

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

VONNIS IN KORT GEDING

Zaaknummer : 134612 / KG ZA 05-774
 Datum uitspraak: 13 december 2005

Vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VERSATEL NEDERLAND B.V.,
 gevestigd te Amsterdam,
 eiseres bij exploit van dagvaarding van 14 november 2005,
 procureur mr. P.Ch.M. van der Ven,
 advocaat mr. A. Killan te 's-Gravenhage,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ZEUS TELECOM B.V.,
 statutair gevestigd te Vlijmen, gemeente Heusden,
 gedaagde bij gemeld exploit,
 procederend in persoon.

Partijen zullen hierna "Versatel" en "Zeus" worden genoemd.

1. De procedure

- 1.1. Versatel heeft in kort geding gesteld en gevorderd zoals hierna verkort is weergegeven.
- 1.2. De advocaat van Versatel heeft de vordering ter terechtzitting toegelicht, mede aan de hand van de door hem overgelegde pleitnotities en producties.
- 1.3. Zeus is verschenen bij de heer T. Tank, statutair bestuurder van Detron Corporation B.V., op haar beurt weer statutair bestuurder van Zeus. Verweer is gevoerd bij monde van de directeur van Zeus, de heer P.H.J. Banken, mede aan de hand van de door hem overgelegde pleitnotities met producties.
- 1.4. Na gevoerd debat hebben partijen vonnis gevraagd.

2. De feiten

- 2.1. Versatel en Zeus zijn concurrenten van elkaar en bieden beiden telecommunicatiediensten aan op de zakelijke markt. Zowel Versatel als Zeus brengen een



Grosse Mr. P.Ch.M. van der Ven
 Japha De Telecom B.V.
 13-12-2005

Zaaknummer 134612 / KG ZA 05-774 inzake Versatel / Zeus

product onder de naam ISDN30 op de markt. ISDN30 biedt klanten een rechtstreekse digitale verbinding met de centrale van een operator (zoals Versatel en Zeus). De gebruiker heeft de beschikking over 30 kanalen met een bandbreedte van elk 64 kbps, waarmee zowel inkomend als uitgaand verkeer kan worden afgehandeld.

2.2. Versatel levert haar ISDN30 zowel via glasvezel- als traditionele koperverbindingen. Om de digitale signalen over een koperverbinding te transporteren maakt Versatel gebruik van DSL ("Digital Subscriber Line"). Zeus levert enkel ISDN30 via glasvezel.

2.3. Sinds 31 oktober 2005 heeft Zeus op haar website een link geplaatst onder de titel "*Versatel, een eerlijk vergelijk?*", met de inleidende mededeling "*Van diverse Versatel klanten kregen we informatie over ISDN30 verbindingen, niet alles is zoals het lijkt*", gevolgd door een hyperlink "*Meer*". Na een klik op de hyperlink verschijnt een tekst die, na recente aanpassing door Zeus, thans als volgt luidt:

"Versatel, een eerlijk vergelijk?

Van diverse Versatel klanten kregen we informatie over ISDN30 verbindingen. Het blijkt dat Versatel onder de naam ISDN30 mede aansluitingen op DSL basis verkoopt. Deze aansluitingen kunnen echter uitsluitend per gehele bundel (dus per gehele ISDN30) ingesteld worden op inkomend of uitgaand verkeer. Beide tegelijk is niet mogelijk, tenzij je uiteraard 2 aansluitingen afneemt. Met een 'normale' ISDN30 (zoals die van Zeus) is zowel inkomend als uitgaand verkeer tegelijkertijd mogelijk. Even afgezien van het kwaliteitsniveau van een DSL verbinding is het misleidend om een laagwaardige oplossing als de door Versatel aangeboden ISDN30 op DSL basis, überhaupt de naam ISDN30 te geven. Het ware netter als Versatel hieraan een aparte naam zou geven zodat de klant een eerlijk vergelijk kan maken tussen een topkwaliteit ISDN30 verbinding (op basis van traditioneel 2Mbit/s) en een DSL gebaseerd product."

2.4. Versatel heeft Zeus gesommeerd om de tekst van haar website te verwijderen. Zeus is daartoe niet bereid.

3. Het geschil

3.1. Versatel vordert in dit kort geding, kort weergegeven:

- a. Zeus te gebieden elke misleidende mededeling of suggestie over Versatel of haar producten of diensten te staken en gestaakt te houden;
- b. Zeus te gebieden een rectificatie met de in de dagvaarding genoemde inhoud op haar website te plaatsen;
- c. Zeus te gebieden op eigen kosten een rectificatie met de in de dagvaarding genoemde inhoud te sturen naar alle klanten die Zeus na 1 oktober 2005 heeft geworven en die het ISDN30 product van Zeus hebben afgenomen;
- d. Zeus te gebieden binnen 10 dagen na betekening van het vonnis aan de advocaat van Versatel een verklaring te sturen, opgesteld op kosten van Zeus door een onafhankelijke registeraccountant, dat Zeus aan het gebod genoemd onder c. tijdig en volledig heeft voldaan;
- e. te bepalen dat Zeus een dwangsom verbeurt van € 5.000,- per keer c.q. € 10.000,- per dag dat zij in gebreke is in de nakoming van genoemde geboden;
- f. Zodanige verdere maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter passend acht;
- g. Zeus te veroordelen in de proceskosten.

Zaaknummer 134612 / KG ZA 05-774 inzake Versatel / Zeus

3.2. Versatel legt daaraan het navolgende ten grondslag.

De mededelingen van Zeus over ISDN30 van Versatel zijn onwaar en onjuist en daarmee misleidend in de zin van artikel 6:194 BW.

Zeus handelt in strijd met artikel 6:194a lid 2, in het bijzonder onder a, c en e:

- er is sprake van misleidende mededelingen;
- van een objectieve, volledige en controleerbare vergelijking is geen sprake;
- Zeus laat zich kleinerend uit over (de diensten van) Versatel.

3.3. Het verweer van Zeus tegen de vordering komt zakelijk weergegeven op het volgende neer.

De mededeling van Zeus op haar website is juist en volledig .

De ISDN30 dienst die Versatel aanbiedt en waarbij zij gebruik maakt van DSL technologie voldoet niet volledig aan alle specificatie en kwaliteitsgaranties van de traditionele ISDN30 dienst via glasvezel (de 2Mbit/s). Met name de stabiliteit van ISDN30 bij DSL technologie is ondermaats.

De door Versatel aangeboden diensten met goedkopere DSL technologie zijn de naam ISDN30 dan ook niet waardig. Door het product toch onder die benaming aan klanten aan te bieden, benadeelt ISDN30 aanbieders als Zeus die wel uitsluitend ISDN30 aanbieden die aan de traditionele eisen voldoet.

Indien Zeus dient te rectificeren, is het onnodig en onjuist dat Zeus daarbij "oprechte excuses" zou moeten aanbieden aan Versatel en dat zij reclame zou moeten maken voor de producten van Versatel.

Voor het versturen van de door Versatel verlangde brieven door Zeus naar haar klanten is geen grond, nu Zeus haar mededelingen omtrent het ISDN30 van Versatel enkel via haar website naar buiten heeft gecommuniceerd.

De dwangsommen zijn buitenproportioneel hoog en het onder a. gevorderde verbod dient in tijd worden beperkt.

3.4. Op hetgeen partijen overigens over en weer hebben aangevoerd, zal voor zoveel nodig bij de beoordeling worden ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Aanleiding voor dit kort geding is de onder 2.3. genoemde mededeling die Zeus onlangs op haar website heeft geplaatst onder de titel "Versatel, een eerlijk vergelijk". De vraag die thans voorligt is of die mededeling toelaatbaar is. Nu het gaat om een mededeling van wervende aard waarin (een product van) concurrent Versatel wordt genoemd, is sprake van een vorm van vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194 a BW. Een dergelijke vorm van reclame is slechts geoorloofd indien daarbij wordt voldaan aan de in het tweede lid van artikel 6:194a BW onder sub a tot en met h genoemde voorwaarden. De reclame mag, kort gezegd, niet misleidend zijn en dient op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de vergeleken goederen of diensten met elkaar te vergelijken.

4.2. In het stuk op haar website laat Zeus zich negatief uit over Versatel en met name over het door haar aangeboden ISDN30 op basis van DSL; inkomend en uitgaand verkeer zouden niet tegelijkertijd mogelijk zijn, DSL zou als verbinding een laagwaardige oplossing zijn en Versatel zou het publiek misleiden door een product met een DSL verbinding onder de benaming ISDN30 op de markt te brengen. Volgens Versatel zijn die beweringen misleidend,

Zaaknummer 134612 / KG ZA 05-774 inzake Versatel / Zeus

want pertinent onjuist. Haar ISDN30 op basis van DSL voldoet naar eigen zeggen aan alle kwaliteitseisen die aan ISDN30 mogen worden gesteld, hetgeen zij ook aan haar klanten garandeert. Inkomend en uitgaand verkeer is dan ook wel degelijk tegelijkertijd mogelijk, aldus Versatel. Zeus houdt vol dat de beweringen op haar website juist zijn en stelt dat een product op basis van een DSL-verbinding onmogelijk aan alle specificaties en kwaliteitsgaranties van de "traditionele" ISDN30 via glasvezel kan voldoen. Versatel zou bovendien niet eerlijk zijn tegenover haar klanten door met geen woord te reppen over de gebruikte DSL-verbinding, maar doen voorkomen alsof zij voor haar ISDN30 alleen gebruikt maakt van glasvezelverbinding.

4.3. Gelet op het bepaalde in artikel 6:195 BW ligt het op de weg van Zeus om de juistheid van haar beweringen aannemelijk te maken. Zij heeft daartoe een drietal verklaringen (prod.1) overgelegd van – naar eigen zeggen – onafhankelijke en goed bekend staande deskundigen. In hun rapporten laten deze deskundigen zich slechts in algemene zin uit over de (kwaliteits)verschillen tussen een DSL-verbinding en een glasvezelverbinding als gebruikt voor een ISDN(30) product. Het beeld dat uit de rapporten naar voren komt is dat een DSL-verbinding minder geavanceerd is dan een glasvezelverbinding. Dit wordt op zichzelf door Versatel ook niet betwist. Echter, Versatel stelt dat zij nadere voorzieningen heeft getroffen om haar klanten met een DSL-verbinding toch ISDN30 te bieden dat aan alle kwaliteitseisen en/of technische specificaties voldoet. Volgens de bevindingen in de rapporten is zulks in het algemeen weliswaar moeilijk te realiseren, dat het volstrekt onmogelijk zou zijn om die eisen te halen met een DSL-verbinding, blijkt daar niet uit;

- Floyd Telecom Competence schrijft in haar rapport dat een ISDN-verbinding via xDSL alleen gelijkwaardig is aan een aansluiting gebaseerd op een vaste verbinding als de xDSL verbinding voldoet aan bepaalde kwaliteitseisen.
- In het tweede rapport – waarvan de naam van de opsteller bij de rechter niet bekend is – valt te lezen dat bij een DSL-verbinding het aantal gelijktijdige gesprekken en de gesprekswaarde afhankelijk is van de gebruikte coderingstechniek en de beschikbare bandbreedte.
- Aranea Consult B.V. ten slotte schrijft in haar rapport dat een DSL-verbinding een constante additionele vertraging heeft, niet volledig transparante kanalen biedt die voor sommige vormen van communicatie niet of minder geschikt zijn en dat ervaring heeft geleerd dat een circuit emulatie dienst zoals bij een DSL-aansluiting geboden, voor tijdkritisch tweerichting verkeer (spraak) altijd kwalitatief minder is dan een gesloten circuit vanwege de additionele vertraging, compressietechnieken die vaak worden toegepast en het onvoorziene gedrag van wachtrijen bij een statistische verdeling van verkeer.

4.4. Dat Versatel de door haar beweerdelijk getroffen nadere voorzieningen niet zou hebben gerealiseerd en/of dat het door haar aangeboden ISDN30 concreet niet voldoet aan concrete daarvoor geldende minimumeisen en specificaties, is door Zeus niet aannemelijk gemaakt. Uit de rapporten blijkt zulks in elk geval niet; die zijn niet het resultaat van onderzoek naar de eigenschappen van ISDN30 via DSL van Versatel, maar – op uitdrukkelijk verzoek van Zeus – algemeen van aard. Dat klanten het beweerdelijke kwaliteitsverschil in het gebruik zouden merken, zoals Zeus stelt, is evenmin aannemelijk geworden. Zeus stelde desgevraagd ter zitting dat zij door "een klant" van Versatel is benaderd die zich misleid voelde door de aanschaf van ISDN30 op basis van DSL bij Versatel, maar zij heeft geen enkele onderbouwing van die stelling kunnen geven, omdat, zo stelt Zeus, de klant niet bereid was daaromtrent een verklaring af te leggen.

Zaaknummer 134612 / KG ZA.05-774 inzake Versatel / Zeus

4.5. Voor zover Zeus stelt dat Versatel haar klanten ten onrechte niet informeert over het feit dat zij niet alleen ISDN30 via glasvezel maar ook – en zelfs voornamelijk – via DSL, overweegt de rechter bovendien nog dat Versatel onweersproken heeft gesteld dat door klanten via haar website de als productie 5 overgelegde brochure over ISDN30 is te downloaden, waarin met zoveel woorden staat vermeld dat netwerkverbinding op basis van DSL of glasvezel worden gerealiseerd, zodat de stelling dat Versatel daaromtrent niet eerlijk en volledig zou zijn, onjuist is.

4.6. Slotsom is dan ook dat Zeus gelet op het vorenstaande de juistheid van de op haar website gedane beweringen over Versatel en haar ISDN30 via DSL niet aannemelijk heeft gemaakt, zodat deze als misleidend dienen te worden aangemerkt. Daaruit volgt dat voorshands voldoende aannemelijk is dat de vergelijkende reclame op de website van Zeus niet aan alle in het tweede lid van artikel 6:194a BW genoemde voorwaarden voldoet en derhalve jegens Versatel onrechtmatig is. De vorderingen zullen derhalve worden toegewezen als na te melden.

4.7. De door Versatel gevorderde “oprechte excuses” en verwijzing naar de website van Versatel onder b. en c. gevorderde rectificaties zullen worden afgewezen, nu voor toewijzing daarvan onvoldoende grond bestaat. Het onder c. gevorderde zal worden toegewezen voor zover het klanten betreft die Zeus na 31 oktober 2005 heeft geworven, nu de rechter de in de dagvaarding genoemde datum 1 oktober 2005 in het licht van de plaatsing van de mededeling op de website op 31 oktober 2005, als een kennelijke verschrijving opvat.

4.8. Dat Zeus in de directe communicatie met haar klanten nimmer melding heeft gemaakt van de gewraakte beweringen over ISDN30 via DSL van Versatel, neemt niet weg dat klanten die na 31 oktober 2005 bij Zeus ISDN30 hebben afgenomen, dit mogelijkerwijs naar aanleiding van de mededeling van Zeus op haar website hebben gedaan, zodat voldoende grond is voor het sturen van de onder c. genoemde brieven. Voor een beperking in tijdsduur van het onder a. gevorderde bestaat voorts geen enkele aanleiding.

4.9. De gevorderde dwangsom wordt gelimiteerd als na te melden. Aan de gevorderde dwangsommen worden een maximum en een rechterlijke matigingsbevoegdheid van de hierna te vermelden inhoud verbonden.

4.10. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Zeus worden veroordeeld in de proceskosten.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- a. gebiedt Zeus onmiddellijk na betekening van dit vonnis elke misleidende mededeling of suggestie over Versatel of de producten of diensten van Versatel, in het bijzonder mededelingen of suggesties die inhouden dat met het ISDN30 product van Versatel niet gelijktijdig inkomend en uitgaand verkeer kan worden afgehandeld of dat Versatel een laagwaardig ISDN30 product levert of dat Versatel uitsluitend ISDN30 op basis van DSL aanbiedt of dat Versatel niet zou melden dat zij ook ISDN30 op basis van DSL aanbiedt, te staken en gestaakt te houden;

Zaaknummer 134612 / KG ZA 05-774 inzake Versatel / Zeus

- b. gebiedt Zeus binnen 24 uur na betekening van dit vonnis centraal (in het midden) op de openingspagina (homepage) van de website www.zeustelecom.nl te plaatsen en gedurende een ononderbroken periode van 4 weken gedurende 24 uur per dag geplaatst te houden, de navolgende goed leesbare mededeling, zonder enig(e) commentaar, toevoeging of weglating in welke vorm dan ook en tegen een rustige en niet storende achtergrond in een kader van 10 bij 10 centimeter (bij een gemiddelde schermgrootte van 17 inch):

"Geachte bezoeker,

De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch heeft bij vonnis van 13 december 2005 bepaald dat wij misleidende mededelingen hebben gedaan over het ISDN30 product van Versatel. Zo hebben wij beweerd dat het ISDN30 product van Versatel laagwaardig is en dat de gebruiker van het ISDN30 product niet tegelijkertijd inkomend en uitgaand verkeer kan afhandelen. Verder hebben wij beweerd dat Versatel haar klanten niet juist zou informeren omtrent haar ISDN30 product. Deze mededelingen zijn onjuist en het doen van dit soort misleidende mededelingen heeft de rechter ons dan ook met onmiddellijke ingang verboden.

Directie Zeus Telecom B.V."

- c. gebiedt Zeus binnen 72 uur na betekening van dit vonnis aan alle klanten die zij na 31 oktober 2005 tot en met de dag waarop zij de onder b. bedoelde rectificatie heeft geplaatst, heeft geworven en die het ISDN30 product van Zeus hebben afgenomen, op eigen kosten de navolgende rectificatie te sturen op haar normale briefpapier voorzien van haar normale bedrijfsgegevens en haar logo, conform goed drukkersgebruik, zonder enig(e) commentaar, toevoeging of weglating in welke vorm dan ook:

"Geachte klant,

Recent bent u bij ons klant geworden en heeft u ons product ISDN30 gekocht. Mogelijk heeft u voor dit product gekozen omdat wij hebben beweerd dat het ISDN30 product van Versatel laagwaardig is, dat een gebruiker van het ISDN30 product van Versatel niet tegelijkertijd inkomend en uitgaand verkeer kan afhandelen en dat Versatel klanten niet juist zou informeren over haar ISDN30 product. De Voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch heeft bij vonnis van 13 december 2005 bepaald dat wij dergelijke mededelingen over het ISDN30 product van Versatel onmiddellijk dienen te staken nu deze mededelingen onjuist en derhalve misleidend zijn. Wij zijn onder meer veroordeeld om u dit mede te delen.

Directie Zeus Telecom B.V."

- d. gebiedt Zeus binnen tien dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Versatel een verklaring te sturen, opgesteld op kosten van Zeus door een onafhankelijke registeraccountant, dat Zeus aan het gebod als genoemd onder c. tijdig en volledig heeft voldaan;
- e. veroordeelt Zeus tot betaling aan Versatel van een dwangsom ten bedrage van € 5.000,— voor elke keer danwel € 10.000,— voor elke dag dat Zeus in strijd zal handelen met voornoemde gebod of enig gedeelte daarvan, met dien verstande:

Zaaknummer 134612 / KG ZA 05-774 inzake Versatel / Zeus

- dat boven de som van € 200.000,— geen dwangsommen meer worden verbeurd;
 - dat deze dwangsom sanctie vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voorzover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;
 - dat deze dwangsom sanctie slechts zal gelden na betekening van dit vonnis aan Zeus;
- f. veroordeelt Zeus in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van de wederpartij begroot op € 1.815,93, waarvan € 1.500,00 salaris procureur en € 315,93 verschotten;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.H.W. Rullmann, voorzieningenrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 13 december 2005 in tegenwoordigheid van de griffier.

