

LJN: CA1269, Gerechtshof Den Haag , 200.119.617/01

Datum uitspraak: 28-05-2013
Datum publicatie: 29-05-2013
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie: exhibitieincident (843a Rv)
Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG
Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.119.617/01
Zaak-/rolnummer rechtbank : 429836 / KG ZA 12-1185

Arrest d.d. 28 mei 2013 in het incident ex artikel 843a Rv

inzake

1. [appellant sub 1],
wonende te [woonplaats],
hierna te noemen: [appellant sub 1], en
2. Newice B.V.,
gevestigd te Heusden,
hierna te noemen: Newice,
appellanten in de hoofdzaak,
eisers in het incident,
hierna tezamen te noemen: [appellanten],
advocaat: mr. J.G.J. van Groenendaal te Amsterdam,

tegen

1. PRETIUM TELECOM B.V.,
gevestigd te Haarlem,
hierna te noemen: Pretium, en
2. D.E.M. MANAGEMENT SERVICES B.V.,
gevestigd te Haarlem,
hierna te noemen: D.E.M.,
geïntimeerden in de hoofdzaak,
gedaagden in het incident,
hierna tezamen te noemen: Pretium c.s. (vrouwelijk enkelvoud),
advocaat: mr. A. Killan te Den Haag.

Het geding

Bij exploit van dagvaarding van 19 december 2012, met daarin opgenomen 13 grieven, zijn [appellanten] in hoger beroep gekomen van het door voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage in kort geding tussen partijen gewezen vonnis van 21 november 2012. [appellanten] hebben daarbij tevens een incident (ex artikel 843a Rv) opgeworpen. Pretium c.s. heeft de vordering in het incident bestreden bij incidentele memorie van antwoord op de vordering tot inzage bescheiden ex artikel 843a Rv. Vervolgens is bij arrest van 5 februari 2013 een comparitie van partijen gelast in het incident. Deze comparitie is gehouden op 12 april 2013. Van deze comparitie is in aanwezigheid van partijen proces-verbaal opgemaakt. Hierop is arrest in het

incident bepaald.

Beoordeling van het incident

1. Het gaat in deze zaak, kort gezegd en voor zover thans van belang, om het volgende.

1.1 Op 13 september 2012 heeft een medewerkster van een servicecentrum in opdracht van Pretium de 80-jarige schoonmoeder van [appellant sub 1], [naam] (hierna [schoonmoeder appellant sub 1]) telefonisch benaderd met het voorstel om een telefoonabonnement af te sluiten bij Pretium (gesprek I). Volgens Pretium heeft [schoonmoeder appellant sub 1] bij dit gesprek een telefoonabonnement 'Pretium Weekend Vrij' afgesloten, waarna Pretium dit schriftelijk aan [schoonmoeder appellant sub 1] heeft bevestigd.

1.2 Naar aanleiding van de bevestigingsbrief van Pretium heeft [naam] partner van [appellant sub 1] en dochter van [schoonmoeder appellant sub 1] (hierna: [partner appellant sub 1]), op 19 oktober 2012 een telefoongesprek gehad met een medewerkster van het servicecentrum (gesprek II). Later die dag heeft ook [appellant sub 1] gebeld naar het servicecentrum (gesprek III) en naar de receptie van D.E.M. (gesprek IV).

1.3 [appellanten] zijn over de gang van zaken kwaad geworden, omdat zij vinden, kort gezegd, dat Pretium aan [schoonmoeder appellant sub 1] op 13 september 2012 onder valse voorwendselen een telefoonabonnement heeft aangesmeerd. Zij hebben vervolgens hun ongenoegen over Pretium geuit op diverse door hen beheerde en gehoste websites.

1.4 Bij het thans bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter [appellanten], op straffe van een dwangsom, veroordeeld om de volledige content van bepaalde door hen beheerde websites, waarop negatieve uitlatingen over Pretium werden gedaan, te verwijderen en een rectificatie te plaatsen. Dit vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

2. [appellanten], zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Zij hebben daarbij een incident ex artikel 843a Rv opgeworpen. Daarbij vorderen zij, zakelijk weergegeven: de ter beschikkingstelling door middel van een USB-stick, CD-rom of DVD (hierna ook: gegevensdragers) van de voicelog van de volledige gesprekken I, II, III en IV. Tijdens de comparitie hebben [appellanten] de vordering vermeerderd met een daaraan te verbinden dwangsom.

3. Pretium c.s. heeft ter afwering van deze vorderingen het volgende naar voren gebracht, kort weergegeven.

- De term 'voicelog' is onjuist ten aanzien van de gesprekken II, III en IV. Normaal gesproken wordt deze term gebruikt in relatie tot de geluidsopname van het deel van het telemarketinggesprek, waarin de aanvaarding van het aanbod geschiedt.
- Alleen bij gesprek I kun je van voicelog spreken. Dit gesprek met [schoonmoeder appellant sub 1] is slechts deels opgenomen, namelijk het deel waarin de aanvaarding door [schoonmoeder appellant sub 1] van het aanbod van Pretium is vastgelegd. De transcriptie hiervan is door Pretium c.s. reeds overgelegd in eerste aanleg (productie 4 bij akte houdende overlegging producties). Anders dan [appellanten], beweert, heeft Pretium c.s. niet méér. Van dit gesprek kan zij ook niet meer gegevens verstrekken.
- De overige gesprekken (II, III en IV) zijn wel volledig opgenomen. Pretium c.s. heeft van die gesprekken inmiddels transcripties overgelegd (producties 7, 8 en 9 in eerste aanleg).
- Pretium heeft al eerder aangeboden dat [appellanten] de opnamen mag beluisteren.
- Pretium wordt nodeloos op kosten gejaagd.
- Indien het hof het niettemin geraden acht dat [appellanten], kennis kan nemen van de voicelog en opnamen, dan is Pretium c.s. desondanks bereid vrijwillig – onder voor Pretium noodzakelijke voorwaarden – tegemoet te komen aan de incidentele vordering.
- Deze voorwaarden dienen ertoe om te voorkomen dat [appellanten], misbruik maken van de ter beschikking staande opnamen. Gezien de gebeurtenissen in het verleden is dit een reëel risico.

- Pretium c.s. stelt voor dat zij kopieën van de voicelog en de opnames zal deponeren bij notaris mr. R. Rieter, werkzaam bij Bird&Bird LLP in Den Haag, opdat [appellant sub 1] aldaar in het bijzijn van zijn raadsman de juistheid en volledigheid van voicelog en/of opnamen kan vaststellen. Mocht het hof een andere, door het hof nader aan te duiden notaris, geschikter achten, dan dient [appellanten], daarvan de kosten te betalen.
- Pretium c.s. heeft bezwaar tegen de vermeerdering van de vordering met een dwangsom, een en ander zoals weergegeven in het proces-verbaal van de comparitie.

4. Het hof oordeelt als volgt.

Op grond van artikel 843a Rv kan hij die daar rechtmatig belang bij heeft, op zijn kosten, inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden (gegevensdragers daaronder begrepen) aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking heeft. De rechter bepaalt zo nodig de wijze waarop.

5. [appellanten], hebben aangevoerd dat zij een rechtmatig belang hebben bij het beluisteren van de gespreksopnamen. Dit belang bestaat ten eerste uit de noodzaak van verificatie van de door Pretium c.s. overgelegde transcripten. Ten tweede bestaat dit belang uit de noodzaak van verificatie van de integriteit en omvang van de opname. Bij dit laatste gaat het onder meer om de wijze waarop het gesprek door de telemarketeer is gevoerd, bijvoorbeeld in een zodanig tempo dat [schoonmoeder appellant sub 1] onder mentale druk werd gezet en niet kon begrijpen waarmee zij instemde.

[appellanten] betwisten dat gesprek I slechts deels is opgenomen. Zij achten volstrekt ongeloofwaardig dat Pretium juist het belangrijke wervingsgesprek slechts deels zou hebben opgenomen. Daarnaast wijzen zij op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 4 mei 2011 (LJN: BQ3528) waarin ook sprake was van volledige transcripten.

6. Naar het oordeel van het hof hebben [appellanten], een rechtmatig belang bij verificatie van de integriteit van de opnamen en de juistheid van de overgelegde transcripten. Dit belang wordt gediend door het beluisteren van de gesprekken, zoals Pretium c.s. heeft aangeboden.

7. Niet in geschil is dat de gesprekken II, III en IV volledig zijn opgenomen en dat deze dus volledig kunnen worden beluisterd. Wél in geschil is de omvang van de opname van gesprek I. Naar het oordeel van het hof is tegenover de betwisting door Pretium niet aannemelijk geworden dat Pretium bij gesprek I méér heeft opgenomen dan het door haar genoemde deel van het gesprek (voicelog). De verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (BQ3528) maakt dit niet anders, nu daaruit (tweede alinea rechtsoverweging 2.4.4) juist blijkt dat niet steeds het gehele telemarketinggesprek werd opgenomen. Pretium kan niet worden veroordeeld om iets te verstrekken dat zij niet tot haar beschikking heeft. Ten aanzien van gesprek I zal de verstrekking dus beperkt worden tot de voicelog.

8. Omtrent de wijze van kennisneming zal het hof bepalen dat [appellanten], in de gelegenheid moeten worden gesteld de gesprekken te beluisteren ten kantore van een notaris, op de in het dictum vermelde wijze. Voor verstrekking van gegevensdragers ziet het hof geen rechtmatig belang bij [appellanten], nog daargelaten de vraag of het bescheiden betreft aangaande een rechtsbetrekking waarin zij partij zijn. De door [appellanten], gewenste doelen kunnen ook met het beluisteren worden bereikt.

9. Omtrent de ter comparitie gevorderde vermeerdering van eis, strekkende tot het opleggen van een dwangsom, wordt als volgt geoordeeld.

Bij de comparitie van 12 april 2012 hebben [appellanten] schriftelijk een vermeerdering van eis gevorderd, en wel in die zin dat zij hun vordering aanvullen met een vordering V, inhoudende 'op straffe van een dwangsom van € 5000,-- per dag dat geïntimeerden met de bevelen onder I tot en met IV in gebreke blijven;'

Over deze vermeerdering van eis is ter comparitie gesproken, zoals weergegeven in het proces-verbaal van de comparitie. Per abuis is in het proces-verbaal van de comparitie nagelaten te vermelden dat er dus sprake was van een akte ter rolle. Dit abuis is hiermee hersteld.

Het hof acht de vermeerdering van eis in dit stadium van het incident niet in strijd met de

beginselen van een goede procesorde. Zij zal dus worden toegelaten. Pretium c.s. heeft hier ter comparitie op kunnen reageren. Ook hiertoe wordt verwezen naar het proces-verbaal van de comparitie.

Het hof zal na te melden dwangsom aan de veroordeling verbinden.

10. Een beslissing omtrent de kosten van het incident zal worden aangehouden tot de beslissing in de hoofdzaak.

Beslissing

In het incident

Het hof:

- beveelt Pretium c.s. om, na overleg tussen de raadslieden van partijen, binnen twee weken na betekening van dit arrest, aan de [appellanten] de gelegenheid te geven om ten kantore van een notaris op de hierna te vermelden wijze, desgewenst in aanwezigheid van [schoonmoeder appellant sub 1], te beluisteren:
de voicelog van gesprek I en de opnamen van de gesprekken II, III en IV.
- het beluisteren dient voor [appellanten] kosteloos te geschieden, indien zulks plaatsvindt bij notaris mr. R. Rieter of zijn plaatsvervanger, werkzaam bij Bird&Bird LLP in Den Haag;
- [appellanten] mogen zelf vóór of uiterlijk bij de betekening van dit arrest een andere notaris in den lande aanwijzen voor het beluisteren van voormelde gesprekken. De kosten hiervan zijn overeenkomstig artikel 834a Rv voor rekening van [appellanten];
- mocht Pretium c.s. niet aan dit bevel voldoen dan verbeurt zij een dwangsom van € 5000,- per dag, met een maximum van € 50.000,-, aanvangende vanaf twee weken na de betekening van dit arrest;
- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- houdt de beslissing omtrent de kosten van het incident aan tot de beslissing in de hoofdzaak;
- wijst in dit incident af het meer of anders gevorderde;

In de hoofdzaak

- verwijst de zaak naar de rol van 9 juli 2013 voor memorie van antwoord in de hoofdzaak.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Dupain, M.A.F. Tan-de Sonnaville en J.E.H.M. Pinckaers, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 mei 2013 in aanwezigheid van de griffier.