

Zo'n bevel lijkt op het eerste gezicht op gespannen voet te staan met HR 10 juni 1955, NJ 1955, 522 m.n. L.E.H.R., AA V, p. 145 m.n. C.P. (*Het Noorden/De Noordhollandsche*). Volgens dat arrest kan niet tegen de werkgever een *verbod* of *bevel* worden uitgesproken terzake onrechtmatige gedragingen door werknemers, hoewel de werkgever, naar luid van art. 1403 BW, daarvoor wél schadevergoedingsplichtig kan zijn.

Zou zo'n regel niet óók, c.q. a fortiori moeten gelden voor externe hulppersonen?

Ook in cassatie kwam deze kwestie niet echt uit de verf. De HR verwierp alle vijf cassatiemiddelen. Leest men de cassatiemiddelen en het arrest van de HR aandachtig, en lees ik een en ander juist, dan meen ik dat een principiële uitspraak over de principiële vraag niet gedaan is. Alle zijdens Pammler in de cassatiemiddelen aangedragen argumenten tot vernietiging worden na weging te licht bevonden. Die argumenten waren te licht, deels omdat op tardieve wijze werd teruggekomen op "gemiste kansen" in de feitelijke instanties, deels omdat zij om de kernvraag heen gingen.

Mij dunkt intussen dat — in overeenstemming met het arrest van 1955 en in overeenstemming met de tekst van artikel 1416a BW — de sleutel voor oplossing van de kwestie ware te zoeken in een duidelijk onderscheid tussen enerzijds het (*verwijtbaar*) *doen openbaar maken* van onrechtmatige mededelingen door anderen, en anderzijds: het openbaar maken van onrechtmatige mededelingen door anderen, van wier diensten men gebruik maakt.

In het *eerste* geval — van toepassing te achten op bijv. de reclamemaker, die aan een reclame-adviesbureau en/of een krant opdracht geeft tot plaatsing van een door hem goedgekeurde advertentietekst — is zo'n bevel toewijsbaar. Dat moet ook gelden in een geval waarin een onderneming als Pammler de interne of externe colporteurs instructies meegeeft waarin misleidend te achten gespreksteksten voorkomen.

In het *tweede* geval gaat een bevel als bedoeld m.i. te ver, Pammler handelt m.i. niet onrechtmatig indien een door haar ingeschakelde colporteur zich, tegen haar zin, vergaloppeert.

Nu zit er tussen deze twee gevallen mogelijk een "grijs" gebied. Het doen van onrechtmatige mededelingen kan door de opdrachtgever "officieel" ongewenst, en zelfs "verboden" worden verklaard, maar ondertussen kan hij het "bedekt" gedogen en toejuichen.

Ik kan ermee instemmen dat, met het oog op het laatstbedoelde geval, een ruim verbodsdictum wordt gegeven als Rechtbank en Hof in deze zaak deden: alsdan kan — overeenkomstig het arrest van de HR van 1955 — ook gesproken worden van een eigen onrechtmatig handelen van de opdrachtgever. In een *executiegeschil* zal dan de ware opstelling van opdrachtgever moeten blijken, waarbij de bewijslast in beginsel drukt op de executant. Misschien moet het door het Hof bekrachtigde bevel van de Maastrichtse Rechtbank ook in deze zin verstaan worden; dat zou in een executiegeschil tussen Pammler en Konsumenten Kontakt kunnen blijken!

Dat artikelen 1416a en 1416c *zondermeer*, ten aanzien van de hier besproken kwestie, een "specialis" zouden vormen ten opzichte van art. 1401 BW en de daaraan door HR 1955 gegeven uitleg, en dus altijd en zonder meer een verbod op straffe van een dwangsom m.b.t. enig "openbaar maken" door derden zouden toelaten, zou mij echter te ver gaan. Advocaat-Generaal Mok lijkt wat dit betreft minder terughoudend.

*****)** *Vorderingen van organisaties ex artikel 1416c BW.*

Twee verdere vorderingen van Konsumenten Kontakt tegen Pammler werden afgewezen. Zij betroffen: een bevel om aan de colporteurs een bepaalde instructie te geven, en een bevel om de relatie met een col-

porteur te beëindigen, als deze de instructie niet zou naleven.

De Rechtbank wees deze vorderingen af "nu deze niet steunen op enig wettelijk voorschrift". Het hof lijkt een minder principiële argument voor afwijzing te bezigen; in cassatie kwam deze kwestie niet aan de orde.

Ik zou menen dat de wet — ofwel artikel 1416a jo de zorgvuldigheidsnormen van artikel 1401 BW — zich niét principiële verzet tegen zulk een aan de onrechtmatige gedraging aangepaste veroordeling, daargelaten de concrete uitwerking in het concrete geval. Iets anders is of de wet — en nu doel ik op artikel 1416c BW — zich niet verzet tegen toewijsbaarheid van vorderingen als deze *door een rechtspersoon in de zin van artikel 1416c lid 2*. Ik verwijs naar de tekst van lid 2, die organisaties als daar omschreven legitimeert tot vorderingen als omschreven in lid 1: aldaar treft men wel de verbods- en rectificatievordering aan, doch niet vorderingen van Konsumenten Kontakt als evenbedoeld. Deze vorderingen zouden aldus slechts aan belanghebbenden volgens het gemene recht toekomen.

D.W.F. V.

**Nr 38. Hoge Raad der Nederlanden,
29 maart 1985.**

(Konsumenten Kontakt/Elektrogram)

President: Mr H. E. Ras;

Raadsheren: Mrs S. K. Martens, C. Th. Hermans,
A. R. Bloembergen en S. Boekman.

Art. 1416a Burgerlijk Wetboek.

Hof (bekrachtigend vonnis President Rechtbank):

(1) *De woorden "adviesprijs" en naar gangbare betekenis "catalogusprijs" houden op zich al in dat dit geen bindende prijzen zijn; wie zich dit niet mocht realiseren, moet toch op dat idee komen, doordat Elektrogram openlijk lagere prijzen vraagt. Bovendien mag als algemeen bekend worden verondersteld dat de apparatuur waarom het hier gaat, verkrijgbaar is tegen (aanmerkelijk) lagere prijzen dan "catalogus-" of "adviesprijzen". Konsumenten Kontakt (KK) kan niet eisen dat Elektrogram duidelijk(er) maakt dat het gaat om niet-bindende adviesprijzen.*

(2) *Met betrekking tot het gebruik van de term "stuntprijzen" en dergelijke termen, is misleiding voorshands niet aannemelijk geworden; voorshands kan hierin niet meer gezien worden dan een zekere overdrijving, welke aan reclame veelal eigen is, doch waarvan het publiek zich doorgaans wel bewust is.*

(3) *Het Hof ziet evenmin aanleiding voor een verbod om te verwijzen naar irreëel hoge adviesprijzen (waaronder KK verstaat: hogere prijzen dan de inkoop-prijzen plus een redelijke winstmarge), in aanmerking nemende:*

a) *dat de adviesprijzen eenzijdig door de fabrikanten en importeurs worden vastgesteld;*

b) *dat een dergelijk verbod te vaag is, omdat niet eenvoudig vast te stellen is wat in deze branche voor ieder artikel een redelijke winstmarge voor de detaillist is;*

c) *terwijl anderzijds voorshands niet aannemelijk is dat het publiek hier ernstig wordt misleid.*

Hoge Raad: (Ad 3): *Nu aan de overige vereisten van artikel 1416a is voldaan, is beslissend of het publiek door vergelijking met een irreëel hoge adviesprijs wordt misleid.*

De artikelen 1416a e.v. beogen het publiek te beschermen tegen misleiding "zonder meer", en niet alleen tegen "ernstige misleiding". Dat het publiek (in het geheel) niet misleid wordt, stelt het Hof niet

vast; in 's Hofs arrest ligt integendeel besloten, dat er van (enige) misleiding wél sprake is.

Of een adviesprijs (eenzijdig) door fabrikanten en importeurs wordt vastgesteld, dan wel is verzonnen door de adverteerder, is rechtens irrelevant.

Een verbod de eigen verkoopprijzen te vergelijken met "irreëel hoge adviesprijzen" kan niet als "te vaag" worden afgewezen, nu dit verstaan zal moeten worden als een verbod van vergelijking met adviesprijzen, waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij niet als werkelijke adviesprijzen kunnen worden beschouwd.

*Cassatieberoep voor het overige verworpen.**)**)*)*

Stichting Konsumenten Kontakt te 's-Gravenhage, eiseres tot cassatie, advocaat Mr E. J. Dommering, tegen
Elektrorama B.V. te Spijkenisse, verweerster in cassatie, advocaat Mr G. M. M. den Drijver.

a) Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, 15 december 1982 (Mr S. Oudkerk).

Ten aanzien van het recht:

Voor zover thans van belang is in dit geding onder meer het navolgende tussen partijen komen vast te staan:

a) dat eiseres [Konsumenten Kontakt, Red.], een consumentenorganisatie, is een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1416c, lid 2 sub a van het Burgerlijk Wetboek.

b) dat gedaagde is een vennootschap, die verschillende detailzaken exploiteert, waarin zij elektronische apparatuur (T.V., radio, grammofoon etc.) aan het publiek te koop aanbiedt.

c) dat gedaagde door mededelingen van diverse aard (onder meer folders, advertenties, opschriften en prijskaartjes) zowel in (en aan de buitenzijde) van de door haar geëxploiteerde zaken als elders (bv. in periodieken) haar waren bij het publiek aanprijst.

Stellende bij de door haar verzochte voorzieningen een spoedeisend belang te bezitten, heeft eiseres in dit kort geding gevorderd, dat Wij gedaagde zullen verbieden om:

1. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin de prijzen van de door haar aangeboden produkten worden vergeleken met als "catalogusprijs", "normaalprijs" of van soortgelijke omschrijvingen voorziene prijzen, zonder dat in de mededeling op voor het publiek duidelijk kenbare wijze tot uitdrukking wordt gebracht dat de prijs waarmee vergeleken wordt een door de fabrikant of importeur gehanteerde niet bindende adviesprijs is;
2. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin de eigen verkoopprijzen al of niet in vergelijking met een doorgestreepte prijs, met "stuntprijs" of met een soortgelijke aanduiding worden gekarakteriseerd, terwijl de prijs niet afwijkt van een in de branche normale verkoopprijs (inkoopprijs detailhandel plus redelijke winstmarge);
3. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin verkoopprijzen met "opruimprijzen" of een soortgelijke omschrijving worden aangeduid, terwijl de prijs niet afwijkt van een eigen eerder gehanteerde niet als zodanig aangeduide verkoopprijs of vergeleken wordt met een al of niet bestaande doorgestreepte adviesprijs of andere fictieve prijs;
4. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin (in vergelijking tot de eigen verkoopprijzen) wordt verwezen naar een niet meer

))*) Zie de noten van D. W. F. V. achter het arrest. Red.

door de importeur of fabrikant gehanteerde adviesprijs of naar een irreëel hoge adviesprijs die niet weergeeft een inkoopprijs van de detaillist plus een redelijke winstmarge;

Aan deze vorderingen heeft eiseres ten grondslag gelegd, dat de sub c) genoemde mededelingen een voor het (kopend) publiek misleidend karakter hebben, in welk verband eiseres speciaal heeft gewezen op de wijze waarop gedaagde "haar" waren in die mededelingen van een prijs voorziet, hetwelk — nog steeds volgens eiseres — in strijd is met het bepaalde in artikel 1416a van het Burgerlijk Wetboek en met name in het sub d) in dit wetsartikel bepaalde.

Gedaagde heeft deze tegen haar ingestelde vorderingen gemotiveerd bestreden.

Voorop zij gesteld, dat de door gedaagde geëxploiteerde detailzaken een zogenaamd "discount"-karakter hebben. Het betreft hier een winkel-type, dat — zeker in de branche waarin gedaagde zich beweegt — sedert het jaar 1964 (waarin de verticale prijsbinding in die branche grotendeels werd verboden) tot niet onaanzienlijke bloei is gekomen en dat inmiddels onder meer in de winkelcentra ten onzent een bekend verschijnsel is geworden. Het gaat hier om zaken, die door het karakter van hun inrichting en door de aard van de van hen uitgaande mededelingen, als voormeld sub c) bij het publiek de indruk vestigen, dat men in die zaken voor de aankoop van elektronische apparatuur goedkoop kan slagen. In deze zaken wordt beoogd om (mede) door een grote omzet te koop aangeboden waren tegen sterk concurrerende prijzen aan het publiek te kunnen leveren.

Naar Ons gevoelen is deze wijze van handelen en reclame maken niet misleidend in de zin van het bepaalde in artikel 1416a van het Burgerlijk Wetboek en wel reeds hierom niet, omdat — gelijk aan Ons aannemelijk is voorgekomen — men (als particulier) voor de aankoop van elektronische apparatuur in dit soort zaken veelal aanmerkelijk voordeliger kan slagen dan elders. Naar Wij zouden menen wordt — en zulks anders dan eiseres schijnt te menen — in dit oordeel geen verandering gebracht, nu gedaagde zich in haar sub c) genoemde mededelingen tevens bedient van mogelijk wat overtrokken mededelingen — (een overigens in de detailhandel niet ongebruikelijk verschijnsel) als "stuntprijzen", "sensatie-aanbiedingen", "zuigprijzen" etc., nu men toch — het zij herhaald — voor de aankoop van elektronische apparatuur in dit soort "discount" zaken veelal aanmerkelijk voordeliger kan slagen dan elders.

In haar sub c) bedoelde mededelingen pleegt gedaagde voorts naast elkaar te vermelden, enerzijds de door de fabrikant (importeur) vastgestelde bruto-adviesprijs (tevens de catalogusprijs) en anderzijds de prijs waarvoor het betreffende artikel in haar zaken te koop is, welke laatstbedoelde prijs veelal aanmerkelijk lager is dan de genoemde bruto-adviesprijs (catalogusprijs). Volgens eiseres misleidt gedaagde aldus het kopend publiek, hetwelk toch juist door die grote prijsverschillen wordt bewogen tot het doen van niet of minder verantwoorde aankopen, in welk verband eiseres nog heeft betoogd, dat de (door de fabrikant, c.q. importeur vastgestelde) bruto-adviesprijzen vaak niet behoorlijk gefundeerde, irreële, prijzen zijn, welke slechts een omzetverhogende betekenis hebben.

In dit verband is ten processe genoegzaam gebleken, dat de verschillende fabrikanten, c.q. importeurs, (waaronder thans blijkbaar ook weer Sony) catalogi onder het publiek verspreiden en (mede door de detaillisten) doen verspreiden, in welke catalogi de ten verkoop aangeboden elektronische apparaten (al dan niet nader gedetailleerd omschreven)

met vermelding van type, nummer(s) en letter(s) plegen te worden omschreven, zulks met vermelding bij ieder artikel van de zogenaamde "catalogusprijs", welke in feite geen andere prijs is dan de genoemde "bruto-adviesprijs".

Voor zover thans van belang doet gedaagde nu in haar sub c) bedoelde mededelingen in feite niet anders dan het geheel of gedeeltelijk overnemen van de in de catalogi voorkomende omschrijvingen en verdere gegevens, zulks onder vermelding bij ieder artikel zowel van de "catalogusprijs" als de prijs waarvoor dit artikel in haar zaken te koop is. Naar het aan Ons is voorgekomen is er ook op dit stuk voorshands geen plaats voor een ingrijpen Onzerzijds als door eiseres is verzocht. Niet alleen zijn de prijzen waarvoor gedaagde de verschillende artikelen aan het publiek te koop aanbiedt (toch niet het onbelangrijkste element in deze zaak) duidelijk en voor geen tweërlei uitleg vatbaar, ook voor het overige bevatten die mededelingen (voor zover thans van belang) slechts de waarheid, weshalve naar Wij zouden menen te dezen bezwaarlijk kan worden gesproken van misleidende reclame in de zin van het voornoemde wetsartikel. Ook de omstandigheid dat de (in de bedoelde mededelingen al dan niet doorgehaalde) bruto-adviesprijzen (catalogusprijzen) in een aantal gevallen mogelijk somtijds veel te hoge bedragen aangeven (een verwijt dat overigens meer de fabrikanten/importeurs dan gedaagde treft), hetwelk — het zij aan eiseres toegegeven — een minder juist element in de prijsstelling kan opleveren, leidt, naar Ons gevoelen, onder de voormelde omstandigheden niet tot het oordeel dat te dezen van misleidende reclame sprake is in de zin van artikel 1416a van het Burgerlijk Wetboek. Ten overvloede zij te dezen nog overwogen dat Ons bij Onze beoordeling te dezen een zekere terughoudendheid past zulks onder meer gelet op de inhoud van de adviesaanvraag van het ministerie van economische zaken aan de SER van 7 november 1980, waaruit bijvoorbeeld blijkt dat op het stuk van misleidende prijsvergelijking aan de regering meer een publiekrechtelijke dan een privaatrechtelijke regeling voor ogen staat.

Nu gedaagde uitdrukkelijk heeft toegezegd om in haar sub c) genoemde mededelingen in den vervolge niet langer de aanduiding "normaalprijzen" te bezigen en voortaan in die mededelingen de aanduiding "uitverkooprijzen" niet langer te gebruiken met betrekking tot prijzen die hoger zijn dan de prijzen die zij tijdens, c.q. omstreeks, een opruiming voor de desbetreffende artikelen van het kopend publiek vraagt, achten Wij evenmin op dit stuk thans enige voorziening Onzerzijds noodzakelijk, nu Wij voorshands aannemen, dat gedaagde zich aan deze door haar gedane toezeggingen zal houden.

Ook zijn er, naar Ons gevoelen, geen genoegzaam zwaarwichtige redenen voorhanden voor een bevel aan gedaagde om in al haar sub c) bedoelde mededelingen in den vervolge met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen, dat de in die mededelingen door haar genoemde catalogusprijzen (bruto-adviesprijzen) een (haar) niet bindend karakter hebben, omdat de in die mededelingen opgenomen prijsvergelijkingen zulks reeds vrijwel impliceren, terwijl voorts redelijkerwijze kan worden aangenomen, dat het kopend publiek inmiddels voldoende met het niet bindende karakter van deze prijzen op de hoogte is, zulks gelet op de talrijke gelegenheden (waarbij ook de consumentenorganisaties zich niet onbetuigd hebben gelaten) waarop zulks onder de aandacht van het publiek is gebracht.

Wijders heeft eiseres erop gewezen, dat gedaagde zich in haar sub c) bedoelde mededelingen somtijds schuldig maakt aan het noemen van onjuiste catalogusprijzen, bijvoorbeeld door prijsvergelijking met inmiddels niet langer geldende bruto-adviesprijzen.

Ook dit betoog kan eiseres niet baten, omdat het hier — voor zover te dezen al van onjuistheden kan worden gesproken — hoogstens gaat om een zeer beperkt aantal gevallen; waarin telkens van een kennelijke vergissing sprake was.

Een en ander brengt met zich, dat, naar Ons voorlopig oordeel, aan eiseres al de door haar verzochte voorzieningen behoren te worden geweigerd.

Ten slotte zij nog overwogen, dat eiseres, naar Ons gevoelen, — en zulks anders dan gedaagde schijnt te menen — bij haar onderhavige vorderingen op zichzelf wel een voor een kort geding noodzakelijk genoegzaam spoedeisend belang bezit, nu gedaagde met haar voormelde handelwijze toch onverdroten doorgaat en zulks ondanks de omstandigheid dat (volgens de stellingen van eiseres) het kopend publiek daardoor wordt gedupeerd, c.q. schade lijdt.

Rechtdoende:

Weigeren aan eiseres de door haar verzochte voorzieningen.

Veroordelen eiseres in de kosten van dit kort geding, welke kosten tot op heden aan de zijde van gedaagde worden begroot op nihil aan verschotten, zomede op f 2.000,— aan salaris voor haar procureur. Enz.

b) Gerechtshof te 's-Gravenhage, Tweede Kamer, 4 mei 1984 (Mrs H. W. Mulder, M. B. van Meerten en A. B. M. Borgart).

Beoordeling van de grieven

1. In de grieven worden vrijwel alle overwegingen van de President aangevallen, zodat een geheel nieuwe behandeling van het geschil aangewezen is.

2. Ook in hoger beroep vordert Konsumenten Kontakt vooreerst dat aan Elektrorama zal worden verboden om:

a. "mededelingen openbaar te maken of te laten openbaar maken waarin de prijzen van de door haar aangeboden produkten worden vergeleken met als "catalogusprijs", of "normaalprijs" of van soortgelijke omschrijvingen voorziene prijzen, zonder dat in de mededeling op voor het publiek duidelijk kenbare wijze tot uitdrukking wordt gebracht dat de prijs waarmee vergeleken wordt een door de fabrikant of importeur gehanteerde niet bindende adviesprijs is."

3. Voor wat betreft de term "normaalprijzen" heeft Konsumenten Kontakt in hoger beroep — ook bij pleidooi — niet gesteld, dat Elektrorama zich op dit punt niet zou hebben gehouden aan haar toezegging om deze aanduiding niet meer te gebruiken. Voor een verbod op dit punt is daarom geen reden.

Voor wat betreft de termen "catalogusprijs", en de daarmee gelijk te stellen termen "adviesprijs" en "bruto-adviesprijs", zij voorop gesteld, dat Konsumenten Kontakt niet vordert dat aan Elektrorama zonder meer wordt verboden om de door haar gevraagde prijzen te vergeleken met de aldus genoemde prijzen; het komt slechts hierop neer, dat Konsumenten Kontakt verlangt, dat Elektrorama aan het publiek duidelijk maakt dat dan vergeleken wordt met door de fabrikant of importeur gehanteerde niet-bindende adviesprijzen.

4. Het woord "adviesprijzen" en, naar gangbare betekenis, ook het woord "catalogusprijs" houden op zich al in dat dit geen bindende prijzen zijn; wie zich dit niet mocht realiseren, moet toch op dat idee komen, doordat Elektrorama openlijk lagere prijzen vraagt; en bovendien mag voorshands als algemeen bekend worden verondersteld, dat de apparatuur waar het hier om gaat, verkrijgbaar is tegen (aanmerkelijk) lagere prijzen dan de "catalogusprijs" of de "adviesprijs". De door Konsumenten Kontakt verlangde toevoeging mist dus reële betekenis als het er om gaat misleiding te voorkomen; voor het hier door

Konsumenten Kontakt gevraagde rechterlijk verbod is reeds om deze reden geen plaats.

5. Verder vordert Konsumenten Kontakt een verbod tegen Elektrorama om:

b. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin de eigen verkoopprijzen al of niet in vergelijking met een doorgestreepte prijs, met "stuntprijs" of met een soortgelijke aanduiding worden gekarakteriseerd, terwijl de prijs niet afwijkt van een in de branche normale verkoopprijs (inkoopprijs detailhandel plus een redelijke winstmarge);

c. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin verkoopprijzen met "opruimprijzen" of soortgelijke omschrijving worden aangeduid, terwijl de prijs niet afwijkt van een eigen eerder gehanteerde niet als zodanig aangeduide verkoopprijs of vergeleken wordt met een al of niet bestaande (doorgestreepte) adviesprijs of andere fictieve prijs;

d. mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin (in vergelijking tot de eigen verkoopprijzen) wordt verwezen naar een niet meer door de importeur of fabrikant gehanteerde adviesprijs of naar een irreëel hoge adviesprijs die niet weergeeft een inkoopprijs van de detaillist plus een redelijke winstmarge;".

6. Konsumenten Kontakt heeft gesteld, en met tal van produkties trachten aan te tonen, dat Elektrorama:

a. onjuiste, te hoge adviesprijzen vermeldt; b. adviesprijzen vermeldt, die nooit hebben bestaan, of niet meer door de fabrikant of de importeur worden gehanteerd;

c. adverteert met "opruimprijzen" terwijl die prijzen niet lager zijn, dan eerdere, niet als zodanig aangeduide, buiten de opruimperiode geldende verkoopprijzen.

7. Hiertegenover heeft Elektrorama door overlegging van een groot aantal produkties in het kader van dit kort geding voldoende aannemelijk gemaakt dat:

ad. a door Konsumenten Kontakt verouderde prijslijsten zijn gebruikt, ofwel niet gelijke apparaten zijn vergeleken, en dat Elektrorama steeds – afgezien van enkele incidentele fouten – de laatstelijk geldende adviesprijzen vermeldt;

ad. b indien van bepaalde apparaten niet langer adviesprijzen door fabrikant of importeur worden gepubliceerd, Elektrorama steeds de laatst gepubliceerde adviesprijzen vermeldt;

ad. c Konsumenten Kontakt over het hoofd ziet, dat per 1 januari 1984 de B.T.W. is verhoogd, en dat hiermee rekening houdende, de "opruimprijzen" wel lager waren dan de eerder, buiten de opruimperiode gevraagde prijzen.

8. Voor wat betreft de term "stuntprijzen" en soortgelijke aanduidingen: Konsumenten Kontakt heeft ook produkties overgelegd, waaruit zou moeten blijken, dat elders nog lagere prijzen werden gevraagd, doch Elektrorama heeft met haar produkties voorshands aannemelijk gemaakt, dat Konsumenten Kontakt niet dezelfde merken/types met elkaar heeft vergeleken. In elk geval is voorshands geen aanleiding gebleken om aan te nemen dat hier sprake is van misleiding; voorshands kan hierin niet meer worden gezien dan een zekere overdrijving, welke aan reclame veelal eigen is, doch waarvan het publiek zich doorgaans wel bewust is.

9. Ten slotte voor wat betreft het verbod om te verwijzen naar irreëel hoge adviesprijzen (waaronder Konsumenten Kontakt verstaat hogere prijzen dan de inkoopprijzen plus een redelijke winstmarge): hiertoe vindt het Hof geen aanleiding, in aanmerking nemende:

a) dat de adviesprijzen eenzijdig door de fabrikanten en importeurs worden vastgesteld;

b) dat een dergelijk verbod te vaag is, omdat niet eenvoudig is vast te stellen wat in deze branche voor ieder artikel een redelijke winstmarge voor de detaillist is;

c) terwijl anderzijds voorshands niet aannemelijk is dat het publiek hier ernstig door wordt misleid, gelet op hetgeen hierboven onder 4 is overwogen.

10. Het voorgaande brengt mee, dat de President de gevraagde voorzieningen terecht heeft geweigerd, en dat, het vonnis waarvan beroep moet worden bekrachtigd.

11. Naar aanleiding van de "processuele" opmerkingen, die tijdens Konsumenten Kontakt bij pleidooi zijn gemaakt, zij vooreerst vastgesteld dat de procureur van Elektrorama heeft verklaard dat van alle door hem overgelegde stukken tijdig copie is gezonden aan de procureur van Konsumenten Kontakt;

en zij voorts opgemerkt, dat toezending van de bij akte bij pleidooi overgelegde stukken ruim drie dagen voor het pleidooi in casu tijdig kan worden geacht, gelet op de grote hoeveelheid werk die het moet hebben gekost om de door Konsumenten Kontakt – in vaak moeilijk leesbare fotocopie op voorhand toegezonden – in het geding gebrachte produkties te controleren.

Beslissing

Het Hof, rechtdoende in kort geding, bekrachtigt het vonnis waarvan beroep en veroordeelt Konsumenten Kontakt in de op het beroep gevallen kosten, welke aan de zijde van Elektrorama tot op heden worden begroot op f 3.750,—. Enz.

c) Cassatiemiddel.

Het Hof heeft het recht geschonden en/of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen verzuimd door in zijn arrest, waarvan de inhoud als hier overgenomen en ingelast is te beschouwen, te overwegen als het heeft gedaan, om een of meer van de hierna, zodanig in onderling verband te lezen, redenen:

1) Het Hof stelt in rechtsoverweging 1 vast dat de grieven vrijwel alle overwegingen van het vonnis van de President aanvallen, zodat een geheel nieuwe behandeling van het geschil aangewezen is. In het vervolg van het arrest gaat het Hof niet meer expliciet op de in appel aangevoerde grieven in.

Met name behandelt het Hof niet, althans niet alle van de navolgende voor de beoordeling van het geschil relevante in de aanvulling en toelichting op de grieven in hoger beroep aangevoerde stellingen, zakelijk hier op neerkomende:

– Degeen die stelt of suggereert dat hij goedkoper en soms zelfs de goedkoopste is heeft – zeker in aanmerking genomen de omkering van de bewijslast in artikel 1416b B.W. – de bewijslast aan te tonen (aannemelijk te maken) dat de door hem in de reclame gedane mededelingen juist zijn (grief I);

– Appellante weet niet hoe het procesdossier van geïntimeerde is samengesteld, met name weet zij niet welke "catalogi" zich daarin bevinden. De te dezer zake door geïntimeerde in eerste aanleg overgelegde documentatie is geen publieksinformatie, maar vertrouwelijk door de fabrikant of importeur aan de detaillist verstrekte informatie (grief II);

– Doorgestreepte "adviesprijzen" of "catalogusprijzen" geven geen enkele marktindicatie, en vormen misleidende informatie omtrent de prijsstelling van het produkt (grief III);

– Geïntimeerde heeft geweigerd een door een dwangsom verzekerde overeenkomst aan te gaan, hetgeen appellante had gevraagd, omdat dit het enig rechtens effectieve middel is om een regeling buiten rechte tot stand te brengen (grief IV);

– Het gebruik maken van een referentieprijz waaruit niet blijkt dat deze geen bindend karakter heeft, is een misleidende mededeling, zeker voor die delen van het publiek die appellante met haar voorlichting niet bereikt (grief V);

– Appellante heeft de in eerste aanleg overgelegde produkties (door de President als voorbeelden betiteld) opnieuw gegroepeerd en overgelegd ten einde het systematische karakter daarvan te laten zien. De prijsvergelijkingen beogen slechts te suggeren dat bij de detaillist bijzondere voordelen zijn te behalen (grief VI);

Door niet op (alle) in appel aangevoerde stellingen (gemotiveerd) te beslissen of daarin bestreden feitelijke stellingen ambtshalve voor vaststaand aan te nemen, heeft het Hof zijn taak als appelrechter miskend en is zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

Deze algemene klacht wordt hierna zonedig verder uitgewerkt;

2)a. In de rechtsoverwegingen 2, 3 en 4 wijdt het Hof enige beschouwingen aan het onder a van de inleidende dagvaarding en in hoger beroep gevorderde verbod. Zoals in onderdeel 1) aangevoerd, gaat het Hof daarbij niet in op – of zonder motivering voorbij aan – het in de grieven aangevoerde. Meer in het bijzonder is onbegrijpelijk hetgeen het Hof overweegt over de “catalogusprijs”, nu het Hof niets vaststelt over de aard van de catalogi en/of de vraag of de catalogi die door Elektorama in eerste aanleg zijn “overgelegd” of waarnaar in de advertenties wordt verwezen voor het publiek bestemde informatie bevatten. Daarom is ook niet te plaatsen ‘s Hof’s overweging ten overvloede over het van algemene bekendheid zijn dat de apparatuur waar het hier om gaat, verkrijgbaar is tegen (aanmerkelijk) lagere prijzen dan de catalogusprijs of de adviesprijs; daartoe moet (het overgrote deel van) het publiek immers over kennis van de inhoud van de catalogi beschikken of anderszins met catalogusprijzen bekend zijn, hetgeen grief II uitdrukkelijk had bestreden. Voorts is onbegrijpelijk wat het Hof bedoelt te zeggen met de bewering dat “adviesprijzen en naar gangbare betekenis ook het woord catalogusprijs op zich al inhouden dat het geen bindende prijzen zijn”, aangezien er immers voor tal van produkten en diensten catalogi in de handel zijn die wel degelijk bindende (althans voor een zekere periode bindende) publieksprijzen bevatten. Onbegrijpelijk is tenslotte, waarom uit het feit dat Elektorama lagere prijzen vraagt, door het publiek zal worden afgeleid dat de catalogusprijs een niet bindend karakter heeft, aangezien daarmee als gegeven wordt aangenomen wat nu juist te bewijzen viel.

2)b. Behalve dat de hier bestreden overwegingen niet naar de eis der wet met redenen omkleed zijn, legt het Hof in deze overwegingen (en ook elders in zijn arrest) een onjuiste maatstaf aan voor de beoordeling van de vraag of het consumentenpubliek door de bestreden advertenties is of kan worden misleid in de zin van artikel 1416a B.W. Daarvoor had het Hof immers zich de vraag moeten stellen hoe het gemiddelde oppervlakkig oordelende en waarnemende publiek, dat op het moment van kennisneming van de reclame niet beschikt over (prijs)vergelijkend materiaal, afgaand op het totaalbeeld van die uitingen (niet slechts de tekst, maar de tekst in verband met het beeld en de opmaak van de advertentie) de reclame-uitingen zal beoordelen, en/of andere ten deze relevante te achten factoren in de vraagstelling moeten betrekken. Het Hof gaat in dit verband ten onrechte voorbij aan het sociaal-psychologisch onderzoek naar het effect van prijsvergelijkingen als de onderhavige door appellante overgelegd en waarop zij zich uitdrukkelijk heeft beroepen.

In elk geval is het arrest ook op dit punt niet naar

de eis der wet met redenen omkleed, omdat ondoorzichtig is welke maatstaf het Hof heeft aangelegd bij de beoordeling of er sprake is van onrechtmatige misleiding van het publiek.

3)a. In de rechtsoverwegingen 5 t/m 9 houdt het Hof zich bezig met onder b t/m d in de inleidende dagvaarding en in hoger beroep gevorderde verboden. De beslissingen op dit punt zijn niet naar de eis der wet met redenen omkleed, casu quo geven zij er blijk van dat het Hof zijn taak als appelrechter heeft miskend. Allereerst is onbegrijpelijk wat het Hof in rechtsoverweging 7 bedoelt met de mededeling dat Elektorama door overlegging van een groot aantal produkties in het kader van dit kort geding de in deze rechtsoverweging gespecificeerde beweringen voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Het Hof verwijst naar de stellingen van Elektorama zoals ze bij pleidooi in appel naar aanleiding van de toen door Elektorama overgelegde produkties zijn voorgedragen. Het Hof gaat echter geheel voorbij aan hetgeen appellante in eerste aanleg en bij de memorie van grieven (grief VI) naar voren heeft gebracht naar aanleiding van de advertenties die zij in eerste aanleg heeft overgelegd. Voorts schenkt het Hof geen enkele aandacht aan de uitdrukkelijk door appellante aangevoerde stelling dat ook misleidend is het in de opruimperiode vergelijken van opruimprijzen met (doorgestreepte) adviesprijzen of andere niet eerder gevoerde prijzen (zie het in r.o. 5 onder c weergegeven verbod, laatste drie regels en memorie van grieven blz. 7). Het Hof bespreekt in rechtsoverweging 7 dit aspect van het in dit verband door appellante aangevoerde, in het geheel niet. Voor zover het Hof oordeelt dat het niet besproken deel van de stellingen van appellante niet relevant is, is dat oordeel onjuist omdat ook in de hier door appellante bedoelde gevallen sprake is of kan zijn van misleiding in de zin van artikel 1416a B.W.

3)b. In rechtsoverweging 8 geeft het Hof een beslissing over de “stuntprijzen” en soortgelijke aanduidingen. Het Hof verwerpt de stellingen van appellante met het argument dat Elektorama heeft aannemelijk gemaakt dat de door appellante overgelegde produkties, waaruit blijkt dat er elders lagere prijzen worden gevraagd, berusten op vergelijking van verkeerde types. Deze beslissing is onjuist omdat het hanteren van superlatieven bij prijsaanduidingen en prijsvergelijkingen (vrijwel) altijd misleiding in de zin van artikel 1416a B.W. oplevert, omdat het voor het publiek ondoenlijk is om vast te stellen of degenen die zich ervan bedient inderdaad de goedkoopste of vrijwel de goedkoopste is (hetgeen de strekking van de mededeling “stuntprijs” is, gelijk het Hof – veronderstellenderwijs – in rechtsoverweging 8 aanneemt). Deze beslissing is in elk geval onjuist omdat het Hof er (klaarblijkelijk) van uit gaat dat op appellante de plicht rust de onjuistheid van deze suggestie die uitgaat van het bezigen van termen als “stuntprijzen” of soortgelijke aanduidingen, aannemelijk te maken, terwijl artikel 1416b B.W. de bewijstlast ten dezen omkeert hetgeen in kort geding impliceert dat de juistheid van de feiten die in de mededeling zijn verrat of die daardoor worden gesuggereerd, door degene die de mededeling doet aannemelijk wordt gemaakt. De overweging ten overvloede is onjuist althans onbegrijpelijk, c.q. brengt het Hof in strijd met zijn taak als appelrechter ambtshalve feiten bij. Zij is onjuist, althans onbegrijpelijk op de in onderdeel 2)b aangegeven gronden, omdat het Hof ten dezen een verkeerde maatstaf hanteert, althans onbegrijpelijk is welke maatstaf het hanteert. In elk geval is onbegrijpelijk – mede in het licht van hetgeen appellante ten processe heeft aangevoerd – waaraan het Hof zijn wetenschap ontleent over hetgeen het publiek zich in dit verband “doorgaans wel bewust is”, zijnde ‘s Hof’s veronderstelling daaromtrent geen feit van algemene bekendheid.

3)c. In rechtsoverweging 9 gaat het Hof in op het door appellante gestelde omtrent de irreëel hoge (bruto)adviesprijzen. Het Hof oordeelt allereerst dat de toewijsbaarheid van het door appellante gevraagde verbod afstuit op het feit dat de adviesprijzen eenzijdig door de fabrikanten en importeurs worden vastgesteld. Deze beslissing is onjuist – mede gelet op het uitdrukkelijk te dier zake door appellante ten processe aangevoerde (zie ad grief III) –, omdat Elektrorama openbaar maakt of laat maken in de zin van artikel 1416a B.W. en zelf de prijsvergelijkingen in de advertenties opstelt en zich daarbij bedient van (zoals het Hof zelf trouwens in r.o. 4 vaststelt) niet bindende (bruto)adviesprijzen. De vraag is niet wie de (bruto)-adviesprijzen vaststelt doch wie de misleidende prijsvergelijking met behulp daarvan openbaar maakt. Het onder b overwogene is onbegrijpelijk in het licht van de door appellante ten processe aangevoerde en de ten processe overgelegde zeer ampele documentatie, door Elektrorama niet weersproken (althans het tegendeel is door haar niet aannemelijk gemaakt), waaruit blijkt dat de (bruto)adviesprijs in de elektrotechnische branche (waar het gevraagde verbod betrekking op heeft) niet daadwerkelijk als aanbods- (publieks)prijs wordt gebezigd, doch (vrijwel) uitsluitend door de fabrikanten of importeurs als promotie-instrument voor de detaillist wordt aangereikt. De overweging onder c is onjuist op de in onderdeel 2)a en b aangevoerde gronden. De verwijzing naar r.o. 4 vormt bovendien geen begrijpelijke motivering, althans stelt het Hof in strijd met zijn taak als appelrechter ambtshalve feiten vast, aangezien op geen enkele manier ten processe is komen vast te staan dat het publiek weet of kan begrijpen, dat bruto-adviesprijzen geen of zelden reële marktprijzen zijn. Voorts is de overweging onder c onjuist omdat de vergelijking van een publieksprijs met een fictieve, dat wil zeggen niet werkelijk als aanbodsprijs elders gehanteerde, (bruto)adviesprijs misleiding van het publiek in de zin van artikel 1416a B.W. vormt, terwijl dit artikel niet de eis stelt dat de misleiding "ernstig" moet zijn, zoals het Hof aanneemt.

4) In r.o. 11 verwerpt het Hof het processuele verweer van appellante. Deze overweging is in strijd met regels van behoorlijk procesrecht, althans onbegrijpelijk, aangezien appellantes raadsman zich bij pleidooi uitdrukkelijk erop beroepen heeft dat hij de drie dagen voor pleidooi (op vrijdagmiddag, dus met een daarop volgend weekend, wanneer de cliënt veelal niet te bereiken is) door de raadsman van Elektrorama toegezonden producties niet meer op relevantie voor het geschil heeft kunnen bestuderen en herkomst en aard van deze stukken niet heeft kunnen verifiëren en hij de relevantie van die stukken uitdrukkelijk heeft betwist, alsmede heeft betwist dat deze stukken voor het publiek in voldoende mate kenbare prijzen zouden bevatten. Het Hof had niet met voorbijgaan aan dit uitdrukkelijk opgeworpen verweer dat appellante in haar processuele belangen bij de laatste feitelijke instantie was geschaad, op grond van deze stukken beslissingen kunnen en mogen nemen (gelijk het in rechtsoverweging 7 heeft gedaan) en het had appellante (bijvoorbeeld) de gelegenheid behoren te geven zich na pleidooi nog over de (ontijdig) toegestuurde producties uit te laten. Ten onrechte gaat het Hof er in r.o. 11 van uit dat de enige vraag is of Elektrorama van de late toezending van de producties een verwijt kan worden gemaakt, terwijl het er om gaat na te gaan of de andere partij daardoor in processuele belangen is geschaad.

Mitsdien:

Het de Hoge Raad behage het arrest van het Hof te 's-Gravenhage waartegen het middel zich richt te vernietigen met zodanige uitspraak als de Hoge

Raad zal vermenen te behoren, kosten rechtens. Enz.

d) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr M. R. Mok, 18 januari 1985.

1. Korte beschrijving van de zaak.

De huidige artt. 1416a–1416c zijn tot stand gekomen bij de Wet van 6 juni 1980, Stb. 304 (in werking getreden op 14 juli 1980). De onderhavige zaak, een tweede zaak (nr 12.516), waarin ik heden eveneens zal concluderen, en een derde (nr 12.514) zijn de eerste drie waarin geschillen over de toepassing van die bepalingen aan de Hoge Raad worden voorgelegd.

Eiseres tot cassatie, de Stichting Konsumenten Kontakt, hierna aan te duiden als Konsumenten Kontakt, heeft tegen verweerster, Elektrorama, een kort geding aangespannen voor de president van de rechtbank te Rotterdam, aangezien Elektrorama misleidende mededelingen zou doen ten aanzien van de prijzen van de door haar verkochte waren of de wijze van berekening daarvan (vgl. art. 1416a, aanhef en onder d). Bij inleidende dagvaarding heeft Konsumenten Kontakt gevorderd dat de president Elektrorama zou verbieden:

"1. Mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin de prijzen van de door haar aangeboden produkten worden vergeleken met als "catalogusprijs", "normaalprijs" of van soortgelijke omschrijvingen voorziene prijzen, zonder dat in de mededeling op voor het publiek duidelijk kenbare wijze tot uitdrukking wordt gebracht dat de prijs waarmee vergeleken wordt een door de fabrikant of importeur gehanteerde niet-bindende adviesprijs is;

2. Mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin de eigen verkoopprijzen al of niet in vergelijking met een doorgestreepte prijs, met "stuntprijs" of met een soortgelijke aanduiding worden gekarakteriseerd, terwijl de prijs niet afwijkt van een in de branche normale verkoopprijs (inkoop-prijs detailhandel plus redelijke winstmarge);

3. Mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin de verkoopprijs met "opruimprijzen" of een soortgelijke omschrijving worden aangeduid, terwijl de prijs niet afwijkt van een eigen eerder gehanteerde niet als zodanig aangeduide verkoopprijs of vergeleken wordt met een al of niet bestaande doorgestreepte adviesprijs of andere fictieve prijs;

4. Mededelingen openbaar te maken of te laten openbaarmaken waarin (in vergelijking tot de eigen verkoopprijzen) wordt verwezen naar een niet meer door de importeur of fabrikant gehanteerde adviesprijs of naar een irreële hoge adviesprijs die niet weergeeft een inkoop-prijs van de detaillist plus een redelijke winstmarge;"

Bij vonnis van 15 december 1982¹⁾ heeft de president de gevraagde voorzieningen afgewezen.

Konsumenten Kontakt heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld. Het gerechtshof in Den Haag heeft overwogen dat in de appelgrievens vrijwel alle overwegingen van de president zijn aangevallen, zodat een geheel nieuwe behandeling van het geschil aangewezen was. Het heeft het vonnis van de president bekrachtigd. Tegen dit arrest is het onderhavige cassatieberoep gericht.

Op te merken is dat reeds enige tijd voor het kort geding overleg tussen partijen heeft plaatsgevonden, zij het dat dit Konsumenten Kontakt kennelijk niet (geheel) heeft bevredigd. Bij gelegenheid van dit contact zou Elektrorama hebben toegezegd²⁾ het begrip "normaalprijs" niet meer te gebruiken en de term "opruimprijs" voortaan alleen te gebruiken voor

¹⁾ Gepubliceerd in *Kort Geding*, 1983, 42.

produkten die door de opruiming goedkoper zijn dan de eerder gehanteerde verkoopprijs²). De raadsman van Elektrorama in de feitelijke instanties heeft dit bij telex van 29 november 1982 aan de raadsman van Konsumenten Kontakt bevestigd³).

2. Catalogusprijzen en bruto-adviesprijzen.

Zoals bleek behoort tot de verwijten die Konsumenten Kontakt Elektrorama maakt, dat deze laatste werkelijke verkoopprijzen vergelijkt met misleidende catalogusprijzen en bruto-adviesprijzen.

Beide begrippen zien op prijzen die door leveranciers (doorgaans fabrikanten of importeurs) van detaillisten als Elektrorama zijn vastgesteld. Daarbij kan sprake zijn van bindend vastgestelde consumentenprijzen (verticale prijsbinding) en van richtprijzen. Uit de term "bruto-adviesprijs" is m.i. af te leiden dat het gaat om een aanbevolen prijs, een richtprijs. Uit de term "catalogusprijs" volgt dit niet zonder meer. De omstandigheid dat in feite lagere prijzen dan de catalogusprijs worden berekend houdt evenmin zonder meer in dat geen verticale prijsbinding bestaat. Het is namelijk mogelijk dat een detaillist buiten het verticale prijsbindingscircuit om goederen heeft weten te betrekken, met name door zogenaamde nevenimport.

Evenwel is in dit verband van belang dat de aard van de betrokken goederen met tamelijk grote nauwkeurigheid uit de gedingstukken is af te leiden. Konsumenten Kontakt zelf heeft, zowel in eerste als in tweede aanleg, ettelijke produkties overgelegd waaruit blijkt om welke goederen het gaat. Naar mijn indruk zijn dit produkten die voorkomen op de "lijst van goederen" van art. 1, lid 4 onder 2, sub a en b, van het Koninklijk Besluit van 1 april 1964, zoals later gewijzigd⁴). Op grond van dit, op de Wet economische mededinging berustende, besluit is verticale prijsbinding voor dergelijke produkten onverbindend. Van dit voorschrift kan geen ontheffing worden verleend. Dat betekent dat ook het begrip "catalogusprijzen" hier, voor het merendeel van de betrokken produkten zo niet voor alle, het karakter van richtprijzen moet hebben.

3. Misleidende reclame en kort geding.

3.1. De artt. 1416a e.v. BW.

Aan de indiening in 1975, van het ontwerp van de wet die bijna vijf jaar later de artt. 1416a e.v. tot stand bracht, is het een en ander voorafgegaan. De memorie van toelichting vermeldt o.m. een nota uit 1961 van het Consumenten Contact Orgaan, een SER-advies uit 1971 en een resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa uit 1972⁵). Voorts maakt de m.v.t. gewag van een initiatief van de Commissie E.G. om te komen tot harmonisatie van de wettelijke regelingen over deze materie⁶).

Ettelijke andere Europese landen beschikken eveneens over wetgeving ter bestrijding van misleidende

²) M.v.a. nr 7.1 (p. 9) en nr 8.2 (p. 10).

³) Een fotocopy van deze telex is in de procesdossiers aanwezig.

⁴) *Stb.* 110; belangrijkste wijziging: *Stb.* 1964, 353. De geldende tekst van dit besluit is o.m. te vinden in *Kluwer Ned. Wetgeving B, IIC*, nr 54g, p. 560/1.

⁵) *Kamerst.* 13611, nr 3, p. 3/4. De Resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa is afgedrukt in een bijlage bij de m.v.t., *kamerst.* nr 4.

⁶) Dit heeft tenslotte geleid tot de Richtlijn van de Raad van 10 september 1984, nr 84/450/EEG, *Pb. EG L 25/17*. Die richtlijn verplicht de Lid-Staten hun wetgeving, zo nodig, uiterlijk op 1 oktober 1986 aangepast te hebben. Zie hierover: W. J. Slagter in *TVVS*, 1985, p. 14-18. Voor de onderhavige zaak is die richtlijn niet van belang.

reclame⁷). Ook in Nederland was tot de inwerking-treding van de wetwijziging van 1980 misleidende reclame niet in het algemeen toelaatbaar. Optreden daartegen was o.m. mogelijk op grond van art. 1401 BW, van art. 328bis WvS en van besluiten op grond van de Warenwet. In de kamerstukken is uitdrukkelijk gesteld dat de artt. 1416a e.v. een aanvullend karakter hebben⁸).

Art. 1416a geeft een nadere aanduiding van het onrechtmatige karakter van als misleidend te beschouwen reclame-aanduidingen. De m.v.t.⁹) noemt dit een uitwerking van de algemene regeling van art. 1401. Het artikel bevat een niet-uitputtende opsomming van groepen onderwerpen ten aanzien waarvan de misleiding kan plaatsvinden. In de parlementaire stukken is bij herhaling gesteld dat voor de vraag of een reclamemededeling inderdaad een misleidend karakter heeft, het oordeel van de rechter uiteindelijk beslissend is¹⁰).

"Hij zal hierbij in beginsel uit kunnen gaan van de intelligentie en het voorstellingsvermogen van het gemiddelde publiek, dat zich bewust is van en zich niet laat beïnvloeden door het feit dat aan reclame vaak een zekere overdrijving eigen is. In concrete gevallen zal er echter rekening mee moeten worden gehouden tot welke kring van personen de betrokken reclame zich richt."

Art. 1416b geeft een omkering van de bewijslast ten aanzien van het misleidend karakter en ten aanzien van de schuld. Art. 1416c noemt twee specifieke voorzieningen die de rechter kan treffen, namelijk een verbod tot openbaarmaking of een verplichting tot rectificatie. Het tweede lid van dit artikel regelt de mogelijkheid van een groepsactie¹¹).

3.2. Kort geding.

In de parlementaire stukken van het ontwerp van de wet waarbij de huidige artt. 1416a e.v. zijn ingevoegd is bij herhaling de verwachting uitgesproken dat de aangewezen rechtsgang om op grond daarvan tegen misleidende reclame te ageren het korte geding zou zijn¹²). Uiteraard is het wel mogelijk een bodem-procedure aan te spannen en dat gebeurt ook wel, getuige de tegelijkertijd voor de Hoge Raad dienende zaak *Konsumenten Kontakt/Pammler BV* (rolnr 12.516).

De wetgever blijkt zich ervan bewust te zijn geweest (zie de in noot 12 geciteerde passage uit de m.v.a.) dat in kort geding de wettelijke bewijsregels niet

⁷) Zie het overzicht in *kamerst.* 13611, nr 8 (bijlage van de m.v.a. aan de Tw. Kamer).

⁸) M.v.t., p. 6 bovenaan, m.v.a. Tw. K. (nr 6), p. 21, 2e al.

⁹) P. 9, artikelsgewijze toelichting, 1° zin.

¹⁰) M.v.t., p. 10, 1° (overlopende) al. Zie ook m.v.a. Tw. K., p. 21, 2° al. ad letter a.

¹¹) Zie voor literatuur over het wetsonderwerp en over de artt. 1416a-c zelf: *Onrechtmatige Daad* (losbl., S. K. Martens), VI, aant. 62a, nr 2. Nog toe te voegen: Van Nieuwenhoven Helbach, *ibid.*, 1983, nr 1014, J. J. C. Kabel in *SEW* 1983, p. 151 e.v. (dit artikel gaat primair over zelfregulering van reclame) en dezelfde in *Tijdschrift voor consumentenrecht*, 1985, p. 4. Hierin vindt men o.m. commentaar op rechterlijke uitspraken in ten dele (in hogere instantie) nog aanhangige zaken, waaronder de onderhavige. Een nota van de staatssecretaris van Economische Zaken over de eerste drie jaren praktijkervaring met de nieuwe wettelijke regeling is besproken in *NJB* 1984, p. 773/4.

Rechtspraak: *Onr. Daad*, t.a.p., nr 3.6.

¹²) Zie bijv. m.v.t., p. 7, laatste al. en vooral m.v.a. Tw. K., p. 14/5.

gelden¹³) en dat de omkeringen van de bewijslast van artikel 1416b ook tot deze wettelijke bewijsregels gerekend moeten worden. De regering hoopte echter dat art. 1416b in korte gedingen een zekere reflexwerking zou hebben, omdat een rechtbankpresident "er sneller toe zal komen voorshands een verbod op te leggen, wanneer in de hoofdzaak de bewijslast terzake van de juistheid van de mededelingen op de gedaagde rust"¹⁴).

De raadsman van het Konsumenten Kontakt heeft in zijn pleitnota verdedigd dat een kort geding als het onderhavige bijzondere aspecten vertoont. Hij noemt daarbij de volgende omstandigheden. In de eerste plaats dat het hier een groepsactie betreft waarbij het Konsumenten Kontakt een grote hoeveelheid materiaal aan de rechter heeft overgelegd, zodat niet goed voor te stellen zou zijn dat in een hoofdzaak nieuwe gezichtspunten zouden kunnen opkomen. In de tweede plaats de omstandigheid dat de zaak in appel haar spoedeisend karakter heeft verloren (het appel heeft hier anderhalf jaar in beslag genomen). In de derde plaats het feit dat de wetgever in deze materie vooral aan het kort geding als handhavingsmiddel heeft gedacht, terwijl in mededingingszaken toch al zelden een hoofdzaak volgt.

Deze raadsman heeft dit betoog toegespitst op de aan de rechterlijke uitspraak (althans in hoger beroep) te stellen motiveringseisen. Begrijp ik hem goed, dan meent hij dat deze, zoal niet even zwaar als in een bodemprocedure, dan toch zwaarder dan normaliter in kort geding zouden moeten zijn.

Dit betoog heeft echter — dat is uit het vervolg van de pleitnota af te leiden — ook betekenis voor de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels. Uit de pleitnota is op te maken dat verdedigd wordt dat althans de bewijsregels van art. 1416b ook in een kort geding toepassing zouden moeten vinden.

In dit verband is nog van belang dat het Konsumenten Kontakt heeft gesteld een duidelijke uitspraak na te streven over de verenigbaarheid van bepaalde vormen van prijsaanduiding met art. 1416a.

Dat aan rechterlijke uitspraken in kort geding, ook in hoger beroep, minder zware motiveringseisen worden gesteld dan het geval is wanneer over de hoofdzaak wordt geprocedeerd, is vaste rechtspraak. Dat een zaak in hoger beroep haar spoedeisend karakter heeft verloren is daarbij naar mijn indruk eerder regel dan uitzondering.

De beide andere argumenten die ervoor zouden pleiten uitspraken in kort geding als het bestreden arrest tot op zekere hoogte als uitspraken in een geding over de hoofdzaak te beschouwen, lijken mij evenmin overtuigend. Wie een kort geding aanspant streeft na dat met spoed bepaalde rechterlijke voorzieningen worden gegeven. Die mogelijkheid is voor de eiser in kort geding een voordeel. Er zitten echter voor hem ook nadelen aan vast, met name in het geval waarin de gevraagde voorzieningen worden geweigerd. Wie een actie in kort geding instelt en zich daartoe beperkt, moet de nadelen daarvan op de koop toe nemen. Juist wanneer men een principiële uitspraak wil hebben kan het raadzaam zijn in plaats van of naast een kort geding, een bodemprocedure aan te spannen.

¹³) HR 31 januari 1975, NJ 1976, 146.

¹⁴) In dit verband heeft de m.v.a. verwezen naar HR 21 april 1978, NJ 1979, 194, m.n. W. H. Heemskerk en naar Pres. Rb. Rotterdam 19 oktober 1976, NJ 1978, 152 (verdeling bewijslast bij art. 13 Benelux Merkenwet). Voor wat betreft het genoemde arrest van uw Raad vestig ik de aandacht op de beschouwingen van mijn ambtgenoot Ten Kate, in de daarbij behorende conclusie, over bewijs in kort geding.

4. Bespreking van het cassatiemiddel.

4.1. Algemene klacht (onderdeel 1).

Zoals reeds naar voren kwam heeft het Hof in de eerste rechtsoverweging van het bestreden arrest vastgesteld dat de grieven vrijwel alle overwegingen van het vonnis van de president aanvallen, zodat volgens het Hof een geheel nieuwe behandeling van het geschil aangewezen was. In verband daarmee is het niet expliciet op de aangevoerde grieven ingegaan.

Het middel stelt nu dat het Hof zodoende zijn taak als appelrechter heeft miskend en dat daardoor zijn arrest niet naar de eis van de wet met redenen is omkleed.

Het komt mij voor dat deze klacht niet kan worden aanvaard. Het is aan het Hof overgelaten welke vorm het voor zijn overwegingen kiest. Wanneer het in positieve vorm betoogt dat de beslissing van de eerste rechter juist is, dan hoeft het niet ook nog eens in negatieve vorm te beredenen waarom de tegen dat vonnis aangevoerde grieven onjuist zijn. Van belang is slechts dat geen relevante aspecten over het hoofd worden gezien. In het algemeen mag niet verlangd worden dat de rechter alle door partijen aangevoerde argumenten afzonderlijk vermeldt en weerlegt¹⁵).

4.2. Vergelijking met catalogusprijzen i.t.c. (onderdeel 2a).

In de inleidende dagvaarding had het Konsumenten Kontakt geëist dat aan Elektrorama verboden zou worden haar prijzen te vergelijken met als "catalogusprijs", "normaalprijs" of van soortgelijke omschrijvingen voorziene prijzen. Zoals reeds naar voren kwam had Elektrorama inmiddels toegezegd niet meer met "normaalprijzen" te zullen vergelijken. Het Hof heeft in r.o. 3 overwogen dat niet is gesteld dat Elektrorama zich op dit punt niet zou hebben gehouden aan de toezegging. Voor een verbod was daarom geen reden.

Het Hof heeft voorts overwogen dat Konsumenten Kontakt niet vordert dat aan Elektrorama zonder meer wordt verboden haar prijzen met catalogusprijzen e.d. te vergelijken. De eis kwam er volgens het Hof slechts op neer dat Elektrorama aan het publiek duidelijk moet maken dat vergeleken wordt met door de fabrikant of importeur gehanteerde niet-bindende adviesprijzen. Ik teken hierbij aan dat de aldus geformuleerde vordering in het licht van art. 1416c, lid 1, opgevat kan worden als een vordering tot een verbod aan Elektrorama om haar prijzen te vergelijken met catalogusprijzen e.d., tenzij daarbij vermeld wordt dat die catalogusprijzen e.d. niet bindend zijn.

Voor een dergelijk verbod heeft het Hof geen reden gezien omdat naar zijn opvatting het woord "adviesprijzen" en, naar gangbare betekenis, ook het woord "catalogusprijs" op zich al inhouden dat dit geen bindende prijzen zijn.

Adviesprijs en catalogusprijs zijn in dit verband geen juridische begrippen, zodat het hier gaat om vaststellingen van feitelijke aard. Zoals hierboven (paragraaf 2) bleek, deel ik de opvatting van het Hof voor wat betreft adviesprijzen, maar acht ik deze voor wat betreft catalogusprijzen wat te algemeen. Dat betekent echter niet dat ik de opvatting van het Hof onbegrijpelijk acht, vooral omdat het Hof zijn standpunt in het tweede gedeelte van r.o. 4 verder uitwerkt. Geenszins onbegrijpelijk acht ik voorts

¹⁵) Aldus Veegens, *Cassatie* (1971), nr. 119, p. 201; zie voorts de aldaar (noot 4) vermelde rechtspraak. Ik noem nog de recente arresten HR 24 februari 1984, NJ 1984, 438 en HR 23 november 1984 (rolnr 12305).

de overwegingen van het Hof dat als algemeen bekend mag worden verondersteld dat de apparatuur waarom het hier gaat verkrijgbaar is tegen (aanmerkelijk) lagere prijzen dan de catalogusprijs of de adviesprijs. Ik herinner er in dit verband aan dat, zoals ook reeds in paragraaf 2 bleek, individuele verticale prijsbinding, dus door de leverancier *voorgeschreven* wederverkoop-prijzen, voor de hier bedoelde apparatuur doorgaans onverbindend is op grond van het KB uit 1964. Men zal niet mogen veronderstellen dat het publiek in het algemeen bekend is met dit KB, maar het zal de economisch-maatschappelijke effecten daarvan (vrije prijzen voor electrotechnische consumentenartikelen) wel kennen.

Niet ter zake is dat het Hof niets heeft vastgesteld over de aard van de catalogi, waarin de catalogusprijzen zijn opgenomen. Het gaat immers niet om deze catalogi, maar om het begrip catalogusprijzen.

De in onderdeel 2a opgenomen motiveringsklachten acht ik derhalve ongegrond.

4.3. Maatstaf voor misleiding van de consument (onderdeel 2b).

Onderdeel 2b is gepresenteerd als een gemengde klacht. In de eerste plaats zou het Hof een onjuiste maatstaf hebben aangelegd voor de beoordeling van de vraag of het consumentenpubliek door de bestreden advertenties is of kan worden misleid in de zin van art. 1416a. Het Hof had zich daarbij, aldus het middel, de vraag moeten stellen hoe het gemiddelde oppervlakkig oordelende en waarnemende publiek de reclame-artikelen zal beoordelen. In elk geval zou ondoorzichtig zijn welke maatstaf het Hof heeft aangelegd.

Ik betwijfel of men hier wel van een rechtsklacht kan spreken. Daarvoor lijkt mij de beoordeling van de vraag of sprake is van een mededeling die misleidend is in de zin van art. 1416a te zeer met feitelijke⁶ omstandigheden verweven.

Overigens komt het mij voor dat het Hof zich in r.o. 4 juist heeft laten leiden door de al eerder (paragraaf 3) geciteerde uitlating op p. 10 in de memorie van toelichting. Ik herinner eraan dat (o.m.) daar gesteld is dat voor de vraag of een reclamemededeling inderdaad een misleidend karakter heeft, het oordeel van de rechter uiteindelijk beslissend is. Deze voorkeur wijst erop dat ook volgens de ondertekenaars van de m.v.t. het hier om een oordeel gaat dat, althans mede, van feitelijke aard is. De m.v.t. vervolgt dan met de al eerder geciteerde zin "Hij (de rechter) zal hierbij in beginsel uit kunnen gaan van de intelligentie en het voorstellingsvermogen van het gemiddelde publiek, dat zich bewust is van en zich niet laat beïnvloeden door het feit dat aan reclame vaak een zekere overdrijving eigen is." Hoewel het Hof in r.o. 4 deze woorden niet gebruikt, duiden de bewoordingen van het bestreden arrest erop dat het Hof zich wel heeft laten leiden door "de intelligentie en het voorstellingsvermogen van het gemiddelde publiek".

Aan de steller van het middel kan worden toegegeven dat het enkele feit dat Elektorrama openlijk lagere prijzen vraagt dan de advies- of catalogusprijzen niet dwingend tot de conclusie behoort te leiden dat deze prijzen niet bindend zijn voorgeschreven (zie hierboven, paragraaf 2). De bedoelde rechtsoverweging van het Hof steunt echter niet enkel hierop, doch ook, zoals reeds bleek, op de betekenis van woorden als adviesprijs en catalogusprijs (volgens het Hof) en op het feit dat algemeen bekend is dat het hier gaat om apparatuur die verkrijgbaar is tegen lagere prijzen dan de catalogusprijs of adviesprijs. Zelfs buiten beschouwing latend dat het hier om een kort geding gaat acht ik die door het Hof in r.o. 4 gegeven motivering voldoende en begrijpelijk.

4.4. De overige petitie (onderdeel 3).

In de r.o. 5-9 houdt het Hof zich bezig met de overige geëiste voorzieningen, in de inleidende dagvaarding aangegeven met de nummers 2, 3 en 4, doch in appel (zie r.o. 5) met de letters b, c en d.

Ter ondersteuning van deze vorderingen had Konsumenten Kontakt aan Elektorrama verweten dat deze laatste onjuiste (te hoge) adviesprijzen zou vermelden, dan wel adviesprijzen die nooit hebben bestaan of niet meer gelden en voorts dat Elektorrama zou adverteren met "opruimprijzen", terwijl die prijzen niet lager zijn dan eerder, niet als zodanig aangeduide, buiten de opruimperiode geldende verkoopprijzen (r.o. 6 van het bestreden arrest).

Het Hof heeft op grond van door Elektorrama overgelegde produkties vastgesteld dat deze verwijten ongegrond zijn. Dit is een zuiver feitelijk oordeel, berustend op aan de feitenrechter voorbehouden waardering van door een partij geproduceerd bewijsmateriaal. Terzijde merk ik nog op dat de bij pleitnota (par. 9) maar in het middel, althans expliciet slechts t.a.v. "stuntprijzen" (3b) en niet t.a.v. opruimprijzen, naar voren gebrachte klacht dat het Hof de bewijsregels van art. 1416b miskend zou hebben, m.i. inhoudelijk ongegrond is. Afgezien daarvan dat het Hof in dit korte geding niet aan deze bewijsregel gebonden was, heeft het immers geoordeeld dat Elektorrama had aangetoond geen onjuist vergelijkingsmateriaal te hebben gebruikt en derhalve geen misleidende mededelingen te hebben gedaan.

Op zichzelf kan het overigens juist zijn dat, zoals het Konsumenten Kontakt verdedigt, ook vergelijking met een werkelijke adviesprijs misleidend zou kunnen zijn. De namens Konsumenten Kontakt overgelegde pleitnota verwijst in dit verband naar de in Duitsland gehanteerde uitdrukking "Mondpreis"¹⁶.

Dit verschijnsel is interessant, maar het doet hier niet meer terzake, aangezien het Hof feitelijk heeft vastgesteld (r.o. 9 onder c) dat voorshands niet aannemelijk is dat het publiek door irreëel hoge adviesprijzen wordt misleid. Dat oordeel motiveert het Hof door een verwijzing naar de al behandelde r.o. 4.

Verder merk ik nog op dat bij de parlementaire behandeling van het ontwerp van de wet van 1980 van regeringszijde is gesteld "dat het noemen van adviesprijzen inderdaad onder de omschrijving van het artikellid valt, voor zover daarmee onjuiste suggesties worden gewekt"¹⁷.

Dat het Hof in r.o. 9 onder c heeft overwogen dat niet aannemelijk is dat het publiek *ernstig* wordt misleid, lijkt mij niet zonder meer onjuist. Weliswaar komt het woord "ernstig" niet in art. 1416a voor, maar, zoals bleek, is de beoordeling van de vraag of van misleiding sprake is, aan de rechter overgelaten. M.i. heeft de rechter daarbij een zekere marge en kan hij een "de minimis"-regel toepassen, waarvoor hij trouwens steun in de kamerstukken vindt¹⁸.

Overigens geeft het Hof voor de weigering van de

¹⁶ In dezelfde pleitnota wordt een uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof (5.1.1966 Ib. ZR. 23/64 (Oldenburg)) geciteerd, waaraan ik ontleen: "Der Preis verliert aber den Charakter eines echten empfohlenen Richtpreises, wenn er den bei verständiger ernsthafter Kalkulation vertretbaren Preis oder den auf dem Markt allgemein üblich gewordenen für das Erzeugnis in solchem Masse übersteigt, dass er nur noch eine Phantasiegrosse darstellt, die im Sprachgebrauch der Wirtschaft als "Mondpreis" bezeichnet zu werden pflegt".

¹⁷ M.v.a. Tw. Kamer, p. 23, 5° al. Met "artikellid" moet art. 1416a onder d, zijn bedoeld.

¹⁸ M.v.t., p. 6 bovenaan en m.v.a. Tw. Kamer, p. 2.

hier bedoelde voorziening nog twee andere gronden op (r.o. 9 onder a en b). De eerste daarvan is dat de adviesprijzen eenzijdig door de leveranciers worden vastgesteld, m.a.w. dat Elektrorama daarvoor niet verantwoordelijk is. Nu stelt het middel (subonderdeel 3c) daar wel tegenover dat het toch Elektrorama is die deze adviesprijzen hanteert (openbaar maakt), maar het ziet daarbij over het hoofd dat uiterst onwaarschijnlijk is dat Elektrorama de enige detaillist zou zijn die de door de fabrikanten en importeurs vastgestelde adviesprijzen als referentie gebruikt. Dit betekent enerzijds dat het Hof m.i. terecht heeft verondersteld dat het publiek hierdoor wel niet misleid zou worden, anderzijds dat een verbod aan één detaillist (i.c. Elektrorama) om zich van deze adviesprijzen als vergelijkingsmateriaal te bedienen, discriminerend zou zijn. Ten slotte heeft het Hof ook nog gemotiveerd overwogen dat het gevraagde verbod te vaag is.

Dan is er nog de kwestie van aanduidingen als "stuntprijzen", die geacht kunnen worden te behoren tot de categorie van superlatieve reclame. Het Hof heeft beslist dat er voorshands geen aanleiding is gebleken om aan te nemen dat hier sprake is van misleiding. Het ziet hierin niet meer dan een zekere overdrijving, die aan reclame veelal eigen is, doch waarvan het publiek zich doorgaans wel bewust is.

Het middel (subonderdeel 3b) noemt dit oordeel om een aantal redenen onjuist. Het bestreden oordeel van het Hof lijkt mij echter van feitelijke aard en derhalve in cassatie niet op juistheid te toetsen. Overigens is de opvatting van het Hof over superlatieve reclame geenszins abnormaal of ongebruikelijk¹⁹⁾.

Samenvattend kom ik tot de slotsom dat de in onderdeel 3 vervatte klachten geen doel treffen.

4.5. Procedurele klacht (onderdeel 4).

Dit onderdeel richt zich tegen r.o. 11 van het bestreden arrest. Daarin ging het Hof in op een klacht van Konsumenten Kontakt volgens welke zij en haar raadsman te weinig tijd hadden gekregen om bepaalde door Elektrorama, drie dagen voor de datum van de pleidooien voor het Hof, ingezonden stukken, te bestuderen.

Het middel noemt deze overweging in strijd met regels van behoorlijk procesrecht, althans onbegrijpelijk. Ten onrechte zou het Hof ervan uitgaan dat de enige vraag is of Elektrorama van de late toezending van de produkties een verwijt kan worden gemaakt. Volgens eiseres gaat het erom na te gaan of de andere partij (zijzelf) daardoor in processuele belangen is geschaad.

De beoordeling van de vraag of een procespartij voldoende tijd heeft gekregen om door de tegenpartij ingezonden produkties te bestuderen is aan het beleid van de desbetreffende rechter, hier het Hof, overgelaten. Het op dit stuk door het Hof gevoerde beleid is als zodanig niet in cassatie toetsbaar. Het Hof heeft de beslissing die het terzake heeft gegeven ook gemotiveerd. Konsumenten Kontakt is het met die motivering kennelijk niet eens, wat haar goed recht is, maar daarom is deze nog niet onbegrijpelijk.

Ook de processuele klacht treft derhalve geen doel.

5. Conclusie.

Bovenstaande beschouwingen leiden tot de bevinding dat het middel in al zijn onderdelen faalt,

¹⁹⁾ Zie bijv. Van Nieuwenhoven Helbach in *Industriële eigendom en mededingingsrecht* (Dorhout Mees, Het Nederlandse Handels- en faillissementsrecht, II), 1983, nr 1012 op p. 473. Zie ook Martens in *Onrechtmatige Daad* (losbl.), VI, nr 161.2 (p. VI, 231 e.v.), m.n. over de "paradox van Houwing" (naarmate een mededeling duidelijker onwaar is, vermindert de kans dat de rechter haar onrechtmatig zal achten).

zodat de conclusie strekt tot verwerping van het beroep en tot veroordeling van eiseres in de cassatiekosten. Enz.

e) De Hoge Raad, enz.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Het gaat in deze zaak om op de artt. 1416a e.v. BW gebaseerde vorderingen in kort geding van Konsumenten Kontakt tegen Elektrorama ter zake van – naar wordt gesteld – misleidende reclame van Elektrorama. De President heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd. Het Hof heeft het vonnis van de President bekrachtigd.

Het Hof heeft in rechtsoverweging 1 vastgesteld dat "in de grieven vrijwel alle overwegingen van de President worden aangevallen, zodat een geheel nieuwe behandeling van het geschil aangewezen is". Het stond het Hof vrij de grieven aldus op te vatten en de zaak in haar geheel opnieuw te behandelen. Daarover klaagt het middel dan ook niet.

Onderdeel 1 klaagt echter wel, althans voor zover dit onderdeel opgevat moet worden als meer dan een inleiding op de volgende onderdelen, dat het Hof niet alle voor de beoordeling van het geschil relevante, in hoger beroep door Konsumenten Kontakt aangevoerde stellingen heeft behandeld.

Deze klacht miskent dat het Hof niet gehouden was om alle door Konsumenten Kontakt ter ondersteuning van haar standpunt aangevoerde argumenten te bespreken en te weerleggen. Dat het Hof, dat achtereenvolgens alle door Konsumenten Kontakt ingestelde vorderingen en de voor die vorderingen, naar zijn oordeel, wezenlijke stellingen van Konsumenten Kontakt heeft beoordeeld, daarbij essentiële stellingen over het hoofd heeft gezien, wordt door het onderdeel niet aangevoerd en is ook niet gebleken. Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.2. Subonderdeel 2a richt zich tegen rechtsoverweging 4 en wel in de eerste plaats tegen 's Hof's oordeel dat het woord "catalogusprijs" – evenals het woord "adviesprijs" – op zich al inhoudt dat het geen bindende prijs is. Dit oordeel is van feitelijke aard, zodat het in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst.

Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. Niet ter zake doet dat het Hof "niets vaststelt over de aard van de catalogi en/of de vraag of de catalogi die door Elektrorama in eerste aanleg zijn "overgelegd" of waarnaar in de advertenties wordt verwezen voor het publiek bestemde informatie bevatten" (aldus het subonderdeel), nu het hier niet om deze catalogi maar om de gangbare betekenis van de term catalogusprijs gaat. Voorts brengt ook de omstandigheid dat er "voor tal van producten en diensten catalogi in de handel zijn die wel degelijk bindende (althans voor een zekere periode bindende) publieksprijzen bevatten", niet mede dat 's Hof's oordeel onbegrijpelijk is.

Ook de zinsnede: "wie zich dit niet mocht realiseren, moet toch op dat idee komen, doordat Elektrorama openlijk lagere prijzen vraagt" is niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat Elektrorama openlijk, en kennelijk zonder dat de fabrikanten en importeurs daartegen optreden, lagere prijzen vraagt dan de catalogusprijzen van deze fabrikanten en importeurs, kan een aanwijzing zijn dat deze prijzen niet bindend zijn.

En tenslotte valt niet in te zien waarom niet algemeen bekend zou kunnen zijn dat de apparatuur waar het hier om gaat tegen (aanmerkelijk) lagere prijzen dan de catalogusprijs of de adviesprijs verkrijgbaar is, ook al zou (het overgrote deel van) het publiek niet beschikken over kennis van de inhoud van de catalogi of anderszins met catalogusprijzen bekend zijn:

dat kan immers met name het geval zijn indien het publiek die conclusie kan trekken uit de omstandigheid dat de apparatuur waar het hier om gaat – zoals reeds door de President was vastgesteld – door een bepaalde groep detaillisten tegen (aanmerkelijk) lagere prijzen wordt verkocht dan door de anderen.

3.3. Subonderdeel 2b klaagt voornamelijk dat het Hof in rechtsoverweging 4 “en ook elders in zijn arrest” een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, dan wel dat ondoorzichtig is welke maatstaf het Hof heeft aangelegd. Deze klachten falen.

Het moet ervoor worden gehouden dat het Hof bij de beantwoording van de vraag of de reclame van Elektrorama misleidend is in de zin van art. 1416a is uitgegaan van, zoals de memorie van toelichting op de artt. 1416a e.v. (*Bijl. Hand. II 1975-1976 nr 13611, nr 3 blz. 10*) het formuleert, “de intelligentie en het voorstellingsvermogen van het gemiddelde publiek, dat zich bewust is van en zich niet laat beïnvloeden door het feit dat aan reclame vaak een zekere overdrijving eigen is”. In dit verband kan worden verwezen naar het slot van rechtsoverweging 8, waar het Hof kennelijk aansluiting zoekt bij deze passage. Het is niet aannemelijk dat het Hof elders een andere maatstaf zou hebben gehanteerd.

In hetgeen het Hof in rechtsoverweging 4 heeft overwogen ligt aldus besloten dat naar zijn oordeel het gemiddelde publiek door het enkele feit dat in reclame voor “apparatuur waar het hier om gaat” de gevraagde prijzen worden vergeleken met “adviesprijzen” of “catalogusprijzen” niet wordt misleid. Dit oordeel – dat voor rekening van het Hof moet blijven – heeft het Hof voldoende gemotiveerd; in het kader van dit kort geding was het Hof niet gehouden in die motivering in te gaan op het in dit onderdeel bedoelde sociaal-psychologisch onderzoek.

3.4. De eerste klacht van subonderdeel 3a keert zich tevergeefs tegen 's Hofs feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel dat Elektrorama tegenover de stellingen van Konsumenten Kontakt “in het kader van dit kort geding voldoende aannemelijk” heeft gemaakt hetgeen in rechtsoverweging 7 onder a, b en c is vermeld.

De klacht dat het Hof geen aandacht heeft besteed aan de stelling van Konsumenten Kontakt dat ook misleidend is het in de opruimperiode vergelijken van opruimprijzen met (doorgestreepte) adviesprijzen of andere niet eerder gevoerde prijzen, faalt.

Kennelijk heeft het Hof deze stelling aldus begrepen dat Elektrorama (doorgestreepte) adviesprijzen vermeldt die “nooit hebben bestaan of niet meer door de fabrikant of importeur worden gehanteerd” en heeft het deze stelling verworpen in rechtsoverweging 7b die zo moet worden begrepen dat Elektrorama, naar het oordeel van de rechter die over de feiten oordeelt, aannemelijk heeft gemaakt dat zij, wanneer zij adviesprijzen hanteert, steeds bestaande, d.w.z. door fabrikant of importeur vastgestelde adviesprijzen vermeldt, en wel de laatste gepubliceerde.

3.5. Voor zover subonderdeel 3b ten betoge strekt dat het Hof in rechtsoverweging 8 een onjuiste maatstaf heeft aangelegd dan wel dat niet duidelijk is welke maatstaf wordt aangelegd, faalt het op grond van hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen. Voor het overige is 's Hofs oordeel dat hier niet sprake is van misleiding van feitelijke aard en kan het mitsdien in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Dat het publiek zich te dezen doorgaans wel bewust is van een zekere overdrijving heeft het Hof als een feit van algemene bekendheid kunnen beschouwen.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het Hof te dezen de bewijslast op Konsumenten Kontakt zou hebben gelegd, mist het feitelijke grondslag.

's Hofs oordeel betreft de stelling van Konsumenten Kontakt dat van het gebruik van de term stuntprijzen en soortgelijke uitdrukkingen de suggestie uitgaat dat

de gevraagde prijzen uitzonderlijk laag zijn, terwijl die suggestie – aldus de stelling – feitelijk onjuist is, omdat anderen dan Elektrorama nog lagere prijzen vragen. Het Hof heeft geoordeeld dat Elektrorama voorhands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat deze stelling op een verkeerd uitgangspunt berust.

3.6. Subonderdeel 3c keert zich tegen rechtsoverweging 9 waar het Hof motiveert waarom het “geen aanleiding vindt” om Elektrorama te verbieden – kort gezegd – haar eigen verkoopprijzen te vergelijken met “een irreëel hoge adviesprijs”. Terecht voert het subonderdeel aan dat die motivering deze beslissing niet kan dragen.

Nu aan de overige vereisten van art. 1416a BW is voldaan, is beslissend of het publiek door vergelijking met een irreëel hoge adviesprijs wordt misleid. In dit kader is daarom – anders dan het Hof blijkens hetgeen het onder a heeft overwogen kennelijk meent – rechtens zonder betekenis of de desbetreffende adviesprijs (eenzijdig) door de fabrikanten en importeurs wordt vastgesteld, dan wel – op welke mogelijkheid dit onderdeel van de vordering mede was toegesneden – is verzonnen door degeen die de mededeling openbaar heeft gemaakt of heeft laten openbaar maken. Dat het publiek door vergelijking met een irreëel hoge adviesprijs niet wordt misleid, stelt het Hof niet vast. In zijn overweging onder c volgens welke niet aannemelijk is dat “het publiek hier ernstig wordt misleid”, ligt intengedeel besloten dat ook naar 's Hofs oordeel van misleiding sprake is, hetgeen, nu enerzijds onduidelijk is wat het Hof verstaat onder niet-ernstige misleiding, terwijl anderzijds artt. 1416a e.v. beogen het publiek tegen misleiding zonder meer te beschermen, meebrengt dat ook deze overweging de beslissing niet kan dragen. Ook het onder b overwogene is daartoe onvoldoende: een verbod de eigen verkoopprijzen te vergelijken met irreëel hoge adviesprijzen kan geenszins als te vaag worden afgewezen, in aanmerking genomen dat dit verbod zal moeten worden begrepen als een verbod om te vergelijken met adviesprijzen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij niet als werkelijke adviesprijzen kunnen worden beschouwd.

3.7. Onderdeel 4 keert zich tegen rechtsoverweging 11. Daarin oordeelt het Hof dat toezending door Elektrorama aan Konsumenten Kontakt van de bij akte bij pleidooi overgelegde stukken ruim drie dagen voor het pleidooi in dit geval tijdig kan worden geacht gelet op de moeite die het Elektrorama moet hebben gekost om de produkties van Konsumenten Kontakt te controleren en daarop – zo bedoelt het Hof kennelijk – te reageren. Daarmede heeft het Hof geen regels van “behoorlijk procesrecht” geschonden en naar de eis der wet gereageerd op het desbetreffende verweer van Konsumenten Kontakt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Elektrorama in de kosten van het geding in cassatie tot op deze uitspraak aan de zijde van Konsumenten Kontakt begroot op f 536,50 aan verschotten en f 2.000,- voor salaris. Enz.

*) *Misleiding of ernstige misleiding.*

Terecht overweegt de HR dat het criterium van art. 1416a BW niet is “ernstige misleiding”, maar “misleiding” (zonder meer). Toch kan men, getuige de conclusie van de AG, zich afvragen of het woord “ernstig” in 's Hofs arrest door de HR niet al te ernstig genomen is. In rov. 3.3 overweegt de HR dat het Hof in rov. 8 kennelijk wél van de juiste misleidingsmaatstaf

is uitgegaan. Het woord "ernstig" ten spijt, lijkt het er niet op dat het Hof in rov. 9(c) van een andere maatstaf is uitgegaan; de HR casseert trouwens ook niet wegens een verkeerde rechtsopvatting. Mij dunkt dat het Hof tot uiting heeft willen brengen dat, zo er aanleiding is om van "misleiding" te spreken, hetgeen het Hof kennelijk niet aannemelijk acht, mede gelet op rov. 4, die pretense misleiding in elk geval niet zodanig ernstig zou zijn dat zij onverwijld voorzieningen (resp. nadere instructie) in kort geding zou behoeven. 's Hofs redenering in zijn rov. 4 werd door de HR wél aanvaard (rov. 3.2).

Anders dan de HR ben ik er dus nog niet zo zeker van of het Hof het "vergelijken met irreëel hoge adviesprijzen" (in casu feitelijk "misleitend" (zonder meer) achtte. Van belang is intussen vooral dat de HR, in elk geval, een *feitelijk oordeel* dat het vergelijken met irreëel hoge adviesprijzen (in een gegeven casus) misleitend – en door artikel 1416a verboden – is, blijkens het onderhavige arrest in stand zal laten, zelfs al zou die misleiding "niet ernstig" zijn. Van belang is óók de onjuistbevestiging van onderdelen 9(a) en (b) van 's Hofs arrest; vgl. m.b.t. het laatste reeds HR 3 januari 1964, NJ 1964, 445 m.n. G.J.S., B.I.E. 1964, nr 27, p. 98.

Nog even over "ernstige" of "gewone" misleiding: op 10 september 1984 heeft de Raad van de EG de Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame vastgesteld (Pb. L 250/17). Tot de definitie van misleidende reclame wordt in artikel 2 sub 2 van de Richtlijn gerekend, dat deze *door haar misleidende karakter het economische gedrag van consumenten kan beïnvloeden*. Dat lijkt ook iets met "ernst" te maken te hebben. Misschien dat wij daarover, na de effectueringstermijn van de Richtlijn (1 oktober 1986) nader verifiërende rechtspraak tegemoet kunnen zien.

***) *Misleidende prijsvergelijking.*

Het lijkt niet gewaagd om de onderhavige, door Konsumenten Kontakt geëntameerde procedure, in verband te brengen met een adviesaanvraag van de Staatssecretaris van EZ dd. 7 november 1980, aan de SER, over "voorstellen ter bevordering van de prijsdoorzichtigheid voor de consument". In het vonnis in deze zaak maakt de President van de Rechtbank daar terloops melding van.

Van de zijde van consumentenorganisaties is vóór en ná deze adviesaanvraag de stelling verdedigd, dat de "wet misleidende reclame" (artikelen 1416a-c BW) ongenoegzaam zou zijn voor een optreden tegen het adverteren met fictieve c.q. irreële, doorgestreepte (advies-)prijzen, en andere aanduidingen die op onvoldoende gegronde wijze een prijsvoordeel suggereren. Hiervoor zouden aparte wettelijke regelen nodig zijn.

Het onderhavige arrest leert dat de rechter zeker genegen is misleidende prijsaanduidingen en -vergelijkingen, ook misleidende vergelijking met "irreëel hoge adviesprijzen" op basis van artikel 1416a BW te veroordelen; volgens de HR óók indien die misleiding "niet ernstig" zou zijn. In zoverre valt een argument voor aparte wettelijke regels voor misleidende prijsvergelijking weg. Een *andere* vraag is uiteraard of men "opgeblazen" (maar niet misleidende) prijsreclame wettelijk zou willen verbieden. Zie over 'een en ander nader het op 25 november 1983 door (de Commissie Consumentenaangelegenheden van) de SER aan de staatssecretaris van EZ uitgebrachte advies (SER-publikatie 83/28).

D.W.F. V.

Nr 39. Hoge Raad der Nederlanden, 29 maart 1985.

(Substral/Pokon)

President: Mr H. E. Ras;
Raadsheren: Mrs S. K. Martens, C. Th. Hermans,
A. R. Bloembergen en S. Boekman.

Artt. 1416a-c Burgerlijk Wetboek.

Bij de beoordeling van in de concurrentiestrijd gedane mededelingen behoort in de eerste plaats te worden onderzocht of die mededelingen (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededeling of diens produkt dan wel (enkele) op het eigen produkt, omdat in het eerste geval andere en strengere normen van toepassing zijn dan in het laatste.

Wanneer in reclame-uitingen het produkt wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met een kennelijk soortgelijk doch "anoniem" produkt is voor de vraag of de in die reclame-uiting vervatte mededelingen mede betrekking hebben op het produkt van een bepaalde concurrent, niet beslissend of het publiek, dat van die mededelingen kennisneemt het "anonieme" produkt voor dat van die concurrent zal houden, maar of dat publiek, althans een niet te verwaarlozen gedeelte ervan i.v.m. de bijzonderheden van het geval, de reclameboodschap, voor zover zij betrekking heeft op het "anonieme" produkt, zal betrekken op het produkt van de concurrent.

Wie omtrent de samenstelling van zijn eigen produkt onjuiste mededelingen doet – waarbij het doen van mededelingen het suggereren omvat – en dusdoende het publiek leidt tot de veronderstelling dat zijn produkt beter is dan soortgelijke produkten van zijn concurrenten, maakt zich in de zin van de artt. 1416a e.v. B.W. schuldig aan misleiding ook al is zijn produkt in feite niet minder goed dan concurrerende produkten. Dit geldt zelfs indien zijn produkt in feite beter is, omdat hij, door het publiek omtrent de samenstelling van zijn produkt onjuist voor te lichten, zich in de concurrentiestrijd een voorsprong poogt te verschaffen en de genoemde wetsbepalingen beogen de concurrenten – en de consumenten – nu juist daartegen te beschermen.¹⁾

Bendien B.V. te Naarden, eiseres tot cassatie [in kort geding], advocaat Mr E. J. Dommering, tegen

Verwet B.V. te Tiel, verweerster in cassatie [in kort geding], advocaat Mr G. M. M. den Drijver.

a) President Arrondissementsrechtbank te Arnhem, 25 mei 1983 (Mr J. E. B. van Julsingha).

Overweegt ten aanzien van het recht:

1. Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken en deels door de niet betwiste inhoud der produkties voorshands het navolgende vast.

a. Eiseres [Bendien. Red.] is producente van plantenvoeding die zij onder het sedert 1929 gebruikte merk Pokon, zowel in vaste als in vloeibare vorm op de markt brengt. Gedaagde importeert sedert 1968 – uitsluitend vloeibare – plantenvoeding van het sedert 1947 bestaande merk Substral.

b. Pokon bestrijkt ca 60% van de markt voor plantenvoeding en Substral ongeveer 33%. Te zamen met een derde merk, Turkenburg, bestrijken zij ongeveer 95% van die markt.

c. Vloeibare Pokon wordt op de markt gebracht in een flacon van 500 ml voor f 4,95 en Substral in een flacon van 500 ml voor f 5,25. Turkenburg is verpakt in een literflacon à f 5,60.

¹⁾ Zie de noot achter het arrest. Red.