

# IN NAAM DER KONINGIN !

SR/MV

vonnis 6 oktober 2005

## RECHTBANK IN HET ARRONDISSEMENT AMSTERDAM VOORZIENINGENRECHTER IN KORT GEDING VONNIS

in de zaak met nummers 323945 / KG 05-1716 SR van:

de besloten vennootschap TELE2 (NETHERLANDS) B.V.,  
gevestigd te Oude Meer,  
eiseres bij dagvaarding van 16 september 2005,  
procureur mr. M.P.M. Loos,  
advocaten mrs. J.F. Ouwehand en M.P.M. Loos,

tegen:

1. de besloten vennootschap KPN TELECOM B.V.,
  2. de besloten vennootschap KPN TELECOM RETAIL B.V.,
- beide gevestigd te Den Haag,  
gedaagden,  
✓ procureur mr. C.W. Noorda.

### VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Ter terechtzitting van 26 september 2005 heeft eiseres, verder te noemen Tele2, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagden, verder in enkelvoud te noemen KPN, hebben 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 is eigenaar van het vaste telecommunicatienetwerk in Nederland. Tele2 neemt tegen betaling netwerkdiensten af van KPN. Tele2 en KPN bieden beide telefoondiensten aan aan zowel zakelijke als particuliere eindgebruikers. Tele2 heeft een marktaandeel van

(ongeveer) 20,9%, KPN heeft een marktaandeel van (ongeveer) 65,3%. Klanten die met Tele2 bellen, hebben een aansluiting bij KPN; zij betalen de abonnementskosten aan KPN en de gesprekskosten aan Tele2. Een klant belt met Tele2 door middel van een eenmalige instelling. Deze dienst wordt aangeduid als *carrier preselect* (CPS).

b. Partijen hebben in het verleden meerdere procedures met elkaar gevoerd over de vraag wat wel en niet mag in vergelijkende reclame. Bij vonnis van 5 november 2004 van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Den Haag is KPN op straffe van dwangsommen – onder meer – veroordeeld het doen van misleidende mededelingen over tarieven van KPN en Tele2 en over de dienstverlening van Tele2 te staken.

c. Onder meer in De Telegraaf, De Volkskrant en het NRC-Handelsblad van 19 augustus 2005 heeft een advertentie bestaan van KPN, in een kader van 9,5 bij 9,5 centimeter, met de navolgende tekst:

**DAAROM KPN VOOR JE VASTE TELEFOON**

Genoeg vaste-telefonieaanbieders. Maar het is niet altijd eenvoudig uit te rekenen welke aanbieder in jouw situatie de meest voordelige oplossing biedt. Dat is helemaal afhankelijk van je belgedrag. KPN biedt keuze uit verschillende abonnementen en belpakketten waarmee je op veel momenten voordeliger uit bent dan je denkt. De Consumentenbond vermeldt KPN in de 'Digitale Consument' van juli/augustus bijvoorbeeld als aanbieder van het voordeligste abonnement voor de 'weinigbeller' die alleen wil bellen.

KPN biedt je graag een advies op maat. Loop voor meer informatie eens binnen bij een van de Primafoon winkels in de buurt of bel met onze Klantenservice: 0900-0244 (10 ct/min).

d. Bij brief van 24 augustus 2005 heeft KPN Tele2 gesommeerd om verspreiding van de advertentie te staken.

2. Thans vordert Tele2 – kort gezegd – op straffe van dwangsommen:

(1) KPN te verbieden de advertentie, alsmede mededelingen of suggesties van gelijke strekking in marketinguitingen en reclame-uitingen, openbaar te maken;

(2) KPN te bevelen marketinguitingen en reclame-uitingen waarin zij advies op maat aanbiedt in vergelijking met andere aanbieders van vaste telefonie, althans aanbiedt belgedrag te analyseren, of uitingen van gelijke aard of strekking waardoor die suggestie wordt gewekt, te staken, en

(3) KPN te verbieden in marketinguitingen en reclame-uitingen zonder meer te verwijzen naar uitingen van de Consumentenbond.

Daarnaast vordert Tele2 om KPN op straffe van dwangsommen te bevelen:

(4) een paginagrote rectificatie te plaatsen in een aantal dagbladen (waarvan de tekst is opgenomen onder 4 van het petitum van de dagvaarding), en

(5) dezelfde tekst eveneens op haar website ([www.kpn.com](http://www.kpn.com)) te plaatsen.

3. Ter ondersteuning van haar vordering stelt Tele2 – samengevat weergegeven – dat al haar ‘preselect-tarieven’ lager liggen dan de ‘belbasistarieven’ van KPN. Dit geldt niet alleen wanneer de basistarieven met elkaar worden vergeleken, maar ook indien bij de vergelijking de zogenaamde kortingsnummers (van Tele2) en de voordeelnummers (van KPN) worden betrokken. Omdat haar marktaandeel voor vaste telefonie onder druk staat, maakt KPN op dit moment veel reclame, onder meer op radio en televisie en in landelijke dagbladen. Daarnaast maakt zij op grote schaal gebruik van één-op-één reclame, door middel van telemarketing, via de KPN-klantenservice en in de Primafoonwinkels. De reclame van KPN richt zich met name op het terugwinnen van oude klanten die zijn overgestapt naar Tele2. De zogenaamde ‘win back’ campagne van KPN heeft als hoofdtHEMA *prijspceptie*, dit terwijl de voorzieningenrechter te Den Haag KPN bij vonnis van 5 november 2004 onder meer heeft verboden te stellen dat zij goedkoper is dan Tele2 of net zo goedkoop is als Tele2.

Over de onder 1c geciteerde advertentie voert Tele2 aan dat sprake is van vergelijkende reclame. Dit blijkt uit (het begin van) de advertentie, waar een vergelijking wordt gemaakt met andere telefoonaanbieders. Verder blijkt dit uit termen als ‘voordeliger’ en ‘voordeligste’. Dat de naam van Tele2 niet in de advertentie wordt genoemd, maakt – gezien het geringe aantal ondernemers in de markt en gezien het marktaandeel van partijen – niet dat er geen sprake is van vergelijkende reclame. De advertentie kan de toets van artikel 6:194a lid 2 BW, dat handelt over vergelijkende reclame, niet doorstaan, aangezien de tekst van de advertentie onjuist, onvolledig en misleidend is. Het gaat hierbij niet alleen om de letterlijke tekst van de advertentie, het gaat ook om de perceptie van de *gemiddeld geïnformeerde omzichtige en oplettende gewone consument*. Gesuggereerd wordt dat KPN de consument een lange zoektocht kan besparen door voor te rekenen welke aanbieder voor de individuele consument het voordeligst is. Deze suggestie maakt de advertentie misleidend. KPN kan geen advies op maat geven waarbij andere aanbieders worden betrokken; zij kan alleen advies op maat geven over haar eigen producten en dan nog alleen indien de klant al een aantal maanden met KPN heeft gebeld. Verder suggereert KPN dat zij voordeliger is dan andere aanbieders, waaronder Tele2, hetgeen onjuist is. Tot slot suggereert KPN in de advertentie dat zij volgens de Consumentenbond de meest voordelige aanbieder is van vaste telefonie voor de ‘weinigbeller’. Ook deze informatie is onjuist, onvolledig en misleidend. Het onderzoek van de Consumentenbond betreft verschillende pakketten voor de combinatie van telefonie en internet (en digitale televisie) van verschillende aanbieders. Dit wordt op geen enkele wijze toegelicht in de advertentie. KPN verzuimt verder te vermelden wat onder een ‘weinigbeller’ moet worden verstaan. De verwijzing naar de Consumentenbond dient geen ander doel dan aan te haken bij het gezag van de Consumentenbond. De conclusie tot zover is dat de advertentie in strijd is met de artikelen 6:194-196 BW en dat KPN met de advertentie onrechtmatig handelt jegens Tele2.

Ook in één-op-één reclame doet KPN misleidende mededelingen (vergelijkbaar met de advertentie) over het aanbieden van advies op maat en het maken van een belanalyse.

KPN suggereert hier net als in de advertentie dat zij een analyse maakt waarbij de pakketten van Tele2 in de vergelijking worden meegenomen. Consumenten stappen op grond van deze misleidende informatie over naar KPN, hetgeen ondubbelzinnig uit marktonderzoek is gebleken. Dit blijkt, aldus Tele2, ook uit onderzoek dat is verricht door 'mystery shoppers'. Ook dit is onrechtmatig jegens Tele2.

4. KPN heeft tegen de vorderingen – samengevat weergegeven – het verweer gevoerd dat er een zeer grote differentiatie is in de tarieven van de verschillende aanbieders. In zijn algemeenheid valt daarom niet te zeggen wie goedkoper is; dit hangt geheel af van het belgedrag van de individuele consument. In de advertentie wordt geen vergelijking gemaakt tussen de verschillende aanbieders. Er wordt slechts gesteld dat het niet eenvoudig is vast te stellen welke aanbieder het voordeligst is. Vervolgens wordt gesteld dat KPN verschillende abonnementen en pakketten heeft en dat de consument hierover een advies op maat kan krijgen. De tekst van de advertentie is volledig juist. Als in de advertentie al een vergelijking zou worden gemaakt, dan heeft deze vergelijking geen betrekking op CPS-aanbieders zoals Tele2. Het gaat immers om abonnementen (hetgeen ook blijkt uit de verwijzing naar het onderzoek van de Consumentenbond) en Tele2 biedt geen abonnementen aan. Als desalniettemin zou worden aangenomen dat de advertentie wel een vergelijking met Tele2 inhoudt, dan voert KPN aan dat vergelijkende reclame in dit geval is toegestaan, nu er geen sprake is van overtreding van de in artikel 6:194a lid 2 BW genoemde voorwaarden. Er is geen sprake van misleiding; KPN suggereert niet dat zij de voordeligste is. Hooguit wordt gesuggereerd dat een individuele consument, afhankelijk van zijn belgedrag, bij KPN het voordeligst uit zou kunnen zijn en deze suggestie is zonder meer juist. De verwijzing in de advertentie naar het onderzoek van de Consumentenbond is niet ongeoorloofd. Onderzocht is wat het goedkoopste abonnement is als men alleen wil bellen (dus los van internet en televisie) en daar kwam uit dat KPN voor de 'weinigbeller' het voordeligst is. Aan de eis dat de bron van het onderzoek moet worden vermeld heeft KPN voldaan, zodat de consument overige informatie over het onderzoek gemakkelijk kan vinden.

Verder valt niet in te zien dat de één-op-één reclame en het aanbieden van een advies op maat misleidend is. Het advies op maat betreft alleen de eigen producten van KPN en niet die van andere aanbieders. KPN is al geruime tijd bezig om al haar medewerkers te instrueren dat zij geen vergelijkingen mogen maken met producten van andere aanbieders. In het kader van het advies op maat voert KPN een actie dat de consument drie maanden lang een bepaald pakket mag uitproberen en een eventueel prijsverschil krijgt terugbetaald, indien achteraf blijkt dat niet het juiste pakket is gekozen. Ook deze actie is geoorloofd. Het marktonderzoek waar Tele2 zich op beroept, en waaruit zou moeten blijken dat consumenten denken dat er in de belanalyse een vergelijking tussen de verschillende aanbieders wordt gemaakt, is een ondeugdelijk onderzoek. Aan voormalige klanten van Tele2 zijn voor dit onderzoek vragen gesteld over hun overstap van Tele2 naar KPN, maar hun antwoorden worden onder meer ingegeven door

rechtvaardigingsgedrag. Dat dit aannemelijk is volgt uit de antwoorden van de controlegroep; geen van de respondenten uit deze groep antwoordt te denken dat een vergelijking met Tele2 wordt gemaakt. Ook het aantal mensen dat achteraf zegt te denken dat Tele2 in de analyse werd betrokken, is helemaal niet groot. Van de 201 respondenten zijn het er zeven. KPN heeft het onderzoek door een deskundige laten beoordelen. Deze deskundige kwam tot de conclusie dat het onderzoek niet wezenlijk neutraal en onbevooroordeeld is en dat de uitkomsten ervan dan ook slechts beperkte waarde hebben. Ook het 'mystery shopper'-onderzoek vormt geen betrouwbare onderbouwing voor de stelling van Tele2 dat medewerkers van KPN in de één-op-één reclame een vergelijkende belanalyse met Tele2 zouden aanbieden.

Beoordeling van het geschil:

5. Op grond van artikel 6:194a lid 1 BW wordt onder vergelijkende reclame verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.
6. Het gaat in dit geding allereerst om de vraag of de advertentie als een vorm van vergelijkende reclame kan worden aangemerkt. De eerste drie regels van de advertentie luiden:  
Genoeg vaste-telefonieaanbieders. Maar het is niet altijd eenvoudig uit te rekenen welke aanbieder in jouw situatie de meest voordelige oplossing biedt. Dat is helemaal afhankelijk van je belgedrag.  
Voorshands valt hieruit af te leiden dat in dit geval sprake is van vergelijkende reclame. Er wordt immers *genoemd* dat er meerdere telefonie-aanbieders en meerdere (individuele) mogelijkheden zijn. Beslissend hierbij is de herleidbaarheid. Weliswaar wordt Tele2 in de advertentie niet bij naam genoemd, maar gezien het marktaandeel van partijen (Tele2 is op het gebied van de vaste telefonie de grootste concurrent van KPN) is voorshands voldoende aannemelijk dat de consument de advertentie (ook) naar Tele2 kan herleiden.
7. Vervolgens is uitgangspunt dat vergelijkende reclame geoorloofd is op de voorwaarden als genoemd in artikel 6:194a lid 2 BW. Niet gezegd kan worden dat in de advertentie van KPN deze voorwaarden zijn overtreden. Er wordt weliswaar melding gemaakt van het feit dat er meerdere telefonie-aanbieders en meerdere (individuele) mogelijkheden zijn, maar tot een echte vergelijking met andere aanbieders komt het niet, laat staan dat sprake is van misleiding of van overtreding van een van de andere in artikel 6:194a lid 2 BW genoemde voorwaarden. De advertentie vervolgt immers met:  
KPN biedt keuze uit verschillende abonnementen en belpakketten waarmee je op veel momenten voordeliger uit bent dan je denkt.  
Hier wordt alleen melding gemaakt van het feit dat KPN zelf meerdere producten aanbiedt; een verwijzing naar of vergelijking met producten van andere aanbieders wordt

niet gemaakt. Het voert te ver om de mededeling dat *je voordeliger uit bent dan je denkt* te herleiden naar Tele2 of naar andere aanbieders. De advertentie eindigt met:

KPN biedt je graag een advies op maat. Loop voor meer informatie eens binnen bij een van de Primafoon winkels in de buurt of bel met onze Klantenservice: 0900-0244 (10 ct/min).

Ook dit is niet misleidend of anderszins in strijd met de voorwaarden. Advies op maat verwijst immers terug naar de mededeling dat KPN keuze biedt uit verschillende abonnementen en belpakketten. In dit geding is onvoldoende aannemelijk geworden dat – zoals Tele2 heeft betoogd – de *gemiddeld geïnformeerde omzichtige en oplettende gewone consument* na het lezen van de advertentie in redelijkheid de verwachting heeft of de advertentie zo zal begrijpen dat het advies op maat terugverwijst naar de eerste zin van de advertentie, waarin is opgenomen:

Genoeg vaste-telefonieaanbieders

en dat in dit advies dus ook de tarieven van andere aanbieders (Tele2) worden betrokken.

In zijn algemeenheid ligt het ook niet voor de hand dat een aanbieder die een product in meerdere varianten aanbiedt en hierover advies verstrekt aan consumenten bij zijn advies de producten van andere aanbieders zal betrekken. Dat het in dit geval anders zou liggen omdat KPN als voormalig monopolist bij veel consumenten nog een ‘oude’ vertrouwde uitstraling zou hebben, is voorshands niet aannemelijk geworden.

8. Evenmin kan de advertentie als misleidend in de zin van artikel 6:194 BW worden aangemerkt. Tele2 heeft in dit verband aangevoerd dat de verwijzing naar het onderzoek van de Consumentenbond (De Consumentenbond vermeldt KPN in de ‘Digitale Consument’ van juli/augustus bijvoorbeeld als aanbieder van het voordeligste abonnement voor de ‘weinigbeller’ die alleen wil bellen) misleidend is, maar dit is voorshands niet het geval. In de publicatie van de Consumentenbond is letterlijk opgenomen:

Een weinigbeller is ook nu het goedkoopst uit met KPN BelBudget: € 147 per jaar.

Niet valt in te zien waarom KPN dit in haar advertentie niet zou mogen noemen. De Consumentenbond trekt de betreffende conclusie onder het kopje “Alleen bellen”. De conclusie ziet dus niet op aanbiedingen waarbij de consument verschillende diensten (telefoon, televisie en internet) van één aanbieder afneemt, zodat hierover geen verwarring kan ontstaan. Verder geeft de Consumentenbond een definitie van het begrip ‘weinigbeller’ en noemt de advertentie van KPN de bron van het onderzoek zodat een en ander voor de consument controleerbaar is.

9. Mocht KPN in haar één-op-één reclame de artikelen 6:194 en/of 6:194a BW overtreden of anderszins onrechtmatig handelen jegens Tele2, in die zin dat medewerkers van KPN expliciete misleidende uitlatingen doen waarin de tarieven van KPN en Tele2 met elkaar worden vergeleken of waarin de dienstverlening van Tele2 ter sprake komt, dan zal op grond van het vonnis van 5 november 2004 (zie 1b) beoordeeld moeten worden of KPN dwangsommen heeft verbeurd. In dit geding is slechts de vraag aan de orde of medewerkers van KPN in één-op-één reclame de misleidende suggestie wekken dat er een

vergelijking wordt gemaakt tussen de tarieven van Tele2 en KPN. Tele2 heeft in dit verband een rapport van een marktonderzoek in het geding gebracht waaruit zou moeten blijken dat medewerkers van KPN in de zogenaamde 'win back' campagne ten onrechte suggereren dat Tele2 in de belananalyse (het advies op maat) wordt betrokken, althans dat deze klanten dit zo begrijpen. Ook heeft Tele2 rapporten in het geding gebracht van de zogenaamde 'mystery shoppers' waaruit zou moeten blijken dat medewerkers van KPN in de Primafoonwinkels over de schreef gaan. KPN heeft de juistheid van de rapporten bestreden. Zo heeft KPN over het rapport van het marktonderzoek aangevoerd dat voormalige klanten van Tele2 die door Tele2 worden bevraagd over hun overstap naar KPN zich bij het beantwoorden van de vragen laten leiden door zogenaamd rechtvaardigingsgedrag. Dit blijkt – aldus KPN – uit de vergelijking van de antwoorden met de antwoorden gegeven door de controlegroep (dit is een groep Tele2-klanten die bij Tele2 zijn gebleven). Verder luidt de belangrijkste vraag (vraag 12.1) met welke pakketten vergelijkt KPN "*volgens U*", waardoor de gegeven antwoorden een interpretatie achteraf vormen, dit terwijl er twee tot vier weken is verstreken tussen de overstap van de klant en het onderzoek. Vanuit de optiek van Tele2 had beter kunnen worden gevraagd, volgens KPN, met *welke andere aanbieders* KPN een vergelijking zou maken. Bovendien is het aantal respondenten dat zegt te denken dat Tele2 in de analyse zou worden betrokken relatief gering, aldus KPN. Over de rapporten van de 'mystery shoppers' heeft KPN aangevoerd dat de opzet en de verslaglegging van dit onderzoek onbetrouwbaar zijn en dat de gestelde vragen sturend zijn. De verweren van KPN kunnen niet zonder meer worden gepasseerd. Voor de beoordeling van de vraag of KPN in de één-op-één reclame onrechtmatig handelt, zou daarom een nader onderzoek naar de feiten nodig zijn, waarvoor het kort geding zich niet leent. Op voorhand kan dus niet van de onrechtmatigheid worden uitgegaan.

10. De conclusie is dat de vorderingen moeten worden afgewezen. Tele2 wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten van dit geding, gevallen aan de zijde van KPN.

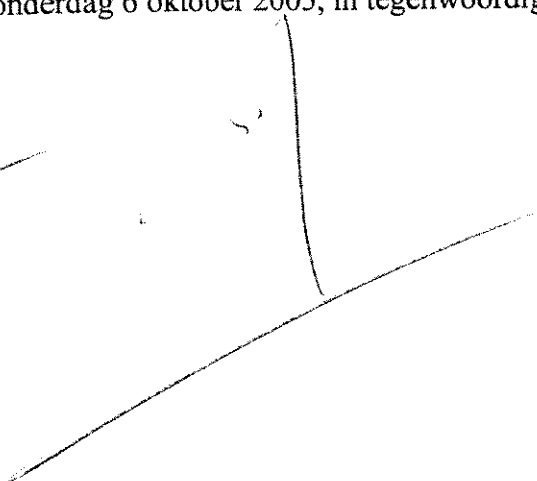
## **BESLISSING IN KORT GEDING**

De voorzieningenrechter:

1. Weigert de gevraagde voorzieningen.
2. Veroordeelt Tele2 in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van KPN begroot op:
  - € 244,= aan vastrecht en
  - € 816,= aan salaris procureur.
3. Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door mr. Sj.A. Rullmann, vice-president van de rechtbank te Amsterdam, en  
uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 6 oktober 2005, in tegenwoordigheid  
van de griffier.

Coll.: *R*



UITGEGEVEN VOOR GROSSE  
De griffier van de  
rechtbank te Amsterdam

