nationalen Stillkommission und anderer, teilweise nicht namentlich genannter Einrichtungen scheint sich jedoch **insgesamt auf allgemein gehaltene Stellungnahmen zu beziehen, welche nicht den konkreten Einzelfall in seiner genauen Ausgestaltung berücksichtigen.**

2.3.4. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12, mit Anmerkung von H. Blank

Schliesslich ist als viertes Urteil in diesem Zusammenhang auch dasjenige des **Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 29. August 2013** zu nennen.⁶⁵ Auch dieses befasst sich mit der Aussage „nach dem Vorbild Muttermilch“.⁶⁶

Das Gericht stellt fest, die Aussage „nach dem Vorbild Muttermilch“ beziehe sich im vorliegenden Fall auf die darunter in Form von Stichpunkten mit grünen Häkchen abgedruckten drei Aspekte, bei welchen es sich um Eigenschaften oder Inhaltsstoffe des Produkts handele. Dies sind „Praebiotik“, „LCP

⁶⁰ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, Rn. 35 (juris).

⁶¹ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, Rn. 36 (juris).

⁶² Gemäss § 3 Abs. 1, 2 und § 5 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB), verfügbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/lfgb/index.html> (08.02.2021).

⁶³ Landgericht (LG) Ingolstadt, Schlussurteil vom 21.08.2012 – I HK O 29/12, RN. 38 ff. (juris).

⁶⁴ Unklar ist, ob die ALS-Stellungnahme zu diesem Zeitpunkt auch schon veröffentlicht war.

⁶⁵ Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12, veröffentlicht unter anderem in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report (GRUR-RR) 2014, S. 87 ff., sowie bei juris, dort jedoch ohne die Anmerkung von H. Blank.

⁶⁶ Vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12, Rn. 37 ff. (juris).

Omega 3 & 6“ sowie „nur Lactose enthalten“. **Dass sich die Aussage „nach dem Vorbild Muttermilch“ auf diese drei Punkte beziehe, erschliesse sich „dem Betrachter auch bei situationsadäquat aufmerksamer Betrachtung des Produkts etwa im Supermarktregal.“⁶⁷**

Das **Gericht lässt in der Folge ausdrücklich offen, ob die Aussage „nach dem Vorbild Muttermilch“ für sich genommen gegen das Verbot des § 22a Diätverordnung verstossen würde**, da sich die Aussage im vorliegenden Fall jedenfalls auf die darunter aufgezählten Aspekte beziehe, welche dem Vorbild Muttermilch nachgebildet worden seien. Dies enthalte nicht die Behauptung, das Produkt als solches sei der Muttermilch gleich oder sehr ähnlich.⁶⁸

In einem **Kommentar zu dieser Entscheidung** bestätigt eine Autorin die Ausführungen des Gerichts in dieser Hinsicht. Demnach sei es **richtig, offen zu lassen, ob die Aussage „nach dem Vorbild Muttermilch“ für sich genommen gegen § 22a Absatz 3 Diätverordnung verstosse, da für die Beurteilung einer Werbung stets der Gesamteindruck der Werbung zu ermitteln sei**. Hierfür verweist die Autorin beispielhaft auf eine höchstrichterliche Entscheidung⁶⁹ in anderem Zusammenhang.⁷⁰

⁶⁷ Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12, Rn. 40 (juris).

⁶⁸ Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12, Rn. 40 (juris).

⁶⁹ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 16.12.2004 – I ZR 222/02 (OLG Düsseldorf), *Epson-Tinte*.

⁷⁰ H. Blank, Labormässig veränderte Stoffe sind nicht „natürlich“, Anmerkung zu Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) Hamburg, Urteil vom 29.08.2013 – 3 U 12/12, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax)* 2013, S. 554.

3. France

3.1. Résumé

L'emploi des termes « humanisé », « maternisé », « adapté » ou de termes similaires est interdit sur l'étiquetage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite.

Nos recherches n'ayant pas identifié de décision interprétant cette interdiction, nous ne sommes pas en mesure de répondre à la question de savoir si un juge français jugerait similaires aux termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté » les expressions « sur le modèle du lait maternel », « élaboré d'après le modèle du lait maternel », « prenant le lait maternel comme modèle » et « inspiré du modèle du lait maternel ».

3.2. Cadre normatif

La France, en tant qu'Etat membre de l'Union européenne, est tenu d'**appliquer directement le Règlement délégué (UE) 2016/127** relatif aux exigences spécifiques en matière de composition et d'information applicables aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite et les exigences portant sur les informations relatives à l'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge, et notamment son article 6, paragraphe 6 alinéa 2, lequel prévoit que :

« L'étiquetage et la présentation des préparations pour nourrissons et des préparations de suite, ainsi que la publicité faite à leur égard, n'emploient pas les termes « humanisé », « maternisé » ou « adapté », ni des termes similaires. »

Il est par conséquent renvoyé à la présentation du droit européen ci-avant effectuée.

Le droit européen antérieur à l'entrée en vigueur de ce règlement délégué, à savoir la Directive 2006/141/EC concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite, **était déjà transposée en droit français**⁷¹. Sans changement de fond entre le Règlement délégué et la Directive sur les points pertinents pour le présent avis de droit⁷², le droit français n'a donc logiquement pas subi de modification.

Le texte transposant la Directive 2006/141/EC, à savoir l'**Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite**⁷³, fixe ainsi les dispositions relatives à l'étiquetage, la présentation et la publicité applicables à ces préparations destinées aux nourrissons en bonne santé⁷⁴.

Cet arrêté, reprenant des définitions des préparations pour nourrissons et préparations de suite⁷⁵ similaires aux définitions européennes déjà citées⁷⁶, pose, tout comme le droit européen, que :

⁷¹ Pour de plus amples informations sur le droit français antérieur au regard de l'évolution du droit européen, voir : M. Herzog-Evans, Aspects juridiques de l'allaitement maternel en France, RDSS 2001, p. 223.

⁷² Cf. *supra* le rapport de droit européen, paragraphe 1.2.

⁷³ Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux préparations pour nourrissons et aux préparations de suite et modifiant l'arrêté du 20 septembre 2000 relatif aux aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000018685743/2021-05-01/> (11.03.2021).

⁷⁴ Arrêté du 11 avril 2008, *op. cit.*, article 1 paragraphe 1.

⁷⁵ Arrêté du 11 avril 2008, *op. cit.*, article 2, paragraphe 1, a), c) et d).

⁷⁶ Cf. *supra* le rapport de droit européen, paragraphe 1.2.

« L'emploi des termes « humanisé », « maternisé », « adapté » ou de termes similaires est interdit sur l'étiquetage des préparations pour nourrissons et des préparations de suite »⁷⁷.

Pour finir, les préparations pour nourrissons et les préparations de suite doivent également se conformer à **d'autres normes** nationales, comme par exemple le Code de la consommation pour ce qui relève de la publicité ou encore de la distribution gratuite⁷⁸.

3.3. Jurisprudence

Aucune décision pertinente n'a été identifiée. Cela étant, la jurisprudence française n'est pas systématiquement publiée. Ainsi, il ne peut pas être conclu qu'il n'existe pas de décision en la matière⁷⁹.

⁷⁷ Arrêté du 11 avril 2008, *op. cit.*, article 16, paragraphe 1 (mise en évidence ajoutée).

⁷⁸ Code de la consommation, articles L. 122-12 à L. 122-16.

⁷⁹ Nos recherches ont été principalement conduites sur les sites internet suivants : www.legifrance.gouv.fr, www.doctrine.fr, www.dalloz.fr, www.lexis360.fr. Elles ont visé l'identification de décisions relatives à l'application, au respect, des normes citées dans le présent rapport. Les mots clés ou expressions sélectionnés pour affiner la recherche furent ceux listés dans le mandat confié par l'OSAV à l'ISDC, à savoir – pluriel et singulier inclus – les termes suivants : préparations pour nourrissons, préparations de suite, humanisé, maternisé, adapté, sur le modèle du lait maternel, élaboré d'après le modèle du lait maternel, prenant le lait maternel comme modèle, inspiré du modèle du lait maternel. Nous avons, en outre, étendu notre recherche au-delà de la demande de l'OSAV (laquelle porte sur les seules décisions des juridictions françaises), afin d'élargir notre prospection aux publications de certaines autorités que nous avons estimées potentiellement sources d'informations pertinentes au vu de leurs rôles pour ces questions. Ces autorités sont en particulier les directions générale et régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, la direction générale de la santé, la direction générale de l'alimentation, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, les agences régionales de santé, et la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Sur le seul site internet de cette dernière, les résultats d'une enquête de 2015 ont été présentés, mais sans exposer d'éléments directement pertinents pour notre étude ; les informations publiées relatives à l'enquête sont disponibles sous : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/aliments-destines-aux-nourrissons-et-enfants-en-bas-age> (12.03.2021).

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ

Dr. Carole Viennet
*Conseillère juridique,
ordres juridiques francophones*

PD Dr. Krista Nadakavukaren Schefer
Vice-directrice

Dr. Johanna Fournier, LL.M.
Conseillère juridique, ordres juridiques germanophones