



Beslissing van het College van Beroep

In het appel van : Vodafone Libertel B.V., gevestigd te Maastricht, appellante,
tegen : ██████████, wonende te Amersfoort, geïntimeerde,
inzake : de beslissing van de Reclame Code Commissie van 8 juli 2020 in
dossier 2020/00267.

1. **De procedure**

Namens appellante, hierna te noemen: Vodafone, heeft mr. R. van der Zaal, advocaat, tijdig beroep ingesteld tegen de aan deze uitspraak gehechte beslissing van de Reclame Code Commissie (verder: de Commissie).

Geïntimeerde heeft niet op het beroepschrift gereageerd.

Het College van Beroep (hierna: het College) heeft de zaak behandeld in zijn zitting van 22 september 2020 waarbij het standpunt van Vodafone via een videoverbinding nader is toegelicht. Namens Vodafone is het woord gevoerd door ██████████, bijgestaan door mr. R. van der Zaal, mr. Q. Tjeenk Willink en mr. L. Oranje, advocaten.

2. **De bestreden uiting, de inleidende klacht en de beslissing van de Commissie**

De klacht is gericht tegen de televisiecommercial van Vodafone, waarin door de voice-over wordt gezegd: *“Nu meer dan ooit beseffen we hoe belangrijk het is om verbonden te zijn. Hoe hard we elkaar nodig hebben, vandaag en morgen. Daarom blijven we bij Vodafone ons netwerk continu verbeteren en introduceren we 5G. Omdat wij geloven dat dit stabielere en snellere mobiele netwerk zorgt voor nieuwe verbondenheid. 5G is in meer dan de helft van Nederland beschikbaar en eind juli in heel Nederland. 5G op ons krachtige Giga-Net. Nu al bij Vodafone.”* Ondertussen worden korte beelden getoond van personen die videobellen via meerdere schermen, kinderen die spelen met een drone en een robot, een mobiele telefoon met in het scherm de aanduiding ‘5G’, iemand die met een virtual reality bril een computerspel speelt en een arts in operatiekleding, die vanuit een operatiezaal videocontact heeft met ambulancepersoneel.

De klacht luidt dat Vodafone zegt 5G te gebruiken, maar in feite een 10% hogere snelheid over 4G stuurt. De frequenties die bestemd zijn voor 5G worden pas aan het eind van het jaar geveild.

De Commissie heeft geoordeeld dat de gemiddelde consument door de tekst en de beelden in de commercial zal verwachten dat hij bij Vodafone reeds gebruik kan maken van de getoonde innovatieve toepassingen en mogelijkheden van 5G. Dit is echter pas het geval als de 5G-frequenties die nodig zijn om de mogelijkheden van 5G te realiseren, zijn geveild. Nu wordt er in feite alleen een sneller en stabielere netwerk aangeboden. Dat Vodafone alleen het netwerk van 5G aanbiedt, zonder dat daarbij al gebruik kan worden gemaakt van alle toepassingen die in de toekomst met de 5G-frequentie mogelijk zijn, is essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een



transactie te kunnen nemen. Nu deze informatie in de commercial ontbreekt, is de commercial misleidend als bedoeld in artikel 8.3 aanhef en onder c van de Nederlandse Reclame Code (NRC) en daardoor oneerlijk in de zin van artikel 7 NRC.

3. Samenvatting van de grieven

Grief 1

De klacht is dat Vodafone geen 5G gebruikt, maar 4G met een hogere snelheid. De Commissie had zich daarom moeten beperken tot de vraag of Vodafone inderdaad enkel (een snellere) 4G gebruikt en geen 5G. De Commissie heeft echter, na constatering dat wel sprake is van gebruik van het 5G protocol door Vodafone, de klacht niet afgewezen, maar is zelfstandig inhoudelijke kwalificaties aan de invulling van een 5G protocol door een netwerkaanbieder gaan geven en heeft op grond daarvan geoordeeld dat de 5G van Vodafone als het ware niet als 'volwaardige' 5G kwalificeert. Daarmee is de Commissie buiten de klacht getreden en is sprake van een 'verrassingsbeslissing', waardoor Vodafone in haar mogelijkheden voor het voeren van verweer is geschaad.

Grief 2

Ten onrechte heeft de Commissie geoordeeld dat het 5G-netwerk van Vodafone niet de innovatieve mogelijkheden kan bieden die 5G biedt. Vodafone biedt volwaardige 5G aan, omdat zij beschikt over de daarvoor benodigde frequentieruimte die bovendien technisch geschikt is voor toepassing van het 5G-protocol. De nog te veilen frequentieblokken in de 700 MHz en de 3,5 GHz band zijn weliswaar bij uitstek geschikt voor 5G, en worden daarom in de volksmond aangeduid als de '5G frequentie' en de bijbehorende veilingen als '5G veiling', maar deze aanduiding is juridisch en technisch onjuist. De frequentieblokken worden technologie-neutraal geveild, wat wil zeggen dat de vergunninghouder zelf kan bepalen welk protocol (bijvoorbeeld 4G of 5G) hij wenst te gebruiken, zolang hij de desbetreffende frequentieblokken maar inzet voor het bestemde gebruik (i.c. mobiele communicatie). De 700 MHz en de 3,5 GHz band kunnen dus voor 5G worden gebruikt, maar dat hoeft niet. Daarnaast geldt dat 5G ook nu al via andere frequentiebanden dan de 700 MHz en de 3,5 GHz band kan worden aangeboden, mits de netwerkaanbieder daartoe technisch in staat is. Dat is bij Vodafone het geval. Vodafone biedt als eerste Nederlandse operator sinds april 2020 volwaardige 5G aan over de 1800 MHz band dankzij het gebruik van de innovatieve technologie 'Dynamic Spectrum Sharing' (DSS). Hiermee kan haar netwerk hetzelfde 1800 MHz spectrum, waarvoor Vodafone al sinds 2012 een vergunning heeft, gebruiken voor 4G én 5G verbindingen. De mogelijkheden op dit 5G netwerk van Vodafone zijn dezelfde als de mogelijkheden van 5G op de te veilen 700 MHz en 3,5 GHz frequenties. In het '5G Mobile Network Report' van 8 april 2020 bevestigt TNO dat de door Vodafone gebruikte techniek kwalificeert als 5G en dat haar netwerk volgens de voor 5G gehanteerde standaard 3GPP werkt. Deze conclusie wordt onderschreven door onder meer het Ministerie van EZK/Agentschap Telecom en door de concurrenten KPN en T-Mobile. Mobiele toestellen die 5G ondersteunen blijken het Vodafone 5G netwerk ook als 5G netwerk te herkennen. Dat de consument nog geen gebruik kan maken van 'alle toepassingen die in de toekomst met de 5G frequentie mogelijk zijn', ligt niet aan het 5G netwerk van Vodafone zoals de Commissie lijkt te stellen, maar aan het feit dat allerlei innovatieve toepassingen nog in ontwikkeling zijn door andere partijen dan Vodafone. Het 5G netwerk van Vodafone is bij uitstek geschikt voor innovatieve toepassingen. De consument krijgt daarom precies wat hij op grond van de commercial verwacht, te weten een 5G netwerk dat klaar is voor de toekomst en voor toekomstige toepassingen.



Grief 3

Ten onrechte heeft de Commissie overwogen dat met het fragment waarin een arts in operatiekleding is te zien de suggestie wordt gewekt dat nu al medische toepassingen mogelijk zijn terwijl de daarvoor benodigde frequenties nog moeten worden geveild. Vodafone is een netwerkaanbieder en geen aanbieder van medische toepassingen en uit de tekst van de commercial blijkt ook duidelijk dat Vodafone voor haar netwerk adverteert. De maatman-consument begrijpt uit dit fragment dat het netwerk van Vodafone klaar is voor toekomstige medische (en andere) technologische toepassingen, wat feitelijk juist is. De conclusie van de Commissie dat dergelijke toepassingen pas mogelijk zijn als de 5G frequenties op de 700 MHz band en de 3,5 GHz band zijn geveild, is pertinent onjuist.

Grief 4

Ten onrechte heeft de Commissie overwogen dat in de commercial als essentiële informatie had moeten worden meegedeeld dat bij het 5G netwerk van Vodafone 'nog geen gebruik kan worden gemaakt van alle toepassingen die in de toekomst met de 5G frequentie mogelijk zijn'. 5G is een techniek die continu evolueert, waardoor er steeds nieuwe toepassingen beschikbaar worden gesteld aan het publiek. Dat brengt mee dat op elk moment in de toekomst, dus ook nadat de 700 MHz en 3,5 GHz veilingen hebben plaatsgevonden, 'nog geen gebruik kan worden gemaakt van alle toekomstige toepassingen'. Omdat dit een 'open deur' is en de gemiddelde consument dit begrijpt, is er geen noodzaak dit door middel van een disclaimer duidelijk te maken. De gemiddelde consument begrijpt ook dat het aantal toepassingen van 5G dat op dit moment, tijdens de introductiefase, beschikbaar is in verhouding tot het aantal toepassingen dat door ontwikkelaars in de toekomst beschikbaar zal worden gesteld, relatief beperkt is. De mededeling dat nog geen gebruik kan worden gemaakt van alle toekomstige toepassingen betreft geen essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te kunnen nemen. Om die reden kan op dit punt geen sprake zijn van een misleidende omissie.

4. De mondelinge behandeling

Het standpunt van Vodafone is mede aan de hand van tevoren toegezonden pleitnotities mondeling toegelicht. Daarbij is meegedeeld dat Vodafone, net als KPN en T-Mobile, kavels heeft bemachtigd op de op 21 juli jl afgeronde '5G veiling' voor frequentieruimte in de 700 MHz, 1400 MHz en 2100 MHz banden. Dit is echter niet van belang voor de onderhavige zaak, omdat Vodafone al sinds april 2020 5G aanbiedt via haar huidige frequentiespectrum. Dit netwerk voldoet aan de internationale 5G standaard '3GPP'. Vodafone heeft alleen aan de veiling meegedaan om in de toekomstige capaciteitsbehoefte van haar klanten te voorzien en niet omdat zij met haar huidige frequentievergunningen geen volwaardige 5G zou kunnen aanbieden.

Op hetgeen verder ter zitting is verklaard, zal hierna, voor zoveel nodig, worden ingegaan.

5. Het oordeel van het College

5.1.

Met grief 1 betoogt Vodafone dat zij in de procedure bij de Commissie in haar mogelijkheden voor het voeren van verweer is geschaad, omdat de Commissie de klacht van klager zodanig heeft verruimd dat sprake is van een verrassingsbeslissing. Deze grief faalt. In de klacht ligt besloten – en de Commissie heeft de klacht zo opgevat – dat Vodafone in de bestreden commercial toepassingen van 5G laat zien die nog niet mogelijk zijn omdat de '5G frequenties' nog niet zijn geveild. In de mededeling in het verweer dat 'het klopt dat de frequentie die is bestemd voor de verdere uitrol van 5G mobiel verkeer nog zal worden geveild' heeft de Commissie een bevestiging gezien dat nog geen sprake is van 5G en de



daarbij behorende mogelijkheden en heeft daarop haar oordeel over de commercial gebaseerd. Naar het oordeel van het College heeft de Commissie aldus niet op ontoelaatbare wijze de klacht verruimd.

5.2.

De verdere grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Deze komen in de kern erop neer dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat het als 5G aangeprezen netwerk van Vodafone (nog) niet de innovatieve mogelijkheden van 5G biedt en Vodafone dus geen volwaardige 5G aanbiedt. Het College overweegt als volgt.

In het algemeen spraakgebruik worden frequentieblokken in de 700 MHz en de 3,5 GHz banden, die bij uitstek geschikt blijken te zijn voor 5G, aangeduid als de '5G frequenties'. De Commissie heeft in haar beslissing terecht overwogen dat de veilingen voor deze zogenaamde '5G frequenties' op dat moment nog niet hadden plaatsgevonden. Inmiddels zijn die veilingen geweest en staat vast dat Vodafone – met enkele andere providers – deze frequenties heeft verkregen. De klacht strekt zich, zo begrijpt het College, uit over de periode voor deze veilingen. Maar ook voor de periode waarin Vodafone de genoemde '5G frequenties' nog niet had verkregen, is de klacht ongegrond. Vodafone heeft namelijk aannemelijk gemaakt dat het aanbieden van 5G niet van het winnen van deze veiling(en) afhankelijk is endat de distributie van 5G niet uitsluitend is voorbehouden aan de 700 MHz en 3,5 GHz frequentiebanden. Voor (gedeeltes van) frequentiebanden is in het Nationaal Frequentieplan 2014 weliswaar de specifieke bestemming van het gebruik vastgelegd, maar deze bestemming ziet niet op het voor dat gebruik in te zetten protocol. Het is Vodafone daarom toegestaan 5G aan te bieden via het frequentiespectrum in de 1800 MHz band, waarvoor zij sinds 2012 een vergunning heeft. Daarnaast heeft Vodafone voldoende aannemelijk gemaakt dat de beschikbare frequentieruimte in de 1800 MHz band dankzij de Dynamic Spectrum Sharing technologie sinds april 2020 technisch geschikt is om het 5G protocol over te laten verlopen en dat Vodafone over de 1800 MHz band ook daadwerkelijk 5G aanbiedt, zoals hierna nog verder wordt uitgelegd

5.3.

In de internationaal geldende 3rd Generation Partnership Project (3GPP) standaard is vastgelegd wat 5G is en aan welke eisen een netwerk moet voldoen om als 5G netwerk te kwalificeren. Het College acht op grond van het door Vodafone overgelegde TNO rapport "VodafoneZiggo 5G mobile network analysis" van 8 april 2020 voldoende aannemelijk gemaakt dat het netwerk van Vodafone volgens de 3GPP standaard werkt. In de 'Summary' van het rapport staat, voor zover hier van belang: *"TNO has independently verified whether the described network design is aligned with 3GPP Release 15 specifications. (...) In essence, it has been verified that a 5G base station (i.e. gNB) is configured to operate in the 1800 MHz band using 5G NR according to 3GPP-specified NSA signaling procedures."* De conclusie van TNO dat sprake is van 5G blijkt te worden onderschreven door het Agentschap Telecom van het ministerie van EZK, nu op de website wordt vermeld: *"VodafoneZiggo gebruikt naast 2G en 4G nu ook het 5G New Radio-zendprotocol op de 1800 MHz-frequentieband."*

Het College concludeert dat Vodafone volwaardige 5G aanbiedt over de 1800 MHz band en geen 'opgevaardeerde 4G'.

5.4.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er geen noodzaak bestaat in de commercial het voorbehoud op te nemen dat de getoonde toepassingen pas mogelijk zijn als de '5G frequenties' zijn geveild (wat inmiddels overigens een feit is). Het in de commercial aangeprezen netwerk van Vodafone kwalificeerde immers voor de veiling al als volwaardige 5G dat geschikt is voor innovatieve toepassingen. Verder geldt dat voor de gemiddelde consument



voldoende duidelijk is dat Vodafone in de commercial haar 5G netwerk aanprijst en dat daarbij voorbeelden worden getoond van toepassingen die met dat 5G netwerk mogelijk worden gemaakt. Niet wordt de indruk gewekt dat de toepassingen op zich door Vodafone worden aangeboden. Het College is van oordeel dat de commercial niet wegens het ontbreken van essentiële informatie misleidend is, zodat het College, in afwijking van de Commissie, als volgt beslist.

6. De beslissing

Het College vernietigt de beslissing van de Commissie en wijst de klacht alsnog af.

De voorzitter

mr. S.C.P. Giesen

De secretaris

mr. L. Lagerweij

Gewezen door mr. S.C.P. Giesen, voorzitter, D.C. van der Lecq, mr. B.V. Vogel en drs. G.J. Wilmink, leden, en mr. S.L. Brons, plaatsvervangend lid en secretaris.

Amsterdam, 13 oktober 2020