

Hof Amsterdam, 27 april 2006, Pretium v KPN

Zie: [IEPT20071123, HR, Pretium v KPN](#)
(cassatie afgewezen)



*de laagste kosten per maand,
of u ontvangt dubbel het verschil terug*

RECLAMERECHT

Misleiding nu niet duidelijk verwijst naar verleden

- Om te beginnen verwijst de vetgedrukte, in “koeienletters” over de gehele breedte van de pagina weergegeven, retorische vraag “Heeft KPN werkelijk bijna 20.000 klanten gekaapt?” niet duidelijk naar het verleden; die gebeurtenis kan zich even goed zeer recent hebben voorgedaan.

Voorts vermeldt de eerste zin van het artikel: “Deze krantenpagina gaat over slaming (kopen van klanten) op grote schaal door KPN.” Vervolgens wordt weliswaar in een kop gesteld: “Pretium Telecom verloor meer dan 3.000 klanten in 2004 door slaming van KPN CS buiten OCM en VRS om”, maar in een andere kop: “Pretium Telecom verliest (onderstreping hof) meer dan 12.000 klanten door slaming van KPN via OCM”. De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument kan uit die teksten niet anders afleiden dan dat KPN zich op grote schaal schuldig heeft gemaakt en - in versterkte mate - zich nog steeds schuldig maakt aan slaming. Dat onderscheid wordt gemaakt tussen slaming buiten OCM en VRS om en slaming via OCM maakt dat voor bedoelde, gemiddeld geïnformeerde, consument niet anders.

- Waarschuwing over slaming alleen zin als gewraakte praktijk door KPN is voortgezet

herhaalde, verwijzing naar slaming door KPN in 2004 en het beroep op vonnissen van de voorzieningenrechter in Den Haag van 1 juni 2004, 16 juli 2004 en 14 december 2004 kunnen Pretium niet baten nu zij niet duidelijk maakt welk belang zij heeft bij publicatie van slaming door KPN in het verleden. Pretium stelt weliswaar dat zij met het doen van de litigieuze mededelingen louter heeft beoogd het publiek te waarschuwen voor slaming door KPN (appeldagvaarding sub 87) doch een dergelijke waarschuwing heeft alleen zin als de gewraakte praktijk door KPN is voortgezet. Vooralnog is dit onvoldoende komen vast te staan. Ook de aandacht van de minister van Economische Zaken had zeer wel op een andere wijze kunnen worden getrokken.

Waarschuwing is reclame

“Heeft KPN werkelijk bijna 20.000 klanten gekaapt?” vergelijkende reclame die goede naam KPN schaadt

De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument zal die mededelingen opvatten als reclame voor Pretium, namelijk ter bevordering van de afzet van Pretium telecomdiensten, daargelaten wat de achterliggende gedachte van Pretium bij de bewuste reclame moge zijn. Hier komt bij dat naast de mededelingen over de Pretium Garantie Voice de kop boven de, over de andere helft van de breedte, geplaatste advertentie luidt: “KPN slaat terug naar Pretium Telecom met een kort geding en faalt”. Waar KPN en Pretium op het gebied van telecomdiensten directe concurrenten van elkaar zijn is sprake van vergelijkende reclame. Alleen al de paginabrede kop boven de advertentie: “Heeft KPN werkelijk bijna 20.000 klanten gekaapt?” schaadt de goede naam van KPN. Dit wordt niet anders doordat deze beschuldiging in de vorm van een vraag is geformuleerd. De voorzieningenrechter heeft derhalve terecht geoordeeld dat de advertenties in strijd zijn met het verbod op af-brekende vergelijkende reclame als bedoeld in art. 6:194a lid 2 sub e BW.

Absolute superioriteitsclaim door suggestie

suggestie van de laagste kosten per maand aangezien de gemiddelde consument ervan zal uitgaan dat een commerciële aanbieder van telecomdiensten niet dubbel het verschil zal aanbieden indien hij niet daadwerkelijk (doorgaans) de goedkoopste is

Zoals hiervoor is overwogen (zie 3.7) gaat het erom welke interpretatie de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument aan die reclame-uiting zal geven. De litigieuze uiting vangt aan met de woorden: “de laagste kosten per maand” en op die woorden valt ook de nadruk. De toevoeging “of u ontvangt dubbel het verschil terug” doet onvoldoende afbreuk aan de suggestie van de laagste kosten per maand aangezien de gemiddelde consument ervan zal uitgaan dat een commerciële aanbieder van telecomdiensten niet dubbel het verschil zal aanbieden indien hij niet daadwerkelijk (doorgaans) de goedkoopste is.

Vindplaatsen: LJN: [AY3540](#)

Hof Amsterdam, 27 april 2006

(M. Coeterier, R.J.F. Thiessen en H. Sorgdrager)

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PRETIUM TELECOM B.V.,

gevestigd te Haarlem,

APPELLANTE in het principaal appel,

GEINTIMEERDE in het incidenteel appel,

procureur: mr. G.W. Kernkamp,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KPN TELECOM B.V.,

gevestigd te Den Haag,

GEINTIMEERDE in het principaal appel,

APPELLANTE in het incidenteel appel,

procureur: mr. C.W. Noorda.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Pretium en KPN genoemd.

Bij exploit van 21 december 2005 is Pretium in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Haarlem van 24 november 2005, in kort geding onder zaaknummer/rolnummer 118436/KG ZA 05-605 gewezen tussen KPN als eiseres in conventie, verweerster in reconventie, en Pretium als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie. De appeldagvaarding bevat de grieven.

Bij memorie van grieven heeft Pretium overeenkomstig het appelexploot tegen het vonnis waarvan beroep veertien grieven aangevoerd en geconcludeerd dat het hof dat vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van KPN in conventie alsnog zal afwijzen. Voorts heeft Pretium haar eis gewijzigd en gevorderd dat het hof in reconventie KPN zal veroordelen tot betaling van een bedrag van €500.000,- met de wettelijke rente vanaf 30 november 2005, alsmede tot betaling van een bedrag van €99.425,- met de wettelijke rente vanaf 28 november 2005, en KPN voorts op straffe van een dwangsom zal bevelen tot het plaatsen van nader door haar, Pretium, aangegeven rectificaties in de door haar genoemde dagbladen, alsmede op de website van KPN, met veroordeling van KPN in de kosten van het geding in beide instanties.

Bij memorie van antwoord, tevens memorie van eis in incidenteel appel en wijziging van eis in conventie, heeft KPN de grieven bestreden, harerzijds in incidenteel appel drie grieven aangevoerd - waarvan de tweede grief voorwaardelijk - en geconcludeerd dat het hof het vonnis zal vernietigen voorzover haar vorderingen zijn afgewezen en voor het overige het vonnis zal bekrachtigen. Voorts heeft KPN haar eis in conventie gewijzigd als in de memorie aangegeven, met veroordeling van Pretium in de kosten van, naar het hof begrijpt, het principaal en het incidenteel appel.

Bij memorie van antwoord in incidenteel appel tevens houdende bezwaar tegen wijziging/vermeerdering van eis in conventie heeft Pretium de grieven in incidenteel appel bestreden, met conclusie deze af te wijzen en met veroordeling van KPN in de kosten van het incidenteel appel. Voorts heeft Pretium geconcludeerd de wijziging van eis in conventie op de voet van art. 130 Rv buiten beschouwing te laten.

Vervolgens hebben partijen ter terechtzitting van dit hof van 31 maart 2006 hun standpunten nader doen toelichten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities, Pretium door mr. E.J. Rietema en mr. M.J. Geus, beiden advocaat te Den Haag, en KPN door [mr. J.P. Hustinx](#), advocaat te Amsterdam. Bij die gelegenheid hebben beide partijen nog een productie in het geding gebracht. KPN heeft tegen de door Pretium overgelegde productie bezwaar gemaakt. Het bezwaar is door het hof afgewezen aangezien het stuk een reactie vormt op de door KPN in het geding gebrachte rapportage, met evenwel de opmerking dat indien het desbetreffende stuk voor de uiteindelijke beslissing van beslissende betekenis mocht blijken KPN in de gele-

genheid zal worden gesteld zich hierover nader uit te laten.

Voorts hebben partijen antwoord gegeven op door het hof gestelde vragen.

Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de stukken van het geding in beide instanties.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in overweging 2 van het vonnis onder 2.1 tot en met 2.15 een opsomming gegeven van de feiten waarvan in dit geding wordt uitgegaan. Hieromtrent bestaat geen geschil zodat ook het hof die feiten tot uitgangspunt neemt.

3. Beoordeling

3.1. Partijen zijn concurrenten van elkaar op de markt van aanbieders van vaste telefoondiensten. Het landelijk telefoonnetwerk wordt door KPN beheerd. Pretium biedt telefoondiensten aan onder eigen tarieven. KPN brengt ten behoeve van de klanten van Pretium de aansluitingen op het telefoonnetwerk tot stand. Om aansluiting op het landelijk telefoonnetwerk te verkrijgen moeten de abonnees van Pretium een KPN BelBasis abonnement hebben. Na aanmelding bij Pretium kunnen de abonnees van de diensten van Pretium gebruik maken door voor elk telefoonnummer een vaste cijfercombinatie te kiezen, welke keuze handmatig kan worden verricht of automatisch door een eenmalige instelling, een carrierepreselectie dienst (CPS). KPN beschuldigt Pretium ervan dat zij een reclamecampagne voert die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhoudt, hetgeen volgens KPN een misleidende garantie van Pretium is. Pretium beschuldigt KPN van slamming. Hiervan is sprake als telefoonnummers van consumenten worden beschakeld - hetgeen inhoudt dat telefoonnummers worden overgezet van KPN naar een CPS-aanbieder of vice versa - zonder dat de desbetreffende consumenten daartoe opdracht hebben gegeven (vonnis 2.6).

3.2. Vorenbedoelde beschuldigingen stonden centraal in het geding tussen partijen dat heeft geleid tot een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Haarlem van 6 oktober 2005, verbeterd op 13 oktober 2005. In dat vonnis (rov. 7.4) is Pretium onder meer verboden om vanaf de betekening van het vonnis de garantie als bedoeld in art. 7 van haar algemene voorwaarden openbaar te maken als "Laagste kostengarantie", alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden, met bepaling dat Pretium een dwangsom verbeurt van € 25.000,- voor iedere dag dat zij in gebreke mocht blijven aan dat verbod te voldoen, zulks tot een maximum van €500.000,-.

3.3. Vervolgens heeft Pretium op 19 oktober 2005 in een paginagrote advertentie in De Telegraaf, De Volkskrant en het NRC Handelsblad KPN (opnieuw) beschuldigd van slamming. De advertentie bevat tevens een open brief aan de minister van Economische Zaken. Voorts heeft zij in die advertenties reclame gemaakt voor de "Pretium Garantie Voice: nieuwe naam - zelfde garantie; de laagste kosten of dubbel het verschil terug". Ten slotte heeft Pretium op 2 november

2005 in De Telegraaf en het NRC Handelsblad en op 3 november 2005 in De Volkskrant wederom een paginagrote advertentie geplaatst, voor een deel gelijk aan de op 19 oktober 2005 geplaatste advertenties en daarnaast vergezeld van een commentaar waarin Pretium suggereert dat de omstandigheid dat KPN nog geen rechtszaak wegens laster aanhangig heeft gemaakt de stellingen van Pretium ondersteunt. Bedoelde advertenties zijn in het geding gebracht.

Tevens heeft Pretium vergelijkbare teksten op de homepage van haar website geplaatst.

3.4. Stellende dat Pretium's beschuldiging van slaming on-rechtmatig is en in strijd met het verbod op ongeoorloofde vergelijkende reclame als bedoeld in art. 6:194a BW, dat Pretium inbreuk maakt op het merkrecht van KPN, alsmede dat Pretium in strijd handelt met rov. 7.4 van het dictum van het vonnis van 6 oktober 2005 door zich wederom schuldig te maken aan misleidende reclame, heeft KPN bij de dit geding inleidende dagvaarding, na vermindering van eis, gevorderd, kort gezegd en zakelijk weergegeven, om Pretium

- te bevelen zich te onthouden van het openbaar (doen) maken van de in rov. 2.8, 2.10 en 2.12 van het vonnis vermelde uitingen, dan wel uitingen van gelijke aard of strekking;

- te verbieden haar "Laagste kostengarantie", dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking, meer in het bijzonder mededelingen als "de laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug", in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;

- te verbieden mededelingen te (laten) doen of suggesties te (laten) wekken dat KPN eindgebruikers ongewenst zou beschakelen, dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking openbaar te (doen) maken;

- te verbieden (andere) mededelingen die de goede naam van KPN schaden, alsmede kleinerende uitlatingen over de goederen, diensten en activiteiten van KPN openbaar te (doen) maken;

- te veroordelen tot het plaatsen van in de dagvaarding vermelde rectificaties in het NRC Handelsblad, De Telegraaf, De Volkskrant en op haar website;

- te bevelen elke inbreuk op het merkrecht van KPN te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden,

een en ander op straffe van een dwangsom van € 250.000,- per dag of per keer, met een maximum van € 5.000.000,-.

In reconventie heeft Pretium gevorderd KPN op straffe van een dwangsom te verbieden enige executiemaatregel te treffen of voort te zetten, in het bijzonder op basis van punt 7.4 van het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter te Haarlem van 6 oktober 2005 (verbeterd op 13 oktober 2005).

3.5. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 24 november 2005 in conventie, kort samengevat, Pretium verboden met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis

mededelingen als "de laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug" in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;

vergelijkende reclame te maken met betrekking tot slaming door KPN,

alsmede Pretium veroordeeld tot het plaatsen van rectificaties als gevorderd, een en ander op straffe van een dwangsom van €250.000,- per dag of per keer dat Pretium niet aan die verboden of veroordelingen voldoet, met een maximum van €5.000.000,-, met veroordeling van Pretium in de kosten van het geding,

en in reconventie de gevraagde voorziening geweigerd. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering is Pretium met veertien en KPN met drie (waarvan een voorwaardelijk) grieven opgekomen.

In het principaal appel

3.6. De eerste grief richt zich tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat Pretium in de advertenties stelt dat KPN zich op grote schaal schuldig maakt aan slaming, waardoor Pretium duizenden klanten is kwijtgeraakt en dat met name slaming door KPN buiten OCM en VRS om bij voortdurende plaatsvindt. Blijkens de toelichting op die grief heeft de voorzieningenrechter de advertenties niet goed gelezen daar de mededelingen van Pretium slaming door KPN in het verleden betreffen, namelijk in 2004. Pretium citeert vervolgens de volgens haar in de advertenties opgenomen, belangrijkste mededelingen over slaming door KPN buiten OCM en VRS om.

3.7. Het hof merkt dienaangaande op dat uit bedoelde weergave niet kan worden afgeleid dat de voorzieningenrechter de desbetreffende advertenties niet goed gelezen dan wel begrepen heeft. Om te beginnen verwijst de vetgedrukte, in "koeienletters" over de gehele breedte van de pagina weergegeven, retorische vraag "Heeft KPN werkelijk bijna 20.000 klanten gekaapt?" niet duidelijk naar het verleden; die gebeurtenis kan zich even goed zeer recent hebben voorgedaan. Voorts vermeldt de eerste zin van het artikel: "Deze krantenpagina gaat over slaming (kapen van klanten) op grote schaal door KPN." Vervolgens wordt weliswaar in een kop gesteld: "Pretium Telecom verloor meer dan 3.000 klanten in 2004 door slaming van KPN CS buiten OCM en VRS om", maar in een andere kop: "Pretium Telecom verliest (onderstreping hof) meer dan 12.000 klanten door slaming van KPN via OCM". De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument kan uit die teksten niet anders afleiden dan dat KPN zich op grote schaal schuldig heeft gemaakt en - in versterkte mate - zich nog steeds schuldig maakt aan slaming. Dat onderscheid wordt gemaakt tussen slaming buiten OCM en VRS om en slaming via OCM maakt dat voor bedoelde, gemiddeld geïnformeerde, consument niet anders.

De eerste grief faalt.

3.8. In de tweede grief betoogt Pretium dat de voorzieningenrechter ten onrechte overweegt dat slaming via OCM blijkens het OPTA-rapport na verbetering van de

desbetreffende administratieve procedure bij KPN niet meer is geconstateerd.

3.9. De OPTA heeft in zijn rapport van 16 september 2005 allereerst onderzoek gedaan naar beschakelingen in de periode december 2004 en januari 2005 (rapport 3.5) en vervolgens, naar aanleiding van de civielrechtelijke stappen van Pretium, een extra steekproef gedaan over de maanden september, oktober en november 2004 (rapport 3.6.1). Aan het slot van laatstgenoemde paragraaf wordt gesteld: "Over de periode december 2004 en januari 2005 heeft OPTA geen enkel geval van slamming door KPN aangetroffen". Het ligt in de rede dat de voorzieningenrechter naar deze laatste conclusie verwijst aangezien deze conclusie de - voorlopige - gevolgtrekking wettigt dat de problemen met slamming zo al niet verholpen dan toch in ieder geval aanzienlijk verminderd zijn. Dat mogelijk sprake is van tegenstrijdigheid met een eerder door de voorzieningenrechter gewezen vonnis is te dezen niet relevant aangezien een vonnis in kort geding geen gezag van gewijsde heeft en slechts voorlopige oordelen en beslissingen bevat waaraan partijen en evenmin de voorzieningenrechter in een later kort geding gebonden zijn.

De tweede grief faalt.

3.10. De derde grief betreft het oordeel van de voorzieningenrechter dat, kort gezegd, met betrekking tot de door Pretium genoemde gevallen van slamming buiten OCM en VRS om moet worden geconcludeerd dat onvoldoende is komen vast te staan dat daarbij sprake is van ongewenste of ongerechtvaardigde beschakelingen en dat de advertenties dan ook in strijd zijn met het verbod op afbrekende vergelijkende reclame als bedoeld in art. 6:194a lid 2 sub e BW.

3.11. De, herhaalde, verwijzing naar slamming door KPN in 2004 en het beroep op vonnissen van de voorzieningenrechter in Den Haag van 1 juni 2004, 16 juli 2004 en 14 december 2004 kunnen Pretium niet baten nu zij niet duidelijk maakt welk belang zij heeft bij publicatie van slamming door KPN in het verleden. Pretium stelt weliswaar dat zij met het doen van de litigieuze mededelingen louter heeft beoogd het publiek te waarschuwen voor slamming door KPN (appeldagvaarding sub 87) doch een dergelijke waarschuwing heeft alleen zin als de gewraakte praktijk door KPN is voortgezet. Vooralsnog is dit onvoldoende komen vast te staan. Ook de aandacht van de minister van Economische Zaken had zeer wel op een andere wijze kunnen worden getrokken.

3.12. Daarnaast neemt het hof het volgende in aanmerking. In de open brief aan de Minister van Economische Zaken wordt gesteld: "Van slamming is sprake wanneer de ene telecomaانبieder klanten van de andere telecomaانبieder ten behoeve van zichzelf kaapt". Deze definitie impliceert dat de opzet van KPN is gericht op het kapen, of, anders gezegd, het "aftrogelen" van klanten van andere telecomaانبieders, dat wil zeggen dat sprake is van kwade trouw aan de zijde van KPN. Deze opzet is niet, althans onvoldoende door Pretium aannemelijk gemaakt. Pretium stelt (pleitnota hoger beroep sub 10) dat KPN de verzamelde bewijzen slechts heeft weersproken met een beroep op slecht

functionerende bedrijfsprocessen, hetgeen op zichzelf niet wijst op kwade trouw.

Ook de derde grief faalt.

3.13. Het falen van de eerste drie grieven brengt mee dat ook de vierde grief, gericht tegen de bevolen rectificatie met betrekking tot slamming, moet worden verworpen.

3.14. Door middel van de achtste grief verzet Pretium zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de publieke mededelingen van Pretium als afbrekende vergelijkende reclame als bedoeld in art. 6:194a lid 2 sub e BW moeten worden aangemerkt. Volgens Pretium zijn de desbetreffende mededelingen niet geplaatst met het doel om de afzet van haar diensten te bevorderen en vallen zij daarom niet onder de noemer "reclame" maar heeft zij louter beoogd het publiek te waarschuwen voor slamming door KPN. Dit wordt ook onderstreept door het sobere uiterlijk van de mededelingen en het ontbreken van het Pretium logo. De reden voor het beschrijven van haar Pretium Garantie Voice - hetgeen alleen op informatieve en voorlichtende wijze is gebeurd - was dat de (landelijke) pers onzorgvuldig en onjuist over deze garantie heeft bericht, aldus Pretium (appeldagvaarding sub 89). Voorts heeft Pretium naar haar zeggen een goede reden om zich op dergelijke wijze over KPN uit te laten: als zij KPN niet publiekelijk aan de kaak zou hebben gesteld dan was de consument nog steeds in het ongewisse en was KPN ongestoord doorgedaan met de onrechtmatige beschakelingen (appeldagvaarding sub 92).

3.15. Dit laatste is in strijd met de eigen stellingen van Pretium waar zij aanvoert (pleitnota hoger beroep sub 5) dat KPN pas na het Haagse vonnis van 14 december 2004 werkelijk is overgegaan tot het binnen 72 uur na deactivatie heractiveren.

3.16. Art. 6:194a lid 1 BW luidt:

"Onder vergelijkende reclame wordt verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd",

terwijl lid 2 sub e inhoudt:

"Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:

(...)

e. niet de goede naam schaadt van of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent".

Reclame is volgens art. 2 lid 1 van de Richtlijn 97/55/EG iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële (...) activiteit (...) ter bevordering van de afzet van goederen of diensten (...).

3.17. Vaststaat dat in de omstreden paginagrote advertentie over de helft van de breedte en circa een kwart van de hoogte mededelingen worden gedaan over de Pretium Garantie Voice. De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument zal die mededelingen opvatten als reclame voor Pretium, namelijk ter bevordering van de afzet van Pretium telecomdiensten, daargelaten wat de achterliggende gedachte van Pretium bij de bewuste reclame moge zijn.

Hier komt bij dat naast de mededelingen over de Pretium Garantie Voice de kop boven de, over de andere helft van de breedte, geplaatste advertentie luidt: “KPN slaat terug naar Pretium Telecom met een kort geding en faalt”. Waar KPN en Pretium op het gebied van telecomdiensten directe concurrenten van elkaar zijn is sprake van vergelijkende reclame. Alleen al de paginabrede kop boven de advertentie: “Heeft KPN werkelijk bijna 20.000 klanten gekaapt?” schaadt de goede naam van KPN. Dit wordt niet anders doordat deze beschuldiging in de vorm van een vraag is geformuleerd. De voorzieningenrechter heeft derhalve terecht geoordeeld dat de advertenties in strijd zijn met het verbod op afbrekende vergelijkende reclame als bedoeld in art. 6:194a lid 2 sub e BW. De achtste grief faalt.

3.18. Grief 5 komt op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de uiting: “de laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug” een absolute superioriteitsclaim inhoudt. Volgens Pretium kan een dergelijke omschrijving reeds uit de aard nimmer een absolute superioriteitsclaim inhouden nu uit het tweede deel van de zin blijkt dat indien Pretium niet de laagste kosten heeft de consument dubbel het verschil terug krijgt, waarmee Pretium ter zake van de laagste kosten dus een voorbehoud maakt (appeldagvaarding sub 65).

3.19. Ter ondersteuning van haar standpunt heeft Pretium diverse verklaringen van hoogleraren en doctors in de Nederlandse taal en de filosofie (logica) in het geding gebracht. Ook KPN heeft ter weerlegging van het standpunt van Pretium een verklaring van een hoogleraar overgelegd, alsmede ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep een “Onderzoek naar de consumentenperceptie van de door Pretium gebruikte reclame uiting

“De laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug.”

Op haar beurt heeft Pretium naar aanleiding van bedoeld Onderzoek een verklaring van een hoogleraar overgelegd waarin deze methodologische kritiek levert op het desbetreffende onderzoek.

3.20. Zoals hiervoor is overwogen (zie 3.7) gaat het erom welke interpretatie de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument aan die reclame-uiting zal geven. De litigieuze uiting vangt aan met de woorden: “de laagste kosten per maand” en op die woorden valt ook de nadruk. De toevoeging “of u ontvangt dubbel het verschil terug” doet onvoldoende afbreuk aan de suggestie van de laagste kosten per maand aangezien de gemiddelde consument ervan zal uitgaan dat een commerciële aanbieder van telecomdiensten niet dubbel het verschil zal aanbieden indien hij niet daadwerkelijk (doorgaans) de goedkoopste is. Grief 5 slaagt derhalve niet.

3.21. Het zelfde geldt voor grief 6, inhoudende dat de voorzieningenrechter ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan een nader genoemd arrest van het hof Arnhem uit 2002. Dit arrest betrof het hoger beroep van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Almelo en, zoals hiervoor is overwogen (3.9), gaat

het bij een kort geding slechts om voorlopige oordelen en beslissingen.

3.22. Ook grief 7 kan niet slagen nu de overweging waartegen de grief opkomt aanvangt met de woorden: “Dit geldt te meer ...”. Deze overweging is derhalve niet dragend voor de beslissing van de voorzieningenrechter.

3.23. Bij de beoordeling van grief 9 stelt het hof voorop dat de beslissing van de voorzieningenrechter geen, met een dwangsom versterkt, verbod inhoudt om inbreuk te maken op het merkrecht van KPN. Slechts de laatste alinea’s van de door de voorzieningenrechter bevolen rectificaties houden in dat de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat Pretium inbreuk heeft gemaakt op de merkrechten van KPN. Aangezien ook indien de grief gegrond mocht worden geoordeeld geen aanleiding bestaat tot een bevel om de desbetreffende rectificaties in dat opzicht te herzien - hetgeen overigens ook niet is gevorderd - heeft Pretium bij behandeling van deze grief geen belang.

3.24. De tiende grief bestrijdt dat op Pretium de bewijslast rust ter zake van de publieke mededelingen. Volgens Pretium gaat de voorzieningenrechter reeds in rov. 5.3 in de fout door zich de stellingen van KPN eigen te maken. Deze aanname van Pretium berust op een verkeerde lezing van de desbetreffende rechtsoverweging. De voorzieningenrechter geeft hierin slechts de stellingen van KPN weer zonder zich daarover een oordeel te vormen. Vervolgens bespreekt de voorzieningenrechter de hoofdbestanddelen van de advertentie, te weten de beschuldiging van KPN van slamming en de Pretium Garantie Voice. Aangezien hiervoor is vastgesteld dat voorshands moet worden geoordeeld dat sprake is afbrekende vergelijkende reclame, ligt het op de weg van Pretium als degene die met bedoelde reclame een bepaalde stelling poneert of een suggestie wekt, om die stelling of suggestie op de basis van concrete, volledige en juiste feiten aannemelijk te maken.

Grief 10 faalt.

3.25. Grief 11 houdt, mede gezien de toelichting, geen aparte klacht in, terwijl ook grief 13 zelfstandige betekenis mist.

3.26. Grief 12 is evenwel gegrond. Het hof acht de opgelegde dwangsom disproportioneel en zal deze derhalve beperken tot € 50.000,- per dag of per keer, met een maximum van €500.000,-.

3.27. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen faalt grief 14 die opkomt tegen het afwijzen van de vordering van Pretium in reconventie. Ook de vermeerde eis in reconventie moet om die reden worden afgewezen.

In het incidenteel appel

3.28. Zoals ook blijkt uit de vermeerde eis en de toelichting ter zitting, houdt grief 1 in dat de voorzieningenrechter ten onrechte niet heeft aangegeven op welke wijze Pretium haar garantieregeling aan moet prijzen. Deze grief moet, evenals de voorwaardelijke tweede grief die op het zelfde is gericht, worden afgewezen. Het is aan Pretium voorbehouden om haar reclamecampagne in te richten zoals zij dat wenst en

het spreekt voor zich dat Pretium zich daarbij moet onthouden van afbrekende vergelijkende reclame.

De grieven 1 en 2 voorwaardelijk moeten derhalve worden afgewezen, evenals de vermeerderde eis.

3.29. De derde grief deelt dit lot. Het hof ziet geen aanleiding tot een algemeen verbod, te minder nu het maken van vergelijkende reclame - zij het onder de in art. 6:194a lid 2 BW genoemde voorwaarden - geoorloofd is. Het door KPN in dit verband aangehaalde arrest van de Hoge Raad betrof inbreuk op een auteursrecht, hetgeen onder geen voorwaarden is toegestaan.

4. Conclusie

De grieven in het principaal appel, met uitzondering van grief 12, falen, onderscheidenlijk Pretium heeft bij behandeling daarvan geen belang. Grief 12 slaagt. Het vonnis waarvan beroep zal derhalve worden vernietigd voor zover in het dictum onder 7.6 de dwangsom is bepaald op € 250.000,- per dag of per keer, met een maximum van € 5.000.000,-; deze bedragen zullen worden bepaald op € 50.000,-, respectievelijk € 500.000,-. Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd. De gewijzigde eis in reconventie zal worden afgewezen. De grieven in het incidenteel appel moeten worden verworpen. De gewijzigde eis in conventie zal worden afgewezen. Pretium zal, als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel en KPN in de kosten van het incidenteel appel.

5. Beslissing

Het hof:

In het principaal en het incidenteel appel

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in het dictum onder 7.6 de dwangsom is bepaald op € 250.000,- per dag of per keer, met een maximum van € 5.000.000,-, en, in zoverre opnieuw rechtdoende, bepaalt de dwangsom op €50.000,- per dag of per keer, met een maximum van €500.000,-;

bekrachtigt het vonnis voor het overige;

wijst af de gewijzigde eis in reconventie evenals de gewijzigde eis in conventie;

veroordeelt Pretium in de kosten van het principaal appel, tot op deze uitspraak aan de zijde van KPN begroot op €2.973,00 aan salaris en €291,00 aan verschotten;

veroordeelt KPN in de kosten van het incidenteel appel, tot op deze uitspraak aan de zijde van Pretium begroot op €1.341,00 aan salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M. Coetier, R.J.F. Thiessen en H. Sorgdrager en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 27 april 2006.