

IN NAAM DER KONINGIN !

Vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN

Vonnis in kort geding van 24 december 2009

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
eiseres bij dagvaarding van 24 november 2009,
advocaten mrs. J.C.H. van Manen en E.S. Rethmeier te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
UPC NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. R.J. van Agteren te Amsterdam.

Partijen zullen hierna KPN en UPC worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Ter terechtzitting van 14 december 2009 heeft KPN gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat zij haar eis heeft vermeerderd conform de eveneens aan de dagvaarding gehechte akte en dat zij haar vordering onder f van de wijziging eis ter zitting heeft ingetrokken. UPC heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

1.2. Ter zitting waren aanwezig aan de zijde van KPN: M. Heffels (jurist), M. Westzaan (marktanalist), N. Kuipers (pricing analist), M. Olsthoorn (marketeer), bijgestaan door mrs. J.C.H. van Manen en E.S. Rethmeier en aan de van UPC: J. van Andel (director contract affairs), dhr. van Ewijk, mevr. Scherfs en G. ten Veen (marketing & communicatie), bijgestaan door mrs. Van Agteren en Van Kessel.

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

2

2. De feiten

2.1. KPN en UPC zijn elkaars concurrenten op de markten van (onder meer) telefonie, internet en (analoge en digitale) radio- en televisiediensten. UPC biedt haar diensten via haar kabelnetwerk aan en KPN biedt haar diensten aan via haar (telefonie)netwerk en haar digitale televisiediensten via de ether onder de naam 'Digitenne'. Beide partijen bieden combinaties van hun diensten in pakketten aan.

2.2. UPC heeft een 'direct mail' folder gestuurd aan haar klanten met reclame voor een "UPC Alles-in-één Voordeelpakket". In deze folder (verder ook te noemen de 'verse bananen' direct mailing) staat onder meer:



"(...) Voor televisie heeft u gekozen voor de betrouwbare kwaliteit van UPC. En voor internet en telefonie heeft u waarschijnlijk een andere aanbieder gekozen. Maar er is veel veranderd. In de afgelopen jaren is UPC zich blijven ontwikkelen op het gebied van digitale televisie, internet en telefonie. (...)

U kunt nu de top op het gebied van digitale televisie, telefonie en internet in Nederland combineren in een nieuw pakket: Het UPC Alles-in-één Voordeelpakket. U krijgt dan:
UPC Digitale Televisie Starter: Perfecte digitale beeldkwaliteit en veel meer keuze. (...)
UPC 25 Mb Fiber Power Internet: Sneller internet dan uw huidige ADSL-aanbieder kan warmaken.

UPC Bellen Standaard: Voordeliger bellen dan u nu gewend bent.

In de folder is de volgende tabel opgenomen:

Vergelijk het zelf:

	 UPC Alles-in-één Voordeelpakket	TELE2 Internet + Bellen	Telfort Internet + Vast Bellen	Het Net Snel Surfen & Bellen	 KPN InternetPlusBellen Extra
Internet	25 Mbps	tot 20 Mbps	tot 20 Mbps	8 Mbps	8 Mbps
Telefonie	Voordelig bellen	Bellen tegen voordelige tarieven	Groepelijk bellen met een starttarief per gesprek	Bellen tegen voordelige tarieven	Bellen onbetaald
Digitale Televisie (50 zenders)	✓	✗	✗	✗	✗
Vaste maandelijks kosten*	€ 28,30	€ 29,95	€ 34,90	€ 34,95	€ 50,-

BRON: www.tele2.nl (oktober 2009), www.hetnet.nl (oktober 2009), www.telfort.nl (oktober 2009) en www.kpn.com (oktober 2009).
Tijdelijke belten of promoties zijn niet meegenomen.
* IJF abonnement. Het modem is in bruikleen en de borg bedraagt € 45,-. Kijk voor meer informatie, beschikbaarheid en voorwaarden op upc.nl

Het UPC Alles-in-één Voordeelpakket: nu slechts € 28,30 per maand
Tijdelijk haalt u het UPC Alles-in-één Voordeelpakket in huis voor maar € 28,30 per maand. Vergelijk dat hierboven maar eens met andere aanbieders. Een ding is zeker: met het Alles-in-één Voordeelpakket haalt u meer kwaliteit in huis. Krijgt u meer televisie en internet voor in vrijwel alle gevallen minder geld. U betaalt ook geen aansluitkosten van € 75,-.

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

3

2.3. Ook op de homepage van UPC wordt geadverteerd voor het Alles-in-één Totaalpakket. Op de homepage staat met grote blauwe letters dat de kosten hiervoor € 28,30 bedragen en daaronder, in iets kleinere zwarte letters, staat dat de prijs inclusief Standaard Radio/TV € 45,- per maand bedraagt. Als men op het icoon 'bekijk nu de aanbieding' klikt, komt men op een pagina (verder ook te noemen 'de aanbiedingspagina') met de volgende tekst:

UPC Alles-in-één Voordeelpakket! vanaf slechts € 28,30*

Met het Alles-in-één Voordeelpakket heeft u sneller internet dan ADSL, kunt u voordelig en betrouwbaar bellen en kunt u kijken naar maar liefst 50 populaire zenders met haarscherp beeld en geluid. Dit alles voor een vaste lage prijs van € 28,30 (inclusief Standaardpakket Radio/TV is dat slechts € 45,-)

Standaard Radio & TV

- 1 abonnement voor alle tv's in uw huis
- Plug & Play
- 30 populaire tv en 40 radio zenders, bijvoorbeeld Disney / horeca
- Optimale beeld- en geluidskwaliteit zonder overlast van vlieg- of verkeersgeluid

Digitale TV Starter

- Grote keuze van MediaBox (www.upc.nl)
- Geschikt voor alle tv's (klein, groot, sat- en/of net-tv)
- 80 tv- en 70 radiostations in perfecte digitale kwaliteit
- Gratis toegang UPC On Demand
- Programmatips op tv

Fiber Power Internet 25

- Beste snelheidsband verhouding
- Ongepufft online met het meeste internet
- Ziegbare overstroom: wilt regelen het voor u!
- Gratis weg- & glas installatiepakket (w.v. € 20,-)

Bellen Standaard

- Bespaar per jaar € 108* naar op uw abtenningskortingen (w.v. 1,99)
- Q&A 7x7 nummerbehouding en overstapmogelijkheid
- Regelen recht bellen tegen status- & de digitale tarieven
- UPC biedt een 8,8 waar de kwaliteit van haar telefonie

FILM 1
Inclusief 1 jaar lang Film 1

vergelijk

Bestellen

Standaard Radio & TV	€ 18,70
Abonnement voorlooptijden	€ 28,30
1 jaar lang Film 1	€ 0,00
<input type="checkbox"/> 1 jaar lang Film 1	€ 0,00
<input type="checkbox"/> 1 jaar lang Film 1	€ 0,00
Totaal:	€ 45,00

BESTEL NU!

Goed om te weten: De contractduur is 1 jaar en de betaling per maand. U betaalt geen aansluitkosten, administratiekosten, en activatiekosten (w.v. € 75,-) u betaalt € 45,- bedrag voor de maanden (betaling u kan via bijdrake maanden). Film 1 DroomDeal geldt voor nieuwe UPC klanten en voor UPC klanten die er een product binnen en het internetabonnement met dezelfde naam en hogere snelheid.

* Een internetpakket of alleen tv-abonnement. Het UPC Standaardpakket Radio/TV (max. € 18,70 per maand). Lees alle voorwaarden. Deze tarieven gelden per 1 januari 2010. Klik hier voor meer informatie.

2.4. Wanneer een bezoeker op deze pagina op "vergelijk" klikt, verschijnt de volgende vergelijkingstabel:




443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

4

Vergelijk het UPC Alles-in-1 Voordeelpakket met andere aanbieders

SLUITEN

Het Alles-in-één Voordeelpakket is verkrijgbaar voor een vaste lage prijs van € 28,30 (inclusief Standaardpakket Radio/TV is dat slechts € 45,-)

	 UPC Alles-in-1 Voordeelpakket	TELE2 Wired - Bellen uit	HetNet Snel Surfen + Bellen + Digitale	 kpn Internet Kuntellen Extra 4 interactieve TV	 kpn Internet Basis - Bellen + Kuntellen
Internet	25 Mbps	tot 20 Mbps	8 Mbps	8 Mbps	3 Mbps
Digitale Televisie (1 aansluiting)	Digitale TV 50 zenders	Digitale TV 41 zenders	Digitale 23 zenders	Digitale TV 50 zenders	Digitale 23 zenders
Interactieve TV (programma gemist, films op aanvraag)	✓	✓	✗	✓	✗
Analoge TV in het huis	✓	✗	✗	✗	✗
Telefonie	Bellen tegen voordelige tarieven	Bellen tegen voordelige tarieven	Bellen tegen voordelige tarieven	Bellen onbeperkt	Bellen met vaste KPN tarieflijst
Vaste maandelijkse kosten: <small>(incl. standaard radio/TV)</small>	€ 45,00	€ 44,95	€ 43,45	€ 69,95	€ 52,50

Bron: www.tele2.nl (oktober 2009); www.hetnet.nl (oktober 2009) en www.kpn.com (oktober 2009). Tijdelijke acties of promoties zijn niet meegenomen.

2.5. KPN heeft verder een (recentere) door UPC gezonden 'direct mailing' overgelegd (door partijen ook wel de 'Droomdeals' mailing genoemd), met reclame voor haar 'Alles-in-één Voordeelpakket', waarin wordt aangekondigd dat 'de topproducten' van UPC samen voor slechts € 28,30 verkrijgbaar zijn, inclusief 1 jaar lang 'Film1'. Als de folder wordt opgevouwen is een groot blauw vlak te zien, met daarop in het wit de tekst 'vaste lage prijs € 28,30 * p/m'. Bij de asterisk staat in kleine letters de tekst: *'Dit pakket is alleen beschikbaar i.c.m. uw huidige UPC Standaardpakket Radio/TV (max. € 16,70 per maand) en een jaarcontract. U betaalt in totaal € 45,- per maand.'*

Vervolgens staat in de folder een tabel opgenomen zoals weergegeven onder 2.2, met dien verstande dat een asterisk achter 'vaste maandelijkse kosten*' staat en dat met kleine letters onder de tabel staat geschreven:

"Bron: tele2.nl, hetnet.nl en kpn.com (allen oktober 2009). Sommige aanbieders maken gebruik van tijdelijke acties of promoties. Kijk hiervoor op de betreffende websites.

*: i.c.m. een jaarcontract. Hiernaast betaalt u max. € 16,70 voor het Standaardpakket Radio/TV. Het modem is in bruikleen en de borg bedraagt € 45,-. Kijk voor meer informatie, beschikbaarheid en voorwaarden op upc.nl. Film1 wordt voor een periode van 12 maanden meegeleverd bij alle UPC Op Maat Pakketten en UPC Alles-in-één Voordeelpakketten. Na 12 maanden stopt Film1 automatisch, tenzij u het abonnement tegen het dan geldende tarief wilt voortzetten. De actie met Film1 is geldig tot en met 25 december 2009. De actie geldt voor nieuwe UPC abonnees en voor abonnees die hun abonnement met één of meerdere producten uitbreiden."

2.6. Bij brief van 11 november 2009 heeft KPN UPC - kort gezegd - gesommeerd de 'Verse Bananen' mailing niet verder te verspreiden, te bevestigen

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

5

dat UPC geen onvolledige of onjuiste mededelingen of vergelijkingen meer zou doen, dan wel ongelijksoortige producten met elkaar zou vergelijken, alsmede de misleidende uitlatingen te rectificeren.

3. Het geschil

3.1. KPN vordert - samengevat - na vermeerdering van eis:

- a) UPC te bevelen zich te onthouden van het openbaar (doen) maken van reclame-uitingen, waarin tarievenvergelijkingen zoals bedoeld in het lichaam van de dagvaarding, dan wel reclame-uitingen van gelijke aard of strekking, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, zijn opgenomen, daaronder begrepen maar niet beperkt tot het maken van dergelijke tarievenvergelijkingen in reclamefolders, televisiereclames, correspondentie met derden en op de website www.upc.nl;
- b) UPC te bevelen om zich te onthouden van het op misleidende wijze vergelijken van haar Alles-in-één Voordeelpakket met producten van KPN, met weglating van essentiële informatie, in het bijzonder vergelijking zonder daarbij de kosten voor het vereiste Standaardpakket radio/televisie te verdisconteren, wanneer deze kosten met de aangeboden producten verbonden zijn;
- c) UPC te verbieden haar Alles-in-één Voordeelpakket op misleidende wijze aan te bieden, in het bijzonder door de prijs van de kosten voor het Standaardpakket Radio/TV onvermeld te laten, althans dat Voordeelpakket aan te bieden op zodanige wijze dat niet ondubbelzinnig blijkt van daarmee verbonden kosten, zoals de kosten van het Standaardpakket Radio/TV;
- d) UPC te gelasten om er voor zorg te dragen dat de advocaten van KPN in het bezit zijn van (kopieën) van alle gegevens met betrekking tot de inhoud, omvang en wijze van openbaarmaking van de te verbieden reclameclaim(s), dan wel van reclames met een overeenstemmende strekking;
- e) UPC te bevelen om aan al degenen, aan wie zij de direct mailing heeft gestuurd, op haar eigen kosten een rectificatie te sturen zoals omschreven en opgenomen onder punt e van het petitum van de akte wijziging eis;
- f) ingetrokken ter zitting;
- g) UPC te bevelen om aan de raadsman van KPN een verklaring te sturen van een onafhankelijke registeraccountant, opgesteld op kosten van UPC, dat UPC volledig en tijdig aan de hiervoor gevorderde bevelen heeft voldaan;
- h) UPC te veroordelen tot betaling van dwangsommen in het geval van overtreding van het onder sub a tot en met e gevorderde;

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

6

i) UPC te veroordelen in de kosten van dit geding.

3.2. KPN stelt daartoe - kort samengevat - dat UPC door de openbaarmaking van de bewuste reclame-uitingen onrechtmatig jegens KPN handelt. Er is sprake van misleidende en ongeoorloofde vergelijkende reclame in de zin van 6:194 en 6:194a van het Burgerlijk Wetboek (BW), nu in de reclame-uitingen noodzakelijke gegevens zijn weggelaten waardoor een onjuist beeld van de prijs wordt gegeven. Verder worden appels met peren vergeleken. Daarnaast is sprake van een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d BW (oneerlijke handelspraktijken), omdat essentiële informatie wordt achtergehouden door UPC. De handelwijze van UPC is jegens KPN onrechtmatig, omdat dit leidt tot ongeoorloofde concurrentie. KPN licht dit als volgt toe.

3.2.1. De tarievenvergelijking in de direct mailing en op de website is onvolledig en onjuist. In de 'Verse Bananen' mailing is sprake van een onjuiste en onvolledige tarievenvergelijking, omdat bij de onder UPC vermelde prijs nog de kosten voor het standaardpakket moeten worden opgeteld, waardoor de totaalkosten niet € 28,30 bedragen maar € 45,-, terwijl bij de onder KPN genoemde prijs de kosten voor haar aansluiting wel reeds inbegrepen zijn. Het is voor consumenten niet meer vanzelfsprekend dat zij een kabelaansluiting én analoge aansluiting hebben. Verder is de prijsweergave op de aanbiedingspagina voor het voordeelpakket op haar internetsite (afgebeeld onder 2.3) misleidend, omdat in grote blauwe letters genoemd staat dat de prijs € 28,30 is, terwijl uit de tekst van de site niet direct duidelijk is dat het voordeelpakket uitsluitend in combinatie met het standaardpakket verkrijgbaar is, zodat de prijs altijd € 45,- bedraagt. Ook bovenaan de vergelijkingstabel op de website van UPC (weergegeven onder 2.4) staat de misleidende mededeling dat het Alles-in-één Voordeelpakket € 28,30 per maand kost, zonder dat duidelijk wordt dat dit pakket alleen samen met het standaardpakket verkrijgbaar is. Ook in de 'Droomdeals' mailing zijn de kosten voor het Standaardpakket Radio/TV onderbelicht. Bij de vergelijkingstabellen staat verder dat 'acties niet zijn meegenomen', maar UPC presenteert haar eigen prijs wel als een aanbieding. UPC noemt echter niet de aanbiedingen van andere aanbieders in de vergelijkingstabellen. Ten slotte is de 'voordelig bellen-claim' in de vergelijkingstabel ook onjuist volgens KPN.

Door het voortdurende en grootschalige karakter van de reclamecampagne van UPC heeft KPN aanzienlijke schade geleden, die nog verder dreigt op te lopen. Zij heeft daarom spoedeisend belang bij de door haar gevraagde voorzieningen.

3.3. UPC heeft betwist dat haar reclame-uitingen onjuist of misleidend zijn, dat zij als ongeoorloofde vergelijkende reclame kunnen worden gekwalificeerd en dat ze een oneerlijke handelspraktijk betreffen. De reclame-uitingen van UPC dienen alleen te worden getoetst aan artikel 6:194 BW (misleidende mededelingen) en 6:194a BW (ongeoorloofde vergelijkende reclame). KPN komt geen rechtstreeks beroep toe op de (voor consumenten geschreven) artikelen 6:193 ev BW en deze

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

7

artikelen werken op grond van artikel 6:194a lid 2 slechts 'door' voor zover er sprake is van een vergelijkende reclame.

3.3.1. Bij de 'Verse Bananen' mailing is geen sprake van een misleidende ommissie, omdat deze alleen is gestuurd naar bestaande klanten van UPC die het Standaardpakket (radio en tv) reeds afnemen en het bedrag van € 16,70 dus al betalen. Terecht klaagt KPN ook niet over een vergelijkbare folder die UPC naar potentiële klanten heeft gestuurd en waar het bedrag van € 16,70 wel in de tabel is meegenomen.

Op de homepage van www.upc.nl wordt duidelijk gecommuniceerd dat het Alles-in-één Voordeelpakket, inclusief het Standaardpakket Radio/TV € 45,- per maand bedraagt. Als men doorklikt naar de webpagina waar de aanbieding nader wordt aangekondigd (de aanbiedingspagina) wijst UPC op drie plaatsen naar het vereiste van het tevens hebben van het Standaardpakket. Het is volgens vaste rechtspraak toegestaan om de consument middels een voldoende duidelijke asterisk naar nadere voorwaarden te leiden.

Ook de 'Droomdeals' folder is alleen gestuurd aan klanten van UPC die reeds het Standaardpakket Radio/TV hadden. In de Droomdeals mailing heeft UPC onverplicht nog duidelijker trachten te benadrukken dat de aanbieding alleen geldt in combinatie met het Standaardpakket, zodat in totaal € 45,- per maand betaald moet worden. De klant beschikt over alle informatie om een geïnformeerd besluit te nemen.

Tijdelijke acties of promoties zijn niet meegenomen, wat door UPC duidelijk is vermeld. Het meenemen van tijdelijke acties zou alleen maar verwarrend zijn. UPC vergelijkt alleen met vaste maandprijzen, die bij UPC gedurende de hele contractduur gelijk zijn. UPC heeft haar eigen aanbieding ook niet als een tijdelijke actie gepresenteerd, maar als een 'vaste lage prijs'. UPC heeft het gebruik van de term 'nu of nooit' op haar website inmiddels gestaakt.

De term 'voordelig bellen' in de tabellen betreft geen tariefvergelijking, maar moet eerder als een in de reclame gebruikelijke overdrijving worden opgevat. Ook deze term wil UPC eventueel aanpassen naar de wensen van KPN, zolang deze redelijk zijn. De vorderingen van KPN, zoals opgenomen in de akte wijziging eis, zijn verder niet specifiek genoeg. Niet de hele reclamecampagne kan worden verboden, maar alleen die reclame-uitingen die als onrechtmatig moeten worden aangemerkt.

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

8

4. De beoordeling

4.1. Niet in geschil is dat KPN en UPC concurrenten zijn op het gebied van telefonie en internet en dat UPC in haar mailings en op haar website gebruik maakt van vergelijkende reclame.

4.2. Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, ingevolge art. 6:194a lid 2 BW geoorloofd als deze (in ieder geval):

- niet misleidend is;
- als goederen of diensten worden vergeleken die in dezelfde behoefte voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, zoals de prijs, met elkaar vergelijkt.

Uitgangspunt daarbij is, ingevolge artikel 6:195 BW, dat degene die de inhoud en inkleiding van de (reclame) mededeling heeft bepaald of doen bepalen de bewijslast draagt ter zake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn verrat.

Tarievenvergelijking

4.3. KPN stelt dat UPC zich schuldig maakt aan misleidende vergelijkende reclame, ten eerste door - samengevat - in de mailings en op de vergelijkende tabel op haar website de maandelijkse kosten voor de benodigde kabelaanluiting (het 'Standaardpakket Radio en TV, verder ook het Standaardpakket genoemd) van € 16,70 niet mee te nemen in de prijs die bij UPC vermeld staat, waardoor een zeer aanzienlijk prijsverschil lijkt te bestaan met het door haar in de vergelijking betrokken aanbod van KPN en anderen.

4.4. Geoordeeld wordt dat de aanprijzing van de diensten door UPC in de 'Verse Bananen' mailing niet correct is, omdat bij de in deze tabel opgenomen maandelijkse kosten voor het UPC Alles-in-één Voordeelpakket (verder ook het Voordeelpakket genoemd) de kosten voor het Standaardpakket nog moeten worden opgeteld, waardoor de totaalkosten niet € 28,30 bedragen maar altijd tenminste € 45,-, terwijl de onder KPN genoemde prijs inclusief de vaste kosten voor een telefoonaanluiting is. In de 'Verse Bananen' mailing wordt in het geheel niet vermeld dat bij de kosten voor het Alles-in-één Voordeelpakket nog de kosten van het Standaardpakket moeten worden opgeteld, ook niet elders in de folder door middel van een asterisk. Dat de mailing is gezonden naar klanten die het bedrag van € 16,70 al betalen doet er niet aan af dat op deze manier geen correct vergelijkbaar totaaloverzicht wordt gegeven. UPC heeft er in dit verband op gewezen dat de Reclame Code Commissie (hierna RCC) in enkele uitspraken tot het oordeel is gekomen dat degene die al abonnee is bij UPC moet begrijpen dat hij bij een aanbod

van UPC van een nieuwe dienst behalve de kosten voor die dienst ook de kosten van het al lopende abonnement (het Standaardpakket) dient te voldoen, maar, wat er verder zij van de juistheid van die uitspraken van de RCC in het licht van de artikelen 6:193a BW en de artt. 6:194, en 6:194a BW, in dit geding gaat het niet enkel om het aanbieden van een product aan een bestaande klant, maar om een prijsvergelijking waarin UPC haar prijs voor een bepaald product vergelijkt met volgens haar vergelijkbare producten van concurrenten, onder wie KPN. In een dergelijk geval dient de prijsvergelijking zo nauwkeurig mogelijk te zijn, zodanig dat alle prijzen die vergeleken worden op dezelfde manier zijn samengesteld. Gezien de wijze waarop UPC de prijzen in de tabel heeft vergeleken, is aannemelijk dat een 'maatman'-consument door deze tabel zou kunnen worden misleid bij zijn keuze voor de overstap naar een Voordeelpakket van UPC in plaats van een pakket van KPN. Gelet op het voorgaande is voorshands sprake van een onjuiste prijsmededeling in de zin van artikel 6:194 BW en een ongeoorloofde vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a BW.

4.5. In de 'Droomdeals' folder staat - zij het na verwijzing met een asterisk met veel kleinere letters - wél vermeld dat het Voordeelpakket alleen in combinatie met het Standaardpakket verkrijgbaar is, zodat de kosten dan € 45,- per maand bedragen. Ook hier geldt echter dat de vergelijking misleidend is. De asterisk staat niet bij de prijs van € 28,30 voor het product van UPC, maar staat in de voor alle vergeleken producten geldende kolom 'vaste maandelijkse kosten'. Een handelspraktijk als bedoeld in art. 6:194a lid 2 is blijkens artikel 6:193c onder meer misleidend indien de consument bijvoorbeeld door de algemene presentatie van de verstrekte informatie kan worden misleid. Dat is ontegenzeggelijk het geval indien in een prijsvergelijking in grote cijfers prijzen van concurrenten worden vergeleken met de eigen prijs en in die eigen genoemde prijs een wezenlijk deel van de werkelijke kosten voor de consument ontbreekt. Dat gebrek in de presentatie wordt niet goed gemaakt door met een asterisk te verwijzen naar een onder de tabel in zeer kleine letters opgenomen tekst, waarin de mededeling over de bijkomende kosten bovendien nog schuil gaat achter een mededeling over de bron van de in de tabel verstrekte informatie.

4.6. De reclame voor het Voordeelpakket op de homepage en aanbiedingspagina van UPC (weergegeven onder nummer 2.3) betreft geen vergelijkende reclame. Desalniettemin wordt de aanbieding zoals gepresenteerd op de homepage en de aanbiedingspagina voorshands als misleidend geoordeeld, omdat de prijs niet - zoals groot staat vermeld - € 28,30 bedraagt, maar altijd tenminste € 45,- inclusief 'Standaard Radio/TV'. Het feit dat in kleinere letters achter de prijs staat dat de prijs € 45,- bedraagt inclusief 'Standaard Radio/TV', is in deze weergave onvoldoende om het misleidende karakter van deze site jegens de consument weg te nemen. Het Voordeelpakket is immers altijd alleen maar beschikbaar in combinatie met het Standaardpakket en de prijs bedraagt dus nooit € 28,30. Het is voor consumenten op deze manier onvoldoende duidelijk dat deze kosten altijd bovenop het bedrag voor het Voordeelpakket komen. Dit bezwaar geldt ook voor de prijsberekening rechts

onderaan de aanbiederingsite. Dat met kleine letters onderaan de aanbiederingsite staat dat het Voordeelpakket alleen beschikbaar is 'i.c.m. het UPC Standaardpakket Radio TV (max € 15,70 per mnd)' neemt het misleidende karakter in dit geval onvoldoende weg, omdat deze tekst, zoals KPN ter zitting terecht heeft betoogd, door de plaatsing helemaal onderaan de site, op veel computers (afhankelijk van de beeldinstelling) alleen te zien zal zijn als er nog een stukje naar beneden wordt gescrolled. Daarmee is deze mededeling te weinig opvallend in verhouding tot de grote blauwe letters met de tekst 'vanaf slechts € 28,30*'. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is hiermee niet louter sprake van een 'misleidende omissie', maar door de presentatie van de informatie van een misleidende prijsmededeling. Conclusie is dat de reclame voor het Voordeelpakket, zoals op deze site weergegeven, in strijd is met artikel 6:194 BW en daarmee onrechtmatig jegens de concurrenten van UPC, die zich eveneens aan de regels omtrent eerlijke reclame dienen te houden. De vraag of KPN daarnaast een rechtstreeks beroep toekomt op de artikelen 6:193a ev. BW, in die zin dat overtreding van deze artikelen een zelfstandige onrechtmatige daad jegens KPN oplevert, kan daarmee in het midden blijven.

4.7. De vergelijkingstabel op de website (weergegeven onder nummer 2.4) betreft wederom een vergelijkende reclame, alleen zijn de in de tabel opgenomen prijzen in beginsel juist. Bij alle aanbieders worden de prijzen verder inclusief aansluiting genoemd. De mededeling bovenaan de tabel (in kleinere letters) doet naar het oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval niet af aan de conclusies in de tabel. Daarmee wordt deze wijze van vergelijken voorshands geoorloofd geacht.

'Voordelig bellen' claim

4.8. KPN stelt verder dat de 'voordelig bellen' claim (onder het kopje Telefonie bij UPC) in de vergelijkingstabellen niet voldoet aan de vereisten voor tarievenvergelijkende reclame. Deze dient volgens KPN juist, volledig en objectief te zijn en te zien op alle relevante kenmerken van de diensten. Er dienen geen gegevens te worden weggelaten die voor de consument noodzakelijk zijn om zijn keuze te kunnen maken. Volgens KPN is het onduidelijk wat met 'voordelig bellen' wordt bedoeld. UPC heeft volgens KPN in vergelijking met andere aanbieders de hoogste telefoonkosten in de markt. Als met de claim voordelig bellen in vergelijking met andere UPC tarieven wordt bedoeld, is deze niet volledig en daardoor evengoed misleidend.

UPC heeft aangevoerd dat de term 'voordelig bellen' meer moet worden gezien als een algemene reclame-uiting dan als een vergelijkende reclame.

4.9. Geoordeeld wordt dat de term 'voordelig bellen' gelet op de beperkte informatie die verder over het telefoonpakket wordt gegeven, voorshands moet worden aangemerkt als een verwijzing naar (de benaming van) het bij een aanbieder verkrijgbare belpakket (als onderdeel van het aangeboden totaalpakket) en niet als een (specifieke) vergelijking met telefonieprijzen van andere aanbieders. Zo staat in

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

11

de tabel onder het 'Telefonie' kopje bij Tele2 en Het Net ook 'bellen tegen voordelige tarieven' opgenomen. Bij KPN staat 'onbeperkt bellen'. Daarmee wordt naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet gesuggereerd dat een bepaald belpakket voordeliger zou zijn dan het andere. Wel is juist dat het voor de consument zodoende niet in een oogopslag is te overzien wat de verschillende totaalpakketten precies inhouden. De consument zal hiertoe zelf nader onderzoek moeten verrichten. Dit maakt de vergelijking echter nog niet misleidend. Conclusie is dat de tabel op dit punt niet behoeft te worden gewijzigd.

Weergave acties

4.10. Een ander geschilpunt tussen partijen betreft de weergave van acties in de vergelijkingstabellen. UPC heeft betwist dat zij tijdelijke of promotionele acties heeft meegenomen in haar vergelijkingstabel. UPC stelt een vast tarief van € 45,- voor de gehele contractduur te hanteren. UPC en Telfort bieden volgens KPN gedurende de eerste zes maanden aanzienlijke kortingen aan, waardoor het effectieve maandbedrag lager ligt dan in de tabel wordt weergegeven.

4.11. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft UPC terecht aangevoerd dat het ondoenlijk en verwarrend zou dergelijke acties in de vergelijkingstabellen om te rekenen naar een nieuw maandbedrag. Met de mededeling van UPC dat acties niet worden meegenomen in de tabellen heeft UPC de consument er naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende op gewezen dat hij hiervoor elders informatie dient op te vragen, terwijl uit de informatie over de aanbieding van UPC zelf duidelijk blijkt tot wanneer deze aanbieding (waarvan de tarieven worden vergeleken) geldig is. Dat de tarieven van UPC per 1 januari 2010 wijzigen, brengt niet met zich dat sprake is van een tijdelijke actie.

Vorderingen van KPN

4.12. De door KPN gevorderde verboden onder a. en b. van de akte wijziging eis betreffen verboden in het kader van vergelijkende reclames. Zoals hiervoor is overwogen voldoen de vergelijkende reclames in de 'Verse Bananen' mailing en de 'Droomdeals' mailing, niet aan de in artikel 6:194a BW vermelde eisen, zodat het uiten daarvan ongeoorloofd moet worden geacht en onrechtmatig jegens KPN, die tengevolge van de misleidende mededelingen schade kan lijden.

De door KPN gevorderde verboden onder a. en b. zijn, zoals UPC terecht heeft betoogd, evenwel zeer ruim omschreven. De vordering onder a. kan, voor zover deze vordering anders bedoeld is of verder zou strekken dan de onder b. geformuleerde vordering, in deze vorm niet worden toegewezen, omdat zij te ruim en onvoldoende concreet is geformuleerd. De vorderingen onder a. en b. zullen (samen) in zoverre worden toegewezen, dat UPC wordt geboden om zich in de toekomst te onthouden van met KPN vergelijkende reclame voor haar

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

12

Voordeelpakket, zowel in (direct) mailings als via internet, waarbij essentiële of relevante informatie wordt weggelaten in die zin dat niet de volledige prijs van het Voordeelpakket van UPC of een ander combinatiepakket van UPC in de prijs wordt verdisconteerd, in gevallen dat deze kosten wel onlosmakelijk met de aangeboden producten verbonden zijn en vergelijkbare kosten bij de concurrentie wel in de prijstabel zijn verdisconteerd. Bijvoorbeeld zoals in de hiervoor besproken uitingen, waarbij de prijs exclusief het Standaardpakket van UPC is vermeld. Een en ander zoals hierna te melden. Derhalve is het UPC niet toegestaan de prijs (die altijd moet worden betaald indien men het Voordeelpakket kiest) te splitsen in de prijs voor alleen het Voordeelpakket, waarbij de prijs voor het Standaardpakket na verwijzing met een asterisk elders in kleine letters wordt weergegeven, indien bij de concurrentie deze prijs wel direct en op duidelijke wijze in de vergeleken prijs is verdisconteerd.

4.13. KPN vordert onder c. dat het UPC wordt verboden haar Voordeelpakket op misleidende wijze aan te bieden, door de kosten voor het Standaardpakket onvermeld te laten, althans het Voordeelpakket aan te bieden op zodanige wijze dat niet ondubbelzinnig blijkt van daarmee verbonden kosten, zoals de kosten van het Standaardpakket. Deze vordering is niet alleen gericht op vergelijkende reclame, maar is ruimer. Gelet op hetgeen hiervoor onder 4.6 is overwogen kan deze vordering op grond van artikel 6:194 BW eveneens worden toegewezen, een en ander als na te melden, waarbij ook nu geldt dat het UPC niet is toegestaan de prijs voor het Voordeelpakket misleidend weer te geven, in die zin dat de prijs voor het Standaardpakket en de prijs voor het Voordeelpakket van elkaar worden gesplitst en de prijs voor het Standaardpakket elders verkleind en niet direct zichtbaar wordt weergegeven.

4.14. De vorderingen van KPN onder d. tot en met g. (het verschaffen van gegevens over de reclamecampagnes, de rectificaties en de verklaring van de registeraccountant) worden afgewezen, nu deze naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet in verhouding staan tot de ernst van het hiervoor vastgestelde onrechtmatig handelen door UPC en in dit geval te ver voeren en niet als een proportionele maatregel kunnen worden beschouwd.

4.15. De gevorderde dwangsommen zullen worden beperkt als na te melden.

4.16. UPC zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van KPN worden begroot op:

- dagvaarding	€	72,25
- vast recht		262,00
- salaris advocaat		816,00
Totaal	€	1.150,25

443515 / KG ZA 09-2505 Pee/CN
24 december 2009

13

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt UPC om zich na betekening van dit vonnis te onthouden van met KPN vergelijkende reclame voor haar Alles-in-één Voordeelpakket dan wel andere (combinatie) pakketten, zowel in (direct) mailings als via internet, waarbij essentiële of relevante informatie wordt weggelaten in die zin dat niet de volledige prijs van het pakket van UPC, derhalve de prijs inclusief het Standaardpakket Radio/TV van UPC, hierin op duidelijke en directe wijze wordt verdisconteerd, in die gevallen dat deze kosten wel onlosmakelijk met de aangeboden producten verbonden zijn en deze kosten bij KPN wel rechtstreeks en direct in de tabel zijn opgenomen;

5.2. verbiedt UPC om na betekening van dit vonnis haar Alles-in-één Voordeelpakket, dan wel andere (combinatie) pakketten op misleidende wijze aan te bieden, door de prijs van de kosten van het Standaardpakket Radio/TV onvermeld te laten, althans het pakket aan te bieden op zodanige wijze dat niet ondubbelzinnig blijkt van de daarmee verbonden kosten van het Standaardpakket Radio/TV in die gevallen dat deze kosten wel met de aangeboden producten onlosmakelijk verbonden zijn;

5.3. bepaalt dat UPC voor iedere dag dat zij in strijd handelt met het onder 5.1 vermelde gebod en het onder 5.2 vermelde verbod aan KPN een dwangsom verbeurt van € 25.000,- voor iedere dag dat een verboden uiting van UPC op het internet staat en van € 25.000,- per mailingactie (derhalve niet per verzonden folder), een en ander tot een maximum van € 500.000,-;

5.4. veroordeelt UPC in de proceskosten, aan de zijde van KPN tot op heden begroot op € 1.150,25;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.A.J. Peeters, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. C. Neve, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 24 december 2009.

type: CN
coll:

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank Amsterdam