

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 429836 / KG ZA 12-1185

Vonnis in kort geding van 21 november 2012

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **PRETIUM TELECOM B.V.**,
gevestigd te Haarlem,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **D.E.M. MANAGEMENT SERVICES B.V.**,
gevestigd te Haarlem,
eiseressen,
advocaat: mr. A. Killan te 's-Gravenhage,

tegen

1. **X**,
wonende te Drunen, gemeente Heusden,
2. **Y**,
wonende te Drunen, gemeente Heusden,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **NEWICE B.V.**,
gevestigd te Drunen, gemeente Heusden,
gedaagden,
advocaat: thans mr. J.G.J. van Groenendaal te Amsterdam, voorheen mr. G.J.B.C. Maton,
advocaat te 's-Hertogenbosch.

Partijen zullen hierna (in enkelvoud) Pretium c.s. en X c.s. genoemd worden. Waar nodig zullen eiseressen afzonderlijk als Pretium en D.E.M. worden aangeduid en gedaagden afzonderlijk als X, Y en Newice.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 25 oktober 2012;
 - producties 1 tot en met 25 zijdens Pretium c.s.;
 - de akte houdende overlegging aanvullende producties 26 tot en met 29, waaronder een kostenopgave en specificatie, tevens houdende wijziging van eis zijdens Pretium c.s.;
 - de mondelinge behandeling van 31 oktober 2012 met de daarbij door beide partijen overgelegde pleitnotities en de aanvullende kostenopgave en specificatie zijdens Pretium c.s.

1.2. Ten slotte is vonnis nader bepaald op heden.

2. De feiten

Partijen

2.1. Pretium is een Nederlands telecommunicatiebedrijf dat sinds 1996 actief is als aanbieder van vaste telecommunicatiediensten in Nederland. Tot januari 2007 bood Pretium als zogenoemde Carrier Pre Select (CPS)-aanbieder haar klanten de mogelijkheid hun uitgaande telefoongesprekken via haar af te wikkelen. Het telefoonabonnement op het vaste net van KPN werd in dat geval echter nog steeds geleverd door KPN.

2.2. Als gevolg van de regulering van Wholesale Line Rental ("WLR") door de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) is het met ingang van januari 2007 voor CPS-aanbieders zoals Pretium mogelijk ook een vastnetabonnement op het telefoonnetwerk van KPN aan klanten aan te bieden, hetgeen Pretium thans ook doet voor circa 200.000 abonnees. De tussen de telecomaانبieders gemaakte afspraken houden onder meer in dat de telecomaانبieder met wie het contract eindigt als gevolg van de overstap van een consument, die beëindiging bevestigt in een brief aan de consument.

2.3. Werving van abonnees door Pretium geschiedt onder meer via telemarketing. Telemarketing is voorzien van diverse wettelijke waarborgen neergelegd in artikel 11.7 Telecommunicatiewet, waaronder sinds 1 oktober 2009 de verplichte opt-out (artikel 11.7 lid 12) en de invoering van het bel-me-niet-register (artikel 11.7 lid 6).

2.4. Pretium hanteert een Coulancregeling Ouderen, op grond waarvan mensen ouder dan 72 jaar in beginsel de mogelijkheid wordt geboden om binnen drie maanden na het sluiten van een jaarovereenkomst terug te keren naar hun eerdere aanbieder.

2.5. D.E.M. maakt onderdeel uit van hetzelfde concern als Pretium en is onder meer houdster van het op 22 februari 2005 ingeschreven Beneluxwoordmerk PRETIUM met inschrijvingsnummer 0762583, ingeschreven voor de klassen 9, 38 en 42. Zij heeft toestemming gegeven aan Pretium om dit merk te gebruiken.

2.6. Newice is een vennootschap die zich blijkens een uittreksel uit het handelsregister toelegt op de groothandel in computers, randapparatuur en software. Blijkens haar website www.newice.nl legt Newice zich ook toe op de registratie van domeinnamen, het ontwerpen van websites en de hosting daarvan.

2.7. X staat ingeschreven als enig bestuurder en enig aandeelhouder van Newice. Y is de partner van X.

Voorgeschiedenis

2.8. Op 13 september 2012 vond er in het kader van de werving via telemarketing een telefoongesprek plaats tussen een telemarketeer in opdracht van Pretium en mevrouw A.N. Y (hierna te noemen: "mevrouw Y senior"). Blijkens de transcriptie van het voicelog heeft mevrouw Y senior in dat telefoongesprek het door Pretium gedane aanbod aanvaard een jaarabonnement Pretium Weekend Vrij af te sluiten.

2.9. Pretium heeft mevrouw Y senior op 27 september 2012 een brief gezonden waarin staat vermeld dat haar abonnement met Pretium op 18 oktober 2012 zou ingaan.

2.10. Op 19 oktober 2012 heeft X de domeinnaam www.pretiumonline.com geregistreerd. Hij wordt vermeld als registrant, administratieve naam en technische naam. Op dezelfde datum heeft Newice de domeinnaam www.pretiumonline.nl geregistreerd. Als houder van de domeinnaam wordt X vermeld.

2.11. Op 19 oktober 2012 om 14.42 uur heeft Y telefonisch contact gezocht met het Servicecenter van Pretium, waarin Y onder meer het volgende heeft gezegd:

“[...] Ehh, mijn moeder die heeft ehh al 50 jaar een abonnement met de KPN. En die is ehh door jullie benaderd als zijnde dat jullie KPN zouden zijn en ehh ze moesten nog wat gegevens hebben. Die heeft mijn moeder niet gegeven. Vervolgens heeft ze 2 brieven van jullie gehad waarin om d'r gegevens wordt gevraagd. Daarin heeft ze ook níet gereageerd. En vandaag krijgt ze een brief van de KPN: ‘helaas, uw contract is opgezegd en we vinden het jammer dat u naar Pe...ehh Pretium vertrekt’. Ik wil bij deze, nú, ehh per mail, de contracten die jullie met mijn moeder hebben afgesloten, want jullie hebben 1 probleem: jullie hebben nu te maken met een internetbedrijf én een advocaat. Helaas hebben jullie díe moeder bereikt. Dus dat gaat nú opgelost worden, want wat denken jullie wel? Mensen van 80 eerst 2 x per lijn, per brief te benaderen en gewoon een contract op te zeggen? Ik wil nú, per mail, het ehh contract hebben. Wat jullie met mijn moeder hebben. Is dat er niet, hebben jullie een probleem. De website is dít moment, want helaas, mijn man heeft een internetbedrijf, er wordt nú aan een website gebouwd: pretiumonline. Kijk maar na. U kunt het volgen.”

Nadat de teammanager van het Servicecenter het telefoongesprek tussen een medewerker van het Servicecentrum en Y op enig moment heeft overgenomen, zegt Y onder meer het volgende:

“Er is 2 x een brief gestuurd waarop ze niet gereageerd heeft op advies van de KPN, omdat die zeiden: “zolang ze uw rekeningnummer niet hebben heeft u geen enkel iets ehh met ze te maken en blijft u gewoon bij ons”.

2.12. Circa twee uur na het telefoongesprek met Y, om 16.54 uur, nam X eveneens telefonisch contact op met het Servicecenter van Pretium. In dat telefoongesprek heeft X onder meer het navolgende gezegd:

“[...] jullie hebben mijn schoonmoeder een contract aangesmeerd. In Bennekom, daar heeft mijn vriendin net over gebeld. Ehm, met grote leugens, jullie zouden KPN zijn enzo, hele grote leugens. [...] En bovendien zijn we met een actie bezig om toch eens duidelijk te maken op internet, daar staat al heel veel natuurlijk, dat weet jij ook wel als je met Google zoekt, hoe jullie te werk gaan, en we hebben een website gebouwd, pretiumonline.com waar wij in, uit de doeken doen hoe eh, hoe jullie werken, hoe jullie met vooral ouderen omgaan. [...] ik wil dat u eh de overeenkomst die van de week afgesloten is in Bennekom per direct opheft. [...] pretiumonline.com onthoud je het even goed? En verder komt er nog meer hoor dit is niet het enige. Er komt nog meer aan. We hebben nog hele leuke verrassingen voor jullie.”

2.13. Kort daarop, om 17.07 uur, heeft X telefonisch contact opgenomen met de receptie van D.E.M., waarbij X eveneens heeft verwezen naar de website www.pretiumonline.com.

Uitingen websites

2.14. De websites met de domeinnamen www.pretiumonline.com en www.pretiumonline.nl kenden aanvankelijk onder meer de volgende uitingen [de uitingen zijn genummerd, vzr.]:

(op de openingspagina)

(1.) “PRETIUMONLINE OPLICHTERS”

(2.) “HET MEEST ONBESCHOFTE BEDRIJF OOIT!!
BEDROG LEUGENS SMERIG”

(op andere pagina's)

(3.) “grote oplichters bende”

(4.) “criminele organisatie”



2.15. X heeft op 19 oktober 2012 via zijn twitteraccount @newice.nl eveneens enkele tweets verzonden met onder meer de navolgende inhoud:

(6.) “Pretium Telecom blijft ouderen oplichten en te misleiden met leugens. Ze geven zich uit als KPN en voor je het weet heb je een contract...”

(7.) “... geen instantie die er wat mee doet dus tijd dat mensen zelf eens actie gaan ondernemen en ouderen in bescherming gaan nemen...”

(8.) “... dit kan door deze boodschap zo veel mogelijk te verspreiden. Zie voor meer info pretiumonline.com de oplichters...”

2.16. Op 22 oktober 2012 heeft Pretium c.s. de heer X en Newice gesommeerd de website www.pretiumonline.com offline te halen. Aan deze sommatie heeft X geen gevolg gegeven.

2.17. X heeft op 24 oktober 2012 aan Pretium kenbaar gemaakt dat hij de website www.pretiumonline.com offline zal halen als wordt voldaan aan de door hem gestelde

voorwaarden, samengevat een beëindiging van het contract met mevrouw Y senior en een excuusbrief. Nadien wordt op www.pretiumonline.com de volgende tekst geplaatst:

“Inmiddels vandaag 24 oktober 2012 20.00. Pretium Telecom en hun advocaat hebben tijd genoeg gehad. Tijd voor de volgende fase. Nog even geduld a.u.b. Spoedig meer....”

2.18. Op 25 oktober 2012 zijn de websites met als domeinnamen www.pretiumpetitie.com respectievelijk www.pretiumpetitie.nl gelanceerd. De websites verbonden aan de domeinnamen www.pretiumonline.com en www.pretiumonline.nl bevatten vanaf dat moment een verwijzing naar de nieuwe websites, welke laatste onder meer de volgende uitingen bevatten:

(9.) “onbeschofte manier van handelen”,

(10.) “legale oplichters die gewoon hun gang gaan”,

(11.) “een grote oplichters bende”, die met leugens en bedrog vooral ouderen een telefoonabonnement aansmeren”,

(12.) “ze deden zich voor als KPN”,

(13.) “Hoe laf! Kan een bedrijf zijn!”

2.19. Aan de linkerkant op de homepage is een inhoudsopgave zichtbaar met koppen en daaronder deeplinks naar subpagina's. De koppen luiden als volgt: (14.) “PRETIUM PRAKTIJKEN”, (15.) “KOM OP! STOP DEZE PRAKTIJKEN” en (16.) “PRETIUM DREIGEMENTEN”.

2.20. De subpagina (17.) “Het wordt steeds gekker (lidmaatschap)” bevat termen als (idem 4.) “een criminele organisatie”, de subpagina (18.) “Zelfs geen respect voor de doden” termen als (19.) “een stel respectloze criminelen” en de subpagina (20.) “Steunwelkom!” termen als (21.) “tuig als Pretium”.

2.21. Op www.pretiumpetitie.nl wordt bovendien een foto van de directeur van Pretium afgebeeld met de onderschriften (22.) “ghost whisperer”, (23.) “sluit overeenkomsten met de dode”, (24.) “Dhr Nyks of beter gezegd TIS NIKS” en (25.) “eng mannetje eigenlijk”.

2.22. X maakt gebruik van de metatag (26.) “Pretium telecom Oplichters voor Ouderen” en keyword (27.) “Pretium Telecom Oplichters”.

2.23. Na betekening van de dagvaarding in de onderhavige zaak – derhalve na 25 oktober 2012 – is een vijfde website gelanceerd met als domeinnaam www.pretitie.nl. De eerdere websites www.pretiumpetitie.nl en www.pretiumpetitie.com toonden vanaf dat moment een verwijzing naar de nieuwe website. De website www.pretitie.nl bevat de navolgende uitingen:

(28.) “Op dit moment staat internet vol van telecomaانبieders die abonnementen op dubieuze wijze weten over te nemen. Pretium Telecom spant daarbij de kroon en misleidt

ouderen met hun werkwijze. Ze bellen ouderen op en overspoelen ze met informatie met als uiteindelijk doel een contract er aan over te houden ten koste van alles.”

(29.) “Bovendien geven ze zich vaak uit als KPN of deden voorkomen dat ze KPN zijn.”

(30.) “Het is geen incident maar het blijkt dat Pretium doelgericht ouderen als slachtoffer kiest.”

(31.) “Stop de onrechtmatige verhuizingen van Pretium Telecom” of



(32.) “De onbeschofte handelwijze van Pretium Telecom.”

(33.) “Ze [Pretium, vzr.] deinzen niet terug om contracten op dode[n] af te sluiten.”

(34.) “Dit initiatief is ontstaan door de brutale benadering van Pretium Telecon aan mijn schoonmoeder van 80 jaar die met valse voorwendzelen een abonnement is aangesmeerd door Pretium Telecom” of “De 80 jarige moeder van J. Y is een abonnement aangesmeerd.”

(35.) “Zeer kwalijk is dat de telemarketeers van Pretium Telecom zich vooral richten op een groep kwetsbare ouderen in onze samenleving.”

(36.) “Vooral kwetsbare ouderen worden in het telefoongesprek overrompeld en overspoelt met vaak niet relevante en verwarrende informatie die ze niet begrijpen.”

(37.) “[...] bij het abonneren bij Pretium Telecom krijg je ongevraagd het blad privilege gestuurd. Na 6 maanden gratis gebruik krijg je de rekening gestuurd zonder enig contract te hebben afgesloten.”

(idem 29.) “Pretium Telecom wekt de indruk KPN te zijn” of “[..] de consument denkt met regelmaat dat ze de KPN aan de telefoon hebben.”

(38.) “In ons voorbeeld (de vrouw van 80 uit Bennekom) wordt gezegd door de telemarketeer: "Wij willen graag dat u bij ons blijft!"”.

(39.) “Alle randvoorwaarden zoals service zoals "hoe neem ik contact op met Pretium Telecom" wordt verzwegen.”

(40.) “Pretium Telecom verzwijgt zaken als de coulanceregeling voor ouderen”

(41.) “Dhr. Nyks erkent in geen enkel opzicht einde. Tot zelfs de dood erkent hij niet. Nu is ook duidelijk waarom hij maar door blijft gaan. Hij kent het begrip einde niet en is los van deze wereld.”

(42.) “De 80 jarige vrouw waarmee Pretium Telecom gebeld heeft, heeft duidelijk aangegeven geen overeenkomst met Pretium Telecom te willen omdat ze tevreden was met de KPN. Ze heeft geen gegevens doorgegeven.”

(43.) “Pretium Telecom Oplichters voor ouderen”

(44.) “Misleiding, vernedering en onrecht”

(45.) “Onbeschoft, leugens, laf”

(46.) “Laat je niet bang maken door een onbeschofte marketeer”

(idem 4.) “Criminele organisatie”, (47.) “oplichters”, (48.) “oplichtersbende”

(49.) “De “baas” van Pretium Telecom dhr. Nyks alias the Ghost Whisperer”

(idem 25.) “Eng mannetje eigenlijk”

(idem 24) “Tis Niks” (als zinspeling op de naam van de heer Nyks)

(idem 23.) “[de heer Nyks] sluit overeenkomsten af met de dode[n]”

3. Het geschil

3.1. Pretium c.s. vordert, na vermeerdering van eis, dat de voorzieningenrechter, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(I) gedaagden ieder afzonderlijk gebiedt binnen 24 uur na betekening van dit vonnis de volledige content op de door hen gezamenlijk danwel individueel beheerde en/of gehoste websites, waaronder in elk geval www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com, www.pretiumpetitie.nl en www.pretitie.nl, te verwijderen en verwijderd te houden, althans de onderdelen van die websites te verwijderen en verwijderd te houden die de voorzieningenrechter als onrechtmatig aanmerkt;

(II) gedaagden ieder afzonderlijk gebiedt binnen 24 uur na betekening van dit vonnis alle twitterberichten op hun respectievelijke accounts en postings op het internet met betrekking tot Pretium te verwijderen en verwijderd te houden, althans die twitterberichten en postings die de voorzieningenrechter als onrechtmatig aanmerkt;

(III) gedaagden gebiedt binnen 24 uur na betekening van dit vonnis op de homepage van de door gedaagden gezamenlijk danwel individueel beheerde en/of gehoste websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com, www.pretiumpetitie.nl en www.pretitie.nl boven de pagebreak, waarbij de achtergrond van de websites wordt aangeleverd door Pretium c.s., gedurende twee maanden de navolgende rectificatietekst, goed leesbaar, evenwichtig verspreid en in normaal lettertype (waarbij de aanhef “RECTIFICATIE” drie maal groter dient te zijn dan de overige tekst), zonder weglatingen, aanvullingen of commentaar, gecentreerd en geëncadreerd te plaatsen en geplaatst te houden:

“RECTIFICATIE

Ik heb op grove wijze en herhaaldelijk Pretium Telecom beschuldigd zonder dat ik deze beschuldigingen op enige manier kan rechtvaardigen. Door het gebruik van de naam Pretium en het logo van Pretium Telecom heb ik inbreuk gemaakt op de merkrechten van Pretium Telecom. Bovendien heb ik de naam Pretium en het logo misbruikt om consumenten te misleiden en hen een onjuist beeld te geven over de activiteiten van Pretium Telecom.

De rechtbank in Den Haag heeft bij vonnis van [datum] bepaald dat ik onrechtmatig heb gehandeld met ongefundeerde beschuldigingen van Pretium Telecom en heeft mij daarom gelast deze rectificatie op deze website te plaatsen.

X”

(IV) gedaagden ieder afzonderlijk gebiedt alle benodigde medewerking te verlenen teneinde te bewerkstelligen dat de domeinnamen van de door gedaagden gezamenlijk danwel individueel beheerde en/of gehoste websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com, www.pretiumpetitie.nl en www.pretitie.nl binnen twee weken na dit vonnis zijn overgedragen aan Pretium c.s., dan wel aan een door haar aan te wijzen (rechts)persoon, en alle daarmee verbandhoudende kosten voor hun rekening te nemen;

(V) gedaagden ieder afzonderlijk verbiedt in enige publicatie, door middel van een website, twitterbericht, posting danwel anderszins, zich uit te laten in de zin als in de dagvaarding en akte eisvermeerdering tot uitdrukking gebracht dan wel in vergelijkbare zin;

(VI) gedaagden ieder afzonderlijk gebiedt onmiddellijk na betekening van dit vonnis iedere inbreuk op het Pretium-merk (vgl. 2.5.) te staken en gestaakt te houden;

(VII) bepaalt dat gedaagden ieder afzonderlijk een onmiddellijk opeisbare dwangsom verbeuren van €5000,00 voor iedere keer of – zults ter keuze van eiseressen gezamenlijk – van €10.000,00 voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat zij een van de ge-/verboden genoemd onder I tot en met VI niet of niet volledig nakomt;

(VIII) gedaagden ieder afzonderlijk gebiedt binnen 30 dagen na betekening van dit vonnis aan eiseressen te betalen een voorschot op de schadevergoeding respectievelijk winstafdracht ter hoogte van €10.000,00;

(IX) de termijn waarbinnen eiseressen op grond van artikel 1019i Rv een bodemprocedure aanhangig dienen te maken stelt op 6 maanden, te rekenen vanaf de dag van betekening van dit vonnis;

(X) X en Newice ieder afzonderlijk veroordeelt in de kosten van dit geding op grond van artikel 1019h Rv voor wat betreft de merkenrechtelijke inbreuk en alle gedaagden ieder afzonderlijk voor het niet merkenrechtelijke deel te veroordelen in de reguliere proceskosten.

3.2. Pretium c.s. legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de uitingen op de websites en in de tweets zoals in de feiten weergegeven onrechtmatig zijn jegens haar, omdat de

grens van het betamelijke is overschreden en gedaagden geen algemeen belang dienen, maar slechts een persoonlijk belang, zodat Pretium c.s. ten onrechte wordt aangetast in haar eer en goede naam. X handelt naar Pretium c.s. stelt als persoonlijk verantwoordelijke voor de uitingen onrechtmatig, Newice als registrant van de domeinnamen, danwel omdat de uitingen van de enige statutair-bestuurder van Newice aan Newice kunnen worden toegerekend en Y, omdat zij als eerste Pretium c.s. dreigde met de lancering van de website www.pretiumonline.com. Volgens Pretium c.s. maken de feiten bovendien duidelijk dat Y handelde in groepsverband met X en Newice, zoals bedoeld in artikel 6:166 BW. Aan haar vorderingen die zien op merkinbreuk legt Pretium c.s. ten grondslag dat de registratie en het gebruik van de domeinnamen die het teken Pretium bevatten in strijd is met artikel 2.20 lid 1 sub d Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) (hierna: BVIE), evenals het gebruik daarvan in metatags en op de aan de domeinnaam verbonden websites. Daarnaast bestaat er door het gebruik van het teken Pretium een dreiging van inbreuk in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a en b BVIE, aldus Pretium c.s. Deze merkinbreuk is ten opzichte van Pretium als licentienemer bovendien aan te merken als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW.

3.3. X c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

bevoegdheid

4.1. De voorzieningenrechter is op grond van artikel 4.6 lid 1 BVIE bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen gebaseerd op het Beneluxmerkrecht nu het gesteld inbreukmakend handelen via internet in heel Nederland plaatsvindt en daarmee tevens in het arrondissement 's-Gravenhage. Om diezelfde reden komt de voorzieningenrechter ook bevoegdheid toe voor zover aan de vorderingen onrechtmatig handelen ten grondslag is gelegd. Overigens is deze bevoegdheid ook niet bestreden.

spoedeisend belang

4.2. Het spoedeisend belang bij de vorderingen van Pretium c.s. is gelegen in de gestelde voortdurende merkinbreuk en het voortdurend onrechtmatig handelen.

laattijdige producties

4.3. De producties 1 t/m 7 van X c.s. zijn aan mr. Killan en de voorzieningenrechter op de dag van de mondelinge behandeling om ca. 02.00 uur 's nachts per telefax toegezonden. Nadat mr. Killan ter zitting had aangegeven dat hij die producties nog niet had gezien en tegen toelating daarvan bezwaar maakte, heeft de voorzieningenrechter hem een leespaauze gegund, waarna hij het bezwaar heeft gehandhaafd. Gelet daarop en gezien het feit voorts dat X c.s. desgevraagd niet aannemelijk heeft kunnen maken dat de producties niet eerder konden worden overgelegd, zullen die producties buiten beschouwing worden gelaten.

primaire grondslag

4.4. In deze zaak is primair aan de orde de vraag of de door X gebezigde uitingen op de door hem voor de gelegenheid opgerichte vijf websites onrechtmatig jegens Pretium c.s. moeten worden geoordeeld.

4.5. De uitingen dienen te worden beoordeeld in het licht van artikel 7 Grondwet en de artikelen 8 en 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Het gaat hier om twee, ieder voor zich hoogwaardige maatschappelijke belangen, die tegenover elkaar staan. Aan de ene kant het belang van het recht op eer en goede naam, waaronder begrepen niet te worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen. Aan de andere kant het recht op vrijheid van meningsuiting, waarmee tevens is gewaarborgd dat misstanden die in de samenleving bestaan, vrijelijk aan de kaak kunnen worden gesteld. Het antwoord op de vraag welk van deze rechten zwaarder weegt, wordt gevonden door afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval. Bij deze afweging komt niet in beginsel voorrang toe aan het door artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting, noch aan de door artikel 8 EVRM beschermde rechten. Dit brengt mee dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing (aldus dat eerst aan de hand van de omstandigheden wordt bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in artikel 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging), maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid. In het bijzonder dienen de navolgende omstandigheden in aanmerking te worden genomen:

- (a) de aard van de gepubliceerde uitlatingen en de ernst van de te verwachten gevolgen;
- (b) de vanuit het algemeen belang bekeken ernst van de misstand welke aan de kaak gesteld wordt;
- (c) de mate waarin de uitlatingen steun vinden in de beschikbare feiten;
- (d) de inkleding van de verdenkingen gezien in verhouding tot de voorgaande factoren;
- (e) de mate van zorgvuldigheid van het aan de publicatie ten grondslag gelegde onderzoek.

4.6. Bij de beoordeling wordt het volgende vooropgesteld. Tussen partijen is niet in geschil dat op 13 september 2012 tussen Pretium en mevrouw Y senior een overeenkomst is tot stand gekomen betreffende – kort gezegd – een telefoonaansluiting bij Pretium. Volgens de eigen stellingen van X c.s. is mevrouw Y senior, hoewel haar lichamelijke conditie te wensen overlaat, in het volle bezit van haar geestesvermogens (vgl. productie 24 Pretium c.s.), zodat ook niet in discussie is dat mevrouw Y senior bekwaam was tot het verrichten van rechtshandelingen. Hieruit volgt ook meteen dat de overeenkomst met mevrouw Y senior zelf is aangegaan en niet met, zoals X in zijn uitingen beweert, haar overleden echtgenoot, hetgeen vanzelfsprekend niet mogelijk is.

4.7. Pretium stelt dat aan mevrouw Y senior na het aangaan van de overeenkomst twee brieven zijn verstuurd. Een eerste welkomstbrief, daterend van 14 september 2012, en een tweede brief van 27 september 2012 met de plandatum van de aansluiting. Hoewel in de pleitnota van X c.s. is opgenomen dat beide brieven niet zouden zijn ontvangen, heeft Y ter zitting desgevraagd erkend dat mevrouw Y senior de brief van 27 september 2012 wel heeft ontvangen. Wat betreft de brief van 14 september 2012 geldt dat de betwisting van de

ontvangst daarvan, door Pretium c.s. gemotiveerd is weerlegd. Zij wijst ter onderbouwing van de goede ontvangst op de uitlatingen van Y in het telefoongesprek met Pretium op 19 oktober 2012. Daarin heeft Y volgens de onder 2.11. weergegeven voicelog gezegd: “... *Vervolgens heeft ze twee brieven van jullie ontvangen...*” en “... *er is twee keer een brief gestuurd waarop ze niet gereageerd heeft op advies van de KPN*”. X heeft de juistheid van de hiervoor weergegeven mededelingen van Y niet bestreden, zodat het er voorshands voor moet worden gehouden dat de brief van 14 september 2012 mevrouw Y senior inderdaad heeft bereikt.

4.8. Dit laatste is relevant omdat Pretium c.s. erop heeft gewezen dat in de brief van 14 september 2012 een *opt-out* is opgenomen, op grond waarvan mevrouw Y senior binnen zeven dagen na ontvangst van de brief nog kon afzien van het gebruik van Pretium door de klantenservice te bellen, dan wel een fax te sturen, voorzien van telefoon- en faxnummer, terwijl vaststaat dat mevrouw Y senior van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt.

4.9. Ten slotte heeft als uitgangspunt te gelden dat mevrouw Y senior, hoewel de termijn daarvoor nog niet is verstreken, geen beroep heeft gedaan op de Coulancregeling Ouderen. Op basis van deze regeling biedt Pretium ouderen met een leeftijd van boven de 72 jaar in beginsel gedurende drie maanden na het sluiten van de overeenkomst de mogelijkheid om alsnog terug te keren naar de oude telecom-aanbieder. Als onweersproken staat vast dat Pretium op haar website informatie over de Coulancregeling Ouderen heeft opgenomen (<http://pretiumtelecom.nl/Thuisbellen/Coulance+Ouderen.aspx>).

4.10. De klacht van X komt er – zakelijk weergegeven – op neer dat een namens Pretium bellende telemarketeer zich zou hebben voorgedaan als KPN en aldus mevrouw Y senior een contract zou hebben aangesmeerd. Volgens X zou in het telefoongesprek tussen de telemarketeer en mevrouw Y senior zijn gezegd: “We zijn blij dat u bij ons blijft”. Hierdoor, zo begrijpt de voorzieningenrechter het betoog van X, zou mevrouw Y senior in de veronderstelling zijn geweest met KPN te hebben gesproken. Pretium c.s. heeft een en ander uitdrukkelijk betwist. Zij heeft daarbij gewezen op de overgelegde voicelog (productie 4 Pretium c.s.) waaruit blijkt dat de telemarketeer duidelijk heeft gemaakt te bellen namens Pretium. Ook overigens heeft de telemarketeer zich naar Pretium c.s. stelt gehouden aan het voorgeschreven belscript. Gelet op de gemotiveerde betwisting door Pretium c.s. had het op de weg van X gelegen zijn andersluidende stelling nader te onderbouwen. Door dat niet te doen, althans niet anders dan door het betoog dat het de stellige indruk van mevrouw Y senior was dat zij met iemand van KPN sprak, kan voorshands niet van de juistheid daarvan worden uitgegaan. Dat de telemarketeer de gewraakte passage zou hebben zou hebben gebezigd, is niet aannemelijk gemaakt door X en valt evenmin af te leiden uit andere feiten. Integendeel, uit het gedeelte van het door Pretium c.s. overgelegde voicelog: “*U gaat ermee akkoord dat Pretium Telecom uw bestaande vastnetabonnement van uw huidige aanbieder overneemt?*”, waarvan X niet bestrijdt dat dit op deze manier is gezegd, kan immers juist worden begrepen dat de vraag wordt gesteld door een andere aanbieder dan KPN, die op dat moment de huidige aanbieder van mevrouw Y senior was. Anders dan X meent, kan ook niet gezegd worden dat de uitdrukking ‘uw huidige aanbieder’ vaag is. Pretium c.s. heeft er in dit verband bovendien op gewezen dat het huidige belscript blijkt een uitspraak van de Reclame Code Commissie van 27 augustus 2012 in orde is.

4.11. Naar voorlopig oordeel vinden de uitingen van X die zien op de stelling dat Pretium misleidt door zich voor te doen als KPN, dan wel door de indruk te wekken dat

KPN de aanbieder is die het aanbod doet, gelet op het bovenstaande geen enkele steun in de beschikbare feiten.

4.12. Hetzelfde geldt voor de uitingen die erop neerkomen dat het moeilijk zou zijn van een contract bij Pretium af te komen. Hiervoor is al aangegeven dat mevrouw Y senior geacht wordt de brief van Pretium van 14 september 2012 te hebben ontvangen. Van de in die brief geboden opt-out-mogelijkheid is door haar geen gebruik gemaakt. Ook op de Coulancregeling Ouderen, waarvan de termijn voor mevrouw Y senior nog niet is verstreken, is in het geheel geen beroep gedaan, hoewel X daarmee blijkens zijn hiervoor onder 2.23 als (40) weergegeven uiting op zijn websites, wel bekend is. Onder die omstandigheden kan X ook deze klacht jegens Pretium niet volhouden.

4.13. Daarnaast vinden ook andere uitingen geen steun in de feiten. Zo betwist Pretium c.s. bijvoorbeeld dat zij zich in het bijzonder op ouderen richt (Pretium geeft aan dat zij bij telefonische werving niet bekend is met de leeftijd van de potentiële abonnee), en dat nieuwe abonnees ongevraagd vast zitten aan een abonnement op het blad 'Privilege', waarvan de kosten aan hen in rekening zou worden gebracht. X heeft op zijn beurt vervolgens voor de juistheid van deze uitingen geen nadere onderbouwing kunnen verschaffen.

4.14. Dat, zoals X ter zitting nog heeft aangegeven, op internet ook veel klachten van derden zijn te vinden over Pretium, is evenmin een rechtvaardiging voor de door hem gedane uitingen.

4.15. Bij de beoordeling is voorts van belang dat X zijn uitingen, die allesbehalve zakelijk van toon zijn, op internet heeft geplaatst alvorens Pretium c.s. te benaderen om te bezien of zij bereid zou zijn de contractsluiting met mevrouw Y senior ongedaan te maken. Pretium c.s. heeft in dit verband immers onbestreden gesteld dat de website www.pretiumonline.com in de ochtend van 19 oktober 2012 al actief was, voordat eerst 's middags, aanvankelijk door Y en later door X, contact werd gezocht met Pretium. Gelet ook op de aard van de gedane uitingen ('grote oplichters bende', 'criminele organisatie', 'een stel respectloze criminelen', 'tuig als Pretium') is voorshands volstrekt duidelijk dat X deze met geen ander doel heeft gedaan dan op Pretium c.s. druk uit te oefenen het contract met mevrouw Y senior ongedaan te maken. Van enig algemeen belang beweerdelijke misstanden aan de orde te stellen is dan ook geen sprake. Daar komt bij dat de wijze waarop X te werk is gegaan zo excessief is, en de gebruikte kwalificaties dusdanig diffamerend, dat de grenzen van het toelaatbare rijkelijk zijn overschreden. Dit geldt ten minste voor de aanvankelijke websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com en www.pretiumpetitie.nl, maar ook voor de website www.pretitie.nl is dit niet wezenlijk anders. Nog daargelaten dat een groot aantal op de aanvankelijke websites gedane uitingen hierop een op een terugkeren, geldt dat Pretium c.s. onweersproken heeft gesteld dat X ook ten aanzien van deze website gebruik maakt van description metatags als 'Pretium Telecom Oplichters voor ouderen' en keywords als 'Pretium telecom Oplichters' (vgl. productie 28 Pretium c.s.) om aldus naar buiten te treden en te trachten een zo groot mogelijk publiek te bereiken. Pretium c.s. heeft commercieel gezien belang bij een goede naam, welke door de aard van de uitingen en door de manier waarop X de publiciteit heeft gezocht, wordt geschaad. In het licht hiervan is de ernst van de te verwachten gevolgen voor Pretium c.s. naar voorlopig oordeel groot.

4.16. Al de voormelde omstandigheden in onderling verband en samenhang in aanmerking nemende en daarbij voormelde belangen van Pretium c.s. en X afwegende, dient voorshands het belang van Pretium c.s. te prevaleren boven dat van X en heeft X in de gegeven omstandigheden onrechtmatig gehandeld. Op deze gronden is er plaats voor de na te melden beperking van het recht op de vrijheid van meningsuiting, welke naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter noodzakelijk is in een democratische samenleving in de zin van artikel 10 EVRM.

subsidiare grondslag

4.17. Nu Pretium c.s. geen afzonderlijk belang heeft gesteld bij een merkinbreukverbod naast een verbod op grond van onrechtmatig handelen, en de vorderingen, zoals hierna zal blijken op deze laatste grondslag grotendeels voor toewijzing in aanmerking komen, kan de subsidiare grondslag onbesproken blijven.

vorderingen

4.18. De websites van X kennen in hoofdzaak ontoelaatbare uitingen, zijnde de uitingen met nummers 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49. Weliswaar zijn er ook uitingen/content die nog wel toelaatbaar kunnen worden geacht, doch deze zijn in de huidige opzet van de websites zodanig met de niet toelaatbare uitingen verweven, dat de enig werkbare en passende reactie is om X te gebieden de content van de websites in hun huidige opzet, inclusief metatags en keywords, bij wijze van ordemaatregel geheel te verwijderen. Dat brengt mee dat het sub I van het petitum gevorderde gebod kan worden toegewezen als na te melden.

4.19. Het sub II van het petitum gevorderde gebod wordt bij gebrek aan voldoende belang afgewezen nu X onweersproken heeft gesteld dat hij de onrechtmatige tweets reeds heeft verwijderd en verwijderd zal houden.

4.20. De voorzieningenrechter acht een rectificatie als gevorderd sub III van het petitum een passende maatregel om de ingetreden negatieve effecten op te heffen dan wel deze zoveel mogelijk te beperken. De voorzieningenrechter heeft de voorgestelde tekst en voorwaarden van de rectificatie evenwel aangepast op de wijze als hierna te melden.

4.21. De sub IV van het petitum gevorderde overdracht van de domeinnamen www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.petiumpetitie.com en www.pretiumpetitie.nl zal, nu X ter zitting heeft aangegeven hiertoe bereid te zijn, worden toegewezen als verwoord in het dictum. Voor de overdracht van de domeinnaam www.pretitie.nl, waartegen X zich wel heeft verzet, is, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, geen grondslag aanwezig.

4.22. In verband met de gevorderde overdracht zij nog opgemerkt dat Pretium c.s., gevraagd naar de in het petitum geformuleerde termijnen, ter zitting heeft aangegeven dat zij haar vordering zo heeft ingestoken dat X de rectificatie binnen 24 uur na betekening van dit vonnis op de websites dient te plaatsen en daar geplaatst houdt, terwijl X voorts binnen 2 weken na betekening van dit vonnis de domeinnamen aan Pretium c.s. overdraagt. Pretium c.s. zal, zo heeft zij toegelicht, vervolgens na afloop van de rectificatietermijn zorg dragen

voor verwijdering van de rectificatie. Om eventuele executiegeschillen op dit punt te vermijden, zij nu reeds bepaald dat bij die stand van zaken X geen dwangsommen verbeurt voor het eventueel na overdracht aan Pretium van de domeinnamen www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.petiumpetitie.com en www.pretiumpetitie.nl niet geplaatst houden van de rectificatie, nu hij dan immers de macht over de domeinnamen is kwijtgeraakt.

4.23. Het sub V van het petitum gevorderde verbod op – kort gezegd – toekomstige publicatie is naar voorlopig oordeel te onbepaald en een te vergaande maatregel, zodat die wordt afgewezen. Nog daargelaten dat met dit verbod executieproblemen welhaast onvermijdelijk zijn, kan thans niet worden uitgesloten dat bepaalde beschuldigingen in de toekomst kunnen worden gefundeerd en wel rechtmatig zijn.

overige gedaagden

4.24. De vorderingen jegens Y worden afgewezen. Het enkele feit dat zij degene is die als eerste telefonisch contact heeft gezocht met Pretium en daarbij heeft gedreigd met de lancering van de websites is, gelet ook op het feit dat X heeft aangegeven dat het initiatief van de websites van hem af komt, niet voldoende om aan te nemen dat Y jegens Pretium c.s. onrechtmatig heeft gehandeld.

4.25. Ten aanzien van Newice geldt dat deze vennootschap, naar X ter zitting heeft bevestigd, de hosting verzorgt van de websites. Nu Newice, ondanks daartoe te zijn gesommeerd, de hosting van de onmiskenbare onrechtmatige inhoud van de websites niet heeft gestaakt, handelt zij eveneens onrechtmatig. Nu X evenwel zelf zal worden geboden de content van de websites te verwijderen, heeft Pretium c.s. bij haar vordering Newice te gebieden de – naar de voorzieningenrechter begrijpt – hosting van de websites te staken, onvoldoende belang. Voor de kennelijk ook jegens Newice gevorderde rectificatie, acht de voorzieningenrechter geen termen aanwezig.

4.26. Het gevorderde voorschot op de schadevergoeding zal worden afgewezen. Bij een dergelijke vordering in kort geding is terughoudendheid geboden. Niet alleen zal moeten worden onderzocht of het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is, maar tevens of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijld spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. Thans staat echter niet vast dat er schade is geleden, laat staan tot welk bedrag. Pretium c.s. heeft deze vordering ook niet nader onderbouwd, zodat het bestaan van de vordering onvoldoende aannemelijk is geworden.

4.27. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als hierna in het dictum te bepalen.

kosten procedure Pretium c.s. v. X en Newice

4.28. In de procedure tussen Pretium c.s. en X/Newice zullen X en Newice als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure worden veroordeeld. Die kosten worden conform het liquidatietarief begroot op $\frac{2}{3} \times (\text{€}575,00 + \text{€}89,77 + \text{€}816,00) = \text{€}987,18$. Deze kostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

kosten procedure Pretium c.s. v. Y

4.29. In de procedure tussen Pretium c.s. en Y zal Pretium c.s. als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure worden veroordeeld. Die kosten worden aan de zijde van Y conform het liquidatietarief begroot op $1/3 \times (\text{€}575,00 + \text{€}816,00) = \text{€}463,67$. Nu zulks door Y niet is gevorderd, zal de kostenveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Voor een ambtshalve toepassing van artikel 258 Rv ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

In de procedure tussen Pretium c.s. en X / Newice:

5.1. gebiedt X binnen 24 uur na betekening van dit vonnis de volledige content van de websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com, www.pretiumpetitie.nl en www.pretitie.nl te verwijderen;

5.2. gebiedt X binnen 24 uur na betekening van dit vonnis op de homepage van de websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com, www.pretiumpetitie.nl en www.pretitie.nl boven de pagebreak, gedurende vier weken de navolgende rectificatietekst, goed leesbaar, in lettertype Times New Roman, lettergrootte 12 (waarbij de aanhef "RECTIFICATIE" driemaal groter dient te zijn dan de overige tekst), zonder weglatingen, aanvullingen of commentaar, gecentreerd en voorzien van een kader te plaatsen en geplaatst te houden de navolgende tekst:

"RECTIFICATIE

Ik heb op grove wijze en herhaaldelijk Pretium Telecom beschuldigd zonder dat ik deze beschuldigingen op enige manier kan rechtvaardigen.

De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage heeft bij vonnis van 21 november 2012 bepaald dat ik aldus onrechtmatig heb gehandeld jegens Pretium Telecom.

Daarnaast is mij door de voorzieningenrechter gelast deze rectificatie te plaatsen.

X";

5.3. gebiedt X en Newice alle benodigde medewerking te verlenen teneinde te bewerkstelligen dat de domeinnamen van de door hen beheerde respectievelijk gehoste websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com en www.pretiumpetitie.nl binnen twee weken na dit vonnis zijn overgedragen aan Pretium c.s., dan wel aan een door haar aan te wijzen rechtspersoon, en alle daarmee verbandhoudende kosten voor hun rekening te nemen;

5.4. veroordeelt X tot een dwangsom van €1.000,00 per keer of – zulks ter keuze van Pretium c.s. – €5.000,00 per dag, een dagdeel daaronder begrepen, dat wordt gehandeld in

strijd met een (van de) gebod(en) hiervoor onder 5.1. tot en met 5.3. met een maximum van €100.000,00;

5.5. veroordeelt Newice tot een dwangsom van €1.000,00 per keer of – zulks ter keuze van Pretium c.s. – €5.000,00 per dag, een dagdeel daaronder begrepen, dat wordt gehandeld in strijd met een het gebod hiervoor onder 5.3. met een maximum van €100.000,00;

5.6. veroordeelt X en Newice in de kosten van dit geding, tot op heden aan de zijde van Pretium c.s. begroot op een bedrag van €987,18;

5.7. verklaart de geboden en veroordelingen hiervoor onder 5.1. tot en met 5.6. uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

In de procedure tussen Pretium c.s. en Y:

5.9. wijst de vorderingen af;

5.10. veroordeelt Pretium c.s. in de kosten van dit geding, tot op heden aan de zijde van Y begroot op een bedrag van €463,67.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.Th. van Walderveen en in het openbaar uitgesproken op 21 november 2012 in tegenwoordigheid van mw. mr. B.O. Büller als griffier.