

**Vzgr Rb Den Haag, 29 maart 2007, Pretium v KPN**



**En als u niet de laagste kosten voor bellen en ADSL internetten heeft in een maand dan kunt u aanspraak maken op de Pretium Garantie Bellen en Internetten die dubbel het verschil uitbetaalt.**

**RECLAMERECHT**

**Toelaatbaarheid laagste prijsgarantie**

slogan de laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug geen overtreding nu uit arrest af te leiden valt dat een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten in beginsel – (de voorzieningenrechter begrijpt: indien Pretium deze kan waarmaken of indien de reclame-uiting de lading dekt) – toelaatbaar is.

Ook als het zo zou zijn dat het hof het beperkte verbod ook zou willen laten gelden voor reclame-uitingen met vrijwel dezelfde betekenis als de expliciet verboden claim – hetgeen beoordeeld zou moeten worden met als richtlijn hetgeen het hof onder 3.6 (hierboven opgenomen onder 2.13) heeft overwogen – is de slogan de laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug niet als een vrijwel identieke of equivalente reclame-uiting aan te merken. Ook het hof gaat er vanuit dat de in artikel 7 van de algemene voorwaarden van Pretium bedoelde garantie onder de aandacht van het publiek mag worden gebracht. Voorts valt uit het arrest af te leiden dat een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten in beginsel (de voorzieningenrechter begrijpt: indien Pretium deze kan waarmaken of indien de reclame-uiting de lading dekt) toelaatbaar is. De slogan is in dat licht onmiskenbaar meer genuanceerd dan de claim omdat daardoor duidelijk wordt gemaakt dat Pretium niet uitsluit onder omstandigheden niet de goedkoopste te zijn, maar dat zij voor dat geval toezegt (garandeert) het verschil voor haar rekening te nemen, en dat zelfs met de penalty van double damages. Naar voorlopig oordeel staat dan ook buiten twijfel dat het voortgezette gebruik van de slogan niet onder het beperkte verbod valt.

**PROCESRECHT**

**Overtreding specifiek verbod**

Naar voorlopig oordeel is er geen sprake van zodanige equivalentie dat het beperkte verbod is overtreden.

Verboden zijn handelingen, in dit geval te verstaan al aanprijzingen van de in artikel 7 van de algemene voorwaarden besloten garantie, waarvan in ernst niet

betwijfeld kan worden dat zij onder het verbod vallen. Bij de beoordeling weegt mee dat het hof de vangnetbepaling in het oorspronkelijke verbod heeft vernietigd, zonder dat het hof er een ander vangnet voor in de plaats heeft gesteld. Er is dus sprake van een specifiek verbod.

**Geldvordering in kort geding**

Spoedeisend belang niet voldoende gemotiveerd

Dat zij daadwerkelijk in problemen komt omdat zij tijdelijk niet over het bedrag van € 500.000 kan beschikken heeft Pretium niet aannemelijk gemaakt. Nu een geldvordering in geding is, geldt voor het spoedeisend belang een verzwaaarde motiveringsplicht. Pretium heeft in dat licht ook overigens onvoldoende feiten en omstandigheden aangedragen om thans het spoedeisend belang aanwezig te veronderstellen.

Vindplaatsen:

**Vzgr Rb Den Haag, 29 maart 2007**

(Chr.A.J.F.M. Hensen)

(...)

zaaknummer / rolnummer: 283059 / KG ZA 07-237

Vonnis in kort geding van 29 maart 2007

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PRETIUM TELECOM B.V.,

gevestigd te Haarlem,

eiseres,

procureur mr. A. Killan,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

gedaagde,

procureur mr. H. Knijff,

Partijen zullen hierna Pretium en KPN genoemd worden.

**1. De procedure**

Pretium heeft KPN gedagvaard op 5 maart 2007 voor de zitting van 15 maart 2007. Pretium heeft daarbij 6 producties ingebracht. De raadsman van KPN heeft vervolgens laten weten de gehele maand maart verhinderd te zijn en ook niet in de gelegenheid te zijn zich door een kantoorgenoot te laten vervangen. Met toestemming van de voorzieningenrechter heeft KPN er voor gekozen ter zitting te verschijnen in de persoon van haar medewerker mr Kellogg. Ter zitting heeft Pretium haar zaak doen bepleiten door mr Killan en KPN door haar gemachtigde mr M.W. Kellogg, bedrijfsjurist bij KPN. Beiden hebben daartoe een pleitnotitie gehanteerd en overgelegd. KPN heeft 7 producties ingebracht en Pretium heeft nog een aanvullende productie nr. 7 overgelegd. Vonnis is bepaald op 29 maart 2007.

**2. De feiten**

2.1. In 2005 heeft KPN Pretium gedagvaard voor de voorzieningenrechter te Haarlem. In deze procedure stelde KPN zich op het standpunt dat bepaalde reclame-uitingen van Pretium onaanvaardbaar waren. KPN vorderde onder meer diverse verboden en rectificaties. In

deze zaak heeft de voorzieningenrechter op 6 oktober 2005 vonnis gewezen (LJN AU3907).

2.2. KPN had onder meer bezwaar tegen de reclameuitingen van Pretium in verband met artikel 7 van de algemene voorwaarden van Pretium. Door Pretium werd naar die bepaling verwezen met de claim Laagste Kostengarantie en met de slogan de laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug. 2.3. Het hierboven bedoelde artikel 7 van de algemene voorwaarden van Pretium houdt onder meer het volgende in (tekst ontleend aan voornoemd vonnis van 6 oktober 2005):

(...) Indien de Contractant gedurende een volle maand uitsluitend gebruik maakt van de Telefoondienst en Internetsdienst en aantoonbaar dat het verschuldigde bedrag van het telefoonverkeer van die maand hoger is dan het verschuldigde bedrag voor hetzelfde telefoonverkeer in dezelfde maand bij een andere carrier (pre)selectieaanbieder ("CPS aanbieder") of KPN Retail op basis van de reguliere tarieven van deze CPS aanbieder of KPN Retail dan betaalt Pretium Telecom dubbel het verschil exclusief BTW aan de Contractant. (...) Reguliere tarieven zijn tarieven waarvoor geen instel-, vaste- of andere kosten in rekening worden gebracht en welke geen beperkingen kennen in gebruik naar aantal telefoonnummers of binnen tijdsperiodes. (...) Aanspraken op de Laagste Kosten Garantie zullen niet worden gehonoreerd indien de Contractant al eerder aanspraak heeft gemaakt op de Laagste Kosten Garantie op basis van hetzelfde of een gelijksoortig bestemmingsprofiel. Onder bestemmingsprofiel wordt verstaan het patroon van het gebruik van de Telefoondienst, rekening houdend met de bestemmingen waarnaar is getelefoneerd(...)

2.4. In voornoemd vonnis van 6 oktober 2005 heeft de voorzieningenrechter te Haarlem met betrekking tot dit artikel 7 van de algemene voorwaarden van Pretium overwogen (r.o. 5.10):

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

2.5. In meergenoemde procedure vorderde KPN onder meer dat de voorzieningenrechter: Pretium meer in het bijzonder zal verbieden, met onmiddellijke ingang na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, haar Laagste Kosten garantie dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;

2.6. In het dictum van het vonnis van 6 oktober 2005 is onder meer het volgende verbod opgenomen:

7.4. Verbiedt Pretium vanaf de betekening van dit vonnis de garantie als bedoeld in artikel 7 van haar algemene voorwaarden openbaar te maken als "Laagste kostengarantie", alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden.

7.5. Bepaalt dat Pretium een dwangsom verbeurt van € 25.000,- voor iedere dag dat zij in gebreke mocht blijven aan de veroordelingen c.q. het verbod onder 7.1., 7.2. of 7.4. te voldoen, zulks tot een maximum van € 500.000,-.

2.7. Pretium heeft naar aanleiding van het vonnis van 6 oktober 2005 in al haar uitingen aan het publiek de term "Laagste Kostengarantie" verwijderd en vervangen door "Pretium Garantie Voice". De slogan De laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug is Pretium blijven gebruiken.

2.8. Bij deurwaardersexploot van 4 november 2005 heeft KPN vervolgens aanspraak gemaakt op onmiddellijke betaling van een bedrag ad € 425.000 aan verbeurde dwangsommen. KPN verwees hierbij naar overtreding van het verbod zoals geformuleerd onder 7.4.

2.9. Pretium zag hierin aanleiding door middel van een eis in reconventie in een ander door KPN gestart kort geding (dat plaatsvond op 11 november 2005) een executiegeschil aanhangig te maken. Dit kort geding vond andermaal plaats voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem.

2.10. Bij vonnis van 24 november 2005 (LJN AU6845) stond de voorzieningenrechter de door KPN gestarte executie toe, door in r.o. 5.15 te overwegen: Het voorgaande voert tot de slotsom dat de uiting "laagste kosten, anders dubbel het verschil terug" een absolute superioriteitsclaim inhoudt en dat Pretium daardoor handelt in strijd met het vonnis van 6 oktober 2005.

2.11. KPN heeft het vonnis van 24 november 2005 laten betekenen en aanspraak gemaakt op betaling van € 500.000, zijnde het maximum aan te verbeuren dwangsommen. Dit op grond van het tweede deel van het verbod sub 7.4 van het vonnis van 6 oktober 2005, dat Pretium verbood "mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden".

2.12. Pretium heeft daarop op 1 december 2005 het gevorderde bedrag van €500.000 aan KPN overgemaakt. De betaling geschiedde onder protest en onder het voorbehoud dat het bedrag zou worden teruggevorderd, vermeerderd met de verschuldigde wettelijke rente, zodra het gerechtshof te Amsterdam het verbod zou vernietigen. Pretium is in hoger beroep gegaan van het vonnis van 24 november 2005.

2.13. Het hoger beroep heeft geleid tot het arrest van 1 februari 2007 (rolnummer 176/06 KG, B9 3468 (12 februari 2007)). Het hof Amsterdam oordeelde (r.o. 3.6.): Grief 2 in principaal appel richt zich tegen de beslissing van de voorzieningenrechter dat het verbod onder 7.4 mede geldt het doen van mededelingen van gelijke aard of strekking die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden. Uitgangspunt is dat Pretium uit het dictum van het vonnis moet kunnen af-

leiden hoe ver het algemene verbod strekt, hetgeen in het bijzonder klemt nu zij bij overtreding van dit verbod aanzienlijke dwangsommen zal verbeuren. Hierbij moet mede in aanmerking worden genomen dat Pretium in dit geval geen, althans onvoldoende, houvast heeft aan de gronden waarop dit algemene verbod werd gegeven aangezien de rechtsoverwegingen 5.10 en 5.11 van het vonnis in conventie hieromtrent geen uitsluitel bieden. Voorts geldt dat terughoudendheid past bij een algemeen verbod, mede met het oog op het voorkomen van executiegeschillen, en dat KPN bij een dergelijk algemeen verbod een spoedeisend belang moet hebben, omtrent welk belang in hoger beroep niets is gesteld. Een en ander brengt mee dat grief 2 in principaal appel slaagt.

2.14. Een en ander heeft geleid tot de navolgende beslissing van het hof Amsterdam: vernietigt het vonnis in conventie waarvan beroep voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen voor zover in de beslissing in 7.4 is bepaald: "alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden. (...) verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

### 3. Het geschil

3.1. Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten stelt Pretium dat met de vernietiging van het Haarlemse verbod door het hof Amsterdam de rechtsgrond voor KPN's aanspraak op het bedrag van € 500.000 aan dwangsommen met terugwerkende kracht is komen te vervallen. Op grondslag van onverschuldigde betaling vordert Pretium, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van KPN tot betaling van € 500.000 te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 december 2005 tot en met de dag van betaling en met veroordeling van KPN in de kosten van de procedure.

3.2. KPN voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### 4. De beoordeling

4.1. Het verbod luidt na de gedeeltelijke vernietiging als volgt: Verbiedt Pretium vanaf de betekening van dit vonnis de garantie als bedoeld in artikel 7 van haar algemene voorwaarden openbaar te maken als "Laagste kostengarantie". Vernietigd is het gedeelte: "alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden.

4.2. Het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde arrest heeft tot effect dat voor het door de voorzieningenrechter bij vonnis van 6 oktober 2005 opgelegde verbod met terugwerkende kracht de door het hof geformuleerde beperking in aanmerking dient te worden genomen. Betekening is daartoe niet noodzakelijk. Waar het verbod spreekt van betekening wordt bedoeld de betekening van het (eerste) vonnis van 6 oktober 2005 welke de strekking heeft het moment aan te wijzen waarop de bepaalde dwangsom, bij niet-nakoming, voor het eerst verbeurd zal zijn.

4.3. Of hierdoor ook met terugwerkende kracht de aanspraak van KPN op het bedrag van € 500.000 is vervallen is uiteindelijk ter beoordeling aan de bodem-

rechter. De voorzieningenrechter geeft slechts een voorlopig oordeel.

4.4. KPN heeft de dwangsommen geëxecuteerd omdat Pretium de garantie als bedoeld in artikel 7 van haar algemene voorwaarden ook na het verbod openbaar bleef maken door in elk geval het voortgezette gebruik van de slogan de laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug. KPN erkent dat Pretium daartoe niet meer de claim Laagste kostengarantie heeft gehanteerd.

4.5. KPN stelt dat Pretium met het voortgezet gebruik van deze slogan ook het verbod overtreedt zoals het met terugwerkende kracht na gedeeltelijke vernietiging luidt. Ter zitting heeft zij desgevraagd bevestigd dat zij deze slogan als equivalent met de – nog steeds verboden – claim Laagste kostengarantie aanmerkt.

4.6. Naar voorlopig oordeel is er geen sprake van zodanige equivalentie dat het beperkte verbod is overtreden. Verboden zijn handelingen, in dit geval te verstaan al aanprijzingen van de in artikel 7 van de algemene voorwaarden besloten garantie, waarvan in ernst niet betwijfeld kan worden dat zij onder het verbod vallen. Bij de beoordeling weegt mee dat het hof de vangnetbepaling in het oorspronkelijke verbod heeft vernietigd, zonder dat het hof er een ander vangnet voor in de plaats heeft gesteld. Er is dus sprake van een specifiek verbod.

4.7. Ook als het zo zou zijn dat het hof het beperkte verbod ook zou willen laten gelden voor reclameuitingen met vrijwel dezelfde betekenis als de expliciet verboden claim – hetgeen beoordeeld zou moeten worden met als richtlijn hetgeen het hof onder 3.6 (hierboven opgenomen onder 2.13) heeft overwogen – is de slogan de laagste kosten per maand, of u ontvangt dubbel het verschil terug niet als een vrijwel identieke of equivalente reclame-uiting aan te merken. Ook het hof gaat er vanuit dat de in artikel 7 van de algemene voorwaarden van Pretium bedoelde garantie onder de aandacht van het publiek mag worden gebracht. Voorts valt uit het arrest af te leiden dat een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten in beginsel (de voorzieningenrechter begrijpt: indien Pretium deze kan waarmaken of indien de reclame-uiting de lading dekt) toelaatbaar is. De slogan is in dat licht onmiskenbaar meer genuanceerd dan de claim omdat daardoor duidelijk wordt gemaakt dat Pretium niet uitsluit onder omstandigheden niet de goedkoopste te zijn, maar dat zij voor dat geval toezegt (garandeert) het verschil voor haar rekening te nemen, en dat zelfs met de penalty van double damages. Naar voorlopig oordeel staat dan ook buiten twijfel dat het voortgezette gebruik van de slogan niet onder het beperkte verbod valt.

4.8. Voorshands is dan ook aannemelijk dat Pretium op 1 december 2005 onverschuldigd € 500.000 aan KPN heeft betaald

4.9. Een volgende vraag is of een procedure bij de voorzieningenrechter zich leent voor de veroordeling van KPN tot betaling aan Pretium. KPN stelt dat de vordering moet worden afgewezen omdat deze strekt tot betaling van een geldsom. In kort geding past volgens KPN terughoudendheid. Van belang is volgens

KPN met name dat het arrest nog niet onherroepelijk is. Ter zake van het arrest heeft KPN inmiddels een cassatieadvies gevraagd en ontvangen, zij heeft nog tot 29 maart 2007 de gelegenheid in cassatie te gaan. Bovenal betwist KPN de spoedeisendheid van de terugvordering 4.10. De voorzieningenrechter zal zich bij een incasso kort geding terughoudend opstellen. De vordering van Pretium kan slechts worden toegewezen indien uit hoofde van onverwijlde spoed, mede in het licht van de belangen van partijen een onmiddellijke voorziening is vereist. Daarnaast moet de vordering van Pretium voldoende aannemelijk zijn. Hierna beperkt de voorzieningenrechter zich tot de vraag of de vordering van Pretium voldoende spoedeisend is.

4.11. Pretium voert daartoe aan dat zij een relatief klein bedrijf is met 25 werknemers. Het bedrag van € 500.000 is voor haar zeer aanzienlijk. Zij heeft het geld hard nodig om slagvaardig te blijven en de concurrentie van bijvoorbeeld KPN het hoofd te kunnen bieden. Volgens Pretium wordt KPN nu de mogelijkheid geboden om met dat bedrag haar te beconcurreren. Het spoedeisend belang is daarmee gegeven, waar nog bij komt volgens Pretium dat van KPN minst genomen een zelfde urgentie bij de terugbetaling mag worden verwacht als waarmee zij eind 2005 de betaling van de verbeurde dwangsommen bij Pretium heeft afgedwongen.

4.12. Dat zij daadwerkelijk in problemen komt omdat zij tijdelijk niet over het bedrag van €500.000 kan beschikken heeft Pretium niet aannemelijk gemaakt. Nu een geldvordering in geding is, geldt voor het spoedeisend belang een verzwaarde motiveringsplicht. Pretium heeft in dat licht ook overigens onvoldoende feiten en omstandigheden aangedragen om thans het spoedeisend belang aanwezig te veronderstellen.

4.13. Dit voert tot de slotsom dat de vordering van Pretium in elk geval onvoldoende spoedeisend belang heeft en om die reden dient te worden afgewezen.

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

- vast recht 4.732
  - salaris procureur 816
- totaal €5.548

#### **5. De beslissing**

De voorzieningenrechter:

- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt Pretium in de proceskosten, aan de zijde van KPN tot op heden begroot op €5.548;
- verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.