



Annotatie bij Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 12 november 2004 (Pretium Telecom / Yiggers Nederland)

Verschenen in *IER* 2005-2, p. 118-121.

J.J.C. Kabel

Gebruik van merk en handelsnaam van een ander als zoekwoord niet op zichzelf onrechtmatig, maar wel indien aan zoekwoord advertentie van die gebruiker wordt gekoppeld. Het niet onder eigen naam doen van mededelingen over de concurrent is onrechtmatig. Waarschuwingen met betrekking tot aanbod van concurrent niet onrechtmatig indien de gemaakte vergelijking verder inhoudelijk juist is.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Pretium Telecom B.V.,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Pretium B.V.,
- beide gevestigd te Haarlem,
eiseressen,
proc. : mr. A. Killan,
tegen:
1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Yiggers Nederland B.V.,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Fourth Wave Ventures B.V.,
- beide gevestigd te Dordrecht en kantoorhoudende te Papendrecht,
gedaagden,
in persoon verschenen.

Overwegingen ten aanzien van het verloop van het geding

(...)

Overwegingen ten aanzien van het recht

De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 20 oktober 2004 wordt in dit kort geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Pretium Telecom en Yiggers zijn concurrenten van elkaar. Zij bieden beide vaste telefoniediensten aan. Zij maken daarbij gebruik van 'carrier pre selectie', hetgeen inhoudt dat de consument op voorhand kan regelen dat al zijn telefoongesprekken via de door hem gekozen aanbieder zullen lopen.

1.2. Op 12 april 2000 heeft Pretium B.V. het woordmerk 'Pretium' laten inschrijven bij het Benelux-Merkenbureau. Voorts heeft Pretium B.V. op 8 augustus 2000 een

beeldmerk doen inschrijven, kort gezegd bestaande uit het woord 'Pretium' en twee handen. Daarnaast gebruiken eiseressen de handelsnamen 'Pretium' en 'Pretium Telecom'.

1.3. Yiggers maakt gebruik van de dienst 'Adwords' van de internet-zoekmachine Google (hierna ook 'Google'). Een Adword is een advertentie die in Google aan een bepaalde zoekterm is verbonden. Indien men zoekt op de betreffende zoekterm verschijnt (ook) de betreffende advertentie. Doorgaans bevat deze een link naar de website van de adverteerder. Bij het zoeken op 'Pretium' of een daarop gelijkende zoekterm op Google, verscheen tot voor kort de volgende advertentie van Yiggers:

'Alle telecom-addertjes

Bekijk ze goed vóór u een vaste telefonieaanbieder kiest!

<http://www.yiggers.nl>

1.4. Daarnaast verschijnt deze advertentie - in ieder geval tot en met 19 oktober 2004 - indien men zoekt op 'Pretium' of een daarop gelijkende zoekterm op de aan Google gerelateerde websites <http://www.marktplaats.nl> en <http://www.planet.nl>.

1.5. Fourth Wave heeft op diverse internetfora, waaronder <http://www.consumentenbond.nl>, uitlatingen over Pretium Telecom gedaan. Daarbij heeft zij gebruik gemaakt van het pseudoniem 'Anne-Lise'. Op 9 juni 2004 heeft zij de volgende tekst geplaatst:

'Ik ben een zwartboek aan het aanleggen over Pretium, om anderen te informeren over hun methoden. Ik kom daarover graag in contact met u.'

en op een ander forum:

'belkees, dien a.j.b. een klacht in bij de Geschillencommissie(...) over die Pretium-praktijken!'

op 13 augustus 2004:

'Ik heb bij Pretium aanspraak gemaakt op de laagste-kostengarantie (...) Heb bijv. ook niet vergeleken met Bel1601(...) maar met Yiggers (vergelijkbare tarieven als Pretium maar per sec .ipv altijd eerste minuut betalen.

Claim toch afgewezen..

Mijn vraag (is in dit forum meer gesteld zag ik maar nooit beantwoord): zijn er mensen die WEL geld hebben gekregen van Pretium?

(Wat trouwens een klacht is, is de privilegepas van Pretium. Koop je voor 50 euro, om vervolgens bij allerlei winkels waar Pretium mee samenwerkt met korting te kunnen shoppen. WAT BLIJKT?! De korting die je krijgt wordt in mindering gebracht op die 50 euro die je voor de pas moet betalen- oftewijl, je shopt helemaal niet met korting. Denken ze daar dat ik blond ben ofzo??!!'

1.6. Pretium Telecom brengt de consument voor via Pretium Telecom gevoerde telefoongesprekken een starttarief en een minuuttarief in rekening. Het starttarief is verschuldigd zodra de verbinding tot stand is gekomen (hoorn opnemen, voicemail enzovoorts). Het minuuttarief is verschuldigd over de tijd dat de verbinding in stand blijft. Daarbij geldt voor binnenlandse gesprekken dat ieder deel van de eerste minuut als een volledige minuut in rekening wordt gebracht. Na de eerste minuut betaalt men

per seconde. Bij buitenlandse gesprekken betaalt men steeds per seconde.

1.7. Op haar website <http://www.yiggers.nl> vergelijkt Yiggers verschillende aanbieders van vaste telefoniediensten met elkaar, waaronder Pretium Telecom. Zij heeft daartoe diverse overzichten opgesteld die voor diverse soorten gesprekken (bijvoorbeeld binnen de regio, buiten de regio en naar het buitenland) weergeven wat de starttarieven en de tarieven per minuut van de betreffende aanbieders zijn. Daarnaast heeft zij in ieder overzicht aangegeven wat bij de betreffende aanbieders de kosten van een 'gemiddeld gesprek' (van bijvoorbeeld 4 minuten) zijn.

1.8. Bij de door Yiggers weergegeven starttarieven van Pretium Telecom voor binnenlandse gesprekken heeft Yiggers op voorhand de kosten van de eerste minuut van het desbetreffende gesprek opgeteld. De aldus weergegeven starttarieven van Pretium Telecom zijn daarmee steeds (fors) hoger dan de starttarieven van de andere aanbieders. In een voetnoot vermeldt Yiggers:

'Starttarief van Pretium is inclusief max. 60 seconden bellen; het minuuttarief gaat dus in vanaf de tweede minuut. Korte binnenlandse gesprekken zijn door het hoge starttarief relatief duur bij Pretium. (..)'

1.9. De website van Yiggers bevat voorts een pagina met de kop 'Kent u de addertjes onder het telecomgras?' die onder andere het volgende vermeldt:

'(..)	Toegepast door:
(..)	(..)
• Afrekening van minimaal 60 sec.per gesprek (zeer nadelig voor korte gesprekken)	(..) Pretium (alleen voor binnenlandse gesprekken) (..)
	(..)'

1.10. Bij fax van 18 oktober 2004 hebben gedaagden eiseressen bericht dat zij het gebruik van de namen 'Pretium' en 'Pretium Telecom' in Google Adwords en internetfora hebben gestaakt en dat zij het gebruik van die namen in Google Adwords en vergelijkbare zoekmachine-advertentiecampagnes alsmede internetfora in de toekomst gestaakt zullen houden.

De vorderingen, de grondslag daarvoor en het verweer

2.1. Eiseressen vorderen verkort en zakelijk weergegeven:

I. Yiggers te verbieden inbreuk te maken op de merkrechten van Pretium B.V., in het bijzonder door deze te gebruiken als zoekwoord of anderszins op zoekmachines op het internet waardoor Yiggers middels advertenties of anderszins aan de internetgebruiker wordt getoond;

II. Yiggers te verbieden de handelsnamen van eiseressen te gebruiken, in het bijzonder door deze te gebruiken als zoekwoord of anderszins op zoekmachines op het internet waardoor Yiggers middels advertenties of anderszins aan de internetgebruiker wordt getoond;

III. Yiggers te gebieden in al haar vergelijkende uitingen de juiste starttarieven van Pretium Telecom, dit wil zeggen de actuele starttarieven als vermeld op de website van Pretium Telecom (<http://www.pretium-telecom.nl>), te vermelden;

IV. gedaagden te gebieden het openbaar maken van alle onjuiste of misleidende opmerkingen met betrekking tot Pretium Telecom op de website van Yiggers, op (internet)forums of op enige andere plaats, te staken en gestaakt te houden, met verwijdering van reeds geplaatste berichten;

V. Fourth Wave te gebieden opgave te doen van alle plaatsen op het internet, waar zij enige mededeling over Pretium Telecom heeft gedaan of heeft laten doen zonder dat duidelijk was dat deze mededeling van haar afkomstig was;

VI. Yiggers te gebieden het gebruik van slagzinnen zoals 'Telecom-addertjes onder het gras' en 'Kent u de addertjes onder het telecomgras' of vergelijkbare uitingen te staken en gestaakt te houden, althans voor zover Pretium daarbij wordt vermeld of daarmee in verband wordt gebracht;

VII. Yiggers te gebieden op haar website een rectificatie -als vermeld in de dagvaarding- te plaatsen met daarin onder andere de mededeling dat zij haar starttarieven op onjuiste wijze met die van Pretium Telecom heeft vergeleken;

VIII. Fourth Wave te gebieden op die plaatsen op het internet waar zij mededelingen over Pretium Telecom heeft gedaan zonder dat duidelijk was dat deze van haar afkomstig waren, een rectificatie -als vermeld in de dagvaarding- te plaatsen, met daarin onder andere de mededeling dat zij zich op anonieme basis heeft voorgedaan als consument en dat zij onjuiste mededelingen over Pretium Telecom heeft gedaan;

alles op straffe van verbeurte van (diverse) dwangsommen.

2.2. Eiseressen leggen aan hun vorderingen -verkort en zakelijk weergegeven- het volgende ten grondslag.

Yiggers maakt inbreuk op de merkrechten van Pretium B.V. en maakt onrechtmatig gebruik van de handelsnamen van eiseressen, doordat zij de zoektermen 'Pretium' en 'Pretium Telecom' (en daarop gelijkende zoektermen) in het systeem van de zoekmachines van onder ander Google heeft ingevoerd teneinde haar advertentie te laten verschijnen indien een consument op zoek is naar Pretium Telecom.

Fourth Wave handelt onrechtmatig jegens Pretium Telecom doordat zij op verschillende websites onjuiste en suggestieve mededelingen over Pretium Telecom heeft gedaan.

Yiggers doet op haar website diverse misleidende mededelingen omtrent Pretium Telecom, met name maakt zij een misleidende vergelijking tussen de starttarieven van (onder andere) Yiggers en Pretium Telecom. Deze handelwijze van Yiggers is onrechtmatig. Daarnaast maakt Yiggers zich schuldig aan wettelijk niet toegestane vergelijkende reclame.

2.3. Yiggers voert gemotiveerd verweer dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

Beoordeling van het geschil

Merkinbreuk en onrechtmatig gebruik van handelsnamen

3.1. Gedaagden hebben niet gemotiveerd weersproken dat Yiggers door op de onder 1.3. en 1.4. omschreven wijze te handelen inbreuk heeft gemaakt op de merken van Pretium B.V. en op onrechtmatige wijze gebruik heeft gemaakt van de handelsnamen van eiseressen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter bestaat de inbreuk en het onrechtmatige handelen niet zo zeer uit het gebruiken van de tekens van eiseressen als

zoektermen, als wel uit het koppelen van een advertentie aan een zoekwoord dat door de internetgebruiker wordt gebruikt.

Anonieme hetze?

3.2. Gedaagden erkennen dat Fourth Wave op het internet in consumentenfora niet onder eigen naam mededelingen over Pretium Telecom heeft gedaan. Zij betwisten niet dat de wijze waarop dit is geschied onrechtmatig jegens Pretium Telecom was.

Misleidende vergelijkende reclame?

3.3. Op haar eigen website vermeldt Pretium Telecom dat haar starttarief binnen de regio 3,6 eurocent en buiten de regio 4,5 eurocent bedraagt. Vervolgens wordt informatie gegeven over bellen binnen Nederland. Eerst op de volgende pagina staat als laatste zin: '*Telefoongesprekken worden per seconde berekend met een minimum van 1 minuut binnen Nederland; prijswijzigingen voorbehouden.*'

Deze prijsstelling, die de oppervlakkige lezer van de website niet onmiddellijk zal doorgronden, brengt mee dat voor ieder telefoongesprek, zelfs als dit maar een seconde duurt, door Pretium Telecom altijd haar "starttarief" plus 1 minuut beltarief in rekening wordt gebracht. Bij de meeste andere aanbieders van telefoondiensten betaalt men daarentegen naast het "starttarief" (de vergoeding voor het gaan deelnemen aan telefoonnet) het aantal seconden dat men deelneemt aan het telefoonverkeer op het telefoonnet.

Yiggers duidt de door Pretium Telecom gehanteerde prijsstelling van "starttarief" plus automatisch 1 minuut beltarief aan als starttarief en vergelijkt dit (samengestelde) tarief met de starttarieven (en minuuttarieven) van andere aanbieders van telefoondiensten. Ter discussie staat of Yiggers onrechtmatig handelt.

3.4. Onrechtmatigheid kan zich voordoen als de vergeleken gegevens onvolledig zijn, zodat de consument niet in staat wordt gesteld op objectieve wijze de prijs en de factoren die de prijs bepalen met elkaar te vergelijken. De cijfers dienen voorts zo gepresenteerd te worden dat de consument niet misleid wordt.

3.5. Van onvolledige of misleidende presentatie is hier geen sprake. Yiggers handelt niet onrechtmatig. Zij laat in haar door eiseressen als productie 10 overgelegde prijsvergelijking duidelijk uitkomen dat bij Pretium Telecom voor het enkel gaan deelnemen aan het telefoonverkeer in Nederland meer moet worden betaald dan bij de andere in die vergelijking betrokken aanbieders, omdat Pretium Telecom aan het eigenlijke starttarief automatisch een belminuut plakt. De lezer wordt door middel van de voetnoot van Yiggers afdoende op de hoogte gebracht, zie 1.8.

3.6. De prijsstelling van Pretium Telecom van "*starttarief*" plus (in Nederland) een vast beltarief voor de eerste minuut wordt door gedaagden onder de aandacht van het internetpubliek gebracht met de bewoordingen "*Telecomaddertjes onder het gras*" of "*addertjes onder het telecomgras*". Deze formuleringen worden niet onjuist of grievend geacht. Zij dienen er toe de in beltarieven geïnteresseerde internetgebruiker er voor te waarschuwen dat het opletten geblazen is bij de prijsstelling van Pretium Telecom.

Slotsom

3.7. Gedaagden stellen dat zij de door eiseressen gewraakte handelingen, vermeld onder 1.3 tot en met 1.5, voorafgaande aan het kort geding hebben gestaakt. Op voorhand valt echter niet uit te sluiten dat zij deze handelingen opnieuw zullen verrichten. Daarom zijn de vorderingen ten aanzien van de inbreuk op merkrechten en het onrechtmatig handelen ten aanzien van de handelsnamen van eiseressen als hierna aan te geven toewijsbaar. Dat geldt ook voor het gevraagde gebod aan Fourth Wave tot opgave en tot

rectificatie en voor de gevraagde dwangsommen.

Gedaagden krijgen op het punt van de starttarieven gelijk. Nu partijen over en weer deels in het ongelijk worden gesteld zullen de kosten worden gecompenseerd.

3.8. Er zal worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.9. Op grond van het bepaalde in artikel 260 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dient de voorzieningenrechter bij het treffen van een voorlopige voorzieningen in een zaak "*betreffende vorderingen tot het gelasten van voorlopige maatregelen als bedoeld in artikel 50, eerste lid*" van het TRIPS-verdrag, zonodig ambtshalve, een redelijke termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak te bepalen. De voorzieningenrechter neemt op grond van de formulering van artikel 260 Rv aan dat de in te stellen eis in de hoofdzaak niet alleen betrekking heeft op de in artikel 50 lid 1 TRIPS-verdrag bedoelde maatregelen, maar tevens op de andere maatregelen, bij de beoordeling waarvan het bestaan van een intellectueel eigendomsrecht, als bedoeld in artikel 50 lid 1 TRIPS-verdrag, een rol speelt. Afgezien van het toe te wijzen verbod op merkinbreuk houden de overige toe te wijzen maatregelen geen verband met een intellectueel eigendomsrecht als bedoeld in artikel 50 lid 1 TRIPS-verdrag. Het voortbestaan van deze maatregelen is derhalve niet afhankelijk van het instellen van een eis in de hoofdzaak. Ten aanzien van het verbod op merkinbreuk zal de termijn zal gesteld worden op zes maanden, te rekenen vanaf de datum van dit vonnis.

BESLISSING :

De voorzieningenrechter:

VERBIEDT Yiggers met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis, inbreuk te maken op de merkrechten van Pretium B.V., in het bijzonder door gebruik te maken van de merken van Pretium B.V. door daaraan in de zoekmachine van Google en/of enige andere zoekmachine een advertentie en/of een verwijzing naar (een website van) Yiggers te (doen) verbinden;

VERBIEDT Yiggers met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis, de handelsnamen van eiseressen te gebruiken, in het bijzonder door daaraan in de zoekmachine van Google en/of enige andere zoekmachine een advertentie en/of een verwijzing naar (een website van) Yiggers te (doen) verbinden;

GEBIEDT Fourth Wave binnen tien dagen na betekening van dit vonnis schriftelijk opgave te doen aan de advocaat van eiseressen van alle plaatsen op het internet, waaronder consumentenfora, waar zij enige mededeling over Pretium Telecom heeft gedaan of heeft laten doen zonder dat duidelijk was dat die mededeling afkomstig was van Fourth Wave;

GEBIEDT Fourth Wave binnen tien dagen na betekening van dit vonnis op die plaatsen op het internet, waaronder consumentenfora, waar zij enige mededeling over Pretium Telecom heeft gedaan of heeft laten doen zonder dat duidelijk was dat deze mededeling afkomstig was van Fourth Wave, de navolgende duidelijk leesbare mededeling te plaatsen en gedurende 90 dagen geplaatst te houden:

'Rectificatie

De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage heeft ons bij vonnis van 12 november 2004 veroordeeld de navolgende mededeling te doen:

Op diverse plaatsen op het internet (waaronder consumentenfora), hebben wij op anonieme en niet-identificeerbare basis onszelf voorgedaan als consument en in die hoedanigheid onrechtmatige mededelingen over Pretium gedaan.

Wij bieden Pretium Telecom hiervoor onze excuses aan.

De directie van Fourth Wave, bestuurder van Yiggers'

VEROORDEELT gedaagden tot betaling van een dwangsom van € 2.500,-- voor elke dag dat zij in strijd mochten handelen met enig hiervoor gegeven verbod of gebod, met een maximum van € 150.000,--;

BEPAALT dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging op de wijze zoals onder 3.8. is vermeld;

BEPAALT dat eiseressen -voor zover hierboven een verbod op merkinbreuk is gegeven- te dien aanzien een eis in de hoofdzaak dienen in te stellen binnen zes maanden vanaf de datum van dit vonnis;

COMPENSEERT de kosten van dit geding, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

VERKLAART dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

WIJST af het meer of anders gevorderde.

Annotatie

Het dictum van deze uitspraak is ruimer geformuleerd dan uit rechtsoverweging 3.1 van de uitspraak geconcludeerd zou mogen worden. Hierdoor zou een executiegeschil kunnen ontstaan. In rechtsoverweging 3.1 stelt de voorzieningenrechter dat het onrechtmatig handelen bestaat uit het koppelen van een advertentie aan de merknaam van een ander, en niet aan het gebruik van merk- of handelsnamen als zoekterm. Het dictum daarentegen, verbiedt Yiggers niet alleen het koppelen van advertenties maar ook het (doen) verbinden van de eigen site via verwijzingen in een zoekmachine. Met het in het dictum gestelde verbod wordt anders dan uit rechtsoverweging 3.1 volgt, dus ook het gebruik van merk- of handelsnaam als meta-informatie en dus zoekterm verboden. Dat zou consequenties kunnen hebben voor het verwijzen naar (objectieve) vergelijkingssites. Gelet op de toelaatbaarheid van het noemen van een merk in vergelijkende reclame, kan dat echter niet de bedoeling zijn. [\[1\]](#)

Noten

[\[1\]](#) Met dank aan Mr. Chris Sent, promovenda bij het Instituut voor Informatierecht.
