

Vzgr Rb Den Haag, 5 december 2006, Agropower v NIFE



versus



## VERGELIJKENDE RECLAME

### Vergelijkende reclame - bewijslast

#### Gedaagde geeft onvoldoende inzicht in de wijze waarop hij de tarieven met elkaar heeft vergeleken

Daartegen heeft eiseres ter zitting aangevoerd, onder meer bij monde van een van haar medewerkers, dat pas ultimo 2006 valt op te maken of zij inderdaad duurder is geweest dan andere leveranciers, dit als gevolg van een door haar gehanteerde berekeningsmethodiek die uitgaat van een nacalculatie op grond waarvan klanten in aanmerking kunnen komen voor een restitutie. Voorts heeft eiseres toegelicht dat concurrerende leveranciers gebruik maken van andere, onvergelijkbare berekeningmethoden. Volgens eiseres kan daarom ook voor 2007 nog geen voorspelling worden gegeven. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft gedaagde het betoog van eiseres niet kunnen weerleggen. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat gedaagde desgevraagd onvoldoende inzicht heeft kunnen verschaffen in de wijze waarop hij de tarieven van de verschillende leveranciers met elkaar heeft vergeleken en met welke concrete feitelijke gegevens. Gedaagde blijkt ook niet te beschikken over een objectief marktonderzoek dat steun biedt voor zijn beweringen.

Vindplaatsen: LJN: [AZ6160](#)

### Vzgr Rb Den Haag, 5 december 2006

(R.J. Paris)

(...)

sector civiel recht - voorzieningenrechter  
Vonnis in kort geding van 5 december 2006,  
gewezen in de zaak met rolnummer KG 06/1276 van:  
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Agropower B.V. (handelend onder de naam AgroEnergy),

gevestigd te [gemeente A],

eiseres,

procureur mr. H.J.A. Knijff,

advocaat mr. P.E. van der Wiel te Rotterdam,

tegen:

[gedaagde]

(handelend onder de naam NIFE Energie-advies),

wonende te [plaats A] (gemeente [B]),

gedaagde,

in persoon verschenen.

### 1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 28 november 2006 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Eiseres is een inkoopcollectief voor energie in de Nederlandse agrarische sector. Zij biedt haar klanten advies op het gebied van energiezaken.

1.2. Gedaagde drijft een energie-adviesbureau. Hij is een concurrent van eiseres.

1.3. Op 26 april 2006 heeft gedaagde per e-mail klanten van eiseres benaderd. Daarin wordt hun aangeraden om hun contracten met eiseres op te zeggen. Bij deze e-mail is een standaard opzegbrief aan eiseres als bijlage opgenomen.

1.4. Op 15 juni 2006 heeft gedaagde klanten van eiseres opnieuw per e-mail benaderd. Deze e-mail luidt onder meer als volgt:

*'Zoals u wellicht heeft gemerkt zijn de gasprijzen die de diverse leveranciers dagelijks aanbieden, de laatste twee weken fors gestegen. Dit heeft alles te maken met de prijsformule-aanpassingen door de Gasunie in de formule  $x*P+y*G+z$ . Deze formule bepaalt uiteindelijk uw gasprijs (in 2007) voor al het gas dat u niet tegen een vaste gasprijs heeft gekocht of gaat kopen.*

*NIFE Energie-advies is er vrij zeker van dat de Gasunie binnen nu en één of enkele weken (of dagen!!!) nog één of meerdere verhogingen in deze formules door gaat voeren. Dit zou betekenen dat de formule voor u als klant een stuk onvoordeliger zou gaan worden. Vandaar dat wij onze klanten en eventuele toekomstige klanten op het hart willen drukken om binnen nu en enkele dagen deze prijsformule vast te zetten (fixeren). Vanaf dat moment bent u gevrijwaard van verdere stijgingen in deze formule. Voor de duidelijkheid: u zou op dat moment slechts de index-prijsformule vastleggen, u koopt dus nog niets in tegen een vaste prijs! Maar gezien de te verwachten veranderingen (lees: stijgingen) in deze formule, acht NIFE Energie-advies het meer dan zinvol om de huidige formule zeer spoedig vast te zetten*

*Wij hebben bij een aantal leveranciers de huidige prijsformule voor 2007 opgevraagd én opgevraagd wat klanten bij die betreffende leveranciers moeten betalen aan landelijke transportkosten (dienstenkosten). Hierbij hebben wij uiteindelijk vier grote leveranciers nader vergeleken. Wat blijkt daaruit? Eén van de grootste leveranciers in de tuinbouwsector, namelijk AgroEnergy/Eneco blijkt voor nagenoeg elke klant véél duurder te zijn met haar landelijke dienstenkosten (= landelijke kosten + flexibiliteitskosten) in 2006 dan de drie andere leveranciers. Men kan of wil op dit moment ook géén (indicatieve) tarieven bekend maken voor 2007 terwijl alle andere leveranciers dat wél doen. Hierdoor kunnen wij 2007 niet vergelijken tussen AgroEnergy en andere leveranciers maar wij verwachten niet dat AgroEnergy volgend jaar opeens een stuk*

goedkoper is dan de andere leveranciers. Helaas is het bij AgroEnergy niet mogelijk om een prijsformule vast te leggen voor volumes kleiner dan 10.000.000. m3, terwijl dit bij de andere leveranciers wél mogelijk is.

De goedkoopste leverancier die voor onze tuinbouwklanten uit het vergelijk naar voren kwam heeft aangegeven dat hun dienstenkosten voor 2007 een stuk lager uit zullen vallen dan in 2006 (meer dan 30% korting op de landelijke transportkosten die Gasunie kenbaar maakt), terwijl wij de indruk hebben dat de dienstenkosten van AgroEnergy niet of nauwelijks zullen wijzigen. De overige voorwaarden van deze goedkoopste leverancier zijn ook minimaal net zo marktconform. Daarnaast betaal je bij deze partij géén vastrecht of andere vaste kosten (bijv. intekencosten), terwijl dit bij andere partijen toch snel ook zo'n € 600,00 à € 1.300,00 per jaar bedraagt.

Ons advies is dan ook om voor 2007 een contract af te sluiten bij de leverancier die als goedkoopste uit ons vergelijk is gekomen. Indien ook u hierin geïnteresseerd bent, laat het ons dan zo spoedig mogelijk weten in verband met het één dezer dagen vastzetten van een prijsformule, hetgeen door ons als zéér belangrijk wordt beschouwd.'

1.5. Naar aanleiding van voormelde e-mails heeft de advocaat van eiseres bij brieven van 27 juni, 21 juli en 29 september 2006 gedaagde onder meer verzocht om rectificatie van de e-mail van 15 juni 2006. Gedaagde heeft hieraan geen gehoor gegeven.

## **2. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer**

Eiseres vordert na eisenwijziging - zakelijk weergegeven - gedaagde op straffe van een dwangsom te veroordelen om binnen veertien dagen na dit vonnis onherroepelijk en onvoorwaardelijk de ongeoorloofde vergelijkende reclame te rectificeren, primair op haar website [www.nife-energieadvies.nl](http://www.nife-energieadvies.nl), subsidiair in de landelijke agrarische vakbladen Bloemisterij, Groente en Fruit en Nieuwe Oogst en meer subsidiair per mail, volgens de volgende rectificatie:

*Bij vonnis van (=) 2006 zijn wij door de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage veroordeeld om langs deze weg kennis te geven van het volgende:*

*Op 16 juni 2006 [de voorzieningenrechter begrijpt: 15 juni 2006] hebben wij klanten en relaties van AgroEnergy per e-mail benaderd waarin wij een aantal mededelingen over de indicatieve prijzen voor 2007 hebben gedaan. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter zijn deze mededelingen onjuist en/of onvolledig omdat:*

*- in de mail de vergelijking van de prijzen voor 2007 tussen de vier grote leveranciers op een voor de afnemer niet inzichtelijke en onvolledige wijze met elkaar zijn vergeleken*

*- in deze mail de kosten voor landelijk transport (dienstenkosten) op een niet inzichtelijke en onvolledige wijze met elkaar zijn vergeleken*

*- de claim dat AgroEnergy in 2007 niet goedkoper zal zijn dan de andere energieleveranciers, niet in alle gevallen opgaat*

*- de claim dat de dienstenkosten van AgroEnergy voor 2007 niet of nauwelijks zullen wijzigen, onjuist althans onvolledig is*

*Hoogachtend,*

*NIFE Energie-advies*

Daartoe voert eiseres het volgende aan.

De reclame die gedaagde in de e-mail van 15 juni 2006 maakt is ongeoorloofde vergelijkende reclame, omdat hij de vergelijking waar hij zijn stellingen op doet rusten niet op objectieve wijze wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de energieleveranciers met elkaar heeft vergeleken.

De vergelijking die gedaagde stelt te hebben gemaakt is in het geheel niet onderbouwd. Onduidelijk is tussen welke leveranciers de vergelijking is gemaakt en op basis van welke gegevens. Gedaagde geeft een prijsformule weer, maar hij verzuimt aan te geven waar de grootheden voor staan en welke tarieven door de leveranciers zijn bekendgemaakt.

De argumenten van gedaagde berusten op de tarieven voor de landelijke transportkosten van de Gasunie. De Gasunie is in afwachting van een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Vooralsnog zijn de tarieven voor 2007 vastgesteld op het niveau van 2006. Zodra de uitspraak bekend is zal Gasunie de definitieve tarieven bekend maken. Ten tijde van de e-mail van gedaagde waren de tarieven van Gasunie voor 2007 dus nog niet bekend.

De stelling van gedaagde dat eiseres geen indicatieve tarieven bekend maakte en dus wel duurder zal zijn dan de andere leveranciers, snijdt geen hout. Bij die leveranciers waren de tarieven voor 2007 van Gasunie net zo min bekend als bij eiseres.

De e-mail wekt derhalve de onjuiste suggestie dat klanten van eiseres in alle gevallen beter uit zullen zijn bij één van de andere leveranciers. Eiseres heeft dit jaar meer opzeggers gehad dan voorgaande jaren en zij heeft veel vragen van haar deelnemers gehad naar aanleiding van de stellingen van gedaagde. De e-mail heeft dus negatieve invloed gehad op de keuze van de deelnemers van eiseres.

Gedaagde voert gemotiveerd verweer dat hierna, voorzover nodig, zal worden besproken.

## **3. De beoordeling van het geschil**

3.1. Niet in geschil is dat de e-mail van 15 juni 2006 kan worden gekwalificeerd als vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a Burgerlijk Wetboek (BW) en dat deze uiting dus dient te voldoen aan de eisen zoals gesteld in het tweede lid van dit artikel. Ingevolge het tweede lid van voornoemd artikel dient vergelijkende reclame onder meer niet misleidend te zijn en op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de desbetreffende goederen of diensten, zoals de prijs, met elkaar te vergelijken. Voorts is het ingevolge artikel 6:195 BW aan gedaagde om, gegeven de gemotiveerde betwisting van eiseres, de juistheid van de in de uiting vervatte stellingen of suggesties in een kort geding als het onderhavige aannemelijk te maken.

3.2. Het verweer van gedaagde komt er kort gezegd op neer dat een door hem uitgevoerde vergelijking heeft

uitgevoerd, onder meer bij monde van een van haar medewerkers, dat pas ultimo 2006 valt op te maken of zij inderdaad duurder is geweest dan andere leveranciers, dit als gevolg van een door haar gehanteerde berekeningsmethodiek die uitgaat van een nacalculatie op grond waarvan klanten in aanmerking kunnen komen voor een restitutie. Voorts heeft eiseres toegelicht dat concurrerende leveranciers gebruik maken van andere, onvergelykbare berekeningmethoden. Volgens eiseres kan daarom ook voor 2007 nog geen voorspelling worden gegeven. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft gedaagde het betoog van eiseres niet kunnen weerleggen. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat gedaagde desgevraagd onvoldoende inzicht heeft kunnen verschaffen in de wijze waarop hij de tarieven van de verschillende leveranciers met elkaar heeft vergeleken en met welke concrete feitelijke gegevens. Gedaagde blijkt ook niet te beschikken over een objectief marktonderzoek dat steun biedt voor zijn beweringen.

3.3. Voorshands is gedaagde dan ook niet geslaagd in het bewijs als bedoeld in artikel 6:195 BW. Dat voert tot de conclusie dat sprake is van vergelijkende reclame die niet voldoet aan de voorwaarden zoals opgenomen in artikel 6:194a lid 2 sub a en c BW. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de primaire vordering zal worden toegewezen op na te melden wijze.

3.4. De op te leggen dwangsom zal worden gemaximeerd. Voorts zal worden bepaald dat deze vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.5. Gedaagde zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. De gevorderde nakosten zijn begrepen in de toegewezen kostenveroordeling.

#### 4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- veroordeelt gedaagde om binnen veertien dagen na heden de navolgende rectificatie te plaatsen op haar website [www.nife-energieadvies.nl](http://www.nife-energieadvies.nl), zulks voor de duur van één maand:

*Bij vonnis van 5 december 2006 zijn wij door de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage veroordeeld om langs deze weg kennis te geven van het volgende:*

*Op 15 juni 2006 hebben wij klanten en relaties van AgroEnergy per e-mail benaderd waarin wij een aantal mededelingen over de indicatieve prijzen voor 2007 hebben gedaan. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter zijn deze mededelingen onjuist en/of onvolledig omdat:*

*- in de mail de vergelijking van de prijzen voor 2007 tussen de vier grote leveranciers op een voor de afnemer niet inzichtelijke en onvolledige wijze met elkaar zijn vergeleken;*

*- in deze mail de kosten voor landelijk transport (dienstkosten) op een niet inzichtelijke en onvolledige wijze met elkaar zijn vergeleken;*

*- de claim dat AgroEnergy in 2007 niet goedkoper zal zijn dan de andere energieleveranciers, niet in alle gevallen opgaat;*

*- de claim dat de dienstenkosten van AgroEnergy voor 2007 niet of nauwelijks zullen wijzigen, onjuist althans onvolledig is.*

*Hoogachtend,*

*NIFE Energie-advies*

- bepaalt dat gedaagde een dwangsom verbeurt van € 500,- per dag of dagdeel indien hij niet of niet tijdig aan deze veroordeling voldoet, met een maximum van €50.000,-;

- bepaalt dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging op de wijze zoals onder 3.4 is vermeld;

- veroordeelt gedaagde in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van eiseres begroot op € 1.151,13, waarvan € 816,- aan salaris procureur, € 248,- aan griffierecht en €87,13 aan dagvaardingskosten;

- bepaalt dat indien niet binnen veertien dagen na heden aan deze proceskostenveroordeling is voldaan, wettelijke rente daarover is verschuldigd;

- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst af het meer of anders gevorderde.