

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.038.024/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 336735 / KG ZA 09.548

arrest van de negende civiele kamer van 12 januari 2010

inzake

1. de vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid **Omroepvereniging Vara**,
statutair gevestigd te Hilversum,
appellante,

hierna te noemen: de Vara,

→ advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Pretium Telecom B.V.**,
statutair gevestigd te Haarlem,
geïntimeerde,

hierna te noemen: Pretium,

advocaten: mrs. drs. D.P. Kuipers en O.G. Trojan te 's-Gravenhage.

Het geding

Bij exploit van 13 juli 2009 met daarin 18 grieven is de Vara in hoger beroep gekomen van het tussen partijen op 29 juni 2009 in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage. Bij arrest van 27 oktober 2009 is deze zaak (kort geding II) gevoegd met de zaak met zaaknummer 200.039.470/01 (kort geding I). Pretium heeft in beide zaken op 1 september 2009 geantwoord in haar "incidentele memorie tot voeging tevens memories van antwoord". Partijen hebben hun zaak doen bepleiten ter zitting van 17 november 2009 aan de hand van pleitnota's, de Vara door mr. R.S. Le Poole en Pretium door haar advocaten. Pretium heeft daarbij producties doen overleggen. Aansluitend hebben partijen arrest gevraagd. Voor de inzichtelijkheid zijn de gevoegde zaken in zoverre gesplitst dat in elke zaak afzonderlijk arrest wordt gewezen.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de voorzieningenrechter onder 1.1 tot en met 1.11 vastgestelde feiten zijn door geen van partijen in hoger beroep bestreden, zodat daarvan zal worden uitgegaan.

2. De Vara heeft in uitzendingen van het consumentenprogramma Kassa van 7 en 14 februari, 7 maart en 4 april 2009 aandacht besteed aan Pretium. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Pretium dat de Vara bevolen wordt de uitzendingen van Kassa van 14 februari en 4 april 2009 te verwijderen van de websites uitzendinggemist.nl, kassa.vara.nl

dat in dit geval het belang van Pretium bij de bescherming van haar goede naam dient te prevaleren boven het belang van de Vara bij de vrijheid van meningsuiting gezien de omstandigheden dat (i) de Vara in korte tijd in vier uitzendingen (uitgebreid) aandacht heeft besteed aan Pretium, (ii) dat de Vara in deze uitzendingen meermalen refereert aan grote hoeveelheden klachten zonder uiteen te zetten dat de gegrondheid van deze klachten nog niet is komen vast te staan, (iii) dat de uitzendingen een negatief karakter en schadelijke gevolgen hebben voor Pretium, alsmede de omstandigheid (iv) dat telemarketing in de telefonie als aanvaardbare wijze van werving van abonnees voor een (vaste) telefonieverbinding geldt, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan en (v) dat de schade voor Pretium had kunnen worden beperkt door meer hoor en wederhoor toe te passen.

3. Het hof volgt niet het uitgangspunt van de voorzieningenrechter dat de Vara, die in korte tijd in vier uitzendingen aandacht aan Pretium heeft besteed en daarin meermaals melding heeft gemaakt van grote hoeveelheden klachten, daarbij de nuancering had moeten aanbrengen dat de gegrondheid van de klachten niet vaststaat. Pretium is in januari 2007 met de telefonische werving voor vastnetabonnementen begonnen. Van meet af aan hebben veel consumenten klachten geuit over de telefonische wervingsmethoden van Pretium. Reeds in het voorjaar van 2007 leidde dit tot aandacht van instanties als de Consumentenautoriteit en Stichting De Ombudsman en in media. Twee jaar later, ten tijde van de vier Kassa-uitzendingen, hielden de klachten onverminderd aan. De Consumentenautoriteit heeft een onderzoek ingesteld naar de naleving door Pretium van de wettelijke regels ter zake koop op afstand, waarvan het resultaat - haar sanctiebesluit van 4 december 2008 - op 7 maart 2009 openbaar is gemaakt. De klachten hadden inmiddels ook de aandacht van Tweede Kamerleden en van de Staatssecretaris voor Economische Zaken. Het was dus in brede kring bekend dat er veel klachten waren en het stond de Vara daarom vrij melding te maken van het bestaan van deze vele klachten en van de inhoud van de klachten, met name van de veel voorkomende klacht dat consumenten meenden dat zij in het telefoongesprek door KPN benaderd waren, dat zij niet in de gaten hadden dat het ging om werving door Pretium voor een met haar af te sluiten overeenkomst en dat zij zich misleid voelden als vervolgens bleek dat Pretium zich op het standpunt stelde dat tijdens het telefoongesprek een overeenkomst met haar tot stand was gekomen. De Vara mocht in dit verband ook naar de door haar zelf ontvangen consumentenklachten verwijzen. Zij heeft in dit kort geding voldoende aannemelijk gemaakt dat zij onderzocht heeft of het om serieuze klachten ging en dat zij zich zodanig in de problematiek verdiept heeft dat zij in staat was dit te beoordelen. Ten aanzien van de door haar serieus bevonden klachten en in het verlengde daarvan ook ten aanzien van door andere instanties en media gemelde klachten van dezelfde teneur mocht de Vara bovendien positie kiezen, in de zin dat zij tot uitdrukking mocht brengen dat betrokkenen haars inziens grond hadden zich misleid te voelen.

Anders dan Pretium wil doet aan het voorgaande niet af dat de Vara niet ten aanzien van alle klachten contact met de afzender heeft opgenomen. De wijze waarop een klacht verwoord is kan als zodanig inzicht bieden in het al dan niet serieus te nemen karakter ervan. Daarbij telt dat de Vara aannemelijk heeft gemaakt dat zij met een aanzienlijk aantal klagers persoonlijk contact heeft opgenomen.

4. Daar waar de Vara er in haar uitzendingen blijk van gaf zich te scharen achter de klacht van consumenten dat zij zich misleid voelden, hoefde zij daarbij voorts niet tevens aan te geven dat niet vaststond dat Pretium wettelijke regels betreffende koop op afstand heeft overtreden of, meer algemeen, dat niet vaststond dat Pretium consumenten heeft misleid. De weergave door de Vara van het gevoelen respectievelijk standpunt van consumenten betekent niet en impliceert ook niet dat de Vara zich op het standpunt stelt dat Pretium die regels

overtreden heeft of dat de misleiding zou vaststaan.

De voorzieningenrechter zoekt de grond voor de door hem verlangde nuancering in de mogelijkheid dat dit type klachten inherent zou kunnen zijn aan telemarketing in haar algemeenheid, terwijl telemarketing op zichzelf wettelijk is toegestaan. Het zou inderdaad onzorgvuldig kunnen zijn de pijlen zonder nuancering als bedoeld te richten op één bedrijf – in dit geval Pretium – indien ook de telefonische wervingsgesprekken van andere bedrijven vergelijkbare negatieve sentimenten onder consumenten oproepen. Gesteld noch gebleken is echter dat zo'n min of meer wijd verbreid probleem zich met telemarketing in haar algemeenheid voordoet en dat ook met betrekking tot andere ondernemingen die van dit middel gebruik maken klachten bestaan van de aard en de omvang van de klachten over Pretium.

5. Aan het begin van de uitzending van 7 februari 2009 wordt slechts gezegd dat, toen Kassa twee jaar eerder aandacht aan Pretium besteedde, veel mensen erover klaagden dat zij ongewild klant van Pretium waren geworden. In de voice-over aan het begin van het aan Pretium gewijde deel van de uitzending wordt gezegd: 'Klant worden bij Pretium zonder het door te hebben. Het overkwam een flink aantal mensen de afgelopen maanden. En dan vooral oudere mensen.' In de context van het verband met het vervolgens in de voice-over geschetste geval van de dementerende schoonmoeder van de geïnterviewde heer Rotteveel komt voldoende naar voren dat de zojuist geciteerde tekst van de voice-over een weergave is van de zienswijze van de klager. De klachten waaraan vervolgens inhoudelijk aandacht besteed wordt zijn die van een aantal personen ouder dan 72 jaar respectievelijk van hun representanten, over de wijze waarop Pretium is omgegaan met hun beroep op de door Pretium in september 2008 opengestelde Coulanceregeling Ouderen. De Vara heeft deze klachten onderzocht en zij heeft de naam- en adresgegevens van deze klagers tijdig vóór de uitzending aan Pretium verstrekt zodat Pretium aan de hand daarvan in haar eigen bestanden de desbetreffende contacten tussen haar bedrijf en deze personen heeft kunnen natrekken. De tot het geven van een weerwoord in de uitzending verschenen vertegenwoordiger van Pretium heeft aangegeven de gang van zaken in deze gevallen te betreuren.

6. Pretium heeft ten aanzien van een tweetal elementen van de uitzending van 7 februari 2009 aangevoerd dat deze behoren bij te dragen tot het oordeel dat de Vara jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld en mede grond bieden voor de door haar gevorderde geboden ten aanzien van de uitzendingen van 14 februari en 4 april 2009. Volgens de voorzieningenrechter zou de vermelding door Meurders bij zijn vraag aan mr. Geus (raadvrouw van Pretium en namens haar verschenen in de uitzending van 7 februari 2007 waarom niet ingegaan mocht worden op de zaak van mevrouw Bracke, dat het een 74-jarige vrouw en een soortgelijke zaak betreft, bij het gemiddelde televisiepubliek de indruk kunnen wekken dat Pretium ondanks de Coulanceregeling Ouderen oudere mensen dagvaardt, terwijl de zaak Bracke geen verband houdt met die regeling (overweging 4.8 van het bestreden vonnis).

Uit het door de Vara overgelegde verslag van de contacten tussen de Kassa-redactie en Pretium komt naar voren dat de redactie in die zin een verband met de Coulanceregeling Ouderen zag dat mevrouw Bracke eveneens een oudere is (verslag Notermans, productie 11 van de Vara). Aangezien het bij mevrouw Bracke niet ging om toepassing van de Coulanceregeling is de opmerking van Meurders dat het om een soortgelijke zaak zou gaan echter onjuist. Toen mr. Geus daarop reageerde dat deze zaak een ander onderwerp betrof heeft Meurders daarop echter direct en volmondig geantwoord: "Het gaat over een ander onderwerp." Met dit antwoord is naar objectieve maatstaven voldoende effectief voorkomen dat bij de kijker redelijkerwijs de indruk kon ontstaan dat Pretium ondanks de

Coulanceregeling een oudere heeft gedagvaard.

7. Een ander onderdeel van de uitzending van 7 februari 2009 dat bijgedragen heeft tot het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Vara onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Pretium, meer in het bijzonder door haar in het kader van hoor en wederhoor onvoldoende ruimte te bieden, is dat de Vara de afspraak met Pretium geschonden zou hebben om in die uitzending niet te praten over de zaken van de consumenten Bracke en Van der Schoot (overweging 4.9 van het bestreden vonnis). Daags vóór de uitzending op zaterdag 7 februari 2009 kwam bij de Kassa-redactie de gedachte op om behalve aan de zes door haar aan Pretium doorgegeven gevallen van klachten over de uitvoering van de Coulanceregeling Ouderen tevens aandacht te besteden aan de gevallen van nog een tweetal consumenten, waarvan één dat van mevrouw Bracke die door Pretium gedagvaard was ter zake, kort gezegd, de geldigheid van het te haren faveure strekkende bindend advies van de Geschillencommissie Telecom in een geschil met Pretium. De Vara heeft dit voornemen die vrijdag aan Pretium bericht. Pretium heeft daartegen bezwaar gemaakt en aangegeven dat zij onvoldoende tijd zou hebben om haar reactie voor te bereiden. Over de contacten tussen partijen die geleid hebben tot de afspraak dat niet inhoudelijk over deze zaken gesproken zou worden, is slechts bekend hetgeen zich laat opmaken uit een desbetreffend schrijven van mr. Geus, die Pretium in de uitzending van 7 februari 2009 zou vertegenwoordigen, en uit het verslag van mevrouw Notermans van de Kassa-redactie ter zake de contacten met Pretium tijdens de voorbereiding van de uitzendingen van 7 en 14 februari 2009 (producties 10 en 11 van de Vara). Mr. Geus bevestigde inmiddels van Veenstra begrepen te hebben dat de uitzending zich zal beperken tot de zes zaken en dat de zaken van mevrouw Molengraaf en mevrouw Bracke dus inderdaad niet in de uitzending aan bod zullen komen. Notermans heeft aangetekend dat is afgesproken dat over de zaak Bracke niet zou worden uitgeweid en dat haar niet duidelijk was waarom het voor mr. Geus een probleem vormde tevens over deze zaak te praten nu deze bij haar kantoor in behandeling was. Uit een en ander blijkt niet dat de Kassa-redactie mr. Geus te kennen heeft gegeven dat zij er terecht bezwaar tegen maakte dat deze twee zaken aan de uitzending van 7 februari 2009 toegevoegd zouden worden. De Kassa-redactie heeft slechts aan het verzoek van Pretium gevolg gegeven. De stellingen die Pretium in dit verband naar voren heeft gebracht, dat de Vara zich er voorafgaand aan de uitzending van 7 februari 2009 op vastgelegd zou hebben Pretium uiterlijk op de donderdag vóór de uitzending te informeren omtrent de precieze invulling van het programma (dagvaarding onder 4.7) respectievelijk dat de Vara haar verzekerd zou hebben dat de uitzending uitsluitend betrekking zou hebben op de Coulanceregeling Ouderen (pleitnota eerste aanleg onder 5.25), zijn niet aannemelijk geworden. Dergelijke toezeggingen zijdens de Kassa-redactie zijn onverenigbaar met de door de Vara geschetste wijze van voorbereiding van de (live-) uitzendingen van het programma en met de gebruikelijk vereiste redactionele armslag. Een verdergaande verwachting dan die dat zij er staat op kon maken zich niet op inhoudelijke bevraging over deze zaken te hoeven voorbereiden, kon mr. Geus aan de op vrijdag 6 februari 2009 gemaakte afspraak derhalve redelijkerwijs niet ontleenen. Aan die toezegging heeft de Vara zich gehouden. Hier komt bij dat de plaagstoot die Meurders uitdeelde door aan het einde van de uitzending aan mr. Geus te vragen waarom nou niet over die zaken gepraat kon worden en zijn vraag of Pretium er de volgende week over wilde praten, in het geheel van de uitzending van gering gewicht zijn.

9. In de uitzending van 14 februari 2009 wordt in de eerste plaats aandacht besteed aan de gevallen van mevrouw Bracke en de heer Van der Schoot, consumenten wier klachten tegen Pretium door de Geschillencommissie Telecom gegrond geoordeeld werden, doch die

vervolgens door Pretium zijn gedagvaard om op die wijze de aandacht van de Geschillencommissie te vragen voor haar bezwaar dat een door KPN voorgedragen en aan KPN gelieerde persoon deel uitmaakt van de samenstelling van de Geschillencommissie waarin geoordeeld wordt over klachten tegen Pretium. Vervolgens wordt in de uitzending van 14 februari 2009 een filmpje getoond waarin twee anonieme ex-callcentermedewerkers aan het woord komen en wordt er gepraat met een eveneens anonieme ex-callcentermedewerker en een anonieme voormalig medewerkster van de klantenservice van Pretium die beiden op de tribune zitten. Een vertegenwoordigster van de WGCC, de branchevereniging van callcenters, wordt gevraagd wat de callcenterbranche vindt van de rond Pretium ontstane situatie. Ten slotte wordt Tweede Kamerlid Gesthuizen gevraagd naar de voortgang van het onderzoek van de Consumentenautoriteit en naar haar reactie op het relaas van de ex-callcentermedewerkers.

Pretium maakt er bezwaar tegen dat de Vara haar beschuldiging dat consumenten zich door Pretium misleid voelen, kracht bijzet door personen in de uitzending op te voeren van wie de Vara niet heeft kunnen vaststellen dat dezen daadwerkelijk als callcentermedewerker namens Pretium wervingsgesprekken hebben gevoerd respectievelijk dat deze als medewerkster klantenservice bij Pretium in dienst is geweest. Het is echter aannemelijk dat de Vara bij de voorbereiding van de uitzending serieus de vraag onder ogen heeft gezien of betrokkenen inderdaad in bedoelde functies voor Pretium gewerkt hebben. Hetgeen deze personen verklaard hebben past bovendien in het beeld dat naar voren komt uit andere bronnen. Volgens Pretium had de Vara een en ander niet mogen uitzenden zonder haar te voorzien van identiteitsgegevens van deze vier personen, zodat zij tijdig vóór de uitzending had kunnen verifiëren of zij inderdaad voor haar gewerkt hebben in callcenters respectievelijk in haar dienst. Hiertoe was de Vara echter niet gehouden omdat deze personen zich bij haar gemeld hebben en slechts bereid waren anoniem in de uitzending te verschijnen. Dat Vara de persoonsgegevens van deze betrokkenen niet bekend wil maken acht het hof niet onredelijk, en dit maakt de betrokkenen niet reeds daarom onbetrouwbaar.

10. Pretium verwijt de Vara voorts kwade trouw omdat zij op de woensdag voorafgaand aan de uitzending van zaterdag 14 februari 2009 aan Pretium gemeld had dat in die uitzending louter de twee eerderbedoelde gevallen van door Pretium gedagvaarde consumenten aan de orde zouden komen om een uur later te melden dat er bovendien ex-callcentermedewerkers aan het woord zouden komen. Volgens Pretium moet de Vara dit, gezien de korte tijdsperiode tussen de twee telefoongesprekken, reeds geweten hebben tijdens het eerste telefoongesprek, en heeft de Vara Pretium in het eerste gesprek bewust een valse voorstelling van zaken gegeven. Volgens het verslag van de contacten tussen de Kassa-redactie en Pretium ter voorbereiding van deze uitzending was het in de uitzending verschijnen van de ex-callcentermedewerkers redactioneel nog niet rond tijdens het eerste telefoongesprek dat Notermans die woensdag met Pretium voerde en was het bovendien een collega van haar die over dit eventuele item ging.

Zelfs indien sprake was van bewuste verzwijging -het hof neemt dit voorshands niet aan- dan nog valt niet in te zien welke redelijke zin het bewust verzwijgen van deze wijziging voor de Vara gehad zou hebben als zij die vervolgens een uur later alsnog aan Pretium zou melden en evenmin valt in te zien hoe Pretium dientengevolge geschaad zou zijn, aangezien een uur minder voorbereidingstijd voor een eventueel weerwoord harerzijds op de woensdag voorafgaand aan de op zaterdag plaatsvindende uitzending niet van betekenis is.

11. Ten aanzien van de uitzending van 14 februari 2009 verwijt Pretium de Vara eveneens een suggestieve toonzetting, die tot uitdrukking zou komen in de vraag aan de heer Van der Schoot of hij al eerder met "justitie" in aanraking is gekomen.

Ook dit verwijt wordt verworpen. Meurders vroeg dit naar aanleiding van de opmerking van Van der Schoot niet naar de rechtbank te willen.

In afwijking van de primaire betekenissen van de term justitie (namelijk rechterlijke macht/rechtspraak) wordt deze term in de tegenwoordige media veelal gebruikt voor de aanduiding van politie en staande magistratuur. Zo al sprake is van een defamerende opmerking, dan valt – zonder voldoende toelichting, die ontbreekt – niet in te zien hoe Pretium hierdoor getroffen kan zijn. De vraag of hij al eerder met deze instanties in aanraking is geweest werd immers gesteld aan Van der Schoot. Van onzorgvuldigheid van de Vara jegens Pretium door suggestief woordgebruik is geen sprake.

12. In de uitzending van 14 februari 2009 verwijt Pretium de Vara bovendien te zijn tekortgeschoten in het belichten van de reden waarom Pretium tot dagvaarding van de twee consumenten is overgegaan.

Ook dit verwijt is ongegrond. De Vara heeft in de uitzending wel degelijk uitgelegd wat voor Pretium de reden vormde om deze consumenten te dagvaarden. In de voice-over is toegelicht dat in de Geschillencommissie ook iemand zat die gelieerd is aan KPN en dat Pretium dit in strijd acht met het reglement en daarover de rechter wil laten oordelen. Meurders zegt vragend tegen de heer Van Marle van Stichting De Ombudsman dat als Pretium dit voor de rechter wil brengen dat toch alleen kan via de persoon in kwestie.

Pretium stelt dat het, gelet op de door de Vara ter zake van Pretium ontvangen informatie, op de weg van de Vara had gelegen om het antwoord van Van Marle dat Pretium haar doel ook door middel van overleg had kunnen bereiken, recht te zetten. Daartoe had Meurders volgens Pretium moeten uitleggen dat Pretium dit in eerste instantie ook wel degelijk geprobeerd heeft.

Een dergelijke interventie viel echter redelijkerwijs niet van de Vara te verlangen. Over de vraag of Pretium niet meer of anders had moeten doen om zonder dagvaarding van de in het gelijk gestelde klagers met de Geschillencommissie tot overleg te komen - waartoe deze ten tijde van de uitzending inmiddels wel bereid was gebleken - kon men gevoeglijk van mening verschillen, zeker indien men zoals de Vara niet gedetailleerd bekend was met het verloop van de desbetreffende contacten tussen Pretium en de Geschillencommissie. Waar Pretium aan voorbijgaat is dat haar stap om de consumenten te dagvaarden, kennelijk bijzonder slecht is gevallen, niet alleen bij betrokkenen zelf maar ook bij consumentenbelangenbehartigers en dat niet aannemelijk is dat dit kan worden rechtgezet door een toelichting van de programmamakers. Eventuele schade aan haar reputatie tengevolge van deze actie heeft Pretium aan zichzelf te wijten. Indien Pretium eraan hechtte dat de kijkers de redelijkheid of zelfs de onvermijdelijkheid van haar actie zouden inzien had zij zelf in de uitzending moeten verschijnen en een weerwoord moeten geven. De haar daartoe geboden gelegenheid heeft zij echter nadrukkelijk van de hand gewezen, hetgeen voor haar risico komt.

13. In de uitzending van Kassa van 7 maart 2009 werd een interview uitgezonden met de directeur van de Consumentenautoriteit naar aanleiding van de door Pretium die dag in alle landelijke dagbladen geplaatste advertentie met kritiek op het sanctiebesluit van de Consumentenautoriteit van 4 december 2009. Tegen deze uitzending heeft Pretium slechts als algemeen bezwaar ingebracht dat de Vara niet heeft aangegeven dat de gegrondheid van de klachten niet vaststaat.

Gelet op hetgeen ter zake hiervoor is overwogen kan deze uitzending niet bijdragen tot het oordeel dat de Vara onrechtmatig heeft gehandeld respectievelijk tot de gevorderde voorzieningen ten aanzien van de uitzending van 4 april 2009.

14. Het op Pretium betrekking hebbende deel van de uitzending van 4 april 2009 begint met

een introductie waarin korte fragmenten te zien zijn uit de Kassa-uitzending van 7 april 2007, uit de Tros Radar-uitzending van 29 september 2008 met inbegrip van beelden uit de in die uitzending vertoonde verborgen cameraopnamen en uit de eerdere drie in 2009 aan Pretium gewijde Kassa-uitzendingen. In deze *shots* komen de veelheid van klachten en de essentie van de klachten kort en scherp naar voren. De voice-over en de introductie van Meurders zijn zeer kritisch getoonzet. Na de introductie is een geluidsopname te horen van een callcentermedewerkster die namens Pretium belt en daarbij toevallig een medewerker van de Kassa-redactie treft, de heer Baars. In plaats van aan te geven dat zij namens Pretium belt om een nieuw vastnetabonnement aan te bieden bezigt de callcentermedewerkster stelselmatig formuleringen die de indruk moeten wekken dat het om verlenging van het bestaande abonnement tegen lagere prijs gaat. Via slinkse weg tracht zij Baars diens bankrekeningnummer te ontlocken. De callcentermedewerkster bereidt Baars voor op de opname van de voicelog die zij hem voorstelt als "een kort samenvattinkje". Na een kort intermezzo waarin Meurders het in de studio aanwezige Tweede Kamerlid Aasted-Madsen onder meer vraagt hoe het kan dat zo'n telefoongesprek nog plaatsheeft na de boete die de Consumentenautoriteit Pretium heeft opgelegd, introduceert Meurders een tweede, eveneens recent en toevalligerwijs opgenomen telefonisch wervingsgesprek namens Pretium. De callcentermedewerkster begint het gesprek met de aankondiging dat zij belt over de verlaging van de abonnementskosten. Tot twee keer toe geeft de consument in kwestie, de heer Snel, aan dat hij meent met KPN van doen te hebben. Op zijn vraag of de callcentermedewerkster dan van KPN is antwoordt zij "Pretium Telecom van het administratieve gedeelte van de KPN". Op de vraag van Snel of Pretium niet die firma is die op televisie is geweest, antwoordt zij dat dit absoluut niet zo is en dat dat een heel andere firma is.

Na het ten gehore brengen van deze tweede geluidsopname wordt de schriftelijke reactie van Pretium in beeld gebracht en voorgelezen. Na een daaropvolgend kort gesprek met Tweede Kamerlid Mei Li Vos vertelt Meurders dat Kassa is langsgegaan bij een vergadering van de Tweede Kamer over Pretium en dat ze een paar kilo klachten hebben meegenomen. In de voice-over wordt gesproken van meer dan duizend door Kassa ontvangen klachtenmails over Pretium die aan de Staatssecretaris worden overhandigd. Er wordt een filmpje getoond waarin een medewerkster van Kassa voorafgaand aan de beelden van een algemeen overleg in de Tweede Kamer aan Staatssecretaris voor Economische Zaken Heemskerk een stapel uitdraaien van e-mails toont en hem vertelt dat dit de mails zijn van alle mensen die de Kassa-redactie de afgelopen twee jaar hebben gemailld omdat zij zich misleid voelen door Pretium. Het filmpje gaat verder met beelden van de algemene overlegvergadering en een kort interview met de Staatssecretaris. De uitzending besluit met een studiogesprek tussen Meurders, een drietal Tweede Kamerleden en Van Marle van Stichting De Ombudsman over de vraag hoe deze problematiek opgelost zou kunnen worden.

15. Pretium noemt de introductie met de fragmenten van eerdere uitzendingen tendentius en nodeloos belastend voor haar. De conclusie die in de uitzending wordt verbonden aan de twee opgenomen wervingsgesprekken wordt volgens haar niet door de feiten gedragen. Het zijn incidenten en dat heeft zij de Vara voorafgaand aan de uitzending met kracht van argumenten voorgehouden. De Vara heeft verzuimd dit in de uitzending naar behoren tot uitdrukking te brengen. De Vara houdt het oordeel van de Consumentenautoriteit klakkeloos voor juist en schaadt daarmee de naam en reputatie van Pretium. Ten aanzien van zowel de introductie als de in het programma gebezigde toonzetting van commentaar en vragen concludeert het hof dat deze niet disproportioneel zijn noch onnodig grievend. In de twee ten hore gebrachte telefoongesprekken wordt de consument op ernstig misleidende wijze benaderd. Deze gesprekken passen in een patroon dat al naar voren kwam

uit de vele klachten en de daaraan door de Kassa-redactie in haar eerdere uitzendingen gegeven duiding. De wijze waarop de callcentermedewerkers te werk gaan in de twee opgenomen telefoongesprekken sluit ook aan op de gevolgtrekking die in de Radar-uitzending van 29 september 2008 werd verbonden aan de daarin vertoonde, met een verborgen camera gemaakte opnamen in een voor Pretium werkend callcenter, namelijk dat de getoonde agressieve verkoopmethode niet beperkt is tot het callcenter in kwestie maar bij meer voor Pretium werkzame callcenters voorkomt. De twee in de uitzending van 4 april 2009 ten gehore gebrachte wervingsgesprekken sluiten voorts aan bij de bevindingen van de Consumentenautoriteit in haar sanctiebesluit van 4 december 2008, gepubliceerd op 7 maart 2009.

De Vara mocht in haar consumentenprogramma Kassa gewicht toekennen aan het oordeel van de Consumentenautoriteit in haar sanctiebesluit van 4 december 2008. Daarbij is mede van belang dat de grote hoeveelheid aan de Vara bekende klachten gedurende een tijdspanne van twee jaar van een zelfde teneur zijn als de door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtredingen. De Kassa-redactie mocht bij haar waardering van de klachten en van het oordeel van de Consumentenautoriteit ook het door Radar met de verborgen camera verrichte onderzoek in ogenschouw nemen, aangezien de authenticiteit van de desbetreffende beelden niet in het geding is.

16. Volgens Pretium is het sanctiebesluit van de Consumentenautoriteit van 4 december 2008 van geen betekenis omdat de Consumentenautoriteit geen klachten heeft onderzocht en zij slechts in 41 van de 235 haar ter beschikking staande transcripten van volledige telefoongesprekken overtredingen heeft geconstateerd en bovendien niet heeft geoordeeld dat er sprake is geweest van misleiding maar slechts dat Pretium een tweetal informatieverplichtingen van artikel 7: 46h lid 1 BW niet heeft nageleefd.

Deze stellingen van Pretium worden verworpen. Het aantal door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtredingen is substantieel te achten. Aan de betekenis van het oordeel van de Consumentenautoriteit doet uiteraard niet af dat zij niet ook nog bij haar binnengekomen klachten heeft onderzocht, waartoe zij overigens op grond van haar wettelijke taakstelling niet geroepen is. Bij de kwalificatie van de door haar geconstateerde overtredingen bezigt de Consumentenautoriteit de formulering van de wetbepalingen op de naleving waarvan zij toeziet. De in de motivering van het sanctiebesluit van de Consumentenautoriteit in aanmerking genomen feiten, met inbegrip van de in Bijlage I bij dat besluit weergegeven, relevant geoordeelde passages uit telefoongesprekken, laten zich echter alleszins als misleiding kenschetsen.

Pretium voert voorts nog met nadruk aan dat aan het voorschrift van artikel 7: 46h lid 1 dat het bedrijf aan het begin van het telefoongesprek duidelijk zijn identiteit moet meedelen, voldaan is indien de bedrijfsnaam duidelijk genoemd is. Daargelaten dat bij juistheid van deze interpretatie van het desbetreffende wettelijke voorschrift het verwijt overeind blijft dat het commerciële oogmerk van het telefoongesprek niet of onvoldoende wordt vermeld, mist dit betoog bovendien relevantie voor wat betreft het verwijt van misleiding. Pretium verliest een verstrekkend aspect van deze misleidende telefonische wervingsmethode uit het oog: een wegens onduidelijke presentatie door de callcentermedewerker voor rekening van Pretium komend misverstand bij de consument dat hij benaderd wordt door KPN (in plaats van door Pretium) betekent dat er in het geheel geen overeenkomst tussen Pretium en die consument tot stand komt, maar Pretium houdt de consument daar wel aan. Dat de consument goedkoper af zou zijn, doet daar niet aan af.

17. Pretium verwijt de Vara onzorgvuldigheid doordat zij niet het volledige weerwoord van Pretium zoals geformuleerd in de brief/e-mail van haar raadvrouw mr. Kuipers d.d. 3 april

2009 (productie 44 bij akte van 18 juni 2009 van Pretium) in de uitzending heeft weergegeven. Pretium stelt dat mevrouw Notermans haar dit zonder enig voorbehoud heeft toegezegd.

Voor bewijslevering is in dit kort geding geen plaats. Het hof acht het onaannemelijk dat Notermans de gestelde toezegging heeft gedaan respectievelijk dat mr. Kuipers redelijkerwijs een zodanige uitleg aan de desbetreffende uitlatingen van Notermans heeft mogen geven. Volgens het eigen verslag van Notermans (productie 12 van de Vara) heeft zij ten aanzien van het inmiddels ingeolge haar suggestie door mr. Kuipers ingekorte weerwoord aan mr. Kuipers te kennen gegeven dat de samenvatting nog steeds erg lang is, dat zij haar best zou doen dat de samenvatting in de uitzending wordt voorgelezen, maar dat het cursieve gedeelte waarschijnlijk zal sneuvelen. Naar eigen opvatting heeft Notermans derhalve niet toegezegd dat deze tekst uiteindelijk voorgelezen zou worden, maar slechts dat zij daartoe haar best zou doen en dat zij ten aanzien van het cursieve gedeelte op voorhand al verwachtte dat zij dat er niet door zou krijgen. Gegeven dat het kennelijk en ook begrijpelijkerwijs niet of niet uitsluitend aan Notermans was om over inhoud en lengte van het uit te zenden weerwoord te beslissen, ligt het voor de hand dat Notermans zich inderdaad in de hiervoor bedoelde, door haarzelf beschreven zin tegenover mr. Kuipers heeft uitgelaten. Reeds op grond van de door Notermans gebezigde formulering moet het ook voor mr. Kuipers duidelijk zijn geweest dat de beslissing omtrent de uiteindelijke inhoud van het uitgezonden weerwoord niet tot de competentie van Notermans behoorde.

Aangezien Notermans bij dit laatste contact met mr. Kuipers over het weerwoord reeds aangegeven had dat het uitgezonden weerwoord van de door Pretium voorgestelde tekst zou kunnen afwijken, is eveneens ongegrond het verwijt van Pretium dat de Vara haar tenminste had moeten waarschuwen dat niet het gehele in de brief d.d. 3 april 2009 geformuleerde weerwoord zou worden uitgezonden.

Pretium bestrijdt dat de Vara, naar deze betoogt, de essentie van het door Pretium opgestelde weerwoord wel degelijk heeft uitgezonden. Pretium stelt dat van de weggelaten passages vooral essentieel is het gedeelte waarin wordt uiteengezet dat de door callcentermedewerkers ondertekende gedragscode bepaalt dat zij zich aan de Code Telemarketing en de tekst van het callscript moeten houden en dat zij geen twijfel mogen laten bestaan over de identiteit en het aanbod van Pretium. Over de vraag of het weglaten van dit onderdeel van essentiële betekenis is, kan men echter op zijn minst van mening verschillen. Met de uitgezonden zin "De gesprekken zijn in strijd met het callscript dat Pretium heeft opgesteld." is reeds aangegeven dat betrokkenen volgens Pretium in strijd gehandeld hebben met de hun harentwege verstrekte instructies en in de zin "De betrokken medewerkers zijn ontslagen." komt tot uitdrukking dat Pretium betrokkenen zelf verantwoordelijk acht voor de in de gesprekken begane misstappen. Indien Pretium zich er zoveel mogelijk van had willen verzekeren dat zij het uiteindelijke stempel op het weerwoord zou kunnen drukken, had zij zelf in de uitzending moeten verschijnen, waartoe haar de gelegenheid is geboden. Daar komt bij dat, ook als door haar ingeschakelde personen in strijd met haar instructies handelen, dit handelen Pretium nog steeds kan worden aangerekend. Ten slotte heeft Vara de integrale tekst van de brief van Pretium wel op de website van Kassa geplaatst, waar deze voor iedereen kenbaar was.

18. Met grief 16, onder 63. van de memorie van grieven, is de Vara opgekomen tegen de overweging van de voorzieningenrechter onder 4.9 dat de Vara de stapel e-mails met klachten aan de Staatssecretaris overhandigd heeft. Zij stelt dat de klachten aan de Staatssecretaris getoond zijn. Pretium heeft deze stelling van de Vara niet bestreden. Het hof gaat er derhalve vanuit dat de klachten getoond en niet overhandigd zijn. Pretium stelt niet geïnformeerd te zijn over het bestaan van een dergelijke hoeveelheid

Pretium stelt niet geïnformeerd te zijn over het bestaan van een dergelijke hoeveelheid klachten, hetgeen volgens haar wél had moeten gebeuren. De Vara had deze klachten tijdig voorafgaand aan de uitzending aan Pretium moeten overleggen, aldus Pretium. Pretium acht het strijdig met haar recht op wederhoor dat de Vara haar niet voorafgaand aan de uitzending op de hoogte heeft gesteld dat Notermans de Staatssecretaris een stapel klachten zou voorhouden en dat in de uitzending gesproken zou worden over “een paar kilo klachten”. Deze stellingen worden door het hof verworpen. Vara heeft in de uitzendingen van 7 april 2007 en van 7 en 14 februari 2009 veelvuldig gesproken van grote hoeveelheden door haar ontvangen klachten. Pretium kan zich er niet achter verschuilen dat zij niet op de hoogte was van grote aantallen klachten (ook in Tros Radar is dit aan de orde geweest). Dat zij die klachten ongegrond acht doet daar niet aan af. Pretium had de Vara om uitdraaien van de geanonimiseerde klachten kunnen vragen indien zij belangstelling had om van de inhoud van deze klachten kennis te nemen. De Vara heeft de stapel e-mails aan de Staatssecretaris getoond om te onderstrepen dat het probleem breed gevoeld wordt; zij is niet ingegaan op de inhoud van concrete in de e-mails vervatte klachten. Net zomin als de Vara Pretium voorafgaand aan een uitzending behoefde mee te delen welke specifieke kritische uitlatingen zij daarin over Pretium zou doen, behoefde zij Pretium ervoor te waarschuwen dat zij in een uitzending zou spreken van vele klachten of dat zij een stapel van die klachten zou tonen, in de studio aan de kijkers of, zoals in dit geval in het in de uitzending vertoonde filmpje, aan de Staatssecretaris, met de opmerking dat het om een paar kilo klachten gaat. Pretium had te rekenen met dergelijke, haar onwelgevallige elementen in de inkleding van het programma. Teneinde daaraan het hoofd te bieden had zij kunnen verkiezen wél in de studio te verschijnen voor een weerwoord; om haar moverende redenen heeft zij daarvan afgezien, hetgeen – nogmaals – voor haar risico komt.

Voor zover Pretium nog heeft gewezen op het bestaan van de “Pretiumführer” en geklaagd heeft over de inhoud daarvan, is zonder nadere concrete toelichting, die ontbreekt, onduidelijk welke consequenties Pretium hieraan verbindt voor de beoordeling van dit hoger beroep. Het hof gaat hieraan voorbij.

20. Op grond van de voorafgaande overwegingen concludeert het hof dat in dit geval het belang van de Vara om in vrijheid haar mening te uiten zwaarder weegt dan het belang van Pretium bij bescherming van haar naam en reputatie.

21. Slotsom is dat de grieven slagen en dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven. Pretium zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de Vara in eerste aanleg en in hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende in hoger beroep:

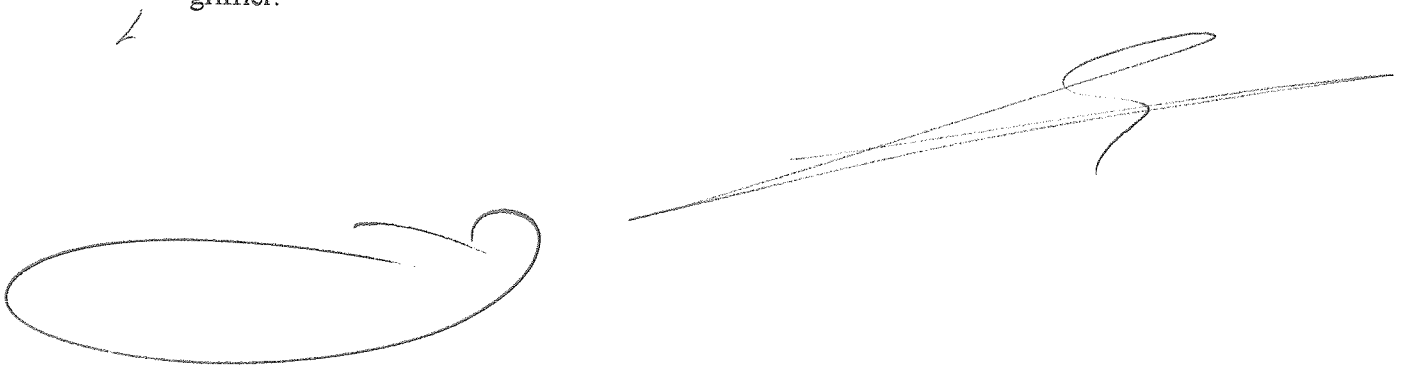
wijst de gevraagde voorzieningen af;

veroordeelt Pretium in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep (in de incidenten tot voeging en in de hoofdzaak) aan de zijde van de Vara gevallen, tot op heden voor de eerste aanleg begroot op 262,- aan verschotten en op € 816,- aan salaris voor de advocaat en in hoger beroep begroot op € 385,25 aan verschotten en op € 4.470,- (5 punten tarief II) aan salaris voor de advocaat;

verklaart dit arrest wat betreft de veroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, M.C.M van Dijk en M.H. van der Woude en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 januari 2010 in aanwezigheid van de griffier.

✓



Voor grosse aan:
Utgegeven aan mr. P. G. M. VAN SCHNIDT AUF ACTENSTADT
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te 's-Gravenhage