

16 augustus 1985, 53e jaargang, nr 8
Auteursrecht voorbehouden



Bijblad bij

De Industriële Eigendom

Redactie: Mr S. Boekman, Mr J. J. Brinkhof, Mr W. L. Haardt, Ir L. W. Kooy, Prof. Mr E. A. van Nieuwenhoven Helbach, Mr W. M. J. C. Phaf, Mr R. Prins, Mr P. J. M. Steinhauser, Prof. Mr D. W. F. Verkade en Mr J. W. van der Zanden.
Secretaris der Redactie: Mr J. L. Driessen.
Medewerker: Mr L. Wichers Hoeth.

Versijnt de 16e, 17e of 18e van iedere maand.
Prijs f 80,- per jaar met inbegrip van het jaarregister; een afzonderlijk nummer f 8,-; het jaarregister afzonderlijk f 8,-.
Adres der administratie: Bureau voor de Industriële Eigendom, Patentlaan 2, Postbus 5820, 2280 HV Rijswijk Z.H. Telefoonnr (070) 90 76 16. Postgirorekeningnr 17 300.

Adres der Redactie: Patentlaan 2, Postbus 5820, 2280 HV Rijswijk Z.H. Telefoonnr (070) 90 76 16.

Inhoud van deze aflevering

Officiële mededelingen.

Personeel. — Herbenoeming van een buitengewoon lid van de Octrooiraad. — Register van Octrooigemachtigden. — Beschrijving van de kenmerkende eigenschappen van een model.

Jurisprudentie.

a. Rechterlijke uitspraken.

1. Octrooirecht: *geen*.
2. Merkenrecht.

Nr 34. Hof van Beroep Antwerpen, 7 september 1982, Brouwerij De Dijle/Bass-Brouwerij Lamot c.s. (depot te kwader trouw van een merk dat verwarringwekkend overeenstemt met een oudere handelsnaam; in toepassing van art. 14A, 1a B.M.W. kan de nietigheid van een depot worden ingeroepen door iedere belanghebbende, wanneer het merk ieder onderscheidend vermogen mist omdat het op het ogenblik van depot onbeschikbaar was, daar het door een andere onderneming werd gebruikt als handelsnaam).

Nr 35. Rechtbank van Koophandel Dendermonde, 6 september 1983, Straaltechniek International/Petro-mechanical Services (overdracht van o.m. het niet-gedeponeerde, sedert jaren openlijk gebruikte, merk "Straalmeester" aan eiseres; de eis tot nietigverklaring van het door gedaagde verrichte depot voor het merk "Straalmeester" is daarom reeds gegrond; bovendien is het depot door gedaagde te kwader trouw verricht).

Nr 36. Hof 3-Gravenhage, 6 juni 1984, J. A. de Cocq h.o.d.n. Sea Horse IPC/Gebr. De Boon (de rechtspositie van Kasius als feitelijk gebruiker van het niet-gedeponeerde merk DSD was niet vatbaar voor overdracht; De Boon heeft het merk DSD eerder normaal gebruikt dan De Cocq en De Cocq wist daarvan: depot van het merk DSD door De Cocq is te kwader trouw verricht; daarvoor is niet vereist dat De Cocq wist dat De Boon het merk *te goeder trouw* gebruikte).

3. Onrechtmatige daad.

Nr 37. Hoge Raad, 29 maart 1985, Rudolf Pammler/Stichting Konsumenten Kontakt (de vordering jegens Pammler van een verbod om misleidende mededelingen openbaar te maken of door middel van colporteurs te doen openbaar maken toegevoegd; de vorderingen van bevelen om aan de colporteurs een schriftelijke instructie van een bepaalde inhoud te verstrekken en de relatie met een colporteur te beëindigen als deze de instructie niet naleeft, zijn niet toewijsbaar) (met noten D.W.F. V.).

Nr 38. Hoge Raad, 29 maart 1985, Stichting Konsumenten Kontakt/Elektorama (de artt. 1416a e.v. B.W. beogen het publiek te beschermen tegen misleiding "zonder meer", en niet alleen tegen "ernstige misleiding"; in 's Hof's arrest ligt besloten dat er van enige misleiding wel sprake is; een verbod de eigen verkoopprijzen te vergelijken met "irreëel hoge adviesprijzen" kan niet als te vaag worden afgewezen) (met noten D.W.F. V.).

Nr 39. Hoge Raad, 29 maart 1985, Bendien/Verwet (op in de concurrentiestrijd gedane mededelingen die (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt, zijn andere en strengere normen van

toepassing dan op mededelingen enkel het eigen produkt betreffende; voor de vraag of reclame-uitingen waarin het eigen produkt wordt vergeleken met een soortgelijk – anoniem – produkt, mede betrekking hebben op het produkt van een concurrent, is beslissend of het publiek de uiting over het anonieme produkt zal betrekken op dat van de concurrent; het omtrent de samenstelling van het eigen produkt doen van onjuiste mededelingen, welke het publiek leiden tot de veronderstelling dat het eigen produkt beter is dan soortgelijke van concurrenten,

is in de zin van artt. 1416a e.v. B.W. misleiding ook al is het eigen produkt in feite niet minder goed, of beter, dan concurrerende produkten) (met noot v. N. H.).

Mededeling.

PAO cursussen (blz. 317).

Litteratuur.

Officiële mededelingen

Personeel.

Benoemd in vaste dienst.

Mevrouw C. H. C. Paternot, administratief medewerkster in tijdelijke dienst bij het Bureau voor de Industriële Eigendom, is met ingang van 1 juni 1985 benoemd in vaste dienst (besluit van de Minister van Economische Zaken van 13 mei 1985, nr Personeel 85030).

Mevrouw M. van der Hak-Ruiter, administratief medewerkster in tijdelijke dienst bij het Bureau voor de Industriële Eigendom, is met ingang van 1 juli 1985 benoemd in vaste dienst (besluit van de Minister van Economische Zaken van 19 juni 1985, nr Personeel 85040).

Beëindiging van dienstverband.

Aan mevrouw C. A. Bax, administratief medewerkster in vaste dienst bij het Bureau voor de Industriële Eigendom, is op haar verzoek met ingang van 1 juli 1985 eervol ontslag verleend (besluit van de Minister van Economische Zaken van 13 mei 1985, nr Personeel 85029).

Aan de heer Ir L. J. Leipoldt, ingenieur-voorbereider in vaste dienst bij het Bureau voor de Industriële Eigendom, is met ingang van 1 augustus 1985 eervol ontslag verleend met dankbetuiging voor de door hem bewezen diensten (Koninklijk Besluit van 10 juni 1985, nr 46).

Aan mevrouw J. E. Tegelaar-Gerritsen, administratief medewerkster in vaste dienst bij het Bureau voor de Industriële Eigendom, is op haar verzoek met ingang van 23 juli 1985 eervol ontslag verleend (besluit van de Minister van Economische Zaken van 24 juni 1985, nr Personeel 85041).

Herbenoeming van een buitengewoon lid van de Octrooiraad.

De heer Prof. Drs P. J. van den Berg is te rekenen van 21 mei 1985 herbenoemd tot buitengewoon lid van de Octrooiraad voor een periode van vijf jaren (Koninklijk Besluit van 24 mei 1985, nr 49).

Register van Octrooigemachtigden.

De Voorzitter van de Octrooiraad maakt bekend, dat de inschrijvingen van de heren Drs J. van Olmen en Ir L. A. J. Monté op hun verzoek op respectievelijk 22 juli en 25 juli 1985 in het register zijn doorgehaald.

Beschrijving van de kenmerkende eigenschappen van een model.

Artikel 2 onder a van het Uitvoeringsreglement van de modellenwet geeft de mogelijkheid bij het depot van een model een beschrijving te voegen van de kenmerkende eigenschappen van een model.

Van deze mogelijkheid wordt veel gebruik gemaakt. Het doel van deze bepaling, die kennelijk aan een behoefte voldoet, is het mogelijk te maken de kenmerkende eigenschappen van een model, zoals deze uit de bij het depot overgelegde afbeelding blijken, nader te verduidelijken. De ervaring heeft namelijk geleerd dat ook een goede afbeelding niet steeds zonder meer de kenmerkende eigenschappen van een model volledig duidelijk maakt.

In de praktijk blijkt echter dat deze bepaling geregeld misbruikt wordt door een beschrijving te geven van de kenmerken van een model die niet voorkomen op de afbeelding. Soms worden alternatieve – niet afgebeelde – uitvoeringsvormen van een model beschreven, of gebruiksmogelijkheden, technische details betreffende de werking van het model, gegevens over materiaalkeuze etc. Men krijgt wel eens de indruk met een octrooi-aanvraag te maken te hebben.

Tegen deze praktijk en tegen deze geconstateerde misbruiken zal worden opgetreden: het Benelux-Bureau en de nationale diensten zullen niet langer passief zijn in dit opzicht.

Het Benelux-Bureau en de nationale diensten zijn bevoegd om na te gaan of de bij het depot gevoegde beschrijving een beschrijving is van de kenmerkende eigenschappen van een model die zich lenen voor modelbescherming.

Dit is een onderdeel van de controle die het Benelux-Bureau en de nationale diensten dienen uit te oefenen.

Op grond van artikel 4, lid 2 van het Uitvoeringsreglement kunnen het Benelux-Bureau en de nationale diensten bezwaar maken tegen een beschrijving; hierbij kunnen het Benelux-Bureau en de nationale diensten een voorstel doen voor een verbeterde tekst (b.v. door schrappen van ongeoorloofde passages in de beschrijving).

In dit geval zal het bezwaar eerst worden medegedeeld aan de deposant met gelegenheid tot verweer.

Blijft de deposant onwillig de beschrijving aan te passen aan de eisen van artikel 1.2 onder a, dan zullen het Benelux-Bureau en de nationale diensten het depot afhandelen alsof de deposant geen gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid tot het geven van een beschrijving.

Het Uitvoeringsreglement voorziet hierin in artikel 4.3, tweede alinea.

(Mededeling overgenomen uit *Benelux-Tekeningen- of Modellenblad* (II) 21 januari 1985 (I) blz. V–VI. (Red..))

Jurisprudentie

Nr 34. Hof van Beroep te Antwerpen, Vijfde Kamer, 7 september 1982.

Voorzitter: L. Meers;
Raadsheren: A. van Gelder en L. Raymaekers.

*Art. 4, aanhef en onder 6 Benelux Merkenwet.
Er kan sprake zijn van een depot te kwader trouw,
als een gedeponeerd merk zodanig overeenstemt met
eens anders (oudere) handelsnaam, die de deposant
kende of moest kennen, dat verwarring te duchten is.*

*Art. 14 onder B, aanhef en onder 2^o art. 4, aanhef
en onder 6 B.M.W.*

*De vraag of de vordering van de titularis van een
"maatschappelijke benaming" of handelsnaam, tot
nietigverklaring van een (later) merk, dat met zijn be-
naming of handelsnaam dusdanig overeenstemt dat ver-
warring te duchten is, al dan niet ontvankelijk is, zelfs
wanneer er redelijkerwijze geen derde aan het geding
zou kunnen deelnemen, zou aan het Benelux Gerechts-
hof moeten worden gesteld, als niet de vordering op
andere grond werd toegewezen. Daarbij zou tevens de
vraag moeten worden gesteld of de handelsnaam dan
betrekking moet hebben op "soortgelijke waren" of dat
loutere overeenstemming tussen handelsnaam en later
merk volstaat.*

*Art. 14 onder A, aanhef en onder 1a B.M.W. 1^o
artikel 6 quinquies onder B, aanhef en sub 2e Verdrag
van Parijs, en art. 14 onder D B.M.W.*

*In toepassing van art. 14 A 1a B.M.W. kan de nietig-
heid van een depot worden ingeroepen door iedere
belanghebbende, wanneer het merk ieder onder-
scheidend vermogen mist omdat het op het ogenblik
van het depot onbeschikbaar was, daar het door een
andere onderneming werd gebruikt als handelsnaam of
vennootschapsnaam. Verwarring tussen de naam van
appellante en de merken van eerste geïntimeerde is
mogelijk, zelfs onvermijdelijk. Het Hof spreekt de nietig-
verklaring uit van de depots, en beveelt ambtshalve de
doorhaling. 1) 2)*

De N.V. Brouwerij De Dijle te Leuven, appellante,
advocaat L. Stoop te Brussel,
tegen

1. De N.V. Bass-Brouwerij Lamot, waarvan de maat-
schappelijke benaming gewijzigd werd in de nieuwe
maatschappelijke benaming N.V. Bass Belgium-Brouwe-
rijen Lamot en sinds 31 november 1981 nogmaals
gewijzigd in N.V. Brouwerijen Lamot, te Mechelen,
geïntimeerde, advocaten P. Smits te Mechelen en
L. Van Bunnan te Brussel, en

2. De V.Z.W. "Bierhandelaars van Zuid-West Vlaan-
deren te Kortrijk;

1) Deze uitspraken zijn besproken in het artikel van
Mr S. Boekman in het Helbach nummer van het *Bijblad*
1985, blz. 159-163. [Red.].

2) Het door het Hof in zijn uitspraak met *B.R.H.*
aangeduide tijdschrift, waarnaar het verwijst, is het
tijdschrift "*La Jurisprudence Commerciale de Belgique/*
Belgische Rechtspraak in Handelszaken", thans volgens
mijn informant getiteld: *Tijdschrift voor Belgisch*
Handelsrecht. Voor zover ik heb kunnen nagaan is het
wat Nederlandse bibliotheken betreft, alleen in de
bibliotheek van het juridisch instituut van de Rijks-
universiteit Groningen aanwezig.

De Plaatselijke Federatie Henegouwen te St. Sympho-
rien, afdeling van de V.Z.W. De Nationale Federatie van
Handelaars in Bieren en Waters te Brussel, en

De Plaatselijke Federatie Luxemburg te Nassogne,
sectie Bande, afdeling van de V.Z.W. De Nationale Fede-
ratie van Handelaars in Bieren en Waters te Brussel,
vrijwillig tussenkomende partijen, advocaat P. Smits
te Mechelen.

a) Rechtbank van Koophandel te Mechelen, 29 janu-
ari 1979 (F. de Nijs, W. Suetens en R. Dubois).

*Overwegende dat de feitelijke elementen niet worden
betwist, namelijk:*

1. Stichting op 22/12/1934 van eiseres onder de
benaming S.A. Brasserie de la Vignette;

2. Definitieve benaming aangenomen Brasserie de
la Dyle dd. 23/3/1939, verschenen in de bijlagen van het
Belgisch Staatsblad dd. 14/4/1939;

3. Verlenging van de N.V. Brouwerij De Dyle na
dertig jaar bij akte dd. 18/12/1964, verschenen in de
bijlagen van het *Belgisch Staatsblad* dd. 11/2/1965;

4. Deponering van een woordmerk dd. 4/7/1975 door
de N.V. Bass hetwelk als luidt: "Les Brasseries de la
Dyle" (Benelux inschrijvingsnummer 334903) en dit
merk in klasse 32, namelijk voor bieren, werd geregis-
treerd;

O. dat het argument van verweerster als zou eiseres
slechts een fictief bestaan kennen en slechts zou in stand
gehouden worden voor fiscale doeleinden als irrelevant
dient beschouwd daar de opname in de groep Artois
met instandhouding voor welke doeleinden dan ook,
niets wegneemt aan de affectio societatis die overigens
niet als zodanig door verweerster wordt betwist;

dat overigens de instandhouding van de N.V. Brouwe-
rij de Dyle blijkt uit de regelmatige publikaties van haar
handelsbalansen, zodat het bestaan van de vennootschap
als entiteit moeilijk kan worden aangevochten;

dat dan ook de N.V. Bass-Lamot op de hoogte moest
geweest zijn van het bestaan van eiseres;

O. dat dienvolgens dient nagegaan in hoeverre de
N.V. Bass-Lamot recht heeft op de benaming "Les
Brasseurs de la Dyle - Brouwers van de Dyle", benaming
waarvan het homoniem karakter met Brouwerij De Dyle
ook moeilijk kan worden ontkend;

O. dat eiseres zich steunt op artikel 8 van het verdrag
van Parijs dd. 20/3/1883, herzien op 31/10/1958 en
goedgekeurd door de Belgische Wet op 27/4/1965;

dat artikel 8 van het Verdrag van Parijs luidt: de
handelsnaam zal in alle landen der Unie zonder verplich-
ting van Depot of inschrijving beschermd worden,
onverschillig of hij al dan niet deel uitmaakt van een
fabrieks- of handelsmerk;

dat de Beneluxwet op de warenmerken refereert naar
het Verdrag van Parijs in artikel 3, dat bepaalt dat
onverminderd de in het Verdrag van Parijs tot bescher-
ming van de industriële eigendom het uitsluitend recht
op een merk verkregen wordt door het eerste depot
en artikel 38 welk bepaalt dat de bepalingen van de wet
op de Benelux-warenmerken geen afbreuk doen aan de
toepassing van het Verdrag van Parijs waaruit het verbod
een merk te gebruiken voortvloeit;

O. dat verweerster de toepassing van artikel 8 van het
Verdrag van Parijs betwist en voorhoudt dat dit artikel
betrekking heeft op de handelsnamen gebezigd in een
ander land van de Unie en waaraan een principiële
bescherming werd toegekend in zoverre deze gebruikt
of minstens gekend was in België, zodat voornoemd
artikel niet van toepassing zou zijn op een betwisting
die zoals terzake twee Belgische ondernemingen tegen
over elkaar stelt daar deze van de bescherming genieten

van de Belgische Wet, onder meer de vennootschaps-wetgeving;

dat verweerster bovendien voorhoudt dat eiseres aan artikel 8 een andere draagwijdte geeft dan het in werkelijkheid heeft;

O. dat voor wat de toepassing van de bepalingen van het Verdrag van Parijs betreft, er geen betwisting kan bestaan daar de wet van 23/5/1929, houdende goedkeuring van het Unieverdrag voor de bescherming van de industriële eigendom en artikel 3 voorziet dat de Belgen in België de toepassing van de bepalingen van het Unieverdrag kunnen vragen en zulks in alle gevallen waar de bepalingen van dit verdrag in verband met hun bescherming voordeliger is dan de Belgische wet; zie RP.DB. V° *Propriété Industrielle* n° 706;

O. dat eiseres zelf oordeelt over haar belangen en de wijze waarop zij deze revindikeert.

dat de Belgische wetgeving geen specifieke bepalingen inzake bescherming van industriële eigendom bezit buiten de gemeenrechtelijke toepassing van artikel 1382 van het Burgerlijke Wetboek en de Wet op de oneerlijke handelspraktijken van 17 juli 1971;

dat wanneer eiseres oordeelt dat deze Belgische wetgeving minder voordelig is dan de bepalingen van het Unieverdrag, zij terecht beroep kan doen op deze laatste;

O. dat, voor wat betreft de draagwijdte van artikel 8 van genoemd Unieverdrag, de rechtspraak en rechtsleer een controverse heeft geschapen omtrent het begrip "handelsnaam";

dat in de eerste vorm de handelsnaam wordt beschouwd als de naam waaronder een handelaar zijn handel drijft en als dusdanig essentieel dient tot identificatie van de onderneming, deze vorm aangewezen als de "nom signature"; Roubier T.II. pag. 662;

dat in de tweede vorm de handelsnaam wordt beschouwd als bestemming om de aandacht van het publiek te vestigen op haar produkten en deze vorm in zekere zin dient als reclaimedoel aangewezen zijnde als de "raison commerciale"; Moreau *Traité de la Concurrence illicite* — pag. 81; Roubier zelfde referentie;

O. dat, wanneer dit onderscheid wordt gemaakt, men normaal zou moeten aannemen dat de bescherming zich stelt op verschillende vlakken, daar de "nom signature" beschermd wordt door de interne Belgische vennootschapswetgeving waardoor een onderneming die regelmatig een vennootschapsnaam heeft aangenomen, gerechtigd is te eisen dat een andere onderneming een benaming kiest die van de zijne verschilt;

dat de bescherming van de "raison commerciale" zich stelt op het punt van de oneerlijke mededinging, namelijk wanneer een onderneming verwarring schept tussen haar produkten en deze van een concurrent;

O. dat in die optiek artikel 8 van het Unieverdrag dient geïnterpreteerd;

dat terzake inderdaad er enerzijds de handelsnaam is van eiseres waardoor haar rechtsentiteit als bestaande dient erkend en beschermd terwijl anderzijds haar produkten *niet* onder die benaming worden gecommercialiseerd en produkten onder een quasi identieke benaming door verweerster worden op de markt verkocht;

dat het dus terzake neerkomt op de beoordeling of het begrip handelsnaam als identificatie van de onderneming dient uitgebreid op het produkt of merk, hetwelk wordt gefabriceerd door deze onderneming;

dat met andere woorden dient nagegaan of een extensieve of beperkende uitleg dient gegeven aan het begrip "handelsnaam", hetwelk wordt gebezigd in artikel 8 van het Unieverdrag;

dat verweerster zich steunt op hoofdzakelijk Franse Rechtsleer ten einde vast te stellen dat de werkelijke handelsnaam verschilt al naar gelang de functie van de handelsnaam als "nom signature" of

als "raison commerciale"; Roubier T. II. pag. 662 en volgende;

O. dat ten deze dient vastgesteld dat de tekst van artikel 8 van het Unieverdrag niet aan een beperkende uitleg onderworpen is door de bewoordingen "." onverschillig of hij (handelsnaam) al dan niet deel uitmaakt van een fabrieks- of handelsmerk;

dat bovendien artikel 1 van dit Unieverdrag in 2° en 3° lid deze stelling bevestigt, namelijk waar het bepaalt:

— in 2°: De bescherming van de industriële eigendom omvat de octrooien van uitvinding, de gebruiksmodellen, de tekeningen of modellen van nijverheid, de fabrieks- of handelsmerken, de dienstmerken, de handelsnaam en de aanduidingen van herkomst of benamingen van oorsprong, alsmede de bestrijding van de oneerlijke mededinging;

— in 3°: Onder industriële eigendom wordt verstaan de ruimste opvatting daarvan; Hij heeft niet alleen betrekking op nijverheid en handel in eigenlijke zin maar evenzeer op het gebied der landbouw- en mijnbouw-nijverheid en op alle vervaardigde of natuurlijke voortbrengselen, bijv. wijnen, granen, tabaksbladeren, vruchten, vee, mineralen, minerale waters, bieren, bloem, meel;

O. dat onder het begrip "handelsnaam", dient verstaan de benaming waaronder een handelsonder-neming is gekend of waaronder ze wordt geëxploiteerd; Roubier T.II. n° 285.A.

dat de hoofdfunctie van de handelsnaam erin bestaat de handelaar te identificeren en niet zijn produkten;

dat Roubier T.II 285 A.B. desbetreffende stelt: "En effet on peut bien dire que, dans sa fonction la plus ordinaire, le nom commerciale est destiné principalement à apparaître, non pas sur des produits à la manière d'une marque mais sur des papiers de commerces: catalogues, entêtes de lettre, prospectus, annonces, factures, lettres de voiture etc... La designation de l'établissement commercial s'impose dans toutes ses hypothèses, alors qu'elle ne s'impose pas de la même manière en ce qui concerne des produits, qui peuvent être simplement recouverts d'une marque, ou même se présenter sous une forme entièrement anonyme";

dat de door verweerster aangehaalde rechtsleer, meer bepaald de Franse rechtsleer, "Roubier *Le Droit de la Propriété industrielle*" in verband met het onderscheid tussen de "Nom signature" en de "Raison commerciale" als niet relevant is terzake, daar deze rechtsleer de niet toepasselijkheid van dit verschil voorziet wanneer het gaat om kapitaalvennootschappen: Roubier T.II. blz. 663;

dat geen juridische consequenties aan dit onderscheid worden verbonden; "Il convient de remarquer que dans la théorie du nom commercial on ne tient pas compte en principe de cette dualité de fonctions, que le nom commercial puisse ou non servir de signature il n'importe en droit français et notamment la loi du 28 juillet 1824 qui a créé une protection pénale du nom commercial visé aussi bien le nom du commerçant que la raison commerciale de la fabrique"; Roubier T.II. blz. 663;

O. dat naar Belgische interpretatie evenmin een verschil dient gemaakt tussen de "nom signature" en de "raison sociale";

dat verweerster ten onrechte artikel 28 van de vennootschapswetgeving met bescherming van de maatschappelijke benaming in de zin van "nom signature" aanduidt daar in dit geval slechts de betwisting wordt voorzien tussen twee maatschappelijke benamingen hetwelk terzake niet het geval is;

O. dat de handelsnaam dan ook dient beschouwd in haar algemene betekenis zonder onderscheid of deze benaming wordt beschouwd onder het oogpunt van "nom signature" of als "raison commerciale";

O. dat artikel 8 van het Unieverdrag voldoende duidelijk de bescherming van deze handelsnaam om-

schrijft en artikel 38 van de Beneluxmerkenwet uitdrukkelijk naar dit Unieverdrag verwijst, terwijl artikel 3 van de Beneluxmerkenwet bepaalt dat het exclusief recht verworven wordt door de eerste neerlegging, met deze beperking nochtans dat geen afbreuk gedaan wordt aan de prioriteitsrechten voorzien door de Conventie van Parijs;

dat zulks meebrengt dat die naam niet mag gebruikt worden door derden ook niet voor aanduiding van een merk, daar dit laatste kan vereenzelvigd worden met de onderneming die bescherming geniet van zijn handelsnaam; Hof Van Beroep Gent 19/12/1974. *Ing. Cons.* 1975 blz. 141. Braun *Précis des Marques de Produits* blz. 91;

O. dat deze onbeschikbaarheid nochtans niet absoluut is en redelijkerwijze dient geïnterpreteerd in het kader van de oneerlijke mededinging;

dat inderdaad het Unieverdrag de bescherming beoogt van de handelsnaam met het oog op het vermijden van oneerlijke handelspraktijken waardoor een handelaar door de confusie die hij schept tussen zijn handel en deze van zijn konkurrent een ongeoorloofd voordeel zou verwezenlijken;

dat zulks zowel de handelsnaam als het produkt of merk betreft;

dat de betwisting die voortspruit uit het gebruik van benaming door twee verscheidene ondernemingen dient gezien in de optiek van het belang dat de basis uitmaakt van ieder rechtsgeding;

O. dat dienvolgens de bescherming van de handelsbenaming als zodanig niet noodzakelijk dient uitgebreid door verbod tot gebruik van de benaming van een merk, namelijk het produkt dat door een andere onderneming wordt gecommmercialiseerd wanneer het gebruik van dezelfde benaming als handelsnaam door de ene en als merk door een andere handelaar niet verwarrend is en geen nadeel kan berokkenen aan degene die door eerste gebruik en door artikel 8 van het Unieverdrag de bescherming geniet van zijn handelsbenaming, zodat enkel het abusief gebruik aanleiding geeft tot toepassing van de beschermingsmaatregelen;

dat deze stelling zowel in de Belgische rechtsleer als rechtsspraak toepassing vindt; Braun, *Précis des Marques de Produits* pag. 91-92; Brussel 9/3/1949 *J.T.* 1949. Gent 19/12/1974 *Ing. Cons.* 1975 pag. 141 en volgende;

O. dat dus in feite de vraag zich stelt of verweerster in het kader van de oneerlijke mededinging door het gebruik van het merk "Les Brasseurs de la Dyle" zich een ongeoorloofd voordeel heeft verschaffd of willen verschaffen en namelijk gebruik makend van de benaming van eiseres geprofiteerd heeft of willen profiteren van commerciële inspanningen en bekendheid van de onderneming wiens naam hij gebruikt, of waarvan de similariteit tussen beide benamingen alleszins het publiek als potentiële afnemers kan in verwarring brengen ten voordele van verweerster, derwijze dat het op oneerlijke wijze wordt afgeleid;

O. dat in casu niet kan worden aanvaard dat verweerster onwetend zou zijn over het bestaan van eiseres die toch tot dezelfde sector van bedrijvigheid behoort en haar balansen publiceert;

O. dat nochtans ook niet kan worden ontkend dat eiseres, deel uitmakend van de groep Artois een louter administratief bestaan heeft en zij buiten dit bestaan geen enkele commerciële relatie met de buitenwereld bezit;

dat de bedrijvigheid van eiseres van industriële aard is voor bereiding van mout en bier, doch enkel in het kader van de commerciële activiteiten van de Brouwerij Artois;

dat zij geen enkel eigen produkt commercialiseert onder haar vennootschapsbenaming;

dat haar gebondenheid met de Brouwerij Artois

duidelijk is door hetzelfde Beheer-administratieve zetel en zelfde administratie;

O. dat er dan ook geen verwarring kan bestaan tussen de produkten van eiseres en deze van verweerster in die zin dat het cliënteel zou kunnen worden afgeleid door het gebruik van de gelijkluidende benaming Brasseurs de la Dyle - Brouwers van de Dyle;

dat eiseres zelf zich niet richt tot het cliënteel en haar bestaan in de organisatie van Artois niet van aard kan zijn om haar het recht op de benaming van een merk te verschaffen, wanneer zij deze benaming niet gebruikt om haar produkten te identificeren;

O. dat eiseres dus niet het slachtoffer kan zijn van een daad van oneerlijke mededinging vanwege verweerster daar zij in se door het gebruik van de simulaire benaming van het produkt van laatstgenoemde, namelijk "Les Brasseurs de la Dyle - Brouwers van de Dyle" niet kan worden benadeeld daar het cliënteel haar (eiseres) niet kent onder deze benaming wegens afwezigheid van commercialisering van haar produkten;

O. dat de keuze van de gewraakte benaming door verweerster wegens haar geografische ligging aan de Dyle normaal te noemen is zodat geen intentioneel verwarringscheppend feit kan worden weerhouden;

O. dat eiseres hierop voorhoudt dat niets belet dat zij produktes onder haar maatschappelijke benaming zou op de markt brengen in welk geval zij buiten de bescherming van haar handelsnaam ook deze van haar merk zou moeten bekomen;

O. dat deze argumentatie niet kan worden gevolgd daar de feiten van oneerlijke mededinging in concreto en volgens de gekende elementen dienen beoordeeld en het zeker is dat in huidig stadium eiseres en verweerster zich niet stellen op hetzelfde konkurrentieel niveau, waar het de benaming betreft;

O. dat het overigens logisch en aanvaardbaar voorkomt dat een onderneming die haar produkten als merk niet commercialiseert ook niet meer rechten kan hebben dan een andere onderneming die dit wel doet en haar merk volgens de Beneluxwetgeving heeft gedeponeerd;

dat trouwens door de uniforme Beneluxmerkenwet als supranationale wetgeving het verval van het recht op het merk wordt verklaard wegens onbruik gedurende meer dan drie of vijf jaar, namelijk door volgende tekst van artikel 5: Het recht vervalt: . . . 3° Voor zover hetzij binnen drie jaren volgende op het depot hetzij gedurende een ononderbroken tijdvak van 5 jaren, noch door de merkhouders, noch door de licentiehouder, zonder geldige reden enig normaal gebruik van het merk is gemaakt binnen het Beneluxgebied";

dat de voornoemde Beneluxwet weliswaar in sommige bepalingen verwijst naar het Unieverdrag doch de referentie naar de Beneluxwet dient gemaakt door het feit dat het Unieverdrag bepalingen inhoudt met betrekking tot de oneerlijke mededinging en de ratio van dit verdrag zuiver het konkurrentievermogen van de ondernemingen beoogt te regelen door het vaststellen van regels die, op inzonderheid internationaal gebied, - doch ook op nationaal plan - de eerlijke mededinging doet eerbiedigen, terwijl de Beneluxwet een bescherming inhoudt van het merk en men aanneemt dat er op grond van deze wet een gebruik als merk moet zijn en de uitbating van de handelsnaam niet volstaat; Chavanne - *Droit composé des marques dans les pays de la C.E.E.* pag. 72-73;

O. dat dientengevolge er zich terzake geen elementen reveleren die wijzen op oneerlijke mededinging in hoofde van verweerster door de deponering en het gebruik van het woordmerk Les Brasseurs de la Dyle (Benelux inschrijvingsnummer 334903) en het beeldmerk Beneluxdepotnummer 36708 met als inschrijving de woorden Brasseurs de la Dyle - Brouwers van de Dyle;

O. dat de hoofdvordering dan ook niet gegrond is;

O. dat voor wat betreft de vrijwillige tussenkomst van de V.Z.W. Bierhandelaars van Zuid West Vlaanderen, de Plaatselijke Federatie Henegouwen en de Plaatselijke Federatie Luxemburg, eiseres de onontvankelijkheid voorhoudt van de tussenkomst van de Plaatselijke Federatie Henegouwen en de Plaatselijke Federatie Luxemburg, terwijl zij voor wat betreft de V.Z.W. Bierhandelaars van Zuid West Vlaanderen de ongegrondheid voorstaat;

O. dat, voor wat betreft de onontvankelijkheid, eiseres verwijst naar artikel 813 van het Gerechtelijk Wetboek;

O. dat artikel 813 van het Gerechtelijk Wetboek enkel vaststelt dat de vrijwillige tussenkomst gedaan wordt door verzoekschrift dat op straffe van nietigheid de middelen en conclusies moet bevatten;

O. dat het verzoekschrift uitgaat van een reeks bierhandelaars die deel uitmaken van de plaatselijke afdelingen Henegouwen en Luxemburg, handelaars die met name worden genoemd zodat de feitelijke vereniging ervan, met name genoemde handelaars er deel van uitmakend, terecht de vordering konden instellen;

dat overigens de nietigheid slechts relatief is en eiseres zich van de identiteit van de personen kon vergewissen, vermits ze bij het verzoekschrift zijn opgenomen;

dat de nationale federatie van de bierhandelaars ook deze tussenkomst aanneemt;

dat het rekwest de middelen en de conclusies bevat terwijl bovendien het belang ongetwijfeld aanwezig is — belang dat vereist wordt voor de mogelijkheid tot vrijwillige tussenkomst; *Ronard traité élémentaire de Droit Judiciaire* préci n° 338;

dat de vordering tot vrijwillige tussenkomst van de plaatselijke afdelingen Henegouwen, en Luxemburg ontvankelijk is;

O. dat de vordering in vrijwillige tussenkomst van de V.Z.W. Bierhandelaars van Zuid West Vlaanderen ontvankelijk is, en bij ontstentenis van enige gestelde eis enkel akte dient verleend van hun tussenkomst aan de partijen — Plaatselijke afdeling Henegouwen — Plaatselijke afdeling Luxemburg en V.Z.W. Bierhandelaars van Zuid West Vlaanderen;

Om deze redenen

De rechtbank

Verklaart de vordering van de NV Brouwerij De Dyle — S.A. Brasserie de la Dyle, tegen de NV Bass Brouwerijen Lamot, ontvankelijk doch ongegrond en wijst dienvolgens eiseres af van haar vordering;

Veroordeelt eiseres tot de kosten van het geding, deze kosten ten overstaan van verweerster begroot op de som van Zesduizend frank, zijnde de rechtsplegingsvergoeding; enz.

b) Het Hof, enz.

Overwegende dat geïntimeerde geen incidenteel beroep heeft ingesteld tegen het vonnis a quo, zodat dient aanvaard te worden dat het vonnis a quo door geen der partijen bestreden wordt waar het vaststelt dat art. 8 van het Unieverdrag voldoende duidelijk de bescherming van de handelsnaam omschrijft (zonder onderscheid tussen "nom signature" en "raison commerciale") en art. 38 van de B.M.W. uitdrukkelijk naar dit Unieverdrag verwijst, terwijl art. 3 B.M.W. bepaalt dat het exclusief recht verworven wordt door de eerste neerlegging, met deze beperking nochtans dat geen afbreuk gedaan wordt aan de prioriteitsrechten, bepaald door de Conventie van Parijs;

dat zulks meebrengt dat die naam niet mag gebruikt worden door derden, ook niet voor aanduiding van een merk, daar dit laatste kan vereenzelvigd worden met de

onderneming die de bescherming geniet van zijn handelsnaam;

O. dat derhalve de betwisting in hoger beroep beperkt is tot:

1° de beslissing van de eerste rechter, waarvan de motivering aanvangt met de woorden "Overwegende dat deze onbeschikbaarheid nochtans niet absoluut is en redelijkerwijze dient geïnterpreteerd te worden in het kader van de oneerlijke mededinging" (achtste blad van het vonnis a quo; zie ook B.R.H. 1979, p. III, 378 onderaan e.v.);²⁾

2° de vorderingen in tussenkomst;

1° O. dat de „maatschappelijke benaming” van appellante samenvalt met haar handelsnaam (zie desbetreffend: M. Pintens, W., A. P. R., Naam, randnummer 1 Frédéricq, Handboek van Belgisch Handelsrecht, uitg. 1962, I, §§ 135 en 697);

O. dat het te onderzoeken probleem het conflict tussen een maatschappelijke benaming (tevens handelsnaam) en een later gelijkkluidend merk betreft;

O. dat appellante desbetreffend het inleiden van onder meer volgende vorderingen had kunnen overwegen op burgerlijk gebied:

A. vordering tot nietigverklaring van de door eerste geïntimeerde gedeponeerde merken,

a) op grond van art. 4, 6° B.M.W. (depot te kwader trouw) (zie ook art. 14, B, 2)

b) op grond van art. 4, 2° B.M.W. (depot verricht voor waren voor welke het gebruik van het merk tot misleiding van het publiek zou kunnen leiden);

c) op grond van de niet-beschikbaarheid van het gedeponeerde merk;

B. vordering op grond van oneerlijke mededinging (zie betreffende deze keuzemogelijkheden: Van Lier, H., *Conflicts entre les dénominations sociales, les noms commerciaux et les marques*, B.R.H. 1979, III, p. 51-75);

O. dat appellante klaarblijkelijk geen beroep doet op de hierboven sub A b) vermelde mogelijkheid, die niet verder dient onderzocht te worden;

O. dat uit de combinatie van de dagvaarding en de beroepsconclusies blijkt dat zij de overige drie gronden wel inroept;

A.a)

O. dat volgens art. 4, 6° B.M.W., binnen de in artikel 14 gestelde grenzen, geen recht op een merk wordt verkregen door het te kwader trouw verrichte depot;

O. dat uit de woorden "onder andere" in art. 4, 6° blijkt dat de aldaar opgesomde gevallen van te kwader trouw verrichte depots, niet limitatief zijn;

O. dat een vordering tot nietigheid op deze grond kan ingesteld worden, niet alleen door de merkhouder (art. 12, A) doch ook door iedere belanghebbende, mits de in art. 4, 6° B.M.W. bedoelde derde aan het geding deelneemt (art. 14, B, 2° B.M.W.) (zie tabel in Komen, A. en Verkade, D. W. F., *Het nieuwe merkenrecht*, 1970, Kluwer-Deventer, blz. 105);

O. dat appellante geen merkhouder is maar wel een belanghebbende;

O. dat derhalve, wanneer de tekst van art. 14, B, 2° letterlijk wordt toegepast, de vordering van appellante niet ontvankelijk zou zijn, omdat er geen derde aan het geding deelneemt;

O. dat de ratio legis van dat artikel tot uiting komt in de memorie van toelichting (Braun, A., *Précis des marques de produits*, Brussel 1970, blz. 564; — zie ook Komen & Verkade, op. cit. nr 126);

O. dat bepaalde auteurs, en het Hof met hen, aanvaarden dat in bepaalde gevallen, het deponeren van een merk dat zodanig overeenstemt met eens anders (oudere) handelsnaam, die de deposant kende of moest kennen, dat verwarring te duchten is, een depot te

kwader trouw uitmaakt (Komen & Verkade, op. cit. nr 107; – Van Lier, op. cit. p. 62–63);

O. dat, wanneer de titularis van de handelsnaam een vordering tot nietigheid instelt tegen de (latere) merkhouder, er normaliter geen derde aan het geding deelneemt noch kan deelnemen;

O. dat derhalve voor dat geval, de ratio legis, die gebaseerd is op de in art. 4,6° exemplatief opgesomde gevallen, mogelijk niet aanwezig is

O. dat de vraag rijst of de vordering van de titularis van een "maatschappelijke benaming" of een handelsnaam, tot nietigverklaring van een (later) merk, dat met zijn benaming of handelsnaam dusdanig overeenstemt dat verwarring te duchten is, al dan niet ontvankelijk is op grond van art. 14, B, 2° B.M.W., zelfs wanneer er redelijkerwijze geen derde aan het geding zou kunnen deelnemen;

O. dat deze vraag aan het Benelux-Gerechtshof zal gesteld worden, tenzij de vordering van appellante zou toegewezen worden op grond van de thans te onderzoeken hypothese, daar de vraag dan geen voorwerp zou hebben;

O. dat, zo de vraag aan het Benelux-Gerechtshof zou dienen gesteld te worden, tevens zou moeten gevraagd worden, doch enkel ingeval volgens het Benelux-Hof het antwoord op de vorige vraag positief zou zijn (dus: vordering ontvankelijk), of de handelsnaam betrekking moet hebben op "soortgelijke waren", dan wel, of de loutere overeenstemming tussen handelsnaam en later merk volstaat om het depot – in de hypothese dat de deposant de overeenstemming kende of moest kennen – volstaat om de vernietiging van het merk te bekomen op grond van art. 4,6°, juncto art. 14, B, 2° B.M.W.;

A.c)

O. dat volgens art. 35 B.M.W., de bepalingen van die wet geen afbreuk doen aan de toepassing van het Verdrag van Parijs;

O. dat volgens art. 8 van het Verdrag van Parijs d.d. 20 maart 1883, gewijzigd op 31 oktober 1958 en goedgekeurd door de Belgische wet van 27 april 1965, de handelsnaam in alle landen der Unie zonder verplichting van depot of inschrijving zal beschermd worden, onverschillig of hij al dan niet deel uitmaakt van een fabrieks- of handelsmerk;

O. dat volgens appellante, een merk nietig kan verklaard worden wegens onbeschikbaarheid, onbeschikbaarheid die volgt uit het eerste gebruik van de handelsnaam;

O. dat volgens meerdere auteurs en bepaalde rechtspraak deze mogelijkheid inderdaad zou bestaan (zie Van Lier, op.cit. nrs 15–17, p. 64–68), doch men het niet eens is over de grondslag ervan;

O. dat desbetreffend volgende standpunten worden verdedigd:

– ook buiten de B.M.W. bestaat er een oorzaak van nietigheid, die steunt op de algemene rechtsbeginselen inzake industriële eigendom: het teken dat men als merk wil deponeren, mag niet reeds aan een ander toebehoren; (n.b.: welke uitwerking zou dergelijke nietigverklaring hebben ten aanzien van een volgens de B.M.W. gedeponerd merk?);

– deze nietigheid wordt impliciet door de B.M.W. aanvaard (n.b.: zelfde opmerking als hierboven, meer bepaald de toepassing van art. 14 B.M.W.);

– deze nietigheid kan gevorderd worden op grond van art. 14, A, 1°;

a) B.M.W. (n.b. in de noot van Van Innis onder het vonnis a quo, B.R.H. 1979, blz. III, 382 is – klaarblijkelijk bij loutere materiële vergissing – sprake van art. 14, B, 1° a) B.M.W.);

de redenering inzake dit standpunt kan als volgt worden samengevat:

– de nietigheid kan door iedere belanghebbende

worden ingeroepen van het depot van een teken dat niet beantwoordt aan de in art. 1 gegeven omschrijving van het merk, met name wanneer het ieder onderscheidend vermogen in de zin van art. 6 quinquies B2° van het Verdrag van Parijs mist;

– een teken mist dat onderscheidend vermogen, wanneer het op het ogenblik van het depot, onbeschikbaar was daar het door een andere onderneming gebruikt werd als handelsnaam of vennootschapsnaam;

O. dat het Hof deze stelling als uitgangspunt aanvaardt, namelijk dat in toepassing van artikel 14, A, 1° a) B.M.W. de nietigheid van het depot kan ingeroepen worden door iedere belanghebbende – in casu appellante – wanneer het merk ieder onderscheidend vermogen mist in de hierboven vermelde zin;

O. dat niet kan ontkend worden dat de naam "Brouwerij De Dijle" en de merken met vermelding van de woorden "De Brouwers van de Dijle" "Les Brasseurs de la Dyle" tot dezelfde economische sector behoren en dat, voor zover als nodig, verwarring mogelijk, ja zelfs onvermijdelijk is tussen de naam van appellante en de merken, door eerste geïntimeerde gebruikt;

O. dat enkel ingewijden zullen weten dat het door geïntimeerden verkochte bier niet door appellante gebrouwd en/of verkocht wordt en integendeel elke niet-ingewijde zal menen of kunnen menen dat het door geïntimeerde verkochte bier geproduceerd en/of verkocht wordt door appellante of in afspraak met appellante in de handel komt;

O. dat het zonder belang is – gelet op de handelsnaam en vennootschapsnaam van appellante – of deze al dan niet bier brouwt en/of verkoopt;

O. dat het derhalve slechts ten overvloede is dat opgemerkt zij:

1° dat de statuten van appellante onder andere de handel in bier voorzien,

2° dat zij aantoont werkelijk bier te verkopen (zij het dan waarschijnlijk onder de naam "Artois") en herbergen te verhuren;

O. dat de gevraagde depots nietig verklaard worden en het Hof, in toepassing van art. 16, D, B.M.W. (lees: art. 14, D, B.M.W. – Red.), ambtshalve de doorhaling uitsprekt van de inschrijving van de nietigverklarde depots;

O. dat, gelet op deze nietigheid, het niet meer nodig is de toepassing van artikel 14, B, 2°, juncto art. 4,6° verder te onderzoeken en de hierboven in dat verband geformuleerde vragen aan het Benelux-Gerechtshof niet dienen gesteld te worden;

B.

O. dat appellante vraagt dat aan geïntimeerde verbod zou opgelegd worden de bedoelde merken of enig daarop gelijkend teken te gebruiken; dat haar verboden zou worden welkdanige handeling te verrichten waardoor zij inbreuk zou maken op de exclusieve rechten van appellante; haar tot schadeloosstelling van 1 miljoen Frank te veroordelen; de vernietiging te bevelen van alle etiketten, flessen, enz., voorzien van bedoelde merken en bepaalde publikaties te bevelen;

O. dat deze vragen, ontvankelijk in toepassing van art. 12, B, B.M.W., hun grondslag vinden in het mededingingsrecht;

O. dat eerste geïntimeerde moeilijk zou kunnen ontkennen dat zij het bestaan van appellante kende, vermits beide ondernemingen in dezelfde economische sector werkzaam zijn en zij ongetwijfeld de structuur van de "groep Artois" grondig kent;

O. dat eerste geïntimeerde het tweede depot zelfs doordreef, ondanks duidelijk en ondubbelzinnig protest van appellante;

O. dat hierboven reeds werd uiteengezet dat de depots – en derhalve ook het gebruik van de merken – verwarring kunnen stichten tussen beide ondernemingen;

O. dat deze mogelijkheid volstaat om de beroeps-

belangen van appellante (mogelijk) te schaden;

O. dat, hoewel de W.H.P. als dusdanig in casu niet toepasselijk is, art. 54, minstens bij analogie, deel uitmaakt van het mededingingsrecht;

O. dat er aanleiding toe bestaat het gebruik van de merken, onder welke vorm ook, te verbieden;

O. dat geïntimeerden opwerpen dat er geen inbreuk werd gepleegd op het privaat recht van appellante, gelet op de collectieve aard van het recht op de benaming "De Dijle";

O. dat de Dijle een betrekkelijk kleine rivier is die slechts twee belangrijke steden bespoelt, Leuven en Mechelen;

O. dat anderzijds het aantal brouwerijen langs de Dijle, of gevestigd in Leuven of Mechelen, uiteraard niet zeer hoog is;

O. dat in die omstandigheden, de combinatie van "Dijle" met "brouwers" of "brouwerij", zonder verdere specificatie, afdoende onderscheidend is om alle navolging onrechtmatig te maken;

O. dat de vordering, welkdanige handelingen (. . . enz.; zie hierboven) te verrichten, te vaag is om effectief te zijn en niet kan toegewezen worden;

O. dat de gevorderde vernietiging van etiketten, flessen e.d. niet kan worden toegewezen omdat het verbod van het gebruik van de merken reeds volstaat;

O. dat de publikatie van huidig arrest in twee dagbladen naar keuze van appellante, dient toegestaan te worden, doch slechts nadat huidig arrest definitief is geworden;

O. dat appellante noch het bestaan noch de omvang van enige schade aantoonde en dit gedeelte van de vordering niet kan worden toegewezen;

2° de vorderingen in tussenkomst;

O. dat de drie verzoekschriften tot tussenkomst grondig gemotiveerd zijn en het beoogde doel er duidelijk wordt in uiteengezet;

O. dat ze derhalve de "middelen en conclusie" bevatten in de zin van art. 813 Ger. W.;

O. dat er over de ontvankelijkheid van de vordering tot tussenkomst van de V.Z.W. Bierhandelaars van Zuid-West Vlaanderen geen twijfel kan bestaan;

O. dat uit wat voorafgaat blijkt dat de vordering ongegrond is;

O. dat geen der geïntimeerden in hoger beroep geconcludeerd heeft over de ontvankelijkheid van de vorderingen in tussenkomst;

O. dat de plaatselijke federaties Henegouwen en Luxemburg geen rechtspersoonlijkheid hebben;

O. dat zij derhalve geen titularis van subjectieve rechten zijn en hun vordering onontvankelijk is (Cass. 11 januari 1979, Pas. 1979, I, 464);

O. dat, gelet op de redactie van de verzoekschriften, uit niets blijkt dat de leden ut singuli – zouden optreden;

Om die redenen,

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Alle andere en strijdige conclusies verwerpend;

Verleent akte aan geïntimeerde sub I dat haar huidige benaming luidt: "N.V. Brouwerijen Lamot";

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar en grotendeels gegrond;

Wijzigd het vonnis waartegen hoger beroep;

Verklaart de oorspronkelijke vordering toelaatbaar en grotendeels gegrond;

Verklaart de vordering in tussenkomst van de V.Z.W. Bierhandelaars van Zuid-West Vlaanderen toelaatbaar doch ongegrond en die van de plaatselijke federaties Henegouwen en Luxemburg onontvankelijk;

Verklaart de Benelux-merkendepots inschrijvingsnummers 334903 en 336923, depotnummers 36091 en 36708 nietig en beveelt ambtshalve de doorhaling;

Verbiedt geïntimeerden ieder gebruik van de bedoelde merken, onder welke vorm ook;

Staat appellante toe, binnen de maand nadat huidig arrest definitief is geworden, huidig arrest op kosten van eerste geïntimeerde te laten publiceren in twee dagbladen naar keuze van appellante;

Verwijst geïntimeerde sub I in de kosten van beide instanties behoudens de kosten van tussenkomst, die ten laste vallen van geïntimeerden sub II, de kosten in hoofde van appellante tot op heden in hun geheel begroot op: 19.515 F (rechtspiegingsvergoedingen: 5.100 F + 8.400 F) volgens opgave in conclusie;

Wijst appellante af wat het meer gevorderde betreft; enz.

Nr 35. Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, 6 september 1983.

(Straalmeester)

Voorzitter: J. Tas;

Rechters: M. Hertecant en R. Bohijn.

Art. 4, aanhef en onder 6, aanhef en onder a j° art. 11 Benelux-Merkenwet.

De curator van de gefailleerde N.V. Van Kranenburg heeft aan N.V. Straaltechniek International, eiseres in deze procedure, op 15 maart 1982 overgedragen het "handelsfonds" van de gefailleerde N.V., waaronder begrepen "het cliënteel, de handelsmerken, benamingen en alle rechten in dit verband".

De N.V. Van Kranenburg gebruikte sedert jaren openlijk het niet-gedeponeerde merk "Straalmeester", hetgeen gedaagde bekend was. Geen enkele andere firma heeft ooit het merk gebruikt.

Rechtbank: Reeds op deze grond is de eis tot nietigverklaring van het op 8 juni 1982 door gedaagde verrichte depot voor het merk Straalmeester gegrond (? Red.). Daarenboven is het depot door gedaagde te kwader trouw verricht, nu gedaagde wist van het gebruik door Van Kranenburg, en geen toestemming van eiseres, koper van het handelsfonds, had verkregen.¹⁾

De naamloze vennootschap Straaltechniek International te Aartselaar, eiseres, advocaat P. Quirijnen te Aartselaar,

tegen

De Personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid Petromechanical Services te Lokeren, verweerster, advocaat J. Haentjens te Lokeren.

De eis strekt ertoe gedaagde zich te horen zeggen voor recht dat haar inschrijving nr 650.740 van het depot dd. 8 juni 1982 van het individueel merk Straalmeester voor waren van klasse 7 straalinstallaties voor zandstralen bij het Benelux Merkenbureau te Den Haag – Nederland, nietig wordt verklaard en dat de inschrijving ambtshalve dient te worden doorgehaald, krachtens de artikelen 4, par. 6 en 12 van de Wet van 30 juni 1969 houdende goedkeuring van het Beneluxverdrag inzake warenmerken, zich tevens te horen veroordelen tot de kosten van het geding.

Gehoord partijen in hun middelen en besluiten.

Overwegende dat bij overeenkomst dd. 15 maart 1982, eiseres van de gefaalde vennootschap N.V. Van Kranenburg, vertegenwoordigd door haar curator, Mr

¹⁾ In andere zin het hierna onder nr 36 (blz. 287) gepubliceerde arrest van Gerechtshof 's-Gravenhage 6 juni 1984 (DSD). Zie over deze beide uitspraken het artikel van Prof. Mr D. W. F. Verkade in *B.I.E.* 1985, p. 258–263 (Helbach-nummer). *Red.*

J. Bruneel, advocaat te Antwerpen, het volledig handelsfonds heeft aangekocht.

Dat zulkdanig blijkt uit de beschikking van de heer Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, geveld in Kortgeding dd. 25 augustus 1982, waar deze beslist "terwijl eiseres N.V. Straaltechniek International", huidige eiseres, bewijst eigenares geworden te zijn van het handelsfonds van de voornoemde gefailleerde firma (de N.V. Van Kranenburg te Aartselaar) ingevolge overname ervan mits de prijs van 5 miljoen door haar aan de curator betaald — dat deze curator hierbij uitdrukkelijk bevestigt dat in de overname van het handelsfonds ook begrepen waren, het cliënteel, de handelsmerken, benamingen en alle rechten in dit verband.

O. dat niet wordt betwist dat de N.V. Van Kranenburg alsmede haar zusterondernemingen de B.V. Van Kranenburg (Nederland) en de G.m.b.H. & Co. Van Kranenburg (Duitsland) sinds jaren openlijk op de markt verschenen met de handelsbenaming en merk "Straalmeester" gebruikt voor een gamma van materialen en machines dienstig voor zandstralen.

Dat geen enkele andere firma waar ook ooit voordien merk Straalmeester heeft aangewend.

Dat verweerster niet kan ontkennen dat ze hiervan kennis had.

O. dat alhoewel verweerster hiervan kennis had, zij desniettemin na aankoop [door eiseres, *Red.*] van kwestig handelsfonds op 15 maart 1982, is begonnen de benaming Straalmeester te gebruiken, waarvan het gebruik alleen door eiseres mocht worden aangewend, ingevolge de aankoop van het kwestige handelsfonds, waarin het gebruik van het merk Straalmeester begrepen was.

Dat reeds op deze rechtsgrond de eis gegrond is.

O. dat daarenboven de eis gegrond is overeenkomstig art. 4 paragraaf 6 van de Warenmerkenwet dd. 30 juni 1969, houdende goedkeuring van het Beneluxverdrag inzake warenmerken.

Dat verweerster immers wist dat de N.V. Van Kranenburg reeds meer dan 3 jaren in het Beneluxgebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren ter goeder trouw en op normale wijze heeft gebruikt.

Dat verweerster desondanks en zonder [verlof? *Red.*] hiertoe van eiseres (die het exclusief recht op het merk Straalmeester had verworven van de N.V. Van Kranenburg bij aankoop van haar handelsfonds) op 8 juni 1982 het individueel merk Straalmeester voor de waren van klasse 7 straalinstallaties voor zandstralen bij het Benelux Merkenbureau te Den Haag—Nederland liet deponeren, waar het ingeschreven werd onder nr 650.740.

Dat voornoemd depot overeenkomstig art. 4 paragraaf 6/a van de voornoemde wet van 30 juni 1969 ter kwader trouw werd verricht, zodat door verweerster geen recht op het merk Straalmeester kan worden verkregen.

Dat waar eiseres zelf op 2 augustus 1982 een depot onder 651791 heeft verricht van het individueel merk Straalmeester van diverse klassen waren en onder meer klasse 7 staalstraalapparatuur en staalstraaldrukketels en toebehoren daarvan eiseres recht heeft de inschrijving nr 650.740 van het depot dd. 8-6-1982 door verweerster genomen, nietig te laten verklaren (art. 12 par. 14).

Tegeneis:

O. dat verweerster bij tegeneis de nietigverklaring vordert van de inschrijving nr 651791 van het depot dd. 2-8-1982 door verweerster op tegeneis bekomen van het merk Straalmeester voor de waren van dezelfde klasse 7, met bijkomende sancties;

O. dat de tegeneis ongegrond is, gezien het kwestig depot ter goeder trouw werd verricht, daar verweerster op tegeneis en haar rechtsvoorgangers het merk Straal-

meester openlijk gedurende jaren met kennis van eiseres op tegeneis hebben aangewend en het depot een essentiële voorwaarde was voor het instellen van de procedure (art. 12).

Om deze redenen,

de Rechtbank, gelet op artikelen 2 en 30 tot 42 van de wet van 15 juni 1935, die nageleefd werden,

Verklaart de eis ontvankelijk en gegrond, zegt dienvolgens voor recht dat de door verweerster genomen inschrijving nr 650.740 van het depot dd. 8 juni 1982 van het individueel merk Straalmeester voor de waren van klasse 7 straalinstallaties voor zandstralen bij het Benelux Merkenbureau te Den Haag (Nederland) nietig wordt verklaard en dat deze inschrijving ambtshalve dient te worden doorgehaald krachtens artikelen 4 paragraaf 6 en 12 en 14 van de wet van 30 juni 1969 houdende goedkeuring van het Beneluxverdrag inzake de warenmerken.

Verwijst verweerster in de kosten van het geding, deze begroot aan de zijde van eiseres op 3.130 F (dagvaarding + rolstelling) + 3.900 F (rechtsplegingsvergoeding) hetzij samen: 7.030 F, hierin zijnde nog niet begrepen deze van afschrift of uitvoering van dit vonnis.

Verklaart de tegeneis ontvankelijk doch niet gegrond, wijst hem af; verwijst eiseres op tegeneis in de kosten van de tegeneis, deze begroot aan de zijde van verweerster op tegeneis op nihil.

Staat de voorlopige tenuitvoerlegging toe van onderhavig vonnis. Enz.

Nr 36. Gerechtshof te 's-Gravenhage,
Derde Kamer, 6 juni 1984.

(D.S.D.)

President: Mr R. van der Veen;
Raadsheren: Mrs P. P. Vreede en G. Swens-Donner.

Art. 4, aanhef en onder 6, aanhef en onder a jo art. 11 Benelux-Merkenwet.

Beide partijen deponeren het woordmerk DSD voor "preparaten ter bestrijding van visziekten", De Cocq op 10 november 1982, De Boon op 16 november 1982. Voorheen werd het niet-gedeponeerde merk gebruikt door Kasius, die het gebruik heeft gestaakt.

President: De Boon heeft het merk eerder gebruikt dan De Cocq, en het gebruik van De Boon was te goeder trouw nu het geschiedde met toestemming van Kasius. Het depot van De Cocq is te kwader trouw verricht.

Hof: De Boon kon geen rechten verwerven door rechtsverkrijging van Kasius. Diens rechtspositie als feitelijke gebruiker van het merk was niet vatbaar voor overdracht.¹⁾

Niettemin oordeelt ook het Hof het depot van De Cocq als te kwader trouw verricht. Ook het Hof acht eerder normaal gebruik door De Boon aanwezig, en De Cocq wist daarvan. Om een depot tot "te kwader trouw" te bestempelen, is niet vereist dat de deposant (i.c. De Cocq) ook wist dat de eerdere gebruiker (i.c. De Boon) zijnerzijds het merk te goeder trouw gebruikte. Voldoende is dat laatstbedoeld gebruik te goeder trouw plaats had, in de zin dat het moet worden aangemerkt als "niet onbehoorlijk jegens de deposant". Op basis van nadere feitelijke overwegingen (zie het arrest) oordeelt het Hof dat De Boon's gebruik aan dit criterium voldeed.

¹⁾ Vgl. de noot onder het hiervoór onder nr 35 (blz. 286) gepubliceerde vonnis van Rechtbank van Koophandel Dendermonde 6 september 1983 (*Straalmeester*).

Johannes Abraham de Cocq, handelende onder de naam Sea Horse IPC, te Maastricht, appellant [in kort geding], procureur Mr J. Th. Duijnste, advocaat Mr J. E. F. M. Duijnste te Maastricht, tegen
Handelsonderneming Gebr. De Boon B.V. te Hardinxveld-Giessendam, geïntimeerde [in kort geding], procureur Jhr Mr D. J. de Brauw, advocaat Jhr Mr M. W. C. de Jonge te Dordrecht.

a) President Arrondissementsrechtbank te Dordrecht, 27 januari 1983 (Mr A. D. Mijs).

Het geschil.

Als enerzijds gesteld en anderzijds niet, althans niet voldoende gemotiveerd, ontkend alsmede op grond van de overgelegde producties kan voorshands als vaststaand het volgende worden aangenomen:

1. Op 10 november 1982 heeft eiser [De Cocq, Red.] het woordmerk D.S.D. voor de waren "preparaten ter bestrijding van visziekten" bij het Benelux Merkenbureau doen deponeren.

2. Op 16 november 1982 heeft gedaagde hetzelfde woordmerk voor dezelfde waren eveneens doen deponeren.

3. Dit woordmerk werd tevoren tot begin 1982 gebruikt – zonder dat het gedeponerd was – door Robert Kasius en/of de besloten vennootschap Tropische Sier- vishandel en Waterplantenkwekerij Kasius B.V., van welke vennootschap Robert Kasius enig aandeelhouder en directeur was.

4. Eiser heeft eind 1981/begin 1982 zonder resultaat met Robert Kasius en/of Kasius B.V. onderhandelingen gevoerd over overneming van het merk D.S.D.

5. Kasius B.V. is op 25 februari 1982 in staat van faillissement verklaard, welk faillissement op 3 juni 1982 is opgeheven wegens gebrek aan baten. Zowel de curator als Robert Kasius stellen zich op het standpunt dat het merk D.S.D. toekwam aan Robert Kasius persoonlijk.

6. Robert Kasius heeft in maart of april 1982 het recept voor D.S.D. aan gedaagde gegeven en goed gevonden dat zij dit geneesmiddel (tegen "witte stip" bij siervissen) zou gaan maken en in de handel brengen onder de aanduiding D.S.D.

7. Gedaagde heeft na de nodige voorbereidingen een circulaire d.d. 1 november 1982 doen uitgaan met de volgende inhoud:

"Met ingang van heden hebben wij de produktie van D.S.D. in de originele verpakking ter hand genomen en kunnen U dit aanbieden tegen de navolgende prijzen.

Per doos van 16 stuks à f 20,90 per doos
Adviesverkoopsprajs per doos f 29,25.

Mocht U als afnemer en leverancier van D.S.D. dit artikel in Uw verkoopprogramma willen houden, dan zien wij Uw gewaardeerde order gaarne tegemoet."

8. Eiser heeft eveneens voorbereidingen getroffen voor de produktie van een geneesmiddel voor vissen – niet volgens het hem onbekende recept van Kasius – onder de naam D.S.D., doch heeft het produktie- en verhandelingsstadium nog niet bereikt.

9. Eiser heeft op 8 november 1982 aan gedaagde de navolgende brief geschreven:

"Wij vernemen dat u de produktie en verkoop van het produkt en merk "D.S.D." ter hand heeft genomen.

Kunt U ons nader informeren hoe U rechten en titel van e.e.a. verkregen heeft?"

Eiser stelt, dat hij door zijn eerste depot het uitsluitend recht heeft verkregen op het merk D.S.D. en dat het latere depot van gedaagde rechtsgevolgen mist dan wel nietig is. Nu gedaagde desondanks het merk D.S.D. gebruikt, handelt zij onrechtmatig jegens hem.

Gedaagde betwist dit en stelt dat het eerste depot

door eiser gedaan is te kwader trouw als bedoeld in artikel 4, lid 6 van de Benelux-Merkenwet.

Beoordeling van het geschil.

Artikel 4, aanhef en lid 6 van de Benelux-Merkenwet bepalen onder meer: "Binnen de in artikel 14 gestelde grenzen wordt geen recht op een merk verkregen door: het te kwader trouw verrichte depot, onder andere: a. het depot dat wordt verricht terwijl de deposant weet of behoort te weten, dat een derde binnen de laatste drie jaren in het Beneluxgebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren te goeder trouw en op normale wijze heeft gebruikt, en die derde zijn toestemming niet heeft verleend."

Naar Ons voorlopig oordeel heeft gedaagde blijkens en door haar sub 7 weergegeven circulaire d.d. 1 november 1982 het merk D.S.D. op normale wijze gebruikt voordat eiser het merk op 10 november 1982 zonder toestemming van gedaagde deponeerde.

Eiseres was, blijkens zijn sub 9 weergegeven brief van 8 november 1982 ten tijde van het depot d.d. 10 november 1982 op de hoogte van dit feitelijk gebruik door gedaagde.

Gedaagde heeft het merk te goeder trouw gebruikt, aangezien dit geschiedde met toestemming van Robert Kasius.

Eiser heeft niet gesteld dat gedaagde op de hoogte was van zijn sub 8 weergegeven voorbereidingen voor de produktie van een middel onder het merk D.S.D., nog daargelaten of deze voorbereidingen als "normaal gebruik" van het merk kunnen worden beschouwd.

Beide partijen hebben aangekondigd ongeacht de afloop van dit kort geding een bodemprocedure op grond van artikel 14 van de Benelux-Merkenwet aanhangig te zullen maken.

Gelet op het vorenstaande is het naar ons voorlopig oordeel niet onaannemelijk, dat in die bodemprocedure(s) het depot van eiser als te kwader trouw zal worden aangemerkt, zodat er thans geen aanleiding is om het in kort geding gevorderde verbod toe te wijzen.

Beslissing in kort geding.

Wijzen de vordering van eiser af.

Veroordelen eiser in de kosten van het geding, aan de zijde van gedaagde tot op heden begroot op f 1.100,— aan salaris van de procureur en nihil aan verschotten. Enz.

b) Het Hof, enz.

Beoordeling van het hoger beroep.

3. De memorie van grieven beoogt het geschil in volle omvang aan het Hof voor te leggen.

4. Het merk werd in het verleden gebruikt door Kasius B.V. en/of de heer R. Kasius. Het was toen niet ingeschreven. Dat gebruik is gestaakt.

5. Na die staking stond het De Cocq en De Boon jegens elkander vrij het merk in gebruik te gaan nemen en daarop rechten te verwerven. Anders dan De Boon meent, kon zij zodanige rechten niet verwerven door middel van rechtsverkrijging van de heer Kasius. Diens rechtspositie als feitelijke gebruiker van het merk was niet vatbaar voor overdracht.

6. De circulaire d.d. 1 november 1982 van De Boon aan haar afnemers, houdende een door prijsvermeldingen geconcretiseerd aanbod tot levering van D.S.D., levert in beginsel een normaal gebruik van dat merk op.

7. Dat gebruik was het eerste, voor zover partijen betreft. Hun handelingen ter voorbereiding van produktie en verhandeling van D.S.D. leveren geen gebruik van het merk op. De Cocq heeft niet aangevoerd dat de mededelingen van zijn zijde gedaan aan werknemers van Aldiac B.V. tijdens de vakbeurs "Divebo" te Utrecht in oktober 1982 – de overgelegde verklaringen van die

werknemers noemen als jaar: 1983 – (normaal) gebruik van het merk opleverden.

8. Blijkens de brief d.d. 8 november 1982 van De Cocq aan De Boon had De Cocq vernomen dat De Boon “de produktie en verkoop van het produkt en merk “D.S.D.” ter hand genomen” had. Hieruit moet de conclusie worden getrokken dat De Cocq toen wist van normaal gebruik van het merk D.S.D. door De Boon.

9. In dit verband rijst de vraag of de in artikel 4 onder 6a, van de Benelux-Merkenwet bedoelde wetenschap van de deponent slechts het (normaal) gebruik door de derde – als hoedanig ten deze De Boon is aan te merken – moet betreffen, dan wel tevens de in die bepaling genoemde goede trouw. Taalkundig bezien moet de wetenschap ook de goede trouw betreffen, doch zulk een taalkundige uitleg acht het Hof niet juist. Van belang is slechts of naar de maatstaven van de wet het gebruik als te goeder trouw moet worden aangemerkt, dat wil dus zeggen: als niet onbehoorlijk jegens de deponent.

10. Met de in overweging 8 genoemde wetenschap heeft De Cocq op 10 november 1982 het merk gedeponeerd. Dat depot was – aldus de raadsman van De Cocq tijdens pleidooi – toen het meest geëigende middel om de circulaire te pareren.

11. Het vorenstaande brengt mede dat, zo het gebruik van het merk in de circulaire van De Boon te goeder trouw was – in de zin van meergenoemd artikel 4 onder 6a, derhalve: niet onbehoorlijk jegens De Cocq – het depot van De Cocq te kwader trouw (in de technisch-juridische betekenis van dat artikel) was.

12. De Cocq heeft aangevoerd dat het gebruik van het merk in de circulaire op twee gronden niet te goeder trouw was. De eerste grond is dat De Boon wist dat ook De Cocq het merk in gebruik wilde gaan nemen. Die wetenschap wordt door De Boon ontkend, doch indien zij zou hebben bestaan, brengt zij in de gegeven omstandigheden – beide partijen hadden de wens het “vrijgekomen” merk te gaan gebruiken en troffen daartoe voorbereidingen – niet mede dat De Boon jegens De Cocq onbehoorlijk handelde door het merk te gaan gebruiken of, zelfs, zo snel mogelijk te gaan gebruiken.

13. De tweede grond berust op de feitelijke stelling dat De Boon de circulaire heeft verzonden slechts met de bedoeling De Cocq voor te zijn, immers op een tijdstip waarop “de produktie- en handelsfase nog niet was bereikt”. Zouden deze feiten juist zijn dan rijst inderdaad de vraag of het gebruik door middel van de circulaire te goeder trouw was zomede de vraag of het normaal was in de zin van meergenoemd artikel 4 onder 6a. Het Hof laat die vragen onbeantwoord. De Cocq heeft genoemde grond eerst bij pleidooi in hoger beroep en niet bij memorie van grieven aangevoerd terwijl zij niet goed te rijmen valt met de bij die memorie (alineea 9) aangevoerde stelling dat De Boon oude voorraad van Kasius B.V. in de handel is gaan brengen, hetgeen beduidt dat De Boon de verhandelingsfase wel had bereikt. Onder deze omstandigheden kon van de raadsman van De Boon niet worden verlangd dat hij de onderhavige grond gemotiveerd, laat staan gestaafd, weersprak bij pleidooi op verdergaande wijze dan door verwijzing naar de reeds in eerste instantie door hem overgelegde produktie 2, waaruit blijkt dat Van der Loeff Drukkers b.v. op 12 oktober 1982 vijfduizend doosjes met opdruk “D.S.D.” aan De Boon heeft geleverd en produktie 3, een factuur d.d. 28 oktober 1982 betreffende de levering aan De Boon door Dijkstra-Vereenigde b.v. van met het merk D.S.D. bedrukte druppelgarnituur. Het Hof houdt mitsdien de feiten waarop de tweede grond berust voor onjuist.

14. De Cocq heeft nog betoogd dat, zo in een situatie als de onderhavige zijn depot als te kwader trouw zou worden aangemerkt, het systeem van de Benelux-Merkenwet, dat is gebaseerd op rechtsverkrijging door middel van het eerste depot en niet door middel van het

eerste gebruik, geweld zou worden aangedaan; De Boon zou de nadelige gevolgen moeten dragen voor haar “verzuim” eerder te deponeren dan De Cocq. Het Hof kan evenwel niet inzien waarom ten deze artikel 4 onder 6a, dat aan degenen die niet op de hoogte zijn met het beginsel dat slechts inschrijving merkrecht doet ontstaan, bescherming geeft tegen deponenten die van het merkgebruik door diegenen op de hoogte (behoren te) zijn, toepassing zou moeten missen. Evenzeer als De Boon heeft “verzuimd” het merk tijdig te deponeren heeft De Cocq, die zegt al geruime tijd voor zijn depot van plan te zijn geweest het merk te gaan gebruiken en die met de voorbereiding van dat gebruik eindweegs was gevorderd, “verzuimd” het merk – dat hij eerst binnen drie jaren volgend op het depot normaal behoefde te gaan gebruiken, artikel 5 onder 3 van de wet – spoedig te deponeren.

15. Naar het voorlopig oordeel van het Hof kan De Cocq aan zijn depot mitsdien geen rechten jegens De Boon ontleenen.

Beslissing.

Het Hof:

- bekrachtigt het bestreden vonnis van de President van de rechtbank te Dordrecht uitgesproken op 27 januari 1983;
- veroordeelt appellant in de kosten van het hoger beroep;
- begroot die kosten, voor zover gevallen aan de zijde van geïntimeerde tot de uitspraak van dit arrest op f 2.010,—. Enz.

Nr 37. Hoge Raad der Nederlanden, 29 maart 1985.

(Konsumenten Kontakt/Pammler)

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

Art. 1416a Burgerlijk Wetboek.

Pammler verkoopt boeken en tijdschriften, waartoe zij zich onder meer bedient van colporteurs, die in dienst zijn van colportagebedrijven van derden, met wie Pammler overeenkomsten sluit.

Bij Konsumenten Kontakt zijn klachten binnengekomen over misleidende mededelingen door de colporteurs.

Konsumenten Kontakt vordert, kort samengevat, jegens Pammler:

- (1) een verbod om misleidende mededelingen (a) openbaar te maken of (b) door middel van colporteurs te doen openbaar maken;
- (2) een bevel om aan de colporteurs een schriftelijke instructie van een bepaalde inhoud te verstrekken;
- (3) een bevel om de relatie met een colporteur te beëindigen, als deze de instructie niet naleeft.

*Rechtbank: Vordering (1) is toewijsbaar; vorderingen (2) en (3) niet, nu deze niet steunen op enig wettelijk voorschrift. **)*

Hof: Vordering (1) is toewijsbaar; vorderingen (2) en (3) niet, nu Konsumenten Kontakt daarbij (thans) onvoldoende belang heeft, gelet op de toewijzing van vordering (1).

*Hoge Raad verwerpt Pammler's cassatiemiddelen. *)*

Artt. 52 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Hof: De gevraagde uitvoerbaarverklaring bij voor-

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

raad m.b.t. de (toegevoegde) vordering 1, vindt geen steun in de wet.

Rudolf Pammler B.V. te Maastricht, eiseres tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerster, advocaat Mr Dr K. W. P. Klaassen,

tegen
Stichting Konsumenten Kontakt te 's-Gravenhage, verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseres, advocaat Mr E. J. Dommering.

a) Arrondissementsrechtbank te Maastricht, 12 augustus 1982. (Mrs. F. A. J. W. Eliëns, J. C. E. Wortmann en A. M. Adelmeijer).

Overweegt ten aanzien van het recht:

Bij dagvaarding en bij daarmede in overeenstemming zijnde conclusie van eis vordert eiseres, verder te noemen Konsumenten Kontakt, op de daar omschreven gronden, dat het de Rechtbank behage bij vonnis zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

1. gedaagde, verder te noemen Pammler, met onmiddellijke ingang van het vonnis althans een door de Rechtbank te bepalen termijn te verbieden bij de verkoop van goederen en diensten in het bijzonder tijdschriften, periodieken en leesportefeuilles misleidende mededelingen openbaar te maken of door middel van colporteurs te doen openbaar maken ten aanzien van de prijs en de verkoopvoorwaarden van de aangeboden dienst of het aangeboden goed, in het bijzonder ten aanzien van de abonnementsprijs, de prijs van proefnummers, de abonnementsvoorwaarden, alsmede ten aanzien van de juridische betekenis van het invullen en ondertekenen van door de colporteurs gebruikte formulieren, alsmede ten aanzien van het doel van de opbrengsten van de transactie voor Pammler casu quo de colporteur, althans soortgelijke misleidende mededelingen;

2. Pammler te bevelen binnen veertien dagen na betekening van het vonnis, althans een door de Rechtbank te bepalen termijn, aan haar vertegenwoordigers de navolgende schriftelijke instructie te verstrekken en in de toekomst aan nieuw aan te stellen vertegenwoordigers te verstrekken en/of haar hoofdvertegenwoordigers op te dragen aan door deze aan te stellen colporteurs binnen de gestelde termijn deze schriftelijke instructie te overhandigen en in de toekomst aan nieuw aan te stellen colporteurs te blijven overhandigen:

"U zult werkzaam zijn als verkoper voor onze organisatie van diverse tijdschriften. Gezien het feit dat ons in het verleden herhaaldelijk klachten hebben bereikt over misleidende verkooppraktijken brengen wij nadrukkelijk het volgende onder uw aandacht:

Het is niet toegestaan bij het aanbieden van onze bladen u een valse hoedanigheid aan te meten of klanten tot aankoop te bewegen door te zeggen dat de opbrengsten bestemd zijn voor een studiereis naar het buitenland, een ontwikkelingshulpproject, dan wel een of ander goed doel. Het is evenmin toegestaan voordeelaanbiedingen met gratis proefnummers, cadeauabonnements en dergelijke te doen, die onze firma in werkelijkheid niet doet.

Wanneer klanten vragen naar de betekenis van de door hen te ondertekenen formulieren, dienen zij erop gewezen te worden dat dit orderformulieren zijn waarmee men zich tot het nemen van een abonnement verplicht.

Wanneer ons mocht blijken dat u in strijd met deze instructie toch deze en soortgelijke mededelingen doet om klanten tot aankoop te bewegen, zullen wij onverwijld onze relatie met u beëindigen en houden wij u aansprakelijk voor alle door ons ten gevolge van deze mededelingen te lijden schade", althans een schriftelijke instructie van een tekst als door de Rechtbank op te stellen;

3. Pammler te bevelen de relatie met een verkoper te beëindigen wanneer zij constateert dat de sub 2 gegeven instructie niet wordt nageleefd;

met bepaling, dat Pammler een zonder rechterlijke tussenkomst onmiddellijk opvorderbare dwangsom aan Konsumenten Kontakt verbeurt van f 50.000,— voor iedere overtreding van het in deze door de Rechtbank te geven verbod casu quo de in deze te geven bevelen, en een dwangsom van f 1.000,— per dag voor iedere dag dat de overtreding voortduurt, kosten rechtens;

Konsumenten Kontakt legt aan haar vorderingen zakelijk weergegeven onder meer het volgende ten grondslag:

1. Konsumenten Kontakt stelt zich ten doel de belangen van de consumenten in de ruimste zin in en buiten rechte te behartigen en is derhalve een organisatie in de zin van artikel 1416c, lid 2, Burgerlijk Wetboek;

2. Pammler verkoopt casu quo doet verkopen in geheel Nederland tijdschriften en periodieken, onder meer op straat en langs de deur en wel door middel van colporteurs;

3. De door of vanwege Pammler ingeschakelde verkopers doen bij het verkopen van tijdschriften en periodieken aan het publiek misleidende mededelingen omtrent de voorwaarden van de abonnements, de prijs van de aangeboden bladen, alsmede de ideële doeleinden die met de verkoop gediend zouden zijn;

4. Deze mededelingen zijn onrechtmatig in de zin van artikel 1416a Burgerlijk Wetboek en het is aan Pammler te wijten dat zij deze mededelingen door middel van door of vanwege haar gecontracteerde verkopers doet openbaar maken;

5. Pammler handelt voorts onrechtmatig door onvoldoende maatregelen te treffen ter voorkoming van het (doen) openbaar maken van vorenbedoelde misleidende mededelingen door het geven van duidelijke welomschreven schriftelijke instructies en waarschuwingen aan haar verkopers, althans de mensen in haar organisatie die de feitelijke verkopers aanstellen en het contact daarmee onderhouden;

6. Pammler doet wel toezeggingen aan Konsumenten Kontakt, dat de misleidende mededelingen als vorenbedoeld bij de verkoop van haar tijdschriften in de toekomst zullen uitblijven casu quo stelt, dat zij verkopers in dit verband heeft gewaarschuwd, doch dezelfde klachten blijven terugkeren;

7. Het kopend publiek is door de misleidende verkooppraktijken geschaad en dreigt in de toekomst te worden geschaad;

Pammler heeft geen conclusie van antwoord genomen;

Bij gebrek aan tegenspraak staan mitsdien de door Konsumenten Kontakt aan haar vorderingen ten grondslag gelegde feitelijkheden rechtens vast;

Nu de door of vanwege Pammler ingeschakelde verkopers bij het verkopen van tijdschriften en periodieken in het openbaar aan het publiek misleidende mededelingen doen omtrent de voorwaarden van de abonnements, de prijs van de aangeboden bladen, alsmede de ideële doeleinden die met de verkoop gediend zouden zijn, handelt Pammler ingevolge artikel 1416a Burgerlijk Wetboek onrechtmatig.

Hieraan doet niet af de omstandigheid, dat Pammler zich bij die verkoop bedient van in Nederland gevestigde bedrijven, die zich uitsluitend met colportage bezighouden;

Pammler is ook aansprakelijk voor de misleidende mededelingen die zij door de bij die bedrijven in dienst zijnde verkopers laat openbaar maken, temeer nu geenszins is gebleken dat Pammler er alles aan heeft gedaan om te voorkomen dat die verkopers dergelijke misleidende mededelingen doen;

Nu het kopend publiek door het openbaar maken of

laten openbaar maken van die misleidende mededelingen schade lijdt of schade dreigt te lijden is de onder 1 omschreven vordering van Konsumenten Kontakt voor toewijzing vatbaar;

De onder 2 en 3 omschreven vorderingen van Konsumenten Kontakt zijn niet voor toewijzing vatbaar, nu deze vorderingen niet steunen op enig wettelijk voorschrift;

De Rechtbank zal de gevorderde dwangsom vaststellen op de somma van f 1.000,— voor iedere overtreding van het bij dit vonnis door de Rechtbank gegeven verbod, aangezien de Rechtbank het vaststellen van een dergelijke dwangsom een voldoende waarborg acht voor nakoming van het gegeven verbod;

De Rechtbank zal Pammler als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van dit geding aan de zijde van Konsumenten Kontakt gevallen;

Rechtdoende: "In naam der Koningin!":

Verbiedt Pammler met onmiddellijke ingang bij de verkoop van goederen en diensten, in het bijzonder tijdschriften, periodieken en leesportefeuilles, misleidende mededelingen openbaar te maken of door middel van colporteurs te doen openbaar maken ten aanzien van de prijs en de verkoopvoorwaarden van de aangeboden dienst of het aangeboden goed, in het bijzonder ten aanzien van de abonnementsprijs, de prijs van proefnummers, de abonnementsvoorwaarden, alsmede ten aanzien van de juridische betekenis van het invullen en ondertekenen van door de colporteurs gebruikte formulieren, alsmede ten aanzien van het doel van de opbrengsten van de transactie voor Pammler casu quo de colporteur, althans soortgelijke mededelingen;

Bepaalt, dat Pammler een dwangsom van f 1.000,— aan Konsumenten Kontakt verbeurt voor iedere overtreding van voormeld verbod;

Veroordeelt Pammler in de kosten van dit geding aan de zijde van Konsumenten Kontakt gevallen en aan die zijde tot aan deze uitspraak begroot op f 1.899,95;

Wijst af het meer of anders gevorderde; enz.

b) Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, 22 maart 1983.
(Mrs V. A. D. M. van Haren, J. J. M. van Benthem en P. A. L. M. van der Velden).

Pammler is bij dagvaarding van 5 november 1982 van dat vonnis in hoger beroep gekomen.

Alvorens van grieven te dienen heeft Konsumenten Kontakt incidenteel geconcludeerd dat het Hof het vonnis, waarvan beroep, alsnog uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren voor wat betreft het bij dat vonnis gegeven verbod en de op dat verbod gestelde dwangsom.

Nadat Pammler zich ter rolle voor wat de vordering in het incident betreft had gerefereerd aan 's Hof's oordeel, hebben partijen, onder overlegging van haar procesdossiers, het Hof verzocht in het incident uitspraak te doen.

Overwegende ten aanzien van het recht:

In het incident:

Konsumenten Kontakt stelt dat zij er op de in de incidentele conclusie tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad aangegeven grond belang bij heeft dat ook tijdens de hoger beroepprocedure de bij het vonnis in het leven geroepen verplichtingen rechtskracht hebben c.q. eventueel door Pammler gepleegde overtredingen leiden tot verbeurte van de dwangsom.

De vordering moet worden afgewezen, omdat zij geen steun vindt in de Wet.

Slechts in de gevallen genoemd in de artikelen 52 en 53 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is er plaats voor een bevel tot voorlopige ten uitvoer-

legging van vonnissen niettegenstaande hoger beroep of verzet.

Het vonnis waarvan beroep kan tot geen dier gevallen worden gerekend.

Konsumenten Kontakt moet als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van dit incident worden verwezen (f 75,—, Red.). Enz.

c) Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, 1 januari 1984.
(Mrs V. A. D. M. van Haren, J. J. M. van Benthem en P. A. L. M. van der Velden).

Overwegende ten aanzien van het recht:

Het beroep op niet-ontvankelijkheid van Pammler in haar appel op grond dat zij tegen het beroepen vonnis geen grieven heeft aangevoerd moet worden verworpen nu de mogelijkheid van appel immers mede is gegeven om in eerste aanleg begane verzuimen te herstellen gelijk Pammler in deze heeft gedaan.

Naar 's Hof's oordeel is ook in hoger beroep niet althans onvoldoende door Pammler betwist de stelling van Konsumenten Kontakt dat bij het aan de man brengen van haar tijdschriften en periodieken door door of vanwege haar ingeschakelde verkopers en/of colporteurs misleidende mededelingen zijn gedaan ten aanzien van de prijs en de verkoopvoorwaarden van de aangeboden tijdschriften en periodieken in het bijzonder ten aanzien van de abonnementsprijs, de prijs van proefnummers, de abonnementsvoorwaarden, het invullen en ondertekenen van de formulieren waardoor men zich kan abonneren alsmede ten aanzien van het doel van de opbrengsten van de abonnementen en soortgelijke mededelingen.

Zulks blijkt ook voldoende uit het door Konsumenten Kontakt overgelegd bewijsmateriaal.

De frequentie waarmee de misleidende mededelingen blijkbaar zijn gedaan houdt tevens een reële dreiging in voor herhalingen in de toekomst.

Appellante heeft in hoger beroep als verweer aangevoerd:

A. dat haar eigen vijf vertegenwoordigers geen misleidende mededelingen hebben gedaan of zich aan de geïncrimineerde gedragingen hebben schuldig gemaakt;

B. dat zij al hetgeen redelijkerwijs van haar te vergen is heeft gedaan ten einde te bereiken dat de colporteurs van de door haar ingeschakelde colportage-bedrijven zich evenmin aan bedoelde misleiding en gedragingen schuldig maken en

C. dat zij thans onverplicht doch op de voet van hetgeen is bepaald in de Colportagewet degenen die zich hebben geabonneerd in de gelegenheid stelt binnen tien dagen het aangegane abonnement bij aangetekende brief wederom te annuleren.

Ad A en B.

Niet in discussie is dat het doen of laten doen van misleidende mededelingen en/of gedragingen als ten processe bedoeld onrechtmatig is en Pammler voor die onrechtmatige gedragingen ook aansprakelijk is.

Al zou juist zijn dat Pammlers eigen vertegenwoordigers zich daaraan niet hebben schuldig gemaakt dan blijft overeind dat zulks is geschied door colporteurs in dienst van de door haar ingeschakelde colportage-bedrijven terwijl Pammler niet heeft gesteld en naar aannemelijk is — gelet ook op Pammlers eigen stellingen — ook niet kan garanderen dat dit niet meer zal geschieden.

Haar verweer snijdt derhalve geen hout: nu zij niet stelt dat de misleiding door die colporteurs niet meer zal voorkomen, dient zij van het gebruik van bedoelde colportage-bedrijven af te zien en zonodig haar eigen vertegenwoordigersbestand uit te breiden overeenkomstig de door haar gewenste debiet-uitbreiding. Een verbod als door de Rechtbank gegeven blijft derhalve op zijn plaats.

De omstandigheid dat Pammler thans degenen die zich hebben geabonneerd gedurende tien dagen de gelegenheid biedt het abonnement te annuleren neemt het belang van het gegeven verbod niet weg. Terecht betoogt Konsumenten Kontakt dat velen die zich tegen hun zin zullen hebben geabonneerd, eerst na die tien dagen zich van de draagwijdte van hun ondertekening van het desbetreffende formulier bewust zullen worden zodat de thans geboden annuleringsmogelijkheid hun niet meer zal baten.

Het incidenteel appel is naar 's Hofs oordeel ongegrond nu uit niets gebleken is dat Pammler niet in staat zou zijn op eigen wijze effectieve maatregelen ter beëindiging van de gewraakte misleiding te nemen. Voor de gevraagde bevelen als in de petita sub 2 en 3 van de inleidende dagvaarding gevorderd is dan ook naar 's Hofs oordeel eerst plaats indien na deze uitspraak Pammler die effectieve maatregelen en met name een behoorlijke instructie van haar personeel zou nalaten, waartoe zij in de opgelegde dwangsom van f 1.000,— per overtreding voldoende aansporing zal vinden.

Uit het vorenstaande volgt dat in het principaal appel Pammler en in het incidenteel appel Konsumenten Kontakt de in het ongelijk gestelde partij is die in de kosten moet worden veroordeeld.

Rechtdoende in hoger beroep:

In het principaal appel:

Bekrachtigd het vonnis, waarvan beroep;

Veroordeelt Pammler in de kosten op het hoger beroep gevallen en aan de zijde van Konsumenten Kontakt tot aan deze uitspraak begroot op f 150,— aan verschotten en f 1.200,— aan salaris voor de procureur.

In het incidenteel appel:

Verwerpt het beroep.

Veroordeelt Konsumenten Kontakt in de kosten van het incidenteel appel, aan de zijde van Pammler tot aan deze uitspraak begroot op f 600,— aan salaris voor de procureur. Enz.

d) Cassatiemiddelen Pammler.

Schending, althans verkeerde toepassing van het Nederlandse recht, althans nietigheid van de uitspraak meebrengend verzuim van vormen, zijnde het arrest waarvan beroep niet naar de eisen van de wet voldoende gemotiveerd nu de redengeving van het arrest t.a.v. het hanteren van de artikelen betr. de onrechtmatige daad onvolledig is en deels onjuist, met name buiten beschouwing laat waarom Pammler aansprakelijk wordt gehouden voor handelingen van indirecte derden met ook een eigen aansprakelijkheid, en hierbij het bij vonnis opgelegde verbod (c.q. gebod) de wettelijke beschermingsmaatregelen tegen colportagemisbruiken zelfs overtrekt, ofschoon notoir geacht kan worden dat nakoming van het opgelegde verbod niet te garanderen is; één en ander vervat in de volgende middelen.

Middel I.

Het Hof brengt tot uitdrukking, dat Pammler aansprakelijk blijft voor het doen van misleidende mededelingen of gedragingen door de colporteurs in dienst van de door haar ingeschakelde colportagebedrijven. Maar het Hof maakte de motivering terzake niet rond, zodat deze als onvolkomen beschouwd kan worden, door bijv. te verwijzen naar art. 1403 1ste lid BW en komt dusdoende ook niet toe aan art. 1403 5e lid t.a.v. de gedragingen waarvoor Pammler niet aansprakelijk gehouden kan worden.

Middel II.

Het Hof gaat er terecht gelijk Pammler zelf van uit, dat het niet te garanderen is, dat feiten als de geïncrimineerde niet te voorkomen zijn, maar uit 's Hofs

daaruit getrokken conclusie, dat Pammler dan maar van de colportagebedrijven moet afzien, miskent het Hof de doelstelling en werking van de Nederlandse wetten op dit stuk, o.m. de Colportagewet, art. 435A Strafrecht en zelfs de strafrechtsbepalingen t.a.v. gepleegde oplichting. Dergelijke wettelijke regelingen moeten geacht worden de burger voldoende bescherming te kunnen bieden, en het dunkt principieel onjuist om van een justiciabele méér waarborgen en zekerheden te verlangen dan de Nederlandse wetten zelf te bieden hebben. Zo is het verwonderlijk, dat het Hof zelfs een bedenktijd, langer dan de wettelijke acht dagen, niet lang genoeg acht.

Middel III.

De misleidende mededelingen en gedragingen zoals door Rechtbank en Hof in hun motivering betrokken hebben het karakter van oplichting in strafrechtelijke zin, zodat toepassing van de strafwet de betrokken colporteurs boven het hoofd hangt. Rechtbank en Hof zouden derhalve met het verbod aan Pammler, zoals in het dictum van het vonnis omschreven, verder met de rechtsbescherming gaan dan de Nederlandse wet zelve. Dit klemt des te meer nu als notoir kan worden aangenomen, dat nakoming van het opgelegde verbod onmogelijk is, gezien alle colporteurs mensen zijn met een eigen begrip en een eigen, zij het soms misplaatste, wil, die men op een afstand niet in de hand heeft. Een dergelijk gebod zou wél op schriftelijke stukken kunnen worden opgelegd. Op dit bij pleidooi gedane beroep wordt door het Hof ten onrechte geheel niet ingegaan.

Middel IV.

Uitgaande van de gedachte van Rechtbank en Hof, dat het hier om onrechtmatige daden gaat — en niet alleen maar onbehoorlijkheden als bedoeld in de Colportagewet — heeft het Hof nagelaten een onderzoek in te stellen naar, of een motivering te wijden aan —, het criterium van de onrechtmatige daad, in casu of en in hoeverre schade is (of kon) worden toegebracht aan degenen, die zich misleid gevoeld kunnen hebben tot het ondertekenen van een contract.

Middel V.

Ten onrechte bekrachtigt het Hof bij bevestiging van het vonnis der Rechtbank, dat Pammler onrechtmatig handelt op basis van art. 1416A BW; de hierin bedoelde onrechtmatigheid slaat niet op de opdrachtgever maar op de verkoper, c.q. colporteurs zelf, nl. op hen, die goederen aanbieden voor henzelf of dit doen voor anderen; deze handelen onrechtmatig. Enz.

e) Voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel Konsumenten Kontakt.

Verweerster in het principale cassatieberoep stelt voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in, namelijk alleen voor het geval één van de in het principale beroep aangevoerde cassatieklachten zou slagen. Als voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel wordt aangevoerd dat het Hof het recht heeft geschonden of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen heeft verzuimd door ten aanzien van het incidentele appel te overwegen als het heeft gedaan. Wanneer één van de in het principale beroep aangevoerde rechts- of motiveringsklachten mocht slagen, komt daarmee ook de rechtsgrond c.q. de motivering te ontvallen aan de overweging in het incidenteel appel die immers geheel gebaseerd is op de toewijsbaarheid van het onder 1 van het petitum gevorderde en hetgeen het Hof daaromtrent heeft overwogen.

Konsumenten Kontakt moge in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep concluderen tot vernietiging van het arrest voor zover daarbij het incidenteel appel wordt verworpen; kosten rechtens.

f) Conclusie van de advocaat-generaal Mr M. R. Mok, 18 januari 1985.

1. De feiten en het procesverloop.

Pammler B.V., principaal eiseres tot cassatie, is importeur voor Nederland en België van bepaalde boeken en tijdschriften en exploitant van een leesportefeuille-bedrijf; zij verkoopt tevens in geheel Nederland tijdschriften en periodieken, onder meer op straat en langs de deur, en zij doet deze verkopen door middel van colporteurs.

Principaal verweerster, de Stichting Konsumenten Kontakt (hierna aan te duiden als Konsumenten Kontakt) had vastgesteld dat bij haar en bij andere instanties klachten waren binnengekomen over door Pammler, of door vanwege Pammler ingeschakelde verkopers, bij het verkopen van tijdschriften en periodieken aan het publiek gedane misleidende mededelingen over de voorwaarden van abonnementen, de prijs van de aangeboden bladen alsmede over ideële doeleinden die met de verkoop gediend zouden zijn.

Naar aanleiding daarvan heeft Konsumenten Kontakt Pammler op verkorte termijn gedagvaard voor de rechtbank te Maastricht en gevorderd dat de rechtbank Pammler zou verbieden misleidende mededelingen openbaar te maken of te doen openbaar maken over prijs en verkoopvoorwaarden van de aangeboden diensten of goederen. Voorts heeft het Konsumenten Kontakt gevorderd dat de rechtbank Pammler zou bevelen binnen veertien dagen na het te wijzen vonnis aan haar vertegenwoordigers een schriftelijke instructie te verstrekken over het door dezen te volgen gedrag, waarbij aan die vertegenwoordigers in het bijzonder moest worden verboden een valse hoedanigheid aan te nemen of misleidende mededelingen aan klanten te doen. In de derde plaats heeft het Konsumenten Kontakt gevorderd dat de rechtbank Pammler zou bevelen de relatie met een verkoper te beëindigen wanneer zij constateert dat de door Konsumenten Kontakt gevestigde instructie niet zou worden nageleefd.

Konsumenten Kontakt heeft deze vordering gebaseerd op de artt. 1416a e.v. B.W.

Pammler heeft afgezien van het nemen van een conclusie van antwoord. Wel heeft zij bij akte ter rolle alle stellingen van Konsumenten Kontakt betwist. Later heeft Pammler die betwistingen bij pleidooi uitgewerkt en gerelativeerd.

De rechtbank heeft overwogen dat bij gebrek aan tegenspraak de door Konsumenten Kontakt aan haar vorderingen ten grondslag gelegde feitelijkheden rechte vaststaan. Omdat de door of vanwege Pammler ingeschakelde verkopers in het openbaar aan het publiek misleidende mededelingen doen omtrent de voorwaarden van de abonnementen, de prijs van de aangeboden bladen en de ideële doeleinden die met de verkoop gediend zouden zijn, handelt Pammler ingevolge art. 1416a BW onrechtmatig, waaraan niet afdoet dat Pammler zich bij de verkoop bedient van in Nederland gevestigde bedrijven die zich uitsluitend met colportage bezig houden. De rechtbank heeft Pammler ook aansprakelijk gehouden voor de misleidende mededelingen die zij door de bij bedoelde bedrijven in dienst zijnde verkopers openbaar laat maken.

De rechtbank heeft op grond daarvan de eerste vordering van het Konsumenten Kontakt toegewezen. De beide andere vorderingen (het geven van een instructie aan de verkopers en het beëindigen van de relatie met die verkopers bij niet-naleving van zo'n instructie) heeft de rechtbank niet toegewezen, aangezien zij van oordeel was dat deze vorderingen niet steunden op enig wettelijk voorschrift.

Tegen dit vonnis heeft Pammler hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof in 's-Hertogenbosch. Zij heeft een memorie van grieven ingediend die geen grieven in eigenlijke zin bevat. Pammler heeft uiteen doen zetten

dat zij in eerste instantie geen conclusie van antwoord heeft genomen, omdat haar daartoe door de rechter in de op verkorte termijn dienende procedure te weinig tijd is gelaten. Het bedoelde verzuim wilde zij in hoger beroep herstellen. Pammler heeft de pleitnota waarin het namens haar voor de rechtbank gevoerde pleidooi is vastgelegd, als bijlage bij de memorie van grieven aan het hof overgelegd.

Met voorbijgaan aan een incident, waarin Konsumenten Kontakt alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het vonnis van de rechtbank heeft gevorderd, welke vordering in cassatie geen rol meer speelt, vermeld ik dat het Konsumenten Kontakt incidenteel heeft geappelleerd tegen de niet-toewijzing door de rechtbank van haar tweede en derde vordering.

Het hof heeft zowel het principaal als het incidenteel appel verworpen; voor de overwegingen verwijs ik naar het bestreden arrest. Evenwel vestig ik er de aandacht op dat het hof zich in zijn overwegingen inzake het incidenteel appel heeft gedistancieerd van de rechtbank. Kennelijk oordeelde het hof, anders dan de rechtbank, dat ook de tweede en de derde vordering van het Konsumenten Kontakt in principe toegewezen zouden kunnen worden. Alleen meende het hof dat daartoe *nog* geen aanleiding bestond.

Tegen dit arrest heeft Pammler beroep in cassatie ingesteld, onder aanvoering van een vijftal middelen, voorafgegaan door een inleiding. Het Konsumenten Kontakt heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld, onder aanvoering van één middel. Volgens Pammler is Konsumenten Kontakt in dit incidentele cassatieberoep niet ontvankelijk.

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

Zoals gezegd berustte de vordering op art. 1416a BW. Het vorderingsrecht van het Konsumenten Kontakt (groepsactie) berust op art. 1416c, lid 2, BW. Voor beschouwingen over de in 1980 tot stand gekomen artt. 1416a-1416c verwijs ik naar mijn aangehechte conclusie van heden in de zaak onder rolnr. 12554, i.h.b. naar pag. 3 daarvan. [B.J.E. 1985, nr 38, p. 296, Red.]

3. De Colportagewet.

Aangezien het in de onderhavige zaak ten dele gaat om colportage en omdat in verband daarmee de Colportagewet¹⁾ in de discussies is betrokken, maak ik een enkele opmerking daarover.

Voor zover hier van belang bevat deze wet twee hoofdvoorzieningen. In de eerste plaats geldt voor de colporteurs waarop de wet betrekking heeft een inschrijvingsplicht. De Minister van Economische Zaken kan, kort samengevat, een inschrijving doen doorhalen wanneer een colporteur zich onbehoorlijk heeft gedragen. Deze regeling geldt echter niet voor colportage van drukwerken. In de tweede plaats geldt een zogenaamde afkoelingsperiode, die, wederom kort samengevat, inhoudt dat onder bepaalde voorwaarden afnemers (consumenten) binnen een termijn van acht dagen door colportage tot stand gekomen overeenkomsten eenzijdig kunnen ontbinden (art. 25). De afkoelingsperiode geldt ook voor drukwerken.

De bij het inschrijvingsstelsel voor drukwerken gemaakte uitzondering houdt geenszins in dat colporteurs in drukwerken zich wel onbehoorlijk zouden mogen gedragen, doch is uitsluitend ingegeven door de vrees dat een inschrijvingsplicht voor colporteurs van drukwerken in strijd met art. 7 Gw. (oud, maar naar aan te nemen is ook nieuw) zou kunnen zijn²⁾.

4. De principale cassatiemiddelen.

Aan de cassatiemiddelen gaat een inleiding vooraf, die uitsluitend het karakter van inleiding tot de middelen heeft en die geen zelfstandige klachten bevat.

¹⁾ Wet van 7 september 1973, Stb. 438, o.m. te vinden in Kluwer, *Ned. Wetgeving B*, IIC nr 67.

²⁾ M.v.t., Kamerst. 11106, nr 3, p. 18 r.k.

4.1. De middelen I en V.

Deze middelen klagen erover dat het hof Pammler aansprakelijk heeft geacht voor het doen van misleidende mededelingen of gedragingen door colporteurs in dienst van ingeschakelde colportagebedrijven (middel I) Niet Pammler zelf zou onrechtmatig handelen, doch de verkopers, c.q. colporteurs (middel V) zouden dat doen. Er blijkt niet dat het hof is uitgegaan van art. 1403 BW. Bij pleitnota is nader toegelicht dat van een rechtstreekse enkelvoudige verhouding, zoals geëist door art. 1403, lid 1, in dit geval geen sprake zou zijn.

Aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daden van anderen kan ook aanwezig zijn buiten art. 1403³⁾. Dit wordt i.h.b. afgeleid uit het zogenaamde arrest-Horneman uit 1955⁴⁾. In het geval van art. 1416a lijkt mij duidelijk dat er een zelfstandige aansprakelijkheid voor daden voor anderen kan bestaan. Het artikel stelt (evenals art. 1416c, lid 1) het openbaar maken en openbaar laten maken van een mededeling naast elkaar. Art. 1416b spreekt in beide leden over iemand die inhoud en inkleiding van een mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen. Dit sluit aansprakelijkheid op grond van art. 1403 niet uit⁵⁾, maar het is voor aansprakelijkheid voor door andere gedane mededelingen niet steeds noodzakelijk dat aan art. 1403 is voldaan.

Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat Pammler's eigen vertegenwoordigers zich niet aan misleiding schuldig zouden hebben gemaakt; om die reden behoefde het op de aan art. 1403 ontleende verweren niet in te gaan. Het hof heeft zich vervolgens geconcentreerd op misleiding door colporteurs in dienst van door Pammler ingeschakelde (zelfstandige) colportagebedrijven. Indien Pammler misleidende mededelingen door dergelijke colporteurs niet kan verhinderen dient zij, aldus het hof, van het gebruik van bedoelde colportagebedrijven af te zien. Om die reden achtte het hof een verbod als door de rechtbank gegeven op zijn plaats.

Naar mijn mening blijft dit verbod binnen de grenzen van art. 1416c, lid 1 (de middelen stellen ook niet het tegendeel) en komt art. 1403 hierbij niet aan de orde, zodat beide besproken middelen falen.

4.2. Middel II.

Ook dit middel concentreert zich op de overweging van het hof volgens welke Pammler, indien zij het doen van misleidende mededelingen door colporteurs in dienst van colportagebedrijven niet kan voorkomen, van de inschakeling van die colportagebedrijven moet afzien. Volgens het middel miskent het hof daarmee de doelstelling en werking van de Nederlandse wetten op dit stuk, zoals de Colportagewet, art. 435A WvS (waarmee, zoals mede blijkt uit de pleitnota, bedoeld is art. 435e WvS) en zelfs de strafrechtsbepalingen over oplichting.

Ook deze grief treft geen doel. Het is de onmiskenbare bedoeling van de wetgever geweest de artt. 1416a e.v. een aanvullend karakter te geven. Op deze bepalingen kan een beroep worden gedaan naast of in plaats van de toepassingen van andere wetsbepalingen⁶⁾.

Indien het mogelijk is op grond van de Colportage-

³⁾ Zie bijv. H. Drion, *Aansprakelijkheid voor anderen fouten*, inaug. rede, Leiden, 1958, Geschriften (1982), p. 77 e.v.; F. J. W. Löwensteyn in *AAe* 1973, p. 277 e.v. (beantwoording rechtsvraag 46).

⁴⁾ HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 552 m.n. L. E. H. Rutten. Zie i.h.b. het obiter dictum op p. 980 l.k., 1^o volle al. Als ik het wel heb beoogt ook de pleiter voor het Konsumenten Kontakt naar dit arrest te verwijzen.

⁵⁾ Zie ook de m.v.t., kamerst. 13611, nr. 3, p. 13, 4^o al.

⁶⁾ M.v.t., p. 5 onderaan/p. 6 bovenaan; m.v.a. Tw. Kamer (nr. 6), p. 7-12; *Handelingen* Tw. Kamer 20 september 1979, p. 65 r.k./p. 66 l.k.; *Handelingen* Eerste Kamer 4 juni 1980, p. 859 r.k./p. 860.

wet op te treden tegen onbehoorlijk gedrag, hetgeen overigens slechts t.a.v. individuele colporteurs kan geschieden, dan staat dat aan een beroep op art. 1416a niet in de weg. Het feit dat in dit geval optreden op grond van de Colportagewet niet mogelijk is, omdat het om drukwerken gaat, staat daaraan evenmin in de weg. Volledigheidshalve merk ik nog op dat de vraag of toepassing van de artt. 1416a e.v., wanneer de betrokken goederen drukwerken zijn, in strijd zou kunnen komen met art. 7 Gw. niet aan de orde is gesteld.

Art. 435e WvS heeft alleen betrekking op telefonische colportage. Dat daarvan i.c. sprake is, is niet gebleken, maar ook dat doet er niet toe: op de artt. 1416a e.v. kan een beroep worden gedaan, ongeacht de eventuele toepasselijkheid van art. 435e WvS. Voor andere strafbepalingen geldt hetzelfde.

Aan het slot van middel II wordt gesteld dat het verwonderlijk is dat het hof zelfs een bedenktijd, langer dan de wettelijke acht dagen, niet lang genoeg acht. Daarmee wordt op het volgende gedoeld. Op grond van de Colportagewet is er een afkoelingsperiode van acht dagen, die, zoals gezegd, ook geldt voor drukwerken, mits aan de algemene voorwaarde is voldaan dat het om een bedrag van tenminste f 75,- gaat. Pammler had in feitelijke instanties verklaard dat degenen die zich hebben geabonneerd gedurende tien dagen de gelegenheid hebben het abonnement te annuleren. Men kan dat beschouwen als een afkoelingsperiode die twee dagen langer duurt dan die volgens de Colportagewet en waarvoor ook de benedengrens van f 75,- niet van kracht is. Het hof heeft echter overwogen dat velen die zich tegen hun zin hebben geabonneerd, eerst na die tien dagen zich van de draagwijde van hun onder-tekening bewust kunnen worden zodat de geboden annuleringsmogelijkheid hen niet meer zal baten.

Wanneer de slotzin van middel II tot uitdrukking wil brengen dat wat het hof in de laatstbedoelde overweging zegt a fortiori geldt voor de (twee dagen kortere) afkoelingsperiode volgens de Colportagewet, dan is dat op zichzelf juist. Daarmee is de overweging van het hof echter nog niet verwonderlijk, laat staan onbegrijpelijk. De afkoelingsperiode van de Colportagewet is toegesneden op de (eenmalige) verkoop van goederen, waarbij vooral is gedacht aan duurzame gebruiksgoederen. Een periode van acht dagen is redelijk geacht om de consument een termijn te geven om zich te realiseren dat hij de overeenkomst beter niet had kunnen aangaan. Het is zeer goed mogelijk dat de consument in het geval van een abonnement daarvoor een langere tijd nodig heeft. Overigens lijkt de overweging waartegen de slotzin van middel II zich keert mij niet dragend.

4.3. Middel III.

De eerste zin van dit middel is een herhaling van hetgeen in middel II is gesteld en behoeft daarom geen nadere behandeling.

Het tweede gedeelte van het middel stelt dat als notoir kan worden aangenomen dat nakoming van een opgelegde verbod onmogelijk is. Dit middel vat ik op als een motiveringsklacht. Die klacht faalt aangezien het hof duidelijk en begrijpelijk heeft aangegeven hoe het verbod kan worden nagekomen, namelijk door, zoals reeds bleek, zonodig van de diensten van zelfstandige colportagebedrijven af te zien.

4.4. Middel IV.

Dit middel klaagt erover dat het hof niet heeft onderzocht of en in hoeverre schade is of kon worden toegebracht aan degenen die zich misleid gevoeld kunnen hebben.

Dat schade feitelijk is toegebracht, is niet vereist. Dit geldt bij een vordering uit onrechtmatige daad tot het opleggen van een verbod algemeen⁷⁾, maar in het

⁷⁾ Vgl. G. H. A. Schut, *Onrechtmatige Daad*, 1981, p. 96 en Asser-Rutten, *De verbintenissen uit de wet* (Asser-serie 4-III, 1983), p. 98/9.

geval van de artt. 1416a e.v. meer in het bijzonder, aangezien art. 1416c, lid 1, mede spreekt over een mededeling die aan een ander schade dreigt toe te brengen. Voor zover het middel het oog heeft op dergelijke potentiële schade mist het feitelijke grondslag, aangezien het hof wel degelijk heeft aangegeven waarin deze kan bestaan, namelijk daarin dat consumenten door misleidende mededelingen gebracht worden tot het nemen van abonnementen, die zij anders niet genomen zouden hebben.

4.5. Slotsom.

Uit het voorgaande volgt dat naar mijn opvatting geen van de in het principaal beroep voorgestelde middelen gegrond is.

5. Het incidentele middel.

Aangezien het incidenteel cassatieberoep voorwaardelijk is ingesteld komt het in mijn opvatting over de principaal voorgestelde middelen niet aan de orde. Ten overvloede maak ik enkele opmerkingen.

5.1. De ontvankelijkheid.

Pammler heeft doen stellen dat het Konsumenten Kontakt niet ontvankelijk is in haar incidenteel cassatieberoep. Het principale beroep is namelijk beperkt tot de bekrachtiging door het hof van het door de rechtbank opgelegde verbod, terwijl het incidentele beroep juist op andere onderdelen van het bestreden arrest betrekking heeft.

Dit verweer gaat niet op, aangezien het recht van een verweerder om incidenteel beroep in te stellen hem niet kan worden ontnomen doordat de eiser zijn beroep uitdrukkelijk beperkt tot de beslissing waardoor hij bezwaard is⁸).

5.2. Beoordeling.

Het incidentele middel is niet los te zien van de principale middelen. Het hof heeft, zoals reeds aan de orde kwam, anders dan de rechtbank, het tweede en het derde door Konsumenten Kontakt gevorderde verbod in beginsel wel toewijsbaar geacht, maar tevens gemeend dat daaraan voorshands nog geen behoefte bestond. Op zichzelf is dit een feitelijk en begrijpelijk oordeel. Het incidentele middel stelt echter niet ten onrechte dat de grond aan deze beslissing zou ontvallen wanneer het arrest van het hof op het principale beroep zou worden vernietigd. Wanneer het door de rechtbank opgelegde en door het hof bekrachtigde verbod niet meer zou gelden, zou wel aan de andere gevorderde verboden behoefte kunnen bestaan.

Deze redenering lijkt mij juist. Bij vernietiging op het principaal beroep zou m.i. ook het incidenteel beroep gegrond verklaard dienen te worden opdat na verwijzing de initiële vorderingen van het Konsumenten Kontakt in volle omvang opnieuw beoordeeld kunnen worden.

6. Conclusie.

Ik concludeer tot verwerping van het principaal beroep met veroordeling van Pammler in de cassatiekosten. Enz.

g) De Hoge Raad, enz.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 Pammler heeft eerst in appel verweer gevoerd. Het Hof heeft dat verweer in zijn rechtsoverweging 5 weergegeven en in rechtsoverwegingen 6 t/m 9 besproken.

Daarbij heeft het Hof blijkens rechtsoverweging 6 dat verweer aldus opgevat dat daarvoor – voor zover in cassatie van belang – uitsluitend werd opgeworpen of het in de omstandigheden van dit geval – waaronder met name dat de misleidende mededelingen niet door het eigen personeel van Pammler werden gedaan, maar

⁸) Veegens, *Cassatie*, 1971, nr. 136, p. 224, 2^o volle al.; zie ook het aldaar (noot 3) geciteerde arrest; voorts: Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen*, 1982, nr. 176, p. 86 (over incidenteel appel).

door personeel van door haar ingeschakelde colportage-bedrijven waarover zij onvoldoende zeggenschap had om herhalingen te kunnen uitsluiten – aanging Pammler een verbod op te leggen als door de President [lees: de Rechtbank (*Red.*)] gegeven. Dat – zoals de President [lees: de Rechtbank (*Red.*)] had geoordeeld – de mededelingen misleidend waren en dat ingevolge art. 1416a BW zowel de colporteurs onrechtmatig handelden, omdat zij de mededelingen in feite openbaar maakten, alsook Pammler, omdat zij die mededelingen liet openbaar maken, werd door het verweer van Pammler, naar de uitleg welke het Hof daarvoor heeft gegeven – welke uitleg in cassatie niet is bestreden en ook niet met vrucht kan worden bestreden – niet ter discussie gesteld.

3.2. Uit het vorenoverwogene volgt:

– dat middel I berust op een verkeerde lezing van de bestreden uitspraak, aangezien het Hof ervan uitgegaan is dat Pammler niet het oordeel van de President [lees: de Rechtbank (*Red.*)] bestreed dat zij uit eigen hoofde aansprakelijk is nu zij de misleidende mededelingen laat openbaar maken in de zin van voormelde wetbepaling;

– dat middel IV eveneens feitelijke grondslag mist, omdat President [lees: de Rechtbank (*Red.*)] en Hof hun oordeel hebben gebaseerd op art. 1416a, in het kader van welke bepaling het enkele feit dat de openbaar gemaakte mededeling misleidend is, voldoende is om te oordelen dat degene die deze mededeling laat openbaar maken, onrechtmatig handelt;

– dat middel V faalt, omdat naar luid van art. 1416a niet slechts degene die misleidende mededelingen openbaar maakt, onrechtmatig handelt, maar ook degene die dergelijke mededelingen laat openbaar maken.

3.3. De middelen II en III kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zij miskennen dat het enkele feit dat tegen bepaalde gedragingen strafrechtelijk kan worden opgetreden, niet uitsluit dat indien die gedragingen tevens opleveren het openbaar maken van misleidende mededelingen in de zin van de artt. 1416a e.v. BW, aan degene die deze mededelingen laat openbaar maken, een verbod wordt opgelegd als te dezen met toepassing van deze bepalingen aan Pammler gegeven.

3.4 Het incidentele cassatieberoep, dat is ingesteld “alleen voor het geval één van de in het principale beroep aangevoerde cassatieklachten zou slagen”, behoeft geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Pammler in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SKK begroot op f 456,30 aan verschotten en f 1.700,- voor salaris. Enz.

**) Verbod om door derden “te doen openbaar maken”.*

De Rechtbank verbood Pammler om misleidende mededelingen (a) openbaar te maken en (b) “door middel van colporteurs te doen openbaar te maken”, een en ander op straffe van verbeuren van dwangsommen. Bevel (a) is uiteraard geen punt. Bevel (b) roept enige problemen op: wordt het bevel door Pammler ook overtreden, als de colporteurs de misleidende mededelingen doen, tegen Pammlers zin, maar omdat Pammler hen niet “in de hand heeft”? Kan zo’n bevel wel worden toegewezen?

Niet onbegrijpelijk, in het licht van Pammlers processueel gedrag, maakte het Bossche Hof met dit in appel alsnog opgeworpen punt korte metten: als Pammler (kennelijk) het risico van misleiding door externe colporteurs zelf aanwezig acht, en meent daaraan onvoldoende te kunnen doen, moet zij maar van externe colporteurs afzien. Het bevel werd gehandhaafd.

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 *executieschil* 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 executieschil 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 níét 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 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 de 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 "uitverkoopprijzen" 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 zijdens 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^o zin.

¹⁰) M.v.t., p. 10, 1^o (overlopende) al. Zie ook m.v.a. Tw. K., p. 21, 2^o 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 *voorgescreven* 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 voorshands 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 openbaarmaken. 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 onjuistbevinding 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.

d. Wat de voornaamste voedings(mest-)stoffen betreft is de samenstelling van vloeibare Pokon: 5 gewichtsprocent stikstof, 7% fosforzuuranhydride en 9% kaliumoxyde, te zamen 21 gewichtsprocent voedingsstoffen. De samenstelling van Substral is: 6% stikstof, 5% fosforzuuranhydride en 4% kaliumoxyde; te zamen 15 gewichtsprocent voedingsstoffen. Turkenburg levert te zamen 16% voedingsstoffen. De gehalten van deze stoffen zijn op de etiketten en verpakkingen vermeld.

e. Als gebruiksvoorschrift wordt voor de vloeibare Pokon een dosering aanbevolen van 10 ml; voor Substral van 7 ml, en voor Turkenburg, volgens eiseres voor sommige planten 7 en voor andere 15 ml, volgens gedaagde steeds 15 ml, telkens op 1 liter water.

Pokon adviseert één maal per week te begieten met deze oplossing en Substral adviseert hetzelfde, doch bovendien in de bloeiperiode één maal per week extra. Tot dusver vier maal heeft gedaagde een reclamespot door de Stichting Ether Reclame (STER) over de televisie doen uitzenden, waarin een – in beeld gebrachte – vergelijking wordt gemaakt tussen Substral en een andere, niet met name genoemde plantenvoeding.

In beeld komt een tafel waarop naast elkaar zijn opgesteld een fles Substral, twee maatglazen en een witte flacon met het opschrift "500 ml". De maatglazen hebben een ml-verdeling, lopend tot 10 ml, maar kunnen in totaal nog enkele ml meer bevatten. In de film wordt de inhoud van de maatdop van de Substral fles in het ene maatglas gegoten en die van de dop van de anonieme fles in het andere maatglas. Het maatglas met Substral wordt gevuld tot 6,8 ml terwijl de inhoud van de andere dop het maatglas doet overlopen, zodat op de tafel een plas ontstaat. Vervolgens wordt over het laatste maatglas, terwijl het overloopt, een zwart kruis geprojecteerd. Ten slotte wordt een fles Substral getoond met rode Begonia's erachter. De bij de film gesproken tekst luidt als volgt:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten werden vergeleken. En wat blijkt, voor één liter water heb je veel minder Substral nodig. Daarom is Substral voordeliger dan u denkt. Substral: je hebt minder nodig; gaat dus langer mee."

g. Op de verpakkingen van Substral komt sinds de aanvang van de televisiecampagne de volgende tekst voor: "U heeft er veel minder van nodig, daarom gaat een fles Substral langer mee. Dus Substral is voordeliger dan u denkt".

2. Eiseres vordert – alles met dwangsom en kosten rechtens –:

a. Een verbod om in reclame voor en op verpakkingen van Substral de in 1.f. en 1.g. aangehaalde, of daarmee overeenstemmende teksten te gebruiken;

b. Een rectificatie-advertentie in vier landelijke dagbladen met een door eiseres opgestelde tekst, subsidiair publikatie van een door de president op te stellen tekst in door hem aan te wijzen bladen;

c. Een bevel aan gedaagde om haar afnemers op de onjuistheid en misleidende van de in 1.f. en 1.g. geciteerde teksten te attenderen, onder overlegging aan eiseres van een lijst van degenen aan wie deze melding is gestuurd;

d. Een bevel om maatregelen te nemen ter vervanging van etiketten met de in 1.g. geciteerde tekst, onder overlegging aan eiseres van een lijst van degenen aan wie vervanging is verzocht.

Zij voert daartoe aan dat de reclame-uiting in de televisiespot en op de verpakkingen onrechtmatig is.

3. Gedaagde heeft het gevorderde gemotiveerd bestreden. Op haar argumenten zal, voor zoveel nodig, hieronder worden ingegaan.

4. Aangezien nog ongeveer 30 uitzendingen van de door eiseres aangevallen televisiereclamespot in de loop van dit jaar zullen worden uitgezonden en het anonieme produkt door het overgrote marktaandeel van Pokon

van 60% door het publiek licht daarmee zal worden geassocieerd, zoals ook klaarblijkelijk de bedoeling van gedaagde is, heeft eiseres een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening.

5. Eiseres heeft, onder verzet van gedaagde, mondeling haar eis in die zin gewijzigd dat in het eerste en tweede aangezien, telkens voor "plantenvoeding" het woord "vloeibare" wordt geschrapt. Gelet op de ondergeschikte aard van deze wijziging en nu gedaagde niet heeft aangegeven op welke wijze zij in haar verdediging zou zijn geschaad, wordt dit verzet ongegrond verklaard.

6. Met betrekking tot de hoofdvraag die partijen verdeeld houdt zal eerst worden onderzocht of de vergelijking die gedaagde in de televisiespot maakt voldoet aan de daaraan te stellen eis van zorgvuldigheid.

Getoetst zal worden aan de criteria aan de hand waarvan de Commissie tot handhaving van de Nederlandse code voor het reclamewezen en aanvaardbaarheid van vergelijkende reclame beoordeelt: de vergelijking dient vergelijkbare produkten te betreffen, waar te zijn, objectief controleerbaar te zijn, volledig en niet verwarrend te zijn en geen nodeloos denigrerende of krenkende uitlatingen aan het adres van het vergeleken produkt te bevatten.

Naar gedaagde heeft erkend is het in de televisiespot getoonde onderzoek gericht op de drie grootste merken plantenvoedsel, Pokon, Substral en Turkenburg, die te zamen 95% van de plantenvoedselmarkt bestrijken. Niet verenigbaar met deze doelstelling is dat slechts twee produkten worden vergeleken, nu juist op het punt dat vergeleken wordt, de dosering, verschillen tussen de drie produkten bestaan. Immers de dosering van Pokon bedraagt 10 ml en die van Substral 7 ml per liter water. Turkenburg schrijft volgens gedaagde een dosis van 15 ml per liter water voor. De vergelijking is derhalve wat dit aspect betreft in ieder geval onvolledig.

De vraag of ook andere merken in de vergelijking betrokken hadden dienen te worden kan in het midden blijven.

7. De vergelijking moet bovendien onvolledig en verwarrend worden geacht, omdat, nu het onderzoek van gedaagde, naar zij heeft verklaard, was bedoeld om de versluiering van de werkelijke prijs van Substral op te heffen, gedaagde heeft verzuimd het voor de beoordeling van de prijs in relatie tot het gebodene niet te verwaarlozen element van de bemaatswaardige in haar onderzoek te betrekken. Het woord nodig in de zin: "Je hebt minder nodig dus gaat langer mee", heeft een dubbele betekenis. Het slaat niet alleen op de hoeveelheid produkt per liter water, doch ook – en vooral – op hetgeen waaraan planten behoefte hebben. Voor een goede verzorging van planten is het uiteraard niet van belang hoe groot de maatdop is die aan 1 liter water dient te worden toegevoegd, doch het gaat om de voedingswaarde en de samenstelling van de toegevoegde hoeveelheid plantenvoeding. Zij had dan ook niet mogen voorbijgaan aan het aanmerkelijke verschil in concentratie van de op de verpakkingen aangegeven meststoffen die in de gebruiksgereede oplossingen van de betrokken produkten voorkomen.

Niet is komen vast te staan welke voedingswaarden aan planten dienen te worden toegediend ten einde een optimaal resultaat te verkrijgen. Dit is ook geen objectief controleerbaar gegeven voor de consument. Alleen uitvoerig wetenschappelijk onderzoek zou uitsluitel kunnen bieden om antwoord te geven op de vraag hoeveel en welke voedingsstoffen planten nodig hebben. Ook in dit opzicht is de door eiseres [gedaagde. Red.] toegepaste vergelijking onzorgvuldig.

Gedaagde heeft aangevoerd dat de voedingswaarde van Substral hoger is dan blijkt uit de op de verpakking aangegeven concentratie aan meststoffen, aangezien nog zes andere meststoffen erin als sporeëlementen voorkomen. Naar eiseres onbestreden heeft gesteld bevat echter ook Pokon dergelijke sporeëlementen. Gedaagdes

beroep op de aanwezigheid van andere meststoffen kan haar daarom niet baten.

Als sub 1.f. vermeld wordt op het televisiebeeld een fles Substral getoond in combinatie met een bloeiende begonia. Hierdoor wordt gesuggereerd dat deze plant dankzij Substral zo mooi in bloei is gekomen. Volgens de gebruiksvoorschriften van Substral dienen bloeiende planten 2 x in plaats van 1 x per week, zoals Pokon het voorschrijft, te worden gegoten. Voor bloeiende planten is derhalve van Substral niet minder doch juist meer nodig dan van Pokon. De omstrede reclameboodschap is derhalve ook in dit opzicht onvolledig en verwarrend.

8. De vergelijking moet voorshands verder voor onwaar worden gehouden aangezien in de spot een anonieme fles met opschrift "500 ml" wordt getoond en uit de kennelijk bij die fles behorende dop zoveel vloeistof in het maatglas wordt gegoten dat dit duidelijk waarneembaar overstroomt. Dit, terwijl van de merken waarmee gedaagde naar eigen zeggen heeft willen vergelijken alleen Pokon in een 500 ml-fles wordt aangeboden, en Turkenburg in een literfles. De inhoud van de 10 ml maatdop van Pokon had echter niet het getoonde overstroomde effect kunnen teweegbrengen.

9. De televisiespot bevat ook elementen met een afbrekend karakter. Naar eiseres onbestreden heeft gesteld stroomt het maatglas waarin het anonieme produkt wordt gegoten over, waardoor op de tafel een plas ontstaat. Dit maakt een slordige en verkwistende indruk. Voorts wordt over dit maatglas, terwijl het nog overstroomt, een zwart kruis geprojecteerd. Dit wekt de gedachte aan ondeugdelijkheid.

10. Op grond van het hiervoor overwogene moet de in de televisiespot getoonde vergelijking voorshands als onzorgvuldig worden aangemerkt.

11. Vervolgens zal worden nagegaan of de op de verpakkingen van Substral gebruikte tekst, bedoeld in 1.g., misleidend is. Vooropgesteld moet worden dat deze tekst niet los gezien kan worden van de televisiespot. In de door gedaagde in het Vakblad voor de Bloemisterij geplaatste advertentie wordt naar de "Substral Ster-film" verwezen. De etiketten zijn ook van de gewraakte tekst voorzien sinds het begin van de televisiecampagne.

Aangenomen dient derhalve te worden dat de woorden "minder" en "langer" in deze tekst door het publiek zullen worden opgevat als betrekking hebbend op vergelijking met produkten van andere fabrikanten.

Hierboven is gebleken dat deze tekst de in rechtsoverweging 7 genoemde concentraties miskent. De tekst miskent evenzeer het gebruiksvoorschrift dat inhoudt dat bloeiende planten twee maal per week met Substral begoten dienen te worden. De tekst op de Substralverpakking moet daarom voorshands misleidend worden geacht. Dit wordt niet anders doordat op of bij de verpakking tevens de concentratie van de meststoffen en het gebruiksvoorschrift is vermeld.

12. Op grond van het voorgaande moeten voorshands de door gedaagde in haar televisiespot en op de verpakkingen van Substral gebezigde, hiervoor geciteerde teksten wegens hun onzorgvuldig en misleidend karakter onrechtmatig jegens eiser worden geacht.

13. De gevorderde termijnen en dwangsommen zullen als onderstaand worden vastgesteld.

14. Het primair gevorderde als hierboven vermeld in 2 sub b zal worden toegewezen met dien verstande dat er aanleiding is de grootte van de advertentie te beperken tot 100 mm hoog en twee kolom breed en te bepalen dat deze geplaatst moet worden op een redactionele pagina (als nadere verduidelijking van het gevorderde: op een opvallende plaats). Voorts is er aanleiding de tekst als onderstaand vast te stellen. De advertentie dient in 2 dagbladen en 2 vakbladen te worden geplaatst.

15. De in 2 sub c bedoelde mededeling aan afnemers

zal worden afgewezen als overbodig naast de rectificatieadvertentie. Bovendien zal de in 2 sub d gevorderde toezending van een lijst van geadresseerden als nodeloos bezwarend voor gedaagde worden afgewezen.

16. Als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partij zal gedaagde worden veroordeeld in de kosten van deze procedure aan de zijde van eiseres gevallen.

Rechtdoende in kort geding:

1. Verklaart het verzet van gedaagde tegen de wijziging van eis als vermeld in rechtsoverweging 5 ongegrond.

2. Verbiedt gedaagde vanaf 48 uur na de datum van dit vonnis in haar reclame en binnen 14 dagen na dit vonnis op de verpakking van de vanaf dat tijdstip door haar in de handel gebrachte Substral gebruik te maken van de in 1.f. en 1.g. aangehaalde teksten, dan wel van enige daarmee in hoofdzaak overeenstemmende tekst.

3. Beveelt gedaagde binnen 8 dagen na dit vonnis in de grootste 2 landelijke dagbladen en 2 vakbladen een advertentie ter grootte van 100 mm hoog en twee kolom breed aan te bieden ter publikatie op haar kosten op een redactionele pagina met de volgende tekst.

"Rectificatie Substral reclameboodschap

In een STER reclameboodschap over Substralplantenvoeding, welke is uitgezonden onder meer op 24 april en 3 mei j.l. is gesteld dat men van ons produkt Substral minder nodig heeft voor één liter water, zodat de consument met Substral voordeliger uit zou zijn. Bij vonnis van 25 mei 1983 heeft de President van de rechtbank te Arnhem in een door Bendien B.V., de fabrikant van Pokon-plantenvoeding, aangespannen kort geding beslist dat de verdere vertoning van deze televisiespot achterwege dient te blijven. Voorts dienen wij langs deze weg bekend te maken dat Substral minder geconcentreerd is dan een aantal andere merken plantenvoeding.

Verwet B.V.
Importeur van Substral-plantenvoeding".

4. Beveelt gedaagde om binnen 8 dagen na dit vonnis maatregelen te nemen ter vervanging van etiketten met de in rechtsoverweging 1.g. bedoelde tekst bij haar afnemers.

5. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 25.000,- voor elke keer dat zij in van haar uitgaande reclame in strijd handelt met het hiervoor onder 2. vermelde verbod.

6. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 100.000,- wanneer zij in gebreke blijft te voldoen aan het hiervoor onder 3. vermelde bevel.

7. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 500,- per dag voor elke dag dat zij in gebreke blijft te voldoen aan het hiervoor onder 2. vermelde verbod met betrekking tot de verpakking van Substral welke zij vanaf 14 dagen na dit vonnis in de handel brengt.

8. Veroordeelt gedaagde tot een aan eiseres te betalen dwangsom van f 500,- per dag met een maximum van f 10.000,-, voor elke dag dat zij in gebreke blijft te voldoen aan het hiervoor onder 4. vermelde verbod.

9. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

10. Wijst het anders of meer gevorderde af.

11. Veroordeelt gedaagde in de kosten van deze procedure aan de zijde van eiseres gevallen en tot aan deze uitspraak begroot op f 1.000,- voor salaris procureur en f 128,75 voor verschotten. Enz.

b) Gerechtshof te Arnhem, Derde en Vierde kamer, 12 maart 1984 (Mrs W. J. J. Koole, K. E. Smilde en J. A. J. Spoor).

Ten aanzien van het recht:

[1] Overwegende dat appellante als grieven heeft aangevoerd:

I. de expeditie van het onderhavige vonnis vermeldt dat het op 6 mei 1983 is uitgesproken, hoewel uit het overgelegde extract uit het audiëntieblad blijkt dat de behandeling van de zaak op 16 mei 1983 heeft plaatsgehadt en de uitspraak werd bepaald op 25 mei 1983;

II. ten onrechte overweegt de president dat de hoofdvraag, die partijen verdeeld houdt, betreft een vergelijking die appellante in de televisiespot maakt en ten onrechte toetst de president deze vergelijking aan de criteria van de Commissie tot handhaving van de Nederlandse code van het reclamewezen;

III. ten onrechte oordeelt de president dat de vergelijking onvolledig en verwarrend is, nu appellante heeft verzuimd het voor de beoordeling van de prijs in relatie tot het gebodene niet te verwaarlozen element van de bemestingswaarde in haar onderzoek te betrekken;

IV. de president geeft een onjuiste interpretatie aan de zin: "Je hebt minder nodig, dus gaat langer mee". De tekst luidt: "Voor één liter water heb je veel minder Substral nodig. Daarom is Substral voordeliger dan u denkt. Substral: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee";

V. ten onrechte overweegt de president dat de overstreden reclameboodschap onvolledig en verwarrend is, daar de fles Substral wordt getoond in een combinatie met een bloeiende begonia, juist nu volgens de gebruiksvorschriften van Substral bloeiende planten twee maal in plaats van één maal per week dienen te worden begoten;

VI. de president houdt de vergelijking voor onwaar omdat de inhoud van de 10 ml maatdop van Pokon niet het getoonde "overstroomde" effect had kunnen teweeg brengen. Appellante heeft echter niet met Pokon willen vergelijken. Voorts gaat de president ten onrechte ervan uit dat slechts Substral en Pokon in een 500 ml fles worden aangeboden. Ook Turkenburg heeft een 500 ml fles;

VII. ten onrechte overweegt de president dat de televisiespot elementen met een afbrekend karakter bevat. Het maatglas stroomt over en op de merkloze fles wordt een zwart kruis geprojecteerd. Dit wekt volgens de president de gedachte aan slordigheid, verkwisting en ondeugdelijkheid;

VIII. ten onrechte overweegt de president dat de tekst, voorkomend op de verpakkingen van Substral, misleidend is;

IX. ten onrechte heeft de president de vordering van geïntimeerde toegewezen;

[2] O. met betrekking tot de eerste grief, dat blijkens het overgelegde uittreksel uit het audiëntieblad de president van de rechtbank te Arnhem op 25 mei 1983 ter openbare terechtzitting voor de behandeling van kort-gedingen het vonnis KG 1983-164 tussen partijen heeft uitgesproken;

dat het vonnis, waarvan beroep, als rolnummer draagt KG 1983/164, weshalve moet worden aangenomen dat de vermelding daarin dat het op 6 mei 1983 is uitgesproken, op een misslag berust;

dat een zodanige fout, die voor beide partijen kenbaar geweest moet zijn, daar de behandeling van de zaak ter zitting van 16 mei 1983 op tegenspraak had plaatsgehadt, niet tot nietigheid van het vonnis leidt, zodat de eerste grief faalt;

[3] O. met betrekking tot de overige gezamenlijk te behandelen grieven, die der partijen geschil in volle omvang aan 's Hofs oordeel onderwerpen, dat als erkend, althans onvoldoende gemotiveerd betwist – deels gestaafd door bescheiden en de vertoonde Ster reclameboodschap – van het volgende kan worden uit-gegaan:

– geïntimeerde produceert plantenvoeding, die zij sedert 1929 onder het merk Pokon op de markt brengt;

– appellante importeert sedert 1968 plantenvoeding

van het sinds 1947 bestaande merk Substral;

– beide partijen brengen – evenals een derde, Turkenburg – vloeibare plantenvoeding in de handel in een 500 ml fles, appellante tegen een prijs van f 5,25 en geïntimeerde van f 4,95; partijen en Turkenburg bestrijken circa 95%, althans verreweg het grootste gedeelte van de Nederlandse markt voor dit produkt;

– appellante schrijft voor een dosering van 7 ml Substral en geïntimeerde van 10 ml Pokon op één liter water; beide partijen adviseren één maal begieten per week met de verkregen oplossing, doch appellante adviseert voor bloeiende planten één maal extra begieten per week;

– appellante heeft enige malen een reclameboodschap door de Stichting Ether Reclame (Ster) over de televisie doen uitzenden met de volgende gesproken tekst:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten werden vergeleken.

En wat blijkt?

Voor één liter water heb je veel minder Substral nodig.

Daarom is Substral voordeliger dan u denkt.

Substral: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee";

– het bij deze tekst getoonde beeld laat een tafel zien, waarop rechts een fles Substral met daarachter een bloeiende begonia. Verder naar links staan twee maatglazen en een witte fles met opschrift 500 ml zonder enige merkaanduiding.

Het dichtst naast de fles Substral staande maatglas wordt door een hand uit een dop gevuld met een groen-achtige vloeistof tot circa 2/3 van de schaalindeling. Gelijkijdig vult een andere hand uit een andere dop het andere maatglas met een kleurloze vloeistof op zodanige wijze dat een zeer geringe hoeveelheid overloopt. Daarna wordt op dit laatste glas een zwart kruis geprojecteerd;

– op de verpakkingen van Substral komt sinds de aanvang van deze reclamecampagne de volgende tekst voor: "U heeft er veel minder van nodig, daarom gaat een fles Substral langer mee. Dus Substral is voordeliger dan u denkt";

[4] O. dat geïntimeerde aan haar oorspronkelijke vorderingen de stelling ten grondslag heeft gelegd dat voormelde reclameteksten van appellante onjuist zijn, althans misleidend jegens de consument en afbrekend ten aanzien van haar en haar produkt, mitsdien onrechtmatig, in het bijzonder door de uitspraken dat je van Substral minder, of zelfs veel minder nodig hebt en dat Substral daarom voordeliger is dan je denkt;

dat volgens geïntimeerde immers de indruk wordt gewekt dat Substral geconcentreerder en derhalve in het oog van het publiek beter is dan andere plantenvoeding en met name Pokon; dat die indruk, nog steeds volgens geïntimeerde, in strijd is met de feiten daar de concentratie van voedingsstoffen in vloeibare Pokon 21% bedraagt en in Substral 15%;

[5] O. dat appellante hiertegen heeft aangevoerd dat haar aangevochten reclamecampagne tot doel had af te komen van het door haar bij het publiek geconstateerde image dat haar produkt Substral duur is, zulks door het publiek te laten zien dat aan één liter water minder Substral behoeft te worden toegevoegd dan bij andere merken vloeibare plantenvoeding;

dat appellante hieraan toevoegt dat wetenschappelijk geenszins vaststaat dat een hogere concentratie van voedingsstoffen voor planten beter is dan de samenstelling die Substral bevat, terwijl volgens haar hetzelfde geldt ten aanzien van de door Pokon met betrekking tot niet bloeiende planten geadviseerde grotere hoeveelheid vloeibare plantenvoeding per liter water;

[6a.] O. aangaande de vraag of appellantes litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn:

[b.] dat zulks in casu het geval zou kunnen zijn indien aannemelijk ware dat gebruik van Substral in de bestaande samenstelling en de door appellante geadviseerde dosering voor de groei en bloei van planten minder gunstig of effectief zou zijn dan het gebruik van vloeibare Pokon in de door geïntimeerde voorgeschreven hoeveelheid;

[c.] dat geïntimeerde evenwel niet stelt dat dit het geval is en bovendien uit de overgelegde bevindingen (rapport van 14 juli 1983) van Prof. Klougart, die voor bepaalde planten een wetenschappelijk vergelijkend onderzoek heeft verricht naar het resultaat van zowel Substral als vloeibare Pokon in de voor beide produkten voorgeschreven dosering geen significante verschillen in effectiviteit naar voren zijn gekomen, ondanks het verschil in concentratie;

[d.] dat geïntimeerde — naast andere bezwaren tegen het onderzoek — wel heeft aangevoerd dat de uitkomst voor andere planten anders kan zijn en de samenstelling van Substral in Scandinavië (Prof. Klougart deed zijn onderzoek in Denemarken) niet geheel gelijk is aan die van hier te lande, maar — wat hiervan ook zij, het kort geding leent zich niet voor nader onderzoek op dit terrein — het Hof, voorlopig oordelende, acht onvoldoende aannemelijk dat appellante, door in haar aangevochten reclame-uitingen niet op het verschil in concentratie te wijzen, het publiek omtrent de effectiviteit en prijs van haar litigieuze produkt misleidt, althans onjuist voorlicht;

[e.] dat daarbij in aanmerking moet worden genomen dat weliswaar appellantes op haar fles vermelde advies bloeiende planten tweemaal per week te begieten tot een verhoogd gebruik in vergelijking met dat volgens geïntimeerdes aanwijzingen leidt, maar dat anderzijds de maatdop van appellante slechts tot een gebruik van 7 ml Substral per liter water voert in vergelijking met 10 ml bij gebruik van vloeibare Pokon, nog ervan afgezien dat de gemiddelde maatdop van Pokon bij ijking door de dienst van het ijkwezen 10.6 ml bleek te bevatten en die van appellante 6.8 ml, zijnde verder telkens maar een beperkt deel van het plantenbestand in bloei;

[7.] O. alsnu met betrekking tot de vraag of appellantes bestreden reclame-uitingen een afbrekend karakter ten aanzien van geïntimeerde en haar produkt vloeibare Pokon dragen, dat als onbestreden tussen partijen vaststaat:

— dat de tijdens de Ster reclameboodschap getoonde merkloze fles een andere vorm en kleur heeft dan de fles, waarin geïntimeerde Pokon in vloeibare vorm in de handel brengt;

— dat de getoonde schenkdoop, waaruit de kleurloze vloeistof wordt gegoten, een andere vorm, kleur en inhoud heeft dan de schenkdoop van Pokon;

— dat de toegevoegde kleurloze vloeistof duidelijk verschilt van het lichtgroene Pokon;

[8.] O. dat op die gronden voorshands niet voldoende aannemelijk voorkomt dat de televisiekijkers het kleurloze produkt met daarover een zwart kruis voor Pokon zullen houden, zodat niet gezegd kan worden dat appellante, die ook in de mondelinge toelichting bij het beeld met geen woord over geïntimeerde en haar produkt rept, zich in afbrekende zin over haar en Pokon heeft uitgelaten;

[9a.] O. dat de kern van appellantes besproken reclame op de televisie en de verpakkingen van Substral, dat die stof langer meegaat en voordeliger is dan men denkt, met inachtneming van het vorenstaande, geen wezenlijk andere betekenis heeft dan een — bij reclame-uitingen niet ongebruikelijke en weinig zeggende — aanprijzing van het eigen produkt;

[b.] dat die reclame tegenover geïntimeerde geen onrechtmatige daad oplevert en in ieder geval geen ingrijpende voorziening, als door de president gegeven, vereist doet zijn;

[10.] O. dat onder gegrondverklaring van de derde,

vijfde, zesde, zevende, achtste en negende grief het vonnis, waarvan beroep, moet worden vernietigd, de oorspronkelijk gevraagde voorzieningen dienen te worden geweigerd en geïntimeerde in de proceskosten aan de kant van appellante in beide instanties dient te worden veroordeeld;

Rechtdoende in hoger beroep in kort geding:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep;

Weigert de door geïntimeerde gevraagde voorzieningen;

Veroordeelt geïntimeerde in de proceskosten in beide instanties aan de zijde van appellante gevallen en tot aan deze uitspraak begroot in eerste aanleg op f 1.175,- (...) en in hoger beroep op f 3.824,35 (...). Enz.

c) Cassatiemiddel.

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

(1) a. In rechtsoverweging 6 a en b overweegt het Hof dat de reclame van Verwet B.V. voor Substral misleidend of verwarrend jegens de consument zou kunnen zijn indien aannemelijk ware dat gebruik van Substral in de bestaande en door Verwet B.V. geadviseerde dosering voor de groei en de bloei van de planten minder gunstig of effectief zou zijn dan het gebruik van vloeibare Pokon in de door Bendien B.V. voorgeschreven hoeveelheid. In rechtsoverweging 7a staat het Hof vervolgens stil bij de vraag of de Substral-reclame jegens het produkt Pokon een afbrekend karakter heeft.

Aldus heeft het Hof een onjuist, althans onbegrijpelijk, onrechtmatigheids criterium gehanteerd.

Bij een vergelijkende reclame als de onderhavige, had het Hof immers moeten nagaan of in de reclamespot Substral wordt afgezet tegen vergelijkbare en concurrerende plantenvoedingsmiddelen (zoals Pokon) in die zin dat aan die vergelijkbare produkten bepaalde eigenschappen worden ontzegd (bijvoorbeeld dat ze minder zuinig in het gebruik zijn of een mindere concentratie zouden bevatten dan Substral), en op die grond, ook als de mededelingen waar zouden zijn, tot de onrechtmatigheid van de reclame-uiting moeten besluiten, behoudens wellicht bijzondere omstandigheden. Het arrest maakt in elk geval niet duidelijk dat het Hof dit heeft gedaan, c.q. is ondoorzichtig wat het Hof in r.o. 7a met "uitingen van een afbrekend karakter" bedoelt, zodat het arrest niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

b. Voor zover een reclame als de onderhavige niet moet worden getoetst aan de sub a omschreven maatstaf, is het arrest onjuist, althans niet naar de eis der wet met redenen omkleed, omdat het Hof er niet aan had mogen voorbij gaan dat het in casu om vergelijkende reclame gaat, die, indien zij op zich al geoorloofd zou zijn, aan strenge maatstaven moet voldoen, zoals de vergelijkbaarheid van de produkten, de waarheid, de objectieve controleerbaarheid, de volledigheid en de zakelijkheid van de vorm. Noch uit rechtsoverweging 6, noch uit rechtsoverweging 7 blijkt dat het Hof deze (strenge) maatstaven heeft aangelegd. Met name is onbegrijpelijk hoe het Hof Pokon en Substral, die in concentratie verschillen, vergelijkbaar kon achten en hoe het Hof de in de Substralreclame aangeprezen werking van Substral, in het licht van hetgeen partijen over en weer ten processe hebben aangevoerd, objectief controleerbaar kon achten, hoe het Hof de verdere mededelingen in de reclamespot voor waar kon houden en hoe het Hof (voor zover het Hof daarover een oor-

deel geeft) de vorm voor zakelijk kon houden.

(2) a. Rechtsoverweging 6 van het arrest is toespitst op het misleidende of verwarrende karakter van de reclamespot van Substral. Ondoorzichtig is of het Hof in deze rechtsoverweging, hetgeen het had behoren te doen, toepassing heeft gegeven aan de artikelen 1416 a-c B.W., zodat het arrest in dit opzicht niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

Voor zover deze rechtsoverweging aldus moet worden verstaan, dat het Hof (impliciet) de artikelen 1416a-c B.W. toepast, geeft het een onjuiste toepassing aan deze bepalingen. Het Hof gaat in deze overweging immers, met name in r.o. 6c en d, geheel voorbij aan de ook in kort geding niet te verwaarlozen omstandigheid dat Verwet B.V. krachtens artikel 1416b B.W. de bewijslast had van de juistheid en volledigheid van de feiten die in haar reclame zijn vervat of die daardoor werden gesuggereerd (zoals Bendien onder meer had gesteld), zodat bij gebreke aan (wetenschappelijke) eenstemmigheid over het verband tussen concentratie van plantengroeimiddelen en de effectiviteit (groei-kracht) daarvan, het achterwege laten van mededelingen over het verschil in concentratie tussen Pokon en Substral als een misleidende mededeling in de zin van artikel 1416a B.W. heeft te gelden.

b. Onjuist, althans onbegrijpelijk, is voorts dat het Hof de vraag of de mededeling misleidend is, toespitst op de vraag of Substral even effectief (in vergelijking tot de prijs) als Pokon zou zijn. In de inleidende dagvaarding (aangezien 8 en 9) had Bendien B.V. aan haar vordering onder meer ten grondslag gelegd dat de indruk bij het publiek wordt gewekt dat Substral geconcentreerder is dan Pokon. Het Hof had moeten nagaan of dit inderdaad het geval is, c.q. op grond van het verschil in concentratie moeten vaststellen dat de reclamespot misleidend is omtrent de eigenschappen van Substral ten opzichte van concurrerende producten. Daaraan kan niet afdoen dat de consument door de aanschaf van Substral, wellicht een even effectief produkt als bijvoorbeeld Pokon in handen krijgt, omdat voor de vraag of een bepaalde reclame-uiting misleidend is, niet relevant is of degenen die op die misleidende reclame afgaande een aankoop verricht, ook werkelijk benadeeld is. Zulks geldt in het bijzonder bij vergelijkende reclame, omdat de misleiding in elk geval de concurrenten schaadt.

c. Afgezien van de onder b geformuleerde klacht is 's Hof's beslissing onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof onbesproken laat de stelling van Bendien B.V. (memorie van antwoord punt 3.3) dat er andere merken plantenvoedingsmiddelen zijn die in elk geval minder voorschrijven dan Substral. Aangezien het hier een geval van (onrechtmatige) systeemvergelijking betreft, had het Hof daaraan niet mogen voorbijgaan, omdat het niet in acht nemen van de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens één of meer leden uit de groep concurrenten tevens heeft te gelden als een onrechtmatig handelen jegens Bendien B.V. Bovendien is de misleiding omtrent Substral op zich beschouwd onrechtmatig jegens Bendien. Het publiek kan immers tot aankoop van Substral bewogen worden doordat het misleid is omtrent de eigenschappen van dat produkt, al hetgeen tot omzetsderving voor Bendien leidt.

d. Rechtsoverweging 6e is op zichzelf genomen ondoorzichtig. Onbegrijpelijk is immers waarom de grootte van de maatdoppen (na ijking) iets kan afdoen aan het misleidende karakter van de reclame (zeker een vergelijkende reclame-uiting) die tot inzet heeft dat je van Substral minder nodig hebt in vergelijking tot concurrerende produkten doch die verzuimt te vermelden dat je Substral (in tegenstelling tot bijvoorbeeld Pokon) twee maal per week moet gebruiken.

Voor zover het Hof in deze overweging bijzondere betekenis toekent aan het feit dat de fles het advies

planten twee maal te begieten (slechts) betreft op bloeiende planten, is deze overweging evenzeer onbegrijpelijk omdat zij geheel voorbijgaat aan het in de memorie van antwoord onder 3.5 gestelde en de als produktie 3 in appel overgelegde folder van Substral waaruit blijkt dat het advies niet alleen (verhoudingsgewijs zelden) ten aanzien van bloeiende planten wordt gegeven, maar veelvuldig bij tal van planten.

(3) a. In de rechtsoverwegingen 7 en 8 overweegt het Hof dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat de televisiekijkers het kleurloze produkt waarmee vergeleken wordt, voor Pokon zullen houden. In rechtsoverweging 9 voegt het Hof daaraan toe dat de televisiereclame en de tekst op de verpakkingen dat Substral langer meegaat en voordeliger is, geen wezenlijk andere betekenis heeft dan de aanprijzing van het eigen produkt.

Deze beslissing is onjuist, aangezien niet, althans niet zonder meer beslissend is, dat Pokon als zodanig herkend wordt. In casu gaat het om een tegen de groep concurrenten gerichte reclame; voor de vraag of jegens één van hen onrechtmatig wordt gehandeld is niet nodig dat deze als zodanig in de desbetreffende reclame herkend wordt.

Het Hof had in dit verband bovendien niet voorbij mogen gaan aan de stelling van Bendien B.V. dat er naast Substral slechts twee serieuze concurrenten op de markt waren, te weten Turkenburg en Bendien (met Pokon) die te zamen met Substral 90% van de markt bezitten.

b. Onjuist, althans onbegrijpelijk, is voorts rechts-overweging 9. Een reclame die zich van comparatieve termen als "gaat langer mee", "voordeliger" bedient en die een vergelijking in beeld brengt met een daarbij uitgesproken tekst als door het Hof in zijn arrest vastgesteld, heeft immers uit dien hoofde reeds een vergelijkend karakter. Enz.

d) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr A. M. Biegman-Hartogh, 25 januari 1985.

1. Eiseres tot cassatie Bendien produceert plantenvoeding, die zij sedert 1929 onder het merk Pokon op de markt brengt; verweerster in cassatie Verwet importeert sinds 1968 plantenvoeding van het merk Substral. Het gaat in dit geval om de vloeibare plantenvoeding van beide partijen. Substral zendt een Sterreclameboodschap uit voor de televisie waarvan de gesproken tekst luidt:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten worden vergeleken. En wat blijkt? Voor één liter water heb je veel minder Substral nodig. Daarom is Substral voordeliger dan u denkt.

Substral: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee".

Zie voorts de door het Hof als vaststaand aangenomen feiten in rov. 3 op p. 3 en in rov. 7 op p. 6 van het bestreden arrest (ik heb de door Bendien aangebrachte nummering gevolgd).

Bendien heeft in kort geding o.a. gevorderd Verwet te verbieden in haar reclameboodschappen van deze of een soortgelijke tekst gebruik te maken en voorts haar te bevelen een rectificatie-advertentie te plaatsen, op verbeurte van een dwangsom per keer en per dag. De President heeft een en ander toegewezen; het Hof echter heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd.

2. Na in rov. 4 de stellingen van Bendien in eerste aanleg, en in rov. 5 de weren van Verwet te hebben weergegeven, heeft het Hof in rov. 6 antwoord gegeven op de vraag of de litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn, en in rov. 7 en 8 op de vraag of de bestreden reclame een afbrekend karakter heeft ten aanzien van Bendien en haar produkt vloeibare Pokon. En na ont-

kennende beantwoording van deze beide vragen kwam het Hof in rov. 9 tot de slotsom dat de litigieuze reclame geen wezenlijk andere betekenis heeft dan een — bij reclame-uitingen niet ongebruikelijke en weinig zeggende — aanprijzing van het eigen produkt, zodat deze ten opzichte van Bendien geen onrechtmatige daad oplevert.

3. Dit oordeel wordt thans bestreden in een cassatiemiddel met drie onderdelen, die elk weer enkele klachten bevatten.

Onderdeel 1 gaat ervan uit dat het Hof in dit geval een *vergelijkende reclame* beoordeelt (zie de Pleitnota van Bendien p. 4); en voor zover het Hof dit niet zou hebben gedaan, wordt dat oordeel bestreden in de onderdelen 2c en 3. Het is echter, als ik goed zie, vooral gericht tegen rov. 6 waarin het Hof misleiding t.a.v. de *consument* bespreekt.

De schrijvers over dit onderwerp zijn in het algemeen van mening dat van vergelijkende reclame sprake is wanneer kritische mededelingen worden gedaan omtrent het produkt of de persoon of onderneming van een *met name* genoemde, of althans een door het publiek te identificeren, concurrent, zie *Onrechtmatige Daad VI* (Martens) nrs 64a, 140.2, 141 met uitvoerige literatuur-opgaven in no 142, en 146, B. ad 2°, waaraan thans toe te voegen Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth 1984 p. 203, Dorhout Mees II/Van Nieuwenhoven Helbach 1983 no 1026 en Slagter in *TVVS* 1984 p. 206—208. Over de vraag of vergelijkende reclame in het algemeen toelaatbaar moet worden geacht, zie Martens a.w. no 143 met verdere verwijzingen.

Het schijnt mij echter toe dat Uw Raad over deze vraag in casu geen uitspraak zal behoeven te geven, aangezien het Hof in rov. 8 overwoog:

“dat . . . voorshands niet voldoende aannemelijk voorkomt dat de televisiekijkers het kleurloze produkt . . . voor Pokon zullen houden, zodat niet gezegd kan worden dat (Verwet), die ook in de mondelinge toelichting bij het beeld met geen woord over (Bendien) en haar produkt rept, zich in afbrekende zin over haar en Pokon heeft uitgelaten”.

Met de — feitelijke — vaststelling dat Verwet in haar reclametekst niet over Bendien en Pokon rept, terwijl het niet aannemelijk is dat de televisiekijkers het produkt waarmee Substral wordt vergeleken, voor Pokon zullen houden, heeft het Hof, naar ik meen te kennen gegeven in dit geval geen vergelijkende reclame in de boven aangegeven betekenis van het woord aanwezig te achten.

4. In de toelichting op dit onderdeel van het middel (p. 6a sub 8 en p. 9 sub 11) betoogt de raadsman van Bendien nog, dat het in casu om een vorm van *systeemvergelijking* gaat. Bij een dergelijke vergelijking is het namelijk niet nodig dat concurrenten of produkten bij name worden aangeduid; het gaat daarbij om vergelijking van twee verschillende soorten produkten of diensten, zoals bijv. auto met trein, olie met aardgas, plantenvoeding in vloeibare, met die in poedervorm, enz. Zie over systeemvergelijking Slagter, *Praeadvies NJV* 1963, p. 140 ad c, *Praktijkboek Reclame- en Aanduidingsrecht*, onder redactie van Verkade, IID nrs 12 e.v. en voor voorbeelden in de Nederlandse rechtspraak HR 25-5-1951 *NJ* 1951, 541 (natuurazijn/chemisch azijnzuur) en voorts Martens a.w. no 157.3 B-d op p. 224a en *Praktijkboek IHC* no 18 p. 15 (CC 22-5-1975: Pokon/Substral) en IID nrs 15 e.v. Nu heeft weliswaar de President in rov. 5, p. 10 van zijn vonnis toegestaan dat de eis van Bendien werd gewijzigd in die zin, dat het woord “vloeibare” voor “plantenvoeding” werd geschrapt, maar het Hof spreekt wederom van de vloeibare plantenvoeding van beide partijen, zie rov. 3, derde feit.

Aangezien dus de vergelijking in het onderhavige geval betreft een zelfde produkt, namelijk vloeibare plantenvoeding, zij het dan wellicht in een onderling niet gelijke

concentratie, kan hier van systeemvergelijking in de technische zin van het woord m.i. niet worden gesproken.

5. En daar nu onderdeel 1 zowel sub a. als sub b. ervan uitgaat dat het Hof de Ster-reclameboodschap over Substral als vergelijkende reclame heeft beoordeeld — subonderdeel 1a met het betoog dat vergelijkende reclame in het algemeen, behoudens bijzondere omstandigheden, onrechtmatig is jegens de concurrent; subonderdeel 1b. met het betoog dat vergelijkende reclame in elk geval moet voldoen aan strenge maatstaven die het Hof niet zou hebben aangelegd — terwijl het Hof hier m.i. géén vergelijkende reclame in de hier gebruikte betekenis van het woord aanwezig heeft geacht, zal onderdeel 1 in zijn geheel moeten falen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

6. De motiveringsklacht over ondoorzichtigheid van de in rov. 7a gebezigde term: “uitingen van een afbrekend karakter”, faalt: het Hof heeft klaarblijkelijk aan deze term dezelfde betekenis gegeven als Bendien zelf in haar inleidende dagvaarding sub 7. Ook heeft zij bij de klacht geen belang, naar het mij voorkomt, nu het Hof heeft vastgesteld (zie boven sub 3) dat de televisiekijkers deze uitingen niet in verband met Pokon zullen brengen.

7. *Subonderdeel 2a* begint met een motiveringsklacht: het arrest a quo zou onvoldoende gemotiveerd zijn omdat niet duidelijk is of het Hof in rov. 6 wel toepassing heeft gegeven aan de artt. 1416a-c BW. Deze klacht kan m.i. niet slagen: voor zover wordt bedoeld dat het Hof deze wetsartikelen in zijn uitspraak had moeten vermelden, faalt zij bij gebrek aan steun in het recht; terwijl naar mijn mening het Hof, door in rov. 6 na te gaan of de mededeling over Substral al dan niet misleidend was, blijk heeft gegeven art. 1416a te hebben toegepast.

Vervolgens wordt geklaagd over onjuiste toepassing van de genoemde bepalingen, met name art. 1416b omtrent de omkering van de bewijslast.

Mij is niet geheel duidelijk waarop deze klacht precies doelt. Inderdaad heeft het Hof zich niet uitgelaten over de vraag wie van de partijen de bewijslast had van de juistheid en volledigheid van de in de omstreden reclame vervatte feiten, maar waar het Hof van oordeel was dat hier niet van een vergelijking met Pokon doch slechts van een aanprijzen van het eigen produkt sprake was, was er voor bewijs van de juistheid en volledigheid van feiten geen plaats, en dus evenmin voor een omkering van bewijslast dienaangaande.

8. Overigens betreft het hier een kort geding waarbij de gewone regels omtrent bewijs en bewijslastverdeling niet van toepassing zijn; en uit de door Bendien (Pleitnota p. 12—20) geciteerde geschiedenis van de wet van 6-6-1980 S. 304, kamerstukken 13 611, inhoudend regelen omtrent de privaatrechtelijke bescherming tegen misleidende reclame, blijkt dat ook de wetgever hiervan is uitgegaan, zie hieromtrent uitvoeriger de conclusie van mijn ambtgenoot Mr Mok in de zaak van de Stichting Konsumenten Kontakt tegen Elektrorama, nr 12 554 sub 3.2, en zie nog J. J. C. Kabel, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1985, nr 1 p. 9.

Ten slotte laat, naar ik meen, een regel omtrent de bewijslastverdeling onverlet, dat de waardering van het bewijs en de beslissing of een feit bewezen is, voorbehouden is aan de rechter die over de feiten oordeelt.

9. De overige grieven van onderdeel 2 zijn gericht tegen rov. 6. Het Hof overwoog in rov. 6a en 6b dat de litigieuze reclame-uitingen onjuist, misleidend of verwarrend jegens de consument zouden zijn.

“indien aannemelijk ware dat gebruik van Substral in de bestaande samenstelling en de door Verwet geadviseerde dosering voor de groei en bloei van planten minder gunstig of effectief zou zijn dan het gebruik van vloeibare Pokon in de door Bendien voorgeschreven hoeveelheid”.

In rov. 6c overwoog het Hof dat zulks door Bendien

niet is gesteld, en dat het bovendien niet blijkt uit het rapport van Prof. Klougart te Kopenhagen, die ondanks verschil in concentratie geen significante verschillen in effectiviteit constateert. Het Hof acht daarom geen misleiding van het publiek aanwezig (rov. 6d), in aanmerking genomen enerzijds dat het advies bloeiende planten tweemaal per week te begieten tot een verhoogd gebruik leidt, maar anderzijds dat de maatdop van Substral slechts tot een gebruik van ca 7 ml per liter water voert en die van Pokon van ca 10 ml.

10. *Subonderdeel 2b* acht onjuist, althans onbegrijpelijk dat het Hof de vraag of de mededeling misleidend is, toespitst op de vraag of Substral even effectief (in vergelijking tot de prijs) als Pokon zou zijn, in aanmerking genomen hetgeen Bendien in de inleidende dagvaarding sub 7, 8 en 9 aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, te weten dat de indruk bij het publiek wordt gewekt dat Substral meer geconcentreerd is dan Pokon. Betoogd wordt, dat het Hof in het kader van dit geding het misleidende van de reclame-uitingen niet had mogen beoordelen aan de hand van het criterium, of Substral een meer of minder gunstig effect op groei en bloei van de planten heeft dan Pokon, maar of Substral geconcentreerder is, zodat men er inderdaad (veel) minder van nodig heeft dan van Pokon.

Voor zover hier bedoeld wordt een rechtsklacht voor te dragen, moet deze falen: het antwoord op de vraag of er in een bepaald geval sprake is van misleiding van het publiek, is in beginsel feitelijk van aard en aan het oordeel van de feitenrechter overgelaten.

Wat betreft de motiveringsklacht echter, deze komt mij gegrond voor. De discussie tussen partijen betrof blijkens rov. 4a, 4b en 5a de kwestie of er sprake is van misleiding van het publiek ten aanzien van de vraag of men van Substral (veel) minder nodig heeft, dus de vraag naar de hoeveelheid voedingsstoffen per eenheid produkt, de *concentratie* ervan, dit in verband met de prijs (Verwet: "af te komen van het image dat Substral duurt is"). Aldus heeft ook Verwet (Toelichtende Memorie p. 6 sub 12) de inzet van de rechtsstrijd tussen partijen begrepen. Daaraan heeft Verwet toegevoegd (zie rov. 5b) een opmerking over de vraag of een hogere concentratie van voedingsstoffen voor planten wel beter is, dus de vraag naar de *optimale concentratie*.

Naar het mij voorkomt nu heeft het Hof de vraag waar het in dit geding om gaat, die naar de mate van concentratie, onbeantwoord gelaten en is slechts ingegaan op de vraag, welk effect de plantenvoeding in de door Verwet geadviseerde dosering op groei en bloei van de planten heeft, dus de vraag naar de optimale concentratie. Echter, ongeacht welke concentratie als optimaal moet worden beschouwd (dit zal m.i. overigens wel mede afhankelijk zijn van de soort van plant, de fase waarin deze zich bevindt: in bloei of in ruste, de samenstelling van de voedingsbodem, e.d.), de vraag blijft of men van Substral minder nodig heeft (dan van Pokon) om een zelfde, al dan niet optimale, concentratie te bereiken. Anders gezegd: als Substral een lager percentage voedingsstoffen bevat dan Pokon (zoals de President op p. 8, rov. 1 sub d van zijn vonnis heeft vastgesteld, maar het Hof in het midden heeft gelaten), dan zal men ter bereiking van de voor planten optimale dosering, van Substral *altijd* méér nodig hebben dan van Pokon en niet minder, zoals in de reclame van Verwet wordt meegedeeld.

Derhalve acht ik 's Hof's motivering op dit punt ontoereikend, althans onbegrijpelijk.

11. *Subonderdeel 2c* voert aan dat het Hof ten onrechte onbesproken heeft gelaten de stelling van Bendien (mem.v.gr. sub 3.3) dat er andere merken plantenvoedingsmiddelen zijn die in elk geval minder voorschrijven dan Substral.

Aangezien het Hof m.i. niet gehouden was aan alle stellingen van partijen afzonderlijk aandacht te geven, en niet blijkt dat deze stelling voor Bendien van

essentieel belang was, kan dit subonderdeel niet slagen.

12. *Subonderdeel 2d* is gericht tegen rov. 6e en acht het onbegrijpelijk waarom de grootte van de maatdoppen van resp. Substral en Pokon zou kunnen afdoen aan het misleidend karakter van de reclame die meedeelt dat je van Substral minder nodig hebt, zonder te vermelden dat je Substral tweemaal per week moet gebruiken.

Deze klacht treft geen doel, naar ik meen, nu het Hof met de vergelijking van de maatdoppen blijkbaar heeft bedoeld tot uiting te brengen dat de kleinere maatdop van Substral tot een geringer verbruik, en dus tot het "gaat langer mee" van de reclame leidt, ook al wordt in beperkte mate, namelijk voor bloeiende planten, een dubbel gebruik voorgeschreven.

Over de stelling dat Verwet niet alleen voor bloeiende, maar veelvuldig bij tal van planten tweemaal per week begieten voor zou schrijven, heeft het Hof zich niet uitgelaten; daaromtrent mist de klacht dus feitelijke grondslag.

13. *Subonderdeel 3a* acht onjuist de vaststelling van het Hof (in rov. 8) het niet aannemelijk te oordelen dat de televisiekijkers het kleurloze produkt voor Pokon zullen houden. Deze vaststelling is feitelijk van aard, zoals boven sub 3 reeds vermeld, en kan derhalve niet — met vrucht — met een rechtsklacht in cassatie worden aangevallen.

Voorts ziet Bendien eraan voorbij dat het Hof in deze overweging beoogt antwoord te geven op de vraag of de reclame-uitingen een afbrekend karakter ten aanzien van Bendien en haar produkt Pokon dragen, zie rov. 7, eerste zinsnede; de klacht mist derhalve feitelijke grondslag.

14. *Subonderdeel 3b* ten slotte moet eveneens falen: het enkele feit dat een reclame zich van comparatieve termen bedient, lijkt mij in het algemeen onvoldoende om deze aan te merken als "vergelijkende reclame" in de juridische zin van het woord, zie boven sub 3.

15. Daar ik onderdeel 2b gegrond acht, concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing van de zaak naar een ander Gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing, en met veroordeling van verweerster in cassatie in de kosten op de voorziening gevallen. Enz.

e) De Hoge Raad, enz.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

— Bendien, Verwet en Turkenburg bestrijken circa 95% van de Nederlandse markt voor vloeibare plantenvoeding;

— Bendien, Verwet en Turkenburg brengen die vloeibare plantenvoeding in de handel in een fles van 500 ml; de fles van Bendien kostte destijds f 4,95, die van Verwet f 5,25;

— in 1983 is Verwet voor haar onder het merk SUBSTRAL verhandelde vloeibare plantenvoeding een reclamecampagne begonnen. In het kader van deze campagne heeft zij verscheidene malen door de Ster een reclamespot doen uitzenden, waarvan de gesproken tekst luidt:

"De door fabrikanten voorgeschreven hoeveelheden plantenvoeding voor volwassen planten werden vergeleken.

En wat blijkt?

Voor één liter water heb je veel minder SUBSTRAL nodig.

Daarom is SUBSTRAL voordeliger dan u denkt. SUBSTRAL: je hebt minder nodig, gaat dus langer mee."

In datzelfde kader heeft Verwet op de verpakking van SUBSTRAL de volgende tekst opgenomen:

"U heeft er veel minder van nodig, daarom gaat

een fles SUBSTRAL langer mee. Dus SUBSTRAL is voordeliger dan u denkt."

Reclamespot (voor de beschrijving van welks visuele gedeelte wordt verwezen naar rechtsoverweging 3 van 's Hofs arrest) en verpakkingstekst te zamen zullen hierna ook wel worden aangeduid als "de mededelingen".

3.2. Bendien is tegen de mededelingen in kort geding opgekomen. De President heeft die mededelingen jegens haar onrechtmatig geacht. Van oordeel dat de door Verwet tegen de uitspraak van de President aangevoerde grieven het geschil in volle omvang aan zijn oordeel onderwierpen, heeft het Hof dat geschil zelfstandig onderzocht. Daarbij heeft het college twee vragen onderscheiden: het gaat eerst (in rechtsoverweging 6) na of de "litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consument zijn", en onderzoekt vervolgens (in de rechtsoverwegingen 7 t/m 9) of die uitingen "een afbrekend karakter ten aanzien van Bendien en haar produkt vloeibaar POKON dragen". De onderdelen 1 en 2 van het middel keren zich tegen 's Hofs overwegingen omtrent de eerste, onderdeel 3 tegen zijn overwegingen omtrent de tweede vraag. De Hoge Raad zal eerst onderdeel 3 behandelen. Bij de beoordeling van in de concurrentiestrijd gedane mededelingen als de onderhavige behoort immers in de eerste plaats te worden onderzocht of die mededelingen (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt, dan wel (enkel) op het eigen produkt. Dient deze vraag in eerst-gemelde zin te worden beantwoord, dan zijn toch andere en strengere normen van toepassing, dan wanneer het antwoord in laatstgemelde zin luidt.

3.3. Het Hof stelt in rechtsoverweging 7 vast: dat de tijdens de uitzendingen van de reclamespot getoonde merkloze fles een andere vorm en kleur had dan de fles waarin vloeibaar POKON in de handel wordt gebracht; dat de toen eveneens getoonde schenk-dop, waaruit kleurloze vloeistof werd gegoten, een andere vorm, kleur en inhoud had dan de schenk-dop van POKON; dat de naast SUBSTRAL getoonde vloeistof kleurloos was, terwijl POKON licht-groen is; en dat ook in de gesproken tekst van de reclamespot met geen woord over Bendien en haar produkt werd gerept. Op grond van deze vaststellingen oordeelt het Hof in rechtsoverweging 8 dat "voorshands niet voldoende aannemelijk voorkomt dat de televisiekijkers het kleurloze produkt met daarover een zwart kruis voor POKON zullen houden, zodat niet gezegd kan worden dat Verwet (...) zich in afbrekende zin over Bendien en POKON heeft uitgelaten".

Tegen dit oordeel voert onderdeel 3a van het middel terecht aan dat te dezen niet zonder meer beslissend is of de televisiekijkers — het publiek tot hetwelk de reclameboodschap zich richtte — het in de reclamespot naast SUBSTRAL getoonde en met SUBSTRAL vergeleken merkloze produkt "voor POKON zullen houden".

Wanneer, zoals te dezen, in reclame-uitingen het eigen produkt wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met een kennelijk soortgelijk, doch "anoniem" produkt, rijst de vraag of de mededelingen mede betrekking hebben op het produkt van een bepaalde concurrent en of de mededelingen dienover-eenkomstig getoetst moeten worden aan de normen welke mededingers beschermen tegen mededelingen in de concurrentiestrijd waarin zij of hun produkt afbrekend worden besproken of bij hun reputatie wordt aangehaakt. Voor het beantwoorden van deze vraag is niet beslissend of het publiek, dat van die mededelingen kennis neemt, het "anonieme" produkt voor dat van die concurrent zal houden, maar — naar uit de strekking van evenbedoelde normen moet worden afgeleid — of dat publiek, althans een niet te verwaarlozen gedeelte daarvan, in verband met de bijzonderheden van het geval, de reclameboodschap, voor zover zij

betrekking heeft op het "anonieme" produkt, zal betrekken op het produkt van de concurrent. Of het publiek dat zal doen, hangt niet enkel en zelfs niet in de eerste plaats af van de mate van gelijkenis tussen het "anonieme" produkt en dat van de concurrent, maar vooral van de verdere omstandigheden van het geval, zoals: dat op de desbetreffende markt slechts een gering aantal ondernemers een belangrijke plaats inneemt, waaronder de betrokken concurrent, of dat diens produkt bij het publiek zeer bekend is, hoedanige bekendheid kan voortvloeien uit een groot markt-aandeel, maar ook uit langdurig en intensief merkgebruik of omvangrijke reclame.

Door — hoewel Bendien zich in dit verband op omstandigheden als evenbedoeld had beroepen — enkel in aanmerking te nemen dat het in de reclamespot getoonde "anonieme" produkt generlei visuele gelijkenis met POKON had en dat het woord POKON niet is gevallen, heeft het Hof derhalve een rechtens onjuiste maatstaf aangelegd. Het onderdeel treft in zoverre doel en behoeft voor het overige geen bespreking.

3.4. Nu onderdeel 3a slaagt, behoeft ook onderdeel 3b geen bespreking. Dit onderdeel keert zich immers tegen rechtsoverweging 9 die voortbouwt op, en derhalve het lot deelt van de door eerstgenoemd onderdeel bestreden rechtsoverweging 8.

3.5. Gezien de opbouw van 's Hofs arrest, de formulering van de vraagstelling in rechtsoverweging 6 en de bewoordingen van rechtsoverweging 9a is duidelijk dat het Hof bij zijn onderzoek van de vraag of "de litigieuze reclame-uitingen onjuist, althans misleidend of verwarrend jegens de consumenten zijn", ervan is uitgegaan dat die uitingen niet mede betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt. Bij dit uitgangspunt is van vergelijkende reclame geen sprake. Nu hiervoor onder 3.3 reeds is gebleken dat dit uitgangspunt is gebaseerd op het aanleggen van een rechtens onjuiste maatstaf, behoeft onderdeel 1, dat het Hof verwijt de litigieuze reclame-uitingen niet aan de normen voor vergelijkende reclame te hebben getoetst, geen bespreking.

3.6. Onderdeel 2a dat zich keert tegen rechtsoverweging 6, mist feitelijke grondslag voor zover het erover klaagt dat "ondoorzichtig is of het Hof in deze rechtsoverweging, hetgeen het had behoren te doen, toepassing heeft gegeven aan de artikelen 1416a—c BW". Duidelijk is immers dat het Hof zich op genoemde wetsbepalingen heeft gebaseerd. Voor zover dit onderdeel er in verbinding met onderdeel 2b over klaagt dat het Hof blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het begrip "misleidend" in de zin van genoemde bepalingen, is het evenwel terecht voorgesteld.

Blijkens rechtsoverweging 4 heeft Bendien aan haar verwijt dat de mededelingen welke Verwet had gedaan omtrent de door haar in de uitoefening van haar bedrijf onder het merk SUBSTRAL verhandelde vloeibare plantenvoeding onjuist, althans misleidend waren, de navolgende stellingen ten grondslag gelegd: (A) door die mededelingen wordt bij het publiek dat daar-van kennis neemt, de indruk gewekt dat SUBSTRAL een hogere concentratie van voedingsstoffen bevat dan andere vloeibare plantenvoeding (en met name dan POKON); (B) dat publiek zal daaruit afleiden dat SUBSTRAL beter is — in 's Hofs terminologie: voor de groei en bloei van planten gunstiger of effectiever is — dan andere vloeibare plantenvoeding (en met name dan POKON); (C) de onder (A) bedoelde indruk is echter in feite onjuist omdat POKON een hogere concentratie van voedingsstoffen bevat (nl. 21%) dan SUBSTRAL (15%).

Het Hof heeft de juistheid van deze stellingen van Bendien niet onderzocht omdat het blijkens zijn rechtsoverwegingen 6b en 6c van oordeel was dat deze stellingen zonder meer nog onvoldoende zijn om de mededelingen van Verwet als misleidend in de zin van

de artt. 1416a e.v. te kunnen beschouwen: daartoe had Bendien, naar 's Hofs oordeel, immers ook nog moeten stellen dat – kort gezegd – SUBSTRAL minder goed is dan andere vloeibare plantenvoeding (en met name dan POKON). Dit oordeel geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat wie omtrent de samenstelling van zijn eigen produkt onjuiste mededelingen doet – suggereren valt te dezen onder het doen van mededelingen – en dusdoende het publiek leidt tot de veronderstelling dat zijn produkt beter is dan soortgelijke produkten van zijn concurrenten, zich in de zin van artt. 1416a e.v. BW schuldig maakt aan misleiding, ook al is zijn produkt in feite niet minder goed dan concurrerende produkten. Zelfs als zijn produkt in feite beter is, poogt hij zich immers in de concurrentiestrijd een voorsprong te verschaffen door het publiek omtrent de samenstelling van dat produkt onjuist voor te lichten en daartegen beogen meergenoemde wetsbepalingen de concurrenten – en de consumenten – nu juist te beschermen.

Nu de onderdelen 2a en 2b in onderling verband in zoverre doel treffen, behoeven zij voor het overige geen bespreking.

3.7. Onderdeel 2c is vergeefs voorgesteld. Op de stelling van Bendien dat de mededelingen ook daarom misleidend waren omdat er andere produkten van plantenvoeding zijn die een geringere hoeveelheid per liter water voorschrijven dan Verwet voor SUBSTRAL, behoefde het Hof niet in te gaan, omdat, zou enkel die stelling juist zijn, Bendien daarop toch niet de te dezen door haar ingestelde vorderingen zou hebben kunnen baseren: niet in te zien valt immers dat Bendien door deze onjuistheid van de mededelingen in haar belang zou kunnen zijn geschaad.

3.8. Onderdeel 2d daarentegen treft doel voor zover het erover klaagt dat het Hof zijn oordeel over de vraag in hoeverre het feit dat Verwet voor SUBSTRAL voor bepaalde planten aanwijzingen geeft die leiden tot een hoger gebruik in vergelijking met dat volgens de aanwijzingen van Bendien voor POKON, mede leidt tot de slotsom dat haar mededelingen onjuist, althans misleidend zijn, tegenover de stellingen van Bendien in appel – welke stellingen niet enkel betrekking hadden op bloeiende planten, noch slechts op tweemaal in de week begieten – onvoldoende naar de eis der wet met redenen heeft omkleed. Voor het overige behoeft dit onderdeel geen bespreking.

3.9. Wegens gegrondbevinding van de onderdelen 2a, 2b, 2d en 3a moet het arrest van het Hof worden vernietigd. Na verwijzing zal met inachtneming van het vorenoverwogene alsnog op het appel moeten worden beslist.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof van Arnhem van 12 maart 1984 en verwijst het geding naar het Hof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Verwet in de kosten van het geding in cassatie tot op deze uitspraak aan de zijde van Bendien begroot op f 531,50 aan verschotten en f 2.000,- voor salaris. Enz.

1) Aanprijzende en vergelijkende reclame.

Het hierboven afgedrukte arrest is een van de drie op dezelfde dag gewezen arresten inzake de toepassing van de in de artt. 1416a-c B.W. vervatte regeling omtrent de privaatrechtelijke bescherming tegen misleidende reclame. Als zodanig verdient het, evenals de beide andere in dit nummer van het *Bijblad* gepubliceerde arresten, enig commentaar. In r.o. 3.2 heeft de H.R. als beginsel vooropgesteld dat bij de beoordeling van in de concurrentiestrijd gedane mededelingen, als de litigieuze reclame-uitingen, in de eerste plaats

dient te worden onderzocht “of die mededelingen (mede) betrekking hebben op een bepaalde mededinger of diens produkt, dan wel (enkel) op het eigen produkt” en dit wel omdat in het eerste geval andere en strengere normen van toepassing zijn dan in het laatste. Welke die andere en strengere normen zijn, leert de H.R. in r.o. 3.3. Als de reclame-uiting niet enkel het eigen produkt betreft, maar dit daarin “wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met” het soortgelijke produkt van een (of meer) bepaalde concurrent(en), moet bij de beoordeling van de rechtmatigheid van die reclame-uiting niet enkel rekening worden gehouden met de normen, die de belangen van de gegadigden naar het produkt van de reclamemaker, dus de belangen van de consument, beschermen maar ook met de normen die de bewuste concurrenten beschermen tegen de aantasting van, of de aanhaking aan de reputatie van hun eigen overeenkomstige produkten. Aandacht verdient, dat de H.R. deze, op verschil in aan te leggen normen gebaseerde, onderscheiding tussen enkel het eigen produkt *aanprijzende* en met andermans produkt *vergelijkende* reclame heeft gemaakt in het kader van de toepassing van de artt. 1416a-c B.W.; bepalingen die voor de rechtmatigheid van reclame-uitingen slechts één norm behelzen, t.w. dat de betrokken mededelingen niet misleidend mogen zijn. Dit laat zich alleen verklaren indien het begrip “misleidend” zowel de voor aanprijzende reclame geldende normen als de normen, geldend voor vergelijkende reclame omvat. Dat dit inderdaad het geval is, lijkt mij te volgen uit wat de H.R. in het slot van r.o. 3.6 heeft overwogen omtrent de wijze waarop het al dan niet misleidende karakter van overdrijvende reclame moet worden beoordeeld. Beslissend voor het misleidend karakter van mededelingen omtrent het eigen produkt is niet, of zij voor dat produkt, al dan niet “waar” zijn, maar of zij door inkleding of inhoud bij degenen tot wie zij gericht worden, omtrent dat produkt ten onrechte een indruk wekken die aan de reclamemaker op zijn concurrenten een voorsprong verschafft. Want als die indruk ten onrechte wordt gewekt, strookt zij niet met de werkelijkheid en is de daardoor verkregen voorsprong niet verdiend. Ditzelfde element van het bewerkstelligen van een niet verdiende voorsprong op de concurrent is eveneens gegeven indien vergelijkende reclame resulteert in het profiteren van de reputatie van het produkt van een concurrent of het afbreuk doen aan die reputatie. Ook in die beide gevallen wordt immers ofwel het eigen produkt beter ofwel andermans produkt slechter voorgesteld dan het in werkelijkheid is, met als gevolg dat de afstand tussen beide produkten wordt vergroot en de reclamemaker daardoor een niet verdiende voorsprong verwerft. Zo opgevat is tevens duidelijk dat het begrip “misleidend” niet synoniem is met “onwaar”. Zoals de H.R. leert, kunnen ook op zichzelf ware mededelingen, bijv. door de context waarin zij worden gedaan bij het in aanmerking komende publiek een onjuiste indruk omtrent het produkt van de reclamemaker oproepen en daardoor de reclamemaker aan een niet verdiende voorsprong op zijn concurrenten helpen. Het zou echter te ver gaan daaruit af te leiden, dat de omvang van de bescherming, die de artikelen 1416a-c B.W. aan de consument beogen te bieden, uiteindelijk geheel en al bepaald wordt door de mate, waarin de concurrenten van de reclamemaker ertegen beschermd behoren te worden dat deze zich te hunnen opzichte een niet verdiende voorsprong verwerft. Het is nu eenmaal niet zo, dat iedere onjuiste mededeling omtrent het eigen produkt voor de reclamemaker een niet verdiende voorsprong op zijn concurrenten doet ontstaan. Vooreerst is het mogelijk dat de reclamemaker geen directe concurrenten heeft, omdat hij als enige een produkt van de betrokken soort in de handel brengt. En al evenzeer is het mogelijk dat de indruk die door een

onjuiste mededeling omtrent het eigen produkt bij het publiek wordt gewekt, door het publiek niet met het produkt van één of meer concrete concurrenten in verband wordt gebracht en diens gevolg voor de reclamemaker géén voorsprong op bepaalde concurrenten in het leven roept. Of die voorsprong al dan niet ontstaat, is afhankelijk van zulke factoren als de Hoge Raad in het slot van r.o. 3.3 heeft genoemd. In die gevallen waarin het publiek de door de reclamemaker omtrent diens produkt gewekte indruk niet op het produkt van een (of meer) bepaalde concurrent(en) zal betrekken, kan het criterium van de onverdiende voorsprong geen toepassing vinden en zal alleen het waarheidsgehalte van de gewekte indruk de al dan niet rechtmatigheid van de mededeling bepalen. Hiermede is tevens gezegd, dat die vorm van aanprijzende reclame, die men wel superlatieve reclame pleegt te noemen, als regel toelaatbaar zal zijn. Het onbepaalde en sterk overdrijvende karakter van die vorm van reclame zal als regel medebrengen, dat de daarmee beoogde indruk van superioriteit van het eigen produkt ofwel bij het publiek in werkelijkheid niet zal ontstaan ofwel door het publiek niet met het produkt van een bepaalde concurrent in

verband zal worden gebracht. Overigens geldt ook voor die vorm van reclame, dat haar toelaatbaarheid moet worden beoordeeld met inachtneming van de beide door de H.R. aangegeven criteria. Vooreerst moet ook superlatieve reclame niet enkel worden beoordeeld naar wat zij met zoveel woorden zegt, maar mede naar wat zij suggereert. Zie in die zin reeds Martens, Onrechtmatige Daad VI, no 148. En daarnaast geldt ook voor superlatieve reclame dat zij mede ten behoeve van de reclamemaker een niet verdiende voorsprong op een van zijn concurrenten doet ontstaan, indien het publiek de daarin vervatte mededeling op het produkt van die concurrent betreft. Zomin als voor de vraag of twee merken overeenstemmen, doorslaggevend is of het publiek het ene merk en daarmee het daaronder verhandelde produkt voor het andere aanziet, is het voor het ontstaan van een onverdiende voorsprong doorslaggevend dat het publiek een in een reclameuiting naast het produkt van de reclamemaker gesteld ander produkt met dat van een bepaalde concurrent vereenzelvt. In beide gevallen is voldoende dat het publiek het een met het ander *associeert*.

v. N.H.

Mededeling

PAO cursussen Intellectuele en Industriële eigendom.

Te Rotterdam worden de volgende PAO cursussen gegeven:

a) *Octrooilicenties en know-how (EEG Verordening)* (Behandeling van Vo 2349/84 dd. 23 juli 1984, groeps-vrijstelling octrooilicentie-overeenkomsten.) op 11 oktober 1985 van 9.30 tot 17.30 uur.

Onderwerpen: Theoretische en praktische aspecten van octrooi- en know-how licenties.

Docenten: Mr L. Keur en Mr J. A. van Arkel.

Coördinator: Jhr Mr L. van Lennep te Brussel, telefoon (09)32-22300535.

Prijs: F 250,- incl. materiaal en maaltijden.

b) *Merken, (handels)namen en modellen* op 22 oktober, 5 en 19 november en 3 december 1985 te Rotterdam, telkens van 16.00-21.00 uur.

Docenten: Mevr. Mr M. Vermeer-Molenkamp, Jhr Mr R. E. P. de Rantiz, Mr. P. J. M. Steinhauser en Mr P. A. M. Hendrick.

Coördinator: Mr J. A. A. Oomens te Rotterdam, tel. (010) 147555.

Prijs: f 510,- incl. materiaal en maaltijden.

c) *Artt. 30-36 EEG-Verdrag in de praktijk* op 11 november, 25 november en 9 december 1985 van 16.00-21.00 uur.

Onderwerpen: Algemene inleiding (11 nov.) en De praktijk van het vrije verkeer van goederen: herkenning

en bestrijding van belemmeringen, rol en mogelijkheden van diverse acties (25 nov. en 9 dec.).

Cursusleiders: Prof. Mr C. W. A. Timmermans, Prof. Mr L. G. Geelhoed en Mr P. J. J. Butzelaar.

Coördinator: Jhr Mr L. H. van Hennepe te Brussel, tel. (09)3222300505.

Prijs: f 435,- incl. materiaal en maaltijden.

Inlichtingen over bovenstaande cursussen: Erasmus Universiteit Rotterdam, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, tel. (010)525511, tst. 3602/3612.

Te Utrecht wordt de PAO cursus *Reclamerecht* georganiseerd op 11 en 25 november 1985, telkens van 14.00-18.00 uur.

Onderwerpen: Algemene inleiding: Wat omvat reclamericht; Misleidende reclame; Algemeen inleidend overzicht van de regels waaraan reclame moet voldoen en Informatie en vergelijkende reclame.

Cursusleider: Mevr. Mr M. van Delft-Baas.

Docenten: Mr J. J. C. Kabel, Prof. Mr W. J. Slagter, Mr G. J. Ribbink en Mevr. Mr M. van Delft-Baas.

Prijs: f 290,- incl. consumpties en cursusmateriaal.

Inlichtingen en inschrijving: Mr A. M. C. D. de Mare-Fröberg, Drift 8, 3512 BS Utrecht, tel. (030)393022-393021.

Litteratuur

Boeken.

NEDERLAND

Colloquium Europees Recht: EEG-Handelspolitiek. 's-Gravenhage, T. M. C. Asser Instituut, VIII en 95 blz.

Geschriften van Helbach (Bundel typerende geschriften van de hand van Prof. Mr E. A. van

Nieuwenhoven Helbach aangeboden ter gelegenheid van het beëindigen van zijn academische loopbaan aan de Universiteit te Utrecht)

Arnhem, Gouda Quint, 1985, ca 15 blz. Prijs f 65,-.

Pelkmans, J., Market Integration in the European Community.

's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1984, XV en 322 blz.

BUITENLAND

- Beier, F.-K., Patente und Lizenzen als Instrumente des Wissenstransfers vom Forschungslabor in die industrielle Praxis.
Mühlheim, Max-Planck-Institut für Kohlenforschung, 1983, 31 blz.
- Dietz, A., Das primäre Urhebervertragsrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft.
München, J. Schweitzer Verlag, 1984, XXII en 258 blz. Prijs: DM 98,-.
- Giannantonio, E., Italian legal information retrieval.
Milaan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, XII en 181 blz.
- Grayson, M., Information Retrieval in Chemistry and Chemical Patent Law.
New York, John Wiley & Sons, 1983, XXVI en 116 blz.
- Greaux el Sirgany, D., Les Brevets d'Invention en Egypte.
Corniche el Nil - Boulac, Kaïro, L'Organisation Egyptienne Générale du Livre, 1978, 447 blz.
- Hauser, M., Der Patentrechtsvertrag im französischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht.
München, J. Schwietzer Verlag, 1984, XXVI en 301 blz.
- Hintermayer, M., Beitrag der deutschen Rechtsprechung zu Art. 85 und 86 EWG-Vertrag.
München, Florentz-Verlag, 1984, XVII en 247 blz.
- Klippert, V., Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen.
Berlijn, Duncker & Humblot, 1984, 157 blz.
- Meffert, Prof. H. en Dr M. Bruhn, Markenstrategien im Wettbewerb.
Wiesbaden, Gabler Verlag, 1984, 250 blz. Prijs DM 98,-.
[Besproken in *Markenartikel* (47) april 1985 (4) blz. 161.]
- Neubauer, H., Markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarungen aus rechtsvergleichender Sicht.
Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1983, XXVI en 216 blz. Prijs: DM 96,-.
[Besproken door W. R. Schluep in *Bewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* maart 1985 (3) blz. 224/6.]
- Niederleithinger, E., Praxis und Grenzen der Ausschließlichkeitsverträge nach deutschem und europäischem Kartellrecht.
Keulen, Verlag Kommunikationsforum, 1984, V en 120 blz.
- Oppenländer, K. H., Patentwesen, technischer Fortschritt und Wettbewerb.
Berlijn, Duncker & Humblot, 1984, 262 blz.
[Besproken door Mr J. B. van Benthem in *IIC The International Review of Industrial Property and Copyright Law*, (16) jan. 1985 (1) blz. 123/6.]

Tijdschriftartikelen.

NEDERLAND

- Empel, Prof. Mr P. van, Octrooicenties en art. 85 EEG: de vrijstellingsverordening.
TVVS (27) dec. 1984 (12).
- Flik, Drs R. J., De Nederlandse ondernemer verhoudt zich tot octrooi als water tot vuur. Octrooikoudwaterrees verzwakt concurrentiepositie.
PT/Aktueel 9 jan. 1985 (2) blz. 6/7.
- Grafhorst, Drs A. van, Uitvinders let op Uw saeck! Octrooiaanvraag verzekert en versterkt concurrentiepositie.
Management Team maart 1985, blz. 146/9.

- Groenendijk, Mr Drs M. S. M., Octrooibeschermt op het terrein van de biotechnologie.
Biotechnologie in Nederland (Bulletin over de voortgang van het Innovatiegerichte Onderzoekprogramma Biotechnologie) (Den Haag) (1) maart 1984 (3) blz. 70/1.
- Kooy, Mr P. A. C. E. van der, Octrooirecht; kwekersrecht; industriële eigendom en artt. 30-36 EEG-Verdrag.
Ars Aequi (34) jan. 1985 (1) Katern nr 13, blz. 472/6.
- Kraayeveld, M., Nederland heeft veertien miljoen uitvinders. (Inzendingen aan het Nederlandse Uitvinderscentrum in Rotterdam bereiken recordhoogte.)
Haagsche Courant 6 april 1985, blz. 5.
- Kuitenbrouwer, Mr F., Reclame en concurrentie: de geest is uit de fles.
NRC Handelsblad, 17 april 1985, Supplement Mens en Bedrijf, blz. 7.
- Lambregtse, H., Plagiaat: de fraude van de jaren tachtig. Merkenbescherming vraagt speciale deskundigheid.
Haagsche Courant 6 april 1985, blz. 9.
- Meininger, Mr H., Hoe zie je dat echt is? Namaak verkopen mag niet, maar als klant weet je soms van niets.
Haagsche Courant 16 maart 1985 (zaterdag-bijlage)
- Mulder, Mr S. J. A., Merkenrecht: tweede gedeelte.
Ars Aequi (34) jan. 1985 (1) Katern nr 13, blz. 470/2.
- Olivier, Mr B. K., Auteursrecht en kabeltelevisie.
In: Stad en Recht, opstellen van medewerkers van de Faculteit der rechtsgeleerdheid ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van het Atheneum en de Universiteit van Amsterdam.
Arnhem, Gouda Quint B.V. 1985, 270 blz. Prijs f 96,95.
- Oven †, Prof. Mr A. van, Merkenrecht: eerste gedeelte; Beschermingsomvang van het merkenrecht.
Ars Aequi (34) jan. 1985 (1) Katern nr 13, blz. 467-470.
- Een uitvinding en wat nu? De moeizame weg tot octrooibeschermt.
De Ingenieur febr. 1985 (2) blz. 44-51.
- Wat "eikenhout" heet hoeft het nog niet te zijn. (Jurist vindt: "De klant moet er zelf goed naar vragen".)
Haagsche Courant 17 april 1985, blz. 23.

INTERNATIONAAL

- Armitage, E., The Community Trade Mark; Comments on the 1984 Draft of the Proposed EEC Regulation.
European Intellectual Property Review (7) jan. 1985 (1) blz. 11/4.
- Bos, Mr Drs J. J., Les Pays-Bas et la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.
La Propriété Industrielle (100) nov. 1984 (11) blz. 417-421.
- Brabander, M. de, La nouvelle loi Belge sur les brevets.
Revue de droit intellectuel - L'Ingenieur-Conseil (75) jan.-febr. 1985 (1-2) blz. 2-6.
- Brandi-Dohrn, M., Zur Reichweite und Durchsetzung des urheberrechtlichen Softwareschutzes.
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (87) maart 1985 (3) blz. 179-188.
- Burnside, M., New EEC licensing regulation.
LES Nouvelles (XIX) sept. 1984 (9), blz. 154/7
- Byrne, N. J., Plants, Animals, and Industrial Patents.
IIC The International Review of Industrial Property and Copyright Law, (16) jan. 1985 (1) blz. 1-18.