

Vzgr Rb Amsterdam, 25 maart 2010, UPC v KPN



RECLAMERECHT – EXECUTIE KORT GEDING

Bestelpagina is reclameuiting

- Alle pagina's van die website richten zich direct tot de consument en er is geen reden om een onderscheid te maken tussen pagina's die algemene informatie over de producten bevatten en de bestelpagina's die evengoed informatie bevatten over die producten.

Als meest verstrekkende verweer in dit verband heeft UPC aangevoerd dat de bestelpagina's niet als een reclame-uiting kunnen worden aangemerkt en dat de regels over misleidende reclame derhalve niet van toepassing zouden zijn. Dit verweer van UPC wordt verworpen, UPC is houdster van de website www.upc.nl en die website kan als één reclame-uiting worden aangemerkt. Een reclame-uiting kan immers worden gedefinieerd als een mededeling bij de uitoefening van een commerciële activiteit ter bevordering van de afzet van goederen of diensten. Alle pagina's van die website richten zich direct tot de consument en er is geen reden om een onderscheid te maken tussen pagina's die algemene informatie over de producten bevatten en de bestelpagina's die evengoed informatie bevatten over die producten.

Vonnis in beginsel overtreden, onduidelijk of dwangsommen zijn verbeurd.

- De conclusie in het executiegeschil is dat met de bestelpagina's als weergegeven in productie 4 van KPN en in productie 23 A en 23 B van UPC sprake is van overtreding van het vonnis van 24 december 2009. Er zijn dan ook - naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter - dwangsommen verbeurd. KPN heeft echter verzuimd duidelijk te documenteren wanneer en hoe lang deze uitingen op het internet hebben gestaan, zodat in dit geding de hoogte van de verbeurde dwangsommen niet kan worden vastgesteld.
- Nu KPN echter nog geen verbeurde dwangsommen heeft aangezegd en dus nog niet vaststaat of zij dat op de juiste wijze gedocumenteerd zal doen, is voor een bevel tot staking of schorsing van de executie geen plaats.

Misleidende commercials UPC

- Voorshands wordt geoordeeld dat de mededeling aan het eind van de commercials (zowel in beeld als van de voice-over) "Al vanaf €4,- extra per maand" misleidend is. Ook hier geldt immers dat het product digitale televisie alleen kan worden afgenomen

in combinatie met het Standaardpakket Radio/TV van €16,80 en dat de werkelijke kosten derhalve €20,80 bedragen. De kleine lettertjes onderaan in beeld die hier melding van maken zijn nagenoeg onleesbaar en bijzonder kort in beeld. Dit neemt de misleiding dan ook niet weg.

Ook het woord "extra" neemt de misleiding niet weg, omdat niet duidelijk wordt hoe hoog het bedrag is waar dit "extra" bovenop komt. Verder geldt dat de commercials zich met name richten op de Digitenne-klienten van KPN, een groep klienten die het bedrag van €16,80 nog niet betalen en ook niet geacht kunnen worden hiervan op de hoogte te zijn.

Vindplaatsen: LJN: [BL9053](#)

Vzgr Rb Amsterdam, 25 maart 2010

(M.Y.C. Poelmann)

VOORZIENINGENRECHTER RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

Zaaknummer/rolnummer: 448158 / KG ZA 10-56 P/MV

Vonnis in kort geding van 25 maart 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid UPC NEDERLAND B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres in conventie bij dagvaarding van 26 januari 2010, verweerster in (voorwaardelijke) reconventie,

advocaat mr. R.J. van Agteren te Amsterdam,

tegen

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

2. de naamloze vennootschap KONINKLIJKE KPN N.V., beiden gevestigd te Den Haag,

gedaagden in conventie,

eiseressen in (voorwaardelijke) reconventie,

advocaten mrs. J.C.H. van Manen en E.S. Rethmeier te Amsterdam.

Partijen zullen hierna UPC en KPN (in enkelvoud) worden genoemd,

1. De procedure

Voor de aanvang ter terechtzitting van 4 februari 2010 is de behandeling van deze zaak verplaatst naar 9 maart 2010.

Ter terechtzitting van 9 maart 2010 heeft UPC gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. KPN heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen, en vervolgens in voorwaardelijke reconventie gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte akte. Daarnaast heeft KPN een vordering in reconventie ingesteld die zich erop richt het bedrag aan maximum te verbeuren dwangsommen, zoals opgenomen in het vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 24 december 2009, te verhogen van €500.000,- tot (naar wordt begrepen) €1.000.000,- (in de akte staat een bedrag vermeld van €1.000.0000,-). Een fotokopie van deze akte zal eveneens aan dit vonnis worden gehecht. UPC heeft de

vorderingen in (voorwaardelijke) reconventie bestreden.

Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Productie 8 van KPN betreft een dvd met daarop twee televisiecommercials van UPC. Omdat het niet mogelijk bleek deze dvd op de rechtbank af te spelen, heeft mr. Rethmeier op 21 maart 2010 op verzoek van de griffier een e-mail gezonden met een link naar waar de desbetreffende commercials op het internet zijn te vinden.

Ter zitting waren - voor zover van belang - aanwezig aan de zijde van UPC mr. B.E.M. van Kessel en mr. Van Agteren en aan de zijde van KPN mr. H.M. Lamers, mr. Van Manen en mr. Rethmeier.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

2.1. UPC en KPN 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 (telefonienetwerk en haar digitale televisiediensten via de ether onder de naam 'Digitenne'. Beide partijen bieden combinaties van hun diensten in pakketten aan.

2.2. Tussen partijen is bij deze rechtbank eerder een kort geding aanhangig geweest waarin KPN optrad als eiseres en UPC als gedaagde. In dat kort geding vorderde KPN onder meer UPC te bevelen zich te onthouden Van vergelijkende en misleidende reclame.

Op 24 december 2009 heeft de voorzieningenrechter vonnis gewezen. In dat vonnis is onder rechtsoverweging 4.6 onder meer het volgende opgenomen:

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 al/een 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 aanbiedingsite, Dat met kleine letters onderaan de aanbiedingsite staat dat het Voordeelpakket al/een 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 gescrol-

led. 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 EW en daarmee onrechtmatig jegens de concurrenten van UPC, die zich eveneens aan de regels omtrent eerlijke reclame dienen te houden. (...)

2.3. In het vonnis van 24 december 2009 is het volgende toegewezen:

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,-. Tot slot is UPC in de proceskosten van KPN veroordeeld.

2.4. KPN heeft het vonnis van 24 december 2009 op 6 januari 2010 aan UPC betekend. Hierbij is UPC bevel gedaan om te voldoen aan de in het vonnis opgenomen veroordelingen met aanzegging dat de dwangsommen zullen worden ten uitvoer gelegd indien niet aan het vonnis wordt voldaan.

3. Het geschil in conventie

3.1. UPC vordert de door KPN aangevangen executie van het vonnis van 24 december 2009 te schorsen en KPN te bevelen om de executie te staken en gestaakt te houden.

Op grond van haar stelling dat KPN zich thans schuldig maakt aan misleidende reclame vordert UPC- kort gezegd - het volgende:

I KPN te verbieden om haar diensten én/of producten of een combinatie daarvan op misleidende wijze aan te

bieden door de werkelijke prijs onvermeld te laten, althans op zodanige wijze dat die werkelijke prijs niet ondubbelzinnig blijkt;

II KPN te verbieden om haar diensten en/of producten of een combinatie daarvan op misleidende wijze aan te bieden, in die zin dat wordt nagelaten essentiële informatie hierover te verstrekken dan wel dat essentiële informatie hierover op onduidelijke wijze wordt gecommuniceerd;

III KPN te bevelen om een rectificatietekst te plaatsen op haar website, die er – kort gezegd- op neerkomt dat zij haar producten op misleidende wijze heeft aangeboden;

IV te bepalen dat KPN een dwangsom verbeurt indien zij in strijd handelt met de onder I tot en met VI gevorderde verboden/bevelen,

Zowel met betrekking tot de executie van het vonnis van 24 december 2009 als met betrekking tot de huidige misleidende reclame-uitingen van KPN vordert UPC KPN te veroordelen in de kosten van dit geding.

3.2. UPC stelt daartoe - samengevat weergegeven - het volgende. Dit kort gedingkan allereerst als een executiegeschil worden aangemerkt in de zin van artikel 438 Rv, IN heeft het vonnis van 24 december 2009 betekenden zich op het standpunt gesteld dat UPC het in dat vonnis onder 5.2 geformuleerde verbod heeft overtreden (het onder 5.1 opgenomen gebod is volgens UPC thans niet in geschil).

UPC hangt derhalve het executeren van dwangsommen boven het hoofd. Zij heeft dan ook een spoedeisend belang bij haar op artikel 438 Rv gestoelde vordering. UPC betwist dat dwangsommen zijn verbeurd; zij heeft zich aan het vonnis van 24 december 2009 gehouden.

In de visie van KPN betreft het in dat vonnis opgenomen gebod/verbod alle diensten van UPC. UPC bestrijdt dit; het vonnismoet restrictief worden uitgelegd en kan dan ook, aldus UPC, geen betrekking hebben op andere pakketten of losse ("stand alone") diensten dan tijdens het vorige kort geding ter sprake gekomen. Toen ging het alleen om het "Alles in één" pakket. De sommaties van KPN en de eis van KPN in dat kort geding, waren ook alleen gericht op het "Alles in één" pakket. Uit vaste jurisprudentie blijkt eveneens dat vonnissen waarin een dwangsom wordt verbonden aan een verbod restrictief moeten worden uitgelegd.

Onmiddellijk na 24 december 2009- en vóór de betekening van het vonnis- heeft UPC de inhoud van haar website www.upc.nl aangepast. KPN heeft nadien, bij monde van haar raadsman, weliswaar gesteld dat uitingen op deze website in strijd zouden zijn met het vonnis van 24 december 2009, maar UPC betwist dit. Subsidiair stelt UPC dat - al zou KPN worden gevolgd in haar ruime uitleg van het vonnis van 24 december 2009 - ook dan, als gevolg van de diverse aanpassingen op de website, geen dwangsommen zijn verbeurd.

Indien en voor zover KPN meent dat UPC- ondanks het voorgaande dwangsommen heeft verbeurd, dient zij concreet en specifiek aan te geven wanneer UPC met welke uiting in strijd heeft gehandeld met het vonnis van 24 december 2009. KPN heeft dit nagelaten, ondanks herhaald verzoek van UPC. Het ligt op de weg

van de executant om te bewijzen dat een verbod is overtreden. Tot slot stelt UPC dat KPN door het aanspraak maken op dwangsommen misbruik maakt van haar recht, omdat KPN zichzelf onttrekt aan het "level playing field". KPN maakt zich schuldig aan misleidende reclame en handelt daardoor onrechtmatig jegens UPC. Tegen dit onrechtmatig handelen richt zich het tweede onderdeel van de vorderingen van UPC.

Met betrekking tot het tweede onderdeel van haar vorderingen heeft UPC het volgende gesteld. UPC is van mening dat de regels die voor haar gelden- en die onder meer blijken uit het eerdere kortgedingvonnis - ook voor KPN dienen te gelden. KPN biedt op haar website www.kpn.com interactieve TV aan voor € 9,95 per maand. Dit aanbod is onvolledig en misleidend. Uit de nadere voorwaarden blijkt namelijk dat de prijs van € 9,95 per maand alleen geldt indien de consument reeds een internetabonnement bij KPN heeft afgesloten. Een dergelijk abonnement kost bij KPN tenminste € 19,95. Deze misleiding wordt niet weggenomen door het gebruik van de recent toegevoegde tekst (in kleine lettertjes) "Excl. Kosten KPN Internet". De prijs van € 9,95 is daarnaast misleidend omdat die prijs maar voor een half jaar geldt. Daarna gaat de consument € 34,95 per maand betalen. KPN biedt op haar website ook nog andere producten op misleidende wijze aan. Zo biedt zij een Internet Basis abonnement aan voor € 15,-, terwijl dit bedrag alleen geldt voor de eerste zes maanden van het abonnement. De door UPC gewraakte uitlatingen zijn te vinden in de producties 18 tot en met 22 van UPC.

Ook bij toewijzing van de vorderingen die zien op de misleidende reclame van KPN heeft UPC een spoedeisend belang. De schade van UPC loopt op, zolang KPN doorgaat met haar onrechtmatig handelen.

3.3. KPN heeft tegen de vorderingen in conventie- samengevat weergegeven het volgende verweer gevoerd. Voor zover dit kort geding een executiegeschil betreft, is KPN van mening dat de uitingen van UPC waarover KPN klaagt vallen onder het vonnis van 24 december 2009. UPC heeft dan ook op grond van dat vonnis dwangsommen verbeurd. Ter zitting heeft KPN zich beperkt tot die uitlatingen van UPC die KPN als producties 4, 5 en 8 in het geding heeft gebracht.

In al die uitlatingen draait het erom dat UPC consumenten misleidt door de maandelijkse kosten voor het Standaardpakket Radio/Tv van € 16,80 die bij de kosten voor de aangeboden diensten moeten worden opgeteld te verdoezelen. Omdat sprake is van "koppelverkoop" ontkomt een consument ook niet aan de (extra) betaling van € 16,80, die bij *elke* door UPC aangeboden dienst moet worden opgeteld. De stelling van UPC dat het vonnis van 24 december 2009 slechts ziet op het Alles in één Voordeelpakket is niet juist. Onder 5.2 van dat vonnis is immers expliciet opgenomen "dan wel andere (combinatie)pakketten", De strekking van het vonnis, zoals blijkt uit rechtsoverweging 4.6, is dat UPC in geen enkel geval en op geen enkele wijze het bedrag van € 16,80 mag verzwijgen of verdoezelen.

Op een aantal bestelpagina's (productie 4 van KPN) vermeldt UPC niet of niet duidelijk dat het desbetref-

fende product alleen beschikbaar is in combinatie met het Standaardpakket Radio/Tv. UPC is in veel gevallen onduidelijk over de totaalprijs die moet worden betaald of noemt de kosten voor het Standaardpakket in het geheel niet.

Ook over de combinatiepakketten (productie5 van KPN) kan worden gezegd dat UPC die op een misleidende wijze presenteert omdat zij het Standaardpakket en de kosten hiervan niet duidelijk vermeldt. Op de desbetreffende pagina's kan een consument zijn eigen pakket samenstellen. Rechts verschijnt het bedrag in beeld dat bij de gekozen combinatie hoort. Daarin is niet het bedrag van €16,80 opgenomen.

Alleen in een brei van kleine lettertjes is onder meer het volgende te lezen: *Naast de genoemde pakketprijs betaalt u altijd het voor u geldende tarief voor het UPC Standaardpakket Radio/TV van max. € 16,80 p/m.*

Tot slot wordt in de televisiecommercials van UPC (productie8) het bedrag van €16,80 verdoezeld. In die commercials maakt UPC reclame voor digitale televisie.

De prijs die hiervoor wordt "gecommuniceerd" is €4,- per maand. Dit is echter (wederom) de prijs exclusief het bedrag van €16,80 per maand. Aan het einde van de reclame is slechts heel kort (één seconde, aldus de raadsman van KPN) in beeld dat het aangeboden product €4,- extra per maand kost, waar bij de woorden "extra per maand" in het niet vallen bij het genoemde bedrag van €4,-. In nog kleinere, nagenoeg onzichtbare, letters wordt vermeld: *UPC Digitale TV is alleen beschikbaar i.c.m. het Standaardpakket Radio/TV(max. € 16,70 per maand).* Dit is misleidend, aldus KPN.

KPN heeft UPC ruim de tijd gegeven om aan het vonnis te voldoen. Toen UPC echter bleef volharden in haar standpunt dat het vonnis slechts zag op het Alles in één Voordeelpakket, is KPN tot betekening overgegaan. Inmiddels heeft UPC het maximum aan dwangsommen (€ 500.000,-) ruimschoots verbeurd. Dat KPN zelfde regels uit het vonnis van 24 december 2009 zou overtreden en om die reden UPC niet aan dit vonnis kan houden is onjuist. De door UPC gewraakte uitlatingen van KPN (producties 18 tot en met 22 van UPC) zijn niet meer actueel. Die uitlatingen zijn (direct na de sommatie van UPC) verwijderd, ook omdat ze niet meer pasten in de marktstrategie van KPN. KPN zegt onvoorwaardelijk toe dat de gewraakte reclameuitingen niet terug zullen keren. Derden die op het internet ten behoeve van KPN adverteren, zijn onmiddellijk door KPN gesommeerd de uitlatingen te staken. UPC heeft dan ook geen spoedeisend belang bij toewijzing van dit gedeelte van de vorderingen. Haar huidige uitlatingen heeft KPN overgelegd als productie 7.

4. Het geschil in (voorwaardelijke) reconventie

4.1. In het geval de voorzieningenrechter in conventie van oordeel is dat de uitlatingen van UPC, zoals opgenomen in de producties 4, 5 en 8 van KPN, *niet* vallen onder het verbod van het vonnis van 24 december 2009, dan stelt KPN in reconventie - kort gezegd - de volgende vordering in:

(1) UPC te verbieden haar (combinatie)pakketten rechtstreeks of door middel van derden op misleidende wijze aan te bieden, in het bijzonder door de prijs van het Standaardpakket Radio/Tv' onvermeld te laten, althans dat pakket, of enig ander met KPN concurrerend product aan te bieden op zodanige wijze dat niet ondubbelzinnig blijkt van de met dat pakket verbonden kosten, zoals de kosten van het Standaardpakket Radio/TV;

(2) een en ander op straffe van dwangsommen;

(3) en met veroordeling van UPC in de kosten van dit geding.

4.2. KPN heeft hiertoe gesteld dat de desbetreffende uitlatingen van UPC (producties 4, 5 en 8) misleidend zijn. Verwezen wordt naar het standpunt van KPN in conventie, weergegeven onder 3.3 van dit vonnis. Bij de commercials van UPC (productie 8 van KPN) geldt nog dat er sprake is van misleidende *vergelijkende* reclame, omdat daarin Digitenne-gebruikers (Digitenne is een product van KPN) worden opgeroepen over te stappen naar digitale televisie van UPC.

4.3. Daarnaast heeft KPN het standpunt ingenomen dat het maximum van € 500.000,- aan verbeurde dwangsommen op grond van het vonnis van 24 december 2009 ruimschoots is behaald; KPN vordert daarom een verhoging van dit bedrag tot €1.000.000,-.

4.4. UPC heeft tegen de vorderingen in reconventie - kort gezegd - het verweer gevoerd dat zij zich niet schuldig maakt aan misleidende (vergelijkende) reclame.

Verwezen wordt naar haar standpunt zoals onder 3.2 weergegeven. Voor het verhogen van het maximum te verbeuren bedrag aan dwangsommen is geen aanleiding. Er zijn geen dwangsommen verbeurd, laat staan dat KPN concreet heeft aangegeven voor welke overtredingen en wanneer.

5. De beoordeling in conventie

5.1. Allereerst zal worden geoordeeld over het door UPC aanhangig gemaakte executiegeschil. In een geschil over de executie van dwangsommen moet worden vastgesteld wat doel en strekking zijn van de veroordeling waaraan de dwangsommen zijn verbonden. Daarbij geldt dat de veroordeling niet verder mag strekken dan ter bereiking van het daarmee beoogde doel. De draagwijdte van een algemeen gegeven verbod dient dan ook in die zin beperkt te worden uitgelegd.

5.2. Bij beantwoording van de vraag of dwangsommen zijn verbeurd moeten vervolgens de na betekening Van het vonnis verrichte dan wel nagelaten handelingen worden getoetst aan het gegeven gebod/verbod. In dit geding is niet in geschil dat UPC naar aanleiding van het [vonnis van 24 december 2009](#) een aantal van haar reclame-uitlatingen heeft gewijzigd en/of verwijderd, met name die uitlatingen die voor KPN aanleiding vormden voor het aanhangig maken van het eerdere kort geding. Volgens UPC heeft zij hiermee tijdig voldaan aan de in dat vonnis opgenomen veroordelingen. KPN is een andere mening toegedaan en is overgegaan tot het doen betekenen van het vonnis en tot het aanzeggen van de dwangsommen.

In het betekeningsexploot van de deurwaarder van 6 januari 2010 zijn echter geen concrete reclame-uitingen van UPC opgenomen die in strijd zouden zijn met het vonnis van 24 december 2009 en op grond waarvan dwangsommen dreigden te worden verbeurd. In dit geding is niet gebleken dat KPN na de betekening van het vonnis aan UPC kenbaar heeft gemaakt met welke specifieke reclame-uitingen het vonnis van 24 december 2009 is overtreden en wanneer die overtredingen zouden hebben plaatsgevonden. In beginsel ligt het op de weg van de executant om een overtreding van een verbod te stellen en vervolgens te bewijzen of aannemelijk te maken. Pas dan kan degene tegen wie de executie zich richt zich behoorlijk verweren tegen die executie.

5.3. De dagvaarding in dit geding is uitgebracht op 26 januari 2010. Op 1 februari 2010 heeft UPC de bij die dagvaarding behorende producties in het geding gebracht. Met haar producties 4 tot en met 16 (nieuwe en gewijzigde reclame-uitingen van UPC op het internet) heeft UPC willen aantonen dat zij niet (meer) in strijd handelt met het vonnis van 24 december 2009. Eveneens op 1 februari 2010 heeft KPN haar akte voorwaardelijke eis in reconventie in het geding gebracht met de daarbij behorende producties 1 tot en met 6. Met die producties heeft KPN willen aantonen dat UPC dwangsommen heeft verbeurd en nog steeds verbeurt. Omdat de aanvankelijke terechtzitting in dit geding is verplaatst van 4 februari 2009 naar 9 maart 2009 en UPC (kennelijk) in de tussentijd haar website heeft gewijzigd, heeft KPN ter zitting de overtredingen op grond waarvan UPC dwangsommen zou hebben verbeurd beperkt tot de door KPN in het geding gebrachte productie 4 (de bestelpagina's van UPC), productie 5 (de pagina's over de combinatiepakketten) en tot de nagekomen productie 8 (de twee televisie-commercials). De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat met de uitlatingen van UPC zoals die blijken uit alle overige producties geen dwangsommen zijn of worden verbeurd en zal zich in het kader van het executiegeschil beperken tot de genoemde producties 4, 5 en 8.

5.4. De producties 4 en 5 betreffen geen *vergelijkende* reclame. De vraag die thans moet worden beantwoord, is of UPC met de desbetreffende uitlatingen het verbod dat ziet op *misleidende* reclame zoals opgenomen onder 5.2 van het vonnis van 24 december 2009 heeft overtreden. Dat verbod is een algemeen geformuleerd verbod om op misleidende wijze (combinatie)pakketten aan te bieden en het moet dan ook, zoals hiervoor overwogen, beperkt worden uitgelegd. Dit betekent echter niet dat het verbod beperkt is tot het "Alles in één Voordeelpakket", nu in het verbod ook wordt genoemd "dan wel andere (combinatie)pakketten".

5.5. Productie 4 betreft de bestelpagina's van UPC. De strekking van het betoog van KPN is dat een consument, die om het even welk product of welk pakket van UPC, via het internet bestelt, op de bestelpagina's aan de rechterzijde van het scherm alleen de bij dat product of pakket behorende prijzen in beeld krijgt, zonder dat daarbij wordt vermeld dat *in alle gevallen* een combinatie met het Standaardpakket Radio/TV van € 16,80 per maand verplicht is. Pas wanneer de consument alle

stappen op het internet heeft doorlopen, wordt hij, aldus KPN, gewezen op het bijkomende bedrag van € 16,80.

Als meest verstrekkende verweer in dit verband heeft UPC aangevoerd dat de bestelpagina's niet als een reclame-uiting kunnen worden aangemerkt en dat de regels over misleidende reclame derhalve niet van toepassing zouden zijn. Dit verweer van UPC wordt verworpen, UPC is houdster van de website www.upc.nl en die website kan als één reclame-uiting worden aangemerkt. Een reclame-uiting kan immers worden gedefinieerd als een mededeling bij de uitoefening van een commerciële activiteit ter bevordering van de afzet van goederen of diensten. Alle pagina's van die website richten zich direct tot de consument en er is geen reden om een onderscheid te maken tussen pagina's die algemene informatie over de producten bevatten en de bestelpagina's die evengoed informatie bevatten over die producten.

5.6. Productie 4 betreft tien screenprints. Overwogen wordt dat op deze tien screenprints, zoals KPN heeft aangevoerd, inderdaad niet is te zien dat het bedrag van € 16,80 bij het totaalbedrag van het gekozen pakket moet worden opgeteld of dat de consument er op andere wijze op wordt gewezen dat hij verplicht is (mede) het Standaardpakket Radio/TV af te nemen en/of wat de extra kosten hiervan zijn.

Voorshands wordt dan ook geoordeeld dat met de tien screenprints het in het vonnis van 24 december 2009 onder 5.2 opgenomen verbod (zoals uitgelegd met inachtneming van overweging 4.6 van dat vonnis) is overtreden. Omdat echter niet vast staat wanneer de screenprints zijn afgedrukt (slechts op twee van de prints is de datum 28 januari 2010 vermeld) en wanneer en hoe lang ze op het internet te vinden zijn (geweest), kan in dit kort geding, dat zich niet leent voor een nader onderzoek naar de feiten, niet worden vastgesteld of (UPC met deze screen prints dwangsommen heeft verbeurd en zo ja tot welk bedrag. Het had op de weg van KPN gelegen - die immers aanspraak maakt op dwangsommen - om een en ander te documenteren. De conclusie dat met de bestelpagina's van UPC het in het eerdere vonnis onder 5.2 opgenomen verbod wordt overtreden, wordt niet anders door de screenprints die UPC als productie 23 in het geding heeft gebracht, Weliswaar blijkt hieruit dat haar bestelpagina's zijn gewijzigd, maar producties 23 A1, 23 A2 en 23 B maken nog steeds niet duidelijk dat de consument verplicht is het Standaardpakket Radio/TV mede af te nemen. In bijvoorbeeld productie 23 B wordt in de rechterkolom twee keer in relatief grote letters vermeld dat de kosten voor het daar bestelde pakket (maandelijks) € 28,80 bedragen, terwijl in kleinere letters is vermeld: "Vaste lage prijs € 28,20 p/m. Kosten incl. Standaard Radio/TV € 45,- p/m".

Alleen van productie 23 C kan voorshands worden gezegd dat die niet in strijd is met het verbod. Daar zijn de kosten van € 16,80 voor het Standaardpakket Radio/TV immers in even grote letters opgenomen als de kosten van het bestelde pakket (€ 28,20) en is in grotere letters het maandelijks totaalbedrag van € 45,- vermeld, Productie 23 B betreft de situatie dat de consument al

klant is bij UPC, productie 23 C betreft de situatie dat de consument nog geen klant is bij UPC. Zoals uit het voorgaande blijkt is dit door UPC gemaakte onderscheid voorshands niet gerechtvaardigd. Ook al neemt een consument reeds het Standaardpakket Radio/TV van UPC van €16,80 af, dan nog dient hij er uitdrukkelijk op te worden gewezen dat hij dit pakket moet blijven afnemen indien hij andere producten bij UPC bestelt en dat de kosten van het Standaardpakket blijven door lopen boven op de kosten van die andere producten.

5.7. Producties 5 A, B en C van KPN betreffen screenprints van www.upc.nl van verschillende pakketten die UPC aanbiedt. Voorshands wordt geoordeeld dat KPN aan de hand van deze producties niet heeft aangetoond dat UPC het in het vonnis van 24 december 2009 onder 5.2 opgenomen verbod heeft overtreden. UPC heeft de desbetreffende pagina's naar aanleiding van dat vonnis voldoende aangepast. Dat zij dit niet tijdig zou hebben gedaan is door KPN niet gesteld. Dat UPC de pagina's heeft aangepast blijkt bijvoorbeeld uit productie 5 A en B. Onder de prijs van €59,- respectievelijk €26,- voor de daar bestelde pakketten staat thans in even grote letters: *"Bovenstaande prijs komt bovenop het Standaardpakket Radio/TV van € 16,80"*. Productie 5 C behelst het "Alles-in-één Voordeelpakket" dat € 45,- kost.

Uit de toevoeging *"Prijs excl. Standaard Radio/TV is € 28,20 p/m"* blijkt indirect dat het bedrag van €45,- inclusief het bedrag van € 16,80 voor het Standaardpakket is.

Weliswaar kan worden gezegd dat de desbetreffende uitlatingen van UPC niet geheel ondubbelzinnig zijn, maar de conclusie dat hier sprake is van misleiding gaat te ver.

5.8. Productie 8 van KPN betreft de twee televisiecommercials van UPC. Partijen verschillen van mening over de vraag of die commercials als een overtreding van het vonnis van 24 december 2009 kunnen worden aangemerkt. Voor beantwoording van die vraag moet de omvang van het onder 5.1 gegeven gebod en van het onder 5.2 gegeven verbod worden bepaald. In de commercials wordt reclame gemaakt voor uitsluitend het product digitale televisie. UPC stelt zich terecht op het standpunt dat het vonnis ook in die zin beperkt moet worden uitgelegd zodat deze commercials voor een stand alone product niet vallen onder het bij voormeld vonnis gegeven gebod of verbod, aangezien ze geen betrekking hebben op (combinatie) pakketten. De omstandigheid dat de klant verplicht is ook het Standaardpakket Radio/TV af te nemen, maakt dit niet anders. Beoordeling van de vraag of de commercials geoorloofd zijn, zal dan ook aan de orde komen bij de bespreking van de- voorwaardelijke eis in reconventie.

5.9. De conclusie in het executiegeschil is dat met de bestelpagina's als weergegeven in productie 4 van KPN en in productie 23 A en 23 B van UPC sprake is van overtreding van het vonnis van 24 december 2009. Er zijn dan ook - naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter - dwangsommen verbeurd. KPN heeft echter verzuimd duidelijk te documenteren wanneer en

hoe lang deze uitingen op het internet hebben gestaan, zodat in dit geding de hoogte van de verbeurde dwangsommen niet kan worden vastgesteld. Nu KPN echter nog geen verbeurde dwangsommen heeft aangezegd en dus nog niet vaststaat of zij dat op de juiste wijze gedocumenteerd zal doen, is voor een bevel tot staking of schorsing van de executie geen plaats.

5.10. Het tweede onderdeel van de vorderingen van UPC betreft- kort gezegd - een aan KPN op te leggen verbod tot het doen van misleidende reclame-uitingen, UPC baseert deze vordering op haar producties 18 tot en met 22 en op de aanvullende producties 26 A en B. UPC maakt KPN hetzelfde verwijt als KPN UPC maakt, te weten dat bepaalde prijs producten worden aangeboden voor een bepaalde prijs zonder daarbij duidelijk te vermelden dat dat product alleen in combinatie met een ander product- waar uiteraard ook voor moet worden betaald- kan worden afgenomen. Voorshands wordt geoordeeld dat het verwijt aan het adres van KPN terecht is. Het aanbod van (bijvoorbeeld) interactieve TV voor (in grote letters) 9,95 per maand, kan als misleidend worden aangemerkt indien daarbij in slechts kleine letters wordt vermeld *"Excl. kosten KPN internet"* en deze kosten niet nader worden genoemd. Omdat KPN deze reclame-uitingen op eerste sommatie van UPC heeft gestaakt, KPN uitdrukkelijk heeft toegezegd deze reclame-uitingen niet meer te zullen doen en zij als productie 7 de (niet misleidende) uitingen in het geding heeft gebracht die zij thans doet, heeft UPC geen spoedeisend belang meer bij toewijzing van deze vorderingen. Hierbij wordt mede in aanmerking genomen dat KPN sommatiebrieven heeft verstuurd naar derden die ten behoeve van KPN de gewraakte uitlatingen eveneens hebben gedaan, inhoudende een bevel tot staking van deze uitlatingen.

5.11. UPC zal als de grotendeels in het ongelijkgestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van KPN, als na te melden.

6. De beoordeling in (voorwaardelijke) reconventie

6.1. Voorzover de uitlatingen van producties 4, 5 en 8 niet onder het verbod van het vonnis van 24 december 2009 zouden vallen, vordert KPN deze uitlatingen alsnog te verbieden.

6.2. Met betrekking tot producties 4 en 5 is hiervoor overwogen dat die uitlatingen in beginsel onder het verbod vallen. Met betrekking tot deze uitlatingen is de voorwaarde waaronder de reconventionele vordering is ingesteld derhalve niet vervuld.

6.3. Productie 8 betreft de twee televisiecommercials van UPC waarin reclame wordt gemaakt voor digitale televisie. De voice-over bij beide commercials begint met: *"Dit is Dennis. Dennis heeft Digtienne."* Omdat Digtienne een product is van KPN, is hier sprake van vergelijkende reclame.

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 eer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, zoals de prijs, met elkaar vergelijkt.

6.4. Voorshands wordt geoordeeld dat de mededeling aan het eind van de commercials (zowel in beeld als van de voice-over) "Al vanaf € 4,- extra per maand" misleidend is. Ook hier geldt immers dat het product digitale televisie alleen kan worden afgenomen in combinatie met het Standaardpakket Radio/TV van €16,80 en dat de werkelijke kosten derhalve €20,80 bedragen. De kleine lettertjes onderaan in beeld die hier melding van maken zijn nagenoeg onleesbaar en bijzonder kort in beeld. Dit neemt de misleiding dan ook niet weg. Ook het woord "extra" neemt de misleiding niet weg, omdat niet duidelijk wordt hoe hoog het bedrag is waar dit "extra" bovenop komt. Verder geldt dat de commercials zich met name richten op de Digitenne-klanten van KPN, een groep klanten die het bedrag van €16,80 nog niet betalen en ook niet geacht kunnen worden hiervan op de hoogte te zijn.

6.5. Op grond van overweging 6.4 zullen de televisiecommercials worden verboden. UPC krijgt thans voorde tweede keer een verbod opgelegd tot het verdoezelen van de verplichting tot het ook nemen van het Standaardpakket Radio/TV en het daaraan verbonden bedrag van €16,80. Hierin wordt aanleiding gezien het verbod, zoals ook is gevorderd, ruim ("Op welke wijze en via welk medium dan ook") te formuleren. Een termijn van drie werkdagen na betekening waarbinnen UPC aan dit vonnis moet voldoen, komt redelijk voor.

6.6. Nu in conventie is overwogen dat niet kan worden vastgesteld tot welk bedrag op grond van het vonnis van 24 december 2009 dwangsommen zijn verbeurd, is er onvoldoende aanleiding het maximum bedrag aan te verbeuren dwangsommen te verhogen van €500.000,- naar €1.000.000,-.

6.7. Omdat partijen over en weer gedeeltelijk in het (on)gelijk zijn gesteld, zullende proceskosten worden gecompenseerd als na te melden.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

7.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

7.2. veroordeelt UPC in de proceskosten van KPN, tot op heden begroot op €263,- aan vastrecht en op €816, aan salaris advocaat,

7.3. verklaart dit vonnis voor wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in reconventie

7.4. verbiedt UPC om na drie werkdagen na betekening van dit vonnis haar (combinatie)pakketten of enig ander met KPN concurrerend product, op welke wijze en via welk medium dan ook, aan te bieden zonder de prijs van het Standaardpakket Radio/TV te vermelden of die pakketten én/of die producten op zodanige wijze aan te bieden dat niet duidelijk en ondubbelzinnig blijkt van alle daaraan verbonden kosten, zoals de kosten van het Standaardpakket Radio/TV.

7.5. bepaalt dat UPC indien zij in strijd handelt met het onder 7.4 bepaalde, aan KPN een dwangsom verbeurt

van €25.000,- per dag of gedeelte van een dag, of van €5.000,- per keer, zulks ter keuze van KPN, tot een maximum van €500.000,-.

7.6. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

7.7. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

7.8. wijst het meer of anders gevorderde af,

Dit vonnis is gewezen door mr. M.Y.C. Poelmann, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Veraart, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 maart 2010.