

IN NAAM DER KONINGIN !

SR/MV

vonnis 17 november 2005

RECHTBANK IN HET ARRONDISSEMENT AMSTERDAM VOORZIENINGENRECHTER IN KORT GEDING VONNIS

in de zaak met nummers 327710 / KG 05-2108 SR van:

1. de naamloze vennootschap KONINKLIJKE KPN N.V.,
 2. de besloten vennootschap KPN TELECOM B.V.,
- beide gevestigd te Den Haag,
e i s e r e s s e n bij concept-dagvaarding,
✓ procureur mr. R.E. van Schaik,

tegen:

de besloten vennootschap TISCALI B.V.,
gevestigd te Naarden,
g e d a a g d e , vrijwillig verschenen,
procureur mr. M.J. Heerma van Voss.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Ter terechtzitting van 3 november 2005 hebben eiseressen, verder in enkelvoud te noemen KPN, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte concept-dagvaarding. Gedaagde, verder te noemen Tiscali, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.
 - a. KPN biedt telecomdiensten aan. Zij is rechthebbende op het woordmerk 'KPN'. Tiscali is een internetdienstverlener. Een van de diensten die zij aanbiedt is de mogelijkheid om via een ADSL internetaansluiting te bellen en gebeld te worden.

b. Tiscali voert op dit moment een campagne waarin zij reclame maakt voor haar ADSL internetabonnement in combinatie met een telefoonabonnement. Met ingang van 24 oktober 2005 zendt zij via vrijwel alle televisieomroepen verschillende reclamespotjes uit. Daarnaast zendt Tiscali een aantal zogenaamde 'tag-on' commercials uit van vijf seconden en maakt zij reclame op haar website (www.tiscali.nl).

c. Aanvankelijk zijn in de onder b genoemde reclamecampagne (onder meer) de volgende uitlatingen gedaan:

- *altijd gratis bellen*
- *geen kpn meer nodig*
- *bespaar 300,- per jaar*
- *Tiscali ADSL + telefonie € 24,95 per maand.*

Bij de uitlating *altijd gratis bellen* en bij de uitlating *24,95 per maand* zijn, zowel in de commercials als op de website, zogenaamde disclaimers opgenomen. Bij de uitlating *bespaar 300,- per jaar* is op de website een rekenvoorbeeld opgenomen.

d. Bij brief van 26 oktober 2005 heeft KPN Tiscali onder meer het volgende bericht:

(...)

Tiscali openbaart via diverse media voor haar multiplay-aanbod voor ADSL en telefonie de absolute reclame-uitingen "altijd gratis bellen" en "bespaar 300,- Euro per jaar". Met deze uitingen misleidt Tiscali de consument. KPN verzet zich hiertegen.

(...)

Met deze reclame-uiting informeert Tiscali de consument op onjuiste en daardoor misleidende wijze. Tiscali handelt hiermee in strijd met art. 6:194 BW en art. 6:194a BW en daarmee onrechtmatig jegens KPN.

Ik verzoek en zonodig sommeer ik u om mij voor **donderdag 27 oktober 2005, 12.00 uur** te bevestigen dat Tiscali bovengenoemd onrechtmatig handelen jegens KPN per direct zal staken en gestaakt zal houden. (...).

e. De onder 1d genoemde brief is door de raadsman van Tiscali beantwoord bij fax van 27 oktober 2005. In deze fax is onder meer het volgende opgenomen:

(...)

TV-commercials

Clïente heeft geconstateerd dat met betrekking tot de uitlating "*altijd gratis bellen**", de bijbehorende disclaimer:

" naar vaste nummers in Nederland, m.u.v. betaalde servicenummers, lees de actievoorwaarder!"*

slechts in één van de drie versies van de TV-commercials niet was vermeld, terwijl zij daartoe aan het reclamebureau wel de opdracht had gegeven.

In deze versie van de TV-commercials komt tevens de gesproken uitlating "*u heeft geen KPN meer nodig en u bespaart 300 Euro per jaar*" voor.

Clïente heeft besloten om deze versie van de TV-commercials niet meer uit te zenden. (...)

Website

Clïente heeft tevens geconstateerd dat met betrekking tot de uitlating "*altijd gratis bellen **", de bijbehorende disclaimer "*naar vaste nummers in Nederland, m.u.v. betaalde servicenummers*" niet op alle website pagina's (waar deze uitlating staat) stond vermeld of slechts onvolledig stond vermeld.

Cliënte heeft dit al deels aangepast (...) en zal de rest aanpassen in de loop van morgenochtend.

Tevens heeft cliënte besloten om de claim "bespaar 300 per jaar" of soortgelijke claims te wijzigen in "bespaar gemiddeld 300 per jaar" dan wel "bespaar vele euro's per jaar" dan wel in soortgelijke claims.

Tot slot heeft cliënte besloten om in het rekenvoorbeeld de uitlating "Geen KPN meer nodig" te verwijderen, en tevens de tekst daarin als volgt aan te passen:

"Bij gemiddelde kosten voor ADSL en Telefontie bespaar je bij Tiscali al gauw 300 Euro per jaar (...)"
(...)

Nu met betrekking tot de uitlating "altijd gratis bellen" de disclaimer overal volledig is opgenomen, is voor het publiek (de gemiddelde consument) het nu meer dan duidelijk dat deze uitlating alleen geldt voor de vaste telefoonnummers in Nederland, met uitzondering van de betaalde servicenummers, en dat de uitlating niet geldt voor bellen naar mobiele nummers en internationaal bellen.

Nu de uitlating "bespaar 300 per jaar" en het 'rekenvoorbeeld' zijn dan wel worden aangepast, zoals hiervoor besproken, waarbij voortaan wordt gesproken over een gemiddeld bedrag en gemiddelde kosten, zijn deze aangepaste uitlatingen evenmin als misleidend aan te merken. Te meer daar deze aangepaste uitlatingen ook worden onderbouwd door de representatieve Heliview-onderzoeken, waaruit deze gemiddelde cijfers blijken.

f. Bij fax van 1 november 2005 heeft de raadsman van Tiscali de raadsman van KPN onder meer het volgende bericht:

Bij deze laat ik u weten dat cliënte gisteren al heeft besloten om met betrekking tot de uitlating € 24,95 in haar TV-commercial (inclusief tag-ons) en in haar website de disclaimer: "eerste 3 maanden" dan wel de uitlating als volgt aan te passen "De eerste 3 maanden € 24,95 per maand"

Dit is al gisteren uitgevoerd op haar website www.tiscali.nl.

Met betrekking tot de tag-on die u mij vrijdag heeft gestuurd, heeft cliënte besloten deze en een soortgelijke tag-on aan te passen. Daarin zal de uitlating "Bespaar 300 Euro per jaar" worden gewijzigd in "Bespaar gemiddeld 300 per jaar".
(...)

De TV-commercial en de tag-ons zullen zo spoedig mogelijk worden aangepast (...).

2. Thans vordert KPN – kort gezegd – Tiscali te bevelen op straffe van een te verbeuren dwangsom van € 25.000,- per dag:
 - a. de onder 1c genoemde uitlatingen (zowel in de commercials als op de website) te staken en gestaakt te houden;
 - b. het doen van mededelingen
 - (i) die stellen of suggereren dat bellen bij Tiscali altijd gratis is, en/of
 - (ii) die stellen of suggereren dat de consument – al dan niet in vergelijking met KPN – (gemiddeld en/of al gauw) € 300,- bespaart, en/of
 - (iii) die stellen of suggereren dat de gemiddelde kosten voor de consument – al dan niet bij KPN – voor ADSL en telefonie € 60,- per maand bedragen, en/of
 - (iv) waarbij prijzen van Tiscali worden vermeld die onjuist en/of onvolledig zijn, en/of
 - (v) waarbij prijzen van KPN worden vermeld die onjuist en/of onvolledig zijn, en/of
 - (vi) waarbij gemiddelde kosten voor de consument voor ADSL en telefonie onjuist en/of onvolledig zijn weergegeven

te staken en gestaakt te houden;

c. iedere inbreuk op het merk KPN te staken en gestaakt te houden;

d. op de website van Tiscali een rectificatie op te nemen met de tekst:

Recentelijk hebben wij een televisiecommercial uitgezonden waarin wij hebben medegedeeld dat bellen bij Tiscali altijd gratis is en dat u € 300,- bespaart bij ADSL en bellen bij Tiscali.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam heeft geoordeeld dat deze mededelingen misleidend zijn en dat wij daarmee onrechtmatig hebben gehandeld jegens KPN. Tiscali B.V.

e. om de onder d opgenomen rectificatietekst op alle televisiezenders waarop de commercials zijn uitgezonden eenmalig te laten uitzenden, met dezelfde tijdsduur als de betreffende commercials;

f. schriftelijk opgave te doen aan de raadsman van KPN van alle tijdstippen en televisiezenders waarop de commercials zijn uitgezonden.

3. KPN stelt hiertoe – samengevat weergegeven – dat op grond van artikel 6:194 BW het doen van misleidende reclame-uitingen onrechtmatig is. De reclame-uitingen van Tiscali zijn om meerdere redenen onjuist of onvolledig en dus misleidend. Daarnaast voldoet Tiscali, vanwege het misleidende karakter van haar uitlatingen, niet aan de voorwaarden die artikel 6:194a BW stelt aan vergelijkende reclame. KPN lijdt als gevolg hiervan schade en zij heeft derhalve een spoedeisend belang bij haar vorderingen. Ten aanzien van de verschillende mededelingen van Tiscali voert KPN het volgende aan:
- a. De mededeling *altijd gratis bellen* is (was) (vrijwel) ongeclausuleerd. Dit is misleidend, omdat uit de voorwaarden van Tiscali blijkt dat het bellen naar betaalde servicenummers, naar het buitenland en naar mobiele nummers niet gratis is. Van de aangepaste disclaimer die thans in de commercials te zien is, zijn de letters te klein en bovendien is die disclaimer te kort in beeld. Die disclaimer maakt dan ook niet dat de uitlating *altijd gratis bellen* niet misleidend zou zijn. Bovendien kan de huidige disclaimer niet wegnemen dat in het verleden onrechtmatig is gehandeld.
- b. Dan de uitlating *bespaar 300 euro per jaar*. Deze uitlating werd in één adem genoemd met de uitlating *geen KPN meer nodig*. De uitlating *bespaar 300 euro per jaar* is onjuist en ongemotiveerd. Alleen op sommige plaatsen op de website wordt deze uitlating aan de hand van een rekenvoorbeeld gemotiveerd. In dit rekenvoorbeeld beroept Tiscali zich op (een) rapport(en) van Heliview Marktonderzoek (hierna Heliview). Deze rapporten kunnen alleen tegen betaling van € 2.000,- worden opgevraagd. De claim is derhalve niet (ook niet op andere wijze) controleerbaar voor de consument. Bovendien trekt Tiscali uit het rapport van Heliview onjuiste conclusies. Uit het rapport kan namelijk niet worden afgeleid dat de gemiddelde consument (bij KPN) thans € 60,- per maand betaalt aan telefonie en ADSL, hetgeen volgens KPN ook niet klopt, zodat die gemiddelde consument ook geen € 300,- op jaarbasis zal besparen. Als het al juist zou zijn dat een gemiddelde consument € 60,- per maand betaalt, dan is dit inclusief bellen naar mobiele nummers en bellen naar het buitenland. Deze kosten (bij de gemiddelde KPN-klant betreft dit 52% van alle gesprekskosten) zijn in de aanbieding van Tiscali uitgesloten, zodat Tiscali appels met

peren vergelijkt. De aangepaste uitlating van Tiscali, dat men *gemiddeld of al gauw* € 300,- bespaart, kan nog steeds als misleidend worden aangemerkt. In het aangepaste rekenvoorbeeld op de website van Tiscali is vermeld: "Als uw gemiddelde kosten ongeveer 60 Euro zijn, kunt u wellicht gemiddeld 300 Euro per jaar besparen bij Tiscali." Het is misleidend aan de hand hiervan te stellen dat de consument gemiddeld € 300,- per jaar bespaart. Dat Tiscali de besparing van € 300,- niet langer in één adem noemt met de uitlating *geen KPN meer nodig*, is naar de mening van KPN onvoldoende. Overigens is ook de mededeling *geen KPN meer nodig* op zichzelf onjuist. Weliswaar heeft de consument KPN niet langer nodig als telefoon- of internetaanbieder, maar Tiscali heeft KPN nog wel degelijk nodig als netwerkbeheerder.

c. Verder is ook de mededeling *€ 24,95 per maand* misleidend. Het betreft een aanbieding die slechts gedurende de eerste drie maanden geldt. Daarna stijgt het tarief tot € 34,95 per maand. Dit is in strijd met artikel 6:194 BW. Van de bijbehorende disclaimer, die te zien is in sommige van de commercials, zijn de letters te klein en bovendien is die disclaimer te kort in beeld. Die disclaimer maakt dan ook niet dat de uitlating *€ 24,95 per maand* niet misleidend zou zijn.

d. Op grond van artikel 6:195 BW rust op Tiscali de bewijslast terzake van de juistheid van de (vergelijkende) reclame-uitingen. Dit is met name van belang bij de mededeling van Tiscali dat men (gemiddeld of al gauw) € 300,- per jaar bespaart.

e. Tot slot maakt Tiscali met de uitlating *geen KPN meer nodig* inbreuk op het merkrecht van KPN in de zin van artikel 13 A lid 1 sub d BW. Er is geen noodzaak dat Tiscali het merk van KPN op deze wijze gebruikt; er is dus ook geen geldige reden voor dit gebruik. Zoals hiervoor onder b gezegd, is de mededeling op zichzelf ook onjuist.

4. Tiscali heeft – samengevat weergegeven – het verweer gevoerd dat consumenten bij Tiscali pas sinds twee maanden kunnen beschikken over ADSL en/of telefonie zonder dat daarbij een abonnement van KPN is vereist. Tiscali wil de consumenten hierover en over haar concurrerende prijzen informeren. Dit is feitelijk alleen maar mogelijk door middel van vergelijkende reclame. Consumenten willen nu eenmaal weten wie de goedkoopste aanbieder is. In de telecommarkt kan vergelijkende reclame alleen plaatsvinden op basis van gemiddelde abonnements- en belkosten van de gemiddelde consument.
- a. Nu Tiscali in de commercials zowel bij de uitlating *24,95 per maand* als bij de uitlating *altijd gratis bellen* de bijbehorende disclaimers heeft aangepast, kan niet van misleiding worden gesproken. De disclaimers zijn lang genoeg en voldoende duidelijk in beeld. Het is ook gebruikelijk om disclaimers op deze wijze in beeld te brengen. Wanneer ze groter of langer worden afgebeeld, gaat dit ten koste van de hoofdboodschap.
- b. Verder heeft Tiscali zowel in de commercials als op haar website de uitlating *bespaar 300 Euro per jaar* gewijzigd in *bespaar gemiddeld 300 Euro per jaar* en is het bijbehorende rekenvoorbeeld op de website aangepast. Ook hier is geen sprake van misleiding. Het rekenvoorbeeld klopt en maakt inzichtelijk hoe de claim van Tiscali tot stand is gekomen. Aan de hand van hun eigen gegevens kunnen consumenten hun eigen rekenvoorbeeld opstellen. Niet is vereist dat consumenten over de Heliview-rapporten

beschikken. Als deze eis gesteld zou worden zou dit feitelijk het einde van vergelijkende reclame betekenen. Uit de rapporten is gebleken dat de gemiddelde maandelijkse kosten voor ADSL en telefoon ongeveer € 60,- bedragen. Van de totale gesprekskosten wordt 9% besteed aan bellen naar mobiele nummers en 4% aan bellen naar het buitenland. Deze percentages liggen dus veel lager dan KPN beweert. De Heliview-rapporten zijn representatief en wetenschappelijk onderbouwd. Het rekenvoorbeeld kan niet in de commercials worden opgenomen. Dit maakt niet uit omdat een consument, wil hij zich bij Tiscali aanmelden, toch de website van Tiscali moet bezoeken.

c. KPN beroept zich ten onrechte op haar merkrecht. Tiscali heeft een geldige reden, namelijk vergelijkende reclame. Alleen wanneer Tiscali het merk van KPN op een denigrerende wijze zou gebruiken, zou dit niet geoorloofd zijn. Daarvan is hier geen sprake nu de uitlating *geen KPN meer nodig* feitelijk juist is. Verder kan in dit geval artikel 13 A lid 7 BMW analoog worden toegepast. Op grond hiervan mag een derde het merk gebruiken wanneer dit nodig is om de bestemming van de waar, met name als accessoire of onderdeel, aan te geven.

Beoordeling van het geschil:

5. In het onderhavige geschil gaat het om de vraag of Tiscali zich met haar reclame-campagne op televisie en met de uitlatingen die zij doet op haar website onrechtmatig gedraagt of heeft gedragen jegens KPN in die zin dat zij misleidende mededelingen doet (of heeft gedaan) als bedoeld in artikel 6:194 BW en om de vraag of Tiscali hiermee in strijd handelt (of heeft gehandeld) met de voorwaarden die in artikel 6:194a BW worden gesteld aan vergelijkende reclame.
6. Artikel 6:194a BW bepaalt onder meer dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn en op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de desbetreffende goederen of diensten met elkaar dient te vergelijken. De vergelijkende gegevens moeten juist en volledig worden vermeld. Uit het artikel volgt dat de gemiddelde consument moet kunnen nagaan of de vergelijking zakelijk in orde is. Als maatstaf heeft in dit verband te gelden de intelligentie en het voorstellingsvermogen van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, hierna aan te duiden als de gemiddelde consument. Met andere woorden en toegespitst op de onderhavige zaak: ingevolge de artikelen 6:194 en 6:194a BW mag Tiscali consumenten niet op het verkeerde been zetten. De bewijslast dat dit niet het geval is, rust ingevolge artikel 6:195 BW op Tiscali.
7. De bezwaren van KPN tegen de uitlatingen van Tiscali zullen hierna puntsgewijs worden besproken. Daarbij zullen de verschillende onderdelen niet alleen op zichzelf maar ook in onderling verband en samenhang worden gezien. Eveneens speelt een rol via welk medium (internet of televisie) een uitlating wordt gedaan. De gemiddelde consument die

de website van Tiscali bezoekt, zal dit doen op een moment dat het hem uitkomt en kan hiervoor net zoveel tijd nemen als hij nodig acht. Een commercial op televisie duurt daarentegen een beperkt aantal seconden. De commercials en "tag-ons" van Tiscali zijn bovendien indringend; zij kenmerken zich erdoor dat in snel tempo en in korte tijd een groot aantal verschillende mededelingen wordt gedaan, door middel van "dots", de voice-over, de acteurs en de onder in beeld gebrachte disclaimers. Ook voor de vraag of de commercials en "tag-ons" onrechtmatig zijn kan niet ieder onderdeel op zichzelf worden beschouwd. Het gaat om het samenhangende beeld zoals dit bij de gemiddelde consument, na het bekijken van de commercials, zal blijven hangen.

8. *Altijd gratis bellen*

Deze uitlating is en was te zien in de commercials en op verschillende websitepagina's. Aanvankelijk heeft Tiscali op een aantal plaatsen bij deze uitlating de disclaimer *M.u.v. betaalde servicenummers en o.b.v. een Fair Use Policy* getoond. Na sommatie door KPN heeft Tiscali bij alle uitlatingen de volgende disclaimer getoond:

Naar vaste nummers in Nederland, m.u.v. betaalde servicenummers, lees de actievoorwaarden.

De tekst van de aanvankelijke disclaimer is onjuist en dus misleidend nu hieruit kan worden afgeleid dat bellen naar mobiele nummers en naar het buitenland ook gratis is (en dit volgens de actievoorwaarden van Tiscali niet het geval is). KPN heeft, nu de desbetreffende disclaimer is aangepast, niet langer bezwaar gemaakt tegen de tekst van die disclaimer. Het bezwaar van KPN is dat de disclaimer in de commercials te kort en onvoldoende duidelijk in beeld is, zodat de mededeling om die reden als misleidend kan worden aangemerkt. Dit bezwaar is voorshands terecht. Weliswaar is het gebruikelijk dat disclaimers naar verhouding kort en met kleine letters in beeld komen, maar de desbetreffende disclaimer valt in het geheel van mededelingen weg en wordt daardoor niet opgemerkt. De gemiddelde consument wordt afgeleid door het grote aantal mededelingen dat tegelijkertijd op indringende wijze wordt gedaan. Daar komt bij dat de mededeling luidt *altijd gratis bellen* en op dit *altijd* een drietal ingrijpende uitzonderingen wordt gemaakt (namelijk bellen naar betaalde servicenummers, mobiele nummers en het buitenland). Dat het hier ingrijpende uitzonderingen betreft volgt onder meer uit de eigen stellingen van Tiscali dat 14% van de belkosten van de gemiddelde consument aan bellen naar mobiele nummers en bellen naar het buitenland wordt besteed. Tiscali kan ook om die reden niet volstaan met de thans gebruikte disclaimer. Zij dient, zoals reeds overwogen, haar (reclame)mededeling zo in te richten dat de gemiddelde consument niet op het verkeerde been wordt gezet. Nu echter niet duidelijk is waar die consument aan toe is, te weten gratis bellen naar vaste nummers in Nederland met uitzondering van betaalde servicenummers, gebeurt dit wel. De desbetreffende mededeling, zoals die in de commercials wordt gedaan, is dan ook misleidend. Het feit dat in één van de aangepaste commercials één van de acteurs nog zegt *altijd gratis bellen naar vaste nummers in*

Nederland, maakt in het geheel van mededingen de mededeling *altijd gratis bellen*, niet minder misleidend. De misleiding geldt niet voor de mededeling zoals die op de website wordt gedaan, nu ervan kan worden uitgegaan dat de gemiddelde consument, wanneer hij die website bezoekt, hiervoor aanmerkelijk meer tijd neemt dan de vijf of 25 seconden die een commercial duurt. Bij een bezoek aan de website zal het de gemiddelde consument wel duidelijk worden hoe de vork in de steel zit.

9. *24,95 per maand*

Ook deze uitlating is te zien in de commercials en op de verschillende websitepagina's. In de commercials toont Tiscali bij deze uitlating thans de disclaimer:

De eerste drie maanden € 24,95 per maand. Lees de actievoorwaarden.

KPN heeft tegen de tekst van deze disclaimer geen bezwaar; haar bezwaar richt zich, net als onder 8 weergegeven, tegen de wijze van in beeld brengen. Ook dit bezwaar is voorshands terecht. Net als onder 8 overwogen valt de disclaimer door de wijze waarop deze wordt getoond in het niet bij alle overige mededelingen die worden gedaan. De mededeling *24,95 per maand* is bovendien een bijzonder absolute mededeling, absolueter dan bijvoorbeeld de mededeling *de eerste drie maanden 24,95*. Wanneer in ogenschouw wordt genomen dat een consument die voor Tiscali kiest voor veel langer dan drie maanden aan Tiscali vastzit, vormt de disclaimer hier niet, zoals normaal het geval, de uitzondering op de hoofdregel. De hoofdregel hier (lees: het hoofdaanbod) is € 34,95 per maand na de eerste drie maanden en dit volgt niet uit de mededeling. De inhoud van de mededeling en de inhoud van de disclaimer zijn hier verwisseld. Ook hierdoor wordt de consument op het verkeerde been gezet. Daarom is het op deze wijze tonen van de mededeling *24,95 per maand* in de commercials misleidend. Dit geldt, om dezelfde reden als onder 8 overwogen, niet voor de website van Tiscali.

10. *Geen KPN meer nodig*

Met deze uitlating beoogt Tiscali potentiële klanten te informeren over het feit dat het thans mogelijk is bij haar te telefoneren (een telefoonabonnement af te sluiten) zonder dat hij of zij daarvoor KPN nodig heeft. Dit is (relatief) nieuw. Tot enkele jaren geleden was KPN monopolist op het gebied van telefonie. Toen de zogenaamde carrier preselect diensten hun intrede deden, diende de consument nog steeds over een KPN-abonnement te beschikken en konden alleen de gesprekken via die nieuwe diensten worden gevoerd en afgerekend. Nu het feit dat consumenten KPN niet langer nodig hebben een nieuw tijdperk inluidt en tevens als belangrijke informatie kan worden aangemerkt voor de gemiddelde consument, staat het Tiscali vrij consumenten hierover te informeren, zolang dat gegeven nog geen gemeengoed is. De mededeling van Tiscali is feitelijk ook juist en kan praktisch gezien alleen maar worden gedaan door (het woordmerk van) KPN te gebruiken. Tiscali doet de mededeling verder op neutrale en voor KPN niet denigrerende wijze, waarbij nog van belang is dat zij de mededeling niet langer doet in één adem met de mededeling *Bespaar (gemiddeld) 300,- per jaar*. Nu Tiscali een geldige reden heeft voor

het gebruik, kan dit niet als een inbreuk op het woordmerk van KPN worden aangemerkt. KPN heeft nog aangevoerd dat zij als netwerkbeheerder ten behoeve van Tiscali nog steeds nodig is en dat om die reden de desbetreffende uitlating feitelijk wél onjuist zou zijn, maar dit standpunt wordt niet gevolgd. De uitlating *geen KPN meer nodig* moet worden gezien door de bril van de consument.

11. *Bespaar 300,- per jaar*

Deze uitlating, die een vorm van vergelijkende reclame is, werd gedaan in de commercials en op de website. De uitlating is, na sommatie door KPN, gewijzigd in *Bespaar gemiddeld 300,- per jaar*. Verder is op de website nog de mededeling te vinden *Bij gemiddelde kosten voor ADSL en Telefonie bespaar je bij Tiscali al gauw € 300,- per jaar*. De bewijslast op dit punt ligt bij Tiscali. Ter staving van haar uitlating heeft Tiscali zich beroepen op de rapporten van Heliview, die ook door haar in het geding zijn gebracht. De mededeling dat € 300,- kan worden bespaard, is een absolute mededeling. Van Tiscali kan verwacht worden dat zij een dergelijke absolute mededeling ten behoeve van de gemiddelde consument op redelijk eenvoudige en overtuigende wijze kan waarmaken dan wel dat zij een door derden (concurrenten) tegen de mededeling gevoerd verweer op redelijk eenvoudige en overtuigende wijze kan weerleggen. Voorshands wordt geoordeeld dat zij hierin niet is geslaagd, zodat deze uitlating niet voldoet aan de voorwaarden die artikel 6:194a BW stelt aan vergelijkende reclame. De Heliview-rapporten zijn voor de consument niet opvraagbaar, althans niet tegen een redelijk bedrag. Voor de gemiddelde consument is dus niet na te gaan of de vergelijking zakelijk klopt. Weliswaar is ter zitting nog gebleken dat Heliview in beginsel toestemming geeft aan afnemers van haar rapporten om een uittreksel van maximaal één A4 aan derden beschikbaar te stellen, maar dat dit voldoende zou zijn voor de gemiddelde consument om de claim van Tiscali op juistheid te waarderen, is in dit geding niet gebleken. Niet duidelijk is wat dit uittreksel inhoudt, wie het maakt (of zal maken?) en of dit op onafhankelijke wijze geschiedt. Van Tiscali mag, zoals gezegd, nu zij zich van vergelijkende reclame bedient, in kort geding verwacht worden dat zij de juistheid van de vergelijking op eenvoudige en overtuigende wijze kan staven. Wanneer dit niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de partij met wie zij zich wil vergelijken geen gegevens verstrekt, dan dient zij zich van vergelijkende reclame te onthouden. Het feit dat Tiscali haar mededeling heeft gewijzigd in *bespaar gemiddeld of al gauw € 300,- per jaar* maakt in de gegeven omstandigheden niet dat deze vergelijkende reclame-uiting thans wél geoorloofd is. Tiscali heeft aanvankelijk bij de consument op stellige wijze de indruk gewekt dat € 300,- per jaar kan worden bespaard. Na sommatie door KPN heeft zij deze mededeling genuanceerd. Nu de indruk bij de consument echter al was gewekt, is de later aangebrachte nuance onvoldoende om de onrechtmatigheid, die derhalve nog nawerkt, te kunnen wegnemen.

12. Bovendien is Tiscali er ook ter zitting, waar de Heliview-rapporten wel voorhanden waren, niet in geslaagd de juistheid van de mededeling dat een consument € 300,- bespaart

op eenvoudige en overtuigende wijze – aan de hand van die rapporten – te staven. Een mededeling die inhoudt dat een bepaald bedrag zal worden bespaard kan immers alleen overtuigend worden gedaan, indien de uitgangssituatie ten opzichte waarvan die besparing kan worden behaald min of meer vast staat. Dat laatste is onvoldoende het geval.

Uitgangspunt bij de berekening van Tiscali is, blijkens het meest recente rekenvoorbeeld dat zij op haar website hanteert (productie 20 van Tiscali), dat een consument gemiddeld € 64,- per maand betaalt aan ADSL en telefonie (abonnement en gesprekskosten). KPN bestrijdt dit uitgangspunt. Met name bestrijdt zij de juistheid van de door Tiscali (en Heliview) gehanteerde percentages van de totale belkosten die betrekking hebben op bellen naar mobiele en buitenlandse nummers. Ook bestrijdt KPN de gemiddelde kosten die Tiscali in haar berekening opneemt voor een ADSL-abonnement. KPN baseert zich in beide gevallen op cijfers waarover zij zelf als grootste aanbieder beschikt en op cijfers van de Consumentenbond. De vraag wie in deze kwesties gelijk heeft kan niet in kort geding worden beantwoord. Hiervoor zou een nader onderzoek naar de feiten nodig zijn, waarvoor het kort geding zich niet leent.

13. De conclusie tot zover is dat de mededeling in de televisiecommercial *Altijd gratis bellen*, zowel met de aanvankelijke als met de thans gehanteerde disclaimer als misleidend kan worden aangemerkt in de zin van artikel 6:194 BW en daarmee als onrechtmatig. Dit geldt eveneens voor de mededeling *24,95 per maand*, zoals gedaan in de televisiecommercial. In beginsel kunnen beide mededelingen zoals gedaan op de website van Tiscali wel door de beugel. Op basis van de thans voorliggende bewijsstukken was de mededeling *Bespaar 300,- per jaar*, zoals aanvankelijk gedaan in de commercials en op de website, in strijd met de voorwaarden die gelden bij vergelijkende reclame (artikel 6:194a BW) en daarmee onrechtmatig. Dit geldt ook voor de inmiddels aangepaste mededelingen, zowel in de commercials als op de website, *Bespaar gemiddeld 300,- per jaar* of *Bij gemiddelde kosten voor ADSL en Telefonie bespaar je bij Tiscali al gauw € 300,- per jaar* en voor de op de website opgenomen rekenvoorbeelden, waaruit zou moeten blijken dat een consument bij Tiscali (gemiddeld of al gauw) € 300,- per jaar bespaart. Dit leidt tot toewijzing van de vorderingen in die zin dat het Tiscali – op straffe van dwangsommen (die zullen worden gematigd en gemaximeerd als na te melden) – zal worden verboden de hiervoor genoemde uitlatingen in de hiervoor genoemde media te doen. De termijn waarbinnen Tiscali aan deze veroordeling zal moeten voldoen, zal op vijf dagen na betekening van dit vonnis worden gesteld. Verder zal de gevorderde rectificatie (eveneens op straffe van een dwangsom) alleen worden toegewezen in die zin dat Tiscali deze rectificatie, binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis en op nader aan te duiden wijze, moet plaatsen op haar website. Met deze veroordelingen wordt op dit moment voldoende tegemoetgekomen aan de belangen van KPN. De vordering de rectificatie ook in de vorm van een commercial op televisie uit te zenden, zal dan ook worden afgewezen. Deze veroordeling zou disproportioneel zijn, mede gezien de korte duur van de reclamecampagne tot nu toe en nu de overige veroordelingen uit een oogpunt

van schadebeperking afdoende worden geacht. Aan de vordering zoals weergegeven onder 2f is door Tiscali voorafgaand aan de terechtzitting voldaan, zodat KPN bij toewijzing hiervan geen belang meer heeft. Daarbij wordt er vanuit gegaan dat Tiscali deze informatie eveneens zal verstrekken over de periode tot aan heden.

14. Als grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal Tiscali worden veroordeeld in de proceskosten van KPN.

BESLISSING IN KORT GEDING

De voorzieningenrechter:

1. Verbiedt Tiscali om, vanaf de vijfde dag na betekening van dit vonnis, in haar televisiecommercials en "tag-ons" de mededeling *Altijd gratis bellen* te doen, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per keer dat zij dit verbod overtreedt, met een maximum van € 200.000,-.
2. Verbiedt Tiscali om, vanaf de vijfde dag na betekening van dit vonnis, in haar televisiecommercials en "tag-ons" de mededeling *24,95 per maand* te doen, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per keer dat zij dit verbod overtreedt, met een maximum van € 200.000,-.
3. Verbiedt Tiscali om op basis van de thans voorliggende of daaraan gelijk te stellen bewijsstukken, vanaf de vijfde dag na betekening van dit vonnis, in haar televisiecommercials, "tag-ons" en op haar website (www.tiscali.nl) de mededelingen *Bespaar 300,- per jaar, Bespaar gemiddeld 300,- per jaar* of *Bij gemiddelde kosten voor ADSL en Telefonie bespaar je bij Tiscali al gauw € 300,- per jaar* of andere mededelingen met dezelfde strekking te doen, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per keer (met betrekking tot de televisiecommercials en "tag-ons") of per dag (met betrekking tot de website) dat zij dit verbod overtreedt, met een maximum van € 200.000,-.
4. Verbiedt Tiscali om op basis van de thans voorliggende of daaraan gelijk te stellen bewijsstukken, vanaf de vijfde dag na betekening van dit vonnis, op haar website (www.tiscali.nl) rekenvoorbeelden op te nemen waaruit zou moeten blijken dat een consument bij Tiscali (gemiddeld of al gauw) € 300,- per jaar bespaart, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat zij dit verbod overtreedt, met een maximum van € 200.000,-.
5. Veroordeelt Tiscali om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis op de homepage van haar website (www.tiscali.nl), gedurende een periode van vier weken, zonder begeleidend schrijven, een rectificatie te plaatsen met de volgende tekst:
RECTIFICATIE
Recentelijk hebben wij televisiecommercials uitgezonden waarin wij hebben meegedeeld

dat bellen bij Tiscali altijd gratis is. Op vordering van KPN heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam dit bij vonnis van 17 november 2005 misleidend geacht. Daarnaast hebben wij meegedeeld dat u (ongeveer) € 300,- bespaart bij een gecombineerd abonnement ADSL en bellen bij Tiscali. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat deze mededeling door ons niet voldoende met bewijsstukken kan worden gestaafd en voorts nog misleidend moet worden geacht.

Beide mededelingen zijn daarom onrechtmatig jegens KPN.

Tiscali B.V.

waarbij deze tekst gelijkmatig moet worden verdeeld over een kader dat even groot is als éénzesde gedeelte van die homepage en op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag dat zij nalaat aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 200.000,-.

6. Veroordeelt Tiscali in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van KPN begroot op € 244,= aan vastrecht en op € 816,= aan salaris procureur.
7. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
8. Wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door de vice-president mr. S.J.A. Rullmann, voorzieningenrechter in kort geding in de rechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 17 november 2005, in tegenwoordigheid van de griffier.

Coll.: *M.*
10. J.R.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank te Amsterdam