

Reclamerecht

60

HOF AMSTERDAM

23 maart 2010

(Mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, R.J.F. Thiessen en A.C. van Schaick)
(m.nt. EHH)

(Tele2/UPC internetten & bellen hoger beroep)

Misleiding van de gemiddelde consument? Hof vernietigt uitspraak Vzv. Rb. Haarlem van 25 juli 2008, IER 2009/6, m.nt. JK. Strengere eis met betrekking tot verwijzing in diverse advertenties naar disclaimer en voorwaarden op website: tekst advertentie zo in het oog springend dat disclaimer wegvalt. Geen belang meer van Tele2 in hoger beroep bij rectificatie door UPC wegens grote tijdsverloop. Geen belang van Tele2 bij herziening eigen rectificatie omdat rectificatie reeds heeft plaatsgevonden.

art. 6:193b-e BW, art. 6:194a BW en art. 8.2 NRC

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Tele2 Nederland B.V.*,
gevestigd te Amsterdam,
appellante in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
procesadv.: mr. A. van Hees,
kantoorhoudende te Amsterdam,
adv.: mr. S.M. Kaak,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *UPC Nederland B.V.*,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde in principaal appel,
appellante in incidenteel appel,
adv.: mr. R.J. van Agteren,
kantoorhoudende te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

1.1. De partijen worden hierna respectievelijk Tele2 en UPC genoemd.

1.2. Bij dagvaarding van 21 augustus 2008 is Tele2 in hoger beroep gekomen van een kortgedingvonnis van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Haarlem, in deze zaak onder zaaknummer/rolnummer 147741/KG ZA 08-376 gewezen tussen Tele2 als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en UPC als

gedaagde in conventie/eiseres in reconventie. Het vonnis uitgesproken op 25 juli 2008

1.3. Tele2 heeft bij memorie negen grieven tegen het vonnis aangevoerd, producties overgelegd, haar eis vermeerderd en geconcludeerd – zakelijk weergegeven – dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, de vordering van Tele2 in conventie alsnog zal toewijzen, ook voor zover het betreft de reclame-uitingen die in hoger beroep zijn genoemd, en de vordering van UPC in reconventie alsnog zal afwijzen, met veroordeling van UPC in de kosten van beide instanties.

1.4. Bij memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel heeft UPC de grieven bestreden, producties overgelegd, harerzijds één grief in incidenteel appel aangevoerd en geconcludeerd – zakelijk weergegeven – dat het hof de door de voorzieningenrechter toegewezen vordering van Tele2 zal afwijzen, Tele2 zal veroordelen in de kosten van het hoger beroep en het bestreden vonnis voor het overige zal bekrachtigen.

1.5. Tele2 heeft bij memorie van antwoord in incidenteel appel de grief van UPC bestreden, producties overgelegd en geconcludeerd – zakelijk weergegeven – tot ongegrondverklaring van de incidentele grief.

1.6. Vervolgens hebben partijen ter terechtzitting van 22 januari 2010 hun standpunten nader doen toelichten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities, Tele2 door mr. S.M. Kaak, advocaat te Utrecht, en UPC door mr. R.J. van Agteren, advocaat te Amsterdam. Bij die gelegenheid hebben partijen nog producties in het geding gebracht.

1.7. Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en aan het hof verzocht arrest te wijzen.

2. Grieven

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2 (2.1 t/m 2.6) een aantal feiten vermeld. Deze feiten zijn tussen partijen niet in geschil, zodat deze ook in hoger beroep tot uitgangspunt dienen.

4. Beoordeling

4.1. Tele2 is een telecommunicatiebedrijf dat telefoon- en internetdiensten aanbiedt, alsmede digitale televisie. UPC is een kabelmaatschappij die het kabelnetwerk beheert in Noord- en Zuid-Holland, Friesland, Gelderland, Flevoland en Noord-Brabant. UPC biedt naast analoge radio en televisie dezelfde diensten aan als Tele2, met dien verstande dat de diensten van UPC slechts beschikbaar zijn in het gebied waar UPC het kabelnetwerk beheert. In 2008 is UPC een reclamecampagne gestart onder de naam 'Internet & Bellen' waarbij zij de consument een combinatie van internet- en telefoondiensten aanbiedt. UPC voert die campagne door middel van een

landelijke radiocommercial, buitenreclame (zogenoemde abri- en mupiposters), advertenties in het dagblad *Metro*, een televisiecommercial op verschillende Nederlandse zenders, haar website en internetbanners.

Daarnaast voert UPC een campagne voor het zogeheten 'UPC Op Maat Pakket', dat bestaat uit een combinatie van internet, bellen en digitale televisie. In het kader van die campagne heeft UPC haar abonnees in juni 2008 een mailing (met een bijgevoegde retourkaart) toegestuurd. Tele2 maakt op haar website reclame voor haar Tele2 Gold pakket, een aanbieding waarbij de consument internet, telefoon en televisie kan afnemen.

4.2. Tele2 vordert in dit geding (kort weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang);

- (i) een verbod aan UPC om in het kader van haar campagne 'Internet & Bellen' mededelingen te doen waarbij wordt weggelaten, althans onduidelijk wordt vermeld a. dat consumenten slechts gebruik kunnen maken van een UPC aanbieding voor internet en bellen als zij klant zijn of worden van UPC voor wat betreft analoge televisie en radio waarvoor zij ook moeten betalen en b. de snelheid van de internetdienst;
- (ii) veroordeling van UPC om ter rectificatie de tekst te vermelden op haar website 'Om gebruik te maken van al onze aanbiedingen en producten geldt dat u een UPC aansluiting moet hebben en u analoge radio en tv van ons afneemt à € 16,70 per maand en eenmalige aansluitkosten';
- (iii) veroordeling om een rectificatiebrief te sturen aan al degenen die de mailing 'UPC Op Maat Pakket' hebben gekregen;
- (iv) een en ander met bepaling van een dwangsom.

4.3. UPC vordert in dit geding (eveneens kort weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang) veroordeling van Tele2 om ter rectificatie van een reclameboodschap van Tele2 op haar website met betrekking tot het Tele2 Gold pakket een tekst te plaatsen, met bepaling van een dwangsom.

4.4. De voorzieningenrechter heeft UPC veroordeeld (kort gezegd) om haar reclame-uitingen voor internetaanbiedingen zodanig aan te passen dat daar waar zij internet aanbiedt als 'snel' of 'supersnel' of soortgelijke kwalificaties, tevens de bij die aanbieding behorende internetsnelheid wordt vermeld, met bepaling van een dwangsom. De voorzieningenrechter heeft de overige vorderingen van Tele2 afgewezen. In reconventie heeft de voorzieningenrechter Tele2 veroordeeld tot het plaatsen van een rectificatietekst op haar website met betrekking tot het Tele2 Gold pakket, met bepaling van een dwangsom.

4.5. Tegen deze beslissingen en de daarvoor gebezigde gronden zijn de grieven gericht. Naar aanleiding daarvan overweegt het hof als volgt.

4.6. Tele2 heeft gesteld dat de reclame-uitingen van UPC misleidend zijn en ongeoorloofde vergelijkende reclame bevatten.

De kern van haar bezwaar is dat UPC de essentiële productinformatie over haar diensten (bellen, internet en digitale televisie) in haar reclame-uitingen niet of niet duidelijk vermeldt.

Deze essentiële informatie over de diensten van UPC is volgens Tele2 dat een consument alleen gebruik kan maken van deze diensten en de daarbij behorende aanbiedingen als hij beschikt over een aansluiting op het netwerk van UPC voor € 16,70 per maand.

Voor dat bedrag krijgt de consument niet alleen een aansluiting op het kabelnetwerk van UPC, maar – zo voegt Tele2 toe – ontvangt deze ook het basispakket analoge radio en televisie.

4.7. De stelling van Tele2 dat een consument om gebruik te kunnen maken van de diensten van UPC (bellen, internet en digitale televisie) en de daarbij behorende aanbiedingen een aansluiting op het netwerk van UPC moet hebben (voor maximaal € 16,70 per maand; het hof begrijpt dat het tarief per gemeente enigszins kan verschillen) en dat de consument voor dat bedrag ook het basispakket analoge radio en televisie ('Standaardpakket Radio/TV') ontvangt, is op zichzelf tussen partijen niet in geschil.

(Het hof merkt op dat in de stukken ook de bedragen voorkomen van € 16,37 en € 16,80; het hof begrijpt dat het tarief van UPC in de loop der tijd is verhoogd.) Wel is in geschil of UPC in haar verschillende reclame-uitingen voldoende duidelijk heeft gemaakt dat haar prijsaanbiedingen voor telefoon, internet en digitale televisie alleen gelden in combinatie met het UPC standaardpakket radio en televisie. Het hof zal deze vraag hierna telkens afzonderlijk aan de hand van de onderscheiden reclame-uitingen van UPC bespreken. De grieven 1 en 3 t/m 5 lenen zich daarbij voor gezamenlijke behandeling.

4.8. Voor zover Tele2 stelt dat verwijzing door UPC naar haar 'Standaardpakket Radio/TV' reeds misleidend is doordat de gemiddelde consument geen idee heeft 'wat dit zogenaamde 'standaardpakket' van UPC inhoudt', niet weet 'dat een standaardpakket een abonnement op analoge televisie en radio is' en 'er net zo goed (kan) worden geduid op een standaardpakket voor digitale radio en tv door UPC' (memorie van grieven onder 8.4.4-8.4.8), falen de grieven. Naar het voorlopig oordeel van het hof zal de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument begrijpen dat zodanige verwijzing een verwijzing inhoudt naar *analoge* ontvangst voor radio en televisie. Ter zitting heeft UPC overtuigend toegelicht dat ook bij digitale radio/televisie analoge ontvangst vaak zinvol is omdat menig huishouden beschikt over meer dan één radio- en televisietoestel en niet alle toestellen geschikt plegen te zijn (gemaakt) voor de ontvangst en verwerking van een digitaal signaal.

Radiocommercial

4.9. Aanvankelijk voerde UPC een radiocommercial met de volgende tekst:

'En dan die kinderopvang.... Die wordt me toch duur. Maar bij UPC kunt u blijvend goedkoop internetten en bellen voor maar 20 euro per maand. Jaar in, jaar uit. Bel 0900-1580, 10 cent per minuut of ga naar UPC.nl. Ook voor de beschikbaarheid en voorwaarden. UPC... Gewoon voor iedereen.'

De tekst van de radiocommercial die wordt gevoerd na het bestreden vonnis luidt als volgt:

'Deze winter heeft u met UPC alle redenen om binnen te blijven. Met snel internet van 6 mb per seconde en onbeperkt bellen naar alle vaste nummers in Nederland. Voor maar 25 euro per maand. Bel voor 31 december via 0900-1580 10 cent per minuut of op UPC.nl. En stap zorgeloos over naar supervoordeelig internetten en bellen. UPC, gewoon voor iedereen.'

4.10. Het staat, zoals eerder overwogen, vast dat de consument slechts gebruik kan maken van de in de beschreven commercials bedoelde aanbiedingen voor internet en telefoon van € 20 respectievelijk € 25 per maand als hij een aansluiting heeft op het UPC kabelnetwerk en dat de kosten daarvan, inclusief het eerdergenoemde standaardpakket voor radio en televisie, (maximaal) € 16,70 per maand bedragen. De consument die niet over zodanige aansluiting beschikt zou derhalve niet kunnen volstaan met betaling aan UPC van € 20 – respectievelijk € 25 – per maand voor een internet- en telefoonabonnement, maar zou daarnaast nog (maximaal) € 16,70 per maand moeten betalen voor aansluiting op het netwerk van UPC. Tegen deze achtergrond acht het hof de hiervoor weergegeven reclame-uitingen misleidend. Dat geldt ook indien, zoals de voorzieningenrechter heeft overwogen, daarbij in aanmerking wordt genomen dat radio een communicatiemedium is dat qua tijd beperkingen meebrengt. Anders dan de voorzieningenrechter oordeelt het hof vermelding van de website en het informatienummer niet voldoende als maatregelen om de hiervoor bedoelde informatie ter beschikking van de consument te stellen. Naar het voorlopig oordeel van het hof zal de gemiddelde consument – het hof gebruikt deze aanduiding hier en hierna in de zin van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument – er ook na vermelding van website en informatienummer niet op bedacht zijn dat de abonnementsprijs niet € 20 respectievelijk € 25 per maand bedraagt, maar € 20 respectievelijk € 25 verhoogd met (maximaal) € 16,70, waaraan niet afdoet dat veel consumenten al over een abonnement op het standaardpakket beschikken en dit bedrag dus al betalen. Dat geldt in nog sterkere mate voor de tekst van de latere radiocommercial, waarin zelfs de toevoeging 'Ook voor de beschikbaarheid en voorwaarden' ontbreekt.

Buitenreclame

4.11. Het gaat hierbij om reclameposters inabri's (bus- en tramhokjes) en om 'mupi-posters' (posters in een dubbelzijdig reclamebord, die elders dan bij bus- en tramhokjes in voetgangersgebied worden geplaatst). Tele2 heeft producties overgelegd met afbeeldingen van dergelijke posters (producties 2, 30/41).

Het meest in het oog springende onderdeel van de poster is een rode druppel (tegen een witte achtergrond) met daarin een tekst in witte letters. De tekst in de druppel van productie 2 (een afbeelding die werd gebruikt ten tijde van het geding in eerste aanleg) luidt:

'Internetten & Bellen voor maar € 20 p/m Jaar in, jaar uit'.* De asterisk verwijst naar een tekst onderaan de poster die luidt 'Alleen verkrijgbaar i.c.m. het UPC Standaardpakket Radio/TV (max. € 16,37 p.m.)' De tekst van de druppel van productie 30 (een afbeelding die werd gebruikt in september 2008) – de druppel is geplaatst onder de tekst in grijze letters op witte achtergrond – luidt:

'Nu tijdelijk € 10 per maand.'*

De asterisk verwijst naar een tekst onderaan de poster die, zo begrijpt het hof, gelijk is aan of vergelijkbaar is met die op productie 2.

4.12. Ook deze posters acht het hof misleidend. De tekst in het rode vlak is in het licht van de overige opmaak van de posters zodanig in het oog springend dat de gebezigde disclaimer daarbij als het ware wegvalt, terwijl de prijs in het rode vlak centraal staat maar onjuist is voor de consument die niet al over een aansluiting op het UPC kabelnetwerk beschikt. Het hof onderschrijft niet de overweging van de voorzieningenrechter dat de consument 'die de boodschap van deabri-poster tot zich neemt' in de regel een persoon is die zekere tijd bij een bus of tramhalte staat te wachten. Nog daargelaten dat het ook gaat om de 'mupi-posters', zullen de posters bij een bus- of tramhalte ook worden waargenomen door voorbijgangers (voetgangers, fietsers en automobilisten). UPC heeft nog aangevoerd dat de posters alleen voorkomen in het 'verzorgingsgebied' van UPC en dat van de 2,7 miljoen klanten al 2 miljoen klanten een aansluiting hebben op het UPC netwerk, maar dat verweer faalt reeds omdat ook dan een substantieel deel van degenen die de posters waarnemen niet beschikt over zodanige aansluiting.

Banners

4.13. In eerste aanleg heeft Tele2 als productie 3 afbeeldingen overgelegd van banners die UPC volgens haar (Tele2) op dat moment bezigde. Die banners houden niet een disclaimer in waarin wordt verwezen naar nadere voorwaarden. UPC heeft bestreden dat die afbeeldingen een juiste weergave vormen van haar banners.

De voorzieningenrechter heeft de op dit onderdeel betrekking hebbende vordering van Tele2 afgewezen op de grond dat voldoende aannemelijk is dat de producties van Tele2 de banners van UPC onvolledig weergeven. In hoger beroep heeft Tele2 opnieuw afbeeldingen van banners van UPC overgelegd (producties 31 en 32) en

heeft zij (opnieuw) gesteld dat bij deze banners geen beperkende voorwaarden zijn vermeld. Opnieuw heeft UPC de stellingname van Tele2 bestreden. Volgens haar heeft Tele2 alleen de banners afgedrukt en niet de tekst die verschijnt indien met de muis de banner wordt aangeraakt. Bij pleidooi is Tele2 op dit onderdeel van het debat niet meer teruggekomen. Ook in hoger beroep kan bij deze stand van zaken niet tot uitgangspunt worden genomen dat de door Tele2 geproduceerde afbeeldingen van de internetbanners die Tele2 aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd een juiste weergave zijn van de door UPC gebezigde banners. Tele2 spreekt bij memorie van grieven (onder 8.9.1) nog over 'overige banners', maar het is het hof niet duidelijk geworden op welke banners zij daarbij het oog heeft. Ter zake van dit onderdeel hebben de grieven dus geen succes.

Print-advertentie

4.14. UPC heeft (onder meer) in het dagblad *Metro* advertenties geplaatst op een wijze die niet wezenlijk anders is dan bij de afbeeldingen op de 'abri- en mupi-posters'. Hetgeen het hof hiervoor met betrekking tot de inhoud van deze posters heeft overwogen, geldt, voor zover van toepassing, ook hier. Het hof deelt derhalve niet het oordeel van de voorzieningenrechter dat de advertentie is voorzien van een voldoende opvallende en duidelijke disclaimer.

Website

4.15. Voorwerp van beoordeling in eerste aanleg was de door Tele2 als productie 6 weergegeven websitepagina. Volgens Tele2 was de daar weergegeven vermelding onderaan de pagina (na wat u moet weten:) dat de aangeboden producten (internet en bellen voor € 20, respectievelijk € 35 per maand, gevolgd door een asterisk) alleen beschikbaar zijn in combinatie met het UPC Standaardpakket Radio/TV à € 16,37 per maand te onduidelijk. UPC heeft dat bestreden en heeft aangevoerd dat de disclaimer onderaan de pagina niet onduidelijk is weergegeven. De voorzieningenrechter heeft UPC hierin gevolgd. Het hof is het echter met deze zienswijze niet eens. Op vergelijkbare gronden als hiervoor bij de bespreking van de buitenreclame genoemd, acht het hof de verwijzing door middel van een asterisk bij de prijs die is genoemd in de 'druppel' naar de disclaimer onderaan de pagina onvoldoende om de gemiddelde consument duidelijk te maken dat de prijs voor internet en bellen die is vermeld in de 'druppel' moet worden verhoogd met de prijs voor het noodzakelijke UPC standaardpakket voor radio en televisie (welke verhoging slechts dan niet van toepassing is indien de consument reeds beschikt over een zodanig standaardpakket). Het voorgaande is niet anders indien niet productie 6 van Tele2 tot uitgangspunt wordt genomen, maar de door UPC overgelegde producties 2 en 3 (die een grotere en overigens vergelijkbare weergave bevatten).

4.16. Bij memorie van grieven heeft Tele2 als productie 33 een afbeelding van latere websitepagina's van UPC overgelegd. Ook met betrekking tot deze websitepagina's stelt Tele2 dat de weergegeven informatie misleidend is. UPC heeft deze stelling bestreden en voert daartoe aan dat productie 33 van Tele2 een verkleining betreft. Volgens haar is haar productie 48 (het hof leest: 47) een goede weergave. Het hof constateert dat de beide genoemde producties een geheel verschillende weergave bevatten van websitepagina's, 66k inhoudelijk. Ook hier geldt daarom dat productie 33 van Tele2 bij de beoordeling niet tot uitgangspunt kan worden genomen. Het hof acht het ook niet nodig dit punt verder te onderzoeken, omdat gebleken is dat UPC haar website inmiddels heeft gewijzigd. Een voorziening met betrekking tot productie 33 is daarom niet aan de orde. Ten overvloede wordt hieraan toegevoegd dat het hof zowel de weergave van productie 33 van Tele2 (ook indien een juiste weergave groter zou zijn) als die van productie 47 van UPC misleidend acht. Ook voor deze beide weergaven geldt dat de vermelding van de noodzakelijke aansluiting op het UPC netwerk (en de daarmee verbonden kosten) te weinig opvallend is in het licht van de totale opmaak van de desbetreffende websitepagina's.

4.17. Het hof zal zich thans richten op de pagina's van de website van UPC zoals deze recentelijk zijn gewijzigd en zoals deze zijn afgebeeld op de volgende producties van Tele2: 46A, 47A/B en 48 t/m 51. Hierbij wordt opgemerkt dat voor zover Tele2 als productie nog meer afbeeldingen van thans bestaande websitepagina's van UPC heeft overgelegd, het hof deze buiten beschouwing laat omdat Tele2 deze niet in haar bespreking betrokken heeft.

4.18. Productie 46A uit hetgeen Tele2 naar aanleiding van deze productie heeft opgemerkt (pleitnotities in hoger beroep onder 5.6.2) wordt niet duidelijk of zij nog bewaren heeft tegen deze websitepagina, laat staan welke die bezwaren zijn.

4.19. Producties 47A/B. Op deze websitepagina staat vermeld 'UPC Alles-in-één Voordeelpakket! Voor slechts € 45 p/m'. Direct daaronder, in kleinere letters: 'Met het Alles-in-één Voordeelpakket heeft u sneller internet dan ADSL, kunt u voordelig en betrouwbaar bellen en kunt u kijken naar maar liefst 50 populaire zenders met haarscherp beeld en geluid. Dit alles voor een vaste lage prijs van € 45 p/m (Heeft u al het Standaardpakket Radio/TV, dan is dat slechts € 28,20 p/m)'. Het bezwaar van Tele2 richt zich – terecht – niet tegen deze weergave (die het resultaat is van een uitspraak van de voorzieningenrechter in de Rechtsbank Amsterdam van 24 december 2009 in een andere zaak), maar tegen het feit dat als een consument besluit om het pakket te bestellen, het overzicht in het boodschappenmandje slechts de prijs vermeldt van € 28,20. Van de zijde van UPC is ter zitting aangevoerd dat gedurende de bestelfase voor de consument duidelijk wordt dat de prijs van € 28,20 wordt verhoogd met de prijs voor het standaardpakket voor radio/TV.

Tele2 heeft dit niet betwist, zodat aangenomen wordt dat ook in zoverre geen sprake is van misleiding.

4.20. Productie 48. Op deze websitepagina is te lezen 'Droomdeals! Internet + Bellen voor maar € 26 p/m*'. Direct daaronder staat, in kleinere letters, vermeld 'Alleen beschikbaar i.c.m. het UPC Standaardpakket Radio/TV (max. € 16,80 p/rn)'. De asterisk verwijst naar een tekst onderaan de pagina, die luidt (in kleine letters) 'Een totaalpakket is alleen beschikbaar i.c.m. het OFC Standaardpakket Radio/TV (max. € 16,80 per rond). Lees alle voorwaarden.' Het hof acht deze pagina, anders dan Tele2 verdedigt, toelaatbaar. In de hoofdtekst is weliswaar de prijs vermeld exclusief de kosten voor het standaardpakket radio/tv, maar die onvolledigheid wordt voldoende duidelijk gecorrigeerd door de direct aansluitende tekst zoals geciteerd.

Een voorziening ter zake hiervan is dan ook niet aangewezen.

4.21. Productie 49. Het betreft op deze pagina een overzicht van internetabonnementen, waarbij onder de diverse internetsnelheden telkens prijzen staan vermeld met een asterisk, die naar een tekst onderaan de pagina verwijst. Een internetabonnement is alleen beschikbaar i.c.m. het UPC standaardpakket Radio/TV (max. € 16,80 per mnd.). Lees alle voorwaarden.' Het hof acht deze websitepagina misleidend omdat de vermelding van de noodzakelijke aansluiting op het UPC netwerk (en de daarmee verbonden kosten) is de disclaimer onderaan de pagina te weinig opvallend is in het licht van de totale opmaak.

4.22. Productie 50. Voor deze websitepagina, die verschijnt bij doorklikken op een van de internetsnelheden op de pagina die is afgebeeld op productie 49, geldt hetzelfde als zojuist overwogen.

4.23. Productie 51. Het betreft hier de pagina op de website van UPC betreffende de voorwaarden van UPC. In een kader rechts onderaan is onder de tekst 'In het kort' onder meer vermeld 'Om een dienst af te nemen heeft u het UPC Standaardpakket Radio & TV nodig'. De bezwaren van Tele2 houden in dat niet is vermeld wat een consument daarvoor betaalt en wat dat standaardpakket inhoudt. Het laatste bezwaar heeft het hof hiervoor reeds ongegrond geoordeeld. Ook het eerste bezwaar acht het hof niet steekhoudend omdat de mededeling niet is gedaan in een context – in het bijzonder – is elders op de pagina niet een prijs vermeld – die misleidend is.

TV-commercial

4.24. Het bezwaar van Tele2 tegen de TV-commercial die UPC sinds juli 2008 voerde, betrof het niet vermelden van de internetsnelheid die hoorde bij de aanbieding 'TV kijken, internetten en bellen voor nog geen 37 euro per maand'; volgens Tele2 werd de suggestie gewekt dat deze aanbieding een internetsnelheid van 24 mb per seconde betrof. De voorzieningenrechter heeft Tele2 in dat standpunt gevolgd en UPC in verband daarmee veroordeeld haar reclame-uitingen zodanig aan te passen dat

daar waar zij internet aanbiedt als 'snel' of 'supersnel' of soortgelijke kwalificaties, tevens de bij die aanbieding behorende internetsnelheid wordt vermeld. Tegen deze beslissing komt UPC op in incidenteel appel en daarop komt het hof later terug.

4.25. In hoger beroep heeft Tele2 nieuwe TV-commercials in haar vordering betrokken. zij heeft screenshots van deze TV-commercials (een sinds december 2008 en twee van maart/april 2009) als respectievelijk producties 34, 35 en 36 overgelegd.

4.26. Productie 34. In de TV-commercial sinds december 2008 is op zeker moment de tekst zichtbaar 'Televisie, Internet en Bellen'. Vervolgens is prominent zichtbaar de rode druppel met daarin vermeld '6 maanden € 27 p.m.*'. De asterisk verwijst naar een tekst, in kleine letters, onderin het beeld, die luidt 'Deze actie is geldig tot en met 31 december 2008. Actie geldig voor de eerste 6 maanden. Prijs daarna € 37 p.m. Kijk voor voorwaarden en beschikbaarheid op UPC.nl'. Verwijzing naar UPC.nl en een telefoon informatienummer geschiedt ook door middel van een voice-over. De misleiding bestaat volgens Tele2 erin dat de prijs niet € 27 bedraagt voor de eerste zes maanden, maar € 27 + € 16,70 = € 43,70, terwijl de verwijzing naar de website en het informatie telefoonnummer onvoldoende is om de misleiding weg te nemen. Ter zitting heeft UPC dit betoog bestreden en vervolgens is gebleken dat het hier een aanbieding betreft inclusief het standaardpakket voor analoge TV- en radio-ontvangst. Het verwijt van Tele2 is dus ongegrond.

4.27. Productie 35. In de eerstbedoelde TV-commercial van maart/april 2009 staat op zeker moment bovenin het beeld de tekst 'Eerste 6 maanden, daarna € 50,50'; direct daaronder een blauwe druppel met daarin de tekst '25 Mb voor € 25*'. De disclaimer onderin het beeld, waarnaar de asterisk verwijst, is op de afbeelding die Tele2 heeft overgelegd niet leesbaar. Het hof begrijpt dat daarin verwezen wordt naar UPC.nl en naar een telefoon informatienummer. In elk geval verschijnt daarna duidelijk leesbaar de tekst (na het logo van UPC) 'Ga naar UPC.nl of bel 0900 15 80'. Deze verwijzing geschiedt ook door middel van een voice-over. Ook hier mist het verwijt van Tele2 doel en wel op dezelfde grond als hiervoor uiteengezet: de (tijdelijke) aanbieding blijkt inclusief het bedoelde standaardpakket te zijn.

4.28. Productie 36. In de andere TV-commercial van maart/ april 2009 staat op zeker moment bovenin het beeld de tekst '4 Mb + telefonie, 3 maanden'. Daaronder een blauwe druppel met daarin de tekst (nadat '€ 20' is doorgehaald) '€ 15* per maand'. De asterisk verwijst ook hier naar een disclaimer onderin het beeld die op de afbeelding die Tele2 heeft overgelegd niet leesbaar is. Ook hier verschijnt daarna duidelijk leesbaar de tekst (na het logo van UPC) 'Ga naar UPC.nl of bel 0900 15 80', welke verwijzing ook hoorbaar is door middel van een voiceover.

Anders dan bij de eerder besproken TV-commercials, omvat de prijsaanbieding voor € 15 hier niet de (noodza-

kelijke) aansluiting op het UPC netwerk. Ook hier acht het hof de reclame-uiting misleidend omdat de prijsaanbieding in de (blauwe) druppel zodanig prominent is dat de disclaimer (zowel in beeld als in geluid) de daardoor gewekte indruk dat de consument voor internet (4 Mb) en telefoon gedurende drie maanden slechts € 15 per maand hoeft te betalen, niet wegneemt, óók indien ervan zou kunnen worden uitgegaan dat de disclaimer onderin het beeld in werkelijkheid leesbaar is.

4.29. Recapitulerend acht het hof de hiervoor besproken radiocommercial, buitenreclame, printadvertentie, enkele pagina's van de website van UPC en een van de TV-commercials van maart/april 2009 misleidend. De grieven 1 en 3 t/m 5 zijn in zoverre gegrond. Het hof zal UPC bevelen om in reclame-uitingen waarin de prijs van haar aanbieding een prominente rol speelt, in die prijs op te nemen het verschuldigde bedrag voor het vereiste standaardpakket voor radio en televisie, althans om dat bedrag aansluitend en (in relatie tot de vermelde prijs) voldoende opvallend te vermelden. Het hof ziet onvoldoende grond UPC te veroordelen tot enigerlei rectificatie in dit verband zoals door Tele2 gevorderd in haar petitum hij memorie van grieven onder 2.

4.30. Het hof komt thans toe aan bespreking van de overige grieven.

4.31. In grief 2 keert Tele2 zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat inmiddels een feit van algemene bekendheid is dat het kabelnet van UPC niet geheel Nederland bestrijkt en daarom in een reclameboodschap mag worden weggelaten.

Het hof is van oordeel dat de gemiddelde consument ervan op de hoogte is dat het kabelnet van UPC geen landelijke dekking heeft, zodat de grief faalt. Het hof ziet overigens niet in welk belang Tele2 als concurrent van UPC heeft bij deze klacht. De consument die niet op de hoogte is van het beperkte dekkinggebied van het UPC netwerk en aangetrokken wordt door de reclame-uitingen van UPC, zal immers spoedig uit de droom worden geholpen bij zijn pogingen diensten van UPC af te nemen als hij blijkt buiten het dekkinggebied te vallen. Het is het hof voorschans niet duidelijk geworden welk nadeel voor Tele2 hierbij in het geding kan zijn.

4.32. Grief 6 van Tele2 betreft de mailing van UPC over het 'UPC Op Maat Pakket' en is gericht tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van haar vordering strekkende tot rectificatie door middel van het sturen van een rectificatiebrief aan degenen die de mailing hebben ontvangen. Deze grief faalt. Al aangenomen dat de inhoud van de mailing, anders dan de voorzieningenrechter heeft gemeend, als onrechtmatig moet worden aangemerkt, staat het hof vervolgens voor de vraag of toewijzing van de vordering tot rectificatie in enigerlei vorm thans, ongeveer één-en-driekwart jaar na verzending van de gewraakte mailing, nog opportuun is. Deze vraag beantwoordt het hof ontkennend.

Het acht niet voldoende aannemelijk dat de mailing respectievelijk het door de mailing opgeroepen beeld na een

dergelijk tijdsverloop bij de ontvangers van een rectificatiebrief nog zodanig bekend zal voorkomen, dat Tele2 nog steeds voldoende belang heeft bij rectificatie. Voor het alsnog toewijzen van dit onderdeel van de door Tele2 gevorderde voorziening is derhalve geen plaats.

4.33. Grief 7 van Tele2 mist zelfstandige betekenis en kan daarom verder onbesproken blijven.

4.34. De voorzieningenrechter heeft Tele2 in reconventie veroordeeld op haar website op de homepage gedurende vier weken een banner te plaatsen met de tekst 'RECTIFICATIE Betaal je teveel voor je kabel?' met een opvallende link naar een nieuw te openen venster of pop-up met de volgende tekst:

'RECTIFICATIE

*In een reclameboodschap op deze site, waarin de diensten van Tele2 werden vergeleken met die van Ziggo, kon van 30 juni tot 10 juli jl. worden doorgeklikt naar een 'volledige vergelijking', waarbij ook UPC werd betrokken. Die vergelijking bevatte een aantal onjuiste gegevens, waardoor een te hoog bedrag voor de totale kosten van het pakket van UPC en een te beperkt beeld van de diensten die UPC biedt uit de vergelijking naar voren komt. De voorzieningenrechter te Haarlem heeft ons bij vonnis van 25 juli 2008 veroordeeld dat te rectificeren. Indien u door deze vergelijking bent misleid en daardoor een overeenkomst voor TV Gold bent aangegaan, heeft u het wettelijke recht om het contract met Tele2 te vernietigen.
Tele2 Nederland BV'.*

Tele2 heeft aan dit bevel voldaan. Tele2 bestrijdt in hoger beroep op zichzelf niet dat zij destijds onjuist heeft gehandeld met de in de geciteerde rectificatietekst bedoelde reclameboodschap, maar zij betoogt dat de bevolen wijze van rectificatie disproportioneel is: op haar homepage en gedurende vier weken (terwijl de gewraakte reclameboodschap slechts door middel van een 'doorklik' zichtbaar was en slechts gedurende tien dagen).

4.35. Het hof acht de bevolen wijze en duur van de rectificatie, gegeven het daarmee beoogde doel (het bereiken van zoveel mogelijk consumenten die eventueel misleid zouden zijn, teneinde hun de gelegenheid te bieden het onder invloed van die misleiding afgesloten contract te vernietigen), niet disproportioneel.

Ook hier geldt overigens dat Tele2 onvoldoende belang heeft bij haar klacht. Aan het gegeven bevel is reeds uitvoering gegeven. Een ander oordeel van het hof over de gerechtvaardigheid van wijze en duur van rectificatie zou ook geen gevolgen hebben voor de kostenveroordeling. Grief 8 heeft geen succes.

4.36. Ook grief 9 van Tele2 mist zelfstandige betekenis.

4.37. Het hof komt thans toe aan bespreking van de incidentele grief van UPC.

4.38. Daarin komt zij op tegen haar veroordeling door de voorzieningenrechter om haar reclame-uitingen voor internetaanbiedingen zodanig aan te passen dat daar waar

zij internet aanbiedt als 'snel' of 'supersnel' of soortgelijke kwalificaties, tevens de bij die aanbieding behorende internetsnelheid wordt vermeld. De grief slaagt. Waar in een reclame-uiting een kwalificatie als 'snel' of 'supersnel' wordt gebezigd, moet deze weliswaar als misleidend worden aangemerkt indien de gebezigde kwalificatie – bijvoorbeeld op grond van de stand van de techniek – niet strookt met de aangeboden internetsnelheid, maar dat oordeel wettigt niet de veroordeling van UPC om in reclame-uitingen waarin zij zich bedient van dergelijke kwalificaties steeds de bijbehorende internetsnelheid te vermelden. Het bestreden vonnis kan derhalve ook niet in stand blijven voor zover UPC daarbij in die zin is veroordeeld.

4.39. Met het slagen van de incidentele grief rijst de vraag of de op dit punt door Tele2 ingestelde vordering – UPC te bevelen dat zij geen mededelingen meer doet waarbij de meest essentiële informatie, namelijk de snelheid van de internetdienst, wordt weggelaten althans onjuist althans onduidelijk wordt vermeld – mogelijk anderszins toewijsbaar is. Deze vordering betreft klaarblijkelijk alle reclame-uitingen van UPC in het kader van de 'Internet & Bellen' reclamecampagne. Tele2 heeft haar stelling dat UPC zich heeft bedient van misleidende reclame-uitingen door het bezigen van kwalificaties in evenvermelde zin die niet aansluiten bij de aangeboden internetsnelheid echter slechts voldoende toegelicht met betrekking tot de TV-commercial van UPC, zodat het hof zich daartoe zal beperken. Een voorziening naar aanleiding van de TV-commercial die Tele2 in eerste aanleg aan haar vordering ten grondslag had gelegd, acht het hof niet meer aan de orde aangezien deze commercial thans niet meer wordt uitgezonden. Dan resteert met het oog op de beoordeling van deze vordering de TV-commercial van maart/april 2009 waarvan Tele2 screenshots heeft overgelegd als productie 36. Het hof acht deze commercial voor de gemiddelde consument op de hier besproken grond niet misleidend. Allereerst is op een gegeven moment duidelijk zichtbaar in het beeld de tekst '2 tot 120 Mb', terwijl de tekst van de voice-over onder andere luidt 'Het is er al vanaf 15 euro per maand'. Uit een en ander komt naar voren dat verschillende mogelijke internetsnelheden worden aangeboden. Bovendien gaat de vermelding van de prijs in de blauwe druppel ('€ 15* per maand), anders dan Tele2 stelt, voldoende duidelijk vergezeld van de tekst boven in het beeld '4 Mb + telefonie, 3 maanden'. Ook naar aanleiding van deze TV-commercial is een voorziening op deze grond derhalve niet aan de orde.

5. Slotsom en kosten

De grieven 1 en 3 t/m 5 in principaal appel slagen deels en falen voor het overige. De incidentele grief slaagt. De overige grieven treffen geen doel. Een en ander betekent dat het bestreden vonnis voor zover in conventie gewezen moet worden vernietigd en dat het hof zal beslissen zoals hiervoor onder 4.29 vermeld, zulks met oplegging van

te melden dwangsom, en dat het vonnis voor zover in reconventie gewezen moet worden bekrachtigd. Het hof zal aan de veroordeling van UPC na te melden termijn verbinden. Het hof zal voorts de dwangsom op na te melden wijze maximeren. De kosten in eerste aanleg in conventie dienen alsnog ten laste van UPC te komen. UPC zal worden verwezen in de kosten van het principale appel terwijl Tele2 zal worden verwezen in de kosten van het incidentele appel.

6. Beslissing

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis voor zover gewezen in conventie en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

beveelt UPC om binnen vijftien werkdagen na betekening van dit arrest haar reclame-uitingen zodanig aan te passen dat in reclame-uitingen waarin de prijs van haar aanbieding een prominente rol speelt, in die prijs wordt opgenomen het verschuldigde bedrag voor het vereiste standaardpakket voor radio en televisie, althans dat dat bedrag aansluitend en (in relatie tot de vermelde prijs) voldoende opvallend wordt vermeld;

veroordeelt UPC tot het betalen van een dwangsom van € 25 000 aan Tele2 voor elke reclame-uiting die wordt uitgezonden of geplaatst in strijd met deze veroordeling, zulks tot een maximum van € 250 000;

(volgt kostenveroordeling, *bew.*)

bekrachtigt het bestreden vonnis voor zover gewezen in reconventie;

Volgt kostenveroordeling van UPC in de kosten van het principale appel en Tele2 in de kosten van het incidentele appel;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

(Geen beroep in cassatie ingesteld, *bew.*)

Noot

1. Het hof doet uitspraak over een campagne van UPC uit 2008: *Internet & Bellen*. Voor de feiten verwijs ik naar het arrest en naar de noten bij het kort geding vonnis (Rb. Haarlem 25 juli 2008) in *IER* 2009/6, m.nt. Jan Kabel en *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2008-6, p. 241-244, m.nt. Ebba Hoogenraad. Pijnpunt is volgens Tele2 dat UPC bij de aanbiedingen steeds verzuimt duidelijk te maken dat de aanbiedingen slechts gelden voor *klanten* van UPC die dan maandelijks zo'n € 16,70 moeten betalen voor een aansluiting voor analoge radio en tv. Die vorderingen van Tele2 zijn in eerste aanleg grotendeels afgewezen, maar UPC moest voortaan wel bij haar kwalificatie (super)snel tevens de internetsnelheid vermelden. In reconventie is Tele2 veroordeeld tot een rectificatietekst op de website met betrekking tot haar Tele2 Gold pakket.

2. In hoger beroep, ruim anderhalf jaar later, worden ook alle sindsdien gemaakte reclame-uitingen van UPC meegenomen. Het hof oordeelt op een paar punten heel

anders. Het hof vindt dat de gemiddelde consument goed begrijpt dat 'Standaard pakket Radio/TV' inhoudt dat het dan gaat over *analoge* ontvangst voor radio en televisie. Vervolgens beslist het hof over alle verschillende uitingen afzonderlijk. Hamvraag is of het gebruik van een asterisk en verwijzing naar de website voldoende is om de misleiding te voorkomen. Zo vond de president bij de radiocommercial de tekst 'ga naar de website, ook voor beschikbaarheid en voorwaarden' voldoende. Het hof niet: de consument zal er niet op bedacht zijn dat hij een abonnement bij UPC moet hebben. Maar ook de uitingen die een asterisk bevatten en onderaan de vermelding 'alleen verkrijgbaar i.c.m. het UPC standaard pakket Radio/TV (max € 16,75 p.m.)' is volgens het hof niet voldoende duidelijk. Zo is de tekst met prijs op de abriposter dermate in het oog springend dat de disclaimer daarbij als het ware wegvalt. Het door de president gevoerde, en in mijn noot in het *Tijdschrift voor Consumentenrecht* als verwonderlijk gesignaleerde argument dat de asterisk voldoende duidelijk is omdat de abri's in de regel worden gelezen door personen die zekere tijd bij een bus of tramhalte staan te wachten is door het hof weerlegd: ook voorbijgangers te voet, fiets of auto zien de abriposter. Zij zien de disclaimer dus minder goed. Kortom: strenge eisen aan zichtbaarheid en opvallendheid van de disclaimer.

3. Dat geldt ook voor de website: een disclaimer onderaan de webpagina is onvoldoende. Zelfs daar waar direct onder de aanbieding, in kleine letters, de hierboven vermelde disclaimer inclusief prijs van het standaardpakket en de tekst *lees alle voorwaarden* is vermeld, corrigeert de onvolledigheid onvoldoende duidelijk (4.20). De disclaimer onderaan de webpagina is te weinig opvallend in het licht van de totale opmaak.

4. Recent heeft de Reclame Code Commissie ook streng geoordeeld bij de opmaak van een webpagina: een aanbod voor een belbundel van Hi bevatte de prijs en de overige voorwaarden. Echter, alleen door naar beneden te scrollen werden aanvullende, beperkende, voorwaarden duidelijk: een hogere prijs voor gebruik buiten de bundel. Hier speelde een rol dat de webpagina door zijn opmaak de indruk gaf alsof de aanbieding compleet was; en juist daarom was – hoewel de informatie wel vermeld werd onderaan de pagina – de reclame-uiting toch misleidend ex art. 8.4 Nederlandse Reclame Code (dossier 2009/00827 d.d. 3 februari 2010).

5. Dit arrest van het hof en deze uitspraak van de RCC maken duidelijk dat de lat hoog ligt. Dat brengt tegelijk een probleem mee ten aanzien van bijvoorbeeld radio- en tv-commercials, alsook banners: immers art. 6:193d BW (misleidende omissie) geeft een wettelijke uitweg om gegeven de beperkingen van het betreffende communicatiemedium slechts een deel van de boodschap weer te geven en te zorgen dat de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument komt. Twee

strijdige stromingen, waar vaak, zo niet steeds vaker, een rechter aan te pas moet komen. Het hof concludeert met de opdracht aan UPC: ofwel het standaardpakketbedrag in de prijs op te nemen, ofwel het bedrag *aansluitend* en *voldoende opvallend* vermelden. Voer voor executiegeschillen, zeker gezien de bewegingsruimte die de adverteerder heeft ex art. 6:193d BW.

6. Twee andere opmerkingen: het hof beslecht een langer lopende discussie: de gemiddelde consument weet dat het kabelnet van UPC geen landelijke dekking heeft.

7. Een rectificatievordering van UPC ten aanzien van een mailing van Tele2 die ruim één drie kwart jaar geleden plaatsvond wordt afgewezen: Tele2 heeft onvoldoende belang bij de vordering, nu het onjuiste beeld na zo'n tijdsverloop de consument onvoldoende bekend zal voorkomen (4.32). En andersom heeft Tele2 geen belang bij een grief tegen een aan Tele2 opgelegde rectificatieplicht op haar website omdat de rectificatie reeds heeft plaatsgevonden, en een ander oordeel van het hof over de wijze en tijdsduur van de rectificatie geen gevolgen zou hebben voor de kostenveroordeling. Dit overigens nadat het hof heeft geoordeeld dat de rectificatie van Tele2 op de homepage van haar website gedurende vier weken niet disproportioneel was: namelijk een goede wijze om veel consumenten te bereiken.

8. Het gebod van de voorzieningenrechter jegens UPC om bij het woord *snel* of *supersnel* steeds het juiste aantal Mb te vermelden wordt eveneens vernietigd in incidenteel appel. Dat is te vergaand. Indien de werkelijke snelheid door de stand van de techniek niet is op te vatten als (super)snel zal de claim misleidend zijn. Maar een gebod tot het geven van extra informatie is niet op zijn plaats. Een juist oordeel zou ik menen: zo'n vergaande inmenging in wat wordt gecommuniceerd is ongewenst.

EHH