

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team Handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/593895 / KG ZA 20/501

Vonnis in kort geding van 19 juni 2020

in de zaak van

KPN B.V. te Rotterdam,
eiseres,
advocaten mrs. R.C. de Mol en J.J.E. Bremer te Den Haag,

tegen:

1. **T-Mobile Netherlands B.V.** te Den Haag,
2. **T-Mobile Thuis B.V.**
gedaagden,
advocaten mrs. R.A.C. Stoop en G.S.P. Vos te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'KPN', 'T-Mobile Netherlands' en 'T-Mobile Thuis' (gedaagden gezamenlijk als 'T-Mobile' in enkelvoud).

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding met producties;
 - de conclusie van antwoord met producties;
 - de bij de mondelinge behandeling door beide partijen overgelegde pleitnotities.
- 1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 10 juni 2020. Ter zitting is vonnis bepaald op 24 juni 2020. Het vonnis is bij vervroeging vandaag uitgesproken.

2. De feiten

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

2.1. KPN en T-Mobile zijn aanbieders van internet-, telefoon- en televisiediensten en concurrenten van elkaar in Nederland. Zij hebben beide kenmerkende kleuren die zij hanteren in hun logo en marketing-uitingen. KPN profileert zich met de kleur groen en T-Mobile met de kleur roze. KPN en T-Mobile hebben nog een derde concurrent, Ziggo, die zich profileert met de kleur oranje.

2.2. Op grond van artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet moet een telecomaandbieder haar klanten informeren over prijsverhogingen en deze de mogelijkheid geven een overeenkomst kosteloos tussentijds te beëindigen als een prijsverhoging wordt doorgevoerd.

In artikel 6 lid 4 Van de Beleidsregels kosteloos beëindigingsrecht telecomovereenkomsten van de Autoriteit Consument en Markt is bepaald dat ingeval een aanbieder een voldoende bepaalbare en objectief vast te stellen periodieke prijsverhoging in de overeenkomst met een abonnee heeft opgenomen, die prijsverhoging niet onder reikwijdte van artikel 7.2 Tw valt. Uit de toelichting bij dit artikel blijkt dat een verhoging van de prijs op basis van het inflatiecijfer dat jaarlijks door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) wordt gepubliceerd daarvan een voorbeeld is.

2.3. Op 15 mei 2020 heeft T-Mobile een nieuwe reclamecampagne gelanceerd voor haar vaste internet, tv en telefonie onder de naam "Break-up Weken", gericht op klanten van andere telecomproviders die als gevolg van prijsverhogingen tussentijds hun abonnement mogen beëindigen en kunnen overstappen. In de reclamecampagne wordt aangehaakt bij het thema liefdesrelaties en het beëindigen daarvan. Onderdeel van de campagne zijn twee radiocommercials (hierna: de reclame-uitingen), waarvan de tekst luidt:

"Oh, ik kan me nog zo goed herinneren hoe ik als een blok voor je viel. Je mooie groene winkels, je vlotte verkooppraatjes en dat glimmende modem. Maar dat was vier jaar geleden, en het enige dat ik de afgelopen jaren van je heb gekregen is een hogere prijs."

Herkenbaar? Stap dan nu over naar T-Mobile Thuis tijdens de break-up weken. Tijdelijk met 30 euro voordeel op je activatie. Kijk op t-mobile.nl/thuis of kom gerust langs in jouw T-Mobile shop. Ook nu staan we op gepaste manier voor je klaar."

en:

"Liefde op het eerste gezicht. Ik kan het niet anders omschrijven. Je gultige oranje posters, je vlotte babbel en die lekkere router van je. Maar dat was bijna vijf jaar geleden. Het enige wat ik nu nog van je krijg, is ieder jaar een hogere prijs."

Herkenbaar? Stap dan nu over naar T-Mobile Thuis tijdens de break-up weken. Tijdelijk met 30 euro voordeel op je activatie. Kijk op t-mobile.nl/thuis of kom gerust langs in jouw T-Mobile shop. Ook nu staan we op gepaste manier voor je klaar."

3. Het geschil

3.1. KPN vordert, zakelijk weergegeven, T-Mobile Netherlands en T-Mobile Thuis hoofdelijk te veroordelen:

I. de reclame-uitingen te staken en gestaakt te houden;

II. uitingen over het door KPN doorvoeren van prijsverhogingen, zonder daarbij in dezelfde uiting te wijzen op de door T-Mobile doorgevoerde of door te voeren prijsverhogingen (al dan niet in de vorm van een inflatiecorrectie) te vermelden, inclusief uitingen die dezelfde strekking hebben en/of daarvan zijn afgeleid en/of in voldoende mate daarmee verband houden, met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te houden;

III. op de homepage van haar website www.t-mobile.nl en www.t-mobile.nl/thuis de volgende rectificatie te plaatsen voor de duur van minimaal vier weken, met daaromheen een kader, op een wijze die de gebruiker direct zal opvallen en ook direct, eenvoudig en volledig van de inhoud van de rectificatie zal laten doen kennisnemen:

Op last van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, informeert T-Mobile u als volgt. T-Mobile heeft u ten onrechte voorgehouden dat KPN jaarlijks haar abonnementsprijzen verhoogt en T-Mobile niet. Dat is onjuist. T-Mobile heeft de afgelopen jaren ook stelselmatig haar prijzen verhoogd, soms zelfs meer dan KPN. Daarbij is ook onjuist dat KPN niets anders zou hebben gedaan dan het verhogen van de abonnementsprijzen. KPN heeft tal van verbeteringen voor haar klanten doorgevoerd.

T-Mobile heeft u dus verkeerd voorgelicht. T-Mobile biedt u als consument, en alle andere internetaanbieders, haar excuses aan.

IV. binnen drie werkdagen na de betekening van dit vonnis de hierboven vermelde rectificatietekst, goed verstaanbaar en door een neutrale stem voorgelezen, uit te laten zenden gedurende drie opeenvolgende werkdagen op of omstreeks 12.00 uur op alle radiozenders via welke zij de reclame-uitingen heeft laten uitzenden:

V. om binnen drie werkdagen na de betekening van dit vonnis KPN een overzicht te verstrekken van alle radiozenders via welke zij de reclame-uitingen hebben laten uitzenden en een overzicht te verstrekken van alle ingeplande uitzendingen van de hiervoor gevorderde rectificatie;

alles op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.2. Daartoe voert KPN – samengevat – het volgende aan. Het is evident dat de reclame-uitingen betrekking hebben op KPN en Ziggo. In beide uitingen maakt T-Mobile zich schuldig aan misleidende reclame en onrechtmatige vergelijkende reclame. De expliciete kernboodschap is dat KPN en Ziggo de afgelopen jaren *enkel* hun prijzen hebben verhoogd (en dus niets anders voor hun klanten hebben gedaan). De impliciete kernboodschap van de reclame-uitingen is dat T-Mobile haar prijzen niet heeft verhoogd en dat klanten van KPN en Ziggo dus beter af zijn bij T-Mobile. Beide boodschappen zijn feitelijk onjuist en daarmee onrechtmatig jegens KPN.

3.3. Gedaagde voert verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. KPN richt zich met haar vorderingen tegen beide reclame-uitingen, zoals onder de feiten geciteerd. Nu de reclame-uiting waarin melding wordt gemaakt van oranje posters verwijst naar concurrent Ziggo en niet naar KPN, zullen de vorderingen worden afgewezen voor zover die betrekking hebben op die reclame-uiting. Niet valt in te zien dat die reclame-uiting onrechtmatig is jegens KPN. De reclame-uiting waarin melding wordt gemaakt van de groene winkels (van KPN), zal hierna worden aangeduid als “de reclame-uiting”.

4.2. Op grond van artikel 6:194 BW is het jegens een concurrent – kort gezegd – onrechtmatig om misleidende reclame-uitingen te doen. Verder volgt uit artikel 6:194a BW – kort gezegd – dat vergelijkende reclame waarbij een concurrent wordt genoemd (slechts) geoorloofd is als de reclame, wat de vergelijking betreft, niet misleidend is en op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de goederen of diensten met elkaar vergelijkt. Artikel 6:195 BW houdt ten aanzien van vorderingen die op grond van artikel 6:194 BW en 6:194a BW worden ingesteld een omkering van de bewijslast in. Dit betekent dat degene van wie de reclame-uitingen

afkomstig zijn, de juistheid en volledigheid van de feiten die in de uiting zijn vervat zal moeten bewijzen, of – in het bestek van een kort geding – aannemelijk zal moeten maken. Ten slotte volgt uit artikel 6:196 lid 1 BW dat in het geval van ongeoorloofde (vergelijkende) reclame, naast een verbod ook rectificatie kan worden gevorderd.

4.3. Bij de beoordeling van de vraag of een reclame misleidend of onrechtmatig vergelijkend is, moet getoetst worden hoe de zogenoemde “maatman” de reclame zal begrijpen. De maatman moet worden aangemerkt als de gemiddelde consument en is gemiddeld geïnformeerd, omzichtig en oplettend.

4.4. Vaststaat dat T-Mobile het product van KPN vergelijkt met dat van haarzelf. De opmerking over de mooie *groene* winkels maakt dat zonder meer duidelijk, nu KPN zich profileert met de kleur groen. T-Mobile heeft dat ook erkend.

4.5. KPN stelt zich op het standpunt dat de reclame-uiting ten onrechte meldt dat zij enkel haar prijs steeds heeft verhoogd en dus niets anders voor haar klanten heeft gedaan. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de reclame-uiting op dit punt niet misleidend is. Het is evident dat KPN diensten heeft geleverd aan haar klanten en dat de opmerking dat klanten alleen een hogere prijs hebben gekregen in de afgelopen jaren dus niet letterlijk moet worden opgevat. De maatman zal begrijpen dat de boodschap van T-Mobile is dat KPN de afgelopen jaren niet meer heeft gedaan dan wat van haar mag worden verwacht als telecomprovider.

4.6. KPN heeft aangevoerd dat zij in de afgelopen jaren tal van verbeteringen heeft doorgevoerd, maar volgens T-Mobile zijn dat slechts verbeteringen geweest die (minimaal) noodzakelijk zijn voor elke provider om haar diensten te kunnen blijven leveren. Of dat zo is, kan de voorzieningenrechter niet beoordelen. De overgelegde gegevens bieden in ieder geval onvoldoende houvast om er van uit te kunnen gaan dat KPN meer heeft gedaan dan dat wat van elke provider kan worden verwacht voor haar normale dienstverlening. T-Mobile heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de concurrenten van KPN op de Nederlandse markt dezelfde innovaties hebben doorgevoerd. Daarbij komt nog dat KPN niet heeft weersproken dat de prijs het belangrijkste vergelijkingspunt is voor de consument om een keuze te maken voor een telecomprovider. De reclame-uiting als geheel legt het accent dan ook op de verschillen in prijs en niet zozeer op de verschillen in innovatie. Ook dat is voor de maatman duidelijk. Dat T-Mobile onder deze omstandigheden niet de nuance in de reclame-uiting heeft gemaakt dat KPN wel degelijk diensten levert aan haar klanten, is niet misleidend.

4.7. Partijen twisten daarnaast over de vraag of uit de reclame-uiting volgt dat T-Mobile de afgelopen jaren geen prijsverhoging heeft toegepast. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de maatman de reclame-uiting zo zal opvatten. Weliswaar wordt in de reclame-uiting niet met zoveel woorden gezegd dat T-Mobile haar prijzen niet verhoogt, maar dat impliceert de tekst wel. De prijsverhogingen bij KPN worden als reden genoemd om over te stappen naar T-Mobile. Het verweer van T-Mobile dat zij met de reclame-uiting slechts claimt een gunstiger prijsbeleid te hebben dan KPN, kan niet worden gevolgd. Daarvoor is van belang dat de prijsverhogingen bij KPN in het geheel niet worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld als willekeurig of buitensporig. De boodschap van de reclame-uiting is dat als de consument er genoeg van heeft om elk jaar “een hogere prijs” te krijgen, die consument moet overstappen naar T-Mobile. Dat suggereert dat consumenten bij T-Mobile niet jaarlijks “een hogere prijs” krijgen en dus dat T-Mobile haar prijzen niet verhoogt.

4.8. T-Mobile past jaarlijks een inflatiecorrectie toe en de aanpassing van prijzen met (uitsluitend) een inflatiecorrectie is ook aan te merken als een prijsverhoging. Een inflatiecorrectie leidt tot een hoger te betalen bedrag voor de consument. Daarnaast volgt uit de wijze waarop een en ander verwoord is in artikel 6 lid 4 van de Beleidsregels kosteloos beëindigingsrecht telecomovereenkomsten van de Autoriteit Consument en Markt dat ook een inflatiecorrectie een prijsverhoging is. Dat de maatman – zoals T-Mobile betoogt – in een reclame over prijsverhogingen aan aanvullende, andere prijsverhogingen zal denken dan aan inflatiecorrecties, is niet aannemelijk geworden. In de markt van telecombedrijven wordt voornamelijk op prijs geconcentreerd, zoals T-Mobile zelf ook heeft aangevoerd, en consumenten laten zich in overwegende mate door de hoogte van de prijs leiden. Dat het voor consumenten relevant is of het te betalen bedrag wordt verhoogd door een inflatiecorrectie of door een andersoortige prijsverhoging, lijkt – zonder nadere onderbouwing – dan ook niet waarschijnlijk.

4.9. Het voorgaande brengt mee dat de reclame-uiting onjuist is. De reclame-uiting is ook misleidend en de omstandigheid dat de reclame-uitlating gelet op het thema en de toon overduidelijk overdreven en humoristisch is bedoeld, vormt geen rechtvaardiging voor misleiding. De onjuistheid over prijsverhogingen misleidt de consumenten of kan hen misleiden en door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden.

4.10. T-Mobile heeft aangevoerd dat radio vooral een aanrijzend medium is en geen bron op basis waarvan de consument daadwerkelijk beslist over te stappen. Wat daar ook van zij, dat neemt de onrechtmatigheid van de reclame-uiting niet weg. Voor de misleiding is niet vereist dat de consument daadwerkelijk is beïnvloed door de mededeling, maar slechts dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de maatman te kunnen misleiden. Het gaat er dus om of een mededeling op zichzelf genomen een misleidend karakter heeft (HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162) en dat is hier het geval. De verwijzing in de reclame-uiting naar de website (en winkel) van T-Mobile is slechts een algemene verwijzing die de consument niet voldoende duidelijk attendeert op een voor hem nadelige nuancering van de boodschap over prijsverhogingen in de reclame-uiting.

4.11. De voorzieningenrechter moet vervolgens beoordelen wat de vaststelling dat de reclame-uiting onjuist en misleidend is voor consequenties heeft in het licht van de vorderingen van KPN.

4.12. T-Mobile heeft betoogd dat KPN geen belang heeft bij haar vorderingen ten aanzien van T-Mobile Netherlands. T-Mobile Netherlands houdt zich uitsluitend bezig met mobiele telefonie, terwijl de reclame-uitzending ziet op de vaste diensten van T-Mobile Thuis, aldus T-Mobile. Dat verweer slaagt niet, omdat KPN voldoende heeft gemotiveerd dat ook T-Mobile Netherlands nauw betrokken is bij de gewraakte campagne, zodat moet worden aangenomen dat KPN belang heeft bij toewijzing van de vorderingen tegen beide gedaagde entiteiten.

4.13. KPN vordert allereerst een bevel om de reclame-uiting te staken en gestaakt te houden. Die vordering zal worden afgewezen, omdat die achterhaald is door de feiten. T-Mobile heeft ter zitting verklaard dat het gebruik van de reclame-uitzending na 7 juni jongstleden is gestaakt en dat zij niet voornemens is de reclame-uiting opnieuw te gaan gebruiken. Dat laatste heeft KPN niet in twijfel getrokken. Partijen twisten over de vraag of

T-Mobile eerder had kunnen bewerkstelligen dat de reclame-uitzending niet meer zou worden uitgezonden op de radio, maar die discussie is niet relevant voor de beoordeling van de voorliggende vorderingen, die slechts kunnen gelden voor de toekomst.

4.14. De voorzieningenrechter ziet wel aanleiding om T-Mobile te gebieden tot rectificatie over te gaan. Ondanks dat in een vonnis van de voorzieningenrechter van 21 mei 2019 (ECLI:NL:RBDHA:2019:5716) al is geoordeeld dat de suggestie van T-Mobile dat zij haar prijzen niet verhoogt onjuist en misleidend is, heeft T-Mobile wederom reclame gemaakt die deze suggestie bevat. KPN heeft ook belang bij een rectificatie. De prijsverhogingen die KPN gaat doorvoeren, gaan in vanaf de maand juli en consumenten hebben tot eind juni de mogelijkheid om hun overeenkomst met KPN kosteloos tussentijds te beëindigen. Dat maakt dat KPN spoedeisend belang heeft bij het (voordien) rectificeren van de hiervoor geconstateerde misleiding. Dat KPN in de visie van T-Mobile voortvarender had kunnen procederen, maakt dat niet anders.

4.15. T-Mobile heeft terecht betoogd dat een rectificatie enkel is bedoeld om een eerdere onjuiste uiting te corrigeren. De rectificatie die T-Mobile zal moeten plaatsen zal dan ook, zoals in het dictum omschreven, kort en zakelijk van aard zijn. De rectificatie zal enkel op de homepage van de website www.t-mobile.nl/thuis dienen te worden geplaatst, nu dat de website is waarnaar de reclame-uiting verwijst. T-Mobile zal de rectificatie dienen te plaatsen binnen 48 uur na de betekening van dit vonnis, tot en met 30 juni 2020, en aldus binnen de periode waarin consumenten dit jaar de mogelijkheid hebben hun overeenkomst met KPN kosteloos te beëindigen. 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.

4.16. De vordering tot rectificatie zal worden afgewezen voor zover die uitzending van de rectificatietekst op radiozenders omvat. De doeltreffendheid van een dergelijke wijze van rectificeren is zeer ongewis, omdat een uitzending van de boodschap kortdurend is en de kans zeer klein is dat met het driemaal uitzenden daarvan precies die luisteraars worden bereikt die eerder door de reclame-uiting zijn misleid. Daarbij komt nog dat informatie over de intensiteit van de radiocampagne ontbreekt, zodat volstrekt onduidelijk is hoe verstrekkend een gebod voor T-Mobile is tot rectificatie op alle bij de campagne gebruikte radiozenders. Met de afwijzing van dit deel van de vordering komt het belang van KPN te vervallen aan de vordering die strekt tot het verkrijgen van inzage in alle radiozenders waarop de reclame-uiting te horen is geweest, alsmede tot inzage in alle ingeplande uitzendingen van de rectificatie. Ook die vordering zal dus worden afgewezen.

4.17. De omstandigheid dat T-Mobile ondanks het oordeel over de ontoelaatbaarheid van een eerdere reclame-uiting opnieuw een grens heeft overschreden en nog steeds vindt dat zij niets verkeerd heeft gedaan, brengt eveneens mee dat de voorzieningenrechter het gevorderde verbod zal toewijzen tot het doen van nieuwe uitingen over prijsverhogingen bij KPN, zonder daarbij in dezelfde uiting te wijzen op de door T-Mobile doorgevoerde of door te voeren prijsverhogingen, al dan niet in de vorm van een inflatiecorrectie. Een dergelijk verbod is voldoende concreet en beperkt de mogelijkheid van T-Mobile niet tot het op een correcte wijze voeren van concurrentie en het juist informeren van consumenten. Anders dan T-Mobile veronderstelt, wordt hiermee niet verboden om consumenten te informeren over prijsverschillen en verschillen in prijsverhogingen tussen KPN en T-Mobile, voor zover daarvan daadwerkelijk sprake is. Een verbod tot het doen van uitingen “die dezelfde strekking hebben en/of daarvan zijn afgeleid en/of in voldoende mate daarmee verband

houden" zal niet worden opgelegd. Dat verbod is onvoldoende concreet geformuleerd en toewijzing daarvan zal leiden tot executieproblemen.

4.18. T-Mobile zal, als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. veroordeelt T-Mobile Netherlands en T-Mobile Thuis hoofdelijk op de homepage van de website www.t-mobile-thuis.nl de volgende rectificatie te plaatsen, binnen 48 uur na de betekening van dit vonnis en zichtbaar te houden tot en met 30 juni 2020, met daaromheen een kader, op een wijze die de gebruiker direct zal opvallen en ook direct, eenvoudig en volledig van de inhoud van de rectificatie zal laten doen kennismaken:

Op last van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, informeert T-Mobile u als volgt. T-Mobile heeft consumenten in een radiospot ten onrechte voorgelhouden dat T-Mobile – anders dan KPN – haar prijzen niet verhoogt. Dat is onjuist. T-Mobile heeft de afgelopen jaren een inflatiecorrectie toegepast en ook dat is een prijsverhoging.

5.2. veroordeelt T-Mobile Netherlands en T-Mobile Thuis hoofdelijk om met onmiddellijke ingang gestaakt te houden uitingen over het door KPN doorvoeren van prijsverhogingen zonder daarbij in dezelfde uiting te wijzen op de door T-Mobile doorgevoerde of door te voeren prijsverhogingen, al dan niet in de vorm van een inflatiecorrectie;

5.3. bepaalt dat T-Mobile een dwangsom verbeurt van € 25.000,-- voor elke dag of elk dagdeel dat zij niet aan de veroordelingen onder 5.1. en 5.2. voldoet, met een maximum van € 500.000,--;

5.4. veroordeelt T-Mobile in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van KPN begroot op € 1.728,60, waarvan € 980,-- aan salaris advocaat, €656,-- aan griffierecht en € 92,60 aan dagvaardingskosten;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Vetter en in het openbaar uitgesproken op 19 juni 2020.

hvd



Voor grosse/afschrift

19 JUN 2020

De grimer

[Handwritten signature]