

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.119.617/01

Zaaknummer rechtbank : 429836 / KG ZA 12-1185

arrest van 15 april 2014

inzake

1. [REDACTED]
wonende te Heusden,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
NEWICE B.V.,
gevestigd te Heusden,
appellanten,
hierna gezamenlijk te noemen [REDACTED] en afzonderlijk respectievelijk [REDACTED] en
Newice,
advocaat: mr. J.G.J. van Groenendaal te Amsterdam,

tegen

1. **PRETIUM TELECOM B.V.**,
gevestigd te Haarlem,
2. **D.E.M. MANAGEMENT SERVICES B.V.**,
gevestigd te Haarlem,
geïntimeerden,
hierna gezamenlijk te noemen Pretium c.s. en afzonderlijk respectievelijk Pretium en DEM,
advocaat: mr. A. Killan te Den Haag.

1. Het geding

Het verloop van het geding tot 28 mei 2013 blijkt uit het arrest van die datum in het incident ex artikel 843a Rv. Bij memorie van antwoord met producties heeft Pretium de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen op 24 februari 2014 de zaak doen bepleiten door hun advocaten voornoemd, beiden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Het hof heeft op voorhand van partijen producties ontvangen, te weten producties 30-34 van [REDACTED] en producties 33-39 van Pretium c.s. Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en is arrest gevraagd.

2. De feiten

De door de rechtbank in het bestreden vonnis van 21 november 2012 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan.

Het gaat in deze zaak om het volgende:

-
- 1.1. Pretium is een Nederlands telecommunicatiebedrijf dat sinds 1996 actief is als aanbieder van vaste telecommunicatiediensten in Nederland. 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 een vastnetabonnement op het telefoonnetwerk van KPN aan klanten aan te bieden, hetgeen Pretium ook doet. 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.
- 1.2. 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).
- 1.3. 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.
- 1.4. DEM maakt onderdeel uit van hetzelfde concern als Pretium en is onder meer houdster van het Beneluxwoordmerk PRETIUM. Zij heeft toestemming gegeven aan Pretium om dit merk te gebruiken.
- 1.5. Newice is een vennootschap die zich blijkt 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.
- 1.6. [REDACTED] staat ingeschreven als enig bestuurder en enig aandeelhouder van Newice.
- 1.7. 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 [REDACTED] (hierna: "mevrouw [REDACTED] senior"). Mevrouw [REDACTED] senior is geboren in 1932. Blijkens de transcriptie van de voicelog heeft mevrouw [REDACTED] senior in dat telefoongesprek het door Pretium gedane aanbod aanvaard een jaarabonnement voor vaste telefonie af te sluiten.
- 1.8. Pretium heeft mevrouw [REDACTED] senior op 27 september 2012 een brief gezonden waarin staat vermeld dat haar abonnement met Pretium op 18 oktober 2012 zou ingaan. Op diezelfde datum heeft KPN een brief aan mevrouw [REDACTED] senior gezonden waarin wordt bevestigd dat het contract met KPN is beëindigd.
- 1.9. Op 19 oktober 2012 heeft [REDACTED] 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 [REDACTED] vermeld.
- 1.10. Op 19 oktober 2012 om 14.42 uur heeft [REDACTED], de partner van [REDACTED] en de dochter van mevrouw [REDACTED] senior, telefonisch contact gezocht met het Servicecenter van Pretium, waarin [REDACTED] 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 niet 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 die 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 dit 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 [REDACTED] op enig moment heeft overgenomen, zegt [REDACTED] 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".

1.11. Circa twee uur na het telefoongesprek met [REDACTED] om 16.54 uur, nam [REDACTED] eveneens telefonisch contact op met het Servicecenter van Pretium. In dat telefoongesprek heeft [REDACTED] 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."

1.12. Kort daarop, om 17.07 uur, heeft [REDACTED] telefonisch contact opgenomen met de receptie van DEM, waarbij [REDACTED] eveneens heeft verwezen naar de website www.pretiumonline.com.

1.13. De websites met de domeinnamen www.pretiumonline.com en www.pretiumonline.nl kenden aanvankelijk onder meer de navolgende uitingen [de uitingen zijn genummerd door het hof]:

(op de openingspagina)

(1.) "PRETIUMONLINE OPLICHTERS"

(2.) "HET MEEST ONBESCHOFTE BEDRIJF OOI!!
BEDROG LEUGENS SMERIG"

(op andere pagina's)

(3.) "grote oplichters bende"

(4.) "criminele organisatie"



(5.)

1.14. [REDACTED] heeft op 19 oktober 2012 via zijn twitteraccount @newice.nl 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..." (om 10:46 uur)

(7.) "... geen instantie die er wat mee doet dus tijd dat mensen zelf eens actie gaan ondernemen en ouderen in bescherming gaan nemen..." (om 10:47 uur)

(8.) "... dit kan door deze boodschap zo veel mogelijk te verspreiden. Zie voor meer info pretiumonline.com de oplichters..." (om 10:54 uur)

1.15. Op 22 oktober 2012 heeft Pretium c.s. [REDACTED] c.s. gesommeerd de website www.pretiumonline.com offline te halen. Aan deze sommatie heeft [REDACTED] toen geen gevolg gegeven.

1.16. Bij e-mail van 23 oktober 2012 aan de raadsman van Pretium c.s. liet [REDACTED] c.s. als volgt weten:

*"We hebben de site tot morgen 20.00 offline gehaald.
We verwachten dat Pretium morgen de zaak met mevr. Staaedegaard op een fatsoenlijke manier gaat oplossen zodat hij offline kan blijven.
Ik wil een bevestiging zien van de oplossing en excuusbrief."*

De volgende dag werd op www.pretiumonline.com en www.pretiumonline.nl 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..."

1.17. 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 deze 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!”

1.18. Aan de linkerzijde 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”

(16.) “PRETIUM DREIGEMENTEN”.

1.19. 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”.

1.20. 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”.

1.21. [REDACTED] c.s. maakt gebruik van de metatag (26) “Pretium telecom Oplichters voor Ouderen” en het keyword (27) “Pretium Telecom Oplichters”.

1.22. Na betekening van de dagvaarding in eerste aanleg – 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, hof] deinzen niet terug om contracten op dode(n) af te sluiten."

(34) "Dit initiatief is ontstaan door de brutale benadering van Pretium Telecom aan mijn schoonmoeder van 80 jaar die met valse voorwendselen een abonnement is aangesmeerd door Pretium Telecom" of "De 80 jarige moeder van [REDACTED] 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) "[REDACTED] 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. [REDACTED] alias the Ghost Whisperer"

(idem 25) "Eng mannetje eigenlijk"

(idem 24) "Tis [REDACTED]" (als zinspeling op de naam van de heer [REDACTED])

(idem 23) "[de heer [REDACTED] sluit overeenkomsten af met de dode"

2. Het geschil

2.1. In eerste aanleg is [REDACTED] op vordering van Pretium e.s. door de voorzieningenrechter – samengevat weergegeven – veroordeeld om:

- de volledige content van de websites www.pretiumonline.com, www.pretiumonline.nl, www.pretiumpetitie.com, www.pretiumpetitie.nl en www.pretitie.nl te verwijderen;
- 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 te plaatsen:

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.

[REDACTED].

[REDACTED] en Newice zijn verder veroordeeld om:

- 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 op hun kosten worden overgedragen aan Pretium c.s.,
een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van [REDACTED] c.s. in de kosten.

2.2. De voorzieningenrechter heeft daartoe overwogen dat – kort gezegd – de uitingen van [REDACTED] op de door Newice gehoste websites zoals in de feiten weergegeven onrechtmatig zijn jegens Pretium c.s. In 4.18 overwoog de voorzieningenrechter:

“De websites van [REDACTED] 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 [REDACTED] te gebieden de content van de websites in hun huidige opzet, inclusief metatags en keywords, bij wijze van ordemaatregel geheel te verwijderen.”

3. Beoordeling

3.1 Met de eerste grief komt [REDACTED] c.s. op tegen het oordeel in r.o. 4.3 van het bestreden vonnis dat de producties van [REDACTED] c.s. buiten beschouwing moeten worden gelaten wegens het (te) late tijdstip van indiening ervan. Het hof gaat aan deze grief voorbij nu [REDACTED] c.s. daarbij geen belang heeft. Het staat [REDACTED] c.s. immers vrij die producties in hoger beroep alsnog in het geding te brengen, hetgeen hij ook heeft gedaan.

3.2 De tweede grief is gericht tegen het door de voorzieningenrechter in zijn beoordeling betrekken van alle hiervoor genoemde websites. Volgens [REDACTED] c.s. had alleen de website pretitie.nl in de beoordeling mogen worden betrokken, omdat de andere websites – nadat de dagvaarding was uitgebracht – definitief offline gehaald waren. Deze grief slaagt niet. Op de verschillende websites was deels dezelfde content geplaatst en ook werd op sommige websites naar de andere websites verwezen, zodat deze websites niet los van elkaar waren te zien. Daarnaast had [REDACTED] c.s. een eerdere sommatie om de websites uit de lucht te halen naast zich neer gelegd. Het offline halen van de via pretiumonline.nl, pretiumonline.com, pretiumpetitie.nl en pretiumpetitie.com te vinden websites vond uiteindelijk niet eerder plaats dan nadat de dagvaarding was uitgebracht, waarin een gebod tot het verwijderen van de content van die websites werd gevorderd of straffe van verbeurte van een dwangsom. Onder die omstandigheden hoefde Pretium c.s. met een enkele toezegging, zonder dat op overtreding daarvan een boete was verbonden, geen genoegen te nemen. Zij hield (spoedeisend) belang bij beoordeling van de onrechtmatigheid van de content van al die websites en een gebod tot het verwijderen ervan op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.3 Met zijn derde grief komt [REDACTED] c.s. op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat [REDACTED] in zijn uitingen de stelling inneemt dat Pretium een overeenkomst heeft gesloten met de overleden echtgenoot van mevrouw [REDACTED] senior, de heer [REDACTED]. Voorts klaagt de grief erover dat de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat niet in geschil is dat de overeenkomst tussen Pretium en mevrouw [REDACTED] senior is gesloten. Ook deze grief slaagt niet.

3.4 Voor zover de grief inhoudt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat *niet in geschil is* dat de overeenkomst tussen Pretium en mevrouw

_____ senior is gesloten, faalt de grief al omdat de voorzieningenrechter dat niet heeft geoordeeld. Overigens deelt het hof het oordeel van de voorzieningenrechter dat de overeenkomst tussen Pretium en mevrouw _____ senior is gesloten. Pretium c.s. heeft de transcriptie van de 'voicelog' van het gesprek met mevrouw _____ senior overgelegd. _____ c.s. is voorts in de gelegenheid geweest die voicelog zelf af te luisteren. Niet bestreden is dat de overgelegde transcriptie overeenkomt met de voicelog en evenmin bestreden is dat op de voicelog te horen is dat mevrouw _____ senior op 13 september 2012 een overeenkomst sluit met Pretium voor telefoniediensten. Bij die stand van zaken kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat de overeenkomst tot stand is gekomen tussen Pretium en mevrouw _____ senior, zoals de voorzieningenrechter ook terecht heeft geoordeeld. De omstandigheid dat in de bevestigingsbrief van Pretium van 14 september 2012 de voorletters 'A.N.' van de overleden heer _____ sr. voorkomen, maakt dit niet anders, nu deze brief uitdrukkelijk is gericht aan mevrouw _____

3.5 Het oordeel van de voorzieningenrechter dat _____ in zijn uitingen de stelling heeft ingenomen dat de overeenkomst is aangegaan met de overleden echtgenoot van mevrouw _____ senior is gebaseerd op uitingen op de verschillende websites zoals hiervoor onder 18, 23, 33 en 41 weergegeven en uitingen als "*Ze hebben het zelfs voor elkaar gekregen om het abonnement op haar man zijn naam te zetten die 25 jaar geleden is overleden (...) Zelfs opzeggen voor een dode is onmogelijk*" (pretiumonline.com, prod. 12 Pretium c.s.) en "*Alleen gestoorde organisaties sluiten overeenkomsten met overledenen en draaien het niet terug*" (pretiumpetitie.com prod. 22 Pretium c.s.). Het oordeel van de voorzieningenrechter vindt aldus voldoende steun in de niet bestreden feiten.

3.6 Grief vier richt zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat mevrouw _____ senior de brief van 14 september 2012 heeft ontvangen. Deze grief treft evenmin doel.

3.7 Pretium c.s. stelt zich op het standpunt dat zij (slechts) twee brieven heeft gestuurd aan mevrouw _____ senior: een brief gedateerd 14 september 2012 met vermelding van de opt out mogelijkheid en de brief van 27 september 2012 waarin is vermeld dat het abonnement met Pretium op 18 oktober 2012 zal ingaan. Ook heeft Pretium c.s. gewezen op de tussen telecomaanbieders gemaakte afspraak dat de huidige telecomaanbieder de beëindiging van het contract aan de klant bevestigt. Een dergelijke brief heeft KPN op 18 oktober 2012 gestuurd.

3.8 Deze door Pretium c.s. gestelde gang van zaken wordt bevestigd door _____ in haar eerste telefoongesprek met Pretium, nadat haar moeder de contractbeëindigingsbrief van KPN had ontvangen. In dat gesprek zegt _____ onder meer:

(...) Vervolgens heeft ze 2 brieven van jullie gehad waarin om d'r gegevens wordt gevraagd. Daarin heeft ze ook niet gereageerd. En vandaag krijgt ze een brief van de KPN (...)

(...) "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". (...)

3.9 _____ c.s. is in de gelegenheid gesteld de geluidsopname van dit gesprek te beluisteren. Niet bestreden is dat het door Pretium c.s. overgelegde transcript van dit gesprek

overeenkomt met hetgeen is gezegd. Uit het hiervoor weergegeven transcript kan niet anders dan worden afgeleid dat mevrouw [REDACTED] senior daadwerkelijk twee brieven van Pretium heeft ontvangen, derhalve ook die van 14 september 2012, zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen. Het standpunt van [REDACTED] c.s. dat met de tweede brief de brief van KPN werd bedoeld vindt geen steun in de tekstfragmenten. Daarin wordt duidelijk verwezen naar twee brieven van Pretium én een brief van KPN. Op de twee brieven zou op advies van KPN niet zijn gereageerd, welk advies niet geacht kan worden betrekking te hebben gehad op de brief van KPN zelf.

3.10 Bij de beoordeling van de vijfde grief, waarin [REDACTED] c.s. bezwaar maakt tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat mevrouw [REDACTED] senior geen gebruik heeft gemaakt van de coulancregeling, heeft Speijers c.s. geen belang. Tussen partijen is niet in geschil dat de relatie tussen Pretium en mevrouw [REDACTED] senior inmiddels is geëindigd.

3.11 Grieven zes tot en met acht lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Vooropgesteld wordt dat de voorzieningenrechter bij de beoordeling van de gestelde onrechtmatigheid van de content op de websites van [REDACTED] de juiste maatstaf heeft aangelegd: 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.

[REDACTED] c.s. heeft de juistheid van de gehanteerde maatstaf als zodanig niet bestreden. Het bezwaar van [REDACTED] c.s. dat de voorzieningenrechter de uitingen op alle websites en niet alleen die op pretitie.nl in zijn beoordeling heeft betrokken is reeds hiervoor in r.o. 3.2 verworpen.

3.12 In de kern stellen de grieven aan de orde dat de voorzieningenrechter zou hebben miskend dat de uitingen moeten worden gezien als waardeoordelen en daarom bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de uitingen, de mate waarin de uitingen steun vinden in de feiten, ten onrechte heeft betrokken. Dat standpunt wordt verworpen. De voorzieningenrechter heeft terecht de hiervoor in 4.11 weergegeven en door [REDACTED] c.s. niet bestreden toets aangelegd bij de beoordeling van de diverse uitingen. Bij die beoordeling dient tevens te worden betrokken de mate waarin de uitingen steun vinden in de beschikbare feiten. Daarenboven geldt dat – in het kader van de in 3.11 bedoelde belangenafweging – ook grenzen zijn aan de mate waarin en de wijze waarop waardeoordelen kunnen worden geuit (zie ook de hiervoor in r.o. 3.11 genoemde omstandigheid sub (d)). Ook voor zover de uitingen van [REDACTED] zouden moeten worden gezien als waardeoordelen, zoals [REDACTED] stelt, heeft de voorzieningenrechter, gelet op hetgeen voorlag, terecht geoordeeld dat door de wijze waarop deze waardeoordelen zijn geformuleerd en de context waarin ze zijn geplaatst, de grenzen van het toelaatbare zijn overschreden. Dat oordeel wordt niet anders als de in eerste aanleg buiten beschouwing gelaten producties van [REDACTED] in aanmerking worden genomen.

3.13 Het standpunt van [REDACTED] dat de voorzieningenrechter zou zijn uitgegaan van een te nauwe weergave van de feiten kan het hof niet volgen. Met de overweging “dat de door [REDACTED] aan de kaak gestelde misstand erop neerkomt dat een namens Pretium bellende marketeer zich zou hebben voorgedaan als KPN en aldus mevrouw [REDACTED] Senior een contract zou hebben aangesmeerd” is ook naar het oordeel van het hof de aanleiding en de kern van de door [REDACTED] c.s. gestelde misstand adequaat weergegeven. Het hof heeft hierbij gelet op de uitingen en processtukken van [REDACTED] c.s.. Dat [REDACTED] c.s., met name in een later stadium, zijn aanklacht richting [REDACTED] breder heeft getrokken naar (misleiding van) alle ouderen en ook nog, aanhakend aan klachten van derden, andere verwijten richting Pretium daaraan toevoegt, doet daar niet aan af. Dat geldt temeer daar aan de stelling van [REDACTED] c.s. dat hij handelt in het algemeen belang, ook wel wat af te dingen valt, zoals hierna in r.o. 3.18 wordt overwogen.

3.14 De negende en dertiende grief lenen zich eveneens voor gezamenlijke behandeling. Met deze grieven stelt [REDACTED] c.s. aan de orde dat de voorzieningenrechter de gewraakte uitingen niet afzonderlijk – per uiting – heeft beoordeeld, maar de content van de websites in zijn geheel heeft beschouwd en verboden. Het hof overweegt daaromtrent als volgt. In het onderhavige geval, waarin een ordemaatregel wordt verzocht bestaande uit het opleggen van een gebod tot het verwijderen van content van websites, heeft de voorzieningenrechter terecht de diverse uitingen op die websites in onderling verband beschouwd en op grond van de hoeveelheid en de aard van de daarop geplaatste ontoelaatbare uitingen, geoordeeld dat met de inhoud van de websites, op grond van de diverse uitingen in context gelezen, in zijn geheel de grens van het aanvaardbare wordt overschreden. Beoordeling van iedere uiting afzonderlijk doet bovendien geen recht aan de boodschap die deze uitingen tezamen uitstralen. Immers, een uiting die op zichzelf gezien mogelijk aanvaardbaar zou moeten worden geacht, kan toch de grens van het betamelijke overschrijden indien die uiting is geplaatst en dus wordt gelezen in samenhang met een of meer andere uitingen.

3.15 Door de voorzieningenrechter is vermeld welke uitingen naar zijn oordeel ontoelaatbaar waren, (zie r.o. 2.2 hiervoor). Gelet op het grote aantal ontoelaatbare uitingen (waarbij als eerder overwogen terecht de uitingen op alle websites en niet alleen die op

pretitie.nl in de beoordeling zijn betrokken), de onderlinge samenhang tussen de uitingen en het totaalbeeld dat door de diverse uitingen op de websites van [REDACTED] werd opgeroepen, is het hof van oordeel dat de voorzieningenrechter, op grond van hetgeen destijds voorlag, terecht tot het oordeel is gekomen dat de hiervoor genoemde uitingen ontoelaatbaar waren, alsmede dat de toelaatbaar te achten uitingen zodanig met de niet toelaatbare uitingen waren verweven, dat de enig werkbare en passende reactie was om [REDACTED] bij wijze van ordemaatregel te gebieden de content van de websites geheel te verwijderen. De producties van [REDACTED] c.s. die door de voorzieningenrechter buiten beschouwing zijn gelaten, leiden niet tot een ander oordeel.

3.16 Het hof merkt daarbij op dat [REDACTED] c.s. geen op de toekomst gericht verbod is opgelegd. Het aan hem opgelegde gebod tot verwijdering van de content van de websites betekent immers niet dat hij de door hem gestelde misstanden niet langer aan de orde zou kunnen stellen op een website, zolang hij dat op rechtmatige wijze doet. Zijn stelling dat hem een totaalverbod is opgelegd waarmee hem de mond is gesnoerd berust op een onjuist begrip van de hem opgelegde geboden. De voorzieningenrechter heeft juist uitdrukkelijk overwogen dat het gevorderde verbod op toekomstige publicatie een te onbepaalde en te vergaande maatregel zou zijn en een dergelijk verbod daarom niet opgelegd. Daarop strandt ook het standpunt van [REDACTED] c.s. dat de door de voorzieningenrechter opgelegde ordemaatregelen disproportioneel en in strijd met artikel 10 lid 2 EVRM zouden zijn.

3.17 In zijn tiende grief stelt [REDACTED] c.s. aan de orde dat de voorzieningenrechter ten onrechte uitingen die betrekking hebben op de directeur van Pretium in zijn beoordeling zou hebben betrokken, omdat die directeur geen partij was in de procedure. Deze grief faalt, omdat daarmee wordt miskend dat diffamerende opmerkingen jegens een directeur ook een negatieve uitstraling hebben naar de vennootschap waarvan hij directeur is en aldus ook jegens die vennootschap onrechtmatig kunnen zijn. Derhalve heeft de voorzieningenrechter terecht ook de op de persoon van de directeur gerichte diffamerende uitingen in zijn beoordeling betrokken.

3.18 Met zijn elfde grief komt [REDACTED] c.s. op tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de website pretiumonline.com al in de ochtend van 19 oktober 2012 actief was, hetgeen [REDACTED] c.s. bestrijdt. Deze grief slaagt evenmin. Ook indien juist zou zijn dat de website pas actief is geworden kort na het eerste gesprek van J. [REDACTED] met Pretium – zoals [REDACTED] c.s. stelt, maar Pretium c.s. gemotiveerd bestrijdt – dan leidt dat niet tot een ander oordeel. De voorzieningenrechter heeft het tijdstip waarop de website in de lucht is gegaan meegewogen in zijn belangenafweging, zoals hiervoor in r.o. 3.11 bedoeld en is mede op grond daarvan tot het oordeel gekomen dat [REDACTED] met zijn uitingen op de website geen ander doel had dan druk uit te oefenen op Pretium om het contract met mevrouw [REDACTED] senior ongedaan te maken en dat van enig algemeen belang om beweerdelijke misstanden aan de orde te stellen geen sprake was. Naar het oordeel van het Hof leidt die belangenafweging niet tot een andere uitkomst indien de website inderdaad later actief zou zijn geworden. Dat [REDACTED] – in ieder geval aanvankelijk – zijn uitingen veeleer gebruikte als dwangmiddel om het contract met zijn schoonmoeder ongedaan gemaakt te krijgen en niet zozeer om het algemeen belang te dienen, blijkt immers ook uit andere omstandigheden, zoals het offline halen van de website en mededeling dat die offline zou blijven als zou worden voldaan aan de door hem gestelde voorwaarden: beëindiging van het contract met mevrouw [REDACTED] senior en een excuusbrief.

3.19 De twaalfde grief ten slotte komt op tegen de overweging van de

voorzieningenrechter dat Newice gehouden was tot verwijdering van de websites c.q. medewerking aan de sommatie van Pretium c.s. Deze grief slaagt niet wegens gebrek aan belang, nu het door Pretium c.s. verzochte gebod tot verwijdering van de content van de websites door de voorzieningenrechter niet aan Newice is opgelegd.

3.20 De slotsom luidt dat geen van de aangevoerde grieven doel treft, zodat het bestreden vonnis dient te worden bekrachtigd. [REDACTED] c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Pretium c.s. Het hof ziet tevens aanleiding [REDACTED] c.s. tevens te veroordelen tot betaling aan Pretium c.s. van de kosten in het incident, nu hij niet heeft gesteld dat de door Pretium c.s. overgelegde transcripten van de voicelog en de andere telefoongesprekken onjuist waren.

Beslissing

Het hof

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- veroordeelt [REDACTED] c.s. in de proceskosten in hoger beroep, de kosten van het incident daaronder begrepen, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Pretium c.s. begroot op € 683,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris voor de advocaat;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, M.A.F. Tan-de Sonnaville en R. Kalden en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 april 2014 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. A. Kettian
Advocaat van: ~~aan~~ gelint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

