

## Hof Arnhem, 20 maart 2007, UPC v KPN



### VERGELIJKENDE RECLAME

#### Minimum voorwaarde

#### Minimum voorwaarde dat duidelijk dient te zijn welke vergelijking wordt gemaakt

Hoewel de vraag of een vergelijkende reclame in een concreet geval geoorloofd is, steeds zal worden bepaald door alle omstandigheden van het geval, stelt het hof voorts voorop dat in alle gevallen wel als minimum voorwaarde geldt dat voor de consument voldoende duidelijk dient te zijn welke vergelijking in een concreet geval wordt gemaakt en daarom onder meer geen gegevens mogen worden weggelaten waarvan in het licht van alle omstandigheden van het betrokken geval vermelding aangewezen is, onder meer omdat de (gemiddelde) consument alleen dan in staat is de inhoud van de reclame-uiting te controleren, hetgeen voor hem noodzakelijk is om zijn keuze te kunnen maken. (...) Het hof is voorshands van oordeel dat in het onderhavige geval de reclame-uitingen niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 6:194a lid 2 BW en dat met name niet aan de minimumvoorwaarde is voldaan dat voor de consument voldoende duidelijk dient te zijn welke vergelijking in een concreet geval wordt gemaakt.

#### Geen zakelijke, neutrale vergelijking

#### Van een zakelijke, neutrale vergelijking is aldus geenszins sprake

Voor zover (nog) van enigerlei vergelijking zou kunnen worden gesproken is deze lacuneus en subjectief gekleurd. Reeds dit maakt de reclameuitingen misleidend.

### MISLEIDENDE RECLAME

#### Slogan "Geen KPN meer nodig"

- Slogan is op zichzelf staande oproep over te stappen en KPN abonnement op te zeggen

Daar komt nog bij dat de enkele door UPC in de reclameuitingen gebruikte slogan "geen KPN meer nodig", alsmede de varianten hierop - waaronder "geen KPN nodig", "KPN heb je helemaal niet nodig", "U heeft geen KPN-abonnement meer nodig" en "KPN opzeggen" - op de wijze waarop daarvan door UPC gebruik is gemaakt, evenmin een vergelijking inhoudt maar een op zichzelf staande uitroep is, waaruit het hof voors-

hands afleidt dat UPC daarmee enkel de kennelijke bedoeling heeft gehad - mede in het licht van de aangeboden "hulp" in het kader van het overstappen - te bewerkstelligen dat klanten van KPN hun abonnement opzeggen en overgaan naar UPC.

- Negatieve inhoud schaadt goede naam van KPN

Gelet op de negatieve inhoud van deze (enkele) uitroep is het hof van oordeel dat daarmee tevens de goede naam van KPN wordt geschaad en dat UPC zich onnodig kleinerend uitlaat over het merk "KPN" en de diensten en activiteiten van KPN.

- Onjuiste suggestie dat KPN mogelijkheid van één pakket niet heeft

Voorts is in dit verband (mede) relevant dat tussen partijen vaststaat dat ook KPN zelf de mogelijkheid van digitale telefonie aanbiedt zonder apart abonnement voor de vaste lijn, bijvoorbeeld door middel van Internet-PlusBellen, waarbij de consument internet en telefonie in één pakket afneemt, maar dat door de in de reclameuitingen gebruikte slogan "geen KPN meer nodig", alsmede de varianten hierop, de (onterechte) suggestie wordt gewekt dat KPN die mogelijkheid niet heeft.

- Impliceert betere kwaliteit

Bovendien impliceert het gebruik van het merk "KPN" op de wijze zoals dat in de reclameuitingen plaatsvindt, gelet op de overige hiervoor geschetste feiten en omstandigheden, dat dit UPC een oneerlijk voordeel oplevert, omdat zij zonder enige concrete onderbouwing de suggestie bij het publiek wekt dat haar betrokken producten kwalitatief veel beter zijn dan die van KPN, waarmee tevens afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van (het merk) KPN.

### PROCESRECHT - MERKENRECHT

#### Bevel tot staking "iedere inbreuk" te algemeen

#### Omvat ook ieder toekomstig gebruik in vergelijkbare reclame

UPC heeft aangevoerd dat het door de voorzieningenrechter gegeven bevel in het dictum onder 5.2 om "iedere inbreuk op de merkrechten van KPN N.V." gestaakt te houden te algemeen en (daarmee) te vergaand is, omdat dit verbod neerkomt op een de facto verbod op ieder gebruik van het merk "KPN" door UPC. Het hof acht deze grief in zoverre gegrond dat het betrokken bevel zo zou kunnen worden gelezen dat (ook) ieder (toekomstig) gebruik van het merk "KPN" door UPC in vergelijkende reclame een inbreuk zou vormen op de merkrechten van KPN N.V., hetgeen - zoals uit het hiervoor (onder 4.2) overwogene volgt - onjuist is.

Vindplaatsen: [boek9](#); IER 2007, nr. 54, p. 195, m.nt. Hoogenraad

#### Hof Arnhem, 20 maart 2007

(Van der Kwaak, Smeeing-van Hees en Van der Pol)

(...)

Arrest

.in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid UPC Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam, appellante, procureur: mr. L Paulus, tegen:

1. de naamloze vennootschap Koninklijke KPN N.V., gevestigd te 's-Gravenhage,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN B.V. (voorheen KPN Telecom B.V.), gevestigd te 's-Gravenhage, geïntimeerden, procureur: mr. E.A. van der Dussen.

### **1 Het geding in eerste aanleg**

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 16 augustus 2006, in kort geding gewezen tussen appellante (hierna te noemen "UPC") als gedaagde en geïntimeerden (hierna afzonderlijk "KPN N.V." respectievelijk "KPN B.V." en gezamenlijk - in enkelvoud - "KPN" te noemen) als eisers. Dit vonnis is in fotokopie aan dit arrest gehecht.

### **2 Het geding in hoger beroep**

2.1 UPC heeft bij exploit van 12 september 2006, hersteld bij exploit van 15 september 2006, aangezegd van voornoemd vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van . KPN voor dit hof. Daarbij heeft UPC tevens twaalf grieven geformuleerd en toegelicht en heeft zij aangekondigd te zullen concluderen dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw recht doende, KPN alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren in haar vorderingen althans haar deze zal ontzeggen. met veroordeling van KPN in de kosten van de procedure in beide instanties. 2.2 Ter rolzitting van 26 september 2006 heeft UPC geconcludeerd overeenkomstig de eis zoals vervat in voormelde exploit. 2.3 Bij memorie van antwoord heeft KPN de grieven bestreden, heeft zij nieuwe producties overgelegd en heeft zij geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, zonodig met verbetering van gronden, met veroordeling van UPC in de Kosten van de procedure in (het hot leest:) hoger beroep.

2.4 Ter terechtzitting van het hof van 5februari 2007 hebben partijen de zaak doen bepleiten, waarbij namens UPC het woord is gevoerd door mr. P.L. Reeskamp, advocaat te Amsterdam, en namens KPN door [mr. R.E. van Schaik](#), eveneens advocaat te Amsterdam, overeenkomstig door hen overgelegde pleitnota's. Aan KPN is tevens akte verleend van de gedane mededeling dat de naam KPN Telecom B.V. per 1 januari 2007 is gewijzigd in de naam KPN B. V.

2.5 Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

### **3 De vaststaande feiten**

3.1 Nu geen grieven zijn aangevoerd tegen de vaststelling van de in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.4 genoemde feiten, gaat ook het hof van die feiten uit. De (ook anderszins) vaststaande feiten komen, voor zover thans relevant, op het volgende neer.

3.2 KPN houdt zich bezig met het aanbieden van telefoon-, internet. en televisiediensten.

Een van de diensten die KPN aanbiedt is de zogenaamde "Voice over IP" ("VoIP"). Hierbij telefoneert de consument via zijn ADSL-internetaansluiting. Hoewel het oude telefoonnummer kan worden behouden, is een vaste telefoonaansluiting niet meer vereist. Bij VoIP kan de consument het oude telefoonabonnement voor de vaste lijn dan ook opzeggen en uitsluitend bellen via zijn ADSL-internetaansluiting.

3.3 UPC (althans haar rechtsvoorgangers) hield(en) zich in het verleden aanvankelijk bezig met de doorgifte van radio en televisie via de kabel. In de loop der jaren heeft UPC haar diensten uitgebreid en houdt zij zich thans eveneens bezig met het aanbieden van televisie-, internet- en telefoondiensten. Bij UPC is het sinds 1997 mogelijk te bellen via haar kabelnetwerk. Aanvankelijk gebeurde dit op analoge wijze. Sinds 2004 is het ook mogelijk bij UPC via de kabel te internetten en/of digitaal te bellen. Zowel bij analoge telefonie via de kabel als bij digitale telefonie via de kabel is geen traditioneel telefoonabonnement, bijvoorbeeld van KPN, vereist.

3.4 In 2006 heeft UPC een grootschalige reclamecampagne gevoerd om haar digitale telefonie- en internetdiensten aan te prijzen. In vrijwel 81 haar reclame-uitingen heeft UPC daarbij gebruik gemaakt van de slogan "geen KPN meer nodig" dan wel van varianten hierop waarin eveneens het merk "KPN" wordt gebruikt, zoals "geen KPN nodig", "KPN heb je helemaal niet nodig". "U heeft geen KPN-abonnement meer nodig" en "KPN opzeggen". Het gaat hierbij om reclame-uitingen op zowel de landelijke als de lokale televisiezenders (Tv-spotjes "Hans bij burens" en "Hans warenhuis"), de radiocommercial die op de landelijke radiostations werd uitgezonden ("Wie van u is de laatste?"), huis-aan-huis mailings ("ADSL. inruilweken") en slogans op websites van of afkomstig van UPC zoals [www.upc.nl](http://www.upc.nl) en [www.adslinruilweken.nl](http://www.adslinruilweken.nl) (producties 4 tot en met 9 bij inleidende dagvaarding in eerste aanleg).

### **4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep**

4.1 In het onderhavige geschil gaat het, voor zover in hoger beroep nog relevant, om de vraag of het gebruik door UPC van de slogan "geen KPN meer nodig", alsmede van varianten hierop - waaronder mede verstaan "geen KPN nodig". "KPN heb je helemaal niet nodig", "U heeft geen KPN-abonnement meer nodig" en "KPN opzeggen" - op de wijze zoals zij dat heeft gedaan in de reclameuitingen die zijn weergegeven in de producties 4 tot en met 9 bij de dagvaarding in eerste aanleg (verder: "de reclameuitingen"), geoorloofd is.

4.2 Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat partijen het erover eens zijn dat in het onderhavige geval sprake is van vergelijkende reclame als bedoeld in artikel 6:194a lid 1 BW en dat vergelijkende reclame geoorloofd is indien wordt voldaan aan de (cumulatief bedoelde) voorwaarden zoals vervat in artikel 6:194a lid 2 BW. Dit laatste impliceert dat de betrokken (vergelijkende) reclame onder meer niet misleidend mag zijn in de zin van artikel 6:194 BW en op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante. con-

troleerbare en representatieve kenmerken van de betrokken diensten met elkaar vergelijkt. De vergelijking moet op zakelijke wijze neutraal tot uitdrukking worden gebracht, terwijl een rationale afweging de conclusie waartoe de vergelijkende reclame leidt, moet steunen. Hoewel de vraag of een vergelijkende reclame in een concreet geval geoorloofd is, steeds zal worden bepaald door alle omstandigheden van het geval, stelt het hof voorts voorop dat in alle gevallen wel als minimumvoorwaarde geldt dat voor de consument voldoende duidelijk dient te zijn welke vergelijking in een concreet geval wordt gemaakt en daarom onder meer geen gegevens mogen worden weggelaten waarvan in het licht van alle omstandigheden van het betrokken geval vermelding aangewezen is, onder meer omdat de (gemiddelde) consument alleen dan in staat is de inhoud van de reclame-uiting te controleren, hetgeen voor hem noodzakelijk is om zijn keuze te kunnen maken. Ten slotte geldt onder meer dat uit (overwegingen 14 en 15 van) de Richtlijn (EG) nr. 97/55 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn nr. 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PbEG L 290; verder: "Richtlijn 97/55") volgt dat bij vergelijkende reclame die voldoet aan de voorwaarden van deze (in artikel 6:194a lid 2 BW geïmplementeerde) richtlijn geen sprake is van onrechtmatig gebruik van een merk in de zin van de Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten (PbEG L 040); verder: "de Eerste Merkenrichtlijn") en dat voor het gebruik van een merk van een ander in zuiver vergelijkende reclame kan worden aangenomen dat daarvoor een geldige reden bestaat in de zin van (het op zodanig gebruik van toepassing zijnde) artikel 13A lid 1 sub d BMW, nu ingevolge voornoemde (overwegingen uit de) Richtlijn 97/55 voor vergelijkende reclame een "noodzaak" aanwezig wordt geacht.

4.3 Het hof is voorshands van oordeel dat in het onderhavige geval de reclame-uitingen niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 6:194a lid 2 BW en dat met name niet aan de minimumvoorwaarde is voldaan dat voor de consument voldoende duidelijk dient te zijn welke vergelijking in een concreet geval wordt gemaakt.

4.4 Allereerst worden in de reclameuitingen geen wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de betrokken diensten genoemd zoals prijs, duurzaamheid, betrouwbaarheid, snelheid, nauwkeurigheid en/of veiligheid, in elk geval niet voor zover het KPN betreft, zodat het voor de consument onmogelijk is enigerlei rationale afweging te maken en de inhoud van de reclameuitingen te controleren. Evenmin worden (pakketten van) diensten en de daarbij aan beide kanten behorende prijzen op enigerlei wijze concreet genoemd. Van een zakelijke, neutrale vergelijking is aldus geenszins sprake. Voor zover (nog) van enigerlei vergelijking zou kunnen worden gesproken is deze lacuneus en subjectief gekleurd. Reeds dit maakt de reclameuitingen misleidend.

4.5 Daar komt nog bij dat de enkele door UPC in de reclameuitingen gebruikte slogan "geen KPN meer nodig", alsmede de varianten hierop - waaronder "geen KPN nodig", "KPN heb je helemaal niet nodig", "U heeft geen KPN-abonnement meer nodig" en "KPN opzeggen" - op de wijze waarop daarvan door UPC gebruik is gemaakt, evenmin een vergelijking inhoudt maar een op zichzelf staande uitroep is, waaruit het hof voorshands afleidt dat UPC daarmee enkel de kennelijke bedoeling heeft gehad - mede in het licht van de aangeboden "hulp" in het kader van het overstappen - te bewerkstelligen dat klanten van KPN hun abonnement opzeggen en overgaan naar UPC. Gelet op de negatieve inhoud van deze (enkele) uitroep is het hof van oordeel dat daarmee tevens de goede, naam van KPN wordt geschaad en dat UPC zich onnodig kleinerend uitlaat over het merk "KPN" en de diensten en activiteiten van KPN. In dit verband is (mede) relevant dat UPC, voor zover zij met de reclame-uitingen tot uitdrukking heeft willen brengen dat voor het (digitaal) bellen via (de kabel van) UPC geen telefoonabonnement van (onder meer) KPN meer nodig is, had kunnen volstaan met bijvoorbeeld de mededeling dat geen afzonderlijke, vaste (traditionele/analoge), telefoonaansluiting of geen afzonderlijke (traditionele/analoge) telefoonaansluiting via het vaste net meer nodig was en derhalve vermelding van het merk "KPN" achterwege had kunnen laten. Dat dit een volwaardig alternatief is, blijkt ook wel uit de huidige UPC-campagne met de tekst: "Uw huidige telefoonabonnement is overbodig", waarop bij pleidooi (onbestreden) door KPN is gewezen (zie pleitnota in hoger beroep KPN onder 64). Voorts is in dit verband (mede) relevant dat tussen partijen vaststaat dat ook KPN zelf de mogelijkheid van digitale telefonie aanbiedt zonder apart abonnement voor de vaste lijn, bijvoorbeeld door middel van Internet-PlusBellen, waarbij de consument internet en telefonie in één pakket afneemt, maar dat door de in de reclameuitingen gebruikte slogan "geen KPN meer nodig", alsmede de varianten hierop, de (onterechte) suggestie wordt gewekt dat KPN die mogelijkheid niet heeft.

4.6 Bovendien impliceert het gebruik van het merk "KPN" op de wijze zoals dat in de reclameuitingen plaatsvindt, gelet op de overige hiervoor geschetste feiten en omstandigheden, dat dit UPC een oneerlijk voordeel oplevert, omdat zij zonder enige concrete onderbouwing de suggestie bij het publiek wekt dat haar betrokken producten kwalitatief veel beter zijn dan die van KPN, waarmee tevens afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van (het merk) KPN. Ook hierbij neemt het hof maar in het bijzonder in aanmerking dat tussen partijen vaststaat dat ook KPN zelf de mogelijkheid van digitale telefonie aanbiedt zonder apart abonnement voor de vaste lijn en dat door de in de reclameuitingen gebruikte slogan "geen KPN meer nodig", alsmede de varianten hierop, een onjuiste indruk wordt gewekt met betrekking tot de door KPN te leveren diensten.

4.7 Het voorgaande wettigt voorshands de conclusie dat UPC met de reclameuitingen onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig handelt jegens KPN.

4.8 Voor zover UPC in dit verband ten slotte een beroep heeft gedaan op de door artikel 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting, kan het hof UPC hierin evenmin volgen. Die vrijheid mag immers niet op zodanige wijze worden uitgeoefend dat onrechtmatig wordt gehandeld jegens derden, Daarvan is hier blijkens het voorgaande sprake.

4.9 Nu UPC door het gebruik van de slogan "geen KPN meer nodig", alsmede van de genoemde varianten hierop op de wijze zoals zij dat heeft gedaan in de reclameuitingen, onrechtmatig jegens KPN handelt, rechtvaardigt dit dat UPC wordt bevolen dergelijke uitingen te staken en gestaakt te houden.

4.10 UPC heeft aangevoerd dat het door de voorzieningenrechter gegeven bevel in het dictum onder 5.2 om "iedere inbreuk op de merkrechten van KPN N.V." gestaakt te houden te algemeen en (daarmee) te vergaand is, omdat dit verbod neerkomt op een de facto verbod op ieder gebruik van het merk "KPN" door UPC. Het hof acht deze grief in zoverre gegrond dat het betrokken bevel zo zou kunnen worden gelezen dat (ook) ieder (toekomstig) gebruik van het merk "KPN" door UPC in vergelijkende reclame een inbreuk zou vormen op de merkrechten van KPN N.V., hetgeen - zoals uit het hiervoor (onder 4.2) overwogene volgt - onjuist is.

Bovendien heeft ook KPN zelf bij gelegenheid van de pleidooien gesteld dat het haar (enkel) erom gaat een verbod te verkrijgen ten aanzien van de reclameuitingen, welk verbod reeds kan worden gebaseerd op deschending van de in artikel 6:194a lid 2 BW vervatte norm. Het hof zal het dictum van het bestreden vonnis daarom dienovereenkomstig aanpassen en de vraag of in het onderhavige geval sprake is van inbreuk op de merkrechten van KPN N.V., buiten bespreking laten.

4.11 Hetgeen voor het overige door UPC is aangevoerd kan aan het voorgaande - dat meebrengt dat behoudens het hiervoor (onder 4.10) overwogene het hoger beroep niet kan slagen en - niet afdoen, zodat dit buiten bespreking kan blijven.

#### **5 De conclusie**

Het hoger beroep faalt, behoudens voor zover het betreft het dictum van het vonnis onder 5.2. Het bestreden vonnis zal, behoudens op dit punt, waarop het zal worden vernietigd, worden bekrachtigd. UPC zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

#### **6 De beslissing**

Het hof recht doende in hoger beroep in kort geding:

6.1 bekrachtigt het tussen partijen in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 16 augustus 2006, behoudens voor zover het betreft het dictum van het vonnis onder 5.2, en vernietigt dit vonnis in zoverre;

6.2 veroordeelt UPC in de kosten van het geding in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van KPN begroot op €2.682,- voor salaris procureur en op €296,- voor verschotten;

6.3 verklaart de onder 6.2 uitgesproken veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.