

Hoge Raad, 23 november 2007, Pretium v KPN



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

RECLAMERECHT

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling

Vindplaatsen: LJN: [BB5073](#)

Hoge Raad, 23 november 2007

(A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein en C.A. Streefkerk)

23 november 2007

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

PRETIUM TELECOM B.V.,

gevestigd te Haarlem,

EISERES tot cassatie,

advocaat: mr. W.E. Pors,

t e g e n

KPN TELECOM B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. C.J.J.C. van Nispen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Pretium en KPN.

1. Het geding in feitelijke instanties

KPN heeft bij exploit van 4 november 2005 Pretium in kort geding gedagvaard voor de rechtbank Haarlem en gevorderd:

1. Pretium te bevelen zich te onthouden van het openbaar (doen) maken van de gewraakte uitingen, dan wel reclame-uitingen van gelijke aard of strekking, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze;

2. Pretium te verbieden haar "Laagste kostengarantie" dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking, 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 maken;

3. Pretium 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, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;

4. Pretium te verbieden (andere) mededelingen die de goede naam van KPN schaden, alsmede kleinerende uitlatingen over de goederen, diensten en activiteiten

van KPN, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;

5. Pretium te veroordelen om in NRC Handelsblad, De Telegraaf en de Volkskrant en op de website van Pretium de in de dagvaarding nader omschreven rectificaties te plaatsen;

6. Pretium te veroordelen elke inbreuk op het merkrecht van KPN te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Pretium in de kosten.

Pretium heeft de vordering bestreden en, in reconventie, gevorderd, kort gezegd:

KPN 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 Haarlem van 6 oktober 2005, voorzover Pretium in haar uitingen beweringen doet over laagste kosten die onmiddellijk worden gevolgd door het terugbetalingsmechanisme, zoals bijvoorbeeld '... de laagste kosten en anders betaalt Pretium u dubbel het verschil terug' of '... niet de laagste kosten, dan betaalt Pretium u dubbel het verschil terug' of uitingen van vergelijkbare strekking;

een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van KPN in de kosten.

De rechtbank heeft bij vonnis van 24 november 2005, kort gezegd, Pretium verboden 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, Pretium verboden vergelijkende reclame te maken met betrekking tot slamming door KPN, alsmede Pretium veroordeeld de door KPN gevorderde rectificaties te plaatsen en tevens bepaald dat Pretium een dwangsom verbeurt van € 250.000,- per dag of per keer, met een maximum van € 5.000.000,-. In reconventie heeft de rechtbank de gevraagde voorziening geweigerd.

Tegen dit vonnis heeft Pretium (spoed) hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Bij dagvaarding heeft Pretium haar eis in reconventie gewijzigd.

KPN heeft incidenteel hoger beroep ingesteld en bij memorie van antwoord, tevens memorie van eis in het incidentele hoger beroep, haar eis in conventie gewijzigd.

Bij [arrest van 27 april 2006](#) heeft het hof in het principale en in het incidentele hoger beroep het vonnis van de rechtbank vernietigd voorzover in het dictum van de rechtbank de dwangsom is bepaald op € 250.000,- per dag of per keer, met een maximum van € 5.000.000,- en, in zoverre opnieuw rechtdoende, de dwangsom bepaald op € 50.000,- per dag of per keer, met een maximum van € 500.000,-, het vonnis voor het overige bekrachtigd en de gewijzigde eis in reconventie evenals de gewijzigde eis in conventie afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Pretium beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. KPN heeft

geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Pretium in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van KPN begroot op €367,34 aan verschotten en €2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, als voorzitter, A. Hammerstein en C.A. Streefkerk, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 23 november 2007.

Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

Zitting 21 september 2007

Conclusie inzake:

Pretium Telecom BV

tegen

KPN Telecom BV

1. Inleiding

1. In een vonnis van 6 oktober 2005 was telecomaanbieder Pretium op vordering van KPN verboden 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.

Het gaat in deze - later aangespannen - zaak over de vraag of het hof kon bekrachtigen het volgende vonnis van de voorzieningenrechter van 24 november 2005, waarin deze oordeelde dat een reclame-uiting van Pretium, die luidt: 'de laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug', een absolute superioriteitsclaim inhoudt als in het eerdere vonnis van 6 oktober 2005 verboden. Nadien had Pretium haar klanten een - inhoudelijk gelijke - garantie aangeboden met de formulering: 'de laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug'.

1.2. Pretium meent dat het voorbehoud 'of u ontvangt dubbel het verschil terug' impliceert dat de consument niet erop rekent dat zij doorgaans de goedkoopste aanbieder is, en dus niet een absolute superioriteitsclaim als eerder verboden inhoudt.

Tegen 's hofs weerlegging van die stelling - overeenkomstig het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 november 2005 - richt zich het cassatiemiddel.

1.3. Indien ik juist zie dat het cassatieberoep (uitsluitend gericht tegen rov. 3.20 van 's hofs arrest) feitelijke grondslag mist, stelt het cassatiemiddel m.i. geen vra-

gen aan de orde die in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling (in de zin van art. 81 RO) beantwoording behoeven.

2. Feiten(1)

2.1. Partijen zijn concurrenten van elkaar op de markt van aanbieders van vaste telefoondiensten. Het landelijk telefoonnetwerk, waarvan de meerderheid van de aanbieders van telefoondiensten - waaronder Pretium - gebruik maakt, wordt door KPN beheerd.

2.2. 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. Deze keuze kan per nummer handmatig worden verricht of kan automatisch door een eenmalige instelling plaatsvinden, in welk geval sprake is van een carrierpreselectiedienst (CPS), door Pretium 'Pretium Telecom CPS' genoemd.

2.3. 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.

2.4. Deze beschuldigingen over en weer stonden centraal in het geding tussen partijen dat heeft geleid tot het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Haarlem van 6 oktober 2005, verbeterd op 13 oktober 2005.(2) In dat vonnis heeft de voorzieningenrechter Pretium in het dictum onder 7.4 verboden 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, op straffe van verbeurte van een dwangsom van €25.000 voor iedere dag dat zij in gebreke mocht blijven aan dat verbod te voldoen, zulks met een maximum van €500.000.

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

2.6. Op 2 november 2005 heeft Pretium in De Telegraaf en NRC Handelsblad en op 3 november 2005 in De Volkskrant opnieuw een paginagrote advertentie geplaatst, voor een deel gelijk aan de op 19 oktober 2005 geplaatste advertenties en daarnaast vergezeld van commentaar waarin Pretium suggereert dat de omstan-

digheid dat KPN nog geen rechtszaak wegens laster aanhangig heeft gemaakt de stellingen van Pretium ondersteunt. Tevens heeft Pretium vergelijkbare teksten op de homepage van haar website geplaatst.

3. Procesverloop

3.1. Het onderhavige kort geding is door KPN ingeleid bij exploit van 4 november 2005 waarbij KPN Pretium heeft gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem, en daarbij na vermindering van eis - samengevat - heeft gevorderd om Pretium:

- a. te bevelen zich te onthouden van het openbaar maken van de in de hiervoor genoemde advertenties vermelde uitingen, dan wel uitingen van gelijke aard of strekking, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze;
 - b. te verbieden haar 'Lagere 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 maken;
 - c. te verbieden mededelingen te doen of suggesties te wekken dat KPN eindgebruikers ongewenst zou beschakelen, dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking openbaar te maken;
 - d. te verbieden andere mededelingen die de goede naam van KPN schaden, alsmede kleinerende uitlatingen over de goederen, diensten en activiteiten van KPN openbaar te maken;
 - e. te veroordelen tot het plaatsen van de in de dagvaarding vermelde rectificaties in NRC Handelsblad, De Telegraaf, De Volkskrant en op haar website;
 - f. te bevelen elke inbreuk op het merkrecht van KPN te staken;
- een en ander op straffe van een dwangsom van € 250.000 per dag of per keer, met een maximum van € 5.000.000.

Aan haar vorderingen heeft KPN, samengevat, ten grondslag gelegd dat Pretium met haar beschuldiging van slaming onrechtmatig handelt, dat Pretium inbreuk maakt op het merkrecht van KPN en voorts in strijd handelt met het dictum onder 7.4 van het vonnis van de voorzieningenrechter van 6 oktober 2005 door zich met de garantie in de uiting de 'Pretium Garantie Voice' wederom schuldig te maken aan misleidende reclame als bedoeld in art. 6:194 BW.

3.2. Pretium heeft verweer gevoerd en harerzijds in reconventie gevorderd KPN op straffe van een dwangsom te verbieden enige executiemaatregel te treffen of voort te zetten, in het bijzonder op basis van het dictum onder 7.4 van het vonnis van 6 oktober 2005, voor zover Pretium in haar uitingen beweringen doet over laagste kosten die onmiddellijk worden gevolgd door het terugbetalingsmechanisme, zoals bijvoorbeeld '... de laagste kosten en anders betaalt Pretium u dubbel het verschil terug' of '... niet de laagste kosten, dan betaalt Pretium u dubbel het verschil terug' of uitingen van vergelijkbare strekking.

KPN heeft de reconventionele vordering bestreden.

3.3. Na pleidooien heeft de voorzieningenrechter bij vonnis van 24 november 2005, uitvoerbaar bij voorraad, in conventie - 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, voorts Pretium verboden 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. In reconventie heeft de voorzieningenrechter de vordering afgewezen.

De voorzieningenrechter heeft daartoe - voor zover in cassatie van belang - overwogen:

'Pretium Garantie Voice

5.13. KPN maakt voorts bezwaar tegen [de] wijze waarop Pretium haar Pretium Garantie Voice aanbiedt. Bij het vonnis van 6 oktober 2005 is het Pretium verboden de garantie als bedoeld in artikel 7 van haar algemene voorwaarden als "Laagste kostengarantie" openbaar te maken, alsmede mededelingen te doen die een absolute superioriteitsclaim inzake kosten bevatten. Sedert het vonnis biedt Pretium die garantie aan onder de naam "Pretium Garantie Voice". In de advertenties omschrijft Pretium deze garantie met de formulering: "De laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug". Op de website van Pretium wordt de garantie aangeprezen met een tekst die steeds erop neerkomt dat men bij Pretium tegen de laagste kosten per maand belt en anders dubbel het verschil terug kan ontvangen. KPN stelt dat Pretium hiermee handelt in strijd met het vonnis van 6 oktober 2005, omdat de uitingen van Pretium nog steeds een absolute superioriteitsclaim inzake kosten inhouden. Pretium stelt dat de uitingen die claim niet inhouden, omdat telkens na het element "laagste kosten" een mededeling als "anders dubbel het verschil terug" volgt.

5.14. Hieromtrent overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Pretium doet de uitingen omtrent de "laagste kosten" weliswaar steeds vergezeld gaan van de vermelding "anders dubbel het verschil terug" en vergelijkbare teksten. Niettemin moet worden geoordeeld dat uitingen als "Wij kunnen u als enige de laagste gesprekskosten per maand garanderen, (...)", "Met Pretium Voice (...) belt u tegen de laagste kosten per maand (...)" en "Pretium Garantie Voice: bellen tegen de laagste kosten per maand (...)" een superioriteitsclaim inhouden. Pretium pretendeert daarmee immers de goedkoopste te zijn. Aldus gaat zij eraan voorbij dat - zoals in de jurisprudentie terzake al diverse malen is uitgemaakt - de vraag wie voor een gebruiker de voordeligste telecoomaanbieder is wordt bepaald door het individuele belgedrag van die gebruiker, zodat moet worden aangenomen dat geen enkele aanbieder kan pretenderen in absolute zin de voordeligste te zijn. De claim van Pretium wordt door de vermelding "anders dubbel het verschil terug" onvoldoende gerelativeerd, want de gemiddelde consument zal nauwelijks in staat zijn te controleren in hoeverre de claim "laagste kosten" wordt waargemaakt. De tarieven van telecoomaanbieders vormen immers een materie die

zo weinig inzichtelijk is dat daarvoor een behoorlijk rekentalent aan de zijde van de consument nodig is. Dit geldt te meer daar de werkelijke kosten bij Pretium moeten worden vergeleken met de fictieve kosten van een andere aanbieder, aangezien Pretium, zoals uit de algemene voorwaarden blijkt, bij de terugbetalingsregeling geen rekening houdt met eventuele kortingsregelingen van die andere aanbieders, zoals bijvoorbeeld het voordeel dat bij KPN bij het gebruik van VoordeelNummers behaald kan worden.

5.15. Het voorgaande voert tot de slotsom dat de uiting "laagste kosten, anders dubbel het verschil terug" een absolute superioriteitsclaim inhoudt en dat Pretium daardoor handelt in strijd met het vonnis van 6 oktober 2005.

5.16. Partijen hebben ter zitting nog gediscussieerd over de vraag of de uitingen van Pretium aangaande de Pretium Garantie Voice zijn te beschouwen als vergelijkende reclame, waaraan voor wat betreft de toelaatbaarheid hogere eisen worden gesteld dan bij reclame die niet vergelijkend is. Pretium stelt dat hier geen sprake is van vergelijkende reclame en dat in de advertentie en in de onder de feiten aangehaalde uitingen op de website de regeling slechts wordt uitgelegd. KPN is van mening dat de uitingen als vergelijkende reclame zijn aan te merken, omdat ze impliciet een vergelijking met de kosten bij andere telecomaandieners inhouden. Pretium maakt zich, aldus KPN, schuldig aan misleidende vergelijkbare reclame nu zij in de samenvatting van de regeling in de advertentie en op de website niet vermeldt, dat geen rekening wordt gehouden met VoordeelNummers of BelPluspakketten, maar daarvan slechts melding maakt in de algemene voorwaarden. Wat hier van zij, over dit geschilpunt behoeft in dit kort geding niet te worden beslist aangezien daarop geen vordering is gericht. Echter, om een nieuw geschil te voorkomen geeft de voorzieningenrechter Pretium in overweging om bij de samenvatting van de regeling melding te maken van het feit dat wordt vergeleken met de "reguliere" tarieven van andere telecomaandieners en daaraan een verwijzing naar de algemene voorwaarden toe te voegen.

(...)

5.18. Het onder b. gevorderde zal worden toegewezen in die zin dat het Pretium zal worden verboden uitingen te doen als "laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug". Het openbaar maken van de uiting "Laagste kostengarantie" of mededelingen van gelijke aard of strekking is Pretium al verboden bij vonnis van 6 oktober 2005.'

3.4. Pretium heeft tegen het vonnis van de voorzieningenrechter (spoed)appel ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Onder aanvoering van 14 grieven heeft Pretium - samengevat - gevorderd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en in conventie de vorderingen van KPN 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 alsmede tot betaling van een bedrag van €99.425 en voorts KPN op straffe van een dwangsom zal bevelen tot het

plaatsen van de door haar aangegeven rectificaties in de door haar genoemde dagbladen en op de website van KPN.

3.5. KPN heeft de grieven gemotiveerd bestreden en tevens incidenteel appel ingesteld. Daarbij heeft KPN geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen voorzover haar vorderingen zijn afgewezen en voor het overige het vonnis zal bekrachtigen. Voorts heeft KPN in conventie haar eis gewijzigd en gevorderd - samengevat - Pretium te verbieden een kortingsregeling als bedoeld in art. 7.1 van haar algemene voorwaarden aan te bieden aan haar klanten, althans in enigerlei vorm of op enigerlei wijze aan te prijzen, alsmede Pretium te verbieden haar 'Laagste Kosten Garantie' dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking in enigerlei vorm of op enigerlei wijze openbaar te (doen) maken, onder verbeurte van een dwangsom van €250.000 voor iedere dag of per keer dat Pretium een van deze verboden geheel of gedeeltelijk overtreedt of niet (volledig) nakomt met een maximum van €5.000.000.

Pretium heeft in het incidentele appel verweer gevoerd, waarbij zij bezwaar heeft gemaakt tegen de eiswijzigging van KPN en het hof heeft verzocht deze buiten beschouwing te laten.

3.6. Na pleidooien heeft het hof bij arrest van 27 april 2006, uitvoerbaar bij voorraad, in het principaal en in het incidenteel appel 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, vernietigd en in zoverre opnieuw rechtdoende, de dwangsom bepaald op €50.000 per dag of per keer, met een maximum van €500.000. Het hof heeft het vonnis voor het overige bekrachtigd en de gewijzigde eisen zowel in reconventie als in conventie afgewezen.

Voor zover thans in cassatie van belang, overwoog het hof in zijn arrest:

'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.'

3.7. Pretium heeft tegen het arrest van het hof - tijdig(3) - beroep in cassatie ingesteld. KPN heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun zaak schriftelijk doen toelichten. Pretium heeft gerepliceerd.

3.8. Bij haar schriftelijke toelichting heeft Pretium een arrest van het hof Amsterdam van 1 februari 2007, gewezen in het hoger beroep van het eerder genoemde vonnis van 6 oktober 2005 van de voorzieningenrechter te Haarlem, in het geding gebracht(4). Hoewel KPN als partij bij deze uitspraak bekend is met dit arrest, is niet duidelijk of haar advocaat tijdig ervan op de hoogte is gesteld dat dit arrest als productie bij de schriftelijke toelichting zou worden gevoegd. De advocaat van KPN heeft dit arrest - behoudens vermelding ervan in een voetnoot - in zijn schriftelijke toelichting in elk geval niet besproken en evenmin de gelegenheid aangegrepen om dit alsnog bij dupliek te doen(5). In nrs. 4.13 e.v. kom ik op het arrest van 1 februari 2007 terug.

4. Juridisch kader

4.A. Superioriteitsclaims

4.1. Misleidende en vergelijkende reclame hebben een wettelijke regeling gekregen in de art. 6:194-196 BW ter bescherming van de belangen van zowel consumenten(6) als concurrenten. Ook de laatste groep wordt beschermd tegen misleidende reclame-uitingen, vanuit de gedachte dat onjuiste voorlichting van het publiek (een poging tot) een ongeoorloofde voorsprong op de concurrentie meebrengt(7).

4.2. Onder vergelijkende reclame wordt volgens het in 2002 ingevoerde art. 6:194a BW elke vorm van reclame verstaan, waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk, of impliciet maar herkenbaar(8) worden genoemd.

4.3. Vergelijkende reclame is geoorloofd, mits wordt voldaan aan de in art. 6:194a BW gestelde cumulatieve voorwaarden, waaronder de eis van art. 6:194 BW dat de reclame-uiting niet misleidend is.

Artikel 6:194 BW geeft in een niet uitputtende lijst van verschillende aspecten aan wanneer en in welk opzicht een openbaar gemaakte mededeling als misleidend kan worden gekwalificeerd, maar geeft geen criterium voor het antwoord op de vraag wanneer van misleiding moet worden gesproken. Daarom is wel een belangrijke (bij mijn weten in de literatuur niet betwiste) aanwijzing te vinden in de parlementaire geschiedenis:

'misleidend kan de reclame [...] worden wanneer deze zodanige onwaarheden of halve waarheden bevat dat het publiek in goed vertrouwen afgaat op de juistheid van de gedane mededeling en als gevolg daarvan bijvoorbeeld tot aankoop van de aangeprezen goederen overgaat'. De MvT zei ook: '[de rechter] zal 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.(9)'

4.4. Op het gebied van de misleidende en vergelijkende reclame heeft Europese harmonisatie plaats gehad. Richtlijn 84/450 (Pb. L 250/17 van 19 september 1984) regelde de misleidende reclame, in 1997 via Richtlijn 97/55 (Pb. L 290/18 van 23 oktober 1997) aangevuld met een regeling voor vergelijkende reclame. Inmiddels is de inhoud van deze Richtlijnen, zoals nader gewijzigd, 'geconsolideerd' neergelegd in richtlijn 2006/114 (Pb. L 376/21 van 27 december 2006).

Ten aanzien van misleidende reclame was er, en is er tot dusverre, sprake van minimumharmonisatie: de nationale wet mag dus strengere eisen stellen(10). Ten aanzien van vergelijkende reclame was er sprake van maximumharmonisatie, met één uitzondering: de invulling van de eis dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn.(11)

4.5. Bij de beoordeling of een bepaalde reclame-uiting toelaatbaar is, dient ingevolge rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG te worden uitgegaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument(12).

4.6. In het algemeen kan nog gezegd worden dat bij de beoordeling van het al dan niet misleidende karakter van een reclame-uiting, die uiting in zijn geheel wordt gezien(13). Dat sluit echter allerminst uit dat de rechter ook beoordeelt aan welk onderdeel van de reclame-uiting de gemiddelde consument doorslaggevende betekenis zal toekennen en in hoeverre toevoegingen de boodschap al dan niet (voldoende) kunnen relativeren(14).

4.7. Ten aanzien van het voor de toepassing van art. 6:194 doorslaggevende, en bij art. 6:194a mede doorslaggevende criterium 'misleiding' heeft de rechter - wiens oordeel beslissend is bij de vraag of een reclame-uiting inderdaad een misleidend karakter heeft - weinig méér gereedschap dan hetgeen ik hierboven heb aangegeven(15). Daarbij teken ik nog aan dat het HvJ EG onmiskenbaar heeft aangegeven weinig heil te zien in statistisch consumentenonderzoek, en klaarblijkelijk meer vertrouwen heeft in het gezonde verstand van de (feiten-)rechter.(16) Tot het 'gereedschap' kunnen tot op zekere hoogte natuurlijk nog wel gerekend worden de 'precedenten', te vinden in bijv. de vakbladen BIE en IER, en de website www.boek9.nl. Tot op zekere hoogte, want de Hoge Raad is sinds 1980 in slechts een tiental zaken geroepen tot een oordeel in cassatie over zaken van misleidende reclame, en in de aan zijn oordeel onderworpen zaken bleek er niet of nauwelijks aanleiding om aan het begrip misleiding in art. 6:194 en 194a een nadere eigen invulling te geven in de con-

text van de vraag hoe de consument de inhoud van een reclameboodschap mag of moet verstaan(17). Over het ontbreken hiervan behoeft men zich overigens niet te verbazen, nu de vraag of een bepaalde uiting al dan niet misleidt (of kan misleiden) in hoge mate een vraag van feitelijke appreciatie is, die bovendien nog sterk door de omstandigheden van het geval kan zijn gekleurd. Dat brengt mee dat toetsing in cassatie van de vraag of de rechter in het gegeven geval terecht misleiding(sgevaar) heeft aangenomen slechts in beperkte mate mogelijk zal zijn (onverminderd de via motiveeringsklachten voor te leggen vraag of het oordeel voldoende begrijpelijk is, en of de feitenrechter wellicht essentiële stellingen onbehandeld heeft gelaten).

4.8. Hetgeen in nrs. 4.1-4.7 is vermeld, geldt ook voor zgn. comparatief- en superlatiefreclame, respectievelijk superioriteitsclaims en 'absolute superioriteitsclaims' waarvan in de onderhavige zaak sprake is. In zulke reclame stelt de adverteerder zijn producten of diensten als beter en/of voordeliger, of zelfs als het beste resp. het voordeligste voor.

Bij de hierboven aangeduide claims gaat het allerm minst om wettelijk omschreven, noch ook om in jurisprudentie op cassatieniveau omschreven begrippen(18), laat staan begrippen waaraan op die niveaus bijzondere rechtsgevolgen verbonden zouden zijn, met dien verstande dat een claim als hierboven bedoeld naar haar aard vergelijkt met het verdere aanbod op dezelfde markt. Bij 'herkenbare' concurrenten of concurrerende producten/diensten zijn dan de verdere regels van art. 6:194a BW toepasselijk. Maar zoals gezegd verwijst dat artikel voor het misleidingsaspect weer terug naar art. 6:194.

De toetsstenen zijn dus ook hier: enerzijds de verhouding tussen claim en werkelijkheid (zo men wil: de 'waarheid' van de claim), en anderzijds de mate waarin de consument geacht wordt te rekenen op 'waarheid'. Het blijft immers reclame, waaraan 'vaak een zekere overdrijving eigen is'.

In het algemeen kan ook van de hier bedoelde reclameuitingen nog gezegd worden dat misleiding niet gauw, of in elk geval minder gauw aangenomen zal worden bij claims met een naar hun aard subjectief karakter ('de mooiste,' 'de lekkerste', 'het gezelligst' e.d.)(19). Eerder valt misleiding aan te nemen bij verschil tussen claim en werkelijkheid ten aanzien van objectief meetbare eigenschappen: zoals de maat, het gewicht of de prijs, bij overigens gelijkwaardig te achten eigenschappen van de respectievelijke producten of diensten. Maar ook dán kan de spreekwoordelijke korrel zout nog meebrengen dat die niet gelegd wordt op de rug van de even spreekwoordelijke slak.(20) Indien de objectief meetbare eigenschappen door de inhoud en inkleding van de reclame-uiting ook nog eens een grote objectiviteit of waarheidspretentie uitstralen, doemt het omslagpunt op, als het al niet eerder gepasseerd is.

In de lagere rechtspraak en in de literatuur wordt in dit verband wel van 'absolute claims' of 'absolute superioriteitsclaims' gesproken, en zo ook in de onderhavige zaak. Ik loop niet warm voor die terminologie, omdat ik meen - zoals hierboven in wezen al bleek - dat een

reclameclaim zich in wezen altijd op een glijdende schaal bevindt, van weinig zeggend tot hoogst pretentieuus, en het omslagpunt, afhankelijk van de verdere omstandigheden al (veel) eerder dan bij een 'absolute superioriteitsclaim' bereikt kan worden. Omgekeerd zijn er toch ook nog omstandigheden waarbij een apert onware absolute, objectieve, superioriteitsclaim tóch door de beugel kan, omdat (bijna) niemand het zal geloven: een advertentie in juli met de claim 'het snelste vervoermiddel naar het eindpunt van de Tour de France', voor een Oma-fiets.

4.9. Ondertussen wil ik wel signaleren dat uit de (lagere) rechtspraak valt op te maken dat het 'aangedikt' aanprijzen van de superioriteit van het eigen product doorgaans de grens van een gebruikelijke overdrijving overschrijdt(21). Absolute bewoordingen als 'altijd' en 'alle' blijken in dit opzicht dan ook riskant(22), en dat geldt ook voor (andere) toevoegingen met een bewijsvoeringspretentie. Een uiting als 'altijd de voordeligste' met de toevoeging dat het publiek nooit meer prijzen hoeft te vergelijken kon niet worden gerelativeerd door de geboden 'Geld-terug-garantie', aangezien deze (te) beperkt was(23). In een telecom-zaak overwoog de voorzieningenrechter dat de stelling 'Na 1,5 minuut altijd het goedkoopst' neerkomt op een absolute claim, die door één geval waarin deze claim niet geldt, reeds onjuist is en daarom als misleidend moet worden aangemerkt(24).

4.10. In het kader van deze inleidende opmerkingen wil ik nog iets zeggen over de bewijslastverdeling van art. 6:195, lid 1 BW, luidende:

'1. Indien een vordering ingevolge artikel 194 of artikel 194a wordt ingesteld tegen iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen, rust op hem de bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust onderscheidenlijk waarop de ongeoorlooftheid van de vergelijkende reclame berust. Ingeval van vergelijkende reclame dient degene die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen binnen korte termijn de bewijzen aan te dragen waarop de materiële juistheid en volledigheid van de feitelijke gegevens in de reclame rust.'

De bewijslastomkering komt niet aan de orde indien de rechter van oordeel is dat, niettegenstaande de eventuele onjuistheid of onvolledigheid, er van misleiding geen sprake zal zijn, omdat het publiek de onjuistheid of onvolledigheid (c.q. de 'gebruikelijke overdrijving') wel doorziet.(25) De bewijslastomkering komt wél aan de orde als de rechter meent dat in het gegeven geval inderdaad van misleiding gesproken kan of moet worden indien de reclameboodschap niet juist blijkt te zijn, of indien de rechter nadere opheldering wenst over de volledigheid.

Een en ander geldt net zo bij de zogenaamde superioriteitsclaims. Kan in laatstbedoeld geval de adverteerder de geclaimde superioriteit niet bewijzen (of in kort ge-

ding: voldoende aannemelijk maken), dan draagt hij het risico daarvan(26).

4.B. Aanloop tot de onderhavige procedure

4.11. Tussen partijen zijn verschillende procedures gevoerd, die deels ook thans nog lopen.(27) Aanloop tot de onderhavige zaak is de door KPN eerder tegen Pretium aanhangig gemaakte procedure, die heeft geleid tot een vonnis van de voorzieningenrechter van 6 oktober 2005(28). Voor zover thans van belang ging het in die zaak om de vordering van KPN Pretium te verbieden haar 'Laagste Kostengarantie' dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking in enigerlei vorm of op enigerlei wijze openbaar te maken. Daartoe stelde KPN dat deze 'Laagste Kostengarantie' een ongenueanceerde en absolute superioriteitsclaim inhoudt die Pretium niet kan waarmaken (rov. 5.9). Onder de overweging dat de 'Laagste kostengarantie' enerzijds een garantie is, waarop art. 7 van de algemene voorwaarden van Pretium van toepassing zijn, oordeelde de voorzieningenrechter in het vonnis van 6 oktober 2005:

'5.10. Tegen het geven van deze garantie kan op zichzelf geen bezwaar bestaan, hoe omineus de voorwaarden KPN ook mogen voorkomen. De term "Laagste kostengarantie" houdt echter ook een absolute superioriteitsclaim in, waarbij Pretium pretendeert onder alle relevante omstandigheden en over de gehele linie altijd de laagste kosten per maand te bieden. Niet onaannemelijk is dat het Pretium ook te doen is om het uiten van die claim. Immers, niet onaannemelijk is de stelling van KPN, dat consumenten niet of nauwelijks in staat zullen zijn te berekenen of de in artikel 7 van de algemene voorwaarden gegeven garantie tot verzilvering kan leiden en dat dat bij dit soort garanties in het algemeen al niet gebeurt.

5.11. Pretium, op wie ingevolge artikel 6:195 BW de bewijslast terzake rust, kan die absolute superioriteitsclaim niet waarmaken, nu de vraag welke aanbieder voor een bepaalde gebruiker de voordeligste is - zoals in de jurisprudentie terzake al diverse malen is vastgesteld - volledig wordt bepaald door het individuele belgedrag van die gebruiker en daardoor veeleer moet worden aangenomen dat geen enkele aanbieder kan pretenderen in absolute zin de voordeligste te zijn. Het gevorderde onder 3.1.4. zal daarom worden toegewezen in die zin dat het Pretium zal worden verboden de in artikel 7 van haar algemene voorwaarden bedoelde garantie als "Laagste kostengarantie" openbaar te maken. Pretium zal voorts worden veroordeeld tot rectificatie van de hiervoor bedoelde superioriteitsclaim, die zij niet kan waarmaken, in de Laagste kostenbrief en de Waarschuwingmailing. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.'

Vervolgens heeft de voorzieningenrechter in het vonnis van 6 oktober 2005 onder 7.4 Pretium verboden 'de garantie als bedoeld in artikel 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'.

4.12. Na het introduceren van de nieuwe naam 'Pretium Garantie Voice' en daaraan toegevoegde uitlatingen heeft - zoals bleek - KPN in de nu voorliggende zaak Pretium opnieuw in rechte betrokken. Thans gaat het erom of Pretium, zoals KPN betoogt, in strijd handelt met het onder 7.4 van het dictum van het vonnis van 6 oktober 2005 opgelegde verbod, omdat het volgens KPN gaat om een uiting van dezelfde strekking, die eenzelfde absolute - en ontoelaatbare - superioriteitsclaim inzake kosten inhoudt.

4.13. In de s.t. namens Pretium is ondertussen aangegeven dat het in het vonnis van 6 oktober 2005 in algemene termen opgelegde verbod, waarop de onderhavige procedure voortbouwt, inmiddels in hoger beroep is vernietigd bij arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 1 februari 2007. Dat arrest is aan die s.t. gehecht.

Gezien de intussen tegen dat arrest van 1 februari 2007 aanhangig gemaakte cassatieprocedure, heeft dat arrest evenwel nog geen kracht van gewijsde verkregen.

Wat de inhoud van het arrest van 1 februari 2007 betreft, deelt het hof met betrekking tot de 'Laagste kostengarantie' het oordeel van de voorzieningenrechter dat tegen het verlenen van de desbetreffende garantie op zichzelf geen bezwaar bestaat. Het hof oordeelt vervolgens:

'3.5. Het verlenen van de litigieuze garantie dient echter wel te worden onderscheiden van de reclame-uiting "Laagte Kosten Garantie". Hierbij gaat het erom welke interpretatie de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (verder: de gemiddelde consument) aan die reclame-uiting zal geven, waarbij, zoals Pretium stelt, rekening ermee kan worden gehouden dat de gemiddelde consument bekend is met enige gebruikelijke overdrijving in reclame. Pretium beroept zich in dit verband erop dat "van een consument kan en mag worden verwacht dat hij uitzoekt onder welke voorwaarden men aanspraak kan maken op de garantie". Dit beroep gaat niet op. Allereerst geldt dat de reclame-uiting geen enkele indicatie geeft voor een mogelijk ter zake geldend voorbehoud. Voorts is het feit dat op de internetpagina van Pretium de "Laagste Kosten Garantie" nader wordt omschreven en dat daar steeds een uitdrukkelijke verwijzing naar de op de garantie toepasselijke algemene voorwaarden van Pretium is geplaatst naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende. Van een gemiddelde consument die bijvoorbeeld in een krant een advertentie met de "Laagste Kosten Garantie" leest behoeft niet te worden verwacht dat hij via de internetpagina van Pretium gaat nazoeken wat de voorwaarden zijn waaronder deze garantie wordt verleend. Nu Pretium niet het oordeel van de voorzieningenrechter (rov. 5.11) bestrijdt dat de vraag welke aanbieder voor een bepaalde gebruiker de voordeligste is volledig wordt bepaald door het individuele belgedrag van de gebruiker, moet de reclame-uiting "Laagste Kosten Garantie" worden aangemerkt als een vlag die de lading niet dekt en daarmee misleidend is.

(...)'

Ten aanzien van de formulering van het verbod in het dictum onder 7.4 overweegt het hof in rov. 3.6 evenwel:

'Grief 2 in principaal appel richt zich tegen de beslissing van de voorzieningenrechter dat het verbod onder 7.4 mede geldt het doen van mededelingen van gelijke aard of strekking die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden.

Uitgangspunt is dat Pretium uit het dictum van het vonnis moet kunnen afleiden hoe ver het algemene verbod strekt, hetgeen in het bijzonder klemt nu zij bij overtreding van dit verbod aanzienlijke dwangsommen zal verbeuren. Hierbij moet mede in aanmerking worden genomen dat Pretium in dit geval geen, althans onvoldoende, houvast heeft aan de gronden waarop dit algemene verbod werd gegeven aangezien de rechts-overwegingen 5.10 en 5.11 van het vonnis in conventie hierover geen uitsluitel bieden. Voorts geldt dat terughoudendheid past bij een algemeen verbod, mede met het oog op het voorkomen van executiegeschillen, en dat KPN bij een dergelijk algemeen verbod een spoedeisend belang moet hebben, omtrent welk belang in hoger beroep niets is gesteld.

Een en ander brengt mee dat grief 2 in principaal appel slaagt.'

Het hof heeft vervolgens het vonnis van 6 oktober 2005 in conventie vernietigd, voor zover in de beslissing in rov. 7.4 is bepaald: 'alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden'.(29)

4.14. Bij het wegvallen van het algemene verbod van het eerdere vonnis van 6 oktober 2005, geldt hetzelfde voor die grondslag van de vordering in het onderhavige geding. Zo ver is het echter nog niet, omdat KPN tegen het arrest van het hof van 1 februari 2007 beroep in cassatie heeft ingesteld.

In de s.t. namens Pretium wordt het nieuwe arrest van het hof van 1 februari 2007 ook niet in die zin ingeroepen. Het wordt daar slechts gebruikt om de bezwaren tegen 's hofs overwegingen in het thans bestreden arrest van 26 april 2006 nader aan te zetten.

4.15. Daarmee blijken partijen in cassatie zich te conformeren aan het op procesrechtelijke literatuur en jurisprudentie te baseren(30) uitgangspunt dat het hof in zijn arrest van 27 april 2006, waartegen het onderhavige cassatieberoep zich richt, moest uitgaan van de gelding van het vonnis van de voorzieningenrechter van 6 oktober 2005, zolang dat vonnis niet vernietigd was. Tot de vernietiging van dat vonnis in hogere instantie bepaalde dat vonnis immers de rechtstoestand tussen partijen voor wat betreft de (on)toelaatbaarheid van mededelingen van gelijke aard of strekking zoals 'Laagste Kostengarantie', die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden.

4.16. De uitspraak op het cassatieberoep tegen het arrest van het hof van 1 februari 2007 zal uiteindelijk bepalend zijn voor de grondslag van de onderhavige zaak(31).

Uit het vorenstaande blijkt dat het hoger beroep tegen het voortbouwende latere vonnis van 24 november 2005, en het nu voorliggende cassatieberoep tegen het

bekrachtigend arrest op dat beroep, een 'haasje-oversprong' gemaakt hebben ten opzichte van het hoger beroep tegen het eerdere vonnis van 6 oktober 2005, waarin het hof pas op 1 februari 2007 arrest wees. Dit brengt mee dat de Hoge Raad zich in de thans te beoordelen zaak (over het arrest van 27 april 2006) in zekere zin op 'drijfzand' moet begeven, evenals geldt voor deze conclusie. Het procesrechtelijk systeem laat m.i. evenwel geen andere optie toe. Het vragen van een provisionele voorziening ex art. 223 Rv in het licht van het nieuwe - nog steeds in kort geding gewezen - arrest van het Amsterdamse hof van 1 februari 2007 lijkt in een zaak als deze ook een doornig pad, en het verbaast mij dus niet dat Pretium die weg niet gekozen heeft(32).

5. Bespreking van het cassatiemiddel

5.1. Het middel bestrijdt rov. 3.20 van 's hofs arrest met een rechts- en een motiveringsklacht. De cassatiedagvaarding bevat onder de nrs. 1-10 een inleiding op de in nr. 11 neergelegde klacht dat de voor de beslissingen van het hof dragende rov. 3.20 in het licht van de gedingstukken, en met name in het licht van de vorderingen, het vonnis van de voorzieningenrechter van 24 november 2005 en diens eerdere vonnis van 6 oktober 2005 - en blijkens de schriftelijke toelichting het daarop gevolgde arrest van 1 februari 2007 - rehtens onjuist, althans onbegrijpelijk is.

In de nrs. 12-17 wordt deze klacht aldus uitgewerkt dat het hof niet diende te beoordelen of de uitlating 'de laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug' (hierna: de uitlating) op zich misleidend is, maar of sprake was van een absolute superioriteitsclaim, die ontoelaatbaar is. Betoogd wordt dat het hof gezien de gedingstukken met betrekking tot de uitlating niet tot een bekrachtiging van de desbetreffende oordelen in het vonnis van 6 oktober 2005 kon komen zonder vast te stellen dat de uitlating inderdaad een absolute superioriteitsclaim vormde (nr. 14). Het hof heeft daarover echter niet geoordeeld, althans voor zover het hof dat wel heeft gedaan is dat onbegrijpelijk. Een absolute superioriteitsclaim houdt immers in dat (1) superioriteit wordt geclaimd (2) op een absolute wijze. Daarmee is niet verenigbaar dat uit de uitlating van de steller zelf blijkt dat hij in een (mogelijk) niet te verwaarlozen aantal gevallen helemaal niet superieur is, in welk geval eerder sprake is van een voor reclame gebruikelijke overdrijving, waarmee de consument in het algemeen bekend is (nrs. 15-16). Dit klemt eens te meer voor zover het oordeel van het hof betrekking heeft op de reconventionele vordering van Pretium, die immers niet, althans niet alleen betrekking heeft op de uitlating zelf, maar op de vraag in hoeverre Pretium met de uitlating de eerder opgelegde verboden heeft overtreden (nr. 17).

5.2. De klachten falen naar mijn mening, omdat zij berusten op een onjuiste lezing van de bestreden rov. 3.20, en dus feitelijke grondslag missen. De onjuiste lezing is, kort gezegd, hierin gelegen dat het middel veronderstelt dat het hof, evenals de voorzieningenrechter, het verbod gegrond zou hebben op de aanwezigheid van een 'absolute superioriteitsclaim'

(sec). Het verbod is evenwel gegrond op een door zowel de voorzieningenrechter als het hof aanwezig geoordeelde misleidende superioriteitsclaim.

Dit blijkt uit het volgende (nrs. 5.2.1 t/m 5.2.4).

5.2.1. In het eerdere vonnis van 6 oktober 2005 heeft de voorzieningenrechter in rov. 5.10 met het criterium 'absolute superioriteitsclaim' onmiskenbaar bedoeld (en ook slechts kunnen doelen) op een door zijn absoluutheid misleidende superioriteitsclaim.

Dit blijkt vooreerst uit de algemene vooropstelling van het beoordelingskader ten deze in rov. 5.5 van dat vonnis onder het kopje 'De verweten misleidende tarievenvergelijking'.

Dit blijkt voorts uit de samenhang tussen de - hierboven onder 4.11 geciteerde - rov. 5.10 en rov. 5.11 van dat vonnis. Nadat de voorzieningenrechter in rov. 5.10 onder meer aangeeft dat de term 'Laagste kostengarantie' (ook) een absolute superioriteitsclaim inhoudt, waarbij Pretium pretendeert onder alle relevante omstandigheden en over de gehele linie altijd de laagste kosten per maand te bieden, en dat niet onaannemelijk is dat het Pretium ook te doen is om het uiten van die claim, overweegt hij in rov. 5.11 dat Pretium die claim niet kan waarmaken, 'nu de vraag welke aanbieder voor een bepaalde gebruiker de voordeligste is - zoals in de jurisprudentie terzake al diverse malen is vastgesteld - volledig wordt bepaald door het individuele belgedrag van die gebruiker en daardoor veeleer moet worden aangenomen dat geen enkele aanbieder kan pretenderen in absolute zin de voordeligste te zijn'. De voorzieningenrechter verwijst in dit verband naar art. 6:195 BW ('Pretium, op wie ingevolge artikel 6:195 BW de bewijslast terzake rust'). Daarin ligt - gelet op de tekst van art. 6:195 lid 1, dat verwijst naar art. 6:194 en art. 6:194a over misleidende (vergelijkende) reclame - besloten het oordeel dat even bedoelde 'absolute superioriteitsclaim' indien zij niet waargemaakt kan worden, als misleidend aangemerkt moet worden. De claim wordt dus verboden (nu Pretium haar niet kan waarmaken), omdat zij onder deze omstandigheden geacht moet worden te misleiden. Op de redenering van de voorzieningenrechter, die niet anders kan worden verstaan dan hier uiteengezet, valt naar mijn mening niets aan te merken.(33)

5.2.2. Voor het in het vonnis van 24 november 2005 gegeven verbod moet evenzeer gelden dat dit is opgelegd omdat Pretium de superioriteitsclaim 'de laagste kosten per maand of u ontvangt dubbel het verschil terug' naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet kan waarmaken, en dat zij onder deze omstandigheden geacht moet worden te misleiden. Dit is zo, omdat de - hierboven in nr. 3.3 geciteerde - rov. 5.13-5.15 van dat vonnis geheel voortbouwen op en aansluiten bij de hierboven besproken beoordelingswijze in het vonnis van 6 oktober 2005.

5.2.3. Niet anders blijkt uit het thans bestreden arrest van het hof van 27 april 2006. Gemakshalve citeer ik nog eens de aangevallen rov. 3.20:

'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.'

Deze overweging sluit geheel aan bij de hierboven besproken, juist geachte, beoordelingswijze van de voorzieningenrechter, waarbij het aankomt op de vraag of sprake is van een door zijn absoluutheid misleidende superioriteitsclaim. Hierop stuiten m.i. alle klachten van het middel af. Ik zal niettemin nog nader stilstaan bij de klachten in nrs. 15 en 17.

5.2.4. Het cassatiemiddel betoogt onder 15, naar de kern, dat niet op een absolute wijze superioriteit wordt geclaimd, omdat uit de toevoeging ('of u ontvangt dubbel het verschil terug') blijkt dat volgens de opsteller van de claim het product of de dienst (mogelijk) in een niet te verwaarlozen aantal gevallen helemaal niet superieur is (dus niet: 'de laagste kosten per maand' biedt). Hierover merk ik het volgende op.

Rechtsoverweging 3.20 van het hof houdt onmiskenbaar het oordeel in dat juist door die toevoeging 'of u ontvangt dubbel het verschil terug', de gemiddelde consument zal menen dat dit in verreweg de meeste gevallen (het hof gebruikt het woord 'doorgaans') de (absolute) 'laagste kosten per maand'-claim wáár zal zijn, omdat een aanbieder als Pretium zich niet kan permitteren om bij een betrekkelijk groot (relevant) percentage van gevallen, waarin haar tarief duurder blijkt, telkens het dubbele te moeten terugbetalen. Ik acht niet onbegrijpelijk dat het hof daarom de door zijn absoluutheid misleidende superioriteitsclaim onvoldoende gerelativeerd achtte door de toevoeging 'of u ontvangt dubbel het verschil terug'.(34) In de kennelijke gedachtegang van het hof levert deze toevoeging bij de gemiddelde consument eerder een versterking dan een verzwakking van de (absolute) 'laagste kosten per maand'-claim op. 's Hof's feitelijke oordeel getuigt al met al niet van een onjuiste rechtsopvatting, en ik acht het alleszins begrijpelijk.

Hierbij valt nog te bedenken dat de door de voorzieningenrechter blijktens het vonnis van 24 november 2005 (dat ten deze onmiskenbaar voortbouwt op rov. 5.10-5.11 van het vonnis van 6 oktober 2005) op Pretium gelegde plicht om waar te maken dat zij daadwerkelijk de laagste kosten per maand rekent, door Pretium in het appel tegen het vonnis van 24 november 2005 niet (met succes) aangevochten of ter discussie gesteld is.

5.3. De klacht in nr. 17 van de cassatiedagvaarding geeft op zichzelf terecht aan dat blijktens rov. 3.27 van 's hofs arrest het oordeel van het hof in rov. 3.20 mede betekenis heeft voor de afwijzing van de reconventionele vordering van Pretium, die door middel van grief XIV in hoger beroep opnieuw aan de orde kwam. De klacht zelf moet m.i. echter falen.

Grief XIV bouwde immers geheel voort op het m.i. in cassatie vergeefs bestreden oordeel, waarin het hof de grief V tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (in diens rov. 5.15) dat Pretium in strijd handelt met het dictum onder 7.4 van het vonnis van de voorzieningenrechter van 6 oktober 2005 verwierp. Grief XIV moest daarom wel het lot van de daártegen gerichte grief V delen. Ik teken hierbij aan dat Pretium in (de toelichting op) grief XIV weliswaar nader geklaagd heeft over onduidelijkheid en onbegrijpelijkheid van het vonnis van 6 oktober 2005, maar niet - aan de hand van het Lexington-criterium(35) - erover geklaagd heeft dat de voorzieningenrechter in zijn vonnis van 24 november 2005 de uitleg van het verbod in het vonnis van 6 oktober 2005 had moeten beperken tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken opleveren als in het vonnis van 6 oktober 2005 verboden, en dáárom niet tot zijn in rov. 5.15 gegeven oordeel had mogen komen. De klacht verwijst niet naar vindplaatsen waar Pretium een zodanige stellingname wél zou hebben ingenomen.

Ik herinner er nog eens aan dat voor het hof nog steeds het ruime verbod van rov. 7.4 van het dictum van het vonnis van 6 oktober 2005 gold en het hof dus van die gelding kon uitgaan zolang dat vonnis niet was vernietigd.(36) Met de afwijzing van de reconventionele vordering van Pretium heeft het hof dus op zichzelf kunnen oordelen dat de uitlating viel onder het verbod dat mede betrekking had op 'mededelingen van gelijke aard of strekking, die een absolute superioriteitsclaim inzake kosten inhouden'. Uiteraard loop ik hiermee geenszins vooruit op de beoordeling van (het cassatieberoep tegen) het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 1 februari 2007, gewezen in het appel tegen het vonnis van 6 oktober 2005.

5. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Ontleend aan rov. 2.1-2.15 van het vonnis van de rechtbank van 24 november 2005, waarnaar het hof in rov. 2 van zijn arrest verwijst, alsmede aan rov. 3.1-3.3 van het bestreden arrest.

2 Gepubliceerd in NJF 2005, 432 (met verkortingen) en op www.rechtspraak.nl, LJN AU3907 (zonder verkortingen).

3 Het arrest dateert van 27 april 2006; de cassatiedagvaarding in dit kort geding is uitgebracht op 22 juni 2006.

4 Dat arrest is blijkens de s.t. gepubliceerd (ingescaand) op de website www.boek9.nl. Het arrest is, voorzover ik heb kunnen nagaan, (nog) niet gepubliceerd in een juridisch vakblad of voorzien van een LJN-nummer op www.rechtspraak.nl.

5 Ambtshalve bij de civiele griffie van de Hoge Raad ingewonnen informatie wees uit dat tegen dit arrest ook

beroep in cassatie is ingesteld; de zaak staat op 2 november 2007 voor schriftelijke toelichting.

6 In ruime zin, dus ook beroeps- en bedrijfsmatige potentiële afnemers.

7 Losbladige Onrechtmatige daad (Van Nispen), art. 194, aant. 2.

8 Vgl. HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 m.nt. LWH ([Pokon/Substral](#)), rov. 3.3.

9 MvT, Kamerstukken II, 1975-1976, 13 611, nr. 3, p. 10.

10 Dit gaat veranderen. Krachtens Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005, Pb. L 149/22, betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, komt er ten aanzien van op consumenten gerichte misleidende reclame nu óók maximumharmonisatie. Hoewel deze richtlijn al geïmplementeerd had moeten zijn (maar het desbetreffende w.v. 30 411 nog steeds in behandeling is), maakt het voor deze zaak niet uit, mede gelet op een in art. 4 lid 5 van de richtlijn voorziene overgangstermijn van 6 jaar.

11 Vgl. vorige voetnoot.

12 HvJ EG 16 juli 1998, NJ 2000, 374 ([Gut Springenheide](#)) m.nt. DWFV onder HvJ EG 22 juni 1999, NJ 2000, 375. Het (rechtsvergelijkend gezien) relatief hoge mentale niveau, waarvan het HvJ EG wenst uit te gaan, is in ons land bekritiseerd door J.J.C. Kabel, Rechter en publieksopvattingen, feit, fictie of ervaring? Rede UvA, 2005.

13 Vgl. bijv. Rb. Utrecht 15 april 2004, rov. 4.8, te kennen uit Hof Amsterdam 18 november 2004, BIE 2006, 7 (Philips/Gillette); Vznr. Rb. Utrecht 22 april 2004, NJ 2004, 434 (Gillette/Wilkinson), rov. 3.20; Vznr. Rb. Haarlem 5 augustus 2005, NJF 2005, 308 (KPN/Vodafone), rov. 4.26.

14 Vgl. Rb. Arnhem 18 maart 2004, BIE 2004, 58 (Accell Group/Gazelle), rov. 4.14.

15 Ik wijs nog wel op HvJ EG 19 september 2006 (nr. C-356/04) Jur. 2006, I-08501, NJ 2007, 18 m.nt. MRM ([Lidl/Colruyt](#)). In dat arrest heeft het HvJ tamelijk gedetailleerde gezichtspunten aangegeven voor de beoordeling van - door het Hof op zichzelf niet misleidend geachte - superioriteitsclaims van supermarktketens ten aanzien van het (algemene) prijsniveau in hun winkels.

16 Vgl. in het arrest Gut Springenheide (zie voetnoot 12) de terughoudende rov. 35-37.

17 Op een wél door de HR gegeven gezichtspunt kom ik terug in nr. 5.2.4 (voetnoot 34 aldaar).

18 Dat gold in zekere zin wél voor de door HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 m.nt. LWH ([Pokon/Substral](#)) onderscheiden vergelijkende reclame met een comparatiefclaim en een herkenbare concurrent, en de daarop toepasselijk geoordeelde 'andere en strengere normen'. Dit arrest is nu ingehaald door art. 6:194a BW.

19 Vgl. Verkade, Misleidende reclame, MonBW B-49 (1992), nr. 48; Le Poole, Vergelijkende reclame (2004), p. 71. Hoofdstuk 7 (pp. 61-71) van het boek van Le Poole is in het bijzonder gewijd aan superlatiefreclame; enige van de daar besproken uitspraken komen ook in

de repliek in cassatie namens Pretium en in deze conclusie aan de orde.

20 Illustratief is enerzijds de afwijzing door de Reclame Code Commissie (RCC) van superlatiefprijzreclame in een algemene aanbeveling (daterend van oktober 1975) omdat deze 'naar haar oordeel vrijwel altijd misleidend zijn, aangezien het in praktisch alle gevallen fysiek onmogelijk zal zijn voor de adverteerder om na te gaan of een dergelijke stelling juist is en daarvan het bewijs te leveren', en anderzijds de uitspraak van het College van Beroep van de RCC van 6 mei 2003, doss.nr. 1250/02.0620 (Hoogvliet). Onder 5.6 werd overwogen dat de slogan 'Bewezen de goedkoopste' naar objectieve maatstaven en onder de in de uitspraak aangegeven specifieke omstandigheden in de loop der jaren zodanig is gerelativeerd dat thans niet meer gezegd kan worden dat zij door het gemiddelde publiek als een absolute claim wordt opgevat. Daarbij werd in aanmerking genomen dat het gemiddelde publiek een slogan, waarvan algemeen bekend is dat die veelal een suggestieve en overdreven mededeling behelst, pleegt te relativiseren.

Hof Amsterdam 13 oktober 2003, NJ 2004, 27 (Specsavers/Pearle), rov. 4.12, oordeelde dat het bestanddeel 'Betaal je minder' eerder het karakter van een prijsvechter aangeeft.

21 Zie het hof in rov. 4.2.3.1 over de slogan 'de meest droge luijer', te kennen uit HR 15 december 1995, NJ 1996, 509 m.nt. DWFV (Procter&Gamble/Kimberley Clark) en de Pres. Rb. in het 'Tweede luijarrest', te kennen uit rov. 3.2 van HR 15 januari 1999, NJ 1999, 655 m.nt. DWFV (Procter&Gamble/Kimberley Clark).
22 Vgl. Vzng. Rb. Breda 9 januari 2004, NJF 2004, 153 (Roche/Amgen), rov. 3.7, en Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2006, NJF 2007, 8 ([ANWB/Route Mobiel](#)), rov. 3.6. Zie verder het reeds genoemde vonnis van Rb. Utrecht 15 april 2004, rov. 4.8-4.10, te kennen uit Hof Amsterdam 18 november 2004, BIE 2006, 7 (Philips/Gillette).

23 Hof Arnhem 19 november 2002, IER 2003, 28 (Specsavers/Fielmann), rov. 4.3. In dezelfde zaak werd overwogen dat de mededeling 'Laagste Prijsgarantie' van de concurrent niet misleidend was, omdat de voorwaarden van de garantie duidelijk werden aangegeven.

24 Vzng. Rb. Haarlem 5 augustus 2005, NJF 2005, 308 (KPN/Vodafone), rov. 4.16.

25 Vgl. Hof Amsterdam 13 oktober 2003, NJ 2004, 27 (Specsavers/Pearle), rov. 4.12.

26 Vgl. HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 m.nt. DWFV (Procter&Gamble/Kimberley Clark; 'Luiers II'). Zie voorts bijv. (andermaal) Rb. Utrecht 15 april 2004, rov. 4.10, te kennen uit Hof Amsterdam 18 november 2004, BIE 2006, 7 (Philips/Gillette); Rb. Rotterdam 15 november 2005, LJV AV9825 (Eneco/NEM), rov. 4.5 en 4.11. Zie ook Vzng. Rb. Utrecht 3 januari 2007, LJV AZ5424 (Bison/Henkel), rov. 4.8, waarin werd geoordeeld dat het beroep op de superioriteitsclaim wél voldoende aannemelijk was gemaakt.

27 De mij onder ogen gekomen meest recente, is die van Rb. 's-Gravenhage 11 juni 2007, LJV BA6849.

28 Beide partijen hebben weinig hun best gedaan om dit - cruciale - eerdere vonnis, althans een volledige tekst ervan, in de dossiers terugvindbaar te maken. Hieronder doe ik verslag van mijn speurtocht.

Het vonnis wordt in de dagvaarding aangeduid als prod. 1 en is overgelegd bij de producties zijdens KPN d.d. 11 november 2005. In het A-dossier moet dan worden afgedaald in naar een aparte (rode) ordner getiteld: Producties Mr. C.W. Noorda. Aldaar ontbreken evenwel de p. 11, 16, 18 en 20 van het vonnis. In het B-dossier zijn evengenoemde producties van mr. Noorda opgenomen in het dossier zelf (onder nr. 3). Aldaar ontbreken evenwel p. 11 en de laatste pagina (p. 20) van het vonnis.

Het vonnis blijkt voorts in hoger beroep bij memorie van grieven te zijn overgelegd als prod. 2 HB en is te vinden in de Akte overlegging producties zijdens Pretium (in hoger beroep) d.d. 29 december 2005. In het A-dossier moet daartoe worden afgedaald naar een aparte (blauwe, ongetitelde) ordner: hier zien wij (eindelijk) een volledige tekst van het vonnis van p. 1 t/m p. 20. In het B-dossier zoek men naar een aparte (blauwe) ordner getiteld: Akte overlegging producties. Daar ontbreken evenwel weer de p. 11, 16, 18 en 20 van het vonnis.

Ik herinner nog aan de eerder genoemde, bekorte weergave in NJF 2005, 432 en aan de (naar men mag aannemen) volledige weergave op rechtspraak.nl onder LJV AU3907.

29 In een door Pretium ahangig gemaakt kort geding, dat heeft geleid tot het vonnis van 29 maart 2007 (LJV BA1877) van de voorzieningenrechter te Den Haag, heeft Pretium gesteld dat met de vernietiging van het vonnis van 6 oktober bij het arrest van 1 februari 2007 van het hof Amsterdam de rechtsgrond voor KPN's aanspraak op de dwangsommen met terugwerkende kracht is komen te vervallen. Pretium heeft op grondslag van onverschuldigde betaling gevorderd KPN te veroordelen tot (terug)betaling van het ter hoogte van € 500.000 aan dwangsommen voldane bedrag. Hoewel de voorzieningenrechter voorshands tot het oordeel kwam dat aannemelijk is dat Pretium onverschuldigd dwangsommen heeft verbeurd (rov. 4.8), heeft hij zich in het kort geding terzake terughoudend opgesteld en een spoedeisend belang in het licht van het door Pretium gestelde niet voldoende aanwezig geacht (rov. 4.10 en 4.12) en Pretiums vordering afgewezen.

30 Vgl. Veegens/Korthals Altes/Groen (2005), nr. 165 met verwijzing naar HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 789 en de conclusie van A-G Moltmaker voor dat arrest. Zie ook Hugenholtz/Heemskerk (21e druk 2006), nrs. 242-243. Ik verwijs voorts naar het op sommige punten wel, maar ten deze nog niet achterhaalde artikel van C.J.J.C. van Nispen in BIE 1985, p. 225 e.v., met name onder nrs. 9-12.

31 Vgl. HR 26 september 1997, NJ 1998, 419. Veegens/Korthals Altes/Groen (2005), nr. 176 wijst er nadrukkelijk op dat in die zaak het middel uitdrukkelijk een klacht bevatte gericht op het ontvallen van de grondslag van het bestreden vonnis als gevolg van de vernietiging in cassatie in de andere, parallelle zaak.

32 In het hoger beroep tegen het vonnis van 6 oktober 2005 heeft KPN bij incidentele vordering voeging met de onderhavige (hof-)procedure gevorderd. Het hof heeft deze vordering bij tussenarrest van 16 maart 2006 afgewezen: zie de s.t. namens Pretium onder nr. 3 en het (eind)arrest van het hof van 1 februari 2007 op p. 2.

33 Blijkens rov. 3.5 van het door Pretium bij s.t. overgelegde arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 1 februari 2007, heeft Pretium het oordeel van de voorzieningenrechter in diens rov. 5.11 'dat de vraag welke aanbieder voor een bepaalde gebruiker de voordeligste is volledig wordt bepaald door het individuele belgedrag van die gebruiker' niet bestreden, en moet - aldus het hof - 'de reclame-uiting "Laagste Kosten Garantie" worden aangemerkt als een vlag die de lading niet dekt en daarmee misleidend is'.

34 In een weliswaar andere context (nl. overneming van mededelingen van een derde), oordeelde HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 m.nt. DWFV (ABN Amro/Beleggers Coopag) dat aan een voorbehoud ten aanzien van de juistheid van een claim hoge eisen mogen worden gesteld. Zie rov. 4.3, tweede alinea: 'Zulks zal evenwel anders zijn indien degene die de tekst openbaar maakt, daarin op niet mis te verstane wijze tot uitdrukking brengt dat [...] hij niet voor de juistheid van die van een ander of van andere afkomstige mededelingen instaat' (curs. toegevoegd).

35 HR 3 januari 1964, NJ 1964, 445 m.nt. GJS. Vgl. ook HR 5 april 2002, NJ 2003, 356 m.nt. Ch. Gielen ([Euromedica/Merck](#)), rov. 3.4.1.

36 Vergelijk hiervoor, nr. 4.13 e.v.
