

rolnummer 176/06 KG

1 februari 2007

bij vervroeging

download:
<https://spiegeler.com/>
AFSCHRIFT
Spiegeler Advocaten
Oranjestraat 8
2514 JB 's-Gravenhage
070-2170200

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PRETIUM TELECOM B.V.,
gevestigd te Haarlem,
APPELLANTE in het principaal appel,
GEÏNTIMEERDE in het incidenteel appel,
procureur: mr. J.W. van Rijswijk,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KPN TELECOM B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
GEÏNTIMEERDE in het principaal appel,
APPELLANTE in het incidenteel appel,
✓ procureur: mr. J.P. Hustinx.

1. Verder verloop van het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna wederom Pretium en KPN genoemd.

Op 16 maart 2006 is door dit hof arrest gewezen waarbij de incidentele vordering van KPN tot voeging met de zaak die tussen partijen bij dit hof aanhangig was onder rolnummer 2241/05 SKG is afgewezen en de zaak naar de rolzitting van 27 april 2006 is verwezen voor memorie van grieven aan de zijde van Pretium.

Daarop heeft Pretium bij memorie van grieven, met producties, tegen het vonnis waarvan beroep twee grieven aangevoerd en geconcludeerd dat het hof het vonnis in conventie zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, primair het door KPN sub 4 gevorderde alsnog zal afwijzen, subsidiair de door de voorzieningenrechter sub 7.5 van het vonnis opgelegde dwangsommen zal matigen, met veroordeling van KPN in de kosten van het geding in beide instanties.

Bij memorie van antwoord, met producties, heeft KPN de grieven bestreden, harerzijds in incidenteel appel drie grieven aangevoerd en geconcludeerd in het principaal en in het incidenteel appel dat het hof het vonnis, naar het hof begrijpt, in conventie zal vernietigen voor zover daarin de vorderingen van KPN zijn afgewezen, althans zodanige maatregelen zal treffen als het hof aangewezen acht, en voor het overige het vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van Pretium in de kosten van het geding in beide instanties.

Bij memorie van antwoord in incidenteel appel heeft Pretium de grieven van KPN bestreden en geconcludeerd de vorderingen van KPN af te wijzen, met haar veroordeling in de kosten van, naar het hof begrijpt, het incidenteel appel.

Vervolgens hebben partijen ter terechtzitting van het hof van 12 januari 2007 hun standpunten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities nader doen toelichten, Pretium door

mr. A. Killan, advocaat te 's-Gravenhage, en KPN door haar procureur. Bij die gelegenheid hebben beide partijen nog productie(s) in het geding gebracht.

Ten slotte hebben partijen wederom arrest gevraagd op de stukken van het geding in beide instanties.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in overweging 2 onder 2.1 tot en met 2.11 een opsomming gegeven van de feiten waarvan in dit geding moet worden uitgegaan. Hieromtrent bestaat geen geschil zodat ook het hof die feiten tot uitgangspunt neemt.

Daarnaast neemt het hof in aanmerking dat blijkens mededeling van partijen ter terechtzitting in hoger beroep met ingang van 1 februari 2007 de zogenoemde VoordeelNummers van KPN worden afgeschaft.

3. Beoordeling

3.1. Partijen zijn concurrenten van elkaar op de markt van aanbieders van vaste telefoondiensten. Het landelijk telefoonnetwerk wordt door KPN beheerd. Om aansluiting op het landelijk telefoonnetwerk te verkrijgen moeten de abonnees van Pretium een KPN BelBasis abonnement hebben. Na aanmelding bij Pretium kunnen de abonnees van de diensten van Pretium gebruik maken door voor elk telefoonnummer een vaste cijfercombinatie te kiezen, welke keuze handmatig kan worden verricht of automatisch door een eenmalige instelling, een carrierepreselectie-dienst (CPS). KPN beschuldigt Pretium ervan dat zij een reclamecampagne voert die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhoudt - onder de verkorte term "Laagste

Kosten Garantie" -, hetgeen volgens KPN een misleidende garantie (mededeling) van Pretium is. Pretium beschuldigt KPN van slamming. Hiervan is sprake als telefoonnummers van consumenten worden beschakeld - hetgeen inhoudt dat telefoonnummers worden overgezet van KPN naar een CPS-aanbieder of vice versa - zonder dat de desbetreffende consumenten daartoe opdracht hebben gegeven.

3.2. Met betrekking tot vorenbedoelde beschuldiging tegen Pretium heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat tegen het geven van een laagste kostengarantie op zichzelf geen bezwaar bestaat doch dat de term "Laagste Kosten Garantie" een absolute superioriteitsclaim inhoudt, waarbij Pretium pretendeert onder alle relevante omstandigheden en over de gehele linie altijd de laagste kosten per maand te bieden. Dit oordeel leidde tot de beslissing (vonnis in conventie 7.4) Pretium te verbieden vanaf de betekening van het vonnis de garantie als bedoeld in art. 7 van haar algemene voorwaarden openbaar te maken als "Laagste kostengarantie", alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden, met bepaling (7.5) dat Pretium een dwangsom verbeurt van € 25.000,- voor iedere dag dat zij in gebreke mocht blijven aan dit verbod te voldoen, met een maximum van € 500.000,-.

De voorzieningenrechter legde aan deze beslissing ten grondslag dat Pretium, op wie ingevolge art. 6:195 BW de bewijslast ter zake rust, de absolute superioriteitsclaim niet kan waarmaken nu de vraag welke aanbieder voor een bepaalde gebruiker de voordeligste is volledig wordt bepaald door het individuele belgedrag van die gebruiker en daardoor veeleer moet worden aangenomen dat geen enkele aanbieder kan pretenderen in absolute zin de voordeligste te zijn.

3.3. Tegen deze beslissing en motivering keren zich de beide grieven in het principaal appel, terwijl KPN door middel van grief 2 in incidenteel appel opkomt tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat tegen het geven van de laagste kostengarantie op zichzelf geen bezwaar bestaat.

3.4. Wat deze grief van KPN betreft deelt het hof het oordeel van de voorzieningenrechter dat tegen het verlenen van de desbetreffende garantie op zichzelf geen bezwaar bestaat. KPN stelt weliswaar dat slechts een zeer beperkt deel van degenen die met de regeling als neergelegd in art. 7 van de algemene voorwaarden van Pretium worden geconfronteerd daadwerkelijk de proef op de som neemt en dat allerlei uitbetaling beperkende voorwaarden gelden, doch dit is onvoldoende om te kunnen concluderen dat de garantie op zichzelf misleidend is, immers niet (genoegzaam) is bestreden dat Pretium claims onder die garantie honoreert.

Grief 2 in incidenteel appel faalt derhalve.

3.5. Het verlenen van de litigieuze garantie dient echter wel te worden onderscheiden van de reclame-uiting 'Laagste Kosten Garantie'. Hierbij gaat het erom welke interpretatie de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (verder: de gemiddelde consument) aan die reclame-uiting zal geven, waarbij, zoals Pretium stelt, rekening ermee kan worden gehouden dat de gemiddelde consument bekend is met enige gebruikelijke overdrijving in reclame. Pretium beroept zich in dit verband erop dat "van een consument kan en mag worden verwacht dat hij uitzoekt onder welke voorwaarden men aanspraak kan maken op de garantie". Dit beroep gaat niet op. Allereerst geldt dat de reclame-uiting geen enkele indicatie geeft voor een mogelijk ter zake geldend voorbehoud. Voorts is het feit dat op de internetpagina van Pretium de 'Laagste Kosten Garantie' nader wordt omschreven en dat daar steeds een uitdrukke-

lijke verwijzing naar de op de garantie toepasselijke algemene voorwaarden van Pretium is geplaatst naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende. Van een gemiddelde consument die bijvoorbeeld in een krant een advertentie met de 'Laagste Kosten Garantie' leest hoeft niet te worden verwacht dat hij via de internetpagina van Pretium gaat nazoeken wat de voorwaarden zijn waaronder deze garantie wordt verleend. Nu Pretium niet het oordeel van de voorzieningenrechter (rov. 5.11) bestrijdt dat de vraag welke aanbieder voor een bepaalde gebruiker de voordeligste is volledig wordt bepaald door het individuele belgedrag van de gebruiker, moet de reclame-uiting 'Laagste Kosten Garantie' worden aangemerkt als een vlag die de lading niet dekt en daarmee misleidend is.

Grief 1 in principaal appel moet derhalve worden verworpen.

3.6. Grief 2 in principaal appel richt zich tegen de beslissing van de voorzieningenrechter dat het verbod onder 7.4 mede geldt het doen van mededelingen van gelijke aard of strekking die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden.

Uitgangspunt is dat Pretium uit het dictum van het vonnis moet kunnen afleiden hoe ver het algemene verbod strekt, hetgeen in het bijzonder klemmt nu zij bij overtreding van dit verbod aanzienlijke dwangsommen zal verbeuren. Hierbij moet mede in aanmerking worden genomen dat Pretium in dit geval geen, althans onvoldoende, houvast heeft aan de gronden waarop dit algemene verbod werd gegeven aangezien de rechtsoverwegingen 5.10 en 5.11 van het vonnis in conventie hieromtrent geen uitsluitsel bieden. Voorts geldt dat terughoudendheid past bij een algemeen verbod, mede met het oog op het voorkomen van executiegeschillen, en dat KPN bij een dergelijk algemeen verbod een spoedeisend belang moet hebben, omtrent welk belang in hoger beroep niets is gesteld.

Een en ander brengt mee dat grief 2 in principaal appel slaagt.

3.7. Grief 1 in incidenteel appel betreft de wijze waarop in de tarievenvergelijking de VoordeelNummers van KPN worden vermeld. Aangezien de voordeelnummers met ingang van 1 februari 2007, derhalve voor het wijzen van dit arrest, zullen vervallen heeft KPN bij deze grief verder geen belang. KPN heeft ter zitting in hoger beroep nog wel verzocht om in plaats van VoordeelNummers 'generieke tariefcomponenten' te lezen doch Pretium heeft tegen deze eiswijziging terecht bezwaar gemaakt als in strijd met een goede procesorde.

3.8. In grief 3 in incidenteel appel betoogt KPN dat de voorzieningenrechter ten onrechte de in het petitum sub 5 en 6 van KPN's inleidende dagvaarding geformuleerde vorderingen heeft afgewezen. Meer in het bijzonder heeft de voorzieningenrechter zich daarbij, aldus KPN, blijkens rov. 5.12 gebaseerd op het oordeel dat het Pretium vrij zou staan om haar abonnees te waarschuwen tegen slamming zolang niet vaststaat dat dit niet meer voorkomt, terwijl de voorzieningenrechter aannemelijk achtte dat dit het geval was.

3.9. De vorderingen van KPN sub 5 en 6 van de inleidende dagvaarding luiden als volgt:

"(5) Pretium te verbieden, (...), mededelingen te (laten) doen of suggesties te (laten) wekken dat KPN eindgebruikers ongewenst zou beschakelen, dan wel mededelingen of suggesties van gelijke aard of strekking, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;

(6) Pretium te verbieden, (...), (andere) mededelingen die de goede naam van KPN schaden, alsmede kleinerende uitlatingen over de goederen, diensten en activiteiten van KPN, in enigerlei vorm of op enigerlei wijze, openbaar te (doen) maken;"

Pretium beroept zich erop dat het door KPN gevorderde te ruim is en te onbepaald, zowel qua inhoud als qua tijd.

Dit beroep slaagt voor zover het betreft het tweede gedeelte van het sub 5 gevorderde, alsmede het sub 6 gevorderde, waarbij het hof verwijst naar hetgeen hiervoor is rov. 3.6 is overwogen.

3.10. Met betrekking tot het door KPN gevraagde verbod mededelingen te (laten) doen dat KPN eindgebruikers ongewenst zou beschakelen merkt het hof allereerst op dat het in dit geding gaat om het door Pretium waarschuwen van haar eigen klanten. Voorts moet voorshands ervan worden uitgegaan dat, zoals KPN ook toegeeft, beschakeling zonder dat daaraan een wilsuiting ten grondslag ligt nog steeds voorkomt. KPN stelt weliswaar dat zich nog slechts gevallen van ongewenste beschakeling voordoen waarvan haar in redelijkheid geen verwijt kan worden gemaakt, doch deze stelling wordt door Pretium betwist, zodat hiervan voorshands niet kan worden uitgegaan. Nu vaststaat dat slamming, of ongewenste beschakeling zoals KPN het uitdrukt, nog steeds voorkomt valt niet in te zien waarom Pretium haar eigen klanten niet hiervoor zou mogen waarschuwen.

Grief 3 in incidenteel appel faalt.

4. Conclusie

In het principaal appel faalt grief 1 en slaagt grief 2. Aangezien de door de voorzieningenrechter onder 7.4 uitgesproken veroordeling in twee onderdelen uiteenvalt doet zich hier naar het voorlopig oordeel van het hof niet een geval voor als bedoeld in Hoge Raad 31 mei 2002, NJ 2003, 343, zodat kan worden volstaan met het laten vervallen van het algemene verbod. Het vonnis in conventie voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen zal in zoverre worden vernietigd. Voor de subsidi-

air gevorderde matiging van de dwangsommen ziet het hof geen aanleiding, mede in aanmerking genomen dat het algemene verbod zal vervallen.

In het incidenteel appel falen de grieven 2 en 3, terwijl KPN bij grief 1 geen belang meer heeft. Het vonnis in conventie zal derhalve voor het overige worden bekrachtigd. Nu partijen in het principaal appel over en weer in het gelijk zijn gesteld zullen de proceskosten worden gecompenseerd als na te melden. De kosten in het incidenteel appel komen voor rekening van KPN als de in het ongelijk gestelde partij.

5. Beslissing

Het hof:

in het principaal en het incidenteel appel

vernietigt het vonnis in conventie waarvan beroep voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen voor zover in de beslissing in 7.4 is bepaald: "alsmede mededelingen van gelijke aard of strekking te doen die een absolute superioriteitsclaim van Pretium inzake kosten inhouden";

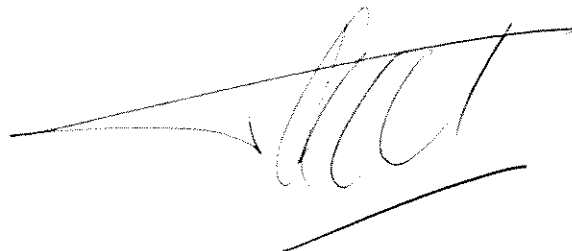
bekrachtigt het vonnis voor het overige;

compenseert de kosten van het principaal appel in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

veroordeelt KPN in de kosten van het incidenteel appel, tot op deze uitspraak aan de zijde van Pretium begroot op € 1.341,00;


verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M. Coeterier, N. van Lingen en J.E. Molenaar en is in het openbaar door de rolraadsheer uitgesproken op 1 februari 2007.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MWD', with two horizontal lines drawn underneath it.A large, stylized handwritten signature in black ink, with two horizontal lines drawn underneath it.

mr. T.A.C. van Hartingsveldt

Voor afschrift conform
De griffier van het
Gerechtshof te Amsterdam

A small handwritten signature in black ink, located below the typed text.