

Vzgr Rb Den Haag, 13 januari 2009, Young City Music v Fresh FM



## RECLAMERECHT

**Misleidende mailing: vergelijkt niet op objectieve wijze relevante, controleerbare en representatieve kenmerken met elkaar**

- gelet op de sterke fluctuering van de luistercijfers en de marktaandeelen van de betreffende radiostations, aan cijfers over de periode september/oktober 2008 - die gelet op de overige cijfers niet representatief geacht kunnen worden voor het jaar 2008 -, geen voorspellende waarde worden toegekend voor wat betreft de periode na 1 januari 2009

Gebleden is dat Fresh FM aan de hand van gegevens over de periode september/oktober 2008 de klanten van City FM ervan heeft proberen te overtuigen dat zij per 1 januari 2009 tot vijftig keer beter af zijn door te adverteren op Fresh FM.

Nog daargelaten dat gebleken is dat in de mailing bij in ieder geval een deel van de geadresseerden belangrijke (bron)gegevens ontbraken, kan, gelet op de sterke fluctuering van de luistercijfers en de marktaandeelen van de betreffende radiostations, aan cijfers over de periode september/oktober 2008 - die gelet op de overige cijfers niet representatief geacht kunnen worden voor het jaar 2008 -, geen voorspellende waarde worden toegekend voor wat betreft de periode na 1 januari 2009. De door Fresh FM gestelde omstandigheid dat Radio Decibel het marktaandeel van City FM niet zonder meer zal evenaren, doet daar niet aan af. Voorts is de mededeling dat de klanten van City FM hun contracten met RPN zonder beperking kunnen laten omzetten, in strijd met de waarheid en daarmee aan te merken als misleidend.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de mailing - hoewel dat wél wordt gesuggereerd - niet op objectieve wijze relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de diensten van enerzijds Fresh FM en anderzijds City FM/Radio Decibel met elkaar vergelijkt. De omstandigheid dat de klanten van City FM geacht mogen worden bekend te zijn met de interpretatie van de cijfers van Intomart, neemt niet weg dat de in de mailing gepresenteerde informatie (deels) onvolledig en niet representatief is, en dat op basis van deze - schijnbaar objectieve - informatie getracht wordt de vaste klanten van City FM te bewegen hun reclamezendtijd elders te betrekken.

Vindplaatsen: LJN: [BG9675](#)

**Vzgr Rb Den Haag, 13 januari 2009**

(R.J. Paris)

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

Vonnis in kort geding van 13 januari 2009,

gewezen in de zaak met zaak- / rolnummer: 326844 / KG ZA 08-1622 van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Young City Media B.V., statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Amstelveen, eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. A. Gabel te Utrecht,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[X] Communications B.V., tevens handelend onder de naam Fresh FM, gevestigd en kantoorhoudende te Zoetermeer,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. J.A.M. van Oers te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Young City Media' en 'Fresh FM'.

### **1. De feiten in conventie en in reconventie**

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 6 januari 2009 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Voor 1 januari 2009 exploiteerde Young City Media een radiostation onder de naam 'City FM'. Vanaf 1 januari 2009 exploiteert zij op dezelfde frequentie een radiostation onder de naam 'Radio Decibel'. Hiertoe heeft Young City Media per die datum de licentierechten op het woord- en beeldmerk Radio Decibel verkregen die tot die datum gehouden werden door de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Radio Formats Nederland B.V. (hierna RFN). Voor de exploitatie van het radiostation van Young City Media is verkoop van reclamezendtijd belangrijk.

1.2. Tot 1 januari 2009 werd de reclamezendtijd voor City FM verkocht door een (voormalige) dochtermaatschappij van Young City Media, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Reclame Partners Nederland B.V. (hierna: RPN). De tussen adverteerders en RPN gesloten contracten hebben (veelal) een looptijd tot na 1 januari 2009.

1.3. Fresh FM exploiteert een radiostation onder de naam 'Fresh FM' en verkoopt hiervoor ook reclamezendtijd.

1.4. Op of omstreeks 15 december 2008 heeft Fresh FM

een mailing (hierna: de mailing) verzonden aan een tachtigtal klanten van City FM waarin de klanten van City FM worden aangespoord de tussen hen en City FM bestaande contracten per 1 januari 2009 te beëindigen en over te stappen naar Fresh FM. De mailing, waarin begrepen het bijgevoegde antwoordformulier, bevatte onder meer de volgende mededelingen:

*"Tot 35 maal meer response als op uw huidige radiocampagne bij City FM voor 75% van de kosten!!!!"*

(...)

*Vanaf 1 januari wordt City FM Radio Decibel. En daar kunt U van profiteren! Hoe? Door uw campagne per 1 januari te stoppen op City FM en over te stappen naar Fresh FM.*

*Waarom? Fresh FM heeft bewezen tot 35 maal meer luisteraars te bereiken dan Radio Decibel, zoals blijkt uit het meest recente luisteronderzoek van Intomart GFK.*

(...)

*Volgens het meest recente luisteronderzoek bereikte Fresh FM tot 35 maal meer luisteraars als Radio Decibel.*

*En als u nu besluit uw huidige contract per 1 januari 2009 te stoppen op City FM (Decibel) en door te gaan op Fresh FM, ontvangt U een introductie korting van 25%. De opzegging van uw contract bij City FM regelen wij voor u.*

*Het enige wat u hoeft te doen is bijgaand antwoordformulier te ondertekenen en te faxen, en de rest verzorgen wij voor U.*

(...)

*Door de overname van City FM per 1 januari 2009 kan uw contract zonder beperking worden omgezet omdat uw contractpartij Reclame Partners Nederland BV niet is overgenomen."*

Voorts bevat de mailing een grafiek met daarin de grafische weergave van een luisteronderzoek van Intomart GFK over de periode september/oktober 2008 met betrekking tot de zenders Radio Decibel, City FM en Fresh FM.

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

### **in conventie**

2.1. Young City Media vordert, zakelijk weergegeven, een en ander op straffe van een dwangsom van € 50.000,- per overtreding:

(i) Fresh FM te bevelen met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden iedere verdere misleidende of onduidelijke mededeling, alsmede ieder verder onrechtmatig handelen jegens Young City Media;

(ii) Fresh FM te bevelen binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Young City Media een duidelijk leesbare en door een registeraccountant gecertificeerde lijst ter beschikking te stellen met daarop alle geadresseerden aan wie de mailing is verstuurd;

(iii) Fresh FM te bevelen binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Young City Media schriftelijk op te geven op welke andere wijze Fresh FM de onrechtmatige uitingen heeft gedaan en tevens een door een registeraccountant gecertificeerde lijst ter beschikking te stellen met daarop de volledige na(a)men en adres(sen) van de ontvangers van deze onrechtmatige uitingen;

(iv) Fresh FM te gebieden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan alle geadresseerden van de mailing een brief te versturen met daarin de in de dagvaarding genoemde tekst en Fresh FM te gebieden tegelijkertijd kopieën van deze brief alsmede een lijst

van alle geadresseerden aan de advocaat van Young City Media te sturen.

2. Daartoe voert Young City Media het volgende aan. stellingen in de mailing zijn onjuist en misleidend. In de mailing vergelijkt Fresh FM zich op ongeoorloofde wijze met Radio Decibel. De mailing bevat een grafiek waaruit zou blijken dat Fresh FM zich baseert op onderzoek van Intomart. Het is echter niet duidelijk hoe deze grafiek tot stand is gekomen en op welke gegevens deze is gebaseerd; ook ontbreekt de bronvermelding. Daarnaast is het gebruikte onderzoek niet representatief, aangezien er sprake is van onvoldoende respondenten. Voorts fluctueren de marktaandelen van de in de mailing genoemde radiozenders sterk. Fresh FM heeft de voor haar gunstigste periode uitgekozen. Daarbij gaat Fresh FM er aan voorbij dat de cijfers van Radio Decibel van voor 1 januari 2009 niet te vergelijken zijn met de situatie na die datum. Per 1 januari 2009 zendt Radio Decibel immers uit op de oude frequentie City FM die groter bereik heeft dan frequentie van het oude Radio Decibel.

slotte is het onjuist dat contracten van de klanten van City FM met RPN zonder beperking kunnen worden omgezet. Door een en ander te suggereren, roept de mailing de klanten van City FM op tot wanprestatie, hetgeen onrechtmatig is jegens Young City Media.

2.3. Fresh FM voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

### **in reconventie**

2.4. Fresh FM vordert, zakelijk weergegeven, een en ander op straffe van een dwangsom van € 50.000,- per overtreding:

(i) Young City Media te gebieden met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden iedere verdere misleidende of onduidelijke (digitale) mededeling, alsmede ieder verder onrechtmatig handelen jegens Fresh FM;

(ii) Young City Media te gebieden met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden iedere publicatie en (digitale) openbaarmaking waarbij luistercijfers van een ander programma of frequentie worden gebruikt dan dit programma Radio Decibel;

(iii) Young City Media te gebieden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Fresh FM een duidelijk leesbare en door een registeraccountant gecertificeerde lijst ter beschikking te stellen met daarop alle geadresseerden aan wie Young City Media haar tarief- en adverteerdersinformatie heeft verstrekt;

(iv) Young City Media te gebieden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Fresh FM schriftelijk op te geven op welke andere wijze Young City Media de onrechtmatige uitingen heeft gedaan en tevens een door een registeraccountant gecertificeerde lijst ter beschikking te stellen met daarop de volledige na(a)men en adres(sen) van de ontvangers van deze onrechtmatige uitingen;

(v) Young City Media te gebieden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan al haar klanten een

brief te versturen met daarin uitsluitend de in de dagvaarding genoemde tekst;

(vi) Young City Media te gebieden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis de vordering onder (i) tot en met (v) op te leggen aan iedere aan haar verbonden rechtspersoon dan wel andere derde die in opdracht van Young City Media reclamezendtijd verkoopt ten behoeve van Young City Media en/of Radio Decibel.

2.5. Daartoe voert Fresh FM het volgende aan.

De door Radio Decibel gebruikte tariefkaart, die bedoeld is om klanten te bewegen op Radio Decibel te adverteren, bevat misleidende reclamemededelingen. Op deze tariefkaart is een vergelijking opgenomen van diverse zenders. Op de tariefkaart wordt ten onrechte gesuggereerd dat Radio Decibel een marktaandeel heeft van 5,5 en Fresh FM een marktaandeel van 0,0%. In de betreffende periode bestond Radio Decibel nog niet en gebruikte een andere zender met een andere naam de betreffende frequentie. Voorts blijkt uit de beschikbare luistercijfers dat in de betreffende periode Fresh FM uiteindelijk hoger scoorde dan Magic FM, de zender die destijds de frequentie van Decibel FM gebruikte.

De aldus door Radio Decibel/Young City Media gedane misleidende reclame-uitingen zijn onrechtmatig jegens Fresh FM.

2.6. Young City Media voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

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

3.1. Tussen partijen staat ter discussie of het verzenden van de mailing door Fresh FM onrechtmatig is jegens Young City Media. In deze procedure dient beoordeeld te worden of de mailing beschouwd moet worden als misleidende reclame in de zin van artikel 6:194a Burgerlijk Wetboek (BW), dan wel of het verzenden van de mailing in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.

3.2. Aangezien de door Fresh FM in tachtigvoud verzonden mailing een algemene circulaire betreft waarin een vergelijking wordt gemaakt tussen Fresh FM enerzijds en Radio Decibel/City FM anderzijds, kan de mailing worden gekwalificeerd als vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a BW. De mailing dient dus te voldoen aan de eisen zoals gesteld in het tweede lid van dit artikel. Ingevolge die bepaling 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. Vergelijkende reclame mag niet leiden tot oneerlijke mededinging waardoor (vaste) klanten van een concurrent ertoe kunnen worden bewogen hun goederen of diensten elders te betrekken. Ingevolge artikel 6:195 BW is het aan Fresh FM om, gegeven de gemotiveerde betwisting van Young City Media, de juistheid van de in de uiting vervatte stellingen of suggesties in een kort geding als het onderhavige aannemelijk te maken.

3.3. Fresh FM heeft tot haar verweer - zakelijk weergegeven - het volgende aangevoerd. Fresh FM heeft met haar mailing bedoeld de klanten van City FM aan de

hand van de toen recentste objectieve gegevens te informeren over de (evident) nadelige gevolgen van de overgang van City FM naar Radio Decibel, aangezien Young City Media heeft verzuimd haar klanten zelf hierover te informeren. Deze klanten zijn geen nietsvermoedende consumenten, doch (veelal) professionele bedrijven die, ongeacht het (in sommige gevallen wegvallen van de bronvermelding) bekend geacht mogen worden met de luistercijfers van Intomart en de interpretatie daarvan. Anders dan Young City Media stelt, zal Radio Decibel niet zonder meer het marktaandeel van City FM overnemen; Radio Decibel zal haar marktaandeel opnieuw, van onderaan de ladder, moeten opbouwen. Daarnaast heeft Young City Media geen belang bij toewijzing van haar vorderingen aangezien zij blijkens het Handelsregister van de Kamer van Koophandel ten tijde van het verzenden van de mailing niet meer handelde onder de naam City FM en aangezien Young City Media evenmin de reclameverkoop van City FM of Radio Decibel verzorgt.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Fresh FM met dit verweer het betoog van Young City Media niet kunnen weerleggen. Hiertoe wordt als volgt overwogen.

3.4. Gebleken is dat Fresh FM aan de hand van gegevens over de periode september/oktober 2008 de klanten van City FM ervan heeft proberen te overtuigen dat zij per 1 januari 2009 tot vijfendertig keer beter af zijn door te adverteren op Fresh FM.

Nog daargelaten dat gebleken is dat in de mailing bij in ieder geval een deel van de geadresseerden belangrijke (bron)gegevens ontbraken, kan, gelet op de sterke fluctuering van de luistercijfers en de marktaandelen van de betreffende radiostations, aan cijfers over de periode september/oktober 2008 - die gelet op de overige cijfers niet representatief geacht kunnen worden voor het jaar 2008 -, geen voorspellende waarde worden toegekend voor wat betreft de periode na 1 januari 2009. De door Fresh FM gestelde omstandigheid dat Radio Decibel het marktaandeel van City FM niet zonder meer zal evenaren, doet daar niet aan af. Voorts is de mededeling dat de klanten van City FM hun contracten met RPN zonder beperking kunnen laten omzetten, in strijd met de waarheid en daarmee aan te merken als misleidend.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de mailing - hoewel dat wèl wordt gesuggereerd - niet op objectieve wijze relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de diensten van enerzijds Fresh FM en anderzijds City FM/Radio Decibel met elkaar vergelijkt. De omstandigheid dat de klanten van City FM geacht mogen worden bekend te zijn met de interpretatie van de cijfers van Intomart, neemt niet weg dat de in de mailing gepresenteerde informatie (deels) onvolledig en niet representatief is, en dat op basis van deze - schijnbaar objectieve - informatie getracht wordt de vaste klanten van City FM te bewegen hun reclamezendtijd elders te betrekken.

3.5. Met betrekking tot het gestelde gebrek aan belang aan de zijde van Young City Media overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Vast staat dat Young City

Media als exploitant van Radio Decibel afhankelijk is van reclame-inkomsten en voorts dat aannemelijk is dat zij naar aanleiding van de mailing van Fresh FM vragen heeft gehad van de adverteerders. De klanten van City FM zijn kennelijk op grond van hun met RPN gesloten contracten gehouden te adverteren op Radio Decibel. Ter zitting heeft Young City Media onweersproken gesteld dat zij tengevolge van de mailing van Fresh FM hinder ondervindt bij het voeren van onderhandelingen met deze klanten over bijvoorbeeld verlenging van de contracten, zodat voldoende aannemelijk is dat Young City Media belang heeft bij de toewijzing van haar vordering. De door Fresh FM gestelde omstandigheid dat geen van de aangeschreven klanten gebruik heeft gemaakt van het in de mailing gedane aanbod, doet daar niet aan af. Wat er verder ook zij van de door Fresh FM gestelde wanprestatie aan de zijde van Young City Media en de aan haar gelieerde vennootschappen, het is niet aan Fresh FM om de klanten van City FM daarover te informeren op de wijze zoals zij dat heeft gedaan.

3.6. Gelet op het voorgaande moet voorshands geoordeeld worden dat Fresh FM niet geslaagd is in het bewijs als bedoeld in artikel 6:195 BW. De mailing was misleidend en onvolledig. 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, hetgeen onrechtmatig geacht moet worden jegens Young City Media.

3.7. Het voorgaande leidt tot de hierna vermelde beslissingen.

De vordering tot het staken en gestaakt houden van ieder andere misleidende of onduidelijke mededeling, is te onbepaald om te worden toegewezen. Hetzelfde geldt voor het gevorderde bevel om schriftelijk op te geven op welke andere wijze Fresh FM de onrechtmatige uitingen heeft gedaan. In deze procedure is niet gesteld of gebleken dat Fresh FM op andere (vergelijkbare) wijze dan door middel van de mailing van 15 december 2008 klanten van City FM heeft benaderd. Young City Media heeft haar vordering met betrekking tot het beschikbaar stellen van een gecertificeerde lijst van geadresseerden van de mailing niet, dan wel onvoldoende onderbouwd, zodat deze eveneens zal worden afgewezen. Toewijsbaar is de voorgestelde rectificatie per brief met de daaraan gekoppelde verzending van kopieën van die brief en een lijst van alle geadresseerden aan de advocaat van Young City Media.

3.8. Oplegging van een dwangsom, als stimulans tot nakoming van de te geven beslissing, is aangewezen. De op te leggen dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd. Voorts zal er worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.9. Fresh FM zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure.

#### **in reconventie**

3.10. Young City Media heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat Fresh FM niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, nu de beweerde onrechtmatige reclame-uitingen door RFN, tot 1 januari 2009 de licentiehouder van Radio Decibel, werden verricht en niet door Young City Media. RFN en Young City Media zijn twee zelfstandige rechtssubjecten. Young City Media handelt in haar visie derhalve niet onrechtmatig jegens Fresh FM.

3.11. Tussen partijen staat vast dat de gewraakte tariefkaart door RFN werd verspreid. Ter zitting is genoegzaam vast komen te staan dat Young City Media en RFN twee verschillende juridische entiteiten zijn, met elk hun eigen rechtspersoonlijkheid. De stelling van Fresh FM dat beide rechtspersonen met elkaar vereenzelvigd moeten worden, volgt de voorzieningenrechter niet. Vereenzelviging van een rechtspersoon met een andere rechtspersoon - of met een natuurlijk persoon - kan slechts onder bijzondere omstandigheden worden aangenomen. De enkele omstandigheid dat een zekere heer [A] in beide rechtspersonen (volledige) zeggenschap heeft, volstaat hiertoe niet. Bovendien is niet, althans onvoldoende gebleken van een zekere mate van verwevenheid van deze rechtspersonen. Daarnaast heeft Fresh FM als verweer in conventie aangevoerd dat Young City Media niet de reclameverkoop verzorgt voor Radio Decibel op grond waarvan Young City Media in die procedure niet-ontvankelijk verklaard zou moeten worden. Deze stelling is in tegenspraak met de onderbouwing van de vordering in reconventie.

3.12. Het voorgaande leidt tot het voorlopige oordeel dat, nog los van de vraag of het gebruik van de tariefkaart onrechtmatig is, Young City Media geen zeggenschap had over dat gebruik en mitsdien op grond daarvan niet onrechtmatig gehandeld heeft jegens Fresh FM. De vorderingen van Fresh FM zullen dan ook worden afgewezen.

3.13. Fresh FM zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure. Gelet op de samenhang tussen de procedures in conventie en in reconventie zullen de kosten voor het salaris van de advocaat in reconventie worden groot op nihil.

#### **4. De beslissing**

De voorzieningenrechter:

##### **in conventie**

- beveelt Fresh FM om binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis aan alle geadresseerden van de mailing van 15 december 2008 een brief te sturen met de volgende inhoud, zonder toevoeging van enig commentaar in welke vorm dan ook, en met gelijktijdige verzending van kopieën van die brief alsmede een lijst van alle geadresseerden aan de advocaat van Young City Media:

*"Geachte heer/mevrouw,*

*U heeft op of omstreeks 15 december 2008 van ons bedrijf een mailing ontvangen waarin wij u het verzoek hebben gedaan om uw lopende radiocampagne per 1*

januari 2009 over te sluiten van City FM naar Fresh FM.

*De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat de inhoud van deze brief misleidend en onvolledig is. Wij verzoeken u dan ook om voornoemde mailing als niet verzonden te beschouwen.*

*Hoogachtend,*

*namens Fresh FM,*

*[naam, ondertekening]."*

- bepaalt dat Fresh FM een dwangsom verbeurt van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat zij nalaat aan genoemd bevel te voldoen, met een maximum van € 100.000,-;

- bepaalt dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging op de wijze zoals onder 3.8 is vermeld;

- veroordeelt Fresh FM in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van Young City Media begroot op € 1.141,80, waarvan € 816,- aan salaris procureur, € 254,- aan griffierecht en € 71,80 aan dagvaardingskosten;

- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst af het meer of anders gevorderde;

**in reconventie**

- wijst de vordering af;

- veroordeelt Fresh FM in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van Young City Media begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en in het openbaar uitgesproken op 13 januari 2009.

-----