

**LJN: BP8195, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.011.557/01**

Datum uitspraak: 15-03-2011  
Datum publicatie: 18-03-2011  
Rechtsgebied: Civiel overig  
Soort procedure: Hoger beroep  
Inhoudsindicatie: Misleidende reclame. Maatstaf; art. 6:194 BW. Aanduidingen kokend, kokend heet en boiling op heetwatersysteem niet misleidend ook al heeft het water niet een temperatuur van 100 °C.

**Uitspraak**

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE  
Sector handel

Zaaknummer : 200.011.557/01  
Rolnummer Rechtbank : 294026/HA ZA 07/2702

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 15 maart 2011

inzake

[APPELLANTE] B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
appellante,  
hierna te noemen: [appellante],  
advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,

tegen

AB POWER SELLING B.V.,  
gevestigd te Assen,  
geïntimeerde,  
hierna te noemen: AB,  
advocaat: mr. E. Grabandt te 's-Gravenhage.

Verder verloop van het geding

Het hof heeft op 20 oktober 2009 een arrest gewezen op de door [appellante] bij memorie van grieven ingestelde provisionele vordering, welke vordering is afgewezen. Voor het procesverloop voorafgaand aan de beslissing op het incident, verwijst het hof naar genoemd arrest.

Vervolgens heeft AB een memorie van antwoord in de hoofdzaak, tevens memorie van grieven in incidenteel appel genomen, waarin zij de grieven van [appellante] heeft bestreden en zelf een grief heeft aangevoerd.

Met het oog op het pleidooi heeft ieder van partijen een akte houdende (nadere) producties ingezonden. Beide aktes zijn als onderdeel van het procesdossier aanvaard.

Op 20 januari 2011 hebben partijen de zaak doen bepleiten, [appellante] door mr. R.E. Ebbink, advocaat te Amsterdam en AB door mr. V.J.M. Verlinden-Masson, advocaat te Groningen, beiden aan de hand van pleitnotities die aan het procesdossier zijn toegevoegd.

Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

## Beoordeling van het beroep

1. Zoals het hof in zijn tussenarrest heeft overwogen, gaat het uit van de feiten zoals vastgesteld in r.o. 2 van het vonnis waarvan beroep, nu deze niet zijn bestreden.

2. Wat betreft de omvang van het beroep is van belang dat AB haar incidentele beroep ter rolle van 9 maart 2010 heeft ingetrokken. [appellante] heeft ten pleidooie de grondslag vergelijkende reclame prijsgegeven. De daarop betrekking hebbende grief 12 behoeft derhalve geen behandeling. Voorts heeft zij haar vordering onder B ingetrokken. Zij stelt dat zij ook haar vordering onder C heeft ingetrokken, maar deze vordering – die in eerste aanleg is toegewezen en waartegen geen grief is gericht – was in hoger beroep al niet meer aan de orde.

Thans is derhalve uitsluitend nog aan de orde de vraag of AB zich met haar uitlatingen over de door haar, onder de naam ZIP Hydro Tap, aangeboden heetwaterapparatuur heeft schuldig gemaakt aan misleidende reclame. Daarbij gaat het (voor zover nog van belang) om de aanduidingen “kokend”, “kokend heet” en “boiling”, al dan niet in combinatie met de aanduiding van het product, zijnde water, drinkwater, waterapparaat, etc. Volgens [appellante] zijn deze uitlatingen misleidend, omdat het door de (diverse varianten van de) Zip Hydro Tap afgeleverde water niet kookt of gekookt heeft, dit in tegenstelling tot de het water uit de door haar geleverde Quooker. Daarbij is van koken volgens [appellante] slechts sprake indien het water een temperatuur heeft van 100 °C.

3. In het vonnis waarvan beroep heeft de rechtbank voormelde vraag ontkennend beantwoord.

De rechtbank heeft daarbij voorop gesteld dat bij de beantwoording van de vraag of de reclame voor de Zip Hydro Tap misleidend is in de zin van artikel 6:194 BW, moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, tot wie de reclame zich richt of die door de reclame wordt bereikt. Deze consument is, aldus de rechtbank, geen fysicus of laborant met terdege kennis van het kookpunt van water, maar een gewone man of vrouw, die een apparaat als de Quooker of de Zip Hydro Tap denkt te gaan gebruiken in de huishoudelijke omgeving van zijn eigen keuken. Daarbij zal de consument volgens de rechtbank gericht zijn op de mogelijkheden van het apparaat, met andere woorden: de functionaliteit. De reclame voor het apparaat zal misleidend zijn als de reclamevlag de lading niet dekt, bijvoorbeeld omdat eigenschappen en mogelijkheden worden voorgespiegeld die in werkelijkheid niet bestaan. Het gaat er dus om welke gebruiksmogelijkheden de consument zal associëren met het veelvuldig gebruik van het woord kokend, eventueel in verbinding met andere begrippen, aldus nog steeds de rechtbank (r.o. 4.32).

Vervolgens heeft de rechtbank, kort samengevat, aan de hand van informatie uit de gedingstukken en eigen waarnemingen ter zitting, vastgesteld dat de Zip Hydro Tap dezelfde gebruiksmogelijkheden heeft als de Quooker. Daarbij heeft de rechtbank onder andere aandacht besteed aan het proces van “strippen”, ofwel het afdestilleren van in water opgeloste stoffen, en aan de mate waarin het water wordt gesteriliseerd, dat wil zeggen, wordt ontdaan van schadelijke micro-organismen.

De rechtbank overweegt dat de consument zal verwachten dat hij met een, met de door AB gebruikte aanduidingen aangeprezen, kraan hetzelfde kan doen als met water uit een fluitketel of een waterkoker en dat beide kranen aan die verwachting voldoen. Op die grond oordeelt de rechtbank de uitlatingen van AB over de Zip Hydro Tap niet misleidend.

4. In de grieven 2 en 3 wijst [appellante] op een aantal onvolkomenheden in het vonnis, waaronder onjuiste verwijzingen naar rechtsoverwegingen, het herhaald gebruik van de aanduidingen “voorzieningenrechter” en “mondelijke behandeling” en het gebruik van het woord “doorstoomtoestel” in plaats van “doorstroomtoestel”. Het gaat hier om kennelijke verschrijvingen die op zichzelf niet tot vernietiging kunnen leiden. Het hof ziet, anders dan [appellante], gelet op de verdere inhoud van het vonnis, in het enkele gebruik van de aanduidingen “voorzieningenrechter” en “mondelijke behandeling”, geen aanwijzing dat de rechtbank het geschil niet ten gronde heeft beoordeeld. In zoverre falen de betreffende grieven.

Daarnaast klaagt [appellante] er in haar derde grief over dat de rechtbank de inhoud van het proces-verbaal van de zitting kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen, terwijl [appellante] in een brief heeft gewezen op onjuistheden daarin. De rechtbank heeft blijkens r.o. 1.5 nota genomen van de inhoud van bedoelde brief, die zij tot de inhoud van het procesdossier rekent. Voor zover van belang zal ook het hof dat doen.

5. Het belangrijkste bezwaar van [appellante] tegen het vonnis is dat de rechtbank de functionaliteit van de Zip Hydro Tap heeft beoordeeld en daarbij, in de woorden van [appellante], ongevraagd en uit de losse pols een vergelijkend warenonderzoek heeft verricht tussen de Zip Hydro Tap en de Quooker. Volgens [appellante] behoeft slechts één vraag te worden beantwoord, namelijk of – zoals AB volgens [appellante] in haar uitlatingen claimt – het door de Zip Hydro Tap geleverde water (aan de tap) kookt in de zin van: het kookpunt van (in Nederland gemiddeld) 100 °C bereikt. De eigenschappen van de Quooker doen er daarbij niet toe en de functionaliteit van de beide systemen evenmin, aldus [appellante] in de grieven 1, 2, en 4 tot en met 9.

Het hof zal deze grieven gezamenlijk behandelen.

Toetsingskader; maatstaf

6. Partijen hebben in de loop van de procedure in hoger beroep gedebatteerd over de vraag welke regelgeving van toepassing is op het boven omschreven geschil, dit naar aanleiding van de invoering, per 15 oktober 2008, van de artikelen 6:193a-j BW, ter implementatie van de richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt. Als gevolg daarvan moet de aansprakelijkheid voor misleidende reclame, als één van de vormen van oneerlijk handelsgebruik, jegens consumenten niet meer aan de hand van artikel 6:194 BW, maar voortaan uitsluitend nog aan de hand van de nieuwe artikelen 6:193a-j BW beoordeeld worden. Artikel 6:194 BW geldt uitsluitend nog in de verhouding tussen hen die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen. Partijen verschillen van mening over de vraag of artikel 6:194 BW (in genoemde verhouding) van toepassing is gebleven ongeacht de doelgroep van de reclame: ondernemingen, of ook consumenten. AB beantwoordt die vraag in eerstgenoemde - en [appellante] in laatstgenoemde zin. AB neemt daarbij het standpunt in dat een onderneming (zoals [appellante]) ingeval van misleidende, tot consumenten gerichte reclame nog slechts bescherming kan ontfangen aan artikel 6:162 BW, waarbij dan wel aan de regeling van met name de artikelen 6:193b en c BW reflexwerking kan worden toegekend. Eén en ander vindt volgens AB zijn belang in de bewijslast: waar in het kader van de regeling van de artikelen 6:193 b en c, alsook 6:194 BW, de onderneming van wie de mededeling afkomstig is (in casu AB) moet bewijzen dat deze juist en volledig is, rust in het kader van artikel 6:162 BW de bewijslast van de onjuistheid of onvolledigheid daarvan op degene die een ander beticht van het doen van een misleidende mededeling (in casu [appellante]).

7. Voor beide visies is steun te vinden in zowel de wetsgeschiedenis, als de rechtspraak en de literatuur. Wat betreft de wetsgeschiedenis vindt [appellante] steun voor haar standpunt in de Nota naar aanleiding van het Verslag d.d. 4 juli 2007, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, blz. 5, waar met zoveel woorden wordt opgemerkt dat een onderneming een beroep kan doen op afdeling 4 (waarvan artikel 6:194 BW deel uitmaakt) ongeacht de doelgroep van de reclame (ondernemingen, consumenten of beide). De Hoge Raad lijkt evenwel anders te oordelen, waar hij in zijn arrest van 27 november 2009, LJN BH 2162 (World Online) overweegt dat artikel 6:194 BW thans alleen nog van toepassing is op misleiding van iemand die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf (r.o. 4.10.2).

8. Het hof kan het antwoord op deze vraag evenwel in het midden laten, nu het blijkt het hierna volgende van oordeel is dat de feiten waarop het zijn oordeel baseert (al dan niet bij gebreke van voldoende betwisting) vaststaan, zodat geen sprake is van een aan de ene of de andere partij op te dragen bewijslast. Overigens leidt het standpunt van AB ertoe dat een mededeling die zich tot beide doelgroepen richt (zoals hier het geval is, namelijk de keukenhandelaren en de consumenten die een heetwaterkraan via internet bestellen, zoals ten pleidooie is verklaard), deels in het kader van artikel 6:194 BW en deels in het kader van artikel 6:162 BW zou moeten worden beoordeeld, hetgeen het hof voorhands niet werkbaar voorkomt. Voorts zou het, wanneer voormelde vraag wel beantwoord zou moeten worden, ook nog maar de vraag zijn of het geschil niet moet worden beoordeeld met toepassing van artikel 6:194 (oud) BW, nu het gaat om uitlatingen die vóór de inwerkingtreding van de artikelen 6:193a-j BW zijn gedaan en bij kort geding vonnis van 6 februari 2007 zijn verboden (vergelijk r.o. 4.10.2 van voormeld arrest van de Hoge Raad inzake World Online). In het kader van artikel 6:194 (oud) BW staat niet ter discussie dat een onderneming ook op grond van dat artikel kan optreden tegen reclame die zich tot consumenten richt. Hoe dit ook zij, in beide toetsingskaders is de maatstaf ter beantwoording van de vraag of sprake is van misleidende reclame dezelfde.

9. Bij beantwoording van de vraag of een mededeling misleidend is (jegens consumenten), moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende, gewone consument (de "maatman-consument"). Van misleiding kan sprake zijn indien een mededeling onjuist of onvolledig is. De feitelijke vaststelling dat dit het geval is, brengt nog niet mee dat de mededeling ook misleidend is. Daartoe is nodig dat redelijkerwijs aannemelijk is dat de onjuistheid of onvolledigheid het economische gedrag van de maatman-consument kan beïnvloeden.

10. Het hof zal in het hierna volgende de eindgebruiker van de Zip Hydro Tap als consument in ogenschouw nemen en geen afzonderlijke aandacht besteden aan de keukenhandelaren, tot wie de mededelingen van AB betreffende de Zip Hydro Tap zich, blijktens de mededelingen van partijen ter zitting, mede richten. Ook partijen zelf hebben aan deze tussenhandelaren immers geen afzonderlijke aandacht besteed. Zij gaan er kennelijk vanuit dat voor deze groep dezelfde maatstaf geldt.

11. Het hof deelt de opvatting van de rechtbank dat in dit geval onder de maatman-consument (hierna kortweg: de consument) moet worden verstaan een gewone man of vrouw, die een apparaat als de Zip Hydro Tap denkt te

gaan gebruiken in de huishoudelijke omgeving van zijn eigen keuken. Het hof onderschrijft eveneens het oordeel van de rechtbank dat de consument daarbij gericht zal zijn op de gebruiksmogelijkheden van het apparaat (de functionaliteit). Het hof verwerpt daarbij de stelling van [appellante] dat het er slechts om gaat of het water dat uit de kraan komt een temperatuur heeft die overeenkomt met het atmosferische kookpunt en dat de gebruiksmogelijkheden van het door de Zip Hydro Tap geleverde water (bij de bepaling van het waarheidsgehalte van de mededelingen) niet van belang zijn. Naar [appellante] zelf ook benadrukt (getuige de verwijzing naar haar productie 5), zijn de gewraakte aanduidingen als “kokend” en “kokend heet” voor de consument immers vooral van belang voor de eigenschappen die het aldus aangeduide water heeft en daarmee voor de gebruiksmogelijkheden ervan. In zoverre falen de grieven.

De klacht dat de rechtbank ten onrechte de eigenschappen van de Quooker in haar beoordeling heeft betrokken is gegrond in die zin dat het er thans niet om gaat welk apparaat beter aan de verwachtingen van de consument voldoet. De klacht kan echter op zichzelf niet tot vernietiging leiden.

#### De mededelingen

12. De eerste mededeling die [appellante] misleidend acht is een rondschrift van 17 november 2006 van AB (naar ten pleidooie is verklaard: aan de tussenhandel; productie 11 van [appellante]). Daarin wordt – afgezien van de aanduiding “cooker”, die thans niet meer aan de orde is - het volgende vermeld:

HT 60 Kokend water cap. 60 kop/uur

B 100F Kokend gefilterd water cap. 100 kop/uur

BC 100/125 Kokend - en gekoeld gefilterd water cap. 100/125 kop/uur

BC 150/175 Kokend - en gekoeld gefilterd water cap. 150/175 kop/uur

Voor verdere specificaties verwijzen wij u naar de folder.

13. In bedoelde folder (van Clage, productie 6 [appellante]) staat onder meer:

(Voorzijde:)

Kokend heet of ijsgekoeld

(Blad 3:)

Comfortabel

voor kokend en gekoeld drinkwater

Als het erom gaat, kokend heet water voor hete dranken of gekoeld water (...) klaar te zetten, is het nieuwe Zip Hydro Tap Drinkwatersysteem de perfecte oplossing. Het levert zowel kokend heet als ook gekoeld drinkwater middels een toets.

(Blad 5:)

Kokend heet water

(...)

Zelfs het koken wordt versneld, als de pan direct met kokend heet water uit de Zip Hydro Tap gevuld wordt. De voorbereiding en het wachten op kokend heet water is geschiedenis.

U kunt eenvoudig de rode toets van de armatuur indrukken en uw beker vult zich met kokend heet water. (...)

(Blad 7:)

Met de Zip Hydro Tap modellen BC ... heeft u altijd kokend heet en gekoeld water tot uw beschikking.

(Blad 10:)

Het Zip Hydro Tap kokend- en drinkwatersysteem(...)

(Blad 11)

Apparaten HT 60 B 100F BC 100/125 BC 150/175

(...) (...) (...) (...)

Temperatuur kokend/ 98 98 98 98  
(...) C.

14. [appellante] verwijst voorts naar de prijslijsten van Clage (producties 30a-c [appellante]). Daarin is telkens achter de Zip Hydro Tap vermeld: Kokend heet water of Kokend heet/gekoeld water. [appellante] verwijst voorts naar de “Externe prijslijst” van AB (productie 12 [appellante]). Daarin worden onder 3. met als kopje “Kokendwaterapparaten (coockers) ook de Zip Hydro Tap apparaten genoemd, met de aanduiding Drinkwatersysteem (...) koppen/uur, respectievelijk heet/koel.

15. In de “Zip Hydro Tap Service Manual” (productie 2 AB) is vermeld:  
(Voorblad:) Filtered boiling and chilled water for kitchens and tea rooms.  
En (blad 28 van 36): Once empty, if the tank is below 95°C the unit will heat to this temperature. Once at 95°C it stabilises for approx 120 seconds, once stabilised the unit will heat to boiling point and hold it for a further 90 seconds. The unit now re-calibrates for the local conditions, once achieved the unit will default back to normal operation.

16. In de installatie-instructie (productie 29 [appellante]) wordt op diverse plaatsen gesproken over “boiling water”.

17. Tot slot verwijst [appellante] naar de verpakkingsdoos van de Zip Hydro Tap (productie 13 [appellante]), waarop is vermeld: “Instant boiling water” en naar de rode knop op de tapkraan zelf (productie 14 [appellante]), waarop vermeld is: “boiling”.

18. Het hof verwerpt het standpunt van AB dat de vermeldingen op de doos en in de handleiding en installatie-instructie niet van belang zijn omdat de consument deze pas ziet wanneer hij tot aankoop besloten heeft en deze zijn aankoopbeslissing dus niet kunnen beïnvloeden. Wat betreft de doos en de kraan zelf geldt dat bepaald niet uitgesloten is dat de consument deze ziet alvorens tot de aankoop te beslissen. Evenmin is uitgesloten dat de consument van tevoren (via internet of een dealer) kennisneemt van de handleiding en/of de installatie-instructie, bijvoorbeeld om te onderzoeken of de installatie vanuit technisch oogpunt geschikt is voor de door hem beoogde toepassing.

Misleiding?

19. [appellante] stelt dat de zojuist weergegeven mededelingen misleidend zijn omdat daarmee gesuggereerd wordt dat het water dat uit de Zip Hydro Tap komt kookt, terwijl dat niet het geval is. Daarbij neemt zij het standpunt in dat water alleen dan kookt wanneer het een temperatuur van 100°C heeft bereikt. Voor zover AB met bedoelde mededelingen suggereert dat het water dat uit de Zip Hydro Tap komt (in elk geval) in de tank gekookt heeft, acht zij die suggestie evenzeer misleidend.

20. AB erkent dat het water dat uit de Zip Hydro Tap komt (aan de tap) geen temperatuur van 100°C heeft. Zij betwist evenwel dat zij met voormelde uitlatingen de suggestie wekt dat dat wel het geval is. Het hof is van oordeel dat die suggestie in elk geval niet gewekt wordt door de in r.o. 12, 13 en 14 weergegeven brief, de folder en de prijslijsten. De brief moet, gelet op de verwijzing daarin, worden gelezen in samenhang met de folder. Aannemelijk is immers dat de geadresseerde van de brief, gelet op de summiere informatie in de brief zelf en de verwijzing naar de (bijgesloten) folder, deze folder erbij zal nemen. In die folder wordt weliswaar op enkele plaatsen gesproken over “kokend” water, maar direct daarna wordt uitsluitend nog gesproken over “kokend heet” water, respectievelijk vermeld dat het water een temperatuur heeft van 98°C. De consument die de folder onder ogen krijgt zal, gelet hierop, uit de vermelding “kokend” derhalve niet afleiden dat het water dat uit de kraan komt een temperatuur van 100°C heeft. Ook in de prijslijsten van Clage wordt slechts gesproken van “kokend heet” water. In de prijslijst van AB worden de Zip Hydro Tap-apparaten weliswaar genoemd onder het kopje kokendwaterapparaten, maar bij de Zip Hydro Tap zelf staat slechts vermeld: drinkwatersysteem, respectievelijk heet/koel. Ook hieruit zal de consument derhalve niet afleiden dat het water dat uit de kraan van de Zip Hydro Tap komt een temperatuur van 100°C heeft.

21. [appellante] heeft ook bezwaar tegen de aanduiding “kokend heet” en wijst erop dat “kokend heet” in het Van Dale groot woordenboek wordt gedefinieerd als: zo heet als wanneer het kookt. Met de aanduiding “kokend heet” in de nabijheid van woorden als “kokend” en/of “boiling” suggereert AB volgens [appellante] evenzeer dat het

water kookt (wat in haar visie betekent: dat het water een temperatuur van om en nabij 100°C heeft). Het hof volgt [appellante] hierin niet. Uitgaande van de definitie volgens Van Dale – in andere bronnen wordt de uitdrukking ook wel omschreven als: gloeiend heet, zeer heet – is “zo heet als wanneer het kookt” echter niet gelijk aan “kokend”. [appellante] heeft ook niet aangetoond dat de consument de aanduiding “kokend heet” verstaat als “kokend”, ook niet in de context van de gehele inhoud van de folder. In die folder wordt immers juist aangegeven dat het water een temperatuur heeft van 98°C.

Voorts blijkt ook uit het door AB als productie 8 bij conclusie van antwoord overgelegde marktonderzoek dat het merendeel van de ondervraagden water vanaf 95°C beschouwt als “kokend heet”.

22. In de handleiding en de installatie-instructie, alsook op de doos en de kraan is uitsluitend de aanduiding “boiling” te vinden. Het hof is van oordeel dat ook daarmee niet de suggestie wordt gewekt dat er water met een temperatuur van 100°C uit de kraan komt, althans is het hof van oordeel dat de consument door bedoelde aanduidingen niet misleid wordt. Daarbij is van belang wat de consument van een apparaat als hier aan de orde verwacht.

23. Bij zijn beslissing tot aankoop van een systeem als de Quooker, de Zip Hydro Tap, danwel soortgelijke systemen van andere merken, wordt, gelet op de beoogde toepassingen (het maken van thee, koffie, instant soep, babyvoeding, pasta, etc. en het “uitkoken” van bv. babyflessen), het referentiekader van de consument gevormd door “kokend” water uit een fluitketel, een waterkoker of een pan, nu dat de middelen zijn waarmee het merendeel van de consumenten traditioneel voorziet in “kokend” water ten behoeve van deze toepassingen. Het verwachtingspatroon van de consument wordt derhalve bepaald door de eigenschappen en gebruiksmogelijkheden van water uit een fluitketel, waterkoker of pan. Door [appellante] is niet of onvoldoende betwist dat, naar AB heeft gesteld, het water dat wordt uitgeschonken uit een fluitketel of waterkoker, ook indien het direct na het kookproces wordt uitgeschonken, (net) niet meer kookt. Niettemin wordt dit water, zoals bevestigd wordt in het door AB overgelegde – in zoverre niet bestreden – marktonderzoek, door de consument beschouwd als het “kokend water” dat, zoals ook [appellante] benadrukt (onder meer door verwijzing naar haar productie 5), benodigd is voor (onder meer) de hiervoor genoemde toepassingen. De consument zal van een apparaat als de Quooker of Zip Hydro Tap (hierna: heetwaterapparaat) dezelfde eigenschappen verwachten als van water uit een fluitketel of waterkoker.

24. In verband daarmee is tussen partijen in geschil: of de consument, met een fluitketel, waterkoker en/of pan als referentie, op basis van de hier aan de orde zijnde mededelingen verwacht dat het water in de tank van de Zip Hydro Tap gekookt heeft. In dat kader twisten zij eveneens over de vraag wat nu eigenlijk onder “koken” moet worden verstaan. [appellante] stelt zich op het standpunt dat water pas kookt wanneer dat het atmosferische kookpunt (in Nederland gemiddeld 100°C) heeft bereikt. Zij neemt daarbij het natuurkundig perspectief tot uitgangspunt. AB stelt daarentegen dat, vanuit het perspectief van de consument, het water al kookt wanneer de waterdampbellen het oppervlak bereiken en het water aldus (heftig) borrelt. AB stelt met een beroep op een onderzoek van drs. H. Jordens dat dit reeds het geval is wanneer het water 97,5°C meet. (productie 11 AB). AB stelt verder, onder verwijzing naar een nader onderzoek van de heer Jordens (productie 18 AB) dat bij het gebruik van een fluitketel het fluiten reeds bij 98,75°C begint en dat het water pas ruim 19 seconden later de 100°C bereikt. AB wijst erop dat de gemiddelde consument de ketel niet 19 seconden laat fluiten alvorens hij het gas uitdraait en evenzo het water in een pan als kokend beschouwt wanneer het heftig borrelt. Deze consument bekreunt zich er dan niet om, aldus AB, of het water ook daadwerkelijk een temperatuur van 100°C heeft bereikt. Dit alles is door [appellante] niet, althans onvoldoende betwist. Het aanbod om door middel van het overleggen van een publieksonderzoek of deskundigenbewijs te bewijzen dat het voor het publiek wél relevant is of het water dat onder de mededelingen “kokend”, “kokend heet”, “boiling” etc. wordt aangeboden daadwerkelijk kookt (memorie van grieven 55), geldt niet als een voldoende betwisting van bedoelde stellingen. Het gaat immers heen langs de ten deze aan de orde zijnde vraag wat de consument met het oog op de genoemde toepassingen als “kokend water” beschouwt. Voor zover het bewijsaanbod wel als een voldoende betwisting zou moeten worden beschouwd, geldt dat, bij het voor [appellante] meest gunstige uitgangspunt dat de bewijslast ten deze op AB zou rusten (zie hiervoor, r.o. 6 e.v.), op basis van de hiervoor besproken, gedocumenteerde stellingen van AB voorshands van de juistheid daarvan zou moeten worden uitgegaan. Het bewijsaanbod van [appellante] zou dan echter evenzeer gepasseerd worden omdat het slechts ziet op schriftelijk bewijs; dergelijk bewijs dient, zonder een instructie van de rechter af te wachten, spontaan te worden overgelegd, althans is er geen recht alsnog te worden toegelaten tot het overleggen van dit bewijs.

25. Aan het water in de tank van de (diverse uitvoeringsvormen van de) Zip Hydro Tap zijn diverse metingen verricht. Daaruit blijkt dat het water in de tank op gezette tijden wel borrelt, maar dat het niet een temperatuur van 100°C bereikt. Gelet op het voorgaande acht het hof dat evenwel niet doorslaggevend. Het gaat immers om het verwachtingspatroon van de consument vanuit zijn ervaring met de traditionele middelen om water te verkrijgen dat geschikt is voor de in r.o. 22 genoemde toepassingen. De rechtbank heeft, op basis van de gedingstukken –

waaronder de diverse rapportages – uitvoerig gemotiveerd geconcludeerd dat het water uit de Zip Hydro Tap, ook al heeft dat het atmosferisch kookpunt niet bereikt, de eigenschappen heeft (met name op het vlak van ontgassing en sterilisatie), die het geschikt maakt voor de beoogde toepassingen. In haar memorie van grieven heeft [appellante] deze overwegingen en conclusies onvoldoende bestreden. De klacht dat, voor zover de beantwoording van natuurwetenschappelijke vragen (in het kader van de functionaliteit van het water) van belang zouden zijn, de rechtbank een deskundigenbericht had moeten gelasten, is daartoe niet voldoende en faalt ook overigens. Het dossier biedt voldoende aanknopingspunten om de betreffende conclusies zonder nadere deskundige voorlichting te kunnen beantwoorden. Ook het aanbod van tegenbewijs in de vorm van deskundige rapporten en getuigenbewijs “ten aanzien van andere omstandigheden/functionaliteiten” (het hof begrijpt: dan het al dan niet koken van het water), indien en voor zover het hof deze relevant zou achten, respectievelijk het aanbieden van bewijs door het overleggen van nadere deskundige rapporten en/of getuigenbewijs ten aanzien van de mate waarin het water uit de Zip Hydro Tap tijdens normaal gebruik “gestript” wordt (memorie van grieven onder 71 en 74), levert niet een voldoende onderbouwd bezwaar op tegen het oordeel van de rechtbank dat het water uit de Zip Hydro Tap qua eigenschappen en (dus) toepassingsmogelijkheden aan de verwachting van de consument voldoet. Immers, daarmee wordt niet (voldoende concreet) gesteld dat de door de rechtbank bereikte conclusies fout zijn en hoe deze dan wel zouden moeten luiden.

26. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de Zip Hydro Tap levert wat een consument van “kokend water” verwacht. Daaruit volgt dat ook de aanduiding “boiling” op de kraan, op de doos en in de handleiding en installatie-instructie niet misleidend is. De grieven 1, 2 en 4 tot en met 9 falen derhalve. Hetzelfde geldt voor de grieven 10 en 11, waarin zonder noemenswaardige verdere toelichting wordt herhaald dat AB zich schuldig maakt aan misleiding. De daaruit voortvloeiende conclusie is dat de vorderingen van [appellante] door de rechtbank terecht zijn afgewezen.

27. Grief 13 betreft de reconventionele vordering van AB. Zij is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de Zip Hydro Tap met de executie van het kort geding vonnis van 6 februari 2007 van de markt is gehouden. De grief slaagt. De bij genoemd vonnis getroffen voorzieningen zien (overeenkomstig de vorderingen van [appellante]) op de mededelingen van AB met betrekking tot de Zip Hydro Tap, niet op het verhandelen van de onder die naam aangeboden apparaten. Het hof verwerpt de stelling van AB dat de apparaten effectief wel van de markt zijn gehouden omdat verwijdering van de aanduiding “boiling” op de kraan, gelet op de waarschuwingsplicht in verband met het aan het hete water verbonden verbrandingsgevaar, niet mogelijk is. AB heeft niet aannemelijk gemaakt dat er geen enkele, gelijkwaardige, alternatieve aanduiding voorhanden was om tegen bedoeld gevaar te waarschuwen.

28. Niettemin is, ook bij het uitgangspunt dat de Zip Hydro Tap door genoemd kort gedingvonnis niet van de markt is gehouden, de mogelijkheid van schade aannemelijk. AB heeft immers de door de voorzieningenrechter getroffen voorzieningen moeten uitvoeren. Om die reden dient de beslissing van de rechtbank, zoals verwoord in het dictum, bekrachtigd te worden. Bij de vaststelling van de schade zal echter met het slagen van grief 13 rekening dienen te worden gehouden.

29. De veertiende en laatste grief van [appellante] ziet op de kostenveroordeling in eerste aanleg, in conventie en reconventie. De grieven in conventie falen alle. Grief 13 is, zoals in r.o. 27 is overwogen, gegrond, maar leidt niet tot vernietiging van dictum van de rechtbank; [appellante] blijft schadeplichtig jegens AB. Het hof zal daarom ook de kostenveroordeling in reconventie in stand laten.

30. [appellante] geldt in hoger beroep als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij en derhalve in de kosten daarvan worden veroordeeld.

Beslissing

Het hof

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van AB begroot op €303,- aan verschotten en €2.682,- aan salaris advocaat;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, T.H. Tanja-van den Broek en A.J. van der Meer, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 maart 2011 in aanwezigheid van de griffier.

